



ЧЕМУ НЕ УЧАТ НА ЮРФАКЕ

# ТАЙНЫ ДОГОВОРА... И НЕ ТОЛЬКО

Вячеслав Оробинский





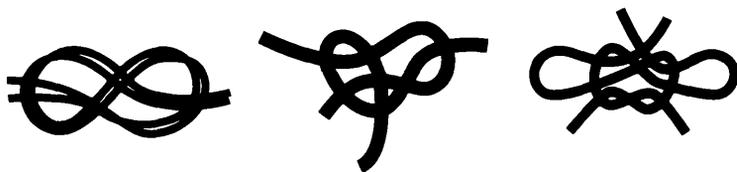
Вячеслав Оробинский

ЧЕМУ НЕ УЧАТ НА ЮРФАКЕ

---

# ТАЙНЫ ДОГОВОРА... И НЕ ТОЛЬКО

---



Ростов-на-Дону



2019

УДК 347.4  
ББК 67.404.2  
КТК 0764  
О-69

**Оробинский В. В.**

**О-69** Чему не учат на юрфаке : тайны договора... и не только / В. В. Оробинский. — Ростов н/Д : Феникс, 2019. — 901, [1] с. — (Вершина успеха).

**ISBN 978-5-222-30930-8**

Мозг должен быть включен всегда. Мы заключаем договоры на каждом шагу. Сел в автобус — заключил один договор. Купил поесть — заключил другой договор. Сходил в кино — третий. Многие, став юристами, переносят бытовой и бездумный подход на все договоры, в том числе и на предпринимательские. Со многими нулями. С жесткой ответственностью и драконовскими санкциями.

Встречайте четвертую книгу серии «Чему не учат на юрфаке»!

Вы научитесь планировать сделку до договора, проверять потенциальных партнеров, чтобы не подписать контракт с мошенниками.

Вы научитесь продумывать договор так, чтобы исполнителям было отчетливо ясно, что и когда делать. А не как обычно: «Заключал умный, исполнял — менеджер».

Вы научитесь составлять договор так, чтобы его можно было прочесть и понять без другого юриста. Чтобы мысль, воля и цель договора были предельно ясны и понятны. Чтобы это были именно ваши мысль и воля!

Вы научитесь отлавливать «узелки», «крючки» и «мины» в договоре — хитрые пункты, которые некоторые юристы прячут в договоре, чтобы при случае использовать против вас.

Кто сказал, будто гранит цивилистики нужно обязательно грызть, а к знанию — продираться?! Книга написана живым, «человеческим» языком. Много алгоритмов, схем, иллюстраций из реальной практики — прецедентных и, наоборот, «невозможных», на первый взгляд, судебных решений.

УДК 347.4

ББК 67.404.2

© Оробинский, 2011–2018

© Оформление: ООО «Феникс», 2018

© В оформлении книги использованы

иллюстрации по лицензии Shutterstock.com

**ISBN 978-5-222-30930-8**

# РАЗДЕЛ 1. НАЧАЛА НАЧАЛ



# [1]

## ПРЕЛЮДИЯ

*Первопроходца легко узнать  
по стрелам в спине.*

*Беверли Рубик*

### 1.1. Пролог

Вы держите в руках четвертую книгу из серии «Чему не учат на юрфаке». Если не застали три предыдущие — не беда. Книгу можно читать отдельно. Благо тема позволяет.

Тема книги, как можно догадаться из названия, — договор. Не юрист удивится. Ну как же, на юрфаке да не учили составлять договор? Такое бывает?! К сожалению, бывает. Причем не только у нас. Но и в Англии, и в Штатах. Вы думаете, от хорошей жизни? Увы. Там, за океаном, те же беды, что и у нас.

Заморские коллеги подходят шире и говорят жестче. Юристы не знают азов грамматики и синтаксиса. Юристы не умеют говорить просто. Юристы не знают, что включить в документ, а что — нет. Юристы не умеют рассказывать истории — откуда начать, когда закончить и как все это добро организовать. Юристы настолько увлечены отстаиванием своих взглядов, что искажают и перевирают все, что только можно.

«Когда человек научился думать, как юрист, перед ним встает сложная задача: научиться писать, как человек», — Флойд Абрамс.

Итак? Имеет ли значение, как юрист пишет документы? Очевидно, имеет. Последствия плохой писанины? Трудный вопрос. Судья Альвин Ф. Клейн из Высшего суда Манхэттена, штат Нью-Йорк, как-то раз, рассматривая деле о разводе, послушал юристов, почи-

тал документы... И сказал открытым текстом: «Суд не может понять документы, представленные сторонами». После чего обязал юристов к следующему заседанию переписать: одного — иск другого — отзыв»<sup>1</sup>.

Вот и будем учиться писать просто, по-человечески.

## 1.2. ПРЕДОСТЕРЕЖЕНИЯ

1) «*Новые отвертки*». Вы, наверное, знаете: недавно принят последний блок поправок в ГК<sup>2</sup>, знаменитый ФЗ-42. Вдогонку почти сразу вышло «километровое» Постановление Пленума ВС РФ № 25 от 23 июня 2015 г. «О применении судами некоторых положений раздела I части первой ГК РФ». «Километровое» — потому что документ о сорока шести листах и ста тридцати трех пунктах.

Одно из самых больших постановлений на моей памяти. «Переплюнули» даже Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 10, Пленума ВАС РФ № 22 от 29.04.2010 г. «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» — там 15 листов, 68 пунктов.

Я давно и пристально слежу за реформой гражданского законодательства. Года так с 2009-го. Когда ФЗ-42 еще только агукал в пленках, только-только родился из концепции развития гражданского законодательства<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Руководство юриста по грамотному письму. Второе издание. Том Голдстейн и Джетро Либерман. *Berkeley; Los Angeles; London*. 2002 г., стр. 3–4. Полные выходные данные этой и других книг смотри в конце.

<sup>2</sup> ГК = Гражданский кодекс Российской Федерации.

<sup>3</sup> Есть такой документ. Официально называется «Концепция развития гражданского законодательства РФ». Одобрен решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009. Опубликован в Вестнике ВАС РФ, № 11, ноябрь, 2009. Есть в К+.

В «концепции» законодатель закрепил общие направления реформы — куда идем, почему, что и для чего меняем. Если сейчас непонятна какая-то норма права, можно поднять концепцию и оттуда попробовать вывести, «что хотел сказать автор». В смысле: для чего законодатель написал ту или иную статью кодекса, чего хотел достичь.

Из ГК и Постановления Пленума ВС РФ № 25 можно понять, какие нормы права добавились. Но — не откуда эти нормы взялись. И как они будут работать на практике. Также из «нормативки» не следует, какие у вас появились новые «отвертки» — новые инструменты и возможности, которыми юрист может пользоваться при работе с договорами.

Эти инструменты и возможности АРХИважно знать. Потому что если вы не знаете, а вторая сторона договора — знает, жди беды. Вторая сторона заложит в договор условия, которые вы прочтете, но не поймете. Или поймете, но не сможете просчитать последствия, не разглядите подвоха... А потом будет поздно.

Многие «отвертки» наш законодатель позаимствовал... из мастерской с туманного Альбиона. То есть из английского права. Эти заимствования я довольно подробно расписал в книге «Английское договорное право: просто о сложном» (далее — «Английское право»).

Теперь мы с вами пойдем дальше. Рассмотрим, как заморские придумки работают у нас. Тем более что на финишной прямой, когда ФЗ-42 проходил чтения в Думе, прибавилось много интересного. В частности, астрент. Если осмысливать в совокупности, то... волосы дыбом. И мой семинар, посвященный изменениям в ГК, начинался вот с такой мрачной подводки:

«Здравствуйте, дорогие юристы, директора, а также прочие правоприменители. Меня зовут Пила. Я хочу сыграть с вами в игру», — так мог бы сказать законодатель о ФЗ-42 от 08.03.2015.

А о самом законодателе можно сказать другой фразой из того же фильма: «Строго говоря, он не убийца. Он никого не убивал. Он лишь подстраивал — и жертвы сами себя загоняли в ловушки. И — умирали».

Ловушек расставлено предостаточно. Коварных. Утонченных. Смертоносных. О которых в нашем правовом порядке слышали единицы. Как правило — ученые, далекие от практики. И в голову не могло прийти, что это все вдруг и сразу окажется в нашем праве...

Ловушка первая — астрент. Пришла из французского права. Теперь, если вы не исполняете решение суда по неденежному требованию, вам грозит хороший штраф. Основание — ст. 308.3 ГК и

## РАЗДЕЛ 1. НАЧАЛА НАЧАЛ

Постановление Пленума ВАС РФ от 04.04.2014 № 22 “О некоторых вопросах присуждения взыскателю денежных средств за неисполнение судебного акта”.

Ловушка два — ст. 310 ГК: “вход — рубль, выход — два”. Теперь можно установить плату за отказ от договора. И это не убытки и не штраф. Это кое-что другое.

Ловушка три — пред- и ПОСТ-договорная ответственность.

Можно было бы перечислять и дальше, но рука не поднимается портить такой замечательный фильм ужасов. Готовы вы или нет — игра началась. Кровищи будет по колено...»

Ну, на самом деле не все так плохо. Если знать «отвертки/ловушки», все у вас будет хорошо. И я искренне попытаюсь дать вам это знание. Пишу книгу с учетом поменявшихся правил игры и новых возможностей.

2) *Язык.* Виден из предыдущих абзацев. Намерен продолжать в том же духе. Пишу в стиле «юрист в курилке». Простой язык. Короткие предложения. Образные выражения. Кому претит или вдруг кажется «не научно/не академично/слишком просто» — верно. Вся книга — опыт практика, а практики у автора уже пятнадцать лет. Посему считаю себя вправе рассказывать так и теми словами, как я вижу/слышу/чувствую.

3) *Возможное сопротивление.* По себе знаю: когда пишешь договор честно и открыто, без замалчиваний рисков, просто и ясно, языком, понятным обитателям этой галактики, может быть сопротивление. Начальство может не понять. Основные аргументы: «Так не принято», «Слишком просто», «Ну, это же официальный документ». Вплоть до: «Если оставить просто, как написали вы, вторая сторона поймет, где мы ее “разводим”».

А может быть и по-другому: «О! Впервые вижу договор, который я могу прочесть и понять без помощи своего юриста!» Или: «Смело. Мне нравится. Из документа четко следует, кто за что отвечает и что будет, если мы или они нарушим обязательства».

Из моего опыта: вероятность столкнуться с сопротивлением — где-то 50 на 50. Бывает меньше, бывает больше — в зависимости

от убеждений читателя договора. Молодое поколение — современные менеджеры, руководители, юристы — приветствуют простоту и ясность с распростертыми объятиями. «Старики» — поколение, воспитанное на советской казенщине, — ворчат, вертят носом... но и они примут вашу позицию. Если сумеете обосновать, что простота снижает вероятность судебного спора, позволяет лучше понять схему отношений сторон, установить понятную и прозрачную ответственность и т.д. (все обсудим, все есть в книге).

Пока предостерегаю: сопротивление может быть. Будьте готовы и не удивляйтесь. И — не мы с вами первые. Увы, привыкшие к казенщине не любят простой и ясный слог... Так не только у нас, но и по ту сторону океана:

«Любой решивший уйти от традиционного языка договора к подходам, предлагаемым в этой книге, может опасаться сопротивления вышестоящих коллег, клиентов или другой стороны договора. Эти опасения в большинстве случаев напрасны.

...Тем не менее, будьте готовы. Поскольку сопротивление может обернуться бесполезным спором со сторонниками традиционных подходов, имеет смысл, предвидя возможное сопротивление, вместе с проектом договора слать второй стороне сопроводительное письмо, где пишем: договор составлен по советам из этой книги»<sup>1</sup>.

4) Юмор. Намеренно «петросянить» не собираюсь. Но за пятнадцать лет практики накопилась большая коллекция перлов. Люди иногда такое в договоре пишут — хоть стой, хоть падай.

К примеру, из новейшей истории: «Успех работы агента зависит от того, насколько хорошо агент выполняет свои функции и обязанности, осуществляя сбыт напористо, этично и со здравым смыслом». Или еще: «Поставщик вправе в одностороннем порядке разорвать данный Договор». Угу, так и хочется продолжить: «...а также облить бензином и сжечь».

Грех прятать коллекцию от читателя.

---

<sup>1</sup> Кеннет А. Агамс. Руководство по стилю написания договора. — США: «АВА Publishing», 2013 г. — С. 55–56

## РАЗДЕЛ 1. НАЧАЛА НАЧАЛ

5) «*Международность*». Думаете, только у нас договорники «косячат»?! Если бы. Заморские коллеги тоже «отжигают». Да так, что судьи потом в решениях вопиют: стороны, чем вы думали?! куда смотрели?! Классический пример из английской практики:

«Обстоятельства данного дела очень просты, но я надеюсь, все юристы, практикующие в сфере недвижимости, поймут решение по делу как предостережение, четкое и ясное: техники написания договора, которые эффективно работали в стародавние времена и позволяли передать большое недвижимое имущество от продавца — покупателю, сегодня приведут лишь к беде, спору, долгой и дорогой судебной тяжбе, если применять эти техники к продаже одного дома и участка земли разным покупателям, к тому же — к имуществу, состоящему из нескольких частей.

В таком договоре крайне необходимо как можно подробнее описать каждый участок, чтобы не было ни малейших сомнений в границах каждого продаваемого участка, а карта военно-геодезического управления в масштабе 1:2500 (которую, видимо, стороны приложили к договору) значит меньше, чем ничего. План или иной рисунок, прилагаемый к договору, должен быть выполнен в крупном масштабе, чтобы можно было точно установить границы каждого участка». (Дело *Scarfe v Adams* [1981] 1 *All ER* 843, судья Камминг-Брюс)<sup>1</sup>

Не ограничиваюсь правом РФ. Будут примеры — и перлы! — из зарубежной практики. (Если не указано иное, перевод везде мой.)

6) «...и не только». Хотел написать книгу о договорах. О прикладном крючкотворстве. И только. Эдакий «сферический конь в вакууме». В итоге получилось, как у Маршака: «Однако за время пути собака смогла подрасти». И хорошо подросла, доложу я вам. Пришлось влезть и в «корпоративку», и в «интеллектуалку», и в «банкротство».

---

<sup>1</sup> Цитирую по книге: Дунан Э., Фостер Ч. Составление документов. — 2-е изд. — Англия, Лондон: *Cavendish Publishing Limited*, 2001. — С. 34. Слегка упростил при переводе, разбивка на абзацы — моя.

7) *Доктрина*. Завезли! Читатели просят, дословно: «Напишите книгу, посвящённую ГК РФ, в том же стиле, что и “Английское договорное право”. Спасите умы думающих людей от невероятного схоластического занудства, которое творится в учебниках по гражданскому праву» (Никитин Александр, публикую с его согласия).

Пожалуйста. Будет и доктрина. Не волнуйтесь, перевод с юридического на русский тоже будет.

8) *Совпадения*. Разумеется, все события, страны, города и названия, помянутые в этой книге — все вымышлено. Разумеется, все примеры из практики автору привиделись в похмельном бреде и в реальной жизни не существуют. И вообще, закусывать надо, и автору — почаще.

Далее: номера дел и названия компаний, если проверить по К + или по картотеке арбитража... ну мало ли, вдруг да совпадет. Любое совпадение, разумеется, случайно.

9) *Стриптиз по-русски, или Я медленно раздеваюсь и снимаю с себя... всю ответственность*. Приемы, уловки, методики, а также прочие ништяки, кои я здесь описываю, у кого-то работают, у кого-то нет. Или работают, но не всегда и не у всех. Так что дерзайте, пробуйте на свой страх и риск. А лучше — на основе моих наработок идите дальше и придумывайте что-то свое.

10) *Издатель — «не при делах»*. Книга опубликована в авторской редакции. На правах рукописи. Разумеется, мнение издателя может не совпадать с мнением автора. И, скорее всего, не совпадает...

11) *У вас получится лучше*. Какие-то формулировки вам могут не понравиться. Это нормально. Я уверен, вы способны взять за основу мои задумки и сделать лучше. Удачи вам! Творите!

Тем более что:

12) *Практика*. Хорошим «договорником», т.е. специалистом по договорам, вы станете в одном-единственном случае: если не просто прочтете книгу, а будете применять знание. Постоянно. Изо дня в день. Из года в год.

## **РАЗДЕЛ 1. НАЧАЛА НАЧАЛ**

Подчеркиваю — ПРИМЕНЯТЬ. Сидение на попе ни разу не просветляет. Делаешь ничего — получаешь ничего. На входе ноль — на выходе ноль. Азы физики. И навыки юриста в этом смысле похожи на навыки пловца или велосипедиста.

Чтение книг по плаванию развивает... что? Правильно: навык чтения. Но плавать вы от этого лучше не станете. Тут нужно в бассейн идти, в водичу холодную лезть и грести-грести-грести.

Мало «прочсть». Нужно ДЕЛАТЬ. Вот тогда, с потом, кровью, под ехидные усмешки судей и ответчиков, после гор исписанных документов, приходит мастерство. Извините, господа, но «халявы» и волшебных таблеток не завезли...

Я слышу — и забываю.

Я вижу — и забываю.

Я делаю — и понимаю. (Конфуций)

### **1.3. УЧЕНИКИ И УЧИТЕЛЯ**

Посвящаю книгу всем, у кого учился я, и всем, кто учился у меня. Всем, кто учится сейчас или самостоятельно делает первые шаги на тернистом пути юриста. Всем, у кого я был на семинарах. Всем, кто был на семинарах у меня. Всем, у кого я учился в университете и в жизни. Всем, кто почерпнул что-то полезное из моих статей, советов, консультаций, книг. Спасибо!

### **1.4. МЕСТО В СИСТЕМЕ**

В свое время много думал над навыками юриста вообще. Кажется, мне удалось свести навыки в стройную систему. Итог я назвал «Навыки юриста. Великая Девятка». Вот она.

#### **1. Навыки общения**

*С Клиентами:*

- 1) Прописные истины
- 2) Внешний вид юриста
- 3) Встреча с клиентом
- 4) Слушаем клиента
- 5) Понимаем ЦЕЛЬ клиента

- 6) Торг. Цена вопроса/условия работы
- 7) Работаем
- 8) Сдаем итог клиенту
- 9) Окончательный расчет
- 10) Послевкусие
- 11) Свой клиент

*С коллегами по цеху:*

- 1) Работа с судьями. Грыземся... или – вместе к цели?
- 2) Работа с высшими
- 3) Работа с равными
- 4) Работа с младшими
- 5) Умение учиться у соперников

## **2. Информационные навыки**

- 1) Поиск информации
- 2) Обработка/вычлняем главное + записка на будущее
- 3) Выводы
- 4) Создание «копилки знаний», чтобы по два раза не «рыть»

один вопрос

- 5) Отслеживание изменений / обновление информации
- 6) Умение работать с источниками
- 7) Знание иностранных языков
- 8) Ведение дела – бумажного и электронного

## **3. Юридические навыки**

### *А. Навыки письма*

- 1) Письмо вообще. Излагаем мысли на бумаге
- 2) Работа с договорами
- 3) Претензии
- 4) Иски

### *Б. Материальное право*

- 1) Азы (ГК, КоАП, ТК и т.д.)
- 2) Основная специализация
- 3) Редкая специализация
- 4) Уникальная специализация

## **РАЗДЕЛ 1. НАЧАЛА НАЧАЛ**

### *В. Процессуальные навыки*

1) Умение предвидеть «процесс ради процесса» и заведомо проигранные дела. Когда бить, когда бежать, а когда не связываться вообще

2) Альтернативные способы решения споров

3) Альтернативные способы исполнения обязательств

4) Кто идет в процесс? И идет ли вообще?

5) Процессуальные уловки и «разводы»

6) Создание доказательств/формы представления доказательств

### **4. Организационные навыки**

1) «Повелитель времени» — организация себя и своего времени

2) Умение расставлять приоритеты: что в первую очередь, что во вторую

3) «Повелитель ЧУЖОГО времени»

4) Умение делегировать — т.е. разбивать вопрос на части и эти части отдавать в работу младшим (нижестоящим исполнителям)

### **5. Финансовые навыки**

1) Гибкость в оплате

2) «Покупаем удочки, а не рыбу»

3) Несколько источников дохода

4) Инвестиции

### **6. Репутационные навыки**

1) Работа на имя. Путь в легенду

2) Береги честь смолоду

3) Избегай:

- сомнительных авантюр,
- сомнительных людей,
- сомнительных последствий

4) Как сберечь имя:

- «рубим концы». Устраняем темные пятна своего прошлого,
- игра «на опережение». Событие и ОЦЕНКА события,
- умение «оставаться в тени»

5) Как сделать имя:

- камера,
- пресса,
- семинары

### **7. Правильные убеждения**

- 1) Грамотно выстроенный круг общения
- 2) Цели
- 3) Путь кочевника
- 4) Разносторонность

### **8. Сверхспособности**

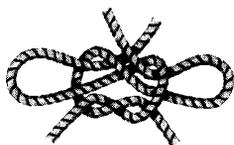
- 1) Решение вопросов. От житейского — к библейскому. Мечты/цели
- 2) «Живое» слово. Богатый словарный запас
- 3) Ораторское мастерство — вплоть до НЛП/ЭГ
- 4) Фокусы
- 5) Чувство юмора
- 6) Высокая скорость ответного удара
- 7) Высокая психологическая устойчивость

### **9. «Эзотерика»**

- 1) Доброта
- 2). «Отвечай за слово»
- 3) «Про бона», или Чистка кармы. «Оттопыривание чакр»
- 4) Шестое чувство. Умение быть в ладу с собой. Умение слушать себя
- 5) Умение отдыхать. Отдых через другое дело

В предыдущих трех книгах я подробно расписал первый и второй блоки Великой девятки — навыки общения и информационные. В этой, четвертой, наконец-то добрался до третьего блока — юридические навыки. И, как видно из оглавления, одна коротенькая строчка «работа с договорами» вылилась в целую книгу. Пусть так.

Начнем.



# [2]

## ОБЩАЯ СХЕМА РАБОТЫ С ДОГОВОРом

*Сильный соблюдает договор постольку-поскольку. Нагоест — нарушит.*

*Майн Риг. «Оцеола, вождь семиолов»*

### 2.1. СХЕМА

Если почитать закон, узнаем: «Договором признается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей» (ст. 420 ГК, п. 1). А также:

«1. Договор считается заключенным, если между сторонами, в требуемой в подлежащих случаях форме, достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора.

Существенными являются условия о предмете договора, условия, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные или необходимые для договоров данного вида, а также все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение.

2. Договор заключается посредством направления оферты (предложения заключить договор) одной из сторон и ее акцепта (принятия предложения) другой стороной» (ст. 432 ГК).

Видите схему на следующей странице? Полностью она будет далеко не всегда.

### 2.2. Полнота

Полностью эта схема у вас будет далеко не всегда. Почему? Давайте на примере из жизни.

Допустим, вы издалека видите ларек. Сверху вывеска: «Свежий хлеб». Сбоку объявление: ИП Узкунова И.В., ИНН такой-то, рек-



Схема 1. Работа с договором

визиты такие-то. За прилавком стоит какая-то тетка... Но пока не видно витрины. Непонятно, хлеб там внутри или что-то еще. Перед нами явно какое-то предложение — но пока непонятно, какое.

Словосочетание «свежий хлеб» не обязательно значит «хлеб» в привычном смысле слова. В наши окаянные дни очень часто снаружи одно, внутри — совсем другое. И, зная, как рекламщики играют словами, жди чего угодно.

За вывеской «Свежий хлеб» вполне может скрываться точка продаж путевок. С подводкой вроде: «Наши турпутевки разлетаются, как свежий хлеб!». За той же вывеской, аки змея в траве, может таиться микрофинансовая организация: «Свежий хлеб — насыщенный кредит на все ваши нужды под один процент в день».

## РАЗДЕЛ 1. НАЧАЛА НАЧАЛ

Подходим ближе. Видим стеклянные витрины с хлебом, пирожками, хачапури и ценниками. Тетка за прилавком вежливо спрашивает: «День добрый. Вам какого? Батон, бородинский?».

По схеме — что мы сделали? Мы увидели предложение. Заинтересовались. Подошли поближе. Уточнили предложение. Теперь ясно: тут продают именно хлеб. В привычном понимании.

Нам нужен хлеб? Да, хотим купить домой. Что дальше? Фраза «День добрый. Вам какого? Батон, бородинский?» — начало предварительных переговоров. Продавец желает знать, какой мы хотим хлеб.

Что теперь? Понимание схемы отношений. Какая у нас будет схема? Простая, как батон. Отдал деньги — получил хлеб. Вот и все. Но и в этой простейшей схеме уже есть риски.

## 2.3. РИСКИ САМОГО ПРОСТОГО ДОГОВОРА

Первый и самый очевидный — хлеб может оказаться черствым. Второй — хлеб может быть... с «начинкой». Чего только люди не находили в хлебе! Тряпки<sup>1</sup>, болты и гайки<sup>2</sup>, тараканов<sup>3</sup>, червя<sup>4</sup> и даже... презерватив<sup>5</sup>. Угу, «вот и сходил за хлебушком...»

Третий — из чего сделан хлеб? Вдруг там какие-то опасные биодобавки, ГМО, еще что-то душевредное? Четвертый — в силу особенностей именно вашего организма: допустим, аллергия — от хлеба некоторых сортов вас потом «обсыпет» или вам «поплохеет».

Так-то. Ладно, основные риски понятны. Как снизить, а лучше исключить вовсе? Риск первый. Щупаем хлеб. 90% хлеба продается в полиэтиленовой упаковке. Можно смело брать в руки без ущерба для товара. Оставшиеся 10% проверяем через принесенный с собой

---

<sup>1</sup> <http://ru.tsn.ua/ukrayina/v-kramatorske-zhenschina-nashla-v-hlebe-celuyu-tryapku.html>

<sup>2</sup> [http://efir24.tv/all-news/incident/45781\\_the\\_bolt\\_and\\_nut\\_found\\_nizhnekamsk\\_family\\_in\\_the\\_white\\_bread/](http://efir24.tv/all-news/incident/45781_the_bolt_and_nut_found_nizhnekamsk_family_in_the_white_bread/) и еще <http://people.onliner.by/2012/12/14/gajka/>

<sup>3</sup> <http://www.kp.ru/daily/26349/3231910/> Другой случай — см. Апелляционное определение Верховного Суда Республики Башкортостан от 10.07.2014 по делу N 33-9622/14

<sup>4</sup> Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 05.08.2008 № А74-2449/07-Ф02-3669/08 по делу № А74-2449/07

<sup>5</sup> <http://www.newsru.com/world/28mar2006/preservativ.html>, и еще случай <http://www.ntv.ru/novosti/458349/>

пакет, бумажную салфетку; либо, как встарь, просим продавца — надави на хлеб ложкой, хочу посмотреть, свежий или нет.

Сложнее исключить второй риск. Единственный способ — брать хлеб, уже нарезанный на заводе. Через прозрачную упаковку смотрим на ломти — нет ли чего лишнего. Осторожно шупаем каждый ломтик. Полностью риск не исключите, таракана или еще какую «насекомую» вряд ли учуете... а вот болты, гайки, тряпки — запросто.

Третий и четвертый риск — внимательно читаем этикетку на упаковке. Увы — что у нас, что на Западе этикетка не всегда соответствует содержанию. Но тут уже как повезет. Этот риск без лаборатории вы не устранили. Поэтому верим этикетке...

Можно, конечно, спросить продавца: «Теть, а хлеб с химией или без?». Скорее всего, вас заверят: все хорошо, зря беспокоитесь. И вообще, вы первый за последние сто лет с такими вопросами... Вот вам батон со скидкой 20% и титул «параноик года» бесплатно.

## 2.4. ПРОВЕРКА СТОРОНЫ

Всегда ли нужно? Следующий шаг, по идее, — проверка друг друга. С кем мы имеем дело? Что за продавец? Есть ли в реестре (ЕГРЮЛ)? Вдруг — призрак? Или — двойник?<sup>1</sup> Не собирается ли на банкротство? Судились ли с продавцом другие потребители? И так далее.

На дворе XXI век. Даже если вас занесло в глухое захолустье, у вас все равно есть уйма возможностей проверить сторону договора. В частности, с телефона зайти на сайт налоговой, «пробить» ИНН предпринимателя по ЕГРЮЛ. Есть или нет. Поискать ИП в Едином федеральном реестре сведений о банкротстве — начато или нет. Поднять картотеку арбитража — кто судился с ИП, какие суммы, что не поделили, из-за чего сыр-бор разгорелся. И так далее.

При покупке хлеба — а если смотреть шире, то и при любой «мелкой бытовой сделке»<sup>2</sup> — вряд ли самый осторожный и недоверчивый юрист пойдет так далеко. Почему?

<sup>1</sup> Подробнее об обитателях потустороннего мира будет дальше, в главе 5

<sup>2</sup> В кавычках, т.к. термин из ГК, ст. 26.

## **РАЗДЕЛ 1. НАЧАЛА НАЧАЛ**

Во-первых, не те суммы. Цена булки — 20 руб. Вряд ли вы заткнете иск продавцу, если хлеб окажется черствым. Скорее, кончится тем, что «поворчал, забыл и выкинул». Но если речь идет не об одной булке ценой 20 руб., а, допустим, о партии в тысячу булок — тогда да. Тогда бы мы проверяли продавца глубоко, вдумчиво и основательно.

Но тогда у нас будет не только другая сумма... а, наверное, и другой договор. Предпринимательский, а не потребительский. Тысячу булок не покупают на «поесть». Казенно говоря, «для личного потребления». У такого договора обычно другая цель. Бизнес-цель.

К примеру, банально перепродать партию хлеба в соседний регион. Или — хрюшек кормить в подсобном хозяйстве. Или — добавить мяса, наделать котлет, а после продавать котлеты в своей столовой.

Во-вторых, если мы покупаем одну булку, то как вы думаете, кто в этом договоре сильная сторона?

## **2.5. СИЛЬНАЯ СТОРОНА ДОГОВОРА**

Что за зверь такой? Под сильной стороной договора в теории понимают участника переговоров, который может навязать второму участнику свою волю, свои условия будущего договора. Иногда сильный так и говорит: «Вот тебе договор. Никакой правки. Или подписывай, или — дверь там».

В нашем праве о сильной стороне забеспокоились сравнительно недавно. Впервые хоть как-то защитить слабую сторону попробовали в Постановлении Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах», пункт 9:

«При рассмотрении споров, возникающих из договора, 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 английском праве с сильными воевали испокон веков:

«Никто из вас сейчас и не вспомнит, как тяжело нам было бороться с оговорками (в договорах), исключаящими ответственность (как правило, одной из сторон, более сильной стороны). Оговорки печатали мелким шрифтом на оборотной стороне билетов и типовых бланков на заказ товара, на счетах. Оговорки включали в каталоги и расписания. Оговорки связывали любого, кто не возражал.

А никто никогда и не возражал. Люди или не читали оговорки, или не понимали смысла оговорки. И даже если оговорки были неразумными, эти оговорки все равно связывали. Все это делалось во имя «свободы договора». Но свобода была на стороне крупного бизнеса, который использовал типовые договоры и печатал оговорки. Для маленького человека, который купил билет или заказал товар, свободы договора нет.

Крупный бизнес говорил: «Или соглашайся на наших условиях, или — дверь там». У маленького человека не было выбора, приходилось соглашаться. Крупный бизнес мог исключить и исключал свою ответственность, действовал в своем интересе — нисколько не заботясь о сырых мирах сего. Раз за разом крупному бизнесу удавалось уйти от ответственности»<sup>1</sup>. (Дело *George Mitchell (Chesterhall) Ltd. v Finney Lock Seeds Ltd.*)

## 2.6. И КТО СИЛЬНЕЕ?!

В договоре на покупку булки сильная сторона, в первом приближении, вроде бы продавец. Может навязать свои условия? Может. Продавец, а не вы, устанавливает цену на хлеб. И установив цену, может продать, а может и не продать. Под любым предлогом.

---

<sup>1</sup> Первоисточник с полным текстом решения: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1982/5.html>. Цитирую по «Английскому праву», глава 2.3.

## РАЗДЕЛ 1. НАЧАЛА НАЧАЛ

К примеру, захлопнет перед вашим носом окошко, вывесит табличку: «Ушла на обед, когда-нибудь вернусь». Может прицепиться к вашей наличности: «Что-то у вас деньги какие-то не такие, на фальшивку похожи, не возьму». Или придумать что-то еще. Но тут-то сила продавца и заканчивается. Случись что в ходе исполнения договора — или в связи с договором — продавец вряд ли сможет вытащить покупателя в суд.

Допустим, торговка хлебом взяла у покупателя деньги. Пробила чек. А после нахамила. Покупатель, горячая южанка, не стала заморачиваться с правом-исками-полицией. Отвесила торговке пощечину, забрала хлеб и деньги, да и гордо себе ушла. От пощечины у торговки разбились дорогие очки.

Последствия?!

Юрист по уголовным делам углядел бы здесь ст. 116 УК РФ, п. 1 — нанесение побоев или совершение иных насильственных действий, причинивших физическую боль, но не повлекших причинение легкого вреда здоровью. Или иную статью УК. А с точки зрения гражданского права возникло два обязательства.

Первое — из договора. Вспоминаем матчасть. Статья 454 ГК, п. 1: «По договору купли-продажи одна сторона (продавец) обязуется передать вещь (товар) в собственность другой стороне (покупателю), а покупатель обязуется принять этот товар и уплатить за него определенную денежную сумму (цену)».

Далее, статья 493 ГК, Форма договора розничной купли-продажи: «Если иное не предусмотрено законом или договором розничной купли-продажи, в том числе условиями формуляров или иных стандартных форм, к которым присоединяется покупатель (статья 428), договор розничной купли-продажи считается заключенным в надлежащей форме с момента выдачи продавцом покупателю кассового или товарного чека или иного документа, подтверждающего оплату товара.

Отсутствие у покупателя указанных документов **не лишает его возможности ссылаться на свидетельские показания в подтверждение заключения договора и его условий**<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Здесь и далее в статьях закона разбивка на абзацы и подчеркивания — мои.

Думаем. В нашем случае чек пробит, т.е. договор заключен. Товар передан — продавец передала хлеб. Одна сторона исполнила договор. Вторая — нет. Покупатель не оплатил товар — забрала и хлеб, и деньги. Но обязательство оплатить за товар, тем не менее, возникло из договора. Это обязательство не исполнено. А значит, продавец вправе требовать исполнить обязательство оплатить товар через суд. Вправе подать иск о взыскании долга по договору.

Второе обязательство родилось не из договора, но — в связи с договором. Это — деликт, т.е. обязательство из причинения вреда. Привет, ст. 1064 ГК, пункт 1: «Вред, причиненный личности или имуществу гражданина, а также вред, причиненный имуществу юридического лица, подлежит возмещению в полном объеме лицом, причинившим вред».

Покупатель разбил продавцу очки. Покупатель в силу закона обязан возместить продавцу стоимость очков. Возможно, суд применит ст. 1083 ГК, пункт 2 и снизит размер суммы, т.к. имело место хамство продавца — вина потерпевшего. Тем не менее обязательство возместить вред все равно возникло. Продавец вправе подать иск о взыскании с покупателя стоимости очков... но к кому?! Кто ответчик? А ответчик неизвестен...

Продавец в розничной торговле обязан «довести до сведения потребителя фирменное наименование (наименование) своей организации, место ее нахождения (адрес) и режим ее работы. Продавец (исполнитель) размещает указанную информацию на вывеске.

Изготовитель (исполнитель, продавец) — индивидуальный предприниматель — должен предоставить потребителю информацию о государственной регистрации и наименовании зарегистрировавшего его органа»<sup>1</sup>.

А у покупателя-«физика» такой обязанности НЕТ. Пускай ГК и говорит: «Гражданин приобретает и осуществляет права и обязанности под своим именем, включающим фамилию и собственно имя, а также отчество» (ст. 19)...

---

<sup>1</sup> Закон РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей», ст. 9, п. 1. Далее — «ЗПП».

## **РАЗДЕЛ 1. НАЧАЛА НАЧАЛ**

Но при покупке хлеба, а также при любой «мелкой бытовой сделке», в законе нет обязанности покупателя представляться продавцу. Тем более — предъявлять документ, удостоверяющий личность. До такого маразма наше полицейское государство еще, слава богу, не дошло.

Что в итоге? Продавец всегда на свету. Покупатель — в тени. Отсюда в подавляющем большинстве случаев покупатель может судиться с продавцом, а продавец с покупателем — нет. Потому что ответчик неизвестен. Эдакая защита тьмой/анонимностью.

Конечно, у Продавца могут стоять камеры видеонаблюдения. Конечно, можно «подтянуть» полицию. Можно найти свидетелей. И в теории, в случае с разбитыми очками, продавец, приложив титанические усилия, может быть и установит личность покупателя... Но вероятность, сами понимаете, маленькая.

Менее экстремальный пример. Покупатель купил пять булок, дал 50 рублей вместо ста и ушел. Продавец спохватился, когда покупатель уже ушел, выскочил на улицу... а покупателя и след простыл. С кого взыскивать? Покупатель опять защищен анонимностью. И даже если покупатель еще раз придет в тот же магазин, вряд ли продавец сможет доказать: «За тобой долг, ты не исполнил договор, ты мне должен еще 50 рублей».

Таким образом, доктринально-юридически в договоре по хлебу, а также в любой мелкой бытовой сделке, продавец — сильная сторона, т.к. может навязать свои условия договора. Но по жизни и фактически сила на стороне покупателя. И анонимность — не единственное преимущество покупателя. Есть и другие рычаги.

## **2.7. ВНЕДОГОВОРНЫЕ РЫЧАГИ ДАВЛЕНИЯ**

Второе преимущество/рычаг покупателя-«физика» — ЗПП, по которому покупатель-потребитель («физик») всегда в более выигрышном положении, чем продавец (ИП или «юриск»). Но есть и третье... да еще какое.

Покупатель может натравить на продавца свору контролирурующих органов. А сам будет эдак скромно стоять в сторонке. И с наслаждением смотреть, как продавца рвут в клочья.

Допустим, продан заплесневелый хлеб. Покупатель обнаружил плесень только дома. Пошел в магазин менять. Продавец: «Ничего не знаю, не продавал, я тебя впервые вижу, да и чека у тебя нет».

Допустим, покупатель не хочет судиться по ЗПП. Долго, относительно дорого, да и суммы маленькие. Да, правило «не те суммы» работает в обе стороны. Но покупатель, как у нас часто бывает, алчет справедливости. Хочет НАКАЗАТЬ продавца. И тогда...

Покупатель фотографирует злосчастный хлеб. Пишет жалобу. Так мол и так, у торговца и хлеб с плесенью, и тараканы по прилавку так и шмыгают, и мухи летают. Прошу провести внеплановую выездную проверку в отношении такого-то лица (продавца).

Телега с фотографиями «уезжает» в Роспотребнадзор. Последствия, скорее всего, будут такие:

«Управление Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека по Забайкальскому краю (далее — заявитель, Управление Роспотребнадзора по Забайкальскому краю или административный орган) обратилось в Арбитражный суд Забайкальского края с заявлением о привлечении индивидуального предпринимателя Мининой Оксаны Михайловны (далее — ИП Минина О.М., предприниматель) к административной ответственности, предусмотренной частью 2 статьи 14.43 Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации (далее — «КоАП»).

Решением Арбитражного суда Забайкальского края от 25 октября 2012 года ИП Минина О.М. привлечена к административной ответственности в соответствии с частью 2 статьи 14.43 КоАП в виде штрафа в размере 30 000 рублей.

Не согласившись с указанным решением, ИП Минина О.М. обжаловала его в апелляционном порядке.

...Основанием для проверки явилось обращение физического лица, указывающее на реализацию продуктов питания с истекшими сроками годности в магазинах «Народный», расположенных по адресам..... В ходе проверки установлены нарушения обязательных требований к организациям торговли и обороту в них продовольственного сырья и пищевых продуктов:

## РАЗДЕЛ 1. НАЧАЛА НАЧАЛ

1) продукты с явными признаками недоброкачества, наличием плесени:

— сыр «Радонежский», вес 0,266 кг, по цене 249 руб. 60 коп. за 1 кг;

— сыр «Джюгас», Литва, вес 0,858 кг, по цене 504 руб. 80 коп. за 1 кг...

...Решение Арбитражного суда Забайкальского края от 25 октября 2012 года по делу № А78-7984/2012 оставить без изменения, апелляционную жалобу — без удовлетворения». (*Постановление 4ААС от 26.12.2012 по делу N А78-7984/2012, устояло в кассации — Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 21.03.2013 по делу № А78-7984/2012*)

На стадии подачи жалобы неизвестно, накажут продавца или нет. Поэтому покупатель пишет вторую «телегу». Для подстраховки. Чтобы наверняка. Куда бы написать? Как она там сказала? «Да и чека у тебя нет»? Чудесно. Пишем:

«В налоговую инспекцию энского района г. Авалон. Такого-то числа ИП такая-то продала мне заплесневелый хлеб и не пробила чек. Это у нее обычное дело, она всем продает хлеб и не выбивает чеки. Подозреваю, с целью ухода от налогов. Прошу проверить и привлечь к ответственности».

Чем кончилось, покупатель потом узнает с сайта арбитража. Будет что-то вроде:

«Изучив материалы дела, Федеральный арбитражный суд Северо-Кавказского округа считает, что кассационная жалоба не подлежит удовлетворению по следующим основаниям.

Как видно из материалов дела, на основании поручения от 20.05.2009 № 795 сотрудники налоговой инспекции провели проверку соблюдения обществом законодательства РФ о применении контрольно-кассовой техники при осуществлении наличных денежных расчетов и (или) расчетов с использованием расчетных карт.

Основанием для проведения проверки послужило заявление Сыроваткиной С.Л., — *опять покупатель мстит продавцу!* — из объяснений которой следует, что 06.04.2010 ею и ее мужем приобретались мобильные телефоны стоимостью

12 990 рублей и 990 рублей и защитная пленка стоимостью 250 рублей. Однако продавец магазина им не выдал кассовый чек.

В ходе проведения проверки налоговый орган запросил ленту ККТ с отражением всех позиций розничной продажи за 06.04.2010 с разбивкой по времени продажи и суммам. В ходе обозрения контрольной ленты суммы в размере 4 685 рублей, внесенной по товарному чеку от 06.04.2010 № 328042, не обнаружено.

...Результаты проверки зафиксированы в протоколе об административном правонарушении от 28.05.2010 № 108 от 28.05.2010, действия общества квалифицированы по части 2 статьи 14.5 Кодекса.

Постановлением от 03.06.2010 № 108 общество привлечено к административной ответственности, предусмотренной частью 2 статьи 14.5 Кодекса в виде 30 тыс. рублей штрафа». (*Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 28.10.2010 по делу № А53-15738/2010*)

А чтобы продавцу жизнь медом не казалась, покупатель «запугает» третью телегу. На сей раз в МЧС. Тут и придумывать особо ничего не надо. С пожарной безопасностью у любого торговца традиционно из рук вон плохо. Достаточно написать хотя бы так:

«При покупке плесневелого хлеба в ларьке у ИП такой-то, как мне показалось, у нее слегка искрила проводка, а огнетушитель в ларьке отсутствует, пожарной сигнализации тоже нет. Прошу проверить соблюдение указанной ИП требования противопожарного режима. Здесь налицо угроза общественной безопасности. Если ее ларек загорится, огонь перекинется на соседние, и кончится все огромным пожаром, сгорит весь торговый центр».

Думаю, к торговке очень быстро нагрянет МЧС. Если хоть раз читали пожарную «нормативку»<sup>1</sup>, знаете: ВСЕ требования соблюсти практически невозможно. Проверяющие обязательно найдут нарушения. Штраф светит с вероятностью 95%. Финал будет плачевный. Как тут или хуже:

«Как видно из материалов дела, 22.10.2013 на основании поступившей жалобы от Днистряна Н.Г. в отношении общества вынесены

---

<sup>1</sup> См., к примеру, в частности Постановление Правительства РФ от 25.04.2012 № 390 «О противопожарном режиме».

## РАЗДЕЛ 1. НАЧАЛА НАЧАЛ

определение о возбуждении административного дела о нарушении требований пожарной безопасности по части 1 статьи 20.4 Кодекса и определение о возбуждении административного дела о нарушении требований пожарной безопасности по части 4 статьи 20.4 Кодекса, которыми установлено, что нежилое здание, расположенное по адресу: Темрюкский район, пос. Сенной, ул. Мира, 33, принадлежащее обществу и сдаваемое им в аренду под использование в качестве магазина, эксплуатируется с нарушением требований пожарной безопасности.

Здание не обеспечено запасом воды для целей наружного пожаротушения (пункт 2.11 СНИП 2.04.02-84\*), не оборудовано автоматической пожарной сигнализацией (пункт 9 таблицы 1 НПБ 110-03), не оборудовано системой оповещения и управления эвакуацией людей на случай пожара (пункт 5 таблицы 2 НПБ 104-03), обществом не разработан и не вывешен план эвакуации, выполненный в соответствии с ГОСТ Р 12.2.143-2009 (пункт 7 постановления Правительства РФ от 25.04.2012 № 390).

По факту выявленных нарушений отделом составлены протоколы об административном правонарушении от 15.11.2013 № 311 и 312. По результатам рассмотрения материалов дела постановлением от 22.11.2013 № 311 общество привлечено к административной ответственности по части 1 статьи 20.4 Кодекса с назначением наказания в виде предупреждения, а постановлением от 22.11.2013 № 312 общество привлечено к административной ответственности по части 4 статьи 20.4 Кодекса с назначением **наказания в виде штрафа в размере 150 тыс. рублей**. (*Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 25.12.2014 по делу № А32-42067/2013*)

И это «еще не вечер». Государство проверяет ЛЮБОЙ бизнес. И проверки ларька у перехода (микробизнес), и проверки крупного завода на сотни, а то и тысячи рабочих мест (средний и крупный бизнес) отличаются лишь количеством. В смысле — количеством проверяющих органов.

«Вы когда-нибудь задумывались, СКОЛЬКО у нас проверяющих органов? Я вам скажу. 29. Двадцать девять!»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Подробнее см. Проверки: защита прав предпринимателей : практ. пособие / под общ. ред. В. В. Орбинского и О. Е. Проскурина. — Ростов н/Д: Феникс, 2014. — 125 с. Цитата оттуда, раздел «Введение».

Пока наш обиженный покупатель написал трем проверяющим. А если продолжит?!

То-то. Продавцу жить будет ох как весело... Причем не обязательно эти жалобы писать. По уму, матерый покупатель сначала поговорит, припугнет: «Так, дорогая. Или замена хлеба и пара тысяч компенсации, или... проверяющих у нас 29. Напишу каждому. Хочешь из-за какой-то дрянной булки попасть на астрономические штрафы? Потерять бизнес?».

## 2.8. ПЕРВЫЕ ИТОГИ

К чему пришли. В договоре купли-продажи хлеба, а также в любом мелком потребительском договоре есть, в частности, три особенности: 1) «не те суммы»; 2) покупатель — анонимен; 3) покупатель — сильная сторона договора.

Да, продавец в розничной торговле может навязать покупателю свои условия договора («или так — или никак»). А грамотный покупатель в отместку может устроить продавцу ад на земле — иск по ЗПП и проверяющих.

Поэтому в мелком потребительском договоре сильная сторона — именно покупатель. Отсюда на стадии «проверка друг друга» покупатель может себе позволить не проверять продавца. Ну, от силы подойти к стенке и сфоткать на телефон реквизиты продавца. На всякий случай. Мало ли что. После чего сразу «перепрыгнет» по схеме на предпоследнюю стадию — исполнение договора.

А что продавец? Посмотрим с другой стороны баррикад (прилавка). В магазин зашел какой-то хрюндель. На стандартный вопрос «Вам какого? Батон, бородинский?» достал телефон и фотографирует реквизиты. Ох, не к добру. Опытный продавец насторожится — кого нелегкая принесла? Администрация? Опер? Контрольная закупка? Обиженный потребитель?

Потом вы говорите: «Мне батон». Протягиваете деньги. После вашего предыдущего поведения вам и батон посвежее дадут, и чек обязательно пробьют. Почему? Продавец боится от возможных... сюрпризов. А лучшая страховка — исполнить договор так,

## **РАЗДЕЛ 1. НАЧАЛА НАЧАЛ**

чтобы комар носа не подточил. Чтобы покупателю при всем желании было не к чему придраться.

Вы забрали хлеб и ушли. Продавец облегченно выдохнул: фууух, вроде пронесло. Все? Если хлеб без изъянов — да. Если изъяны есть — выход на «жизнь после договора», разборки с продавцом.

Итого, по нашей схеме мы прошли этапы: предложение — предварительные переговоры — анализ рисков — схема отношений — проверка друг друга — исполнение. «Выпали»: повторные переговоры — составляем проект договора (перевод схемы отношений с делового на юридический) — война правок — подписание — жизнь после договора.



# [3]

## ГЛУБИНА «ПОГРУЖЕНИЯ»

*Самое важное изобретение в истории человечества — письменный договор. Позволяет подробно описать, почему люди не доверяют друг другу.*

*Афоризм. Автор неизвестен*

Пример с хлебом — наверное, самое простое, что может быть в жизни как у обычного человека, так и у юриста-договорника. По другим вопросам нашего бренного бытия глубина и сложность работы с договором, т.е. будет у вас вся схема или нет, зависит от:

- 1) деньги — сколько денег на кону (цена договора);
- 2) как и в чем идут расчеты — рубли, валюта или не пойми что (ценные бумаги);
- 3) предмет договора — обычный или нет;
- 4) кто по ту сторону баррикад — ЗНАЙ ПАРТНЕРА;
- 5) логистика — что, как, куда и на чем едет;
- 6) природа отношений — стандарт или экзотика;
- 7) игроки — количество участников схемы;
- 8) сила (кто в договоре сильная сторона);
- 9) договор внутри одной страны или «с уходом за кордон»;
- 10) опасность — опасность договора для сторон и прочих обитателей этой галактики;
- 11) потайной интерес стороны.

### 3.1. СКОЛЬКО ДЕНЕГ НА КОНУ

По первому пункту. В принципе, все очевидно из названия: чем больше денег — тем больше работы по договору и сложнее договор, но есть еще одна тонкость. При большой сумме у вас может измениться вид договора.

## РАЗДЕЛ 1. НАЧАЛА НАЧАЛ

Смотрите. Допустим, поставка оборудования. Предмет поставки — станок деревообрабатывающий, одна штука, цена 10 000. Посмотрели документацию — по характеристикам подходит. Съездили к Поставщику, проверили, оплатили тут же на месте, привезли, запустили. Все, договор исполнен<sup>1</sup>.

Повысим ставки. Допустим, покупка того же деревообрабатывающего оборудования, но станков — сто, станки — разные, от пилорамы до цеха по производству целлюлозы, и цена этого жужжащего великолепия — миллиард.

Здесь, как вы понимаете, и договор, и объем работы по нашей схеме будет гораздо обширнее. Одно описание предмета договора займет листов десять. Не говоря уже о страховках, обеспечении и т.д.

Более того, количество может перейти в качество. Из-за количества денег и станков у вас может «мутировать» договор. В банальную поставку, как в примере на 10 000, могут добавиться нормы из подряда — если поставщик обязан не просто продать и привезти станки, а еще установить, наладить и ввести в эксплуатацию.

Возможна и другая «мутация». Почитав ваш договор и приложения с километровым перечнем оборудования, суд может сделать вот такие выводы:

1) сто станков вместе — это уже целый завод, это уже предприятие;

2) квалификация договора определяется не его названием либо названием сторон, а содержанием договора<sup>2</sup>;

3) хотя договор и назван «поставка», содержание договора — продажа предприятия;

4) а значит, в первую очередь к договору и отношениям сторон применимы нормы ст. ст. 559 — 566 ГК, и лишь после — нормы о поставке и купли-продажи.

---

<sup>1</sup> На 90%. Неисполненным осталось лишь одно обязательство поставщика: гарантия на станок. И пока станок исправно работает, это обязательство так и будет «висеть в воздухе».

<sup>2</sup> Давно и прочно сложившийся принцип. См. Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 27.02.2003 № Ф04/844-134/А46-2003, Постановление ФАС Северо-Западного округа от 10.04.2002 № А56-23526/01), Постановление ФАС Уральского округа от 17.08.2004 № Ф09-2625/04-ГК по делу № А50-224/04, Постановление ФАС ЦО от 20.02.2008 № Ф10-162/08 по делу № А09-8404/06-14 и т.д.

Чего вы «на берегу», т.е. на стадии составления договора, конечно, не предвидели. Как перекрыть лазейки таким судебским мудрствованиям, как себя обезопасить — всему свое время, будет дальше.

## 3.2. РАСЧЕТЫ

Чем больше суммы, тем сложнее и мудренее порядок расчетов в договоре. Кроме того, зная особенности жизни в РФ — вечные кризисы, валютные «качели», внезапные деноминации и прочие напасти — люди стараются как-то подстраховаться.

Поэтому, если сумма до миллиона рублей, договор будет еще в рублях. После миллиона — как правило, в условных единицах (у.е.), с привязкой к той или иной стабильной валюте. Страхуемся, как можем... И доходит до курьезов. Как вам такой перл конца девяностых:

«Между сторонами был заключен договор аренды № 3/98 от 03.04.1998 с одновременным оформлением акта приема-передачи имущества. По указанному акту (приложение № 1 к договору — л. д. 19, т. 1) в аренду значатся переданными два бульдозера D-9N и два промприбора «Дерокер».

В п. 15 договора указано, что арендная плата установлена в размере суммы, эквивалентной двум килограммам химически чистого золота с учетом НДС за один бульдозер в месяц. К договору стороны составили приложение № 2, в котором установили график погашения арендной платы за 1998 год.» (*Постановление ФАС Дальневосточного округа от 08.09.2003 № Ф03-А37/03-1/2125*)

Забавное исключение. Эхо той поры... Сейчас до экзотики с золотом дойдет вряд ли. Но писать валютную оговорку, т.е. механизм расчетов с привязкой к доллару США или евро, вам, уважаемый коллега, рано или поздно придется. А там свое минное поле. Пример классической ошибки юриста:

«В названном пункте указано «доллар», но валюта не конкретизирована. Между тем доллар является денежной единицей США (доллар США), Канады (канадский доллар), Австралии (австралий-

## РАЗДЕЛ 1. НАЧАЛА НАЧАЛ

ский доллар) и ряда других стран. Для каждой валюты ЦБ РФ устанавливает свой курс по отношению к рублю.

**Какую именно валюту имели в виду стороны, из условий договора установить невозможно.** Поэтому вывод судов о неопределенности данного условия соответствует содержанию договора и спецификаций». *(Постановление ФАС Московского округа от 01.11.2010 № КА-А40/12708-10 по делу № А40-152336/09-63-1036)*

Как правильно прописать валютную оговорку в договоре, тоже расскажу. Пока обратите внимание на простую мысль: чем выше суммы, тем сложнее механизм расчетов в договоре. И тем сложнее этот механизм прописывать бедному юристу. И ладно бы только «у.е.». Бывает ЕЩЕ сложнее. Вот выдержка из раздела «расчеты» одного сложного договора:

«4.1. Векселя содержат оговорку «без протеста», которую обязаны вписать векселедатель (Клиент 1) при выдаче Векселя.

4.2. При передаче Векселя Продавцу Покупатель делает передаточную надпись (индоссамент) на Векселе: «БЕЗ ОБОРОТА НА МЕНЯ». Продавец обязуется принять Вексель с такой надписью (оговоркой).

4.3. Дополнительно к предыдущему пункту Соглашения, Продавец и Покупатель также составляют акт сдачи-приемки векселей».

Да. Сложность идет по нарастающей. Расчеты в рублях — просто, в у.е. — сложнее, векселями/аккредитивами/иными ценными бумагами — еще сложнее. Тоже самое с иностранным элементом: к примеру, векселя иностранного банка — и вовсе тихий ужас.

Почему? Издержки узкой специализации. Юрист по ценным бумагам обитает, как правило, в банке. В тамошнем юротделе, как и всюду, есть разделение труда. Юрист по ценным бумагам отвечает за свой, четко очерченный, участок работы. Занимается только бумагами. Потому и хороший специалист — море практики.

Оборотная сторона — узкий спец слаб во всем остальном. В том числе и в договорах. Правильно: из-за недостатка практики по другим направлениям. Да и вообще, как говорят банковские: «Это не входит в мой функционал».

Юрист-«договорник», в свою очередь, прекрасно разбирается в договорах. Но дуб дубом в ценных бумагах. Потому-то расчеты ценными бумагами для среднего юриста предприятия (не банка) — «не пойми что», далекая и загадочная «земля псоглавцев».

И!? Вариантов два. Либо вникать самому, либо подтягивать узкого специалиста по ценным бумагам. Из того же банка.

### **3.3. ПРЕДМЕТ ДОГОВОРА**

В теории «предмет договора — это материальный объект, по поводу которого складывается гражданское правоотношение»<sup>1</sup>. На практике — тихий омут, где традиционно водятся черти.

Почему? Составляя договор, юристы традиционно смотрят в другую сторону. Как бы прописать ответственность, логистику, где еще нас могут объегорить, как защититься и т.д. Предмет? А что предмет? Да что тут сложного?! Что тут прописывать, все же очевидно!

Ах, очевидно?! Сколько договоров признано незаключенными... сколько карьер сломано... сколько убытков понесено... сколько ожиданий разбито вдребезги — не счесть. А почему? Коряво прописали предмет договора. Если вообще прописали...

Представьте себе. Допустим, есть фирма «Строитель-1». Занималась подрядом, строила коммерческую недвижимость. Фирме должна денег другая фирма... допустим, ОАО «Отжигай и жги»<sup>2</sup>. Не заплатили по договору подряда. Долг — пусть будет 5 000 000 руб.

Потом собственники «Строитель-1» решили фирму слить. Кстати, нормальная практика в строительстве: построили что-то крупное — ушли на ликвидацию. Мало ли что там потом вылезет, вдруг какие иски-претензии.

Слили. А пятимиллионный долг до начала ликвидации передали своей же другой фирме. Допустим, «Строитель-2». Образно говоря, собственники переложили право требования долга из одного кармана — в другой. Что тоже нормальная практика.

<sup>1</sup> Романец Ю.В. Система договоров в гражданском праве России: монография. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Норма, Инфра-М, 2013. — 496 с. — Глава 4, параграф 1.

<sup>2</sup> Посмеетесь, но есть и другая фирма с таким же названием. ИНН 5321157820. К книге не относится, но есть. Как, почему и зачем наши купцы придумывают фривольные названия — см. «Чему до сих пор не учат на юрфаке: электронные джунгли», глава 4.1.

## РАЗДЕЛ 1. НАЧАЛА НАЧАЛ

Знаете, на чем прокололись? В договоре цессии (уступка права), по которому передавали долг, указали только ссылку на договор подряда и сумму долга. Все. Сам долг подробно не расписали — за какие работы, по каким актам и т.д.

Если «Строитель-2» подаст иск в суд о взыскании долга с ОАО «Отжигай и жги», исход будет, с огромной вероятностью, такой:

«...суд апелляционной инстанции пришел к правильному выводу о том, что в договоре цессии от 22.05.2011, по которому ООО «Строймаштехнология» уступило ЗАО «Полюс СОЮЗ» право требования долга в сумме 8 411 214 рублей 39 копеек по актам КС-2 от 10.10.2008 с ФГУ «Иннокентьевская КЭЧ района», не указан период выполнения работ, перечень и наименование конкретных объектов, на которых производились спорные работы, что не позволяет сделать вывод о передаче истцу права требования долга по спорным актам.

В акте приема-передачи документов от 22.05.2011 не указаны обязательные реквизиты передаваемых документов в соответствии с требованиями статьи 9 Федерального закона «О бухгалтерском учете».

**Поскольку в договоре цессии от 22.05.2011 не указаны основания возникновения задолженности, договор является незаключенным, а иск по настоящему делу заявлен ненадлежащим истцом.**

Исходя из изложенного, суды правомерно отказали в удовлетворении искового требования». (*Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 11.12.2012 по делу № А78-9779/2011. Читайте: во-семь миллионов — кошке под хвост*)

Еще пример:

«Ссылка в договорах цессии на основной договор и договоры поставки не дает возможности определить предмет цессий. Цеденты (ООО «Стройтехпром» и ООО «Генеральный застройщик»), привлеченные к участию в деле в качестве третьих лиц, отзывы на исковое заявление, доказательства наличия права требования к должнику не представили, в судебных заседаниях не участвовали. Доказательства исполнения договоров цессии нет. При таких обстоятельствах суды правильно отказали в иске». (*Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 17.04.2015 № Ф08-2007/2015 по делу № А32-12691/2014*)

Ладно, если бы речь шла о единичных случаях. Увы, практики, когда из-за плохо описанного предмета договора вся бизнес-схема летит в тартарары, НАВАЛОМ. Ограничусь двумя примерами:

«Исходя из содержания представленных в дело расписок, апелляционный суд пришел к выводу о том, что стороны имели намерение заключить договор купли-продажи предприятия (бизнеса) — службы такси «Эконом».

Однако такой договор в виде отдельного документа ими составлен и подписан не был.

Установив, что **условие о предмете обычного договора купли-продажи имущества в представленных в дело расписках отсутствует, так как из них не представляется возможным установить, какие именно активы истица обязалась продать ответчице**, апелляционный суд пришел к выводу о том, что условие о предмете договора сторонами не согласовано, договор между ними в силу положений пункта 1 статьи 432 ГК РФ не заключен.

Заявленные ко взысканию денежные средства в сумме 400 000 рублей являются неосновательным обогащением и подлежат взысканию с ответчика в соответствии с требованиями статьи 1102 ГК». (*Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 21.05.2015 № Ф02-1822/2015 по делу № А58-4713/2014*)

Думаем. Решение вроде бы в пользу Истца. Истец вроде как деньги вернул... крайне сомнительно. Решение-то в пользу Истца, но вернет ли Истец деньги фактически? Или сумма так и останется в тексте судебного акта?

Англичане жалуются: «исполняется только 35% судебных актов»<sup>1</sup>. У нас все на порядок хуже: «В ходе проверок сотрудники прокуратуры установили, что в 2014 году из 5,5 трлн руб., подле-

---

<sup>1</sup> Келли, Дэвид, Холмс, Энн, Хайварг Руфь. Коммерческое право. — 5-е изд. — New York: Cavendish Publishing, 2005 г. — С. 5. Более свежих данных как ни бился — не нашел, но похоже, все плохо. См., к примеру, академический сборник по ред. Басак Басоглу «Влияние финансовых кризисов на связывающую силу договоров — повторные переговоры, отказ от договора, пересмотр договора». Швейцария, изд-во Шпрингер, 2016 г.

## РАЗДЕЛ 1. НАЧАЛА НАЧАЛ

жащих принудительному взысканию, взыскано реально лишь 7,5%, сообщил сегодня первый заместитель Генерального прокурора РФ Александр Буксман, выступая на коллегии ведомства, посвященной итогам работы в первом полугодии 2015 года»<sup>1</sup>.

Мало ли, вдруг повезет. Вдруг истец вернет деньги, как раньше говорили, «по суду». А толку?! Цели — купить бизнес — Истец не достиг. Из той же оперы и второй пример:

«Согласно статье 554 ГК РФ в договоре продажи недвижимости должны быть указаны данные, позволяющие определенно установить недвижимое имущество, подлежащее передаче покупателю по договору, в том числе данные, определяющие расположение недвижимости на соответствующем земельном участке либо в составе другого недвижимого имущества.

При отсутствии этих данных в договоре условие о недвижимом имуществе, подлежащем передаче, считается не согласованным сторонами, а соответствующий договор незаключенным.

В пункте 1.1 договора купли-продажи от 07.02.2008 № 2 предмет договора определен как помещение 2-Н площадью 70,9 кв. м, с кадастровым номером 78:42:18246:2013:157:3, расположенное по адресу: Санкт-Петербург, г. Пушкин, Красносельское ш., д. 14/28, лит. «У»...

Площадь объекта также не соответствует сведениям на объект, указанный в плане вторичного объекта недвижимости (помещения) от 20.01.2008, с кадастровым номером 78:42:18246:2013:157:3, где площадь объекта указана 70,9 кв. м.

С учетом приведенных обстоятельств суд первой инстанции пришел к обоснованному выводу о том, что в договоре от 07.02.2008 № 2 купли-продажи объекта недвижимого имущества отсутствуют данные, позволяющие определить, какой именно объект недвижимости подлежит передаче покупателю.

Таким образом, суд первой инстанции обоснованно посчитал, что упомянутый договор купли-продажи недвижимости является незаключенным, и потому правомерно отказал в удовлетворении иска». (*Постановление ФАС Северо-Западного округа от 13.11.2012 по делу № А56-6543/2011*)

---

<sup>1</sup> Источник: <http://pravo.ru/news/view/120579/>

Что видим? Криво описали предмет договора в договоре купли-продажи недвижимости. Получилось, что в договоре описан один объект, а в жизни у объекта другие характеристики. И все, кирдык договору.

А покупатель, как и в предыдущем примере, опять не достиг цели. Хотел получить здание — не получил. Теперь в лучшем случае может рассчитывать на возврат денег. И то, поди еще верни.

Достаточно. Думаю, убедил: предмет договора важно прописывать АРХИтщательно, ясно и подробно. Ошибка в предмете может похоронить и договор, и цель стороны. А иногда и договорника. В буквальном смысле слова.

### **3.4. Кто по ту сторону баррикад?**

С кем мы имеем дело? Если у нас договор с давним партнером, с которым прошел уже десяток подобных договоров, то чувствуем себя хорошо и спокойно. Можно особо не заморачиваться и с проверкой, и с расчетами, и с логистиками — идем по привычной и обкатанной канве отношений. Так, проверить для проформы, вдруг что изменилось — собственники, директор и т.д. Но если ведем дела первый раз с новым, незнакомым купцом — тогда проверяем «по полной», до упора.

### **3.5. Логистика**

Что, как, куда и на чем едет. Еще одна типичная ошибка начинающего договорника. Чудесно укладывается в поговорку: «За морем телушка — полушка, да рубль — перевоз».

Впрочем, необязательно за морем и ВЭД. Можно влететь и на ровном месте, среди родных осин. Допустим, ваша фирма заключила договор поставки сырья с поставщиком с другого конца нашей необъятной страны.

Почему заключила? Казалось, дешевле купить то же сырье здесь, в своем городе. Ан нет. В договоре было условие: расходы по доставке на Покупателе. И когда Поставщик выставил счет за доставку... Покупатель не только остался без прибыли, но и, как говорят деловые люди, «ушел в минуса».

## **РАЗДЕЛ 1. НАЧАЛА НАЧАЛ**

Если товар к вам едет из другого города, всегда добавляются риски логистики. Самое малое — риск случайной гибели или порчи товара. А если товар едет (плывет, летит) из другой страны, то еще и риск «товар застрял на таможне». И прочие прелести...

Если «протупите» и грамотно не распределите риски, последствия будут такие:

«В соответствии с подпунктом «б» пункта 8.1 договора обязанность поставщика по передаче продукции считается надлежаще исполненной в момент сдачи продукции перевозчику для доставки покупателю при наличии предоплаты в размере 100 процентов.

Во исполнение договорных обязательств ответчик выставил истцу счет от 08.06.2011 № 676, а истец по платежному поручению от 10.06.2011 № 3770 перечислил поставщику в качестве предоплаты 564 517 рублей 68 копеек.

04.10.2011 истец в письме № 1259/75 обратился к ответчику с требованием поставки оплаченного товара.

Ответчик в письме от 05.10.2011 № 503-КО сообщил, что товар отгружен посредством почтовой посылки через ФГУП «Почта России» 14.06.2011.

Согласно копиям документов, приложенным к данному письму, ОАО «Электроприбор» 16.05.2011 передало посылку с изделиями РЭС — 78 (008) в количестве 204 штук по товарной накладной № 14.06.2011 (квитанция № 07564 42982036075428) грузоперевозчику — ФГУП «Почта России».

Истец, посчитав, что ответчик не исполнил обязанность по поставке товара, обратился с претензионным письмом от 28.10.2011 № 2юр-5/11 о возврате предоплаты за непоставленный товар в сумме 564 517 рублей 68 копеек.

В письме от 09.11.2011 № 22-42 ответчик отказал истцу.

Данные обстоятельства явились основанием для обращения в суд с настоящим иском.

Отказывая в удовлетворении иска, Арбитражный суд Чувашской Республики — Чувашии руководствовался статьями 431, 458, 459, 487 ГК РФ и исходил из того, что ответчик исполнил обязанность передать товар и не допустил нарушений, влекущих возникновение у истца искомых убытков.

Первый арбитражный апелляционный суд согласился с выводом суда первой инстанции.

В соответствии с пунктом 3 статьи 487 ГК РФ в случае, когда продавец, получивший сумму предварительной оплаты, не исполняет обязанность по передаче товара в установленный срок, покупатель вправе потребовать возврата суммы предварительной оплаты за товар, не переданный продавцом.

Согласно пункту 1 статьи 224 ГК РФ передачей признается вручение вещи приобретателю, а равно сдача перевозчику для отправки приобретателю или сдача в организацию связи для пересылки приобретателю вещей, отчужденных без обязательства доставки.

В силу пункта 2 статьи 458 ГК РФ в случаях, когда из договора купли-продажи не вытекает обязанность продавца по доставке товара или передаче товара в месте его нахождения покупателю, обязанность продавца передать товар покупателю считается исполненной в момент сдачи товара перевозчику или организации связи для доставки покупателю, если договором не предусмотрено иное.

Суды установили, и это не противоречит пункту 3.3 договора, что стороны определили два способа исполнения поставщиком обязанности передать товар: предоставление в распоряжение посредством уведомления покупателя о готовности товара к выборке; передача товара органу связи (ФГУП «Почта России») для доставки покупателю.

Таким образом, условия договора не предусматривают обязанность поставщика передать товар только посредством уведомления покупателя о готовности товара к выборке.

Из материалов дела усматривается и стороны не отрицают, что в соответствии с условиями договора ответчик, исходя из сложившейся между сторонами практики передачи товара через ФГУП «Почта России» (том 1, листы дела 53–57), сдал товар стоимостью 564 517 рублей 68 копеек для доставки истцу по почтовой квитанции от 16.06.2011 № 07542 4298203607542 8.

Согласно пункту 1 статьи 459 ГК РФ и корреспондирующему ему пункту 3.4 договора поставки от 20.12.2010 N 5юр-803/11 право собственности, а также риск случайной гибели или порчи товара

## РАЗДЕЛ 1. НАЧАЛА НАЧАЛ

переходит к покупателю с даты сдачи товара оператору связи при отгрузке продукции почтовыми посылками.

С учетом изложенного суды сделали правильный вывод об исполнении ответчиком обязанности передать истцу спорный товар.

При таких обстоятельствах основания для удовлетворения иска ОАО «Утес» о взыскании с ОАО «Завод «Электроприбор» предоплаты за непоставленный товар, а также процентов за пользование чужими денежными средствами отсутствуют.

Ссылка заявителя жалобы на нарушение ответчиком обязанности указать объявленную стоимость посылки в размере действительной стоимости товара обоснованно отклонена судами первой и апелляционной инстанций, как не основанная на условиях договора от 20.12.2010 № 5юр-803/11.

При этом истец, согласовав в договоре такой способ передачи товара, как доставка посредством почтовой связи, принял на себя риск наступления неблагоприятных последствий в виде предусмотренной в статье 34 Федерального закона «О почтовой связи» ограниченной ответственности оператора связи за убытки, причиненные утратой отправления». (Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 24.12.2013 по делу № А79-3705/2013)

Поняли, что произошло? Покупатель проглядел риск логистики. Проглядел или не понял смысл пункта договора:

«право собственности, а также риск случайной гибели или порчи товара переходит к покупателю с даты сдачи товара оператору связи при отгрузке продукции почтовыми посылками».

В переводе на русский, применительно к нашему делу, сия писанина значит:

- 1) товар вы еще не получили, товар только сдан на почту, но вы уже собственник, и все риски — на вас;
- 2) если почта утратит уже ваш товар — увы, частенько бывает, — вы, дорогой покупатель, идите и разбирайтесь с почтой;
- 3) продавец не при делах, спокойно постоит в стороне.

О чем молчит договор, но что сказал суд: оператор связи, т.е. почта, отвечает ОГРАНИЧЕННО. Открываем ст. 34 ФЗ «О почтовой связи»: «Убытки, причиненные при оказании услуг почтовой связи, возмещаются оператором почтовой связи в следующих размерах:

в случае утраты или порчи (повреждения) почтового отправления с объявленной ценностью — в размере объявленной ценности и суммы тарифной платы, за исключением тарифной платы за объявленную ценность».

Перевозу на русский: почта отвечает только за реальный ущерб; упущенную выгоду с почты не взыщешь. Это и есть ограниченная ответственность почты<sup>1</sup>.

Могло ли быть иначе? Конечно. Статья 459 ГК, п. 1, на которую ссылался суд, говорит: «Если иное не предусмотрено договором купли-продажи, риск случайной гибели или случайного повреждения товара переходит на покупателя с момента, когда в соответствии с законом или договором продавец считается исполнившим свою обязанность по передаче товара покупателю».

Вот именно. Если бы покупатель предвидел риск логистики, вполне мог бы написать в договоре... допустим, так: «Право собственности, а также риск случайной гибели (повреждения) товара переходит от Продавца к Покупателю в миг получения товара у оператора связи (на почте). За сохранность товара в пути отвечает Продавец».

При такой формулировке случись что с товаром, иск об убытках Покупатель выкатил бы Продавцу, а не почте. И Продавец отвечал бы по полной — и реальный ущерб, и упущенная выгода. И прочие кары, предусмотренные договором, — та же любимая в деловых кругах неустойка.

Можно было... да много чего можно. Опытный договорник выстроил бы механизм защиты. Разумный и добросовестный. Устраивающий обе стороны. Но чтобы заниматься таким вот строительством, нужно четко понимать:

- 1) логистика входит в объем работы по договору, и
- 2) о логистике думает юрист.

Конечно, велик соблазн спихнуть эти хлопоты на менеджеров или на директора. Сказать волшебное: «Это не мой функционал». Но если потом окажетесь крайним — не обессудьте.

---

<sup>1</sup> И таким же путем идет практика. См., в частности, Постановление Президиума ВАС РФ от 02.10.2012 № 5485/12, Постановление ФАС Центрального округа от 06.05.2013 по делу № А14-15189/2012 и т.д.

## РАЗДЕЛ 1. НАЧАЛА НАЧАЛ

Если вам не дают вникнуть в логистику, не слышат ваши слова о рисках— мол, «Не твое дело, пусть занимается менеджер по логистике, от тебя только договор», — пожалуйста. Кто не дал вникнуть, тот и ответит.

В завершение еще один курьез на тему логистики. «Друг работает на складе комплектующих для компьютера. Им пришёл заказ из СНБ на 100 модулей оперативной памяти. Вы представляете себе сто «оперативок»? Упаковали их компактно в коробочку 60 на 40 сантиметров.

Приезжает представитель СНБ, у них с менеджером происходит диалог, после которого менеджер вползает в конвульсиях в кабинет шефа, вручает ему коробку с памятью и просит выйти самого.

Шеф выходит на крыльцо. Там стоит вышеупомянутый представитель, который показывает на... КАМАЗ. С ПРИЦЕПОМ! И выдаёт: «Я тут машину подогнал, если этого не хватит, то мы ДВЕ ХОДКИ СДЕЛАЕМ!..»

Шеф не растерялся, протягивает представителю коробочку и просит поддержать. Сам подписывает документы, стоит и улыбается. Представитель начинает нервничать — «Где же товар, у меня люди ждут, ЗАГРУЖАТЬ НАДО!»

Шеф: Он у вас в руке»<sup>1</sup>.

Угу. Если бы стороны думали о логистике, исключили бы ненужные расходы на КАМАЗ и прицеп. Отправили бы курьерской службой, делов-то.

## 3.6. Природа отношений

Глиняная табличка, седьмой... Или восьмой, ученые точно не знают, век до нашей эры. Письмена клинописью:

«Принадлежащий трем сыновьям человека по имени Сарри сад из фруктовых деревьев вместе с фруктами, находящийся на севере города Набулу, прямо на берегу реки, продается человеку по имени Истарнадин»<sup>2</sup>. Это купля-продажа.

---

<sup>1</sup> Статья «Имею прицеп, готов к неожиданностям!», автор неизвестен, источник: <http://ithappens.me/story/11>

<sup>2</sup> Заметка «В Курдистане найден самый древний договор о купле-продаже», источник [http://kurdistan.ru/2012/01/12/news-13905\\_V\\_Kurdistane\\_nayden\\_samyu\\_drevniy\\_dogovor\\_o\\_kuple-prodazhe.html](http://kurdistan.ru/2012/01/12/news-13905_V_Kurdistane_nayden_samyu_drevniy_dogovor_o_kuple-prodazhe.html)

Аренда: «Если человек другому человеку отдал пахотное поле для возделывания, но тот поля не возделывал и превратил его в залежь, он отмерит (хозяину поля) три гура ячменя за каждый ику поля»<sup>1</sup>.

Возмездное оказание услуг: «Верующий и обуздывающий свои чувства может исполнять и другие благочестивые деяния, но ни в коем случае не следует в этом мире совершать жертвоприношения за меньшее, чем положено, вознаграждение»<sup>2</sup>.

Заем: «Если человек возьмет в (долг) серебро у тамкара, и его тамкар будет настаивать (на уплате долга), а ему нечем будет отдать и он отдаст тамкару свой сад после оплодотворения и скажет: «Все финики, выросшие в саду, заberi за свое серебро», (то) этот тамкар не может соглашаться (на) то. Выросшие в саду финики должен взять только хозяин сада и удовлетворить тамкара серебром и процентами на него согласно своему документу, а остальные финики, выросшие в саду, должен вз(ять) только хозяин сада»<sup>3</sup>.

Мог бы продолжить, но и так понятно: основные типичные договоры появились не вчера и не сегодня, а пришли из глубины веков. В нашем праве «живут» в части второй ГК, статьи с 454-й по 1109-ю.

Объем и сложность работы юриста напрямую зависит от того, укладываются ли отношения сторон в типичный договор, или от вас хотят чего-то экзотического. Чего-то такого, о чем и в Древнем Риме, а то и в современной русской цивилистике, слыхом не слыхивали. Так называемый «непоименованный договор».

Название придумал не я. Но именно так в доктрине и практике зовут договоры, не предусмотренные кодексом:

«В соответствии с пунктом 2 статьи 421 ГК РФ стороны вправе заключить договор, не предусмотренный законом и иными правовыми актами (непоименованный договор).

При оценке судом того, является ли договор непоименованным, принимается во внимание не его название, а предмет дого-

---

<sup>1</sup> Законы Шульги (Ур-Намму), Месопотамия, § 29, 2093-2046 гг. до н.э. Источник: <http://www.tiamat.ru/mes14.htm>

<sup>2</sup> Законы Ману, ст. 39, 2-ой век до н.э., источник: <http://eraved.com.ua/manu.php?id=410?>

<sup>3</sup> Законы Хаммурапи, примерно 1750-й год до н. э., § 66.

## РАЗДЕЛ 1. НАЧАЛА НАЧАЛ

вора, действительное содержание прав и обязанностей сторон, распределение рисков и т.д.» (*Постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах», пункт 5*)

Непоименованные договоры, примеры: инвестиционный, договор о разработке инноваций, договор о создании холдинга, дистрибьюторский договор, дилерский, договор о продвижении товара, договор о размещении рекламы на сайте, договор о предоставлении дискового пространства. Угу, римлянам и не снилось.

Список не исчерпывающий. Да и не может быть исчерпывающим. Пытливые практики каждый день выдумывают что-то новое. Вывод очевиден: с экзотическим договором мороки, рисков и сложностей на порядок больше, чем с типовым.

### 3.7. Игроки, т.е. участники отношений

Все мы привыкли: в договоре обычно двое. (Как в постели.) Но недаром ГК определяет договор так: «соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей» (ст. 420, п. 1).

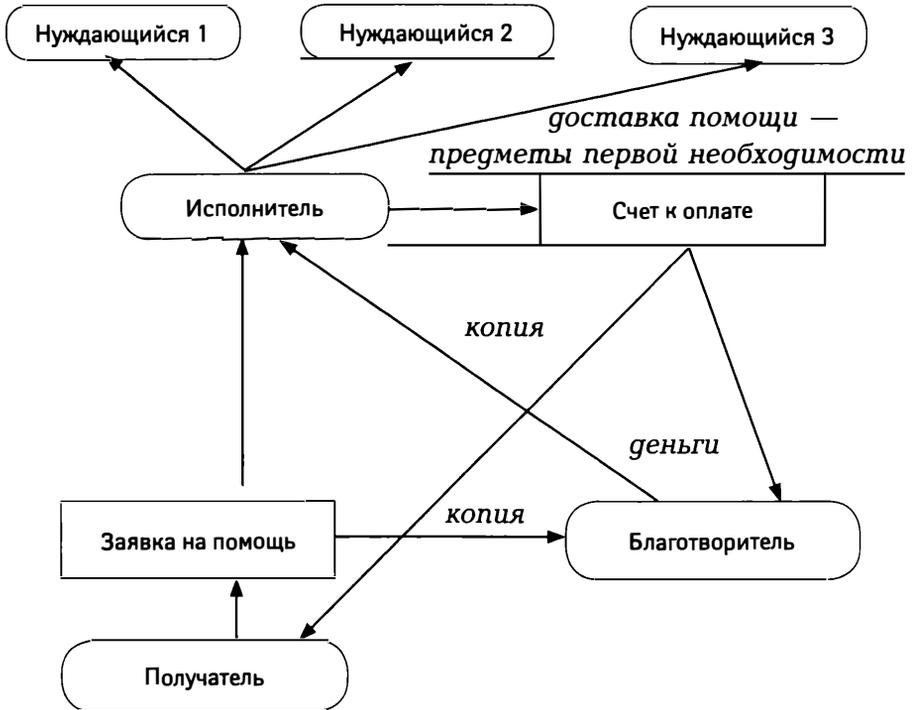
И если участников договора больше двух, объем работы и сложность... прыгает в небо. Как вам такой договор, оцените по краткой выдержке:

«Поскольку:

1) у Благотворителя нет физической возможности каждый раз ездить в Район Необъявленной Войны и раздавать предметы первой необходимости Нуждающимся;

2) у Получателя пожертвования есть инфраструктура, необходимая для контроля использования Пожертвования по назначению, а также информация о Нуждающихся — кому именно и какая помощь нужна;

3) у Исполнителя есть сеть магазинов, складов и система доставки, позволяющая доставлять предметы первой необходимости по назначению (Нуждающимся), стороны установили следующий механизм исполнения Договора. Схема для наглядности:



*Расшифровка:*

2.1. Получатель составляет Заявку. После чего высылает электронную копию Заявки Исполнителю по электронной почте. Копия — Благотворителю.

2.2. Исполнитель, получив Заявку, в течение пяти рабочих дней определяет, во сколько обойдется исполнение Заявки, и выставляет счет Благотворителю, далее — «Счет».

2.3. Благотворитель оплачивает Счет в течение десяти рабочих дней со дня Получения. Но:

1) молчание Благотворителя в указанный срок не считается акцептом;

2) Благотворитель вправе принести Исполнителю замечания по Счету; тогда Исполнитель присылает новый счет с учетом замечаний Благотворителя;

## **РАЗДЕЛ 1. НАЧАЛА НАЧАЛ**

3) Благотворитель вправе по любым причинам и без объяснения причин отказаться от оплаты Счета. Такой отказ не влечет прекращение Договора.

2.4. Если Благотворитель оплатил Счет, Исполнитель обязан приступить к исполнению Заявки в течение трех рабочих дней со дня списания денег (Пожертвования) со счета Благотворителя. Об оплате и списании денег Благотворитель в день оплаты уведомляет Исполнителя и Получателя — по эл. почте.

2.5. Исполнитель обязан выполнить Заявку в течение месяца — если иной срок не указан в Заявке.

2.6. По окончании каждого календарного месяца, на 5-й рабочий день месяца, следующего за отчетным, Исполнитель готовит по данным своего бухгалтерского учета сводную накладную (далее — «накладная»).

1) В накладной Исполнитель указывает количество и общую стоимость помощи (в т.ч. предметов первой необходимости), переданных Нуждающимся за отчетный месяц.

2) Накладная должна быть подписана Получателем в течение 5 календарных дней со дня получения от Исполнителя двух подлинных экземпляров накладной.

3) Получатель обязан вернуть второй экземпляр накладной Исполнителю в течение десяти рабочих дней со дня получения накладной — если нет замечаний.

2.7. Получатель вправе не подписывать накладную, если у Получателя, Благотворителя или Нуждающихся есть замечания. Замечания могут быть любыми, в т.ч. по факту, качеству, суммам оказанной помощи. Получатель также вправе подписать накладную с замечаниями.

2.7.1. Подписание накладной без замечаний не лишает Получателя и Благотворителя права предъявить Исполнителю замечания впоследствии — в период действия Договора или в течение трех лет после расторжения (прекращения) Договора.

2.8. Если есть замечания, Получатель, Благотворитель или оба вместе присылают замечания Исполнителю. Исполнитель обязан устранить замечания в разумный срок. Если не устранит, Исполнитель не вправе требовать оплаты за помощь, по которой есть заме-

чания. Также Исполнитель обязан возместить Получателю, Нуждающемуся или иному пострадавшему лицу убытки.

Размер убытков, причинно-следственная связь и прочие условия, необходимые для взыскания убытков с Исполнителя, будут установлены совместным актом (иным документов) Получателя и Благотворителя. Такой документ будет служить надлежащим и достаточным доказательством для взыскания убытков с Исполнителя.

2.9. Исполнитель вправе, если это предусмотрено Заявкой, исполнять Договор и передавать помощь Нуждающимся не в натуре, а путем выдачи тому или иному Нуждающемуся бонусной карты Исполнителя (далее — «карта»).

По этой карте Нуждающийся получит помощь в торговой точке Исполнителя, а также в иной подконтрольной Исполнителю структуре — филиал, представительство, обособленное подразделение. Особенности работы с картой (картами) установлены Приложением 2 к Договору.

2.10. Если после исполнения Заявки у Исполнителя остались деньги от Пожертвования Благотворителя — к примеру, если Исполнитель по независящим от него причинам не смог исполнить Заявку полностью, — Исполнитель обязан немедленно вернуть эти деньги Благотворителю.

2.10.1. Исполнитель может отступить от правила из предыдущего пункта только с письменного согласия Благотворителя. Согласие может быть дано в форме электронного письма. В таком случае оставшиеся деньги считаются авансом на следующую Заявку».

Вы, наверное, спросите: а можно рисовать схемы в договоре? Как-то непривычно. Конечно, можно<sup>1</sup>. И нужно. Особенно в сложных, многосторонних договорах. Чтобы предельно ясно донести до всех участников схемы (договора) СУТЬ: кто и когда за что отвечает, кто и когда получает деньги, кто кому что передает и т.д. Что требует от юриста-договорника как большого мастерства, так и огромного терпения: одно дело — согласовывать проект договора с одной стороной, другое — с тремя.

---

<sup>1</sup> Подробнее обосную дальше, в главе 27.

## **3.8. Сила стороны в договоре**

Вспоминаем пример с хлебом. Думаем, кто будет сильной стороной в юридическом смысле (способен навязать свои условия), а кто — в фактическом.

## **3.9. Договор внутри одной страны — или «с уходом за кордон»**

Представьте себе, Вы — юрист. Вам поручили составить договор. Начальство уже согласовало условия со второй стороной:

- 1) мы — продавец;
- 2) цена товара — миллион рублей;
- 3) поставка после 100% предоплаты;
- 4) товар уходит к покупателю по почте;
- 5) оговорки «право собственности, а также риск случайной гибели или случайного повреждения товара переходит к Покупателю сразу после получения товара у оператора связи» — НЕТ. Ничего не напоминает? Правильно, договор из пункта 3.5. НО. С одним существенным отличием: покупатель — английская компания.

Что-то изменилось? Еще как! Если у вас нет опыта ВЭД-сделок, пахать вам от зари до зари. Добавятся целые ПЛАСТЫ дополнительных вопросов, уникальные для ВЭД-договора. Примерный список:

- 1) Какое право применимо к договору? Обязательно прописываем.
- 2) Если вдруг что-то не заладится, в какой суд пойдет покупатель? Будет ли решение того суда исполнимо в РФ? Во сколько обойдется правосудие? Важно прописать желаемый суд в договоре.
- 3) Как будем проходить таможенную границу? Не застрянет ли товар на границе?
- 4) Имеет ли смысл дополнительно застраховать товар? Мало ли что...
- 5) Есть ли у РФ соглашение об избежании двойного налогообложения со страной покупателя? Что у нас будет с налогами?
- 6) Требуется ли оформить паспорт сделки?

Думаете, много?! То ли еще будет. В этом примере 100% предоплата, и риски утраты/гибели — на покупателе. А значит, продавец — сильная сторона в договоре. Продавцу хорошо и спокойно... здесь, на книжной странице примера.

В реальной жизни, тернистой и непредсказуемой, осторожный бритт вряд ли согласится на такие условия. Ага, поищите дурака. Знаем мы вас, русских. Англичанин будет спорить до упора. И скорей всего, продавит другие условия расчетов. Скорей всего, сойдутся на 50/50, т.е. половина — аванс до поставки, вторая половина — когда получит товар.

Что-то изменилось? Конечно. Первый риск вы заметили: если раньше продавец особо не рисковал, теперь на продавце риск неплатежа. Второй риск очевиден только специалисту по ВЭД. Маячит «административка». Над продавцом заносит топор ст. 15.25 КоАП, п. 4:

«Невыполнение резидентом в установленный срок обязанности по получению на свои банковские счета в уполномоченных банках иностранной валюты или валюты РФ, причитающихся за переданные нерезидентам товары, влечет наложение административного штрафа на должностных лиц и юридических лиц в размере одной стопятидесятой ставки рефинансирования Центрального банка Российской Федерации от суммы денежных средств, зачисленных на счета в уполномоченных банках с нарушением установленного срока, за каждый день просрочки зачисления таких денежных средств и (или) в размере от трех четвертых до одного размера суммы денежных средств, не зачисленных на счета в уполномоченных банках».

В переводе на русский: если английский партнер не заплатит вторую половину денег, к продавцу нагрянет госорган и влепит штраф. Размер — 3/4 не пришедших денег.

Когда-нибудь надеюсь написать отдельную книгу по ВЭД-договорам. Пока, думаю, понятно: если обычный договор становится ВЭД-договором, объем и глубина работы уносятся уже не в небо... А, пожалуй, в другую галактику.

### 3.10. Опасность договора для сторон

...и прочих обитателей этой галактики. В предыдущем примере с заморской поставкой есть опасности. Есть риски. Но!!! Это риски сторон. Если обязательства из договора будут нарушены, все кончится разборками продавца с покупателем. СВОЙ междусобойчик. Без участия и вреда для третьих лиц.

Да, «в постель» к сторонам может залезть госорган. С административным штрафом наголо. Ну да, сей риск опытный юрист-международник исключит. Как — см. Постановление Президиума ВАС РФ от 15.09.2009 № 5227/09 по делу № А22-325/08/12-3, там описан один из способов.

Вроде все логично и понятно. В договоре у нас двое, редко — больше, и все дрызги по договору идут между участниками договора. Сор остается в избе. Наш кодекс потому и говорит: «Обязательство не создает обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон (для третьих лиц)» (ст. 308, п. 3).

Все так. Но. Некоторые договоры могут навредить третьим лицам. Какие? Выше я писал: «Нормальная практика в строительстве: построили что-то крупное — ушли на ликвидацию, а то мало ли что там потом вылезет, вдруг какие иски-претензии». Наиболее опасен строительный подряд.

Допустим, вы — купец с деньгами. Вы думаете, куда бы деньги вложить. Разумеется, с прибылью. Вы, современно говоря, инвестор. Помимо денег, у вас есть участок земли. Бесхозный. Стоит без дела. Бурьяном зарастает. Денег не приносит. Вам приходит в голову очевидная мысль: а построю-ка я на этом участке доходный дом. Коммерческую недвижимость. Буду сдавать помещения и жить с аренды.

Вы находите подрядчика. Тот готов построить вам что угодно... А вы задумались. Ну, построит. Потом сольется. Если — не дай бог — через пару лет дом рухнет и погребет под руинами несчастных арендаторов, кто будет крайним? Конечно, вы.

В идеальном мире пострадавшие арендаторы выкатили бы убытки вам, собственнику. Вы бы возместили. А после взыскали убытки с косорукого подрядчика. Такая модель и закреплена в законе... Но в жизни, увы, работает крайне редко.

На Руси испокон веков бегали от ответственности. Все, включая государство. Подрядчик не исключение. Предвидя последствия, подрядчик по крупному строительству изначально выстраивает схему отношений так, чтобы сразу после сдачи объекта раствориться в воздухе.

Как? Схем масса. Классическая и древняя — тем не менее рабочая — «Катамаран».

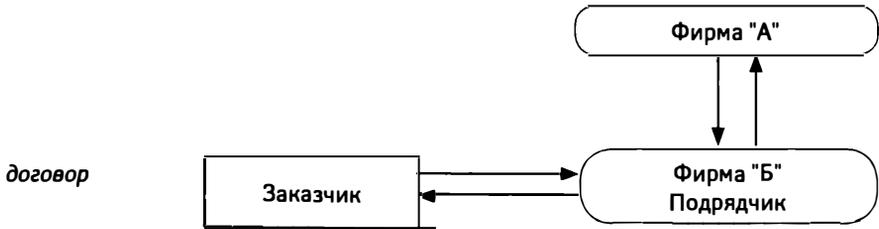


Схема 2. «Катамаран»

Что здесь к чему. Подрядчик — фирма Б. «Б» — от слова «балласт». Который после стройки выбросят, аки строительный мусор. У Заказчика договор с фирмой Б. На фирме — НИЧЕГО. Ни рабочих. Ни техники. Директор, один-одинешенек, он же — единственный участник ООО «Б». Ну, может еще бухгалтер, чтобы директору самому в скучных бумажках не ковыряться. ВСЕ.

Фирма А — от слова «Активы». Вот там-то и ховаются «вкусняшки»: дорогая строительная техника, квалифицированные специалисты, строительные материалы и прочее.

Фирма Б арендует технику у фирмы А. Работают на стройке спецы из той же фирмы А. Раньше привлекали по договору аренды персонала — так называемый «аутстаффинг». Сейчас, поскольку закон косо смотрит на такие договоры, идут через совместительство или срочные трудовые договоры.

«А» и «Б» хоть и «сидят на одной трубе», т.е. делают общее дело, ведут одну игру, но юридически ни разу не связаны (не аффилированы). «А» не входит в состав участников (учредителей) «Б» — и наоборот. Руководство — не родня. Юридически это два разных независимых лица.

## РАЗДЕЛ 1. НАЧАЛА НАЧАЛ

Конец предсказуем. Фирма Б сдает объект Заказчику и уходит ко дну, что твоя Атлантида. Лазеек множество: добровольная ликвидация, банкротство, продажа 100% долей бомжу Петровичу и так далее...

«Катамаран» плавает не только по мутным волнам строительства. С этим «корабликом» вы запросто можете столкнуться и в оказании услуг, и в «интеллектуалке». К примеру, договор на создание дорогой и сложной компьютерной программы.

Допустим, программисты должны разработать программу управления лифтом для завода по производству лифтов. В сущности, тот же подряд. Прекрасно укладывается в определение: «по договору подряда одна сторона (Подрядчик) обязуется выполнить по заданию другой стороны (Заказчика) определенную работу и сдать ее результат Заказчику, а Заказчик обязуется принять результат работы и оплатить его» (ст. 702, п. 1).

И с теми же опасностями, что и в строительстве. Если из-за ошибок в программе разобьется лифт и погибнут люди, кто крайний? Завод. Именно с заводом будут судиться потерпевшие или наследники. Кому потом завод выставит убытки? Верно, раздолбав-программистам. А те, скорей всего, давно уже уплыли в закат на «катамаране».

Пытливая мысль не стоит на месте. В начале нулевых схему доработали. Стало модным учреждать фирму А за тридевять земель, в каком-то далеком офшоре. Кипр. Швейцария. Каймановы острова. Да где угодно, подальше от кредиторов и озлобленных заказчиков. А судьбы потом дивятся: «Согласитесь, смешно, когда два кипрских офшора судятся за здание парикмахерской в Москве»<sup>1</sup>.

Ладно. Жизнь есть жизнь. Примем как давность. Такие у нас безответственные подрядчики. Отсюда. Если в договоре на той стороне маячит «катамаран» или иная подобная схема, слабая сторона — заказчик. И юристу заказчика придется изрядно корпеть, чтобы как-то снизить риски. Основные страховки в подряде и не

---

<sup>1</sup> «Ведомости», статья в № 3026 от 25.01.2012 под заголовком: «Не надо бороться с английскими судами». Автор Антон Иванов, председатель Высшего арбитражного суда РФ. Источник: [http://www.vedomosti.ru/politics/articles/2012/01/25/ne\\_nado\\_borotsya\\_s\\_anglijskimi\\_sudami\\_anton\\_ivanov](http://www.vedomosti.ru/politics/articles/2012/01/25/ne_nado_borotsya_s_anglijskimi_sudami_anton_ivanov)

только: проект, поэтапная сдача работ, поэтапная оплата, постоянный технадзор, право заказчика на односторонний внесудебный отказ от договора на любом этапе и т.д.

### 3.11. ПОТАЙНОЙ ИНТЕРЕС СТОРОНЫ

Редкий случай. Слабо проработан в доктрине. Наверстаем. Суть: договор «с двойным дном». На бумаге цель одна, на деле — другая. Причем изначально о втором дне знает только одна сторона. Именно сторона, НЕ юрист стороны.

Юрист может заметить второе дно по ходу пьесы, если участвует в переговорах. Или позже, готовя проект договора в тиши да уединении. А может и проглядеть. Это зависит от наблюдательности юриста, знания жизни, умения подмечать всякие любопытные странности.

Один такой случай я описывал в книге «Чему до сих пор не учат на юрфаке: электронные джунгли», глава 2.7. Если помните, речь шла о том, что одна юридическая фирма купила другую. Якобы из-за «раскрученной» торговой марки. На самом деле договор и схема преследовали другую цель — увести клиентов, о чем знали собственники покупателя, но не рядовые юристы, работавшие с договором.

Другой пример. Жила-была фирма ООО «Правильные пацаны». Судя по названию и дате регистрации, родом из девяностых. Фирма хаотично занималась всем, что подворачивалось под руку: от банального купи-продай и строительства — до игр на бирже и прочих рискованных авантюр.

«Пацаны» постоянно лезли в воду, не зная броду. Начинали бизнес то в одной сфере, то в другой, весьма смутно понимая, что там и как. По принципу «вперед, а там разберемся». Постоянно вели несколько проектов в разных областях: «что-нибудь да выстрелит».

Одним таким проектом был ломбард. Взяли в аренду помещение в хорошем, проходном месте. Сделали ремонт. Получили лицензию. Наняли работников. Дали рекламу. Словом, прилично вложились...

...Но не выстрелило. Два года отработали в убыток. А прибыль так и не пошла. Что делать? Понятно, закрываться. Но товар-то

## РАЗДЕЛ 1. НАЧАЛА НАЧАЛ

куда девать? Вон, золотых побрякушек в сейфе на два миллиона. В розницу продавать можно до скончания века. Сдать в ювелирный? Там-то возьмут, но «ювелирщики» как сговорились: дают полцены. Что делать? Осторожно поспрашивали в деловых кругах — может, кто возьмет оптом?

«Пацаны» уж было отчаялись, как вдруг нашелся покупатель. Некое ЗАО «Ломбард-Север». Готов взять все со скидкой 10%. Продавец призадумался. Почуял подвох. Что за добрый самаритянин? Почему дает хорошую цену?

Проверили. ЗАО Покупателя создано тоже в девяностых. Чуть ли не на следующий день, как дали зеленый свет частному бизнесу. Акционеры — семейный клан, сплошь выходцы из советской торговли. При коммунистах занимали разные посты... в разных ломбардах страны. В «золотом» бизнесе порядка пятидесяти лет. ДИНАСТИЯ «ломбардщиков». Достойные и уважаемые люди. Вполне можно иметь дело.

На предварительных переговорах директор покупателя почему-то вместо разговоров о злате начал совсем с другого: «В аренде я становлюсь на ваше место; не сможете уговорить собственника — договора не будет». — «Зачем вам? У вас и так три ломбарда есть!» — удивился продавец. «А я четвертый хочу. Энергетика в том помещении хорошая. Мне нравится. Считайте моей блажью», — ответил покупатель.

Как мы помним из главы 2.1. и ст. 421 ГК, «существенными являются условия о предмете договора, условия, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные или необходимые для договоров данного вида, а также все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение». Нет согласия по существенным условиям — нет договора.

Вот здесь юрист покупателя почуял... СТРАННОСТЬ. Вроде собрались покупать ювелирные изделия. Вроде обычная купля-продажа... Почему же покупатель ставит во главу угла не характеристики «ювелирки» — чистота камней, вес, прозрачность, проба металла оправы и т.д., — а нечто совершенно другое? Аренда как существенное условие купли-продажи... Однако!

Юрист осторожно выведывает у клиента — что вообще происходит?! Можете, конечно, не говорить. Ваше право. Но если буду знать подноготную, смогу лучше обеспечить ваши интересы. И настал миг истины:

«Золото мне особо и не нужно. Спасибо, своего хватает. А вот МЕСТО — очень интересует. Место хорошее. Прикормленное. Насиженное. Местные знают: здесь ломбард, всегда можно заложить пару цапек до полочки. Сюда и несут. Эти выскочки два года барахтались. Как им кажется, впустую. Не совсем. Они создали репутацию. Которую я хочу купить. Мы давно хотели открыть четвертый ломбард. Останавливали расходы. Если открывать на новом месте, где раньше ломбарда не было.... Года три придется работать с мизерной прибылью. На имя. На репутацию. А тут я захожу на все готовое. Потому и готов взять их товар по нормальной цене».

«Ах, вот оно что...» — протянул юрист.

На повторных переговорах покупатель для начала показал продавцу выписку со своего банковского счета. На счету — девятизначная сумма. «Как видите, деньги у меня есть. Купить ваше золото — не вопрос. Договор мой юрист составил. Вот, смотрите. Подписать можем сейчас. Но договор вступит в силу в день, когда я получу ваше помещение по акту сдачи-приемки. Не получу — не вступит. Разбегаемся».

Сделка прошла гладко. Продавец уговорил собственника. Покупатель получил помещение и золото... А главное, насиженное место. Продавец так и не разгадал потаенный интерес Покупателя. К слову, он не один такой...

## **3.12. Пицца для РАЗМЫШЛЕНИЙ**

Прежде чем идти дальше и разбирать этапы работы по договору на молекулярном уровне, подумаем вот о чем. А какие бывают договоры? Теоретики не первый год бьются над классификацией. Воз и ныне там: «Наконец, отсутствие последовательно проведенной на законодательном уровне классификации договоров ведет к тому, что квалификация ряда предусмотренных специальными законами

## РАЗДЕЛ 1. НАЧАЛА НАЧАЛ

договоров представляет собой серьезную теоретическую и практическую проблему»<sup>1</sup>.

Пока ученые мужи спорят, в деловых кругах как-то незаметно сложилась своя классификация договоров. Может, спорная, но — практичная. Перечислю, т.к. дальше буду использовать эти термины:

1) «ФФ» = «физик» с «физиком» = договор между двумя физическими лицами. ЗПП неприменим.

2) «Потребительский» = договор между «физиком» и купцом (предприниматель или юр. лицо). ЗПП применим.

3) *Б2Б-договор*, от англ. *business to business*, он же «предпринимательский договор», он же «купеческий договор». Договор между двумя предпринимателями, «юриками» или предпринимателя с «юриком», обе стороны преследуют коммерческую цель — извлечь прибыль, получить выгоду.

4) *Договор по «интеллектуалке»* — любой договор, так или иначе связанный с объектами интеллектуальной собственности.

5) «Холопский» договор. Некоторые циники говорят жестче: «рабский договор». Догадались, о каком договоре речь?! Верно. О трудовом. Главная особенность — здесь не работает ГК. Трудовой договор урегулирован нормами ТК (Трудового кодекса) — и только. Кратенько обосную:

«В силу же статьи 5 ТК РФ регулирование трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений в соответствии с Конституцией РФ, федеральными конституционными законами осуществляется, в том числе коллективными договорами, соглашениями и локальными нормативными актами, содержащими нормы трудового права.

Таким образом, регулирование трудовых отношений нормами гражданского законодательства противоречит статье 5, части 4 статьи 11 ТК РФ, статье 2 ГК РФ и основано на ошибочном применении норм этих двух самостоятельных отраслей права, в связи с чем, удовлетворяя иски, судебные инстанции неправильно

---

<sup>1</sup> Никитин А.В. О системе гражданско-правовых договоров // Законодательство и экономика. 2015. № 4.

но применили нормы материального права и допустили нарушение единства судебной практики.

Об имеющейся судебной практике по данному вопросу свидетельствует правовая позиция, содержащаяся в определении Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ от 14 ноября 2008 года № 5-В08-84, согласно которой при установлении судом трудовых отношений между сторонами договора применение норм гражданского законодательства не допускается» (*Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 21.12.2011 № 15-ПВ11. Также см. Определение Верховного Суда РФ от 14.12.2012 № 5-КГ12-61, Определение Верховного Суда РФ от 23.04.2010 № 13-В10-2*).

6) *Госконтракт* — договор, заключенный на торгах в порядке, установленном ФЗ от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».

7) *«Серый» договор* — все «по понятиям», но закон еще соблюдаем. Редко и выборочно. «Серые» договоры встречаются в областях, традиционно не стремящихся к огласке, — антиквариат, букинистика, нумизматика и т.д.

8) *«Черный» договор* — все «по понятиям» и «плеванто на законо». Это договоры, прямо запрещенные законом. В частности, ст. 169 ГК — сделка, совершенная с целью, заведомо противной основам правопорядка или нравственности. И ст. 174.1. — сделки в отношении имущества, распоряжение которым запрещено или ограничено. И прочие подобные сделки.

Во все времена, во всех странах закон предельно косо смотрел на «черные» договоры. Пример из позапрошлого века:

«Совершенно очевидно: если договор, исполнения по которому истец требует в суде, запрещен статутным законом или прецедентным правом, любой суд откажет Истцу в помощи. ... в иске — отказать». *Дело Core v Rowlands (1836) 2 M & W 149<sup>1</sup>*.

---

<sup>1</sup> <http://indiankanoon.org/doc/624065/?type=print> цитирую отсюда, по решению индийского судьи, который тоже сослался на это дело. Подробнее см.: «Английское договорное право: просто о сложном», глава 2.4.

## РАЗДЕЛ 1. НАЧАЛА НАЧАЛ

Участники «черных» договоров быстро поняли: защиты в суде не будет. А будет, скорей всего, уголовное дело<sup>1</sup>. Поэтому стали защищаться через схему отношений. Схему исполнения договора выстраивали так, чтобы стороне было выгоднее исполнить, чем «кинуть» другую. Вот этому навыку стоит поучиться.

Конечно, мы с вами люди законопослушные, разумные и добросовестные. Но иногда есть риск: договор, который стороны считали нормальным и законным, заключили и исполняли, государство в лице ретивых слуг сочтет... «черным». Редко, но бывает. Пример:

*«Как следует из материалов дела, 12.08.2003 ответчиками заключен договор о сотрудничестве, в соответствии с п. 1.1 которого Больница обязалась предоставить Центру трупы безродных лиц, ампутированные конечности и мертворожденные плоды для использования в научных и учебных целях в анатомической лаборатории Центра.*

Согласно п. 1.2 договора Центр после использования трупного материала в научных и учебных целях обязался захоронить их за свой счет путем кремации.

Прокурор обратился в арбитражный суд с настоящим иском, полагая, что договор о сотрудничестве является ничтожным, поскольку противоречит ФЗ «О погребении и похоронном деле» (далее — Закон) и совершен с целью, противной основам правопорядка и нравственности.

В соответствии с п. 3 ст. 5 Закона в случае отсутствия волеизъявления умершего, а также отсутствия у него родственников право на разрешение действий по распоряжению частями тела умершего в учебных целях имеют лица, взявшие на себя обязанность осуществить погребение умершего.

Согласно п. 1 ст. 7 Закона каждому человеку на территории РФ после его смерти гарантируется погребение, обязанность по осуществлению которого в соответствии со ст. 29 Закона возлагается на специализированные службы по вопросам похоронного дела.

---

<sup>1</sup> А в стародавние времена иногда и виселица. Дело *Everet v Williams* [1725]. Обе стороны были повешены. Подробности см.: «Английское договорное право: просто о сложном», второе издание, глава 9.3.1.

*Заключенный ответчиками договор противоречит приведенным нормам, поскольку стороны договора предусмотрели передачу в рамках договора трупов безродных лиц не в целях осуществления погребения.*

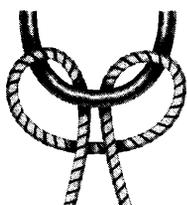
Приобретение трупов в целях изготовления анатомических препаратов тела с дальнейшей перепродажей изготовленных препаратов по коммерческому контракту противоречит основам правопорядка и нравственности (ст. 169 ГК РФ).

При таких обстоятельствах суд первой инстанции правомерно удовлетворил заявленный иск, обжалуемое решение не подлежит отмене». (Постановление 13ААС от 31.05.2007 по делу № А56-29630/2006)

# РАЗДЕЛ 2.

## ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

В предыдущих главах мы с вами пробежались по многим особенностям работы с договором. Теперь, как и обещал, изучаем этапы работы по договору на молекулярном уровне. Первый этап:



# [4]

## ПРЕДЛОЖЕНИЕ

*Ошибка считать, будто все договоры можно осмыслить с позиций акцепта и оферты. Знаю, в некоторых учебниках так обычно пишут; но, насколько я понимаю право, нет нужды искать явно выраженную оферту и акцепт.*

*Вам нужно смотреть на переписку в целом, на поведение сторон – и увидеть, соглашались ли стороны все существенное.*

*Дело Gibson v Manchester City Council [1978] 1 WLR 520, судья Альфред Деннинг*

### 4.1. ПОЧЕМУ НЕ ОФЕРТА?!

Кто хорошо учил договорное право, помнит: договор признается заключенным в момент получения лицом, направившим оферту, ее акцепта (ст. 433 ГК, п. 1).

Оферта — адресованное одному или нескольким конкретным лицам предложение, которое достаточно определено и выражает намерение лица, сделавшего предложение, считать себя заключившим договор с адресатом, которым будет принято предложение. Оферта должна содержать существенные условия договора (ст. 435 ГК).

Публичная оферта — «содержащее все существенные условия договора предложение, из которого усматривается воля лица, делающего предложение, заключить договор на указанных в предложении условиях с любым, кто отзовется» (ст. 437 ГК, п. 2).

Реклама и иные предложения, адресованные неопределенному кругу лиц, рассматриваются как приглашение делать оферты, если иное прямо не указано в предложении (ст. 437 ГК, п. 1).

Акцепт — ответ лица, которому адресована оферта, о ее принятии. Акцепт должен быть полным и безоговорочным. Молчание не является акцептом, если иное не вытекает из закона, соглашения сторон, обычая или из прежних деловых отношений сторон (ст. 438 ГК, п. 1 и 2).

Отсюда у вас может возникнуть вполне закономерный вопрос: почему у вас, автор, работа по договору начинается с предложения, а не с оферты? Потому что в современном деловом мире купцы, как правило, всеми силами стараются избегать оферт и публичных оферт. Мало ли кто откликнется — опасно иметь дело с незнакомым партнером. И потом, мало ли что будет в стране на дату исполнения договора.

Из таких опасений предложение заключить договор обычно составляют так, чтобы не дать другой стороне возможность сделать акцепт. Чтобы знать, с кем имеем дело, на каких условиях заключаем договор. Чтобы было дополнительное время подумать, оценить риски и последствия.

Вы могли видеть эту осторожность, к примеру, в рекламе авто-салонов. «Только у нас новый ТАЗ по цене 500 000 руб., канистра бензина и пузырь валерьянки бесплатно. Количество «тазиков» ограничено, спешите. Данное предложение не является офертой».

Иногда страхуются еще сильнее. Пишут: «данное предложение не является ни офертой, ни приглашением вступить в переговоры».

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

Угу, свежо предание. Фактически это приглашение вступить в переговоры... чтобы ни писал предлагающий.

Таким образом, в наше время предложение, которое впоследствии может стать договором, не оферта в юридическом смысле этого слова. А приглашение делать оферты (вступить в переговоры). Отсюда все и начинается.

### 4.2. ВНЕЗАПНЫЙ АКЦЕПТ

До сих пор встречается расхожее заблуждение, будто договор = бумага, подписанная и скрепленная печатями сторон. Нет бумаги — нет договора. Нет печати хотя бы одной из сторон — тоже нет договора. Так, бумажка. Я бы назвал это заблуждение обывательским пониманием договора.

Тем временем, юристы знают: закон не обязывает ставить печать на договоре. И суды совершенно верно говорят:

«Поскольку скрепление соглашения печатью в силу ст. 160 ГК не является обязательным условием для соблюдения простой письменной формы сделки и соглашением сторон такое условие также не предусмотрено, оснований для признания соглашения о передаче прав и обязанностей по договору недействительным не имеется.

Довод истца относительно того, что судом не исследована практика применения обычаев делового оборота по вопросу скрепления печатью, отклоняется, поскольку в данном случае суд обоснованно исходил из того, что скрепление печатью договоров в обязательном порядке не предусмотрено законодательством». (*Постановление ФАС МО № КГ-А40/945-04 от 09.03.2004*. Такая же позиция: *Постановление ФАС Московского округа от 21.03.2011 № КГ-А40/1946-11 по делу № А40-136647/09-34-1021*, *Постановление 17ААС от 12.10.2009 № 17АП-8982/2009-ГК по делу № А60-19762/2009*... И еще, *Постановление ФАС Поволжского округа от 05.11.2008 по делу № А55-17623/07 по ВЭД*: «Судами сделан правильный вывод, что гражданское законодательство РФ не содержит требований, обязывающих стороны внешнеэкономической сделки скреплять контракты печатями юридических лиц».)

Сложнее с «договор — бумага, подписанная сторонами; нет бумаги — нет договора». В плен этого заблуждения часто попадают и юристы. Сторона твердо убеждена: «Договора НЕТ, мы же ничего не подписывали!». А как выяснится позже в арбитраже — договор ЕСТЬ.

Почему так? Потому что есть ст. 438 ГК, п. 3: «Совершение лицом, получившим оферту, в срок, установленный для ее акцепта, действий по выполнению указанных в ней условий договора (отгрузка товаров, предоставление услуг, выполнение работ, уплата соответствующей суммы и т.п.) считается акцептом, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или не указано в оферте».

Понимаете? Договора «на бумаге» нет. А «виртуально», эдак порхая в эфире, договор ЕСТЬ. Ага, опять «Ты суслика не видишь, а он — есть!». Потому я и называю акцепт действиями — *внезапным акцептом*: одна из сторон вдруг (внезапно) понимает, что своими действиями заключила договор. И сильно удивляется.

### **4.3. КЛАССИЧЕСКИЙ ПРИМЕР**

Допустим, вы — подшипниковый завод. Вы получили по электронной почте проект договора поставки подшипников. Допустим, 1000 подшипников по 10 руб. за штуку, аванс 50% от цены договора, доставка — на Продавце, срок поставки — месяц со дня заключения договора.

В сопроводительном письме сказано: «Готовы заключить договор (прилагаем). Дополнительно просим выслать образцы ваших подшипников».

Один из ваших «менеджеров» высылает клиенту два подшипника. После чего клиент, как договором предусмотрено, высылает вам 50%. И спустя месяц начинает требовать от вас поставки остальных 998 подшипников.

Теперь, внимание: вопрос. Заключен договор или нет?! Скорее да, чем нет... Точный ответ зависит от сопутствующих обстоятельств. Если ваш менеджер отправил ту пару подшипников с сопроводительным письмом «направляем вам подшипники по дого-

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

вору такому-то» со ссылкой на договор, присланный по «электронке», — то все. Акцепт. Договор заключен.

Еще раз посмотрите, как написано сопроводительное письмо. Сторона и так готова заключить договор, а образцы продукции просит ДОПОЛНИТЕЛЬНО — не в прямой связи с заключением договора. А значит? А значит, можно говорить, письмо — чистой воды оферта. Которую вы акцептовали действиями. Аргумент «менеджер не имел полномочий» вряд ли пройдет.

Во-первых, ст. 402 ГК — «Действия работников должника по исполнению его обязательства считаются действиями должника. Должник отвечает за эти действия, если они повлекли неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства».

Во-вторых, будет еще иметь значение, вернули вы предоплату или нет. Если нет, то с вероятностью 90% суд сочтет договор заключенным. Тем более, у суда в запасе будет еще один довод, о котором вы можете и не знать.

Вот такой, см. жирный текст:

«При разрешении преддоговорных споров, а также споров, связанных с исполнением обязательств, необходимо иметь в виду, что акцептом, наряду с ответом о полном и безоговорочном принятии условий оферты, признается совершение лицом, получившим оферту, в срок, установленный для ее акцепта, действий по выполнению указанных в ней условий договора, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором (пункт 3 статьи 438).

Следует учитывать, что для признания соответствующих действий адресата оферты акцептом Кодекс **не требует выполнения условий оферты в полном объеме**. В этих целях для квалификации указанных действий в качестве акцепта достаточно, чтобы лицо, получившее оферту (в том числе проект договора), приступило к ее исполнению на условиях, указанных в оферте и в установленный для ее акцепта срок». (Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 6, Пленума ВАС РФ № 8 от 01.07.1996 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой ГК РФ», пункт 58, выделено мной)

## 4.4. СОВРЕМЕННАЯ ПРАКТИКА

Попытка занять позицию «Мы просто переписывались по электронной почте, договора нет» в современном мире обречена на провал. Пример раз:

«Рассматривая спор, суды пришли к выводу о заключении между сторонами посредством обмена документами договора от 02.09.2010 № J-01\10. При этом суды исходили из положения, закрепленного сторонами в пункте 9.2 договора, согласно которому договор считается заключенным посредством обмена документов по факсимильной связи, согласования сторонами всех существенных условий договора, а также из исполнения ответчиком обязательств по договору. <...>

При этом суды правильно пришли к выводу, что не имеет правового значения тот факт, что обмен документами произведен не по факсимильной связи, а посредством электронной почты». (Постановление ФАС Московского округа от 19.09.2011 по делу № А40-125570/10-47-1097)

Пример два:

«ООО «Ковчег» обратилось к ООО «Райтмарк групп» с просьбой оказать услуги по правовому сопровождению выкупа в собственность ООО «Ковчег» нежилых помещений в Санкт-Петербурге, арендуемых им на основании договора аренды от 29.04.1991.

Письмом, направленным по электронной почте 30.03.2011, ООО «Райтмарк групп» согласилось оказать данные правовые услуги и запросило у ООО «Ковчег» пакет документов, необходимый для правового анализа ситуации, в том числе копии учредительных документов ООО «Ковчег» и документы, подтверждающие арендные отношения.<...>

Как правильно указали суды, в данном случае отсутствие договора в форме единого документа, подписанного сторонами, не влечет его недействительность. Доказательств расторжения этого договора в деле нет». (Постановление ФАС Северо-Западного округа от 24.01.2013 по делу № А56-5843/2012)

Если обобщить практику, можно вывести следующие закономерности «внезапного акцепта»:

### 4.4.1. Риски

Наиболее рискует оферент (лицо, предлагающее заключить договор). Классика жанра. Вы направили оферту. Вы думали поспорить с той стороной по условиям, поторговаться....

А вместо спора вторая сторона бросилась исполнять договор. К примеру, перечислила вам аванс или отгрузила продукцию. И все, акцепт. Договор заключен, о чем вы можете узнать и не сразу, а после исполнения договора вашим партнером. Отсюда следует: риску «договор внезапно заключен» наиболее подвержен оферент. Практика:

«...получив от общества подписанный им проект договора, направленный посредством факсимильной связи, истец выполнил указанные в нем условия, в том числе 28.06.2006 подал заявку на перевозку груза, реализацию которой осуществляло ООО «Главтранс-порт»<sup>1</sup> — все, договор заключен.

Еще:

«При этом, оценив содержание электронной переписки сторон и подготовленного ответчиком для истца скетча, установив, что ответчик провел работу по выполнению первого этапа по договору, суды пришли к обоснованному выводу об отсутствии основания считать перечисленные истцом денежные средства как ошибочно перечисленные, свидетельствующие о неосновательном обогащении ответчика.

**В этой связи суды правильно указали на заключение договора от № 19/11 от 01.07.2011 г., поскольку воля сторон, в том числе истца, на его заключение выражена в совершении действий по его исполнению (совершение конклюдентных действий), что подтверждено материалами дела, в том числе платежным поручением № 10**

---

<sup>1</sup> Постановление ФАС Дальневосточного округа от 21.08.2007, 14.08.2007 № Ф03-А51/07-1/1934 по делу № А51-14166/2006-136-324. Также см. Постановление ФАС Московского округа от 25.11.2010 № КА-А40/14554-10 по делу № А40-39648/10-31-340, Постановление ФАС Центрального округа от 16.07.2010 по делу № А35-3089/09, Постановление ФАС Московского округа от 10.04.2013 по делу № А40-98522/12-21-931, Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 07.10.2010 по делу № А10-463/2010, Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 23.03.2010 по делу № А40-106403/09-95-515

от 01.07.2011 г., в котором имеется ссылка на соответствующий договор». (*Постановление ФАС Московского округа от 20.06.2013 по делу № А40-125521/12-104-804*)

### **4.4.2. ТЕНДЕНЦИИ**

Через «внезапный» акцепт, т.е. акцепт действием, чаще всего заключают договоры купли-продажи, поставки, оказания услуг. Крайне редко — иные договоры. Скажем, подряд. Но и такие случаи бывали:

«Из материалов дела усматривается, что ответчик направил истцу оферту (письмо от 22.11.2004 г.), истец предложение ответчика принял, составив двустороннюю смету на выполнение работ.

Таким образом, своими конклюдентными действиями истец в соответствии с п. 3 ст. 438 ГК РФ выразил согласие на выполнение работ по ремонту теплотрассы, ответчик, в свою очередь, принял выполненные работы, что подтверждается актом приемки выполненных работ на январь 2005 г.». (*Постановление ФАС Центрального округа от 25.12.2007 по делу № А36-568/2007*)

### **4.4.3. ОТДЕЛЬНОЕ МИННОЕ ПОЛЕ**

Отдельное минное поле — договор энергоснабжения. Если в деловом обороте «внезапный» акцепт скорее исключение, чем правило, то в договорах энергоснабжения — правило. На что есть давняя позиция ВАС:

«Фактическое пользование потребителем услугами обязательной стороны следует считать в соответствии с пунктом 3 статьи 438 ГК РФ как акцепт абонентом оферты, предложенной стороной, оказывающей услуги (выполняющей работы). Поэтому данные отношения должны рассматриваться как договорные». (*Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 05.05.1997 № 14 «Обзор практики разрешения споров, связанных с заключением, изменением и расторжением договоров» пункт 2, последний абзац*)

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

С тех пор практика так и идет, ограничусь одним примером:

«Довод заявителя об ошибочной квалификации судами спорных правоотношений сторон и отсутствии доказательств, подтверждающих направление ему обществом «Барнаулэнерго» проекта договора на оказание услуг по передаче электрической энергии, не принимается.

Суды установили, что общество «Барнаулэнерго» дважды направляло управлению механизации проект договора на оказание услуг по передаче тепловой энергии.

Кроме того, отсутствие письменного договора с владельцем тепловых сетей на оказание услуг по передаче тепловой энергии не освобождает ответчика от оплаты фактически оказанных ему услуг.

**Фактическое пользование потребителем (управлением механизации) услугами обязанной стороны (общества «Барнаулэнерго») следует рассматривать в соответствии с пунктом 3 статьи 438 ГК РФ в качестве акцепта потребителем оферты, предложенной стороной, оказывающей услуги.** Поэтому вывод судов о том, что спорные отношения сторон следует рассматривать как договорные, является правильным». (*Определение ВАС РФ от 09.03.2010 № ВАС-1987/10 по делу № А03-6563/2009*)

## 4.5. ВНЕЗАПНЫЙ АКЦЕПТ В ВЭД

Особенно опасны в плане внезапного акцепта внешнеэкономические сделки (договоры), и вот почему. Принят ФЗ-100 от 17 мая 2013 г. «О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела I части первой и статью 1153 части третьей ГК РФ».

Изменений много, но одно из самых значительных уложилось в короткую строчку: «пункт 3 статьи 162 ГК признать утратившим силу» (ст. 1, подпункт б). Закон вступил в силу с 1 сентября 2013 года.

Утративший силу пункт гласил: «Несоблюдение простой письменной формы внешнеэкономической сделки влечет недействительность сделки». Таким образом, законодатель отменил обязательность письменной формы ВЭД-сделки.

Последствия могут быть непредсказуемые. Вы можете просто, как вам кажется, говорить с контрагентом из другой страны по

телефону о договоре, который вы хотите заключить. Обсудить условия. Применяемое право. И прочее. В итоге придете к какой-то, как вам кажется, предварительной договоренности.

А контрагент возьмет и сделает... что? Правильно: акцепт. Той же предоплатой или другим исполнением договоренности. И все, вы связаны договором. Особенно велик риск, если вам попадетесь контрагент из страны с английской системой права — Англия, Австралия, Индия и т.д.<sup>1</sup>

Там существование и условия договора испокон веков можно было подтверждать ЛЮБЫМИ доказательствами, в том числе свидетельскими показаниями. И договор на любую сумму может быть заключен в любой форме, в том числе и в устной. Запрета а-ля 162 ГК, пункт 1<sup>2</sup>, нет и никогда не было.

Пример из зарубежной практики — дело *Bear Stearns Bank plc v Forum Global Equity Ltd. [2007]*. Договор на 2 900 000 евро заключен по телефону. Обычным звонком одного директора — другому. Однако... рекорд.

Суть спора в двух словах: стороны, два юрлица, заключили договор купли-продажи акций. На каких условиях? «На стандартных». Так дословно прозвучало в трубке. Потом выяснилось, что у каждой стороны есть свои стандартные условия (правила) для таких сделок. Так на ЧБИХ же именно условиях заключена сделка?

Вот об этом спорили два года. Содержание разговора суд устанавливал из показаний свидетелей. И допросил всех, кто был рядом с директорами во время телефонных переговоров. Поэтому будьте крайне осторожны в переписке и переговорах.

## 4.6. ЗАЩИТА ОТ ВНЕЗАПНОГО АКЦЕПТА

*Оференту* (предлагающему заключить договор). Если вы не готовы заключить договор на условиях, которые сами же и предлагаете, — допустим, хотите что-то дополнительно уточнить у партнера —

<sup>1</sup> Подробнее см.: «Английское право».

<sup>2</sup> «Несоблюдение простой письменной формы сделки лишает стороны права в случае спора ссылаться в подтверждение сделки и ее условий на свидетельские показания, но не лишает их права приводить письменные и другие доказательства».

## **РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ**

езде в переписке пишем крупными буквами: «НЕ ЯВЛЯЕТСЯ ОФЕРТОЙ». Или более развернутая формулировка: «Данное письмо не является офертой. Договор будет заключен только после подписания единого бумажного документа».

*Акцептанту* (получателю предложения). Вы, в свою очередь, указываете в переписке: «НЕ ЯВЛЯЕТСЯ АКЦЕПТОМ». И очень внимательно следите за своими сотрудниками — а то кто-то совершит действия, которые ваш партнер сочтет акцептом. Вспоминайте пример с подшипниками.

Обеим сторонам договора советую исходить из принципа добросовестности и разумности. Все-таки ловить партнера на промашке и загонять в договор с помощью внезапного акцепта... Не самая лучшая линия поведения, если мы рассчитываем на долгосрочные отношения. Честнее и надежнее спокойно согласовать все условия и заключить договор так, чтобы он не был внезапным.

### **4.7. Место в системе**

Еще раз смотрим схему «Работа с договором» (глава 2.1.). В теории внезапный акцепт возможен на любом этапе до подписания итогового бумажного документа.

На практике наш внезапный друг наиболее вероятно может грянуть на стадии предложения и предварительных переговоров. К примеру, когда протокол переговоров или намерений становится договором.

Также велик риск внезапного акцепта на более позднем этапе — когда уже готов проект договора и стороны этот проект гоняют друг дружке с замечаниями, протоколами разногласий и т.д. Тут, нежданно-негаданно, вместо очередной порции возражений на проект вполне можно получить исполнение «сырого» договора — внезапный акцепт.



# [ 5 ]

## ПРОВЕРКА ДРУГ ДРУГА

*11.04.2011 Общество сменило наименование на ООО «Призрак» и снято с учета в связи с изменением места нахождения.*

*Постановление 7ААС от 16.07.2013  
по делу № А27-21666/2012*

**Н**а столе у вашего руководства лежит предложение заключить договор. Или, что более вероятно, — в почтовом ящике. Электронном. Как-никак, XXI век на дворе, львиная доля коммерческого общения идет по электронной почте. Что дальше? Переговоры?

В спокойные и благодные времена так и было. Бывает и сейчас. Когда речь идет об очередном договоре с проверенным партнером. Тогда да, можно встретиться и за чашкой кофе обсудить новый проект, договор, риски и т.д.

Увы, в современном мире — особенно в нашей стране! — оказываются сотни тысяч мошенников, «кидал» и прочего жулья. Поэтому, наученные горьким опытом, наши предприниматели сначала проверяют вторую сторону возможного договора и лишь потом вступают в переговоры.

Обычно эту стадию в книгах называют «проверка контрагента» или «проверка партнера», но я предпочитаю более точное выражение: «проверка друг друга». Потому что пока вы проверяете возможного партнера, будущую вторую сторону договора, вторая сторона, скорее всего, проверяет вас.

Канва первичной проверки:

1) *Попадает ли возможный партнер в три самые распространенные группы злоумышленников — «призраки», «двойники», «зомби» (в т.ч. «однодневки»)*. Если попадает — все. Дальше можно не копать.

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

2) *Судебная картина* — сколько судебных дел у нашего будущего партнера. Что за дела, суть споров. Кто наш партнер в деле — истец или ответчик?

3) *Текущее финансовое положение будущего партнера*. Минимум — собирается ли на банкротство/ликвидацию или нет? Максимум — вдумчивый анализ бухгалтерской отчетности, расшифровок баланса и т.д.

4) *Деловая репутация*. Что говорят о партнере в СМИ, на форумах, в блогах? Какие отзывы?

Все это можно проверить за пару часов через интернет. Подробно расскажу, как. После первичной проверки у вас будет общая картина о потенциальном партнере. Также вы поймете, «куда плясать» дальше: отказ от возможного договора, переговоры или углубленная проверка.

Но сначала — знай своего врага. Три самые распространенные группы злоумышленников. И первый у нас:

### 5.1. «ПРИЗРАК»

#### **Вспоминаем матчасть:**

«1. Юридическим лицом признается организация, которая имеет обособленное имущество и отвечает им по своим обязательствам, может от своего имени приобретать и осуществлять гражданские права и нести гражданские обязанности, быть истцом и ответчиком в суде.

2. Юридическое лицо должно быть зарегистрировано в едином государственном реестре юридических лиц в одной из организационно-правовых форм, предусмотренных настоящим Кодексом» (ст. 48 ГК).

А также: «Правоспособность юридического лица возникает с момента внесения в единый государственный реестр юридических лиц сведений (ЕГРЮЛ) о его создании и прекращается в момент внесения в указанный реестр сведений о его прекращении» (ст. 49 ГК, п. 3).

Так вот, призрак — «юрлицо», которое есть только на бумаге. А не в ЕГРЮЛ. Научно говоря, фикция юрлица. Потому и в

кавычках. Как сие выглядит на практике? Некто шибко умный и наглый придумал название. Взял с потолка ИНН. Заказал красивую печать. «Нарисовал» учредительные документы. И типа — «есть юрлицо». Бумажный призрак.

Или призрак электронный. Некто создал сайт в сети Интернет. Якобы продает товары по предоплате. Интернет-магазин, ага. В разделе «контакты» все чин чином: ИНН, ОГРН, наименование фирмы, адрес и т.д. Все бы хорошо, но — ЛИПА. Нет такой фирмы в ЕГРЮЛ. После чего злоумышленник собрал предоплату с доверчивых покупателей — и благополучно исчез.

Пример из недавней практики:

«Решили с женой сделать ремонт квартиры, нашли по объявлению в интернете некую ремонтно-строительную организацию (XXX). Заключили договор (физлицо с юрлицом XXX).

Договор был нарушен со стороны XXX: работы не выполнялись, материал не закупался (точнее, выполнено работ и закуплено материалов примерно на 10% от выплаченных авансом денег).

Настал момент, когда XXX просто исчезло. Директор на связь не выходит, офиса — нет. Подождав два месяца, послал по юридическому адресу XXX (указан в договоре) уведомление о расторжении договора и уведомление о том, что такого-то числа готовим акт незавершенных работ и типа неплохо бы присутствовать.

Пришло уведомление о том, что по адресу юрлица XXX — нет. В принципе, пока ничего криминального, т.к. часто юрлица при регистрации берут левый адрес, а потом его не продлевают.

Составил акт незавершенного, подписала его куча народа. Тут решил озадачиться, а есть ли вообще такое юрлицо XXX в природе. Оказалось — нету... Получается, что просто была вырезана из каблука печать — и все. Ес-но, все деньги принимались XXX «по приходникам» (*т.е. наличными*)<sup>1</sup>.

Мораль ясна. Если бы герои этой истории проверили потенциального партнера, прежде чем заключать договор и отдавать деньги, — сберегли бы деньги и нервы. Проверяется «на раз», через общедоступный сервис «Проверь себя и контрагента» на сайте той же ФНС (налоговой). Ссылка: <https://egrul.nalog.ru/>

<sup>1</sup> Источник: <http://forum.auto.ru/book-keeping/27685/#post-27713> Курсив мой.

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

«Призраки» были очень распространены в 90-е — см., к примеру, Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 19.11.1998 № Ф08-1814/98 по делу № А32-4935/98-10/158.

Сейчас, когда интернет вошел в каждый офис, «призраки» в основном «кидают» доверчивых граждан в потребительских договорах. Однако и «юрики» нет-нет, да попадают в кладные объятия... выходцев из потустороннего мира. Вот вам грустная история:

«ООО «Кухтуйский», полагая, что договор от 26.05.2007, заключенный от его имени с РЗ «Охотский», является ничтожным по причине отсутствия государственной регистрации завода, а также в связи с неперечислением Обществу денежных средств за реализованный товар, обратилось в арбитражный суд с настоящим иском.

В соответствии со статьей 1102 ГК РФ лицо, которое без установленных законом, иными правовыми актами или сделкой оснований приобрело или сберегло имущество за счет другого лица, обязано возвратить последнему неосновательно приобретенное или сбереженное имущество, за исключением случаев, предусмотренных статьей 1109 настоящего Кодекса.

Для наличия неосновательного обогащения необходимо отсутствие у лица законных оснований, дающих ему право на спорное количество рыбы.

Арбитражный суд, исследовав материалы дела, установил, что **договор от 26.05.2007 в силу статьи 168 ГК РФ является ничтожным, поскольку заключен несуществующим юридическим лицом.**

С учетом установленных обстоятельств и принимая во внимание тот факт, что Общество не представило доказательств отпуска спорного количества рыбы предпринимателю Кононихину Н.Ю., а также доказательств того, что последний реализовал именно рыбу Общества, правомерен вывод суда обеих инстанций об отказе в удовлетворении иска о взыскании неосновательного обогащения и процентов за пользование чужими денежными средствами». (Постановление ФАС Дальневосточного округа от 11.09.2009 № Ф03-4614/2009 по делу № А73-5105/2008)

Еще одна:

«Суд апелляции инстанции считает, что **договор уступки прав требования от 19.09.2011 является ничтожным, поскольку**

ку заключен в сентябре 2011 года обществом с ограниченной ответственностью «Содружество» с несуществующим юридическим лицом: запись о прекращении деятельности ООО «ВолгаСнабКомплект» как стороны по договору цессии от 19.09.2011 внесена в ЕГРЮЛ 28.05.2010.

Поскольку договор уступки прав требования от 19.09.2011 является ничтожным, а ничтожная сделка не влечет юридических последствий, за исключением тех, которые связаны с ее недействительностью, это является самостоятельным основанием для отказа в иске истцу как цессионарию по ничтожному договору цессии о взыскании денежных средств с ответчика, так как истец по ничтожной сделке уступки прав требования не обладает правом на подачу заявленного иска». (*Постановление 15ААС от 26.06.2012 № 15АП-6584/2012 по делу № А32-37528/2011*)

И еще одна, из новейшей практики:

«Оценив представленные доказательства по правилам статьи 71 АПК РФ, руководствуясь положениями статьи 1102 ГК РФ, суды пришли к выводу о том, что денежные средства, полученные ответчиком от имени несуществующего юридического лица (ООО «Холдинг»), при отсутствии между сторонами какой-либо гражданско-правовой сделки, во исполнение которой получены денежные средства, являются неосновательным обогащением и подлежат возврату». (*Определение Верховного Суда РФ от 20.08.2015 № 304-ЭС15-9393 по делу № А70-8920/2014*)

### **5.1.1. ЧЕМ ОПАСНЫ «ПРИЗРАКИ»**

Если вдуматься, суть схемы мошенничества через «призрака» проста, как рублевая монетка: хапнуть имущество — и сбежать. Деньги, если помните, тоже имущество (ст. 130 ГК, п. 2).

«Призрак» пытается «развести» на поставку товара или передачу денег — предоплата за несуществующий товар или там услугу. Отсюда можно подумать, будто вы рискуете только имуществом.

Если вы физлицо — да. Но если в ловушку «призрака» угодит «юрик» — будет и другая, дополнительная угроза. В качестве гим-

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

настилки для ума читайте постановление суда и попробуйте понять, какая:

«Как следует из материалов дела, Инспекция провела выездную налоговую проверку ООО «Сырдон» по вопросам правильности исчисления и своевременности уплаты (удержания, перечисления) налогов и сборов за период с 01.01.2007 по 31.12.2009. По результатам проверки составлен акт от 05.05.2011.

Рассмотрев материалы проверки и возражения Общества, заместитель начальника Инспекции вынес решение от 02.06.2011 № 09-45/12 о привлечении ООО «Сырдон» к ответственности за совершение налогового правонарушения, согласно которому Обществу доначислено 26 199 433 рубля налогов, 7 582 711 рублей 06 копеек пеней и 4 050 479 рублей 80 копеек штрафов.

...Общество в 2007 – 2009 годах применило налоговые вычеты по налогу на добавленную стоимость и включило в состав расходов для целей исчисления налога на прибыль затраты по договорам аренды горного оборудования, заключенным с ООО «Русхолдингцентр Корона АТВ». Оплата по сделкам осуществлялась наличными денежными средствами. <...>

Организация с наименованием ООО «Русхолдингцентр Корона АТВ» (ИНН 7718207227), указанная в качестве контрагента Общества во всех представленных налогоплательщиком первичных документах, в Едином государственном реестре юридических лиц не зарегистрирована. <...>

Юнусов М.Г., указанный в документах в качестве руководителя названной организации, и Исаев А.Е., указанный в квитанциях к приходным кассовым ордерам в качестве главного бухгалтера, отрицают причастность к деятельности ООО «Русхолдингцентр Корона АТВ» и подписание каких-либо финансово-хозяйственных документов от имени данной фирмы, что подтверждается заключениями почерковедческих экспертиз.

Качмазов В.Е. (руководитель Общества в проверяемом периоде) пояснил, что договоры с ООО «Русхолдингцентр Корона АТВ» заключались посредством факсимильной связи, документы, удостоверяющие личность представителей, не проверялись.

Главный бухгалтер Общества Парфенчик С.М. пояснила, что оригиналы документов по сделкам она никогда не видела, а кассовые документы передавались через проводников поездов.

При таких обстоятельствах суды, исследовав и оценив представленные в дело доказательства, пришли к обоснованным выводам о том, что представленные Обществом договоры, счета-фактуры и кассовые документы содержат реквизиты несуществующего юридического лица, то есть недостоверные и противоречивые сведения, не подтверждают реальность хозяйственных отношений ООО «Сырдон» с ООО «Русхолдингцентр Корона АТВ» и свидетельствуют о намерении Общества получить необоснованную налоговую выгоду путем создания формального пакета документов при отсутствии реальных хозяйственных взаимоотношений с контрагентом.

Реальное исполнение условий договора и осуществление конкретных действий по выполнению обязательств, предусмотренных договорами, не подтверждаются документами, представленными налогоплательщиком в материалы дела. С учетом изложенного суды правомерно отказали в признании решения Инспекции недействительным». (*Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 22.08.2012 по делу № А29-7981/2011*<sup>1</sup>)

Хороший «договорник» обычно не силен в налоговом праве. Поэтому дополнительная угроза договора с «призраком» не всегда очевидна — особенно для начинающего юриста (новичок, подмастерье).

В чем угроза — вы поняли: придет государство в лице налоговой и доначислит налоги. Грустно, конечно. Мало того что «кинули», да еще и налоги плати...

## **5.2. «Двойник»**

Юрлицо, «косящее» под известную фирму или торговую марку. В отличие от «призрака» — существует. Внесено в ЕГРЮЛ. Вроде все честь по чести... Если бы не одно большое «НО»: «двойник»

---

<sup>1</sup> Ладно бы, единичный случай. Дел с «призраками» — легион. См. в частности, Постановление ФАС Московского округа от 21.02.2013 по делу № А41-18976/12, Постановление ФАС Центрального округа от 31.05.2013 по делу № А54-4896/2012, Постановление ФАС Поволжского округа от 25.12.2012 по делу № А55-1742/2012 и т.д.

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

изначально создан с насквозь противоправной целью. С той же, что и «призрак»: выманить имущество — и скрыться.

Пример из жизни «физиков»: «На днях в Москве была задержана группа лиц, незаконно присвоивших себе имя компании «МИАН — агентство недвижимости». Действовали лжериелторы по уже отлаженной схеме: вначале клиентам предлагалось подписать «агентский договор», который оказывался договором о предоставлении информ услуг сроком на 30 дней (за предоставление услуг клиенты платили 4 тысячи рублей). Затем лжериелторы попросту тянули время до истечения срока договора. В афере пострадало более 500 человек»<sup>1</sup>.

Обратите внимание на фразу: «незаконно присвоивших себе имя компании». Здесь — ошибка. Никто ничего не присваивал. Мошенники просто-напросто создали компанию (юрлицо) с таким же названием. Двойника. Вынужден признать, создали на законных основаниях.

Прочитайте еще раз статьи ГК, упомянутые в начале главы 5.1. А теперь ответьте на вопрос: можно ли создать юрлицо с названием, полностью совпадающим с названием юрлица, уже внесенного в реестр? Или короче: могут ли в РФ существовать юрлица с одинаковыми названиями?

В ГК запрета нет. Если помимо ГК «копнуть» спец. законодательство — в частности, ФЗ от 08.08.2001 № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» — то и там вы запрета не найдете. «Нет такой буквы». А значит, действует принцип «что не запрещено — дозволено». Может быть сколько угодно фирм с одинаковым названием.

Эта особенность нашего права и открывает дверь «двойникам». Поставьте опыт. Сходите на сайт налоговой <https://egrul.nalog.ru/> В разделе «сведения о государственной регистрации юридических лиц, индивидуальных предпринимателей, крестьянских (фермерских) хозяйств» вбейте... ну, хотя бы ООО «Феникс»<sup>2</sup> — издательство, выпустившее сию книжицу. Что видим? «Фениксов» по рос-

---

<sup>1</sup> Статья «От перемены букв фирма не меняется?» — <http://ria.ru/society/20061020/55000210.html>

<sup>2</sup> О забавных названиях юрлиц см. книгу: *Оробинский В.В.* Чему до сих пор не учат на юрфаке: электронные джунгли. — Ростов н/Д: Феникс, 2015.

сийским просторам летает тьма-тьмущая. 13 366 юриц с одинаковым названием.

А теперь представьте. Ваша фирма торгует бумагой. К вам поступило предложение от некоей ООО «Лукойл» заключить договор поставки бумаги. Условия: «Вы нам сейчас бумагу, а мы вам через месяц заплатим».

Вы сомневаетесь. Вас убеждают: «Не беспокойтесь, заплатим! Мы же компания с мировым именем, гигант и титан русского бизнеса!» — и прочие «именные» доводы. Смотрим ЕГРЮЛ. Видим 407 юриц с таким названием. Подозреваем «двойника». Как проверить, кто перед нами?

*Примечание.* Я неспроста взял для примера нефтяную компанию. Во-первых, мошенники почему-то очень любят создавать «двойников» именно нефтяных компаний.

Во-вторых, история с поставкой товара двойнику «Лукойл» — было такое. В столице. В середине нулевых. Кончилось, разумеется, «кидком» поставщика.

В-третьих, двойников нефтяных компаний мошенники упорно плодят до сих пор. Так что будьте настороже. Пример из практики:

«Вчера, 30 сентября, антимонопольная служба Республики Алтай возбудила дело против ООО «ТТК "РОСНЕФТЬ"». Этот двойник не стал сокращать название, а просто поменял одну букву — «Ь» на «Ъ».

При оформлении своего автозаправочного комплекса ООО ТТК «РОСНЕФТЬ» использовало товарный знак, логотип, графические и цветовые решения, имеющие сходства с обозначениями, правообладателем которых является ОАО «НК "Роснефть"»<sup>1</sup>.

## 5.2.1. УНИКАЛЬНЫЕ ПРИЗНАКИ ЮРИЦА

В законе прямо не названы. Самое близкое, что есть, — НК РФ, часть 1, ст. 84, п. 7: «Каждому налогоплательщику присваивается единый на всей территории РФ по всем видам налогов и сборов идентификационный номер налогоплательщика» (ИНН).

---

<sup>1</sup> Статья «Двойник "Роснефти" пытался притвориться известной АЗС, сменив в названии "Ь" на "Ъ"» — <http://kapitalist.tv/2014/10/01/dvojniki-rosnefti-pytalsya-pritvoritsya-izvestnoj-setyu-azs-smeniv-v-nazvanii-na/>

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

А также пункт 16 Приказа ФНС России от 29.06.2012 № ММВ-7-6/435@ «Об утверждении Порядка и условий присвоения, применения, а также изменения идентификационного номера налогоплательщика» (зарегистрировано в Минюсте России 14.08.2012, № 25183). Там:

«ИНН, присвоенный организации или физическому лицу, не подлежит изменению, за исключением случаев внесения изменений в нормативные правовые акты РФ либо изменения его структуры, установленной настоящим Порядком».

Отсюда практики делают вывод (см. «жирную» фразу):

**«Внесение сведений о создаваемом юридическом лице в ЕГРЮЛ в процессе регистрации сопровождается присвоением ему уникального номера — основного государственного регистрационного номера (ОГРН), который присваивается один раз и никогда не меняется вплоть до ликвидации или реорганизации данного юридического лица.**

В пункте 8 Правил ведения ЕГРЮЛ и предоставления содержащихся в нем сведений, утвержденных постановлением Правительства РФ от 19.06.2002 № 438, установлено, что государственный регистрационный номер записи о создании юридического лица является основным государственным регистрационным номером (ОГРН) и используется в качестве номера регистрационного дела этого юридического лица<sup>1</sup>.

В соответствии с пунктом 7 статьи 84 НК РФ каждому налогоплательщику присваивается единый по всем видам налогов и сборов идентификационный номер налогоплательщика (ИНН).

Следовательно, ИНН и ОГРН носят индивидуальный характер, присваиваются лицу один раз, в отличие от иных реквизитов организации (юридический адрес, наименование), что исключает возможную их принадлежность иному юридическому

---

<sup>1</sup> Правила, на которые ссылается суд, сейчас уже отменили. На смену пришел Приказ Минфина России от 15.01.2015 № 5н «Об утверждении Административного регламента предоставления ФНС государственной услуги по предоставлению сведений и документов, содержащихся в ЕГРЮЛ и Едином государственном реестре индивидуальных предпринимателей» (Зарегистрировано в Минюсте России 12.05.2015 № 37242). Тем не менее, принципы уникальности и неизменности ОГРН остались и действуют.

лицу». (Постановление ФАС Центрального округа от 01.11.2013 по делу № А23-5296/2012)

Другие пишут еще короче: «ИНН и ОГРН являются уникальными идентификационными признаками юридического лица, следовательно, существование ООО «Холдинговая компания «Фазтон» с иными ИНН и ОГРН, кроме тех, которые указаны в определении об исправлении описки, тем более расположенных по одному и тому же адресу, невозможно». (Постановление 13ААС от 22.11.2010 по делу № А56-26072/2010)

Вот вам и ответ на вопрос «Как проверить, кто перед нами?». По ИНН и ОГРН. Сразу видно, нормальная фирма или «двойник».

## 5.2.2. «Двойники» в ИНТЕРНЕТЕ

Встречаются довольно часто. Некто создал сайт в сети Интернет. Якобы продает товары по предоплате. Очередной интернет-магазин, ага. В разделе «контакты» все чин чинком: ИНН, ОГРН, наименование фирмы, адрес и т.д.

Знакомое начало? Да. Пока все, как у «призраков». Но вот дальше... Если осторожный покупатель проверит, то найдет фирму в ЕГРЮЛ. Есть такая. Более того, если позвонить по телефону, указанному на сайте магазина, то поговорите с менеджером — да, мы есть, мы работаем, все честно, «покупайте наших слонов», заносите предоплату. Все в порядке, можно иметь дело?

НЕТ. Где «разводят»? Уникальные реквизиты продавца на сайте (ИНН, ОГРН) принадлежат одной фирме. Реально существующей. «Живой». И директор этой фирмы будет сильно удивлен, когда узнает: у нас, оказывается, есть магазин. Ну надо же! А мы-то и не в курсе...

Естественно. Потому что сайт, реквизиты для получения денег, номера телефонов, адреса электронной почты — все это принадлежит другой фирме. «Двойнику». «Двойник», создавая сайт, взял название, ИНН, ОГРН и адрес из того же ЕГРЮЛ. И пользуется «живую» фирму втемную для своих грязных делишек — как ширму.

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

Когда обманутые покупатели прибегают в «живую» фирму с криками: «Верните наши деньги!», двойника «давно уж след простыл». «Ширма», разумеется, не будет отвечать по долгам двойника.

Иногда «двойников» используют в более утонченных целях. В частности, для увода клиентов. Тут злопыхатели работают тоньше: создают не юридическое лицо, а только сайт-двойник. К примеру:

«ООО «РусТехника» зарегистрировано в качестве юридического лица с 04.05.2007 г., имеет фирменное наименование «Общество с ограниченной ответственностью Торговая Компания «РусТехника»», сокращенное наименование ООО ТК «РусТехника», через национального регистратора доменов — «RU-CENTER» ООО ТК «РусТехника» зарегистрировало в интернет-сайт (домен) «RUSTENNIKA.RU». Впоследствии стало известно, что с декабря 2008 г. в сети Интернет появился сайт-двойник «RUSTENNIK.RU», являющийся полной копией сайта истца.

На интернет-сайте содержится информация о деятельности истца, связанной с реализацией профессионального автосервисного оборудования и запчастей грузовых автомобилей иностранного производства — информация, аналогичная той, что содержится на сайте истца по состоянию на 2008 год.

По состоянию на 04.10.2010 г. пользователем зарегистрированного 27.12.2008 г. домена «RUSTENNIK.RU» являлось частное лицо — Ю. (через регистратора доменных имен ООО «НаунетСП»).

На сайте-двойнике размещены ссылки на другие сайты, принадлежащие конкурентам истца, что приносит существенные материальные убытки и подрывает имидж компании». (*Кассационное определение Ярославского областного суда от 30.01.2012 по делу № 33-453*)

### 5.3. «Зомби»

Чем хороши «призраки» и «двойники»? Их легко отслеживать. В подавляющем большинстве случаев вам хватит беглой проверки через ЕГРЮЛ, чтобы раскусить мошенников.

Вычислить «зомби» на порядок сложнее. Тут вас спасет лишь долгий, вдумчивый анализ... а также опыт и чутье. Добро пожало-

вать в зомби-апокалипсис... «Зомби» = «живой мертвец» = юрлицо, как и «призрак» с «двойником», созданное с противоправной целью или целями. Но, в отличие от прочей нечисти, список целей и область применения «зомбей» гораздо шире. Основные:

- 1) отжать имущество у второй стороны договора (как всегда);
- 2) уход от ответственности по договору (хотя сам договор «зомби», как ни странно, исполнил);
- 3) уход от возможных административных штрафов;
- 4) уход от налогов;
- 5) обналичка;
- 6) «прачечная» (отмывание денег).

В разных регионах страны такие фирмы называют по-разному: «однодневка», «помойка», «мусорка», «рога и копыта», «вектор», «канавка», «сортир», «фонарь», «синяк», «ёжик», «космонавт» и т.д.

Почему я употребляю термин «зомби»? Слово живой мертвец из «ужастиков», фирма-зомби внешне похожа на живую — есть директор, участник (реже — участники), юридический адрес. Иногда есть и кое-какое нехитрое имущество. Офис в аренде, пара компьютеров, принтеры, стол/стулья и прочие скромные пожитки. Фирма внесена в ЕГРЮЛ (не «призрак»). И не «косит» под известное имя (не «двойник»). Но при всем при этом — фирма МЕРТВА. Изначально.

Участники, директор, офис и т.д. — ШИРМА. Дымовая завеса. Видимость. Фикция. А за кулисами фирмы-зомби прячется «колдун». Он же «серый кардинал». Он же, как говорят заморские коллеги, «*shadow director*» — теневой руководитель. Мошенник или мошенники, чьей волей создан мертвец.

Колдун из-за кулис дергает за ниточки. И зомби, движимый чужой волей, «кусает» добрый люд: получает товар/авансы, гоняет векселя, подписывает накладные, отмывает деньги, и прочая, прочая...

Допустим, вы поставили товар некой фирме. Условия: 30% аванс, 70% — через месяц после поставки. Вы получили аванс и передали товар. Не платят. Пошли в суд. При подготовке иска с сайта арбитража узнали: к вашему должнику предъявлено еще 20 таких исков. Поваяло тленом, мертвечиной и банкротством...

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

Долго ли, коротко ли — выиграли дело. Получили решение. Сдали лист приставам. Тем временем кто-то из кредиторов подал заявление в полицию о мошенничестве. Полиция нашла и допросила директора.

И вот тут-то выяснилось: фирма-должник создана по утерянному паспорту. Учредитель фирмы, он же директор, он же главбух, узнал о фирме... из беседы со следователем. Типичная история из практики:

«ООО «ТрастСервис» зарегистрировано 24.04.2007, учредителем является Кожанов А.В. В регистрационных документах организации указан паспорт Кожанова А.В., утраченный им 30.01.2007.

Кожанов А.В. пояснил, что директором ООО «ТрастСервис» не является и не являлся, расчетные счета в банках не открывал, доверенностей от имени организации не выдавал, о налогоплательщике не слышал, договоры не заключал, финансово-хозяйственную деятельность от имени ООО «ТрастСервис» не осуществлял, в январе 2007 года потерял паспорт (протокол допроса от 20.12.2010 № 180)». *(Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 14.03.2014 по делу № А32-35789/2011)*

Подобные истории в сотнях других дел по всем округам: Постановление ФАС Уральского округа от 08.06.2011 № Ф09-3303/11-С3 по делу № А71-10578/2010А6, Постановление ФАС Центрального округа от 20.12.2010 по делу № А54-859/2008С5, Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 05.11.2014 № Ф03-4944/2014 по делу № А51-32566/2012, и т.д.

Что дальше? Да ничего хорошего. Кредиторы, конечно, обанкротят фирму. Но поскольку имущество давным-давно выведено, то останутся с носом и пустыми карманами. В лучшем случае поделят меж собой мелочовку — пару компьютеров, принтеры, стол/стулья.

### 5.3.1. «Армия тьмы»

В наше смутное и голодное время не обязательно красть или как-то иначе выживать чужой паспорт. Зачем?! Простые люди готовы помочь мошенникам «за шапку сухарей» (мизерный гонорар). К примеру:

«...согласно показаниям свидетеля Т.В. следует, что весной 2009 года он прочитал в газете объявление о приглашении на работу регистратором, работа которого будет связана с выездами в город Москву.

<...> Он созвонился с женщиной по имени Э. и встретился с ней у станции метро «Кузнецкий мост». Э. пояснила, что на его имя регистрируют некую фирму, что в этом нет ничего криминального.

Он согласился и вместе с Э. проследовал в нотариальную контору, где подписал документы, с содержанием которых незнакомился. После этого с данными документами он проследовал в налоговую инспекцию у станции метро «Сходненская», где сдал оформленные документы, получил расписку, которую позднее передал Э., а взамен получил от нее 1000 рублей в качестве вознаграждения.

Через некоторое время Э. позвонила ему и предложила переоформить фирму на другого человека, пояснив, что необходимо встретиться с какой-то женщиной. При встрече с последней они вместе проследовали в какой-то банк, где указанная женщина заполнила документы, которые он подписал, после чего та заплатила ему 1500 рублей.

Какие-либо другие действия, связанные с ООО \*\*\*, не осуществлял. С Я., П.Ю. не знаком. Какую деятельность осуществляет данная организация, по какому адресу располагается, кто входит в штат сотрудников (ему неизвестно).

Фактически генеральным директором ООО \*\*\* он не является, отношения к его деятельности не имеет. Кем, когда и для каких целей открыт расчетный счет ООО \*\*\* в АКБ \*\*\* (ОАО), а затем закрыт, не знает.

Подписывал ли он от имени генерального директора этого Общества документы и передавал ли право их подписи третьим лицам, не знает, так как не читал документы, которые подписывал. Пользоваться системой электронных платежей «Интернет-Клиент-Банк» не умеет». (Апелляционный приговор Московского городского суда от 27.04.2015 по делу № 10-4645/2015)

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

С высоких трибун часто говорят о «повышении правовой грамотности населения». Так, «Дмитрий Медведев с самого начала своего президентства неоднократно говорил о необходимости повышения правовой грамотности населения и преодоления «правого нигилизма».

Еще 7 мая 2008 года в инаугурационной речи он заявил: «Мы обязаны добиться истинного уважения к закону, преодолеть правовой нигилизм, который серьезно мешает современному развитию»<sup>1</sup>.

После разговоров иногда принимают акты. Так, приняты «Основы государственной политики РФ в сфере развития правовой грамотности и правосознания граждан» (утв. Президентом РФ 28.04.2011 № Пр-1168). Пункт 15 прямо предусматривает «правовое просвещение и правовое информирование граждан».

И что? А ничего. Вы хоть раз видели по телевизору рекламу законопослушного поведения? Добросовестности? Передачи о ГК или ЗПП? Документальные фильмы на тему «знай свои права и умей отстаивать»? Или «не давай свои документы/копии/персональные данные, а то на тебя фирму оформят»?

Вот и я не видел... Увы, государство ничего не делает для «прокачки» правовой грамотности обычных граждан. Кроме принятия актов, естественно. Типично бюрократический подход: якобы, если принят акт («бумажка»), то вопрос решен. А что бумажку никто не прочтет, дык «проблемы индейцев шерифа не волнуют».

А поскольку на дворе очередной кризис, народ стремительно беднеет, безработица зашкаливает, то найти номинального (подставного, «левого», теневого и т.д.) директора и учредителя просто, как дважды два<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> «Коммерсант», статья «Права вменяют в обязанность: Президент повышает юридическую грамотность населения» — <http://www.kommersant.ru/doc-y/1634972>

<sup>2</sup> Буду объективен. Не только у нас все так плохо. На западе не лучше. Мошенников развелось... Думаю, не меньше нашего. О рисках и борьбе со всякими проходимцами, алчущими ваших денег, написаны целые библиотеки.

Если интересно, см. Валлах, Лэнс. Защищаем клиентов от обмана, недостатка знаний и мошенничества. — Нью-Джерси: Джон Уайлли и Сыновья, 2010. / *Кеннет Спрингер, Джоэли Скотт*. Докопаться до истины: тактика для защиты активов вашей фирмы от мошенников, аферистов и самозванцев. — США: Пирсон Эдукейшн, 2011. / Зак, Джеральд. Обман в финансовой отчетности. Стратегии для поиска и расследования. — Нью-Джерси: Джон Уайлли и Сыновья, 2013. / Паджет, Саймон. Досье на мошенника: срываем маску, чтобы защититься и обнаружить мошенничество. — Нью-Джерси: Джон Уайлли и Сыновья, 2015.

Да, государство как-то пробует бороться с мошенниками. Вон, добавили в УК<sup>1</sup> статью 173.2. — «Незаконное использование документов для образования (создания, реорганизации) юридического лица».

Но это — борьба со следствием. Мошенников меньше не стало. Наоборот. В кризис, как и в любую смуту, люди хотят выжить, прокормить семьи. Вот и пускаются во все тяжкие...

Ладно бы, если б только доверчивые граждане от голодухи да безысходности. Есть же еще и профессионалы. Помните «Золотого теленка»? «Я — зицпредседатель Фунт. Я всегда сидел. Я сидел при Александре Втором "Освободителе", при Александре Третьем "Миротворце", при Николае Втором "Кровавом"... При Керенском я сидел тоже. При военном коммунизме я, правда, совсем не сидел, исчезла чистая коммерция, не было работы.

Но зато как я сидел при НЭПе! Как я сидел при НЭПе! Это были лучшие дни моей жизни! ... Я беру недорого: сто двадцать рублей в месяц на свободе и двести сорок — в тюрьме. Сто процентов прибавки на вредность»<sup>2</sup>.

А теперь вбейте в свой любимый поисковик фразу «номинальный директор». Ссылок намеренно не даю, но только на одном сайте объявлений я навскидку нашел 952 (!) предложения в духе:

«Продаем номинальных директоров в городе Авалон. Все подробности по телефону 9xxxxxxx или в контакте. Цена от 6 тысяч»;

«Стану номинальным директором вашего успешного бизнеса на ежемесячном окладе. Долговременное сотрудничество. Для любого региона»;

«Ищу работу номинальным директором»;

«Требуется номинальный директор для оформления кредита на юрлицо. Дорого».

И так далее, и тому подобное...

**Предостережение.** Я считаю вас, дорогой читатель, умным и адекватным человеком. Думаю, вам понятно: как бы ни было тяжело, обходите такие предложения о «работе» десятой стороной.

<sup>1</sup> УК = Уголовный кодекс.

<sup>2</sup> Ильф И., Петров Е. Золотой теленок. — М.: Астрель; АСТ, 2011.

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

Не стал бы предупреждать, но по Москве есть печальная практика... именно по студентам. Поэтому читаем... и, наверно, грустим:

«Опера показали студентам ролик о задержании одной из преступных группировок. В квартире — настоящие чемоданы наличных денег, которые криминальные группировки готовились перевести за рубеж. По залу пронесся одобрителный ропот.

— Ух ты, сколько бабла! Вот бы мне туда...

Похоже, студенты так до конца и не осознали, что их ждет, если ввязаться в подобное дельце. Даже несмотря на то, что оперативники рассказали им историю 24-летнего старшекурсника филфака Игоря С.

К моменту, когда им заинтересовались органы, на его паспорт было зарегистрировано 36 различных предприятий. За несколько месяцев эти подставные фирмочки обналичили ни много ни мало 16 миллиардов рублей! Только вот когда оперативники из отдела по налоговым преступлениям начали искать Игоря, он... бесследно исчез.

Что же, нет директора — нет и уголовного дела. Против кого его возбуждать? Ведь никто не имеет точных данных, кто на самом деле стоял за обналичкой этих миллиардов.

Тело Игоря нашли спустя месяц после его загадочного исчезновения. Труп обнаружили в лесополосе в Калужской области. **Игорь оказался не единственной жертвой. Похожим образом погибли еще пятеро студентов различных столичных вузов**<sup>1</sup>.

### 5.3.2. «Зомби-апокалипсис»

Сколько же у нас в стране зомби-«однодневок»? В разные годы называли разные цифры. В 2010-м: «ежегодно регистрируется около 5 млн. юридических лиц, из которых две трети — пустышки»<sup>2</sup>. В 2013-м Банк России бил в набат: «Фирмы-однодневки — это просто беда нашей экономики. Чтобы понять масштабы проблемы, при-

---

<sup>1</sup> Статья Александр Бойко (Alex BoykoKP) «В Москве убиты шестеро студентов, на которых были оформлены фирмы-однодневки»: <http://www.kp.ru/daily/24394.5/572619/>

<sup>2</sup> Яценко Т. Однодневки forever // ЭЖ-Юрист. 2010. N 22. С. 9-10.

веду несколько цифр. Всего “действующих”, зарегистрированных в ФНС России коммерческих организаций, 3,9 млн, из них в форме ООО — 3,6 млн. Реально действующих организаций, т. е. тех, которые проводят хоть какие-то платежи через банковскую систему, примерно 2 млн. Остальные — примерно половина, — видимо, ждут своего часа. Из числа организаций, проводящих платежи через банковскую систему, 11% организаций не платят вообще никаких налогов, еще 4–6% организаций платят чисто символические суммы<sup>1</sup>.

С тех пор мало что изменилось. Мог бы привести еще статистику, но «перескочу» сразу к выводу: на одну нормальную, честную фирму в нашей стране приходится два-три зомби. Да, эдакий «зомби-апокалипсис» в деловом мире «одной отдельно взятой страны».

Поэтому, когда вы впервые заключаете договор с новым партнером, «лучше перебдеть, чем недобдеть». Проверять партнера всеми доступными вам способами. Как именно — поговорим в следующей главе. Покамест несколько важных штрихов к портрету современного российского зомби. Для полноты.

### **5.3.3. ШТРИХИ К ПОРТРЕТУ МЕРТВЕЦА, ТЕЗИСНО**

1) «Однодневка» и «зомби» не совсем одно и то же. Соотносятся как общее и частное. Всякая «однодневка» — «зомби», но не всякий «зомби» — «однодневка». Бывают очень долго живущие зомби, созданные не на один день, а для некой долгоиграющей схемы.

В том-то и разница. «Однодневки» — зомби для быстрых схем типа «открыл — хапнул — обналечил — вывел — сбежал — «слил» фирму». Отсюда и название. А «зомби» могут «жить» годами. Часто созданы на перспективу, впрок. И далеко не всегда идут на закланье.

К примеру, есть фирма ООО «Лопушок». Фирма решила заключить договор поставки с заморским партнером. Фирма богатая. Есть деньги. Есть имущество. Есть, наконец, доброе имя — благо на рынке

---

<sup>1</sup> «Ведомости», № 3290 от 20.02.2013, статья «11% организаций не платят налогов» — интервью с Сергеем Игнатьевым, председателем Банка России. Источник: [http://www.vedomosti.ru/newspaper/articles/2013/02/20/11\\_organizacij\\_ne\\_platyat\\_nalogov\\_sergej\\_ignatjev\\_predsedatel](http://www.vedomosti.ru/newspaper/articles/2013/02/20/11_organizacij_ne_platyat_nalogov_sergej_ignatjev_predsedatel)

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

уже лет десять. Словом, есть что взять — и что терять в случае суда. С тем же заморским партнером. Или — с государством.

Если «кинет» заморский партнер, вполне можно ждать административной ответственности по ст. 15.25 КоАП, п. 4, в двух словах: «невыполнение резидентом в установленный срок обязанности по получению на свои банковские счета в уполномоченных банках иностранной валюты или валюты РФ, причитающихся за переданные нерезидентам товары <...> влечет наложение административного штрафа <...> в размере от трех четвертых до одного размера суммы денежных средств, не зачисленных на счета в уполномоченных банках».

Еще проще: если заморский партнер «кинет», допустим, на миллион — потом придет государство и нарисует еще миллион штрафа.

Как снизить риски? Вести дела с заморским партнером не напрямую, а через... правильно, «зомби». Которого сами же и создадим. ООО «Лопушок» находит номинального директора и учредителя — а под такую относительно «белую» схему номинала найти легче легкого. Находит — и создает ООО «Лопушок +».

Почему не «двойника»? А чтобы не путаться в документах. Читаешь договор, видишь плюс после названия, сразу ясно: договор с высокими рисками, потому и заключен на «зомби». «Страховка» от возможной ответственности.

И — как в танке. ООО «Лопушок» и ООО «Лопушок +» юридически никак не связаны. Разные участники. Разные руководители. Разные адреса. Ну, название «слегка» похоже... типа, совпадение. Если заморский партнер/государство/третьи лица выкатили претензии — быстренько «сливаем» «зомби» да спим себе спокойно. Благо схем слива немеренно:

- а) ликвидация — пока заморский кредитор посудится, получит исполнительный лист, пройдет процедуру признания и исполнения решения в РФ, можно ликвидироваться раза три;
- б) старое доброе банкротство;
- в) реорганизация в форме присоединения к другому «зомби» с одновременным переездом фирмы из столицы куда-нибудь за Полярный круг;
- г) продажа 100% доли в фирме... бомжу с ближайшей помойки/псику с белым билетом/другому номиналу из другой страны;

- д) исключение юрлица из реестра в административном порядке — как недействующего<sup>1</sup> — если есть связи в налоговой;
- е) «могильщики»<sup>2</sup> придумают еще что-нибудь.

2) *«Белый зомби»*. Из предыдущего абзаца вдумчивый читатель может предположить: у нас в стране орды «ходячих мертвецов» не только из-за мошенников, но и потому, что «зомбей» как пушечное мясо пользуют относительно честные предприниматели. В рискованных сферах.

Совершенно верно. Особенно — во внешнеэкономической деятельности и строительстве. Именно эта черта русского бизнеса стоит за фразой «уход от ответственности по договору»; хотя сам договор зомби, как ни странно, исполнил.

Как так может быть? Допустим, у Заказчика есть деньги и земля. Заказчик хочет денег заработать. Схема проста, как напильник. Строим на участке доходный дом (офисное здание) — сдаем помещения в аренду — снимаем арендную плату, тем и живем.

Заказчик нанял Подрядчика. Подрядчик построил здание. Сдал Заказчику. Получил деньги за работу. Ничто не предвещало... Через два года здание пошло трещинами. Заказчик было кинулся судиться с Подрядчиком по гарантии — а тот уж год как ликвидирован. Если сопоставить даты, видно: Подрядчик получил окончательный расчет по договору — и сразу побежал сдавать документы на ликвидацию.

Таким образом, «зомби» договор кое-как исполнил, но «откошил» от гарантии. Увы, вполне заурядный случай. Как в строительстве коммерческой недвижимости с юриками, так и в долевым — с физиками.

3) *«Свежий зомби»*. Большинство «зомбей» создают под ту или иную схему. Однако осторожные юристы быстро научились отсеивать таких вот «гнилых» партнеров.

Обычный день из жизни юротдела. Приходит потенциальный партнер. Просит отпустить товар в долг. Читаем выписку из ЕГРЮЛ.

---

<sup>1</sup> О порядке см. ФЗ от 08.08.2001 № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей», ст. 21.1.

<sup>2</sup> Они же «черные юристы». Узкие специалисты по «закапыванию» фирм.

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

Ага, фирма создана месяц назад. Директор и учредитель — одно и то же лицо, уставной капитал 10 000 руб. К тому же ваш директор возглавляет еще три фирмы. Вы нас за дураков держите?! Нет, господа. С вами если работать, то только по 100% предоплате.

Поэтому мошенники стали все чаще пользоваться другой схемой. Не создавать «зомби» самому, а купить «чистую» фирму. Созданную хотя бы три года назад — чем раньше, тем лучше. Если у покупаемой фирмы есть какая-то репутация в деловом мире — вообще прекрасно.

Думаете, сложно? Если бы! Вбиваем в поисковик «продажа фирм». Читаем объявления (ссылок не даю, названия искажаю):

«Продаётся готовая фирма ООО с оборотами, зарегистрирована в декабре 2002 года в ИФНС Ленинского г. Авалон. Обороты: 2015 г. — 1,2 млн руб., 2014 г. — ...Система налогообложения: УСН 10%. Основной вид деятельности: розничная торговля кондитерскими изделиями. Долгов нет, отчётность сдаётся. Юр. адрес: можно остаться. Расчётный счёт открыт в банке «Домневест». Стоимость: 20 т.р.».

Или:

«Имеется в продаже строительная фирма ООО с допуском СРО в Авалоне. Общество с ограниченной ответственностью зарегистрировано в апреле 2006 г. в ИФНС Ленинского района. Система налогообложения: УСН 10%. Обороты: 2015 г. — 0, в 2014 г. — 7,5 млн руб., 2013 г. — до 7 млн руб. Отчетность сдаётся, долгов нет. Юридически адрес менять. Расчётный счёт открыт в «Сбер-три-литрабанке». Строительный допуск получен в НП СРО «Алкоградские строители-вредители». Виды работ: общестроительные безгенподряда. Стоимость: 350 т. р.».

Помимо сети, только в нашем относительно провинциальном Авалоне есть минимум пять фирм, кои занимаются... перепродажей других фирм. Вам найдут и продадут любое юрлицо. С любыми лицензиями, разрешениями, допусками. Хоть акционерное общество из девяностых с богатейшей историей, репутацией и даже кое-какой недвижимостью. Это большой, налаженный бизнес. Что творится в столице, можете себе представить...

Так что купить фирму («зомби») под какое-то грязное дельце — проще пареной репы. Гораздо сложнее отследить такого «партне-

ра» с другой стороны баррикад. Вовремя почуять неладное. Не дать себя «кинуть».

Как следить и на что смотреть.

## 5.4. ИНСТРУКЦИЯ ПО ПРОВЕРКЕ

Для наглядности сразу привожу блок-схему проверки:

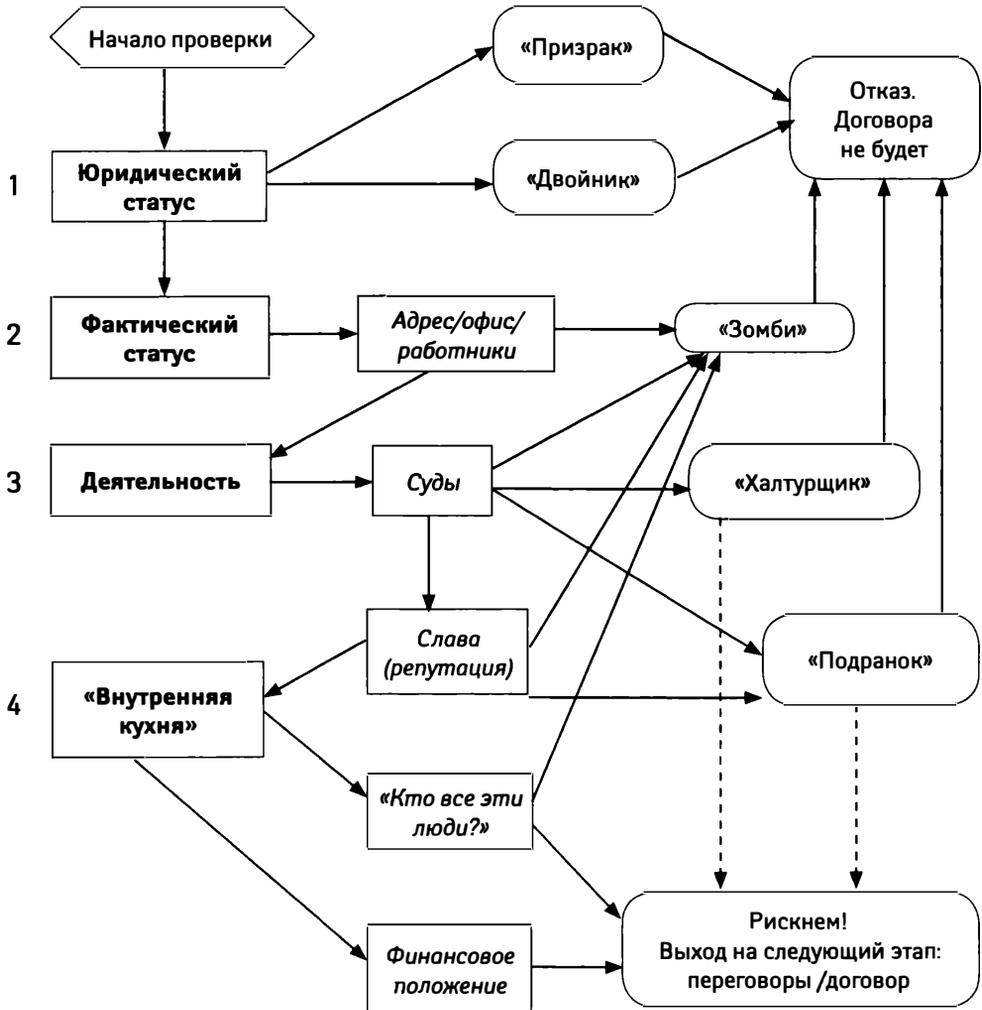


Схема 3. Проверка возможного партнера

## **РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ**

Заметили? К известному нам «трио бандуристов» — «призрак», «двойник», «зомби» — добавились новые лица. «Халтурщик» и «подранок». Знакомьтесь. «Халтурщик» — он же «кидала», он же «раздолбай» — не собирается растворяться в воздухе с вашими деньгами/имуществом. Но исполняет договор так, что лучше не связываться.

«Кидки» по гарантии. «Совковый» сервис. Хамство. Постоянный срыв сроков. Строительные работы с «косяками». Передача бракованного товара. Не работающее и «глючащее» ПО — если халтурщик разработал вам какое-то программное обеспечение. И прочие прелести криворукого исполнителя. Вроде и не криминал, но любой разумный купец предпочтет иметь дело с более вменяемым и ответственным партнером. Дороже, но — спокойнее.

«Подранок», как говорит нам словарь Ушакова, — «зверь или птица, подраненные охотником». Применительно к нашим играм сие значит: фирма, может, и добросовестная, но еле-еле сводит концы с концами.

Суды. Долги. Активов (имущества) или нет, или есть, но сто раз заложено-перезаложено. «Подранок» может в любую минуту уйти на банкротство... Или собственники «утопят» фирму по какой-то другой схеме. Поэтому вести дела с «подранком» весьма рискованно. Лучше таких партнеров избегать.

### **5.4.1. ПЕРВЫЙ ЭТАП. ПРОВЕРКА ЮРИДИЧЕСКОГО СТАТУСА**

В ближайшие десятилетия вряд ли дойдем до полностью электронного делопроизводства. Бумагу, ручки, карандаши, маркеры использует любой бизнес, от ларька в переходе — до титанов вроде РЖД и Газпрома. Поэтому для примера возьмем покупку канцтоваров. И проверим/прогоним возможного поставщика по схеме проверки.

Итак, ваша фирма решила найти себе поставщика для поставки канцтоваров. Вам посоветовали фирму «Комус». Проверяем. Вбиваем слово «комус» в тот же гугл. Первая же ссылка: «Интернет-магазин товаров для дома и офиса "Комус" [www.komus.ru](http://www.komus.ru). Товары для школы, офиса и дома. Канцтовары, бумага, оргтехника, расходные материалы, картриджи...»

Ага, у фирмы есть сайт. Уже плюс. Идут в ногу со временем. Заходим. Смотрим. Вроде бы существуют не первый день. Вроде, так как мы люди недоверчивые, с острым критическим мышлением, а в инете можно написать что угодно. Лезем во вкладку «реквизиты».

Видим ООО «ТЦ Комус» (ИНН 7706202481) с пометкой «Москва». Видим ООО «Комус-Петербург» (ИНН 7839005130) — без пометок, и так из названия ясно: питерская «ветка». Далее, ООО «Комус-Волга» (ИНН 3445062085), ООО «Комус-Ростов» (ИНН 6163069899). И так — по всем регионам.

Вывод: собственники фирмы ведут бизнес по принципу одно юрлицо — один регион; голова, скорей всего, в Москве. Поскольку ближайшая к нашему Авалону область — Ростовская, то договор у нас, скорей всего, будет заключен с ООО «Комус-Ростов». Звоним в «Комус-Ростов» по реквизитам с сайта, уточняем. Так и есть. «Если вы юрлицо и желаете купить нашу продукцию, то договор будет заключен на «Комус-Ростов»».

Хорошо. Значит, его-то и будем проверять. Опять ныряем в сеть. Заходим на сайт <https://www.nalog.ru/> Далее лезем в раздел «риски бизнеса: проверь себя и контрагента».

**ВАЖНО!!!** Прежде чем «пробивать» интересующую вас фирму, убедитесь в работоспособности «поисковика». Сайт налоговой временами «глючит»: то у них профилактика, то еще какие заскоки. Для проверки вбейте ИНН своей фирмы. Высветилось? Показывает? Скачалась выписка? Хорошо. Значит, работает.

Теперь проверяем интересующую нас фирму. В появившемся окне вбиваем 6163069899 — ИНН «Комус-Ростов». Ага, есть такая фирма. Значит, не «призрак». Скачиваем выписку.

Но прежде чем изучать выписку, меняем параметры поиска. Очищаем поле «ИНН». Вбиваем только название — «Комус-Ростов». Остальные поля оставляем пустыми. Правильно: нас интересует, сколько в природе есть фирм с названием «Комус-Ростов». Ищем. Оказывается, «Комус-Ростов» один-единственный на всю страну. Прекрасно. Значит, не «двойник».

Теперь открываем скачанную выписку. Смотрим раздел «Сведения о регистрации». Видим:

10 Способ образования СОЗДАНИЕ ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА  
11 ОГРН 1046163003677

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

12 Дата регистрации 15.04.2004

13 ГРН и дата внесения в ЕГРЮЛ записи, содержащей указанные сведения

Выводы? Фирма создана не в результате реорганизации или еще какой мутной операции, а «с чистого листа». Создана в 2004-м году... т.е. более 10 лет назад. Похоже, не однодневка. Хорошо.

Идем дальше. Смотрим раздел «Сведения об уставном капитале». Размер (в рублях) 10 000, внесен тогда же, 15.04.2004, с тех пор не менялся. Вывод? Ну, минимальный «уставняк». Как почти у всех ООО-шек. Само по себе ни о чем не говорит. Пока «полет нормальный».

Далее лезем в ЕФРСБ — Единый федеральный реестр сведений о банкротстве. Что за зверь такой:

«ЕФРСБ представляет собой федеральный информационный ресурс и формируется посредством включения в него сведений, предусмотренных настоящим Федеральным законом. ЕФРСБ является неотъемлемой частью Единого федерального реестра сведений о фактах деятельности юридических лиц.

Сведения, содержащиеся в ЕФРСБ, являются открытыми и общедоступными.

Сведения, содержащиеся в ЕФРСБ, подлежат размещению в сети «Интернет» и могут использоваться без ограничений, в том числе путем дальнейшей их передачи и (или) распространения». (Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», ст. 28, п. 2).

«Живет» реестр тут: <http://bankrot.fedresurs.ru/> Заходим. В левом углу — окно «поиск должников». Щелкаем чуть ниже окна на строке «расширенный поиск». Как и с ЕГРЮЛ, для начала проверяем работоспособность «поисковика». Вбейте в поле «наименование юрлица» слово «вектор». Если работает, увидите примерно такую таблицу:

Категория	Должник	ИНН	ОГРН	Регион	Адрес
Обычная организация	Акционерное общество «Фирма "Вектор + "»	7713139054	1037739749420	Москва	Москва, Кулакова, дом 9А, строение 1, комната 16

Категория	Должник	ИНН	ОГРН	Регион	Адрес
Обычная организация	Гаражно-строительный кооператив "Вектор и К"	6450039545	1036405045720	Саратовская область	Саратовская обл., Саратов г., Октябрьская ул
Обычная организация	Закрытое акционерное общество «ВЕКТОР»	3128039416	1023102357959	Белгородская область	Белгородская обл., Старооскольский р-н, Старый Оскол г., Лебединец мкр, 1, А
Ликвидируемый должник	Закрытое акционерное общество "Вектор"	4205017806	1034205010003	Кемеровская область	Кемеровская обл., Кемерово г., Заводская ул., 45
Ликвидируемый должник	Закрытое акционерное общество «Вектор-М»	7721617152	1087746435270	Москва	Москва г, Степана Шутова ул., 4, стр. 1

Ага, работает. Вбиваем в поле код ИНН «Комуса». Пишет: «по заданным критериям не найдено ни одной записи. Уточните критерии поиска». Ладно. Ищем в той же форме по наименованию «Комус-ростов». Тоже ничего. А если ввести просто «комус»? Видим шесть фирм из других областей, нашей — нет.

Зовите меня параноиком, но мне и этого мало. Проверим «Комус» по еще одному «поисковику». Заходим на <http://www.vestnik-gosreg.ru/> Что за зверь такой, что может показать:

Приложение № 2

к Приказу ФНС России от 16.06.2006 № САЭ-3-09/355@

### **СОСТАВ СВЕДЕНИЙ, ПУБЛИКУЕМЫХ В ЖУРНАЛЕ «ВЕСТНИК ГОСУДАРСТВЕННОЙ РЕГИСТРАЦИИ»**

I. Сведения, содержащиеся в ЕГРЮЛ, предоставляемые для публикации в журнале «Вестник государственной регистрации»

1. Сведения о создании юридических лиц

1.1. Сведения о государственной регистрации юридических лиц при их создании

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

1.2. Сведения о государственной регистрации юридических лиц, создаваемых путем реорганизации

1.3. Сведения о внесении в Единый государственный реестр юридических лиц сведений о юридических лицах, зарегистрированных до 1 июля 2002 года

2. Сведения о прекращении деятельности юридических лиц

2.1. Сведения о начале процесса ликвидации юридических лиц

2.2. Сведения о государственной регистрации юридических лиц в связи с их ликвидацией

2.3. Сведения о прекращении деятельности юридических лиц в связи с реорганизацией

2.4. Сведения о прекращении деятельности юридических лиц по иным основаниям

2.5. Сведения об исключении из Единого государственного реестра юридических лиц недействующих юридических лиц

Сведения для публикации предоставляются по следующим показателям:

- полное наименование юридического лица;
- адрес (место нахождения) юридического лица;
- идентификационный номер налогоплательщика/код постановки на учет (ИНН/КПП);
- основной государственный регистрационный номер;
- дата присвоения основного государственного регистрационного номера;
- государственный регистрационный номер записи;
- дата внесения записи;
- наименование регистрирующего органа, внесшего запись;
- адрес регистрирующего органа

II. Сведения о принятых решениях о предстоящем исключении недействующих юридических лиц из ЕГРЮЛ.»

В отличие от двух предыдущих, эта поисковая система ищет только по ИНН и ОГРН. Поэтому для проверки работоспособности вам нужен ИНН «мертвой» фирмы. Если есть — вбивайте. Если нет — делюсь. Вбейте ИНН 6162029727. Если поисковик работает, увидите вот что:

Найдено: 1

«Вестник государственной регистрации» часть 1 №26(333) от 06.07.2011 / 672

Сообщение о ликвидации юридического лица. Закрытое акционерное общество «Донинфлот» (ОГРН 1026103054493, ИНН 6162029727, КПП 616201001, место нахождения: 344034, Россия, Ростовская область, г. Ростов-на-Дону, ул. Привокзальная, д. 4) уведомляет о том, что внеочередным общим собранием акционеров ЗАО «Донинфлот» (Протокол № 33 от 21.06.2011 г.) принято решение о ликвидации ЗАО «Донинфлот».

Требования кредиторов могут быть заявлены в течение 2 месяцев с момента опубликования настоящего сообщения по адресу: 344034, Россия, Ростовская область, г. Ростов-на-Дону, ул. Привокзальная, д. 4.

Теперь, когда мы убедились в работоспособности поисковика, вбиваем ИНН «Комуса». Пишет: «Публикаций по запросу не обнаружено». Хорошо. Значит, по состоянию на сегодня проверяемый не собирается на банкротство/ликвидацию реорганизацию.

**СОВЕТ:** всегда проверяйте возможного партнера по всем трем поисковикам. Один поисковик может «глючить» или может быть закрыт на профилактику — часто бывает с сайтом налоговой. Три сразу — крайне маловероятно.

Вот теперь — переходим к следующему этапу.

## 5.4.2. Второй этап. ФАКТИЧЕСКИЙ СТАТУС

Адрес/офис/работники. В скачанной выписке из ЕГРЮЛ смотрим раздел «Адрес (место нахождения)». Читаем: 344010, Ростовская область, г. Ростов-на-Дону, проспект Ворошиловский, 62/284.

Думаем. Запись внесена 12.11.2012. Фирма существует с 2004. То есть раньше фирма была где-то в другом месте. В 2012-м переехала и последние четыре года «живет» по новому адресу. А что за адрес? Свое здание, доходный дом (помещение со многими офисами) или лачуга какая-то?

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

В том же разделе сайта налоговой «проверь себя и контрагента» находим ссылку: «Адреса, указанные при государственной регистрации в качестве места нахождения несколькими юридическими лицами».

Вбиваем туда адрес «Комуса». Видим:

Результаты поиска

Всего записей в реестре: 44824, найдено записей: 1, представлено записей: 1

Выгрузка полного списка найденных записей в формате Excel

№ п.п	Адрес, указанный в качестве места нахождения при государственной регистрации юридического лица	Количество зарегистр. ЮЛ
1	РОСТОВСКАЯ ОБЛ., РОСТОВ-НА-ДОНУ Г., ВОРОШИЛОВСКИЙ ПР-КТ, дом (владение) 62/284	5

Ага, по этому адресу зарегистрировано пять юрлиц. Интересно, кто? Из сайта налоговой извлечь эту информацию крайне тяжело... если вообще возможно. Поэтому идем другим путем.

Заходим на <https://focus.kontur.ru/> Система вообще-то платная, но и в рамках бесплатного доступа тоже можно раскопать много интересного. В строке поиска на главной странице вбиваем адрес... и видим штук 30 юрлиц, так или иначе относящихся к адресу. Привожу вторую страницу, где есть интересующий нас «Комус»: (за номером 19)

14

ООО «Этна»

Сдача внаем собственного недвижимого имущества

344010, Ростовская обл., г. Ростов-на-Дону, пр-кт Ворошиловский, 62 / 284, 606

ИНН: 6163066369 ОГРН: 1036163002523 – 29.01.2003

15

ЮРАКС

Консультирование по вопросам коммерческой деятельности и управления

Южнорегиональная ассоциация кредитных союзов  
344006, Ростовская обл., г. Ростов-на-Дону, пр-кт Ворошиловский, 62 /  
284, 307  
ИНН: 6164058787 ОГРН: 1026103281742 – 17.11.1995

16  
ООО «СТРОЙМОНОЛИТ»  
Строительство зданий и сооружений  
344006, Ростовская обл., г. Ростов-На-Дону, пр-кт Ворошиловский,  
62/284  
ИНН: 6163077674 ОГРН: 1066163010341 – 28.02.2006

17  
ЧОУ ДО «СОВЕРШЕНСТВО»  
Образование для взрослых и прочие виды образования, не вклю-  
ченные в...Частное Образовательное учреждение Дополнительного  
Образования «Совершенство»  
344010, Ростовская обл., г. Ростов-на-Дону, пр-кт Ворошиловский, 62  
/ 284  
344010, Ростовская обл., г. Ростов-на-Дону, пр-кт Ворошиловский, 60  
ИНН: 6164200634 ОГРН: 1026103280642 – 28.02.2002

18  
ООО «Обед кафе»  
Деятельность ресторанов и кафе  
344006, Ростовская обл., г. Ростов-на-Дону, пр-кт Ворошиловский, 62  
/ 284  
ИНН: 6163079248 ОГРН: 1066163055837 – 26.05.2006

19  
ООО «Комус-Ростов»  
Оптовая торговля книгами, газетами и журналами, писчебумажны-  
ми и...  
344010, Ростовская обл., г. Ростов-на-Дону, пр-кт Ворошиловский,  
62/284  
344002, Ростовская обл., г. Ростов-на-Дону, ул. Станиславского, 118  
ИНН: 6163069899 ОГРН: 1046163003677 – 15.04.2004

## **РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ**

Зоркий глаз может обратить внимание: у двух юрлиц в пунктах 14 и 15 после адреса указана еще одна какая-то цифра (подчеркнуто). Номер офиса? Возможно. Проверим. Звоним в «Комус-Ростов».

Спрашиваем: «Как вас найти?» Секретарь: «Мы находимся в здании в центре, тут есть офисы других фирм, на охране скажете, что вы в "Комус", номер офиса такой-то». Не торопитесь бросать трубку. Поговорим еще: «Спасибо. Скажите, мы тут с вами договор думаем заключить. Бумагу хотим купить. С кем разговаривать?» — «Сейчас я вас переключу на отдел продаж».

Поговорили с отделом продаж. Оставили свой эл. адрес — пусть вышлют проект типового договора. Попрощались и повесили трубку. Как вы понимаете, нас интересовал не столько проект договора, сколько ответ на вопрос: есть ли «на фирме» живые сотрудники. Оказывается, есть. Подводим первые итоги. Мы узнали:

1) Интересующая нас фирма таки находится в офисном здании. Еще один довод в пользу потенциально добросовестного партнера. Если бы был просто адрес с кучей зарегистрированных фирм, как говорят налоговики, «адрес массовой регистрации», без раздела на офисы — тогда впору насторожиться. А так нормально и понятно. Фирма арендует помещение под офис. Как и многие другие.

2) В фирме есть работники. Как минимум двое. Первый — секретарь. Второй — менеджер, на которого перевели наш звонок. Наверно, есть и еще: когда менеджер взял трубку, на заднем плане слышались разговоры. Долетели обрывки фраз «нет, кредита не будет», и «согласно графику отгрузок...», и что-то еще. Похоже на нормальную рабочую обстановку отдела продаж.

Таким образом, фирма скорее «живая», чем нет. Продолжаем проверку.

### **5.4.3. ТРЕТИЙ ЭТАП. ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ**

Возвращаемся на главную страницу системы «Контур.фокус». Теперь вместо адреса вбиваем ИНН «Комуса». Бесплатно видно мало что, но тем не менее видим: «Государственные контракты, выигранные за 12 мес. xxxxxxxxxxxxxxxx руб. (33) всего — xxxxxxxxxxxxxxxx руб. (923)».

Суммы нам недоступны, но само количество договоров говорит о многом. Ага, «Комус-Ростов» участвует в госзакупках. И даже выигрывает торги. До госзакупок абы кого не допускают, «зомби» там долго не задерживаются. 33 выигранных тендера — еще один довод в пользу «нормальности» «Комуса» как потенциального партнера.

В «Контур.фокусе» также есть раздел «Арбитражные дела». Бесплатно видно с гуглькин нос:

Роль	За 12 месяцев	За всё время
Ответчик	(0)	(3)
Истец	(5)	(55)
Другое	(0)	

Не беда. Эту информацию мы с вами легко получим с сайта Арбитража.

### 5.4.3.1. АРБИТРАЖ

Набираем в поисковике <http://kad.arbitr.ru/> В левом верхнем углу в поле «Участник дела» вбиваем ИНН «Комус-Ростов». Видим:



Ого! 60 арбитражных дел. Самое раннее — 2007 г., самое позднее — декабрь 2015-го. Первое, на что смотрим, — есть ли в отно-

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

шении проверяемого дела о банкротстве. Присмотритесь внимательно, записи в картотеки начинаются с маленькой картинкой (пиктограммы) в виде листа бумаги с загнутым уголком. По каждому делу на листе нарисована буква: «А», «Б» или «Г».

Сии буквы значат, как легко догадаться: «А» — административное дело, «Б» — банкротство, «Г» — гражданское дело. Чтобы не напрягать глаза, щелкните сверху списка на «Банкротные».

Видим два дела, одно 2010-го года, второе 2013-го, и в обоих «Комус» был кредитором, а не банкротом. Заявлений о признании «Комуса» банкротом нет и не было — по крайней мере, на день проверки. Значит, на банкротство пока не собираются. Прекрасно.

Теперь щелкаем на «Административные». Что видим? Три дела. Во всех трех делах «Комус-Ростов» — третье лицо. А не «лицо, привлеченное к адм. ответственности». О чем говорит? Раз фирма существует с 2004-го года и за 13 лет ни разу не привлекли к административной ответственности — значит?.. Либо соблюдают закон, либо не попадают, либо — хорошие отношения с властью. А может, все вместе.

В любом случае, добрый знак. А то проверяешь кого другого, а там штраф висит по ст. 9.5 КоАП на миллион. Если не больше... Взять, к примеру, Постановление 15ААС от 13.05.2013 № 15АП-5048/2013 по делу № А53-2797/2013 по ст. 18.15 КоАП РФ, п. 1 — штраф порядка 2 000 000 руб. за использование в строительстве мигрантов с Украины.

После такой «плюхи» от государства с фирмой иметь дело КРАЙНЕ опасно. Простая и незатейливая логика русского купца: «Чем платить два миллиона, дешевле слить фирму. Станет где-то 100 000 — 300 000. Зависит от профессионализма «могильщиков», объема других долгов и схемы «слива». Привет, кредиторы!».

Хорошо. С «административкой» у «Комуса» чисто. Едем дальше. Анализируем гражданские дела. Итак, 60 дел. С чего начинать тут? С дел, в которых проверяемая вами фирма — Ответчик.

Понятно, почему. Мы опасаемся «кидка» от возможного партнера. Если «кидок» был раньше, то с фирмой уже судились. Вот это нам и интересно. Смотрим дела... Однако. Из 60 дел «Комус-Ростов» был ответчиком всего в двух.

Первое — 2007 г., самое раннее дело в картотеке. Телефонисты из ОАО «Авалон-телеком» взыскивали с «Комуса-Ростов» 3 580 руб. 54 коп., долг за услуги связи. Мелочовка. Второе — дело № А53-23608/12, резолютивная часть определения объявлена 13 августа 2012 г. Определения?! Да. О прекращении производства. Читаем:

«Арбитражный суд Ростовской области в составе судьи Паутовой Л.Н., рассмотрев в предварительном судебном заседании материалы дела по иску Департамента лесного хозяйства Ростовской области ИНН 6166059867 к ООО «Комус-Ростов» ИНН 6163069899 ОГРН <...>

...истец обратился в суд с исковым заявлением ... о взыскании 2 595,12 руб. неустойки за просрочку поставки товара по договору от 11.05.2012 на поставку металлической мебели.

...Заявленный истцом отказ связан с урегулированием спора во внесудебном порядке, ответчиком полностью погашена сумма задолженности. Руководствуясь пунктом 4 части 1 статьи 150, статьями 151, 184—188 АПК РФ, суд определил: производство по делу — прекратить».

Выводы? Если с фирмой за десять с лишним лет бизнеса судились всего два раза и по мизерным суммам — с такой фирмой, в принципе, можно иметь дело. «В принципе» — так как окончательные выводы делать рано. Нужно довести проверку до конца. А то мало ли, вдруг фирму уже купили какие-то злобные гамазилки и сейчас пойдут кидать направо и налево. Тем не менее, промежуточный итог вполне удовлетворительный.

Анализируем остальные 50 дел. Включаем системное мышление и делаем выводы:

1) Предмет спора во всех делах один и тот же — долг по поставке и проценты за просрочку. Комус (Поставщик) поставил бумагу, Покупатель не заплатил, Поставщик пошел в суд взыскивать долг. Иными словами, простое и понятное взыскание «дебиторки».

К примеру, дело №А53-11855/15, «Комус» против ОАО «Дорожный проектно-изыскательский и научно-исследовательский институт «ГИПРОДОРНИИ»» (ИНН 7712000109). Читаем:

«ООО «Комус-Ростов» (продавец) в соответствии с условиями договора купли-продажи № Л/0ЗВ/24768 от 21.09.2012 г. и товарной

## **РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ**

накладной № 0LW/956619 от 20.01.2015 г. поставило ОАО "ГИПРО-ДОРНИИ" (покупатель) товар на сумму 22 560 руб. Покупатель не оплатил поставленный товар».

2) Цена спора в подавляющем большинстве дел не превышает 100 000 руб. К примеру, дело №А53-14908/2015 против «Медицинский центр "Гиппократ"» (ОГРН 1026104150918) — долг 50489,95 руб., дело № А53-29121/2014 против ООО «Ломпром Ростов» (ИНН 6155043760) — долг 24 906, 41 руб., дело № А53-11281/2013 против ООО «Фирма "Актис"» (ИНН 6165111480) — долг 50 974 руб. 90 коп., и т.д.

3) Почти все дела рассмотрены в упрощенном производстве. Что говорит о хорошей работе юристов «Комуса» с доказательствами и правильном оформлении отношений по договору — есть накладные, акты сверки, прочие документы. В итоге получается «безусловный иск».

Решение по такому делу, как правило, обжаловать бесполезно. Из 60 дел «Комуса» до второй инстанции дошли всего три. По всем трем апелляция оставила в силе решение 1-й инстанции. До кассации, не говоря уже о «вышке», не дошел никто.

4) «Сговорчивые» ответчики. Большинство дел «Комуса» по первой инстанции заканчивается не решением по существу, а определением о прекращении производства. Большинство ответчиков «Комуса» выбрасывает белый флаг еще по первой инстанции — получив иск, платят долг, после чего суд прекращает производство по делу. Оно и понятно. Безусловный иск + маленькая сумма = дешевле отдать долг, чем тратить время своих юристов на заведомо проигрышное дело.

Так выглядит арбитражная история нормальной, добросовестной фирмы.

Пример недобросовестной... Допустим, вы проверяете возможного подрядчика. И видите: четыре суда с одной фабулой. Подрядчик взыскивает с Заказчика остаток денег за выполненные СМР (строительно-монтажные работы). Заказчик отбрыкивается: работы выполнены криво-косо, пришлось привлекать другого подрядчика и доделывать, платить не буду.

Допустим, 50 на 50. Два дела выиграл подрядчик, два — Заказчика. Стоит ли связываться с халтурщиком? Скорее нет, чем да. Проще и безопаснее найти другого подрядчика.

Или по поставке. Видим, допустим, пять споров по гарантии. Покупатель судится с Продавцом, требует починить технику по гарантии. Продавец юлит и так и сяк, и «это вы не правильно эксплуатировали», и «не гарантийный случай», и вообще «по договору мы ни за что не отвечаем».

Заключим договор с таким продавцом? Я бы не рискнул. Потратим время и силы, но найдем Продавца, который не пытается «съесть» с гарантии.

### 5.4.3.2. Суды общей юрисдикции (СОЮ)

Здесь тяжелее. Увы, до сих пор нет единой, удобной базы по решениям СОЮ. Из того, что есть, советую <https://rospravosudie.com/>, <http://судебныерешения.рф/> и <http://sudact.ru/> Хотя что-то.

Еще одна «фишка». Вбиваем в гугл такой запрос (без кавычек): «6163069899 + решение суда». Где цифры — ИНН проверяемого, в данном случае — «Комуса». Гугл сам пошарит по базам и, возможно, что-то найдет. «Комус» с этой стороны чист. Ни одного дела в СОЮ найти не удалось. Хорошо.

Но так бывает далеко не всегда... Обычно юристы и «безопасники»<sup>1</sup> проверяют только арбитраж. СОЮ сбрасывают со счетов — «а, мелочевка, ну что там может». Многое. Недаром говорят: «В тихом омуте черти водятся».

Фирма, при благостной картине в арбитраже, может проиграть один или несколько потребительских споров в СОЮ. На крупные суммы. А потом, уходя на «слив» от кредиторов-физиков-потребителей, заодно кинет и «юриков».

Пример из практики. Жил да был в Авалоне автосалон... ну, назовем «Эх, прокачу!». По арбитражу — тишь да гладь. Фирма рабо-

---

<sup>1</sup> «Безопасник», он же «СБ-шник», он же «держиморда» и прочие эпитеты — работник службы безопасности. На некоторых предприятиях — как правило, крупных, где есть своя СБ (служба безопасности) — проверкой партнеров занимается не юрист, а СБ.

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

тает, заключает договора с другими фирмами, вроде живой и добросовестный партнер.

Тем временем в судах города шли три нештучных битвы. Одному продали машину, та — сгорела, покупатель предъявил иск по гарантии. У второго что-то в двигателе стучит постоянно. У третьего еще какие-то претензии. В итоге салон получил три иска на общую сумму под три миллиона рублей.

Бесконечные заседания, экспертизы, ходатайства о переносе... Юристы салона отбрыкивались и тянули резину, как могли. Догадываетесь, зачем? Верно. Салон тем временем тихонечко реорганизовался в форме присоединения к «помойке» на Алтае... и с концами. «Слился».

Последствия?! Салон «прокатил» не только трех «физиков», но и свой банк — не вернул кредит. И поставщиков — разные долги по поставке всякой всячины, в том числе и автомобилей. И собственника помещения, где обитал салон, — не вернул долг по арендной плате. И, наконец, государство — насколько помню, на салоне висел приличный долг по налогам.

Если кредиторы, прежде чем заключать очередной договор с салоном, проверили бы не только базы арбитража, но и что там по СОЮ... скорей всего, смогли бы хоть как-то снизить потери.

**ВАЖНО!!!** Когда проверяете партнера по судебным базам, всегда ищите ТРИ раза. По ИНН, по ОГРН и по названию проверяемого. Уж насколько хорошо работает база арбитража, но у меня в практике были случаи, когда вбиваешь ИНН — ничего. А вбиваешь ОГРН — пожалуйста, несколько судебных дел.

Проверка по названию — доп. страховка от описок. Мало ли, вдруг при внесении в базу судебские ошибочно вбили (ИНН/ОГРН), и теперь дело можно найти только по названию. Бывало, знаете ли.

### 5.4.3.3. «Приставы»

Всегда есть риск: вы что-то проглядели. Или не смогли найти, потому что найти невозможно в принципе. Некоторые решения СОЮ не выкладывают вовсе. Или выкладывают, но обезличенно — с затертыми наименованиями, именами, суммами. Кто судился в СОЮ — знает... мягко говоря, издержки этой системы.

Поэтому всегда проверяйте возможного партнера еще и по Банку данных исполнительных производств. Ведет этот банк ССП — служба судебных приставов. Добро пожаловать сюда: <http://fssprus.ru/iss/ip/>, вкладка «юрлица».

Сначала проверяем работоспособность. Введите регион, а в поле «название» — слово «вектор». Если работает, увидите таблицу листов так на 10–20 с самыми разными «векторами». Увидели? Теперь вбиваем «Комус-Ростов». Видим: «По вашему запросу ничего не найдено».

Точно? Для подстраховки вбиваем «комус-ростов» — без заглавных букв. Опять ничего. Вбиваем «комус ростов» без дефиса. Опять пусто. А если просто «комус»? Видим трех юрлиц. Нашего нет. Вроде чисто...

Идем дальше.

#### **5.4.3.4. СЛАВА (РЕПУТАЦИЯ)**

Свободный поиск в сети. Ловля «широким неводом». Ищем в сети и анализируем любую информацию на проверяемого. Непочтительный простор для творчества «проверяльщика».

Но. Если вы наберете в гугле «Комус-Ростов», вам выпадет страниц сто ссылок. По среднему и крупному бизнесу так всегда и бывает. Изучать ссылки можно пару месяцев, а то и лет. Как сузить круг поиска? Несколько методик:

1) *Свободный поиск по ИНН.* Вбиваем памятные цифры 6163069899 — ИНН «Комуса». Памятные, т.к. обычно к концу проверки ИНН проверяемого помнишь наизусть. Что видим?

Всего 8 страниц ссылок. Изучаем. На второй странице видим ссылку на некий сайт «ГосЗатраты — Система мониторинга расходов госбюджета РФ». (<http://clearspending.ru/>). Заходим.

Видим: проверяемый в 2011 г. участвовал в торгах с Батайским филиалом государственного казенного учреждения здравоохранения «Противотуберкулезный клинический диспансер» Ростовской области.

А внизу:

Другие возможные названия организации 5

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

Название	ИНН	КПП
Общество с ограниченной ответственностью «Комус-Ростов»	6163069899	616301001
«Комус-Ростов»	6163069899	661301001
«Комус-Ростов»	6163069899	046015207
ООО Комус-Ростов	6163069899	616401001
«Комус-Ростов»	6163069899	00000000

Внимательно изучаем. Название у фирм написаны по-разному, но ИНН — ОДИН. А значит, речь идет, скорее всего, об одной фирме — нашей. Жмем вверху страницы на ссылку «Господрядчики», в появившемся поле вбиваем «комус ростов», видим таблицу:

Найдено поставщиков: 6 (максимум 500)

Название	Кол-во контрактов	Сумма контрактов, руб.
Комус-Ростов	1	12 487
Общество с ограниченной ответственностью «Комус-Ростов»	882	120 203 299
«Комус-Ростов»	1	41 400
«Комус-Ростов»	1	90 400
ООО Комус-Ростов	4	88 031
«Комус-Ростов»	2	112 250

Обратите внимание на вторую строчку! 882 гос. контракта на девятизначную сумму — ничего себе! Впечатляет. Щелкаем на ссылку «Общество с ограниченной ответственностью "Комус-Ростов"» — и внимательно изучаем таблицу «Регистрационные данные организации» в верхнем левом углу экрана. ИНН совпадает. Оно!

Теперь смотрим вниз страницы. Видим таблицу:

Номер контракта: 1616404607615000072 Заказчик: УПРАВЛЕНИЕ МИНИСТЕРСТВА ВНУТРЕННИХ ДЕЛ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ ПО ГОРОДУ РОСТОВУ-НА-ДОНУ Дата заключения: 2015-12-14	158 709
Номер контракта: 3616422975315000012 Заказчик: РОСТОВСКАЯ-НА-ДОНУ ГОРОДСКАЯ ДУМА Дата заключения: 2015-11-27	115 290
Номер контракта: 1616420307115000113 Заказчик: Багаевский филиал федерального государственного бюджетного учреждения "Управление мелиорации земель и сельскохозяйственного водоснабжения по Ростовской области" Дата заключения: 2015-06-03	126 272

Номер контракта: 1615301863015000001 Заказчик: ГОСУДАРСТВЕННОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ — УПРАВЛЕНИЕ ПЕНСИОННОГО ФОНДА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ В Г.САЛЬСКЕ И САЛЬСКОМ РАЙОНЕ РОСТОВСКОЙ ОБЛАСТИ Дата заключения: 2015-04-27	179 603
Номер контракта: 1616604301715000001 Заказчик: ГОСУДАРСТВЕННОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ-УПРАВЛЕНИЕ ПЕНСИОННОГО ФОНДА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ В ПЕРВОМАЙСКОМ РАЙОНЕ Г.РОСТОВА-НА-ДОНУ Дата заключения: 2015-03-30	

Щелкаем на ссылку «номер контракта» в первой строке таблицы. Видим, в т.ч.:

Предметы контракта:

#	Наименование товара, работ, услуг	Код продукции	Единицы измерения	Цена за единицу	Количество	Сумма, руб.
1	поставка бумаги для офисной техники для нужд Управления МВД России по г. Ростову-на-Дону	21.12.14.211	ШТ	212,74	745.0	158 491,3
2	поставка бумаги для офисной техники для нужд Управления МВД России по г. Ростову-на-Дону	21.12.14.211	ШТ	218,61	1.0	218,61

Отрасль экономики:

1	Продукция обрабатывающих производств
---	--------------------------------------

Информация о поставщике:

#	Наименование	Адрес:	ИНН	КПП
1	«Комус-Ростов»	344010, обл РОСТОВСКАЯ 61, г. РОСТОВ-НА-ДОНУ, пр-кт ВОРОШИЛОВСКИЙ, 62/284	6163069899	616301001

Совпадают не только ИНН, но и адрес — знакомый и проверенный. Прекрасно. Предмет договора тоже по-своему красноречив —

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

поставка бумаги. Бегло и выборочно проверяем еще пару ссылок из этой же таблицы по другим контрактам.

Так... поставка бумаги А4 Пенсионному фонду... поставка бумаги Следственному комитету... поставка бумаги и роликов для факса в Управление соц. защиты. Везде одна и та же фирма, один и тот же ИНН, адрес. ОНИ.

Все. В данном случае проверку можно прекратить. И сесть писать заключение о проверке контрагента. Уже видно: живая фирма с серьезными оборотами, «крупняк», можно иметь дело.

Но не все фирмы участвуют в госзакупках. Далеко не всегда вам удастся вот так быстро получить однозначные итоги. Поэтому — проверяем дальше. Также, думаю, вы заметили: метод «Свободный поиск по ИНН» позволяет найти не только проверяемого, но и новый инструмент для поиска и проверки на будущее.

В нашем примере мы искали «Комус», а нашли еще и интернет-ресурс (инструмент) «ГосЗатраты». Помните: интернет — болото с плавающими кочками. Сегодня один инструмент есть и работает, завтра — нет.

Так, в годы моего ученичества были хорошие системы проверки «Валаам» и «Актаскоп». Были, да сплыли. Закрылись. На смену пришли, в частности, «Контур.фокус» и <http://sudact.ru/>. Поэтому во время проверок партнеров смотрите не только на информацию по проверяемому, но и на сайт, куда вы пришли. Пригодится.

Изучаем оставшиеся 8 страниц ссылок, которые нам дал свободный поиск по ИНН. Читаем. Больше ничего особенного не видим — ну да, есть такая фирма, участвует в торгах, везде одно и то же, ничего из ряда вон. Переходим к:

2) Поиск «чернухи». Не люблю искать чужое «грязное белье». Увы, иногда приходится. Да и метод довольно эффективный. Ищем в поисковике по запросам «название проверяемого + мошенники», «название проверяемого + кидалы», «название проверяемого + недобросовестный контрагент» и так далее, насколько фантазии хватит.

«Комус» в этом плане чист, ничего нет. Но не все такие. Эту контрольную проверку стоит проводить всегда. Много времени не займет, а всплыть может что-то интересное.

3) *Поиск отзывов.* А что говорят о проверяемом «в народе»? Набираем в гугле: «комус-ростов + отзывы» (без кавычек). Вываливает двадцать страниц ссылок. Проверяем. Ходим по ссылкам, читаем, читаем, читаем.

Где-то странице на третьей находим полезное [http://www.yell.ru/moscow/chain/komus\\_5019563/](http://www.yell.ru/moscow/chain/komus_5019563/) Переходим на вкладку «О филиалах сети». Видим отзывы, привожу 3 из 139:

«Здесь — как во всех филиалах сети "Комус" — всегда хороший выбор разной бумаги (от тетрадей и записок до цветной принтерной) и прочей канцелярии. Бонусные карты — пустячок, а приятно. Кроме того, мне регулярно приходится отправлять по почте бандерольки и заказные письма — за конвертами и пластиковыми почтовыми пакетами прихожу только сюда: во-первых, в "Комусе" они (в отличие от почты) всегда есть, во-вторых, здесь они дешевле — удивительно, но факт!..»

«Очень странно работает доставка товаров. Мы всем офисом заказываем, а привозят, например, грифели для карандашей в отдельной большой коробке, куда бы влезло штук 15 блокнотов А5. И одну большую коробку со всем остальным, где, собственно, было пару помятых блокнотов и пачек бумаги. Очень нерационально и неаккуратно».

«Комус — очень удобная и нужная сеть магазинов!!! Детям в школу — бежим в "Комус", он находится рядом с нашим домом, выбор большой, персонал вежливый, квалифицированный!!!! На работе нам тоже помогает "Комус"!!!! Делаем заказ — и ручки, папки, карандаши, бумага тут как тут. Заказ доставляют очень быстро, без брака. Спасибо Вам за Вашу работу!!»

Изучая отзывы, помните простую «азбуку»:

А) Когда проверяете крупную сеть, не всегда понятно, к какому юрилицу относится тот или иной отзыв. К проверяемому из вашего города или к другому?! С другой стороны, количество переходит в качество. Если в целом по стране отзывы о сети юрилиц хорошие и благостные, то и ваш потенциальный партнер, входящий в сеть, скорей всего, тоже добросовестен.

Б) Часть отзывов могут быть «липовые» — написаны самим проверяемым. Обычная практика «раскрутки»-рекламы-пиара. Важные

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

и достоверные отзывы, но выставляющие фирму в неприглядном свете, конечно, могут быть удалены.

Поэтому, если отзывы на сайте проверяемой фирмы говорят «белое», а данные из других источников — «черное» (форумы, СМИ, блоги и т.д.), внимательно прислушиваемся и проверяем другие источники.

В) Обычно юристы и «безопасники», читая отзывы, смотрят только на отношения проверяемой фирмы с деловыми партнерами. Да, это отношения «равный с равным». Да, интересно и познавательно. Но обязательно стоит проверить и отношения фирмы с «сырыми мира сего», т.е. со своими работниками.

Если в фирме идут массовые сокращения, если работники жалуются на неплатежи зарплат, если фирма постоянно ищет сотрудников в самом широком диапазоне, от уборщицы до директора, если уволившиеся строчат в блогах что-то типа «корабль идет ко дну, матросов — за борт, на корм акулам»... Вы поняли. Потенциальный партнер из перспективного тут же превращается в «подранка».

Как искать. Вбиваем в ваш любимый поисковик запрос «название фирмы + кто работал» (без кавычек). В нашем случае «комус ростов кто работал». Изучаем ссылки. Первое, [http://www.superjob.ru/community/kto\\_znaet\\_o\\_firme/37100/](http://www.superjob.ru/community/kto_znaet_o_firme/37100/) — большая текучка у юристов.

Далее находим кладезь — <http://pravda-sotrudnikov.ru/company/ooo-komus> порядка 200 отзывов по сети «Комус» из разных городов вперемешку. О ростовском «Комусе» пишут, в частности:

«Руководство в Ростове никакое!!! Один гонор!!! Поставили по блату, з/п получать! Человек не смыслит ничего в работе! Начальство непосредственно в магазинах не так давно сменилось, таких «пальцев веером» ещё надо поискать! Целыми днями сидят в соцсетях или вообще дела свои делают, а от сотрудников требуют, чтобы за семерых работали, да и знаний в управлении магазинами ноль! Раньше руководство было лучше! Сейчас з/п режут всячески, а требования растут с каждым днём. Куда смотрит московское руководство?!»

По остальным регионам — широчайший спектр мнений, от «все устраивает» — до «все плохо». Ищем дальше. Перебираем ссылки

<http://orabote.xyz/feedback/list/company/6147>, <http://orabote.biz/feedback/show/id/53884>, и множество других...

Выводы? Жалобы работников сводятся в основном к «мало платят, много требуют», «дурное начальство», «начальство халявит, а мы работаем, где справедливость», «блат, все своим» и т.д. Все как всегда, все как везде.

Но. Никто, даже самые обиженные, не пишут о массовых сокращениях, задержках зарплат, о прочих признаках... распада/финансовой нестабильности. Так что и с этой стороны у «Комуса» вроде все нормально.

Г) Часто интересная информация кроется в необычных местах. Так, пока мы с вами искали информацию по работникам «Комуса», одна из первых ссылок привела на «Коммерсант», на интересную статью «Тайная канцелярия "Комуса"», автор Наталья Обухова. <http://www.kommersant.ru/doc/861426>

Статья старая, 01.09.2003, да и название подобрано неудачно — из текста следует, что ничего тайного там нет, обычный бизнес. Однако когда мы с вами искали информацию о «Комусе» по ИНН, этой ссылки не было.

Тем и хорош поиск по отзывам — можно найти что-то из другой оперы, но очень интересное. К примеру, как-то раз проверяли одну фирму. Все чисто — и по Арбитражу, и по ЕГРЮЛ, и по приставам. А когда начали искать по отзывам работников, узнали: на директора заведено уголовное дело за мошенничество. Причем не по трудовым отношениям, а по «кидку» поставщиков.

Проверка по отзывам работников плавно выводит вас сюда:

#### **5.4.4. ЧЕТВЕРТЫЙ ЭТАП. «ВНУТРЕННЯЯ КУХНЯ» ПРОВЕРЯЕМОГО**

Историки часто говорят: «Любая империя — это всегда конкретные люди». То же самое и с фирмой. На этом завершающем этапе мы пытаемся понять, кто есть кто в фирме. И кто стоит за фирмой... Что за люди. Насколько можно — и можно ли — этим людям доверять. Вдруг номиналы/зицпредседатели/«мертвые души»?

Проверяем три обширных «пласта». Первый — ЕИО (единоличный исполнительный орган, т.е. руководитель — директор, гене-

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

ральный директор, президент и т.д.). Второй — участники/учредители. Третий — финансовое положение.

### 5.4.4.1. Типовой пакет

Обычно, особенно по договорам на большие суммы, сей этап начинается с запроса у потенциального партнера пакета документов. Примерно такого:

№ п/п	Что требуем	Зачем требуем
1.	Устав.	Проверка полномочий.
2.*	Корпоративный договор.	Кто в тени?
3.	Протокол собрания участников о назначении (избрании) ЕИО.	Возникли ли полномочия.
4.	Приказ ЕИО о вступлении в должность.	Приступил ли директор к полномочиям.
5.*	Штатное расписание.	Есть ли на фирме сотрудники? Хотя бы на бумаге?
6.	Рекомендательные письма.	Требуют лишь в некоторых сферах делового мира — полиграфия, строительство, реклама, разработка ПО и т.д.
7.	Обобщенный опыт проектов прове-ряемого.	
8.*	Копии паспортов ЕИО, участников учредителей.	Подставные или нет?
9.*	Выписка о движении денег по расчетному счету за последние полгода-год.	Жива ли фирма?!
10.*	Справка об открытых счетах (из ФНС или от самой фирмы)	В каких банках у фирмы счета.
11.	Копии лицензии (лицензий), допусков СРО, иных разрешений	Если вы собираетесь заключить договор, предполагающий наличие у второй стороны таких бумажек.
12.*	Копия карточки с образцами подписей и оттиска печати.	Узнать, как выглядит подпись ЕИО, главбуха и оттиск печати фирмы
13.	Бухгалтерский баланс	Тоже проверка фирмы на живучесть.
14.	Проект предполагаемого договора	А вдруг есть.

### 5.4.4.2. Что к чему и почему

В стародавние времена от возможного партнера перво-наперво требовали выписку из ЕГРЮЛ, свидетельства ИНН и ОГРН. Сейчас, поскольку на дворе XXI век и выписку с сайта налоговой может получить любой, выписки в таблице нет. По той же причине не требуем и свидетельства; если фирма есть в реестре, ИНН и ОГРН обязательно будут в выписке.

«Звездочками» в таблице я пометил документы, которые вам, скорей всего, не дадут. Почему? Читаем ст. 12, п. 3 Закона об ООО<sup>1</sup>:

«По требованию участника общества, аудитора или любого заинтересованного лица общество обязано в разумные сроки предоставить им возможность ознакомиться с уставом общества, в том числе с изменениями, либо уведомить любое заинтересованное лицо о том, что общество действует на основании типового устава, ознакомиться с которым можно бесплатно в открытом доступе на официальном сайте органа, осуществляющего государственную регистрацию юридических лиц».

Таким образом, мы вправе на законных основаниях требовать от потенциального партнера только устав. Закон не обязывает давать нам иные документы... Но помимо закона, есть еще суды.

А суды, чтобы там ни говорили теоретики, создают право. Даже в нашей стране, где прецедента официально нет. Благодаря, в частности, судебной трактовке ст. 2 ГК, а также давней практике ВАС<sup>2</sup>, мы с вами ОБЯЗАНЫ проверять потенциального партнера. Слово суду:

«Лица, действующие исходя из соблюдения принципа разумного предпринимательского риска, с надлежащей степенью осмотрительности и в соответствии с обычаями делового оборота не осуществившие проверку правоспособности юридических лиц и полномочий представителей данных юридических лиц, не удостоверившиеся в достоверности представленных ими или составленных с их участием первичных бухгалтерских документов, служащих основанием для уменьшения налоговой базы по НДС, в силу абзаца

<sup>1</sup> Федеральный закон от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью».

<sup>2</sup> ВАС = Высший арбитражный суд. Ныне упразднен.

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

3 статьи 2 ГК РФ несут риск наступления неблагоприятных последствий, вызванных ненадлежащим исполнением данных действий». (Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 20.04.2015 № Ф08-1845/2015 по делу № А63-7807/2014)

Мудрено?! Ничего, другой суд объяснит проще:

«В силу ст. 2 ГК РФ, предпринимательская деятельность осуществляется на свой риск, следовательно, при вступлении в гражданские правоотношения субъекты должны проявлять разумную осмотрительность, так как последствия выбора недобросовестного контрагента ложатся на этих субъектов.

Учитывая особенности налоговых правоотношений, в рамках которых происходит уплата НДС одним лицом другому, **заявитель при заключении сделок с перечисленными контрагентами должен был проявить необходимую осторожность и осмотрительность и как минимум установить их правоспособность, проверить полномочия должностных лиц, ставивших подписи на документах, принятых заявителем к налоговому учету**». (Решение Арбитражного суда Волгоградской области от 07.11.2013 по делу № А12-16961/2013)

И напоследок:

«Суд апелляционной инстанции правильно указал, что в соответствии с постановлением Президиума ВАС РФ от 15.11.2010 № 14698/2010 для оценки обоснованности налоговой выгоды существенное значение имеют

— обстоятельства заключения и исполнения договора,

— мотивы, по которым избран тот или иной контрагент,

при этом из обстоятельств заключения и исполнения договора должно следовать, что налогоплательщик принял все разумные меры к проверке легитимности участия контрагента в гражданском обороте». (Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 29.06.2015 № Ф08-3584/2015 по делу № А32-21295/2014, разбивка на абзацы моя)

Из такой вот практики в деловых кругах сложился обычай: вам дадут все, что партнер не побоится дать. А боятся давать те доку-

менты, которые вы — хотя бы в теории! — можете употребить во зло партнеру. В таблице эти «страшные» документы отмечены «звездочкой».

### 5.4.4.3. ДОКУМЕНТЫ И СТРАХИ

Что и почему боятся давать ваши потенциальные партнеры.

1) *Штатное расписание*. А вдруг вы разгласите персональные данные работников — скажем, о зарплате. Еще боятся, что рано или поздно от вас штатное расписание попадет к работникам партнера. И те узнают, сколько получает высшее руководство партнера. Эту информацию начальство обычно утаивает от рабов... пардон, от работников.

2) *Копии паспортов участников/директора*. Вдруг вы по этим паспортам «зомбей наплодите» (откроете «левые фирмы»). Или — наберете в банках кредитов. Признаю, обоснованный страх. Как обойти. Не дают копии — просите только серию и номер паспорта. Для проверки хватит. Как проверять — см. дальше.

3) *Выписка о движении денег по расчетному счету*. Некоторые фирмы почему-то панически боятся давать эту выписку. «Это наша внутренняя информация, коммерческая тайна, религия не велит, запрещено внутренними документами» — стандартные отговорки.

Странно. Этой информацией особо не злоупотребить... Честный партнер выписку вам, скорей всего, даст. Если нет — либо перестраховщики, либо на фирме нет оборотов... Тогда перед вами «зомби» или «подранок».

4) *Копия карточки с образцами подписей и оттиска печати фирмы*. А вдруг вы «левых» векселей «навыпускаете», «левых» договоров «назаключаете», еще что-то гнусное измыслите.

Между тем, нам с вами ОЧЕНЬ важно знать, как выглядит подпись руководителя. Которая будет на договоре — если мы его когда-нибудь заключим. Или на доверенности — если от партнера подписывать договор будет не директор, а, скажем, менеджер. А то вылетим потом на «договор подписан неустановленным лицом».

У одного лица может быть НЕСКОЛЬКО подписей. Законом не запрещено. Знал одного директора, так у того было четыре (!) подписи на все случаи жизни. Если подпись короткая — какая-то одна

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

загогулина/закорючка, экспертиза потом может и не определить подлинность... Поэтому «на берегу», до договора, очень полезно знать, как подписывается вторая сторона. Требуйте, не стесняйтесь.

Если спросят: «А вам зачем?» — честно объясняем, зачем. Если наотрез не дают — идем окольными путями: просим прислать коммерческое предложение, прейскурант, проект договора, реквизиты на фирменном бланке — словом, выманиваем любой документ за подписью руководителя. Желательно и с оттиском печати.

5) *Справка об открытых счетах*. Как вы думаете, зачем нужна? Подсказываю: «исполнительный документ о взыскании денежных средств или об их аресте может быть направлен в банк или иную кредитную организацию непосредственно взыскателем»<sup>1</sup>.

Именно. Если когда-нибудь дойдет до суда и выиграем, у нас будет преимущество: мы знаем, в каких банках у партнера счета. Партнер думает: мы пойдем с листом к приставам. А хитрые мы сразу бежим в банк. Так быстрее и эффективнее. Можно успеть что-то «выдернуть».

Дополнительно. Если вы хотите на стадии подачи иска просить суд наложить арест на счет Ответчика, нужно знать, где и в каком банке этот счет. Обычно знают только тот счет, что в договоре.

Когда доходит до суда, на «договорном» счете почти всегда пустота и паутина. Все давно выведено. Соответственно, знание других счетов позволит вам наложить арест на другие счета. Где, может, что-то и осталось. Потому-то справку об открытых счетах давать бояться...

Тем не менее есть минимум три способа эту информацию получить. Первый. Если вы сильная сторона в будущем договоре, можете занять позицию: «Или справка из налоговой о счетах — или до свиданья».

Второй. Платные ресурсы сети по проверке партнеров. Также есть и профессионалы-«проверяльщики». Зарабатывают себе на хлеб проверкой партнеров. Вам не только счета достанут, но и много чего интересного.

Третий. Как бы помягче... информацию о счетах может дать дружественно настроенный сотрудник налоговой. Разуме-

---

<sup>1</sup> ФЗ от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве», ст. 8, п. 1.

ется, не официально. Обезличенная распечатка. Без подписей. Без печатей. Вполне устроит. В суде вас никто не спросит, «откуда дровишки». А если вдруг и спросит, универсальный ответ: «В инете нашел, на каком-то сайте, где — не помню».

б) *Рекомендательные письма и обобщенный опыт проектов.* По сути, то же самое, что портфолио у художника. Потенциальные партнеры, чаще всего новички, эти документы иногда не дают. Потому что опыт — есть, а подтверждающих документов — нет. «Не, не слышали. Это что?! И зачем?!».

Затем. В наше время можно купить любую разрешительную бумажку. Поэтому, выбирая партнера, смотрим не только на лицензию/допуски, а на опыт и доброе имя. Нет писем?

Не беда. Если партнер добросовестный и есть опыт работы в интересной нам сфере, просим. Пусть садится и пишет, что и где строили/разрабатывали/печатали. И чем кончилось. Кратенько, хотя бы на пару листов, но с подробностями, чтобы мы могли проверить.

Если партнер добросовестный — скорей всего, пойдет на встречу. Понимает: запросили вы — могут запросить и другие. А раз так, проще сделать сразу, пригодится на будущее. «Портфолио» можно использовать для рекламы — раздавать другим клиентам, выложить на сайте, опубликовать в бумажных СМИ и т.д.

Получив — или скачав с сайта партнера, многие выкладывают — пакет документов, засучиваем рукава и приступаем к проверке.

#### **5.4.4.4. ПРОВЕРКА ЕИО**

В идеале нужны первые пять пунктов из нашей таблицы. Глухой минимум — устав и выписка из ЕГРЮЛ. Открываем устав. Смотрим, кто у проверяемого ЕИО. И — СКОЛЬКО.

Удивлены? Понимаю. Все привыкли: одна фирма — один руководитель. Который зачастую гордо именуется генеральным директором. Типа, генерал. Звучит!

Смешно, если знать подноготную. Выражение «генеральный директор» пришло к нам не из русской армии. А из Англии. Наше привычное «генеральный директор» = корявый перевод английского

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

«*general director*» = т.е. директор по общим вопросам. Было когда-то такое выражение...

Сейчас ЕИО иностранной фирмы зовется как угодно — CEO (*Chief Executive Officer*), просто директор, кое-где «*executive director*» или «*managing director*» — но только не *general director*.

Что у нас, что за рубежом в маленькой фирме директор один. По всем вопросам, не только общим. Двоих директоров маленькая фирма просто не прокормит. В большой же фирме «генерального директора» может не быть вовсе. Но есть несколько руководителей, принимающих решения от имени фирмы. Каждый — в своей сфере.

Так, может быть исполнительный директор, финансовый, коммерческий, по связям с общественностью, производственный, по персоналу, «зеленый» — занимается экологией, серо-буро-малиновый в крапинку и т.д. и т.п.

Юристы старшего поколения привыкли: в нашей стране одна фирма — один директор... но право-то изменилось! После очередных «заплаток» в ГК теперь и у нас директоров может быть несколько. Матчасть:

«Юридическое лицо приобретает гражданские права и принимает на себя гражданские обязанности через свои органы, действующие в соответствии с законом, иными правовыми актами и учредительным документом.

Порядок образования и компетенция органов юридического лица определяются законом и учредительным документом.

Учредительным документом может быть предусмотрено, что полномочия выступать от имени юридического лица предоставлены нескольким лицам, действующим совместно или независимо друг от друга. Сведения об этом подлежат включению в единый государственный реестр юридических лиц». (ГК, ст. 53, п. 1)

Теоретики от таких «художеств» законодателя... несколько опешили. О чем здорово сказал Сергей Васильевич Сарбаш: «Единоличный исполнительный орган и несколько лиц — это как? Он же единоличный. Тут просто разрыв шаблона происходит.

Но я думаю, что российский юрист — это самый находчивый юрист в мире, он переживет и это. Мы же переживаем бездокумен-

тарные ценные бумаги. Бумаги, но бездокументарные. Ничего, нормально. Для нас это естественно. Так что переживем и многоликого единоличного исполнительного органа»<sup>1</sup>.

Вот и читай, юрист, устав, ищи... «лики многоликого». Кто и какие сделки (договора) вправе заключать от имени юрлица? На какие суммы? До какого верхнего предела? Будет ли планируемый договор для партнера крупной сделкой? А сделкой с заинтересованностью? Может, есть еще какие ограничения полномочий? И т.д.

Допустим, с уставом все понятно. ЕИО — один, ограничений полномочий нет. Тогда? Смотрим протокол собрания участников о назначении (избрании) ЕИО и приказ ЕИО о вступлении в должность.

Продолжу пример с «Комусом». Читаем протокол. На внеочередном общем собрании от такого-то числа участники назначили руководителем «Комуса-Ростов» некоего Руслана Снегирева. Сроком на год. Читаем приказ: Снегирев «приступил к исполнению обязанностей ген. директора общества с такого-то числа».

Теперь открываем в очередной раз выписку из ЕГРЮЛ. Кто у нас указан в разделе: «сведения о лице, имеющем право без доверенности действовать от имени юридического лица»?

«СНЕГИРЕВ РУСЛАН АЛЕКСАНДРОВИЧ ИНН 772579084406 дата внесения в ЕГРЮЛ записи, содержащей указанные сведения — 10.12.2014 ГЕНЕРАЛЬНЫЙ ДИРЕКТОР». Ага, директор во внутренних документах юрлица и в ЕГРЮЛ совпадают.

Замечательно.

#### **5.4.4.4.1. Внутренние документы и ЕГРЮЛ**

Раньше этот этап проверки — сопоставление внутренних документов юрлица с ЕГРЮЛ — имел огромное значение. Представьте себе. 1-го числа у Иванова, директора фирмы вашего партнера, истекли полномочия. На следующий день, второго, участники фирмы уволили Иванова. Назначили Сидорова. Участники приняли решение

---

<sup>1</sup> Статья «От ВС ждут разъяснений «корпоративных» новелл ГК», Алина Михалёва, источник: [http://pravo.ru/court\\_report/view/110273/](http://pravo.ru/court_report/view/110273/)

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

ВОСУ (внеочередного общего собрания участников) о смене директора... но не успели подать документы в ЕГРЮЛ.

В ЕГРЮЛ осталась старая информация. И вы, наивная душа, исходя из старой информации, пятого числа заключили договор с фирмой... в лице уволившегося Иванова. Когда дошло до исполнения договора, фирма партнера, теперь уже в лице Сидорова, подала иск о признании договора недействительным. Якобы заключен без полномочий.

Раньше такой иск, скорей всего, удовлетворили бы. Пример из старой практики:

«Решением от 23 июля 2003 года суд признал недействительным договор страхования имущества от 01 октября 2002 года серия ИЮа N 404-02, заключенный между ООО «Кровет Холдинг» и ЗАО «ГУТА-Страхование»,

и применил последствия его недействительности путем взыскания с ЗАО «ГУТА-Страхование» в пользу ООО «Кровет Холдинг» 9194473 руб. 27 коп. страховой премии в размере 303472 долларов США по курсу ЦБ РФ 30,2976 руб. за доллар США.

...материалы дела свидетельствуют о том, что полномочия генерального директора Общества К. на основании протокола очередного общего собрания участников ООО «Кровет Холдинг» от 24 мая 2002 года № 10 были прекращены досрочно ...

...Следовательно, на момент заключения спорного договора — 01 октября 2002 года — К. не являлся генеральным директором ООО «Кровет Холдинг» и не мог представлять исполнительный орган ООО «Кровет Холдинг» в силу статьи 53 ГК РФ, полномочий на совершение сделок в порядке статей 182,183 ГК РФ у него также не было.

В соответствии с пунктом 1 статьи 160 ГК РФ сделка в письменной форме должна быть совершена путем составления документа, выражающего его содержание и подписанного лицом или лицами, совершающими сделку, или должным образом уполномоченными ими лицами.

В данном случае, как правильно установили суды первой и апелляционной инстанций, договор страхования имущества от 01 октября 2002 года серия ИЮа N 404-02 был подписан лицом, не яв-

ляющимся ни генеральным директором ООО «Кровет Холдинг», ни уполномоченным на подписание договора лицом.

Учитывая изложенное, суд кассационной инстанции пришел к выводу о том, что суды первой и апелляционной инстанций, признавая спорный договор недействительным в силу его ничтожности, правильно применили статьи 53, 168 ГК РФ». (*Постановление ФАС Московского округа от 06.04.2004 № КГ-А40/2380-04-П*)

Сейчас, после изменений в ГК 2014 г., у нас с вами, добросовестных людей, появилась дополнительная страховка. Статья 51 ГК, пункт 2, «жирный» абзац:

«Лицо, добросовестно полагающееся на данные единого государственного реестра юридических лиц, вправе исходить из того, что они соответствуют действительным обстоятельствам.

**Юридическое лицо не вправе в отношениях с лицом, полагавшимся на данные единого государственного реестра юридических лиц, ссылаться на данные, не включенные в указанный реестр, а также на недостоверность данных, содержащихся в нем, за исключением случаев, если соответствующие данные включены в указанный реестр в результате неправомерных действий третьих лиц или иным путем помимо воли юридического лица».**

В переводе на русский: **если вы проверили, и по ЕГРЮЛ директор — Иванов, значит, Иванов обладает полномочиями; если вы подписали договор, а потом выяснится, будто у Иванова не было полномочий, договор УСТОИТ** (не будет признан недействительным).

Единственное исключение — если некто извне, без ведома фирмы Иванова, тайком внес информацию в ЕГРЮЛ и вписал Иванова директором. Тогда по иску фирмы суд может признать договор, заключенный Ивановым, недействительным.

Пример работы этой нормы на практике. Сторона оспаривает договор, якобы подписанный без полномочий. Суд — отказывает в иске. Логика суда:

«Подписывая 03.10.2013 договор от имени ООО «ТД «Строй-Щебень», Курченко Константин Юрьевич действовал на основании

## **РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ**

доверенности № 19 от 21.06.2013, выданной ему генеральным директором Раевским Сергеем Владимировичем.

ООО «Санация» при заключении договора была проявлена должная осмотрительность и добросовестность. Так, при проверке добросовестности контрагента ООО «ТД «СтройЩебень» ответчиком были запрошены и получены следующие документы: заверенные копии учредительных документов, протокол о назначении генерального директора Раевского С.В., доверенность лица, уполномоченного на подписание договора, в данном случае Курченко К.Ю., а также все необходимые сведения и документы, подтверждающие наличие у cedenta права (требования) к должнику — ООО «ТД «ТЕХМАРТ» суммы неосновательного обогащения.

Кроме того, в подтверждение вышеуказанных правоустанавливающих документов, ответчику были переданы выписки МИФНС № 46 по г. Москве от 28.08.2013, от 13.09.2013, от 22.10.2013, согласно которым в ЕГРЮЛ в качестве единоличного исполнительного органа, имеющего право действовать без доверенности от имени ООО «ТД «СтройЩебень», на момент подписания договора являлся генеральный директор Раевский С.В.

При этом суд учел, что в дело не представлено доказательств, подтверждающих соблюдение порядка надлежащего отзыва (отмены) доверенности, выданной Курченко К.Ю.

...Согласно положениям статьи 51 ГК РФ данные государственной регистрации включаются в единый государственный реестр юридических лиц, открытый для всеобщего ознакомления.

При этом лицо, добросовестно полагающееся на данные единого государственного реестра юридических лиц, вправе исходить из того, что они соответствуют действительным обстоятельствам.

...Указанное согласуется и с ранее высказанной позицией ВАС РФ, изложенной в пункте 10 постановления Пленума от 16.05.2014 № 28 «О некоторых вопросах, связанных с оспариванием крупных сделок и сделок с заинтересованностью»:

«заключение сделки от имени общества лицом, которое значится в едином государственном реестре юридических лиц в качестве единоличного исполнительного органа общества, имеет юридическую силу для общества в случаях, установленных абзацем вторым

пункта 2 статьи 51 ГК РФ. Добросовестность контрагента в указанной норме означает, что он не знал и не должен был знать о недостоверности данных реестра.

С учетом вышеизложенного, суд пришел к обоснованному выводу об отклонении исковых требований». (Постановление 1ААС от 27.02.2015 по делу № А79-2473/2014)

Помимо ГК, нам с вами в помощь еще и разъяснения ВС РФ:

«По общему правилу закон не устанавливает обязанности лица, не входящего в состав органов юридического лица и не являющегося его учредителем или участником (далее в этом пункте — «третье лицо»), по проверке учредительного документа юридического лица с целью выявления ограничений или разграничения полномочий единоличного исполнительного органа юридического лица или нескольких единоличных исполнительных органов, действующих независимо друг от друга либо совместно.

Третьи лица, полагающиеся на данные ЕГРЮЛ о лицах, уполномоченных выступать от имени юридического лица, по общему правилу вправе исходить из неограниченности этих полномочий (абзац второй пункта 2 статьи 51 и пункт 1 статьи 174 ГК РФ).

Если в ЕГРЮЛ содержатся данные о нескольких лицах, уполномоченных выступать от имени юридического лица, третьи лица вправе исходить из неограниченности полномочий каждого из них, а при наличии в указанном реестре данных о совместном осуществлении таких полномочий несколькими лицами — из неограниченности полномочий лиц, действующих совместно (абзац второй пункта 2 статьи 51 и пункт 1 статьи 174 ГК РФ).

Положения учредительного документа, определяющие условия осуществления полномочий лиц, выступающих от имени юридического лица, в том числе о совместном осуществлении отдельных полномочий, не могут влиять на права третьих лиц и служить основанием для признания сделки, совершенной с нарушением этих положений, недействительной, за исключением случая, когда будет доказано, что другая сторона сделки в момент совершения сделки знала или заведомо должна была знать об установленных учредительным документом ограничениях полномочий на ее совершение (пункт 1 статьи 174 ГК РФ).

## **РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ**

Бремя доказывания того, что третье лицо знало или должно было знать о таких ограничениях, возлагается на лиц, в интересах которых они установлены (пункт 1 статьи 174 ГК РФ).

По смыслу статей 51 и 53 ГК РФ неясности и противоречия в положениях учредительных документов юридического лица об ограничениях полномочий единоличного исполнительного органа толкуются в пользу отсутствия таких ограничений». (*Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой ГК РФ», п. 22*)

### **5.4.4.4.2. О ЧЕМ МОЛЧИТ ЕГРЮЛ**

С такой практикой у вас может закрасться соблазн свести всю проверку к чтению выписки из ЕГРЮЛ. Не обольщайтесь! Проверьте всегда все!

Во-первых, проверяя, вы создаете себе добросовестность. Для того и пишут заключения о проверке партнера: «Вот бумажное доказательство нашей осмотрительности и добросовестности». Трепещи, налоговая!

Во-вторых, хотя закон и на вашей стороне, всегда есть риск, что лицо без полномочий получит у вас исполнение (имущество) по договору и... сбежит. Судиться можно до морковкиных заговен... но вряд ли вам удастся вернуть имущество. Решение суда у вас будет, имущество — нет. Поэтому лучше отсечь «гнилого» партнера сразу, на стадии проверки.

В-третьих, некоторой важной информации в ЕГРЮЛ попросту НЕТ. К примеру, о корпоративном договоре. Сейчас, согласно ФЗ от 08.08.2001 № 129-ФЗ, ст. 5, п.п. л.1) и л.2), сведения о наличии в фирме корпоративного договора будут в ЕГРЮЛ всего в двух случаях, если договор:

1) определяет объем прав участников «непропорционально размерам принадлежащих им долей в уставном капитале хозяйственного общества, и о предусмотренном таким договором объеме полномочий участников хозяйственного общества (количестве голосов, приходящихся на доли участников хозяйственного общества непропорционально размеру этих долей)»;

2) предусматривает «ограничения и условия отчуждения долей (акций)».

Может, потом закон «допилят». Может, обяжут отражать в ЕГРЮЛ любой корпоративный договор, но пока — так. А значит, если заключен корпоративный договор с участием третьих лиц (кредитор, инвестор, «серый кардинал», кто-то еще), не попадающие под два обязательных случая, вы — и прочие добросовестные партнеры — в неизвестности.

Что такое корпоративный договор — см. ст. 67.2. ГК. Насчет третьих лиц в корп. договоре закон говорит так:

«Кредиторы общества и **иные третьи лица** могут заключить договор с участниками хозяйственного общества, по которому последние в целях обеспечения охраняемого законом интереса таких третьих лиц обязуются осуществлять свои корпоративные права определенным образом или воздерживаться (отказаться) от их осуществления,

- в том числе голосовать определенным образом на общем собрании участников общества,
- согласованно осуществлять иные действия по управлению обществом,
- приобретать или отчуждать доли в его уставном капитале (акции) по определенной цене
- или при наступлении определенных обстоятельств либо воздерживаться от отчуждения долей (акций) до наступления определенных обстоятельств. К этому договору соответственно применяются правила о корпоративном договоре» (Ст. 67.2. ГК, п. 9, разбивка на абзацы и подчеркивание — мои).

В переводе на русский: с помощью корпоративного договора деятельность общества может контролировать лицо или лица, которых нет ни в Уставе, ни в ЕГРЮЛ, ни в прочих документах фирмы<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Подробнее см. спец. литературу, в частности: *Степанов Д.И.* Новые положения Гражданского кодекса о юридических лицах // Закон. 2014. № 7. С. 31 – 55, *Настин П.С.* Корпоративный договор как новая юридическая конструкция в ГК России // Законы России: опыт, анализ, практика. 2015. № 7. С. 61 – 68, *Богданов Е.В.* Корпоративный договор как соглашение о коллективном осуществлении (неосуществлении) субъективных корпоративных прав // Законы России: опыт, анализ, практика. 2015. № 7. С. 54 – 60 и т.д.

## **РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ**

Эдакие закулисные владыки. Хорошо, если добросовестные. А если нет?!

Поэтому не ограничивайтесь выпиской из ЕГРЮЛ. Всегда требуйте все документы из таблицы, в том числе корпоративный договор. Что дают, а что нет — тоже источник информации. Добросовестный партнер обычно скрывает пункты, помеченные звездочкой. Само по себе не смертельно... если нет других сигналов тревоги.

### **5.4.4.4.3. ДИРЕКТОР ПОД МИКРОСКОПОМ**

Идем дальше. В Уставе, протоколе о назначении, приказе о принятии обязанностей почти никогда НЕТ паспортных данных директора.

Что нас не остановит. Работаем с тем, что есть. Лезем в очередной раз на сайт налоговой. Заходим в тот же раздел «риски бизнеса: проверь себя и контрагента». Внизу страницы видим, среди прочих, три ссылки:

- 1) «Поиск сведений в реестре дисквалифицированных лиц»;
- 2) «Сведения о лицах, в отношении которых факт невозможности участия (осуществления руководства) в организации установлен (подтвержден) в судебном порядке»;
- 3) «Сведения о физических лицах, являющихся руководителями или учредителями (участниками) нескольких юридических лиц».

«Пробиваем» Снегирева по первой ссылке. Чисто. Так оно обычно и бывает. Идем по второй ссылке, вбиваем ИНН «Комуса». Тоже чисто.

Самое интересное обычно «выскакивает» по третьей ссылке. В отличие от первых двух, этот поиск можно делать не только по ФИО, но и по ИНН директора как физлица. Что отсекает однофамильцев. Берем из выписки ИНН Снегирева. Проверяем. И тут чисто.

Значит, не номинал. Хрестоматийный признак номинала — человек выступает участником или директором, или — в оба сразу, во множестве юрлиц. В десяти и более. Если больше 30 — номинал с

вероятностью 90%. Оставшиеся 10% — холдинги<sup>1</sup> и прочий крупный бизнес.

Как еще можно проверить директора? Да так же, как и фирму. Вбиваем ИНН Снегирева в гугл. Ничего. Ладно, а если набрать «снегирев руслан александрович + комус»? Вторая ссылка — <http://www.komus.org/info/special/23213/> — ведет на корпоративный сайт, читаем:

«А в РП “Ростов-на-Дону” придумали танцевальный Новый год! Его наступление вместе отпраздновали в ресторане все подразделения: корпоративный сбыт, доставка, розничный ТЦ. Чтобы завершить уходящий год торжественно, начальник РП Снегирев Руслан Александрович поздравил сотрудников и вручил грамоты и подарки за эффективную работу и самые высокие показатели по итогам 2015 года. После этого началась танцевальная развлекательная программа с участием Деда Мороза и Снегурочки, номерами профессиональных коллективов и конкурсами».

Ага, если информация достоверна, директор таки руководит фирмой... Информация хоть и из сомнительного источника — сайт проверяемой фирмы — но пока ничем не опровергнута...

Ищем директора в соцсетях. «В контакте», «Одноклассники» и т.д. Ничего. Похоже, человек старой закалки. Соцсетями не пользуется. Или — пишет под псевдонимом. «Шифруется». Может, он там и есть, но с фирмой никак не свяжешь. Ищем по ФИО... и тоном в бездне однофамильцев с разных концов страны.

Все? Почти. Если есть серия и номер паспорта, можем проверить директора по базе ФМС, сиречь миграционной службы. Прямая ссылка — <http://services.fms.gov.ru/info-service.htm?sid=2000>

Если не работает — «закат солнца вручную». Идем по адресу <http://www.fms.gov.ru/>, вкладка «гражданам России», подраз-

---

<sup>1</sup> В ГК вы такой формы юрлица не найдете. К тому же холдинг не форма одного лица, а объединение нескольких юрлиц под единой волей — самое простое и понятное определение. К примеру, несколько ООО с одним учредителем. Вопрос сложный. В науке уже не первый год спорят, что же такое холдинг. См., в частности, глава 6.2. Корпоративное право: учебник / Е.Г. Афанасьева, В.Ю. Бакшинская, Е.П. Губин и др.; отв. ред. И.С. Шиткина. 2-е изд., перераб. и доп. — М: КНОРУС, 2015. А также Кн. 1: Установление корпоративного контроля. *Осипенко О.В.* Корпоративный контроль: экспертные проблемы эффективного управления дочерними компаниями. — М.: Статут, 2013.

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

дел «Проверка по списку недействительных российских паспортов». Вбиваем серию/номер, если паспорт недействителен — сразу высветится. Теперь — все.

### 5.4.4.4. ПРОВЕРКА УЧРЕДИТЕЛЕЙ (УЧАСТНИКОВ)

Если раньше мы с вами выясняли, кто есть кто в фирме, то проверка участников — ответ на вопрос «кто стоит за фирмой». Только вряд ли ответим...

Деньги любят тишину. Истинные собственники бизнеса — особенно крупного — предпочитают оставаться в тени. В тени офшора. Поэтому при проверке участников вы с большой долей вероятности наткнетесь на «матрешку» (схема 4).

ООО «Проверяемый» — верхушка корпоративного айсберга, первая линия обороны. Если кто-то попытается захватить корпоративный контроль над проверяемым, у обитателей глубин есть время для ответного удара... Или — для «слива» проверяемого и вывода активов.

«Матрешка» = «корпоративный щит» из цепочки юрлиц. Выставлен, чтобы не дать возможным противникам «выйти» на истинных собственников бизнеса. Возможные противники: рейдеры (захватчики фирм), налоговая, конкуренты, антимонопольщики, прочие гос. органы.

Количество участников «щита», соотношение долей в «буферных» фирмах, вертикальные и горизонтальные связи могут быть какими угодно. На сколько хватит денег и фантазии у собственников.

В хорошей «матрешке» уже в середине схемы концы уходят за рубеж. Поди отследить, кто стоит за ирландской/английской/швейцарской фирмой или «физиком». Это даже для гос. спецслужбы задача не на одну неделю...

Вот почему за недвижимость в Москве воюют фирмы из офшоров. Потому что истинные собственники этой недвижимости — русские собственники! — прячутся в глубинах «заморских матрешек»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Иногда еще называют «офшорная матрешка». К примеру, *Машовец А.О., Медведев И.Г.* Настольная книга нотариуса: в 4 т. / под ред. И.Г. Медведева. — 3-е изд., перераб. и доп. — М.: Статут, 2015. Т. 4: Международное частное право, уголовное право и процесс в нотариальной деятельности. 287 с.

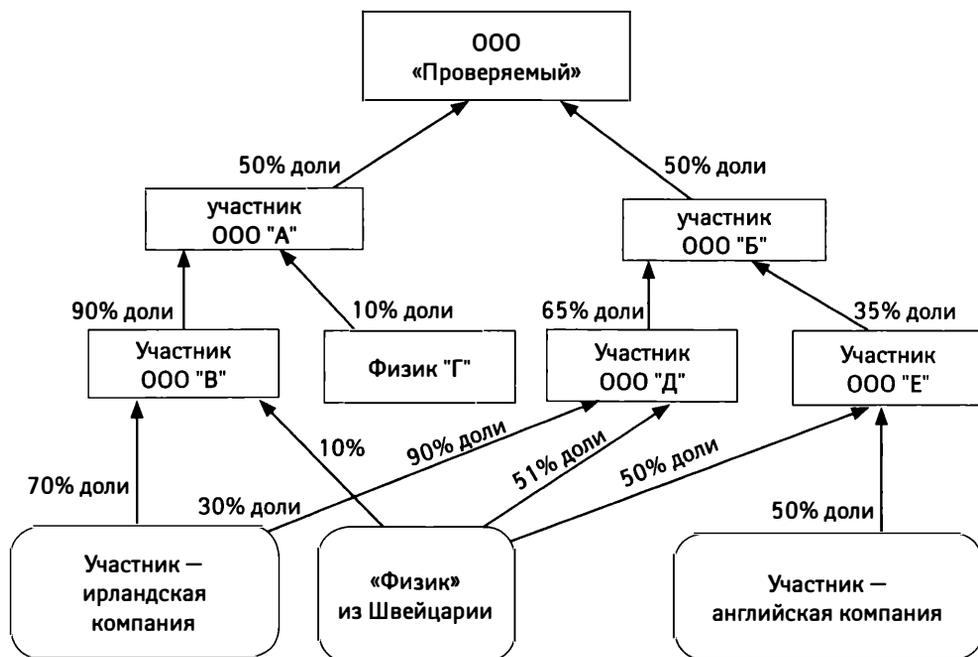


Схема 4. «Матрешка»

Очень прочная защита. Если при проверке партнера вы столкнулись с... «заморской матрешкой» — скорее всего, ваш партнер добросовестный и при деньгах. Мошенники таких крепостей не возводят. Очень дорого и сложно.

#### 5.4.4.4.1. РУССКИЕ МАТРЕШКИ

Встречаются сплошь и рядом. Если в «заморские матрешки» играет крупный бизнес, то в русские — средний и малый. Разница, как вы понимаете, в масштабе.

В русской матрешке цепочка юрищ не уходит за рубеж. И эту матрешку можно разобрать до конца... а иногда даже найти конечных собственников. На дне последней «матрешки».

Классический пример — внезапно, ООО «Комус-Ростов». Берем выписку из ЕГРЮЛ. Смотрим, а кто у нас? Ага, ООО «Комус-РП» (ИНН 7706214871) и ООО «Комус-ИМПЕКС» (ИНН 7712087734). У каждого 50% долей в уставном капитале ООО «Комус-Ростов».

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

Ничего не напоминает? Верно. Схема 4, участники А и Б. Хорошо. А кто стоит за ООО «Комус-РП» и ООО «Комус-ИМПЕКС»?



### ДОМАШНЕЕ ЗАДАНИЕ

---

Установите конечных собственников. Пройдитесь по цепочке до конца. ЕГРЮЛ вам в помощь. А после, когда дойдете... подскажу, до трех физлиц, проверьте эту троицу по известной вам методике — поиск в гугле, поиск в соцсетях и т.д.

Чтобы вам было проще, часть правильного ответа. Один из трех: «Бобриков Сергей Александрович — биография. Генеральный директор компании «Комус» (г. Москва); родился в 1962 г. в Волгоградской области; окончил Рижское летно-техническое училище в 1981 г., юридический факультет МГУ им. М.В. Ломоносова в 1989 г.; 1981–1984 — радиотехник Волгоградского аэропорта; 1989–1990 — юрист Московского центра студенческой молодежи; в 1990 г. с тремя своими друзьями основал фирму «Студент-сервис», которая в 1991 г. была переименована в «Комус»; с 1991 г. — работает в компании «Комус», является генеральным директором и основным акционером компании (ему принадлежат 96% акций); женат, имеет шестерых детей; увлекается гольфом и волейболом»<sup>1</sup>.

---

Как я уже говорил, мошенники матрешек не строят. Работают проще и топорнее. Если вы при проверке партнера столкнулись с «русской матрешкой» — скорей всего, ваш партнер добросовестный и при деньгах.

Вряд ли вам удастся установить конкретного собственника. Для того матрешки и строят. Скорей всего, в конце цепочки будет некий безликий «физик». О коем в сети или мало информации, или нет вовсе. Не удивляйтесь. Многие серьезные люди живут по принципам «хочешь жить спокойно — не высывайся», «много пишешь о себе — помогаешь ФСБ» и т.д.

---

<sup>1</sup> <http://viperson.ru/people/bobrikov-sergey-aleksandrovich>

А другие — едят, дают интервью СМИ, ведут светскую жизнь, мелькают перед телекамерами. Прочно стоят на ногах и особо не прячутся. Как тот же собственник «Комуса». Поэтому — ищите, что-то да найдете.

#### **5.4.4.4.2. «САМЫЕ ТРАВЯДНЫЕ ИЗ ТРАВЯДНЫХ»**

Матрешки — хоть и известная, но далеко не единственная схема корпоративного щита. Есть и другие. К примеру:

«Материалами дела установлено и судами дана оценка обстоятельствам о том, что доказательства, подтверждающие направленность действий налогоплательщика на необоснованное получение налоговой выгоды ввиду создания, как указывала в своем решении инспекция, искусственных условий для применения наиболее благоприятной системы налогообложения путем **«дробления бизнеса»**, инспекцией в ходе налоговой проверки не получены.

...

Между тем, в опровержение доводов налогового органа о том, что создание обществом в период 2008-2011 годов новых юридических лиц направлено на получение необоснованной налоговой выгоды, суды обеих инстанций, исходя из установленных фактических обстоятельств дела, дали надлежащую правовую оценку материалам дела.

Выводы обеих судебных инстанций основаны на толковании норм гражданского законодательства, устанавливающих право учредителей самостоятельно выбирать форму ведения хозяйственной деятельности.

Так, суд установил обстоятельства, подкрепленные имеющимися материалами дела, о том, что **создание обществом 14 новых юридических лиц, являющихся самостоятельными налогоплательщиками**, было обусловлено исключением риска потери всего лицензируемого бизнеса в сфере фармацевтической деятельности в дальневосточном регионе». (*Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 21.01.2015 № Ф03-5980/2014 по делу № А04-1655/2014*, пометки мои).

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

Если интересно, см. дополнительно Постановление ФАС Центрального округа от 27.06.2013 по делу № А54-6606/2012, Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 25.07.2014 по делу № А03-7576/2013.

Также гугли «схемы дробления бизнеса». Из «громких» дел — дело «Королевской воды» — Постановление Арбитражного суда Московского округа от 31.10.2014 № Ф05-12000/14 по делу № А40-28598/13.

Так. Пожалуй, хватит. У вас в руках все-таки руководство по договорной работе. А не по «корпоративке». Я затронул тему корпоративных щитов по двум причинам. Первая — «щиты» напрямую относится к проверке возможных партнеров и — признак добросовестности партнера.

Вторая — есть люди, далекие от особенностей русского бизнеса. Эти люди очень удивляются корпоративным щитам и страховочным схемам. Наивно думают: «Если у вас честный бизнес, то зачем вам щит? Странно как-то... Что-то вы темните».

К наивным относятся, прежде всего, иностранные инвесторы... и студенты наших юрфаков. «Матрешкам», «дроблению» и прочим корпоративным схемам почему-то не учат на юрфаке. Надеюсь, я хоть как-то восполнил недостаток.

Один хороший фантаст давным-давно, еще при коммунистах, написал о другой планете: «Здесь же все было иначе. Все на всех нападали. Нужно, не нужно, все равно нападали. От этого местные животные таились друг от друга, нападали исподтишка, неожиданно и злобно.

К тому же все они, даже самые травоядные из травоядных, были вооружены страшными челюстями, шипами, ядовитыми железами, иглами, чуть ли не ракетами»<sup>1</sup>.

Очень похоже на наш, российский, деловой мир. Самые добросовестные из добросовестных, честнейшие из честных, страхуются всеми мыслимыми корпоративными средствами. «Мало ли что», «кабы чего не вышло», «на всякий пожарный».

Признаю: страховки добросовестных партнеров — оправданны. Случаи «отжима» бизнеса до сих пор не редкость. Гуглите «рейдер-

---

<sup>1</sup> Булычев Кир. Лиловый шар. — М.: Эксмо, 2017.

ский захват», узнаете много интересного. Поэтому при проверке не удивляйтесь «щитам». Грешная жизнь на грешной земле...

Так что не удивляйтесь, коль не можете отследить конечного собственника бизнеса. Для того щиты и возводят. Но. Если на предыдущих этапах проверки все чисто, с «партнером в маске» вполне можно работать. И все же советую дополнительно «поосторожничать» — заложить страховки в схему отношений (читай дальше). «Лучше перебдеть...»

#### **5.4.4.5. ПРОВЕРКА ФИНАНСОВОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ**

В теории, отправная точка — бухгалтерский баланс. Тут вы, скорей всего, упретесь в недостаток знаний. Госстандарт говорит, что юрист обязан знать от силы: «основные положения и методы экономической науки и хозяйствования, их юридическое отражение и обеспечение в российском законодательстве; современное состояние мировой экономики и особенности функционирования российских рынков»<sup>1</sup>.

Если у вас это знание вдруг есть, то прочесть — и понять! — баланс оно вам вряд ли поможет. Да и склад ума у нашего брата ДРУГОЙ. Недаром старые профессионалы говорят: «Юрист с калькулятором — нонсенс».

Мне в свое время бухучет на юрфаке читали. Шло тяжело. Но что-то помню. Дебет от кредита еще худо-бедно отличу. И даже знаю, что такое сальдо. Но не более того. Четко понимаю недостаток знаний. На лавры спеца по финансам не зарюсь. То же самое, наверно, и у вас.

Есть, конечно, редкие профессионалы с двумя «вышками» — юридической и финансовой. Тогда да, разберетесь. Но таких мало. По моим наблюдениям, один из тридцати.

Поэтому ваша задача — истребовать у партнера баланс. А разбирается с цифирью пушай бухгалтер или иной «финансовик» (экономист, финдиректор и т.д.) из вашей фирмы.

---

<sup>1</sup> «Федеральный государственный образовательный стандарт высшего профессионального образования по направлению подготовки 030900 «Юриспруденция (квалификация (степень) «бакалавр»)», утвержден Приказом Министерства образования и науки Российской Федерации от 4 мая 2010 г. № 464

## **РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ**

Одного баланса и выписки о движении денег по расчетному счету за последние полгода-год для проверки не хватит. Нужна как минимум еще «расшифровка» к балансу — пояснения, какие платежи, за что, почему и т.д.

Пусть ваш бухгалтер свяжется с бухгалтерией возможного партнера, поговорит на птичьем языке с тамошним собратом по разуму, истребует, чего не хватает. Заодно соберет дополнительную информацию: есть ли в фирме бухгалтерия, если есть — сколько сотрудников, что за специалисты, насколько профессиональны, и т.д. и т.п. — все, что удастся вызнать в рамках обычного делового разговора и светских приличий.

По итогам анализа финансовой деятельности бухгалтер пишет вам кратенькую докладную записку... справку, доклад. Называйте как угодно, лишь бы на выходе был бумажный документ.

Приобщаем документ к материалам дела. Поздравляю, проверка закончена. Дело за малым — оформить итоги.

### **5.5. ОФОРМЛЯЕМ ИТОГИ ПРОВЕРКИ**

Единого стандарта нет. Итоговый документ в разных концах страны называет по-всякому: «Заключение о проверке контрагента», «Заключение о проверке потенциального партнера», «Паспорт фирмы», «Аналитическая карточка фирмы» и прочая (далее — Заключение). Я бы советовал первые два названия. К таким формулировкам уже привыкли суды и налоговая.

Если по итогам проверки намечены переговоры с партнером, добавьте в название слово «предварительное». А в тексте укажите: так мол и так, предварительные выводы такие, окончательно судить о надежности партнера будем после переговоров.

Что и как писать в заключении. Руководители — люди занятые, много читать не любят. Поэтому пишем Заключение по принципу: вывод — в одном абзаце в самом начале, суть — на одном листе, подробности — в приложениях. Приложений может быть сколько угодно.

Прилагаем все документы, собранные/изученные в ходе проверки. Если нашли корпоративный щит или другие фирмы, подкон-

трольные партнеру, можно нарисовать в отдельном приложении схему «кто под кем ходит». За образец берите схему 4 «Матрешка».

### 5.5.1. ПРИМЕР ЗАКЛЮЧЕНИЯ

#### Заключение

о проверке возможного партнера по состоянию на 07.07.2017 г.

**Вопрос:** можно ли вступать в договорные отношения с ООО «Будь здоров!» (ИНН 6164202134, далее — «фирма»).

**Ответ:** скорей всего, потенциальный партнер — ТНК (транснациональная корпорация). Иметь дело в принципе можно, но крайне желательно сначала уточнить два вопроса.

*Первый.* 15.08.2014 налоговая доначислила указанной фирме НДС в сумме 3 951 692,52 руб., а также санкции 603 823,25 руб. Фирма пошла обжаловать решение налоговой в суд... И вдруг ни с того ни с сего отказалась от процесса:

«Ходатайство общества с ограниченной ответственностью "Будь здоров!" об отказе от заявления удовлетворить, отказ принять. Производство по делу прекратить. Возвратить обществу с ограниченной ответственностью "Будь здоров!", ИНН 6164202134, ОГРН 1026103276000, из федерального бюджета государственную пошлину в сумме 2 000 руб., уплаченную по платежному поручению от 11.12.2014 № 3909». (*Решение АС РО<sup>1</sup> от 26 марта 2015 г., дело № А53-32219/2014*)

По данным службы судебных приставов, <http://r61.fssprus.ru/iss/ip/> долгов и исполнительных производств в отношении фирмы НЕТ. Отсюда непонятно, что стало с долгом.

Хорошо бы узнать судьбу долга. Погасили — хорошо, можно иметь дело. Если нет — есть риск банкротства / «слива» фирмы из-за нежелания платить долг.

*Второй.* Запросить ПОЛНЫЙ Устав фирмы и прочие важные документы для углубленной проверки. Из представленных двух листов Устава невозможно проверить, установлены ли Уставом ограничения для гендиректора по совершению сделок. В идеале запро-

<sup>1</sup> АС РО = Арбитражный суд Ростовской области.

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

свить следующий пакет документов (тут вставка списка из таблицы — см. 5.4.4.1. типовой пакет).

Подробная проверка фирмы установила следующее.

1. У фирмы нет опасных судов с партнерами и потребителями. Фирма существует с 18.10.2002 г. (согласно Уставу). За все это время у фирмы было 7 судебных дел. Подробности см. в приложении 1, общий вывод: судились с гос. органами по административным штрафам. С партнерами по бизнесу — ни разу. С потребителями — тоже ни одного дела.

В принципе, такая картина позволяет надеяться на добросовестность фирмы в деловых отношениях.

2. Фирма — дочка ОЧЕНЬ серьезной «мамы». Скорей всего, мы имеем дело с транснациональной корпорацией. Согласно выписке из ЕГРЮЛ (прилагаю), у фирмы два участника:

ООО «РИГЛА» (доля 99.7%) ИНН 7724211288, ОГРН 1027700271290

ОАО «ПРОТЕК» (доля 0,3%) ИНН 7715354473, ОГРН 1027715014140

Товарный знак «Будь здоров», которым пользуется фирма «Будь здоров», принадлежит МАМЕ — ООО «Ригла». Когда дочке грозит опасность, мама спешит на помощь.

Так было в Татарстане. Некие недобросовестные личности — конкуренты?! — попытались использовать схожий товарный знак:

«Истец, зарегистрированный в г. Казани 26.05.2006, осуществляет основную деятельность в виде оптовой торговли фармацевтическими и медицинскими изделиями, изделиями медицинской техники и ортопедическими изделиями.

Суд пришел к выводу о том, что зарегистрированные товарные знаки истца «Будь здоров» сходны до степени смешения с фирменным наименованием ответчика «Аптека «Будь здоров». ...

Суд пришел также к выводу, что сфера деятельности сторон совпадает, поскольку стороны осуществляют деятельность через сеть аптек, реализуют товары медицинского, косметического и гигиенического назначения, ориентированы на один и тот же круг покупателей, которые при покупке товаров и оказании услуг с использованием словесного обозначения «Будь здоров» могут быть

введены в заблуждение относительно их производителя». (*Постановление ФАС Поволжского округа от 7 февраля 2013 г. по делу № А65-9753/2012, дело «Ригла» против «Аптека «Будь здоров»*).

Вот тогда за дочку вступилась мама. И заставила по суду сменить название:

«Довод ответчика о том, что суд решением об исключении из фирменного наименования ответчика слов «Будь здоров» путем внесения изменений в учредительные документы ответчика и в ЕГРЮЛ принял решение о правах и обязанностях участников ООО «Аптека «Будь здоров», не основан на нормах материального права» (то же решение).

Было еще одно судебное дело по товарным знакам, Решение СИП от 13 апреля 2015 г. по делу № СИП-1087/2014, но к вопросу «можно ли иметь дело с фирмой» относится ну очень отдаленно.

Интересно другое. Участники фирмы — «Ригла» и «Протек». А кто стоит за ними? Неизвестно. Ниточки ведут на Кипр, в офшор. Подробнее и обоснование см. приложение 2, информация об участниках («мамах»).

Выводы:

1) За фирмой стоят серьезные люди. Скорей всего, имеем дело с международной фармацевтической корпорацией.

2) Если страховаться, можно требовать поручительство или независимую гарантию «мам» под договор, который мы хотим заключить с «дочкой».

3. Корпоративные ограничения. Генеральный директор общества — Крылова Елена Вячеславовна. Ограничения на совершение сделок в ЕГРЮЛ отсутствуют. Проверить полномочия директора невозможно, так как в представленной эл. версии Устава после третьего листа сразу идет 14-й.

Отсюда: из представленного Устава невозможно проверить, установлены ли Уставом ограничения для гендиректора по совершению сделок.

4. Реестры. По данным фед. реестра о банкротстве, банкротства пока нет <http://bankrot.fedresurs.ru/DebtorsSearch.aspx> По данным службы судебных приставов, исполнительных производств в отно-

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

шении фирмы тоже нет. В реестре недобросовестных поставщиков тоже вроде пусто.

5. Фирма участвует в муниципальных контрактах. Как минимум два:

1) Номер контракта: 3616503126615000009 Заказчик: Муниципальное бюджетное учреждение здравоохранения «Городская поликлиника № 12 города Ростова-на-Дону» Дата заключения: 2015-02-12 сумма: 159 800 руб.

2) Номер контракта: 0358300079514000024 Заказчик: Муниципальное бюджетное учреждение здравоохранения «Городская поликлиника № 12 города Ростова-на-Дону» Дата заключения: 2014-04-28 сумма 274 906 руб.

Также удалось «раскопать» в сети кое-какую финансовую отчетность компании, хотя и сомнительной достоверности — см. приложение 3.

### *Приложение:*

1. Судебные дела возможного партнера.
2. Информация о «маме».
3. Экономические показатели.
4. Выписки из ЕГРЮЛ.

Проверил юрист

Такой-то Сякой-то.

*Приложение 1. Судебные дела возможного партнера* («выжимки» из решений на паре листов + полные тексты судебных актов).

*Приложение 2. Информация о «маме».* Из открытых источников сети установлено:

1) «Аптечная сеть «Ригла» (Москва) — крупнейшая по доле рынка в России. Начальный этап создания сети аптек «Ригла» был связан с одним из крупнейших российских дистрибьюторов фармакологических препаратов «ЦВ Протек». Первые аптеки эта компания открыла в 2001 году, впоследствии выделила их в самостоятельную сеть.

«Ригла» владеет брендами «Аптеки 03», «Будь здоров!», «Югорский лекарь», «Семейная аптека», «Марлен-Фарма», «Та самая ап-

тека», «Фармация», «Живика», «ТК ТОКО», «Новая аптека», «Биофарм», «Панацея».

Владелец 100% уставного капитала управляющей компании ООО «Ригла» — ОАО «Протек» (Москва). Его акционеры — «СЕКРОЗОН ИНВЕСТМЕНС ЛИМИТЕД» (Кипр) — 19,58%, «СТРЕЙТАМ ИНВЕСТМЕНТС ЛИМИТЕД» (Кипр) — 16,08%, «ТАНТАРРА ХОЛДИНГС» (Кипр) — 10,84%, ЗАО «ДКК» (Москва) — 9,57%, НКО ЗАО «НРД» (Москва) — 6,71%, ЗАО «Центр внедрения «ПРОТЕК» (Москва) — 0,26%, ОАО «Химический завод Гедеон Рихтер» (Венгрия) — 5% и 6 физлиц — граждан России.

Компания «Фармаимпекс» была создана весной 1994 года в Ижевске (Удмуртия). Ее бессменный руководитель со дня основания — Владимир Зверев. Он же — основной совладелец.

Сегодня это группа компаний, которая управляет крупной межрегиональной сетью аптек, представленной в Удмуртии, Татарстане, Башкортостане, Марий-Эл, Пермском крае, Тюменской, Кировской, Новосибирской, Кемеровской, Липецкой и Воронежской областях, Ханты-Мансийском и Ямало-Ненецком автономных округах.

Использует бренды «Бережная аптека», «Аптека от склада», «Аптека отличных цен», «Лекарства со склада», «Аптека-взвод», «Круглосуточные аптеки», «Отдел «Оптика», «Внереализационные доходы» и другие». (Источник: <http://www.retailer.ru/item/id/89196/>)

2) «Суд по интеллектуальным правам (СИП) назначил на 2 февраля рассмотрение иска сети аптек «Будьте здоровы» (Калининградская область) к аптечной сети «Ригла» о досрочном прекращении правовой охраны словесного товарного знака «Будь здоров!», говорится в определении суда.

Заявитель просит суд досрочно прекратить правовую охрану товарных знаков «Будь здоров!», ранее зарегистрированных на «Риглу», в отношении товаров ряда классов Международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков (МКТУ) в связи с их неиспользованием.

Аптечная сеть «Ригла» представляет розничный сегмент бизнеса группы компаний «Протек». На 30 сентября 2014 года сеть насчитывает 1122 аптеки. По результатам 9 месяцев прошлого года сеть «Ригла» сохранила лидерство по доле рынка в комплексном наци-

## **РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ**

ональном рейтинге аптечных сетей IMS Health. Согласно рейтингу, доля рынка сети «Ригла» составила 3,05%. Сеть «Ригла» владеет брендами «Аптеки 03», «Будь здоров!», «Новая аптека», «Семейная аптека», «Та самая аптека».

<http://jurist.org.ru/sip-rassmotrit-isk-k-seti-aptek-rigla-ob-oxrane-brenda-bud-zdorov/>

*Приложение 3. Экономические показатели — достоверность неизвестна, найдено в сети:*

«Экономические показатели за 2013 год. ООО «Будь здоров!» завершило 2013 год с чистой прибылью по РСБУ в 102,00 тыс. руб. по сравнению с убытком 1,38 млн. руб. годом ранее. Об этом говорится в отчете компании. Объем продаж «Будь здоров!» за отчетный период увеличился на 30,16% до 367,52 млн руб. с 282,36 млн руб. годом ранее. Валовая прибыль компании «Будь здоров!» за 2013 год выросла на 40,95%, достигнув 78,69 млн руб. Компания «Будь здоров!» завершила 2013 год с прибылью до налогообложения в 521,00 тыс. руб. по сравнению с убытком 1,67 млн руб. годом ранее. 2012 год. Чистый убыток ООО «Будь здоров!» за 2012 год по РСБУ снизился в 5,87 раза до 1,38 млн. руб. с 8,13 млн руб. за аналогичный период прошлого года. Коммерческие расходы за отчетный составили 64,95 млн руб. Это следует из отчета компании. Убыток от продаж компании «Будь здоров!» за 2012 год увеличился на 43,36% до 9,12 млн руб. с 16,09 млн руб. за аналогичный период прошлого года.»

(источник: <http://www.k-agent.ru/?mod=obj&id=1135078> )

*Приложение 4. Выписки из ЕГРЮЛ на проверяемого и участников.*

### **5.5.2. Стиль заключения**

Заключение подписано «юрист Такой-то Сякой-то». Но думаю, вы узнали знакомый стиль. Да. Моих рук дело. Проверял поставщика для одного хорошего клиента. В таком виде Заключение клиенту и ушло.

Я не знаю, какой у вас руководитель. И какие у вас правила документооборота. Если ваши привыкли все «обказенивать», составлять документы более тяжеловесно-бюрократично, можете следовать практике... Писать «более официально».

Если у вас на предприятии принят режим коммерческой тайны или инструкция по категориям документам — что для служебного пользования, что для общего, у кого есть к чему доступ — конечно, эти требования тоже стоит учесть.

По каждому договору, к которому вы приложили руку — или хоть как-то участвовали в составлении/согласовании, — должно быть Заключение о проверке партнера по этому договору. Почему — сейчас расскажу, а пока:



### ДОМАШНЕЕ ЗАДАНИЕ

---

Поставьте себя на место возможного партнера. Проверьте по изученной методике СВОЮ фирму. И напишите заключение. Потренируетесь. Вторая цель: узнать, что увидит возможный партнер, если будет проверять вашу фирму. Вдруг вас в сети грязью поливают, а вы и не в курсе? Или еще что сомнительное пишут?

---

## 5.6. ВИНОВАТЫЕ И КРАЙНИЕ

Вы можете спросить: «Зачем мне, обычному юристу, проверять партнеров фирмы? В моем трудовом договоре и должностной инструкции нет такой обязанности».

Когда-то, с легкой руки Герцена, извечным русским вопросом считалось: «Кто виноват?». В современном мире тот же вопрос стоит чуть иначе: «Кто крайний?». Потому что очень часто виноват — один, а крайний — другой. Да и виновник, подлец, не сидит сложа руки. Всегда пытается «скинуть» ответственность на кого-то еще.

**Не проверите партнера — рискуете оказаться «крайним».**

Представим. Директор принес вам на проверку договор: «Посмотри, где тут нас могут обьегорить». Вы посмотрели только договор. Поставили визу. Партнера не проверили — зачем?! С договором все прекрасно.

## **РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ**

С партнером, как выяснилось — НЕТ. Оказался зомби-«однодневкой». Взял предоплату и, как водится, сгинул. Участники (собственники бизнеса) тычут директора носом в ст. 53.1. ГК:

«Лицо, которое в силу закона, иного правового акта или учредительного документа юридического лица уполномочено выступать от его имени (пункт 3 статьи 53), обязано возместить по требованию юридического лица, его учредителей (участников), выступающих в интересах юридического лица, убытки, причиненные по его вине юридическому лицу.

Лицо, которое в силу закона, иного правового акта или учредительного документа юридического лица уполномочено выступать от его имени, несет ответственность, если будет доказано, что при осуществлении своих прав и исполнении своих обязанностей оно действовало недобросовестно или неразумно, в т.ч. если его действия (бездействие) не соответствовали обычным условиям гражданского оборота или обычному предпринимательскому риску».

И добивают директора позицией «вышки»:

«Недобросовестность действий (бездействия) директора считается доказанной, в частности, когда директор <...> знал или должен был знать о том, что его действия (бездействие) на момент их совершения не отвечали интересам юридического лица, например, совершил сделку (голосовал за ее одобрение) на заведомо невыгодных для юридического лица условиях или с заведомо неспособным исполнить обязательство лицом («фирмой-однодневкой» и т.п.)»<sup>1</sup>.

Директор в ответ блеет: «Я не знал, юрист сказал “все хорошо”, вот его виза». Финал?! Директор, скорей всего, получит лютых «гостинцев» от собственников, но — усидит. А юриста, скорей всего, выгонят взашей. В том числе и в назиданье остальным: смотрите, как мы жестко караем за ошибки. Ага, «показательная порка».

### **5.6.1. Другой сценарий**

Вы проверили возможного партнера. Написали Заключение. И поставили другую визу: «Согласовать отказываюсь. Подробности

---

<sup>1</sup> Постановление Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица», пункт 2, подпункт 5.

см. в прилагаемом *Заключении*». В ответ на недоуменный взгляд да-ете директору *Заключение*.

Действия директора? Вариантов не так уж и много. Директор может:

А) *отказаться от договора с сомнительным партнером*;

Б) *переложить ответственность* — запросить санкцию на подписание договора у собственников бизнеса/иного вышестоящего начальства, тем самым — снять ответственность с себя;

В) *«размазать» ответственность* — назначить углубленную проверку партнера силами СБ, третьих лиц, по связям собственников бизнеса, иными способами. Если что — «мы действовали разумно, добросовестно и осмотрительно»;

Г) *преодолеть вето юриста* — ну, сам дурак.

Если директор отказывается принять ваше *Заключение*, отправьте ему по электронной почте. Или сдайте в бумажном виде через секретаря/канцелярию. Если что, сможете потом доказать: вы изначально были против, отстаивали свое мнение, но вас не послушали. Все. С вас — взятки гладки.

## 5.7. Кто проверяет

Директор, пренебрегающий мнением юриста, — редкий экстрим. Как правило, директор и юрист ладят. Руководство одобряет ваши проверки возможных партнеров. Еще бы. Проверкой вы прикрываете не только себя, но и руководство. И если юрист говорит: «Партнер опасен», нормальный руководитель к вам обязательно прислушается.

Пока вы все успеваете, так и будете проверять партнеров. Дума-ли, в сказку попали?! Кто везет, того и грузят. Будьте готовы. Стоит вам начать проверять партнеров и писать *Заключения*, так и будете проверять дальше. Без каких-либо прибавок к зарплате. Хотя со временем, может, и сумеете «выбить».

Как только пойдет «завал», нормальный руководитель первым заведет с вами разговор на тему: «Что-то работа медленно идет. Понимаю, проверять надо. Но давайте как-то оптимизируем».

Конечно, с точки зрения теории управления, проверкой партнеров должна заниматься СБ (служба безопасности). А не «замотан-ный» юрист, у которого традиционно своих «головняков» хватает.

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

Но СБ есть не везде. А где есть, не всегда «мышей ловит». Сколько было случаев, когда СБ говорило «все хорошо», а по проверке юротдела выходит, партнер — «зомби». Кто обычно в СБ? Бывшие военные. «Силовики». Отставные полицейские. Прочий «служивый люд». Да, великие специалисты в гражданском праве...

Вот и приходится юристам проверять вместе с СБ. А у СБ и своих спецзадач в плане безопасности хватает. Тоже не всегда успевают везде поспеть, всех проверить. Что делать? Ага, второй извечный русский вопрос...

Решений несколько. Классическое для среднего/крупного бизнеса — взвалить первичную проверку на менеджеров. Ввести на фирме принцип: «Кто первый с клиентом говорит, тот и проверяет».

Первым проверяет менеджер, к которому обратился новый клиент. Менеджер идет по должностной инструкции «О проверке возможных партнеров». Если инструкции «не завезли», то: схема 4 + ссылки на ресурсы сети + краткие тезисы что проверять, на что смотреть. После чего пишет Заключение.

Далее, почти у всех стоит «порог» для доп. проверки. В той же инструкции. К примеру: «Если цена договора меньше 100 000, по итогам проверки, при условии положительного Заключения, договор сразу уходит на подпись директору. Если цена договора в пределах 101 000 — 500 000, Заключение и проект договора должно быть согласовано с юротделом. При цене договора от 501 000 и более, помимо юротдела, обязательно дополнительное согласование Заключения и проекта договора со службой безопасности и финансовым департаментом».

Второе решение — взять в юротдел или в СБ человека, который занимается только проверками партнеров. Третье — отдать проверку «на сторону». Договора на скромные суммы — скажем, до миллиона — проверяет юрист, выше — партнера на основании докладной записки юриста вдумчиво изучает частное сыскное агентство (иная аналогичная структура).

Считайте меня параноиком, но я вам ОЧЕНЬ советую: даже если вы в цепочке проверяющих «пятый подползающий», даже если всю проверку партнера тянут на себе другие, а вы — сбоку припека, все равно проверяйте. ПРОВЕРЯЙТЕ. В полном объеме. По методикам, описанным в этой книге, + ваши наработки.

Сколько раз были случаи, когда СБ надеялось на юристов, юристы — на СБ, и в итоге партнера проверяли «по верхам». А потом юрист и безопасник обсуждают эту историю... в очереди на бирже труда. Или, в лучшем случае, получают лютый разнос от начальства.

Пример. Авалон. Начало нулевых. Кредитный комитет банка. Итоговое совещание на тему «выдавать кредит фирме из глубинке или нет».

— Проверяли?

— Да. Все чисто. Долгов серьезных нет. Судов нет. В залог дают имущество.

— Сколько хотят взять?

— Миллион рублей.

— Что за имущество?

— А... э... м... сейчас, сейчас... где-то было. Сейчас, сейчас, походите... (*минут 15 втроем шуршат документами, ищут*) Вот! Имущество 10 000... мышеловок. Чего?! А, ну да. Заемщик — завод по производству скобяных изделий.

— И вы хотите дать кредит под такое обеспечение? Вы в своем уме?! Ох ты, мать... Ладно, ладно. Давайте. Согласую. Но если не вернут... вы — да! да! лично вы и весь ваш отдел!!! — пойдете на базар эти мышеловки продавать! И расчет при увольнении я вам выдам мышеловками. Готовы?! Подписываю?

Кредит не дали.

## 5.8. ИНЫЕ ФОРМЫ «ЮРИКОВ»

Вдумчивый читатель заметит: методика проверки партнеров «заточена» под ООО. Автор, чего молчишь о других формах юриц? Причин две. Простота и редкость.

*Простота.* Почти все АО — публичные общества. И попадают под ст. 92 ФЗ от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах». Где: «Публичное общество обязано раскрывать: годовой отчет общества, годовую бухгалтерскую (финансовую) отчетность».

Кроме того, как и в законе об ООО, закон об АО, ст. 11, п. 4 того же закона обязывает АО «по требованию акционера, аудитора или любого заинтересованного лица в разумные сроки предоста-

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

вить им возможность ознакомиться с уставом общества, включая изменения и дополнения к нему».

Таким образом, человеку со стороны проще проверять АО, чем ООО. Потому для тренировки я и взял более сложную в плане проверки и более распространенную на практике форму юрлица — ООО.

*Редкость.* Статистика от авторитетного источника: «Среди примерно 4,5 млн зарегистрированных юридических лиц более 3,5 млн составляют общества с ограниченной ответственностью, а еще около 200 тыс. — акционерные общества (3/4 которых ранее составляли закрытые акционерные общества, фактически также являвшиеся обществами с ограниченной ответственностью, не эмитировавшими никаких акций).

Количество же хозяйственных товариществ за последние пять лет уменьшилось примерно с 1200 до менее чем 900, что не идет ни в какое сравнение с численностью обществ с ограниченной ответственностью»<sup>1</sup>.

Вдумайтесь: 200 000 акционерных обществ и 3,5 миллиона ООО-шек. С кем больше вероятность столкнуться в бизнесе? Вот именно что с ООО. Акционерное общество (АО) — довольно редкий зверь в деловой жизни.

Это, как правило, ТИТАНЫ. «Мордор\_ЖД», «Лук-и-чеснок-оил», «ГазХром». Или крупный бизнес регионального уровня — «Авалон-Вертол», «Авалон-сельмаш» и т.д. По своей практике могу сказать: 95% договоров и отношений в малом и среднем бизнесе идут сугубо между ООО.

### 5.8.1. Суть юрлиц

В какой бы организационно-правовой форме ни выступал ваш партнер, советую всегда быть начеку. Вы когда-нибудь задумывались, а зачем вообще придумали теорию юрлиц?! На юрфаке учат теорию, но ЭТОТ вопрос обходят стороной. В доктрине, если докопаетесь, есть ответ:

---

<sup>1</sup> Суханов Е.А. Предпринимательские корпорации в новой редакции ГК РФ // Журнал российского права. 2015. № 1. С. 5–13

«Понятие «юридическое лицо» не было известно римским юристам, и его сущность ими не исследовалась, но идеей расширить круг субъектов частного права за счет особых организаций, союзов граждан мы, несомненно, обязаны римскому праву.

Сама по себе конструкция юридического лица является юридической фикцией, т.е. приданием явлениям нехарактерных для них с самого начала юридических свойств. В этом смысле юридическое лицо более соответствует экономическим потребностям общества и государства, ибо не только не подавляет экономическую активность населения, но и, напротив, способствует ее росту.

Ограничение или же вовсе устранение личной имущественной ответственности учредителей по долгам создаваемого ими юридического лица приводит на практике к существенному снижению предпринимательского риска и, как следствие, — вовлечению большего числа лиц в предпринимательский оборот»<sup>1</sup>.

В переводе с научного на русский и с поправкой на Россию: юрлицо — вымысел, химера, «обманка». Юрлицо придумано с одной-единственной целью: ограничить свою ответственность мизерным уставным капиталом. 10 000 рублей — курам на смех. Придумано, чтобы НЕ ОТВЕЧАТЬ ЗА ПОСТУПКИ (в частности, по договорам). Отсюда и слова: «с ограниченной ответственностью».

Думаете, почему в среднем и крупном бизнесе нет индивидуальных предпринимателей? Да потому что предприниматель отвечает по долгам ВСЕМ своим имуществом.

По той же причине из ГК исключили форму юрлица ОДО — общество с дополнительной ответственностью<sup>2</sup>. Не прижилась. Не

---

<sup>1</sup> Принудительное исполнение актов судов и иных органов в отношении юридических лиц (организаций и предпринимателей). Проблемные аспекты: сборник материалов международной научно-практической конференции, 4–8 июня 2012 г., г. Воронеж / З.М. оглы Али-заде и др.; отв. ред. А.О. Парфенчиков, Д.Х. Валеев. — М.: Статут, 2013. 352 с.

<sup>2</sup> Для справки: ныне отмененная ст. 95 ГК: «ОДО признается общество, уставный капитал которого разделен на доли; участники такого общества **солидарно несут субсидиарную ответственность по его обязательствам своим имуществом в одинаковом для всех кратном размере к стоимости их долей, определенном уставом общества**».

## **РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ**

востребована. Не популярна у наших... дельцов. Нет охотников вести свой бизнес в этой форме. А то вдруг по долгам отвечать придется.

Такая вот мрачная правда жизни...

### **5.9. ЗАКЛЮЧЕНИЕ О РАЗУМНО-ДЕЛОВОЙ ЦЕЛИ ДОГОВОРА (ДАЛЕЕ — ЗАКЛЮЧЕНИЕ РДЦ)**

Проверка партнера заканчивается выходом на следующий этап по схеме «работа с договором» = переговоры, выстраивание схемы отношений, анализ рисков и т.д. Но есть еще одна... «боковая ветка».

Как правило, уже на стадии проверки партнера самые умные и осмотрительные составляют Заключение РДЦ. Хотя бы начерно. Документ может называться и по-другому — описание проекта, паспорт инвестиции, экономическое обоснование проекта, аналитическая записка о распределении прибыли и т.д. Не путайте с заключением о проверке партнера. То другой, самостоятельный документ.

В Заключении РДЦ описываем цель, которую ваша фирма хочет достичь, и выгоду, которую предполагаем получить. Как следствие, для достижения цели понадобится заключить один или несколько договоров.

И очень хорошо, если в этих договорах будет где-то в конце ссылка на Заключение РДЦ. К примеру: «Договор заключен на основании паспорта инвестиционного проекта № такой-то от такой-то даты».

Пример работы во взаимосвязи:

«По итогам распределения прибыли ООО «Пыхва-инвест» за прошлый год, мне, директору такому-то сякому-то, совместно с экономическим отделом, поручено разработать примерную инвестиционную схему. Цель: вложение прибыли и расширение бизнеса.

Поручение исполнено. Проект разработан. Суть: покупаем землю и строим гостиницу, потом сдаем номера и зарабатываем. Паспорт инвестиционного проекта с описанием проекта, цифрами и подробностями прилагаю.

Считаю целесообразным рассмотреть возможность запуска проекта на ближайшем очередном собрании участников.

С уважением, директор Такой-то Сякой-то».

Приложение:

Паспорт инвестиционного проекта № такой-то

Строительство гостиницы в районе такой-то сякой-то предпочтительно. Согласно маркетинговому исследованию (прилагаю), гостиница будет востребована. Целевое назначение земли в указанном районе позволяет разместить гостиницу. Копию плана застройки прилагаю.

Земля стоит от X до 2X руб. Интересующий нас участок готовы продать за X руб. Проект предварительного договора прилагаю. Расходы на постройку гостиницы ориентировочно составят 5X. Коммерческое предложение и смету подрядчика прилагаю. Представительские и орг. расходы на административные процедуры составят X руб.<sup>1</sup> Срок строительства — два года.

После ввода в эксплуатацию гостиница будет приносить примерно 0,5X руб. в год. Итого расходы — 7X, срок окупаемости — лет за пять, думаю, окупится. А там пойдет чистая прибыль. Заключение экономистов прилагаю.

(перечень приложений и подписи экономиста, маркетолога, директора)

### **5.9.1. ЗАКЛЮЧЕНИЕ РДЦ И БИЗНЕС-ПЛАН**

Как-то на семинаре один деловой человек задал мне очень хороший вопрос: «Так получается, заключение РДЦ и бизнес-план — одно и то же?».

В целом — да. Я бы сформулировал так: бизнес-план = частный случай, один из видов Заключения РДЦ. Отличий два, и оба — микроскопические. Первое: бизнес-план обычно более громоздкий/обширный. Второе: на бизнес-план редко ссылаются в договорах. Еще реже тащат в суд. Многим и в голову не приходит.

---

<sup>1</sup> Как вы догадались, речь идет о... «подарках» чиновникам.

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

А зря! Бизнес-план как доказательство разумно-деловой цели договора — очень хорошая «дубина» против той же налоговой. Три примера:

1) «Суд указал, что вывод о неспособности общества погасить заем сделан на основании данных налоговой декларации за 1 квартал 2009 года. Между тем обоснован довод налогоплательщика о том, что налоговым органом не дана оценка представленному им на стадии возражений бизнес-плану, в соответствии с которым общество планирует за пять лет получить выручку от сдачи в аренду зданий, превышающую сумму привлеченных средств. Кроме того, налогоплательщиком заем в сумме 69 500 000 руб. погашен, что подтверждают представленные в материалы дела платежные поручения». (*Постановление ФАС Московского округа от 14.07.2010 № КА-А40/7212-10 по делу № А40-125259/09-114-908*)

2) «Судом правильно указано, что довод Инспекции о намерении заявителя получить необоснованную налоговую выгоду также опровергается тем, что у налогоплательщика имеется деловая цель, сформулированная в представленном в материалах дела бизнес-плане, спорные хозяйственные операции учтены в соответствии с их действительным экономическим смыслом». (*Постановление ФАС Московского округа от 13.07.2010 № КА-А40/7245-10 по делу № А40-158392/09-76-1083*)

3) «Кроме того, бизнес-план заявителя по осуществлению деятельности на приобретенном оборудовании (выпуск инновационной полиграфической продукции на металлизированной бумаге и картоне с последующим нанесением ультрафиолетового и водного лака, отчет об оценке рыночной стоимости оборудования по состоянию на 10.08.2011 на сумму 42 049 000 руб. (т. 5, л.д. 63–71), не опровергнутый ответчиком, также подтверждают реальность хозяйственной операции». (*Постановление ФАС Поволжского округа от 29.01.2013 по делу № А65-1842/2012*).

## 5.9.2. Истоки

Сама идея (доктрина) разумно-деловой цели договора (далее — РДЦ) родом из определений Конституционного Суда РФ от 08.04.2004 № 169-О и от 04.11.2004 № 324-О.

Окончательно сформировал доктрину ВАС в Постановлении Пленума от 12.10.2006 № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды». В частности, пункт 9:

«Установление судом наличия разумных экономических или иных причин (деловой цели) в действиях налогоплательщика осуществляется с учетом оценки обстоятельств, свидетельствующих о его намерениях получить экономический эффект в результате реальной предпринимательской или иной экономической деятельности».

Суть доктрины: если в действиях (в т.ч. и в договорах) налогоплательщика нет РДЦ, то... «придет серенький волчок и укусит за бочок». В смысле, придет налоговая и доначислит вам налоги. И наоборот: если в ваших действиях и договоре есть РДЦ, то никто вам ничего не доначислит.

Я вскользь затрагивал эту тему в главе 5.1.1. о «призраках», приводил практику. Теперь смотрим на вопрос с другой стороны. Как суду определить «наличие разумных экономических или иных причин (деловой цели) в действиях налогоплательщика»?!

Самый простой способ, разумеется, подсунуть суду письменный документ — заключение РДЦ, бизнес-план и т.д. — о том, что в нашем договоре таки есть РДЦ. Крайне желательно, чтобы заключение было составлено загодя, ДО заключения договора. А не в ночь перед заседанием. Также советую:

## 5.9.3. Советы по Заключению РДЦ

Структура Заключения — та же, что у Заключения по проверке партнера. Суть на одном листе — и сколько угодно приложений. Почему так. Наши суды, к сожалению, стали притчей во языцех благодаря двум особенностям: скорость и качество.

Скорость рассмотрения дел у нас, по сравнению с той же Англией, космическая. Суд в РФ рассматривает дело в среднем за

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

полгода. В Англии — от года и выше. Но эта скорость, увы, за счет качества. И — в ущерб качеству. Слово бывшему судье АСГМ<sup>1</sup>:

«Судьи первой инстанции в 2006 г. превысили процессуальный срок только по 5,1% дел. Как же можно это было сделать при колоссально высокой нагрузке на судей? За 2006 г. средняя нагрузка на судью первой инстанции в месяц составила 56,7 дела в месяц, т.е. по три дела за один рабочий день (с учетом выходных, праздников и отпуска).

Однако во многих судах эта нагрузка гораздо выше. Так, в Арбитражном суде Нижегородской области — 102 дела, в Арбитражном суде Челябинской области — 94 дела, в Арбитражном суде Краснодарского края — 82 дела.

Рассматривая три-четыре дела в день, судья одновременно в этот же день должен ознакомиться с делами, которые он будет рассматривать завтра, а также принять к производству вновь поступающие заявления.

По каждому уже рассмотренному делу судья должен вынести мотивированный судебный акт, а зачастую и не один (включая определения), а также оформить протокол судебного заседания.

Очевидно, что в таком режиме идет беспощадная эксплуатация интеллекта судьи, который подчас физически не в состоянии уделить делу то количество времени, которое оно действительно требует»<sup>2</sup>.

Вывод?! У судьи физически нет времени досконально изучить дело, вникнуть, прочитать все документы по делу. А значит, выиграет тот, кто донесет свою позицию до суда коротко, ясно и просто. Потому-то архиважно уместить суть на одном листе — уж один-то лист суд прочитает.

Еще три совета тезисно.

1) Заключение РДЦ — прежде всего, финансово-экономико-стратегический документ. Соответственно, готовят и подписывают заключение руководители, экономисты, маркетологи, финансисты. НЕ юристы. Подпись юриста в заключении или на одном из

---

<sup>1</sup> АСГМ = Арбитражный суд г. Москва.

<sup>2</sup> Добровольский В.И. Анализ и комментарий корпоративного законодательства и судебной практики. — М.: Волтерс Клувер, 2007. — 464 с. Из своего опыта: с тех пор ничего не изменилось. Суды все также завалены делами.

приложений может быть в одном случае: если в заключении есть приложение о юридических рисках проекта.

2) Если заключение о проверке партнеров хорошо иметь на каждого партнера, то заключение РДЦ советую делать только по наиболее крупным и значимым для вашей фирмы проектам.

3) Если тяжело самим, можно заказать бизнес-план специалистам со стороны. Есть много фирм, профессионально составляющих планы всем желающим. Средний ценник — 10 000–50 000 руб., в зависимости от сложности проекта.

#### **5.9.4. Заключение РДЦ против «спорщиков»**

Все попытки оспорить договор (признать недействительным/незаключенным и т.д.) можно разделить на две большие группы. Первая — в ходе обычной деловой жизни по основаниям ГК. Вторая — по спец. основаниям из ФЗ от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», глава III.1.

В последнее время в судебной практике появилось новое направление: при оспаривании договора из банкротства суд смотрит, в том числе, а была ли у договора РДЦ? Если нет — договор ЛЯЖЕТ.

Пример. «Решением Арбитражного суда Волгоградской области от 19.02.2014, оставленным без изменения постановлением Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 28.04.2014 и постановлением Арбитражного суда Поволжского округа от 19.08.2014, исковые требования удовлетворены частично:

признаны недействительными в силу ничтожности следующие договоры между банком и ЗАО «Фроловский электросталеплавильный завод»: договор о предоставлении кредитной линии от 22.07.2011 № 0221/11-КЛ-Н; договор залога движимого имущества от 22.07.2011 № 0221-02/ЗИ-11-100; договор об ипотеке от 22.07.2011 № 0221-01/ЗН-11-100. В удовлетворении остальной части исковых требований отказано.

...Удовлетворяя заявленные требования, суды учитывали выводы проведенной по делу судебной экспертизы, которая определила, что договоры предоставления кредитной линии, залога, ипотеки не имеют разумной деловой цели и экономического интереса и являются для должника убыточными.

## РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ

При условии накапливающейся задолженности совершение указанных сделок, формально соответствующих требованиям законодательства РФ, свидетельствует о направленности сделок на увеличение кредиторской задолженности в нарушение интересов добросовестных кредиторов, которые имелись на момент заключения договоров.

Таким образом, совершение указанных сделок свидетельствует о злоупотреблении банком и должником своими правами на заключение договоров, нарушении статьи 10 ГК РФ, что влечет ничтожность указанных сделок в силу статьи 168 ГК РФ». (*Определение Верховного Суда РФ от 06.11.2014 № 306-ЭС14-4363 по делу № А12-10845/2013*)

Еще пример:

«Оценив собранные по делу доказательства, суды пришли к правильному выводу, что каких-либо интересов должника ни из условий договоров поставки, ни из условий договора поручительства не усматривается.

Другие доказательства наличия какой-либо выгоды для должника в заключении договоров поручительства, с учетом положений п. 1 ст. 50 ГК РФ, в материалах дела также отсутствуют.

Ссылка заявителя кассационной жалобы на общие экономические интересы должника и поручителя судом округа не принимается, так как не основана на материалах дела.

Ни в суд области, ни в суд апелляционной инстанции не представлено каких-либо доказательств в обоснование наличия общих экономических интересов, разумной деловой цели». (*Постановление ФАС Центрального округа от 08.05.2014 по делу № А14-14671/2012*)

Думаю, «намеки» понятны. Если у вас есть Заключение РДЦ, появляется дополнительный «козырь» в споре об оспаривании договора. С точки зрения арбитражного и гражданского процесса — новое доказательство.

Конечно, никакие доказательства не имеют для суда заранее установленной силы. И каждая сторона обязана доказывать обстоятельства, на которые ссылается. Но если вы представили в суд Заключение РДЦ, расстановка сил меняется.

Суд уже не может просто так написать: «нет РДЦ». Надо как-то обосновать, почему суд не верит заключению РДЦ, сослаться на другие доказательства — если такие есть. Но будет ли суд утруждать себя лишней работой? Процесс-то у нас состязательный.

А значит, опровергать заключение придется... вашему оппоненту. Ага, «кому надо, тот и суетится». И опровергать не голословно, а другими доказательствами — опять-таки, если эти доказательства есть.

Если не опровергнет, в арбитраже<sup>1</sup> ваш противник рискует попасть под ст. 70 АПК, п. 3.1: «Обстоятельства, на которые ссылается сторона в обоснование своих требований или возражений, считаются признанными другой стороной, если они ею прямо не оспорены или несогласие с такими обстоятельствами не вытекает из иных доказательств, обосновывающих представленные возражения относительно существования заявленных требований».

И суд может решить дело в вашу пользу.

## **5.10. Постскрипtum**

Если вам кажется, будто проверять возможных партнеров — долго, позвольте вас разубедить. На проверку партнера из малого бизнеса уходит в среднем час-два. Из среднего — вспоминайте «Комус» — часа три-четыре.

Крупный бизнес — да, тут можно «встрять» с проверкой на пару дней. Но оно того стоит. Такие партнеры попадаются не каждый день. Сотрудничество с «крупняком» почти всегда сулит заманчивые перспективы. Поэтому можно не смотреть на часы. А проверять столько, сколько нужно, чтобы составить представление о партнере; понять, как и с кем партнер ведет дела; чего ждать в будущем.

---

<sup>1</sup> В ГПК такой нормы нет.

# РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Что может произойти на переговорах?! Осмыслил свой и чужой опыт, перерыл горы судебной практики... Кажется, мне удалось вывести основные, наиболее частые риски — есть под любыми звездами, во все времена. Смотрите:

*Таблица*

**Риски переговоров**

№	Риск	Вас защитит:		
		Закон	Договор	Прочие уловки
1.	Не договорились, но потратились	Вряд ли	Да	Да
2.	«Вылезло» обстоятельство извне	Да	Да	Да
3.	Украли информацию	Вряд ли	Да	Да
4.	Договор с 3-м лицом «через вашу голову»	Вряд ли	Да	Да
5.	Введение в заблуждение	Редко	Да	Да
6.	Сторона начала исполнять договор, а договора-то нет («акцепт слов»)	Да	Нет	Да
7.	Протокол стал договором (опять внезапный акцепт)	Нет	Да	Да
8.	Что-то из переговоров «заползло» в договор	Вряд ли	Да	Да
9.	Вход в переговоры с целью сорвать (затянуть) другой договор/проект	Вряд ли	Да	Да
10.	Лжепредставители	Да	Вряд ли	Да

Да, риски общеизвестные и повсеместные. Но право не всякой страны вас от этих рисков защитит. Наше до поры до времени не защищало. Потому-то сначала в Концепции<sup>1</sup> появился пункт:

<sup>1</sup> «Концепция развития гражданского законодательства РФ» (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009) раздел V, подраздел 7, пункт 7.7.

«В целях предотвращения недобросовестного поведения на стадии переговоров о заключении договора в ГК следует для отношений, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, предусмотреть специальные правила о так называемой преддоговорной ответственности (*culpa in contrahendo*), ориентируясь на соответствующие правила ряда иностранных правовых порядков».

А после в ГК добавили статью 434.1. — «Переговоры о заключении договора». Вступила в силу и действует с 1 июня 2015 года<sup>1</sup>. Цитирую полностью, так как обращаться к ней мы будем часто:

«1. Если иное не предусмотрено законом или договором, граждане и юридические лица свободны в проведении переговоров о заключении договора, самостоятельно несут расходы, связанные с их проведением, и не отвечают за то, что соглашение не достигнуто.

2. При вступлении в переговоры о заключении договора, в ходе их проведения и по их завершении стороны обязаны действовать добросовестно, в частности не допускать вступление в переговоры о заключении договора или их продолжение при заведомом отсутствии намерения достичь соглашения с другой стороной. Недобросовестными действиями при проведении переговоров предполагаются:

1. Предоставление стороне неполной или недостоверной информации, в том числе умолчание об обстоятельствах, которые в силу характера договора должны быть доведены до сведения другой стороны;

2. Внезапное и неоправданное прекращение переговоров о заключении договора при таких обстоятельствах, при которых другая сторона переговоров не могла разумно этого ожидать.

3. Сторона, которая ведет или прерывает переговоры о заключении договора недобросовестно, обязана возместить другой стороне причиненные этим убытки.

Убытками, подлежащими возмещению недобросовестной стороной, признаются расходы, понесенные другой стороной в связи

---

<sup>1</sup> ФЗ от 08.03.2015 № 42-ФЗ. Статья применима к правоотношениям, возникшим ПОСЛЕ вступления в ФЗ-42 в силу (ст. 2. п. 2). Соблюден общий принцип: «акты гражданского законодательства не имеют обратной силы и применяются к отношениям, возникшим после введения их в действие» (ст. 4 ГК, п. 1).

### **РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ**

с ведением переговоров о заключении договора, а также в связи с утратой возможности заключить договор с третьим лицом.

4. Если в ходе переговоров о заключении договора сторона получает информацию, которая передается ей другой стороной в качестве конфиденциальной, она обязана не раскрывать эту информацию и не использовать ее ненадлежащим образом для своих целей независимо от того, будет ли заключен договор.

При нарушении этой обязанности она должна возместить другой стороне убытки, причиненные в результате раскрытия конфиденциальной информации или использования ее для своих целей.

5. Стороны могут заключить соглашение о порядке ведения переговоров. Такое соглашение может конкретизировать требования к добросовестному ведению переговоров, устанавливать порядок распределения расходов на ведение переговоров и иные подобные права и обязанности. Соглашение о порядке ведения переговоров может устанавливать неустойку за нарушение предусмотренных в нем положений.

Условия соглашения о порядке ведения переговоров, ограничивающие ответственность за недобросовестные действия сторон соглашения, ничтожны.

6. Предусмотренные пунктами 3 и 4 настоящей статьи положения об обязанности стороны возместить убытки, причиненные другой стороне, не применяются к гражданам, признаваемым потребителями в соответствии с законодательством о защите прав потребителей.

7. Правила настоящей статьи применяются независимо от того, был ли заключен сторонами договор по результатам переговоров.

8. Правила настоящей статьи не исключают применения к отношениям, возникшим при установлении договорных обязательств, правил главы 59 ГК».

Многие «кабинетные теоретики» восторженно набросились на новую статью кодекса. Как ребенок — на новую игрушку. Анализировали вдоль и поперек, вертели так и сяк, сравнивали с «иностранными порядками», толковали и систематически, и расширительно, и доктринально, и как только можно. По-моему, ученые мужи сильно зациклились на одной статье закона...

### **РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ**

Между тем на стадии переговоров есть и другие средства защиты — из других статей закона. Часть рисков можно исключить самим будущим договором. А кое-что — разными уловками, научно говоря, «не правовыми средствами». На что нам намекает таблица рисков.

Подойдем к теме шире. Отталкиваемся от рисков, а не от «голо-го» права.



# [6]

## НЕ ДОГОВОРИЛИСЬ, НО ПОТРАТИЛИСЬ (РИСК 1)

*Договориться так и не удалось, но накричались вдоволь.*

*Неизвестный переговорщик*

### 6.1. НЕ ДОГОВОРИЛИСЬ, НО ПОТРАТИЛИСЬ (ДОБРОСОВЕСТНО)

Переговоры — всегда затраты. Время. Деньги. Нервы, наконец. Но обязана ли одна сторона возмещать затраты другой? Представьте картину из жизни. Вы торгуетесь за помидоры. Продавец хочет 10 руб. за кило. Вы предлагаете 5. Тот готов отдать за 9. Вы согласны взять за семь — «и это последняя цена». Не договорились. Ладно, идем дальше по базару. Может, кто за семь отдаст...

Что произошло? Вы оба участвовали в переговорах. Вы оба тратили силы и время — пусть и небольшие, — чтобы договориться. Обе стороны вели себя добросовестно — но не договорились.

Стоит ли закону лезть в ваши отношения, устанавливать какие-то правила поведения? Нет. Почему? Потому что затраты сторон на переговоры примерно равны. Вы потеряли 15 минут, продавец потерял 15 минут — оба в одинаковом положении. Все честно. Никто никому ничего не должен. Вот потому-то закон — ст. 434.1 ГК — и устанавливает общий принцип «самостоятельно несут расходы, связанные с их проведением».

Кстати, не самая удачная формулировка. А если маячат расходы, прямо с переговорами не связанные, но принципиально важные, скажем, для покупателя? К примеру, переговоры о покупке недвижимости. Продавец, как всегда, говорит «все здорово, здание

сто лет стояло и еще сто простоят». Покупатель: «Было б сказано... Я хочу строительную экспертизу». Продавец: «Да на здоровье, проводи. За свой счет».

Если договор купли-продажи так и не будет заключен — по любым причинам — что тогда? Взыщет ли Покупатель расходы на экспертизу с Продавца? Без договора — сомневаюсь... Более расхожий случай. Заведомо известно: одна из сторон потратит на переговоры больше времени/денег/прочих ресурсов, а другая меньше? Как быть?

Для того закон и устанавливает исключение из общего правила о самостоятельности расходов: «если иное не предусмотрено законом или договором» + пункт 5 ст. 434. Закон предлагает вам, если вы предвидите затратные переговоры, заключить отдельный договор — договор о ведении переговоров. И там прописать все сопутствующие вопросы. В том числе и по расходам на переговоры.

Юристы (скептически): «Да ну, кто же такое подпишет...».

В чем-то верно. Договор о переговорах в чистом виде — редкость. Но не потому, что стороны боятся подписать такой договор. Просто традиции другие. В международной практике соглашение о расходах на переговоры и прочие затраты включают в иной документ. «Меморандум», соглашение о взаимопонимании, протокол намерений, договор о взаимодействии и т.д. Чаще всего встречается в M&A договорах — договорах о слиянии/поглощении, т.е. когда один «юрик» покупает другого.

Теперь, после реформы ГК, этим способом можем пользоваться и мы. Почему «после»? Что мешало «до»? А как же свобода договора? В частности, «стороны могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами»? (ст. 421 ГК, п. 2).

На похожий вопрос очень точно ответил Роман Бевзенко: «Ну и менталитет. Рудиментарный остаточный махровый позитивизм все еще силен, и на вопрос «а где это написано в законе» многие судьи ждут четкого ответа — в ст. такой-то...»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> [https://zakon.ru/blog/2015/6/3/otricanie\\_reformy\\_gk](https://zakon.ru/blog/2015/6/3/otricanie_reformy_gk)

### **6.1.1. Другой способ**

Другой способ — «запихнуть» расходы на переговоры и прочие побочные издержки... в другой договор. Детище русской практики. «Эхо» времен, когда ст. 434.1. ГК еще и в проекте не было.

Допустим, строительная компания возводит жилой дом. Нужны лифты. Выслали размеры шахт на завод по производству лифтов — что предложите? С завода пишут: есть похожие модели, но одних замеров мало. Точно не скажем, подойдет или нет. Нужно осмотреть на месте шахты, несущие конструкции, фундамент... Строители: приезжайте в гости, смотрите. Завод: «А командировку нашим специалистам оплатите?»

Строители призадумались. Купить «кота в мешке», не понимая, подойдут лифты или нет?! Опасно. Судись потом с «лифтерами»... Дом в том квартале сдавать. Сроки, как всегда, «горят». Нужны рабочие лифты, а не долгий суд.

Завод, вдогонку: «Если вы отказываетесь принять наших специалистов, лифты мы вам все равно поставим, но если не подойдут — не обессудьте; этот риск на вас, так в договоре и пропишем». Строители: «А если после осмотра выяснится, что лифты не подходят — мы зря потратим деньги?!»

Долго переписывались. В конце концов договорились так. Пришлите специалистов. Оплатим. Если лифты подходят, вы делаете нам скидку от общей суммы договора поставки. Размер скидки = 50% от цены выезда ваших специалистов. Если нет — на том и расстанемся, оплата остается у вас.

На бумаге оформили двумя договорами. Первый — возмездного оказания услуг. «По Договору Исполнитель (завод) обязуется прислать специалистов для осмотра шахт Заказчика (строители)», на выходе — заключение, оплата — 50% аванс, 50% — «в течение 10 дней со дня передачи Заказчику заключения».

Словом, обычный договор оказания услуг... Но в разделе «особые условия» прописано обязательство Исполнителя дать Заказчику скидку по договору поставки лифтов. С оговоркой: если стороны этот договор когда-нибудь заключат.

Лифты подошли. И вторым договором стал договор поставки лифтов — с оговоренной скидкой.

## 6.2. НЕ ДОГОВОРИЛИСЬ, НО ПОТРАТИЛИСЬ (НЕДОБРОСОВЕСТНО)

Надеюсь, схема вам понравилась и на будущее пригодится. Но думаю, вы заметили: схема работает, если «потратились, но договорились». А если не договорились?

Смотря как не договорились. Если добросовестно, как в примере с помидорами, — то ничего. Если добросовестность «выпала», тогда у вас два пути.



Схема 5. Расходы на переговоры

### 6.2.1. ПЕРВЫЙ ПУТЬ

«Переиграем» пример с лифтами и строителем. Допустим, стороны договорились иначе. Присылайте специалистов за свой счет, пусть посмотрят, подойдут лифты или нет, а там видно будет. Важно: заверения «оплатим расходы» — НЕТ.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Выходит, одна сторона оказывает другой стороне услугу ради будущего договора, а вторая НЕ обещает эту услугу оплатить или зачесть в счет будущего договора. Тут судьба расходов на переговоры зависит от осмотрительности доверчивой стороны. По уму, приехавшим специалистам хорошо бы:

1) Поставить отметки в командировочных о прибытии/убытии к строителям. Сейчас уже не обязательство. Закон не требует обязательного составления командировочного, если вы посылаете куда-то своего работника.

Но практика командировочных жива и поныне. И думаю, еще и нас с вами переживет. Потому что отметка принимающей стороны — великолепное доказательство: ваш представитель был у второй стороны. Лишает вторую сторону возможности говорить: «Да мы их впервые видим, никто не приезжал».

2) Наплодить как можно больше бумаг — с подписями обеих сторон. Специалисты фотографируют шахты — составляют акт фотосъемки. Специалисты проводят замеры — акт замеров. Специалисты изучают состав материалов — акт осмотра. И все эти бумаги тут же, при составлении, суют на подпись сопровождающим. Потом приложим к итоговому документу.

3) Передать итоговый документ надлежащему лицу. В данном примере итоговым документом будет, допустим, заключение о пригодности лифтов. Или о непригодности. Не суть важно. Главное, чтобы документ был составлен и передан под роспись ЕИО принимающей стороны.

Можно, конечно, и представителю по доверенности. Тогда в доверенности, в идеале, должно быть отдельно прописано полномочие представителя на приемку документов. Что бывает редко. Поэтому проще и безопаснее вручить заключение ЕИО. Или иному лицу, кое в силу ЕГРЮЛ «действует от имени юрлица без доверенности». Если примет под роспись, да еще и печать поставит — замечательно.

Допустим, специалисты все так и сделали. Все. Обратной дороги нет. Если строители «включат заднюю», т.е. по любым причинам откажутся заключить договор поставки лифтов, «лифтеры» с вероятностью 90% взыщут со строителей деньги за оказанную услугу.

Заметили тонкость? Да. Формально, в суде, это будут именно деньги «за оказанную услугу по осмотру помещений заказчика на предмет пригодности к установке лифтов». Или иная похожая казенная формулировка. Фактически — расходы одной стороны договора («лифтеры»), косвенно связанные с ведением переговоров о заключении основного договора.

Строители, если дело дойдет до суда, скорей всего, будут уповать на три довода: а) нет договора, б) «Мы сказали: присылайте специалистов за свой счет», в) не согласована цена услуги.

Первый довод отбить проще пареной репы. Нормы ГК о «неосновательном обогащении» на то и писаны, когда договора нет. И вы в иске, и суд в решении приложат ответчика чем-то вроде:

«...отсутствие договора не влияет на характер фактических правоотношений сторон и не является обстоятельством, исключающим обязанность ответчика оплатить оказанные услуги». (*Постановление ФАС Поволжского округа от 11.10.2013 по делу № А06-8787/2012*)

Второй довод выйдет на сцену, только если ответчик сможет доказать, что была именно такая договоренность. Допустим, перепиской. Если все-таки докажет, истец парирует: «Дык мы за свой счет и прислали, а про не выставлять потом эти расходы вам — уговора не было. Приняли услугу без замечаний — платите». И будет прав. Или: «Командировочные расходы мы вам не выставляем; оплатите цену услуги — за вычетом командировочных».

Третий довод тоже довольно просто развалить... если вы хорошо знаете матчасть. Договор возмездного оказания услуг, ст. 779 ГК, не предполагает цену услуги как существенное условие договора.

А значит, готовясь к процессу, готовим доказательства на тему: «услуга по осмотру помещений Заказчика на предмет пригодности к установке лифтов» стоит столько-то. Доказательства — справка ТПП (торгово-промышленная палата), справка конкурента, заключение эксперта, заключение специалиста, заключение какой-нибудь СРО — насколько фантазии хватит<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> О создании доказательств, о созидательном мышлении юриста в сторону доказательств и не только читай *Оробинский В.В.* Чему до сих пор не учат на юрфаке: как думает юрист. — Ростов н/Д: Феникс, 2015.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

И все. Кирдык ответчику. Суд вас поймет:

«...при оценке данных доводов ответчика суд также принимает во внимание то, что согласно положениям главы 39 ГК РФ цена подлежащих оказанию услуг не является существенным условием договора возмездного оказания услуг, в связи с чем **отсутствие в договоре согласованной сторонами цены не влияет на факт заключения договора и не может служить основанием для отказа от оплаты фактически оказанных услуг**»<sup>1</sup>.

Дело, скорей всего, вы выиграете. Хотя... до суда вряд ли дойдет. Как говорят японцы, «побеждай присутствием». Позиция у вас сильная. Но. Не будем недооценивать противника. Будем считать, у ответчика умные и грамотные юристы. Получив вашу досудебную претензию, очень вероятно, посоветуют руководству расплатиться без суда. Или как-то иначе договориться. Потому что в суде — явный проигрыш.

#### 6.2.2. Второй путь

Усложним задачу. Дано:

1) Заверение принимающей стороны (строителей) «оплатим расходы».

2) Командировочные с отметками.

3) Односторонние документы по осмотру. Принимающая сторона напрочь отказалась что-либо подписывать. Стандартные «отмазки»: нет полномочий, мне нельзя, все через директора, а директора нет на месте, когда будет — неизвестно, и т.д.

4) Доказательства отправки итогового заключения второй стороне. Чек и опись. А в ответ — тишина.

Здесь начинается второй путь. Сложный и тернистый. Прежде всего, вам придется доказать чужие слова — «оплатим расходы». Если

---

<sup>1</sup> Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 13.01.2015 № Ф02-6102/2014 по делу № А74-2750/2014. Такой же подход: Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 21.09.2015 № Ф03-3619/2015 по делу № А59-4788/2014, Постановление ФАС Северо-Западного округа от 24.05.2011 по делу № А44-4433/2010, Постановление ФАС Уральского округа от 03.10.2012 № Ф09-9228/12 по делу № А71-13589/2011 и т.д.

переписка, читай — переговоры шли по электронной почте, то — докажете. Составляем акт изъятия переписки<sup>1</sup>. Или — подтягиваем нотариуса и делаем протокол осмотра почтового ящика<sup>2</sup>.

Второе важное обстоятельство — сумма расходов. Тоже как-нибудь докажем. Односторонние документы по осмотру + объяснительные записки специалистов, где они были и что делали + сколько такая услуга стоит по прейскуранту вашей фирмы для любого другого лица. Дополнительно — экспертное заключение или заключение специалиста. Уже что-то...

С фактами понятно. Переходим к праву. И вот тут-то начинается «веселье»... На втором пути три развилки. Куда идти?!

*Первая. Иск из договора.* Толкуем так: наше предложение приехать осмотреть лифты — оферта, слова «оплатим расходы» — акцепт. А значит, заключен договор возмездного оказания услуг. Договор есть, пускай и не в виде бумажного документа. Платите.

Получился классический иск из договора. Основание, в частности, ст. 779 и 781 ГК — Заказчик обязан оплатить оказанные услуги. В ответ услышим «договора нет, мы ничего не подписывали». И, пожалуй, встречный иск о признании договора незаключенным.

Не беда. Ответчик получил наше заключение и молчит. Значит, принял исполнение. Расчехляем «тайное оружие империи» — эстопель<sup>3</sup>, ст. 432 ГК, п. 3. Радостно пишем в иске:

«Сторона, принявшая от другой стороны полное или частичное исполнение по договору либо иным образом подтвердившая действие договора, не вправе требовать признания этого договора незаключенным, если заявление такого требования с учетом

---

<sup>1</sup> Другие названия из практики: «акт осмотра почтового ящика», «акт выемки электронной почты», «протокол фиксации корреспонденции своими силами» и т.д. По давней «совковой» традиции любой акт составляем троим. К примеру, директор, начальник IT-отдела, менеджер.

<sup>2</sup> Правовое основание, в частности, «Основы законодательства РФ о нотариате» (утв. ВС РФ 11.02.1993 № 4462-1), ст. 103, п. 1: «В порядке обеспечения доказательств нотариус допрашивает свидетелей, производит осмотр письменных и вещественных доказательств, назначает экспертизу». Из практики см. также Постановление Арбитражного суда Московского округа от 12.12.2014 № Ф05-13138/2014 по делу № А40-9671/14, Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 12.04.2011 по делу № А63-4698/2010 и т.д.

<sup>3</sup> Тоже выходец из Англии. Подробнее см. «Английское право».

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

конкретных обстоятельств будет противоречить принципу добросовестности».

Обещал «я оплачу» — так плати. Не заплатил — повел себя недобросовестно. «Поэтому, уважаемый суд, заявление ответчиком о незаключенности договора противоречит принципу добросовестности. Во встречном иске надлежит отказать».

Конечно, позиция слабее, чем в предыдущей главе... но очень может пройти. Примеров в практике хватает, ограничусь одним:

«...действия покупателя, который принял товар, но не оплатил его, а затем при взыскании задолженности и неустойки в суде заявил о незаключенности договора ввиду несогласования предмета, могут быть расценены как недобросовестное поведение (попытка избежать ответственности за нарушение обязательств по оплате)». (Постановление 11ААС от 18.09.2015 № 11АП-10859/2015 по делу № А65-13405/2015)

*Вторая. Иск из переговоров.* Очень велик соблазн подать иск по ст. 434.1, п. 3. Вроде бы норма как раз на наш случай... Однако смущает формулировка. Вчитайтесь еще раз: «сторона, которая ведет или прерывает переговоры о заключении договора недобросовестно, обязана возместить другой стороне причиненные этим убытки».

Сторона силами второй стороны проверила шахты и прочее оборудование, убедилась: лифты не подошли. Все, говорить не о чем. Переговоры окончены. Именно окончены, а не прерваны. Так что «прерывает» — не наш случай.

Ладно. Можно ли заверение «я оплачу», данное в ходе переговоров, вместе с отказом платить считать недобросовестным ведением переговоров? Конечно. По-моему, нам с вами очевидно: обещал «плачу» — плати, не заплатил — повел себя недобросовестно. А суду? Сочтет ли суд такое поведение ответчика недобросовестным? В том-то и риск... Если суд «проглядит» недобросовестность — отказ в иске.

*Третья. Иск из заверения.* Самый шаткий путь. Для начала медиатируем над статьей 431.2 ГК, «заверения об обстоятельствах», курсив и разбивка на абзацы — мои:

«1. Сторона, которая при заключении договора либо до или после его заключения (*а если ВМЕСТО?! если заверение было, а договор так и не был заключен?*) 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.

Признание договора незаключенным или недействительным само по себе не препятствует наступлению последствий, предусмотренных абзацем первым настоящего пункта.

Предусмотренная настоящей статьей ответственность наступит, если сторона, предоставившая недостоверные заверения, исходила из того, что другая сторона будет полагаться на них, или имела разумные основания исходить из такого предположения.

2. Сторона, полагавшаяся на недостоверные заверения контрагента, имеющие для нее существенное значение, наряду с требованием о возмещении убытков или взыскании неустойки также вправе отказаться от договора, если иное не предусмотрено соглашением сторон.

3. Сторона, заключившая договор под влиянием обмана или существенного заблуждения, вызванного недостоверными заверениями, данными другой стороной, вправе вместо отказа от договора (пункт 2 настоящей статьи) требовать признания договора недействительным (статьи 179 и 178).

4. Последствия, предусмотренные пунктами 1 и 2 настоящей статьи, применяются к стороне, давшей недостоверные заверения при осуществлении предпринимательской деятельности, а равно и в связи с корпоративным договором либо договором об отчуждении акций или долей в уставном капитале хозяйственного общества, независимо от того, было ли ей известно о недостоверности таких заверений, если иное не предусмотрено соглашением сторон.

## РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

В случаях, предусмотренных абзацем первым настоящего пункта, предполагается, что сторона, предоставившая недостоверные заверения, знала, что другая сторона будет полагаться на такие заверения».

### 6.3. ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ЗАВЕРЕНИЯ

Первое, что приходит в голову... Заверение — это, вообще, что? Сделка или деликт? Мы подаем иск об убытках из заверения «оплатим расходы». Может ли Ответчик подать встречный иск о признании заверения недействительной сделкой?

К бабке не ходи, может. У нас вообще любят оспаривать все и вся. К примеру, есть уйма дел, когда одна сторона заявляла отказ от договора, а вторая — бегом в суд с иском «о признании недействительным отказа от договора»<sup>1</sup>.

Также и наш Ответчик может подать иск об оспаривании заверения. На раз. Но. Будет ли такой иск удовлетворен? Думаю, нет. Заверение — ДЕЛИКТ, а не сделка. И если сделку можно признать недействительной, то деликт — нельзя. В принципе невозможно.

Обосную. Вспоминаем матчасть. Сделка — «действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей» (ст. 153 ГК).

Деликт — внедоговорное обязательство из причинения вреда. «Вред, причиненный личности или имуществу гражданина, а также вред, причиненный имуществу юридического лица, подлежит возмещению в полном объеме лицом, причинившим вред» (ст. 1064 ГК).

Допустим, вы несли домой корзину с пирожными. Я шел рядом. Поскользнулся, падая, схватился за вас — завалил и вас, и корзину. Пирожные выпали в грязь. Безвозвратно испорчены. Что дальше?

---

<sup>1</sup> Практики — валом: Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 10.12.2015 № Ф01-5025/2015 по делу № А43-24497/2014, Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 30.12.2015 по делу № А56-69490/2014, Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 10.12.2015 № Ф02-6967/2015 по делу № А19-6449/2015

А) Если считать мои действия (завалил вас и корзинку) — сделкой?! Такая позиция возможна. Формально подходит под определение сделки из ст. 153 ГК. Своими действиями я прекратил ваше право собственности на пирожные. Вы пойдете с иском в суд о признании этого действия (сделки) недействительным?

Нет. Не имеет смысла. Этот способ защиты не обеспечит защиты вашего нарушенного права. Если суд признает мои действия (сделку) недействительными, вам от этого ни холодно ни жарко. Денег за пирожные вы не вернете.

Б) Если считать мои действия — деликтом?! Тогда все у вас хорошо. Я обязан возместить вред в силу закона, ст. 1064 ГК. Вы подаете иск о возмещении вреда и преспокойно выигрываете.

С пирожными просто и понятно, деликт чистой воды. А заверение?! «Как говорит судья Сарбаш: когда мы не знаем правильный ответ на какой-то вопрос, мы берем книгу с полки, и книга эта, как правило, немецкая. В ней мы обычно находим ответ. И это не случайно. Германское право основано на очень тщательной систематизации всего правового материала, исключительно кропотливой проработке вопросов права»<sup>1</sup>.

Это — типичный подход к непонятным вопросам наших ученых. Привыкли... тянуть решения у немцев. Знаете, в чем подвох? В вопросе «деликт или сделка» германское право нам не помощник. НЕТ там такого института.

А где есть? В том праве, откуда пришел этот институт. В английском. Там заверение может быть условием, вошедшим в договор из переговоров, дополнительным договором<sup>2</sup>... а также отдельным, внедоговорным обязательством из причинения вреда, вред путем обмана (*tort of deceit*)<sup>3</sup>. По-нашему — деликт.

В английском праве заверение «оплачу расходы» и обманул (не сдержал слово) = такое же противоправное деяние (деликт), как

---

<sup>1</sup> Интервью с начальником управления частного права ВАС Романом Бевзенко, источник: <http://pravo.ru/review/face/view/68723/>

<sup>2</sup> Подробнее см. «Английское договорное право. Просто о сложном», главы 5.1. и 5.2.

<sup>3</sup> А мы взяли с полки английскую книгу. *Кэтрин Эллиот и Франсис Квин. Обязательства из причинения вреда.* — 8-е изд. — Англия, *Pearson Education*, 2011. Глава 8.

### **РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ**

толкнул и выбил пирожные. И последствия деяний одинаковы: напакостил — отвечай, возмещай ущерб (убытки)<sup>1</sup>. Вполне здраво и логично.

Поэтому и наше право, считаю, должно идти тем же путем. Заверил и обманул = деликт. Понятно, от наших судов, особенно от СОЮ, можно ждать чего угодно. Но доктринально верна позиция «заверение = деликт». Если что, ссылайтесь на эту книгу. Как-никак, доктрина<sup>2</sup>.

Итак, доктринально Ответчик не сможет признать заверение недействительной сделкой. Все? Выиграли? Нет. Из «дыр» в формулировках ст. 431.2 ГК вытекает еще один вопрос. Еще одна лазейка для Ответчика. И — теоретический «головняк» для нас с вами.

#### **6.3.1. ПРИМЕНИМ ЛИ ИНСТИТУТ ЗАВЕРЕНИЙ, ЕСЛИ ОСНОВНОЙ ДОГОВОР НЕ БЫЛ ЗАКЛЮЧЕН?**

Статья 431.2 с первых строк говорит: «при заключении договора либо до или после его заключения». То есть вроде как должен быть договор... Но в третьем абзаце того же пункта прописано правило об «автономности» заверения:

«Признание договора незаключенным или недействительным само по себе не препятствует наступлению последствий, предусмотренных абзацем первым настоящего пункта».

Отсюда возможны два сценария. Первый: сторона завершила о чем-то другую, другая сторона понесла расходы, тем не менее стороны заключили договор, а потом по иску стороны договор признали незаключенным. Второй: сторона завершила о чем-то другую, другая сторона понесла расходы, но договора нет — наш случай.

То есть формально в первом сценарии вы взыщете убытки из заверений, т.к. есть договор, о котором говорит п. 1. ст. 431.2 ГК, а во втором — нет? Тупо потому, что нет договора?

---

<sup>1</sup> В английском праве нет понятия «сделка» в смысле ст. 153 ГК. Поэтому никому в голову не придет считать заверение сделкой.

<sup>2</sup> О доктрине как источнике права, как ссылаться на доктрину с примерами и практикой см. «Чему не учат на юрфаке: трилогия».

Мне кажется, такой формальный подход — ошибочен. Во-первых, суды уже не первый год считают:

«Таким образом, правовая природа недействительных и незаключенных договоров различна. Незаключенный договор — это несуществующий договор. Правовым последствием признания договора незаключенным является отсутствие обязательственных отношений между сторонами по нему, в связи с чем незаключенный договор нельзя признать недействительным». (*Постановление Двадцатого арбитражного апелляционного суда от 14.02.2012 по делу № А68-5504/11, определение ВАС от 20.05.2010 № ВАС-6087/10, постановление ФАС Дальневосточного округа от 19.03.2010 № Ф03-14/2010, постановление ФАС Московского округа от 22.11.2010 № КГ-А41/11442-10 и т.д.*)

Ага, т.е. незаключенного договора нет и никогда не было. А значит, нет разницы между «суд признал договор незаключенным» и «стороны не договорились, не заключили договор». А коль нет разницы, ст. 431.2 ГК позволяет взыскать убытки из заверения и при отсутствии договора.

Второй довод: заверение = деликт. ВНЕдоговорное обязательство. Возникает и «живет» БЕЗ договора. И ст. 431.2, позволяя взыскать убытки из заверения, устанавливает особый вид деликта — деликт из обмана.

Следовательно, ответ на вопрос «Применим ли институт заверений, если основной договор так и не был заключен?» — ДА, и еще раз да.

## 6.4. БУДУЩАЯ ПРАКТИКА

Из трех «развилки» второго пути наиболее перспективная в плане выигрыша первая. Далее — по нисходящей. У второй вероятность победы меньше. У третьей — еще меньше.

Оно и понятно. Нормы новые. Практики почти что нет. Думаю, через пару лет — в том числе и нашими с вами стараниями — практика сложится. И, наверно, перспективы/вероятности изменятся.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Там, скорее всего, подоспеют разъяснения ВС РФ — что и как применять.

Года два назад Евгений Суханов, корифей и основоположник, на одной конференции по изменениям в ГК сорвал аплодисменты словами: «Даже если мы запишем все, как в Англии, у нас все равно получится, как в России»<sup>1</sup>. Зная наш суд и ментальность, практика может пойти как угодно. И нормы о переговорах и заверениях будут применять так, как английским юристам и не снилось.

Поживем — увидим.



#### ДОМАШНЕЕ ЗАДАНИЕ

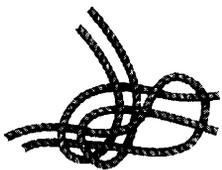
---

Первые «ласточки» по заверениям уже полетели. Изучите Постановление 21ААС от 24.10.2016 № 21АП-1331/2016 по делу № А84-581/2016 («интеллектуалка») и Постановление 10ААС от 30.11.2016 № 10АП-15932/2016 по делу № А41-29102/16 (подряд).

---

---

<sup>1</sup> Источник: [http://mcca.su/our-news/dazhe\\_esli\\_my\\_zapishem\\_vs\\_kak\\_v\\_anglii\\_u\\_nas\\_vs\\_ravno\\_poluchitsya\\_kak\\_v\\_rossii/](http://mcca.su/our-news/dazhe_esli_my_zapishem_vs_kak_v_anglii_u_nas_vs_ravno_poluchitsya_kak_v_rossii/)



# [7]

## ОБСТОЯТЕЛЬСТВО ИЗВНЕ. ОБЩАЯ СТРАТЕГИЯ И ИНСТРУМЕНТЫ (РИСК 2)

*Договорное право, собственно, выжженное поле брани. Над полем этим постоянно витает вопрос:*

*«Если завтра в другую сторону договора вселится мозгопоедающая тварь из глубин пространства и времени, что самое худшее она со мной сделает?»*

*Чарльз Стросс*

### 7.1. Что МОЖЕТ «ВЫЛЕЗТИ»?

Извне или изнутри? На переговорах и после? Частный случай я затронул выше: переговоры о покупке недвижимости. Продавец, как всегда, говорит: «Все здорово, здание сто лет стояло и еще сто простоит». Покупатель: «Было б сказано... Я хочу строительную экспертизу».

Ага, а эксперты установят, допустим: прогнил фундамент, стоимость ремонта = половина цены здания. Или — с фундаментом хорошо, но термиты источили стены, здание развалится от малейшего толчка. Или — с домом все в порядке, но грунтовые воды подмыли фундамент, и здание потихоньку, на сантиметр в месяц, ОСЕДАЕТ. О чем продавец, естественно, не знал. Как всегда, «добросовестно заблуждался».

В этом примере «вылезло», казенно говоря, ненадлежащее качество товара. А что может вылезти еще? Вообще? Рассмотрим в системе (схема б).

Столько опасностей... Страшно? Да. Потому-то еще римляне говорили: «*Caveat emptor*» — «Будь осторожен, покупатель!». И, наверно, тогда же появились первые схемы защиты... Не столько через право, сколько через предвидение, уловки и грамотный договор.

## РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ



**Схема 6. Опасности**

Общая стратегия — «связать» другую сторону договором, но так, что, если «вылезет» опасность, вы сможете разорвать эту связь без убытка для себя, на заранее согласованных условиях. Как?

Основных инструментов четыре. Договор. Предварительный договор. Опцион. Некий иной договор.

## 7.2. ДОГОВОР

Опять берем пример с поставкой лифта. Там стороны пытались исключить риск «не подходит для цели». Можно ли исключить этот риск, связав «лифтеров» договором? Без отдельного договора на оказание услуг, заверений и прочей экзотики? Сразу — договор?!

Можно. Матчасть нам в помощь, избранные нормы:

«Стороны своим соглашением вправе прекратить обязательство и определить последствия его прекращения, если иное не установлено законом или не вытекает из существа обязательства» (ст. 407 ГК, п. 3).

## [7] ОБСТОЯТЕЛЬСТВО ИЗВНЕ. ОБЩАЯ СТРАТЕГИЯ И ИНСТРУМЕНТЫ (РИСК 2)

«Изменение и расторжение договора возможны по соглашению сторон» (ст. 450 ГК, п. 1).

«Предоставленное настоящим Кодексом, другими законами, иными правовыми актами или договором право на односторонний отказ от договора (исполнения договора) (статья 310) может быть осуществлено управомоченной стороной путем уведомления другой стороны об отказе от договора (исполнения договора)» (ст. 450.1. ГК, п. 1).

«Договор может быть заключен на куплю-продажу товара, имеющегося в наличии у продавца в момент заключения договора, а также товара, который будет создан или приобретен продавцом в будущем, если иное не установлено законом или не вытекает из характера товара» (ст. 455 ГК, п. 2).

Отсюда делаем проект договора, где:

1. Продавец («лифтеры») обязан поставить Покупателю (строителям) лифт.

2. Лифт подробно описан в приложении 1 к договору. Берем любой лифт из прейскуранта продавца и описываем. Неизвестно, подойдет или нет, но — описываем. Зачем? Чтобы в договоре был предмет. Чтобы не вылететь на «не согласованы существенные условия» и следом — «договор не заключен». А предмет потом можно и изменить. Читайте дальше.

3. Продавец вправе передать Покупателю лифт только после визита специалистов Продавца. Цена визита — указываем «твердую» сумму. Цель визита: определить, подойдет Покупателю лифт, описанный в договоре, или нет.

4. Если Продавец не прислал специалистов, Покупатель вправе заявить односторонний внесудебный отказ от договора. Этот отказ прекращает договор и все обязательства. Никто никому ничего не должен.

5. Если Продавец прислал специалистов, но лифт не подошел и у Продавца нет другого подходящего лифта, со дня получения Покупателем заключения о непригодности наступают последствия:

А) Обязательство Продавца поставить лифт прекращено; и

Б) Покупатель обязан в течение десяти рабочих дней выплатить Продавцу твердую сумму за визит, согласованную в п. 3.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

6. Если Продавец прислал специалистов и выяснили: лифт, описанный в договоре, не подходит, но у Продавца есть другой, подходящий, тогда:

А) если Покупатель согласен принять другой лифт, Продавец передает Покупателю другой лифт и «стороны считают обязательство Продавца по поставке надлежаще исполненным»; и

Б) если Покупатель не согласен принять другой лифт — допустим, подходящий лифт стоит дороже, Покупатель не рассчитывал на такой ценник — наступают те же последствия, что и в пункте 5.

Вот, пожалуйста. Вполне рабочая схема. Можно ли применить схему в других отношениях? Допустим, в подряде? Конечно. К примеру, вы заключаете договор подряда... ну, пусть будет на строительство склада.

«Скелет» договора. Подрядчик обязан через год приступить к строительству ангара по адресу такому-то сякому-то. Подрядчик обязан закончить строительство за полгода после начала работ... Но только если:

1) До начала работ, за твердую, заранее согласованную в том же договоре сумму, Подрядчик смотрит стройплощадку, делает проект, составляет смету, назначает цену работ. И передает эти документы вам.

2) Подрядчик вправе приступить к работе, только если вас устроит цена и смета. При этом ваше молчание не есть согласие на производство работ, но — дает Подрядчику право заявить отказ от договора и требовать оплату работ, сделанных по п. 1).

3) Если вас не устроит цена, смета, что-то еще, вы преспокойно отказываетесь от договора, но платите Подрядчику сумму из п. 1).

4) Если все устраивает, с вашего письменного согласия Подрядчик приступает к работе.

Хорошо, а в оказании услуг? Можно и там. В чем-то даже проще. Как вы могли заметить, в обоих примерах одна из сторон передает второй стороне итог трудов — заключение по лифту, смету. После чего в силу договора у стороны возникает право требовать деньги.

## 7.3 ДОГОВОР ПОД УСЛОВИЕМ

Заметили? В основе схемы «свяжем сторону договором, а если что, выйдем» — институт сделок (договора) под условием. Коему в нашем ГК очень долго была посвящена аж целая одна статья. 157-я:

«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.

3. Если наступлению условия недобросовестно воспрепятствовала сторона, которой наступление условия невыгодно, то условие признается наступившим.

Если наступлению условия недобросовестно содействовала сторона, которой наступление условия выгодно, то условие признается ненаступившим».

Вроде бы просто и понятно, хорошая статья... Если бы не пыливый мозг некоторых судей. Люди в мантиях почему-то истолковали норму так: «Из смысла ст. 157 ГК РФ следует, что **условие не должно зависеть от действий (воли) участника сделки**». (Постановление 8ААС от 02.10.2008 по делу № А70-2055/11-2008. Такая же позиция: Постановление 19ААС от 24.07.2009 по делу № А14-15079/ 2008/269/2, Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 23.10.2009 по делу № А63-2969/2009 и т.д.)

Что на практике нередко оборачивалось... катастрофой:

«В то же время, по смыслу положений статьи 157 ГК РФ, условие, под которым может быть совершена сделка, должно иметь объективный характер, возможность его наступления или ненаступления не должна быть известна сторонам обязательства.

**Заключение договора аренды (субаренды) с истцом зависело от воли сторон, следовательно, формулировка обязательства по выплате 2000000,00 руб. не соответствует закону**

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

и в силу положений статьи 168 ГК РФ является ничтожной». (Постановление 13ААС от 13.12.2011 по делу № А56-21657/2011)

Еще:

«Так как всегда должна существовать вероятность как наступления, так и не наступления условия, то данное обстоятельство не должно зависеть от воли сторон и не может быть связано с их действиями.

Следовательно, продажа квартиры ответчиком по настоящему делу не может рассматриваться в качестве отлагательного условия указанного выше соглашения, поскольку указанное в качестве такового обстоятельство зависит от действий исключительно одной стороны — ответчика». (Апелляционное определение Верховного Суда Республики Башкортостан по делу № 33-4459/2015)

Получается, в нашем примере с лифтом у нас будет нормальный договор, так как условие «подойдет — не подойдет» неизвестно и не зависит от воли сторон; а в примере с подрядом договор может лечь, т.к. условие «устраивает цена или нет» зависит всецело от воли Заказчика.

Как-то бредово. А как же свобода договора? Почему в одном случае мы можем договориться как хотим, а в другом — нет? Потому что суд, видите ли, дотолковался до «условие не должно зависеть от воли сторон»?

На эту «бредовость» долго жаловались и бизнес, и теоретики, и практики. Законодатель нескоро, но — услышал. Сначала в ГК добавили ст. 327.1, так и называется «Обусловленное исполнение обязательства»:

«Исполнение обязанностей, а равно и осуществление, изменение и прекращение определенных прав по договорному обязательству, может быть обусловлено совершением или несовершением одной из сторон обязательства определенных действий либо наступлением иных обстоятельств, предусмотренных договором, в том числе полностью зависящих от воли одной из сторон».

Для особо одаренных применителей ВС РФ специально разъяснил:

«По смыслу пункта 3 статьи 157 ГК РФ не запрещено заключение сделки под отменительным или отлагательным условием,

наступление которого **зависит в том числе и от поведения стороны сделки** (например, заключение договора поставки под отлагательным условием о предоставлении банковской гарантии, обеспечивающей исполнение обязательств покупателя по оплате товара; заключение договора аренды вновь построенного здания под отлагательным условием о регистрации на него права собственности арендодателя)». (*Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой ГК РФ» п. 52, абз. 2*)

Вот теперь наконец-то институт сделки (договора) под условием заработал, как надо. И вы можете спокойно пользоваться «условными» договорами. Чтобы не быть голословным — практика. Суд утвердил мировое соглашение (договор) с условием:

«На основании ст. 327.1 ГК РФ, если Должник оплатит Кредитору в срок до «18» декабря 2015 г. денежную сумму в размере 1 500 000 руб., то Кредитор освобождает Должника (прощает долг) от оплаты остатка суммы, указанной в п. 4 настоящего соглашения, а именно от оплаты 494 146,92 руб.». (*Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 17.12.2015 № 09АП-51302/2015-ГК по делу № А40-94712/2015*)

И еще:

«При этом, в случае, если ответчик передаст помещение истцу до утверждения арбитражным судом настоящего мирового соглашения, стороны договорились считать передачу помещения обусловленным исполнением обязательств, предусмотренной статьей 327.1 ГК РФ.

Указанное означает, что в случае, если настоящее мировое соглашение не будет утверждено Арбитражным судом Уральского округа, ответчик вправе потребовать от истца вернуть помещение либо потребовать возмещения потерь (ст. 406.1 ГК РФ), размер которых будет составлять сумму, равную сумме процентов за пользование чужими денежными средствами, которая в итоге будет присуждена в пользу ответчика в рамках рассмотрения вышеуказанного дела А07-4378/2014». (*Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 31.08.2015 № Ф09-5885/15 по делу № А07-4379/2014*)

## 7.4. ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЙ ДОГОВОР

Схема «а давайте заключим сразу основной договор» устраивает далеко не всегда. Допустим, недвижимость. По договору купли-продажи закон требует регистрировать в гос. органе (Росреестр) загадочный «переход права собственности на недвижимость» (ст. 551 ГК, п. 1) — а не договор!!!

Сравните с: «Договор аренды здания или сооружения, заключенный на срок не менее года, подлежит государственной регистрации и считается заключенным с момента такой регистрации» (ст. 651 ГК, п. 2).

То есть в аренде регистрируется договор, а в купле-продаже — переход права. Ладно, пусть так. Нам сейчас интересно другое. Когда речь идет о гос. регистрации договора, это всегда деньги, время, нервы, очереди. Стороны не хотят «закабалиться», т.е. сразу заключать основной договор — мало ли что вылезет. Надо осмотреть, изучить, проверить, что там с «недвижкой» и как.

Увы, пока одна сторона изучает, другая вполне может продать кому-то еще. Извините, батенька. Вы слишком долго думали. Поэтому разумно и понятно желание покупателя связать продавца<sup>1</sup>. Как?

Если знакомы с практикой или хоть раз сами покупали/продавали квартиру (дом, гараж и т.д.), знаете: поскольку предварительный договор госрегистрации не подлежит<sup>2</sup>, то очень популярна

---

<sup>1</sup> О чем иногда пишут и судьи: «Использование юридической конструкции предварительного договора передачи имущества (в частности, аренды) имеет своей целью юридически связать стороны еще до того, как у контрагента появится право на необходимую для исполнения вещь, с тем чтобы в установленный им срок восполнить отсутствие условия, необходимого для заключения основного договора». (Постановление Президиума ВАС РФ от 14.07.2009 № 402/09 по делу № А41-К1-13707/07)

<sup>1</sup> Практики — до небес. В частности, «законодательство не содержит требований о регистрации предварительного договора аренды недвижимости». (Постановление Президиума ВАС РФ от 25.09.2012 № 6616/12 по делу № А55-8370/2010).

«Предварительный договор купли-продажи недвижимого имущества государственной регистрации не подлежит». (Обзор законодательства и судебной практики Верховного Суда РФ за третий квартал 2010 года (утв. Постановлениями Президиума Верховного Суда РФ от 08.12.2010).

«Установленное в п. 2 ст. 558 ГК РФ условие об обязательной государственной регистрации договора продажи части квартиры не является элементом формы этого договора, поэтому действительность предварительного договора купли-продажи недвижимости не может обуславливаться его государственной регистрацией». (Определение Верховного суда РФ от 20.07.2010 № 5-В10-42) И так далее.

схема «предварительный договор» — «основной». То есть мы связываем продавца предварительным договором, а потом заключаем основной.

А связываем ли?! Практика-то привычная, но защитит ли она вас от опасностей из схемы б? Хотя бы от брака/скрытых недостатков? Думаете, защитит? Точно?! Ну, держитесь:

«Истец Ж. обратился в суд с иском к Ц., М. о признании недействительными пунктов ... предварительного договора купли-продажи земельного участка с жилым домом, расторжении предварительного договора, взыскании денежных средств в размере..... руб., процентов за пользование чужими денежными средствами в размере..... руб., государственной пошлины в размере..... руб.,

<...> между сторонами был заключен договор купли-продажи земельного участка с жилым домом. На момент заключения предварительного договора ответчики (продавцы) имели на праве собственности только земельный участок. Дом был введен в эксплуатацию 17 августа 2012 г., право собственности за продавцами зарегистрировано 18 октября 2012 г.

На основании предварительного договора стороны обязались заключить основной договор купли-продажи земельного участка с домом не позднее трех рабочих дней с момента полной оплаты покупателем покупной цены. Датой полной оплаты было определено 01 февраля 2013 г.

Основной договор должен был быть заключен не позднее 06 февраля 2013 г., что было установлено вступившим в законную силу решением Дорогомиловского районного суда г. Москвы от 28 марта 2013 г. по делу №.....

Согласно условиям предварительного договора, покупатель совершил предоплату в размере: 29 января 2012 г. — ..... руб. (..... долларов США) — платеж, засчитываемый в покупную цену, который стороны назвали «гарантийным платежом» (п. п. 2.4.1. Договора); 12 апреля 2012 г. — ..... руб. (..... долларов США) — платеж, засчитываемый в покупную цену, который стороны назвали также «гарантийным платежом» (п. п. 2.4.2. Договора).

После того как истец провел экспертизу качества дома, которая выявила его аварийность, с июля 2012 г. между сторонами начались разногласия, правоустанавливающие документы продавцами до

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

01 августа 2012 г., как было установлено договором, предоставлены не были.

После этого покупатель прекратил осуществлять платежи по предварительному договору, уведомив продавцов об отказе от исполнения договора по причине некачественности дома, расторжении договора и возврате денежных средств.

27 июля 2012 г. было направлено уведомление о расторжении договора и 12 сентября 2012 г. — о возврате денежных средств. 19 ноября 2012 г. истцом подано исковое заявление в Дорогомиловский районный суд г. Москвы с требованием о расторжении предварительного договора купли-продажи земельного участка с жилым домом в связи с существенным неисполнением условий договора.

Решением Дорогомиловского районного суда г. Москвы от 23 марта 2012 г. по делу № 2-1025/13 в удовлетворении иска Ж. отказано, при этом суд удовлетворил встречный иск ответчиков об обязательстве заключить основной договор купли-продажи.

<...>

Отказывая в удовлетворении исковых требований Ж. о расторжении договора в связи с существенными нарушениями его условий со стороны ответчиков и многочисленными строительными недостатками дома, суд первой инстанции пришел к правильному выводу, что условия, связанные с качественными характеристиками приобретаемого дома, не являются существенными условиями заключенного между сторонами предварительного договора купли-продажи;

предварительный договор не содержит описания дома и требований к его качеству;

доводы о том, что при заключении предварительного договора купли-продажи основной интерес для покупателя представлял дом, объективными доказательствами не подтверждены и опровергаются содержанием предварительного договора купли-продажи, который не содержит описания технических характеристик домовладения;

истец, уклоняющийся от исполнения обязательств по предварительному договору и исполнения решения суда в течение длительного времени, допустил злоупотребление правом.

<...>

Довод апелляционной жалобы представителя истца о том, что предварительный договор купли-продажи подлежит расторжению

по причине ненадлежащего качества дома, не является основанием для отмены решения суда, поскольку истцом не представлено достоверных доказательств в подтверждении своих доводов о ненадлежащем качестве дома.

Истец ссылается на заключение АНО «Центр Экспертных Экспертиз», которым были установлены нарушения в технологии постройки дома на момент составления данного заключения, то есть по состоянию на 10.12.2012 года.

В то же время истцом не представлены доказательства того, что указанные в заключении нарушения имеют место быть и в настоящее время; а также истцом не представлены иные доказательства, подтверждающие непригодность дома для проживания на момент предъявления иска». (*Апелляционное определение Московского городского суда от 22.07.2015 по делу № 33-25979/2015*)

Сравните с другим решением:

«Из материалов дела видно, что между Л.С. и К. был заключен предварительный договор купли-продажи квартиры, расположенной по адресу: <адрес>, стоимостью <данные изъяты>. Основной договор купли-продажи должен быть заключен до 18 января 2013 года.

По условиям пункта 4.1 предварительного договора, в случае, если за неисполнение договора ответственен покупатель, то сумма задатка остается у продавца, а в случае уклонения продавца от заключения основного договора, задаток возвращается покупателю в двойном размере.

В обеспечение исполнения обязательств по предварительному договору купли-продажи 18 декабря 2012 года покупатель К. передала продавцу Л.С. в качестве задатка <данные изъяты>.

Из материалов дела также видно и не оспаривалось ответчиком в суде апелляционной инстанции, что на момент заключения предварительного договора купли-продажи квартира находилась в перепланированном состоянии, но сведения о перепланировке в технический паспорт внесены не были и согласование на перепланировку квартиры у него отсутствовало.

Разрешая заявленные требования и установив, что основной договор купли-продажи не был заключен в связи с тем, что квартира

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

была перепланирована ответчиком в отсутствие необходимых согласований, перепланировка узаконена не была, о чем истица при подписании договора не была поставлена в известность продавцом, и к моменту заключения основного договора купли-продажи документы о перепланировке истице представлены не были, суд первой инстанции пришел к правильному выводу о том, что вины К. в незаключении основного договора купли-продажи квартиры не имелось.

Соглашаясь с выводами суда первой инстанции, судебная коллегия принимает во внимание, что бесспорных доказательств того, что, соглашаясь приобрести квартиру и подписывая предварительный договор купли-продажи,

К. знала о произведенной ответчиком перепланировке и согласилась приобрести квартиру в таком состоянии без соответствующих документов, стороной ответчика не представлено. В предварительном договоре не отражено данное существенное условие, в дальнейшем дополнительное соглашение по данному вопросу сторонами составлено не было.

В силу положений части 2 статьи 475 ГК РФ, в случае существенного нарушения требований к качеству товара (обнаружения неустранимых недостатков, недостатков, которые не могут быть устранены без несоразмерных расходов или затрат времени, или выявляются неоднократно, либо проявляются вновь после их устранения, и других подобных недостатков) покупатель вправе по своему выбору: отказаться от исполнения договора купли-продажи и потребовать возврата уплаченной за товар денежной суммы.

Тот факт, что квартира продавалась в перепланированном состоянии без получения соответствующих документов, является существенным обстоятельством при заключении договора купли-продажи, поскольку изменяется площадь находящихся в квартире помещений и их конфигурация, а незаконная перепланировка возлагает на покупателя дополнительные расходы по ее оформлению либо приведению квартиры в первоначальное состояние.

Об отсутствии вины истицы в незаключении основного договора купли-продажи квартиры и о ее намерении приобрести квартиру свидетельствуют имеющиеся в деле доказательства: до дня заключения основного договора истица получила нотариальное согласие супруга на приобретение квартиры, получила выписку из ЕГРП на квартиру, 14 января 2013 года направила Л.С. телеграмму о необхо-

димости предоставления документов по предварительному договору купли-продажи.

<...>

Ссылка стороны ответчика в суде апелляционной инстанции на то, что перепланировка не препятствует заключению основного договора купли-продажи, что подтверждается продажей квартиры другим лицам, не может свидетельствовать о вине истицы в незаключении основного договора, поскольку согласие другого покупателя на приобретение квартиры являлось его личным волеизъявлением и реализацией его права выбора, а доказательств согласия истицы на приобретение квартиры в состоянии, не соответствующем технической документации, представлено не было». (Апелляционное определение Красноярского краевого суда от 09.10.2013 по делу № 33-9589/2013)

## 7.5. ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЙ ДОГОВОР + ОСОБЫЕ УСЛОВИЯ

Что общего? В обоих делах стороны не оговорили в предварительном договоре риск скрытых недостатков. Скорей всего, шли по типовой «болванке» из К+ или интернета.

Тем не менее, во втором деле покупатель защитил свои интересы, в первом — нет. Почему так? Усмотрение суда. В первом деле суд счел так, во втором — эдак. Может такая история повториться? Конечно, может. Как снизить риск? Прописать в предварительном договоре особые условия.

В самом деле, если в основном договоре могут быть особые условия на тот или иной случай, то почему бы не прописать то же самое в предварительном?! Для тренировки берем пункт 4.1. договора из второго дела:

«4.1. Если за неисполнение договора ответственен покупатель, то сумма задатка остается у продавца, а в случае уклонения продавца от заключения основного договора, задаток возвращается покупателю в двойном размере».

Дописываем:

«4.1.1. До заключения основного договора Покупатель вправе осмотреть Недвижимость. Также Покупатель вправе привлечь к осмотру эксперта (специалиста, иного знатока, далее — «Эксперт»).

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

#### 4.1.2. Если:

а) Продавец чинит препятствия в осмотре — к примеру, не пускает Покупателя или Эксперта на осмотр недвижимости, иным способом затрудняет осмотр;

*или*

б) в ходе осмотра установлено: недвижимость в аварийном состоянии, не подходит Покупателю в силу износа, ветхости, по иным причинам, в т.ч. связанным с состоянием имущества;

тогда Покупатель вправе заявить односторонний внесудебный отказ от Договора. Отказ прекращает все обязательства по Договору, за исключением обязательства Продавца вернуть Покупателю задаток — в двойном размере.

4.1.3. Если в ходе осмотра Недвижимости выявлены недостатки, но, несмотря на недостатки, Покупатель не утратил интерес к покупке Недвижимости, Покупатель вправе предложить Продавцу уменьшить цену Недвижимости на примерную стоимость устранения недостатков. Эту стоимость определяет Эксперт.

Если Продавец согласен с предложением Покупателя, стороны заключают основной Договор купли-продажи Недвижимости по цене, сниженной на сумму задатка и стоимость устранения недостатков.

Если Продавец не согласен с предложением Покупателя, Покупатель вправе, по своему выбору:

1) обратиться в суд с иском на основании ст. 429 ГК, п. 5: «в случае возникновения разногласий сторон относительно условий основного договора такие условия определяются в соответствии с решением суда» — в частности, для определения цены<sup>1</sup>; *или*

2) заявить односторонний внесудебный отказ от Договора. Отказ прекращает все обязательства по Договору, за исключением обязательства Продавца вернуть Покупателю задаток.

---

<sup>1</sup> А также пункт 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 05.05.1997 № 14: «Когда в предварительном договоре указано, что условие о цене будет определено сторонами в основном договоре, такая запись должна расцениваться арбитражным судом как достижение согласия сторон о включении в основной договор данного условия, и разногласия по установлению конкретной цены также подлежат рассмотрению арбитражным судом».

В данном случае Продавец возвращает Покупателю задаток в одинарном размере плюс 30 000 (тридцать тысяч) рублей — заранее согласованная сторонами компенсация расходов Покупателя на Эксперта».

Можно придумать и другие условия, но идея, думаю, ясна.



### ДОМАШНЕЕ ЗАДАНИЕ

---

Предварительный договор — хороший, гибкий инструмент. Можно использовать не только для исключения рисков, но и много для чего еще. Подумайте, где может пригодиться именно в вашей работе.

---

Чтобы вам было легче, расскажу еще одну схему. Быть может, пригодится. Покупатель дает за недвижку 4 000 000. Продавец «уперся рогом»: 4 500 000 и ни копейкой меньше, дешевле не отдам. На вас, господа, свет клином не сошелся, есть и другие. Дают больше.

Умный покупатель: «Ах, больше?! Давайте так. Продадите до мая за четыре с половиной — прекрасно. Никаких претензий. Но если нет, здание уходит мне. За 4. Готовы?» Продавец подумал-подумал, да и согласился.

Последствия:

«В момент нахождения здания базы в собственности ЗАО «Приморскуглесбыт» заключило 11.05.2004 договор купли-продажи с ООО «Лесная 12», где оговорена цена на имущество 4 000 000 руб.

Пунктами 4.2, 4.3 договора предусмотрено право продавца без согласования с покупателем продать до 09.05.2005 объект недвижимости третьему лицу по цене, превышающей 4 500 000 руб.

Если до 09.05.2005 продавец не продаст здание базы, то он будет обязанным передать его покупателю в срок, указанный в пункте 3.1. договора, а последний — оплатить за имущество 4 000 000 руб., то есть сумму, согласованную пунктом 2.1. договора.

Пунктом 4.6 договора предусмотрено: если продавец не продаст объект до 09.05.2005, то договор считается заключенным с момента

### **РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ**

его подписания сторонами и обязанности у сторон по договору купли-продажи объекта возникают с момента заключения договора.

Поскольку ЗАО «Приморскуглесбыт» здание базы до 09.05.2005 не продало в порядке, предусмотренном пунктами 4.2, 4.3 договора другому лицу, поэтому у продавца наступила обязанность передать его покупателю.

Так как это обязательство ответчиком не исполнено, покупатель обратился с иском в арбитражный суд, с обязанием исполнить договор купли-продажи о передаче спорного имущества.

Арбитражный суд, рассматривая спор, правомерно на основании статьи 157 ГК РФ пришел к выводу, что договор, заключенный истцом 11.05.2004, является сделкой, совершенной под условием *(и благополучно удовлетворил иск покупателя)*.

Поскольку постановление апелляционной инстанции принято в соответствии с нормами процессуального и материального права, доводы, изложенные в жалобе, были предметом исследования, поэтому оснований к его отмене не имеется». *(Постановление ФАС Дальневосточного округа от 17.06.2008 № Ф03-А51/08-1/2059 по делу № А51-2382/200714-128, курсив мой)*

## **7.6. ПРОШЛОЕ И БУДУЩЕЕ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО ДОГОВОРА**

Прошлое у предварительного договора было тяжким. Стороны, как всегда, хотели связать друг друга и подстраховаться, просто и незатейливо: не выполнил условие предварительного договора — верни задаток. Казалось бы, вполне понятный и разумный интерес.

Но суды — внезапно! — против. Увы, многие судьи — вот же «злые теоретики!» — принесли интерес сторон в жертву доктрине. И рождали «чудовищ» по своему разумению закона:

«В соответствии со статьей 380 ГК РФ задатком признается денежная сумма, выдаваемая одной из договаривающихся сторон в счет причитающихся с нее по договору платежей другой стороне, в доказательство заключения договора и в обеспечение его исполнения.

Из содержания указанной нормы следует, что задатком может обеспечиваться исполнение сторонами денежного обязательства по

заключенному между ними договору, должником по которому является или будет являться сторона, передавшая задаток.

*Предварительный договор не содержит каких-либо генежных обязательств сторон друг перед другом.*

Следовательно, суд апелляционной инстанции сделал правильный вывод о невозможности применения задатка в качестве обеспечения исполнения обязательств по предварительному договору, а также применения к возникшим из него отношениям последствий, предусмотренных пунктом 2 статьи 381 ГК РФ». (Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 15.02.2013 по делу № А32-18004/2010)

Ломали эту порочную практику долго и мучительно. Чтобы закрыть вопрос раз и навсегда, пришлось дописывать в ст. 380 ГК пункт 4: «Если иное не установлено законом, по соглашению сторон задатком может быть обеспечено исполнение обязательства по заключению основного договора на условиях, предусмотренных предварительным договором». Фууххх... Определились-таки. Года и не прошло...

Вторым камнем преткновения стал... см. выделенную курсивом фразу в решении. Да, более фундаментальный вопрос: могут ли из предварительного договора возникнуть другие обязательства, кроме как заключить основной договор? К примеру, обязательство пустить эксперта на осмотр «недвижки»? Или обязательство оплатить расходы на того же эксперта, если основной договор не будет заключен? Или еще какие обязательства?

Я всегда считал: да, могут. Обоснование — простейшее. Ст. 429 ГК не говорит, что из предварительного договора возникает ТОЛЬКО одно обязательство — заключить основной договор.

А раз так, свобода договора плюс общеправовой принцип «все, что не запрещено — разрешено». Поэтому стороны вольны включать в предварительный договор ЛЮБЫЕ обязательства.

Казалось бы, понятно и очевидно. Увы, до сих пор находятся... «самородки». Толкуют закон, руководствуясь непонятно чем. И, на «радость» сторонам, плодят очередного «монстрика». К примеру:

«По смыслу положений п. 1 ст. 429 ГК РФ из предварительного договора не могут вытекать никакие обязательства, кроме

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

обязательства по заключению основного договора». (*Апелляционное определение Кемеровского областного суда от 26.03.2015 по делу № 33-2974*).

Слава богу, есть и другие судьбы. Более понятливые и просветленные. И сейчас в арбитраже преобладает ДРУГАЯ позиция: «В силу положений п. 1 ст. 429 ГК РФ по предварительному договору стороны обязуются заключить в будущем договор о передаче имущества, выполнении работ или оказании услуг (основной договор) на условиях, предусмотренных в предварительном договоре.

*Соответственно, предварительный договор не может устанавливать для сторон каких-либо иных обязательств, в том числе обязанности передать имущество или вносить платежи за пользование им.*

При этом правила статьи 429 Кодекса не требуют того, чтобы имущество, являющееся предметом будущего договора, существовало на момент заключения предварительного договора. Согласно пункту 3 этой статьи предварительный договор должен лишь содержать условия, позволяющие установить предмет, а также другие существенные условия основного договора.

Вместе с тем, как следует из условий заключенного сторонами предварительного договора субаренды и обстоятельств, связанных с его исполнением, несмотря на свое название, этот договор помимо обязанности сторон заключить в будущем договор субаренды устанавливал непосредственную обязанность предпринимателя передать обществу «Стройфинанс» во владение соответствующие помещения для целей их последующей отделки и обязанность последнего внести плату за период такого владения.

Пунктом 3 статьи 421 Кодекса предусмотрено, что стороны могут заключить договор, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами (смешанный договор).

К отношениям сторон по смешанному договору применяются в соответствующих частях правила о договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре, если иное не вытекает из соглашения сторон или существа смешанного договора.

*Таким образом, заключенный сторонами спорный договор фактически являлся смешанным договором, содержащим не только*

*условия предварительного договора субаренды нежилых помещений, но и условия о передаче этих помещений во владение будущему субарендатору в специально оговоренных целях для выполнения отдельных работ и о внесении им платы.*

Действующее гражданское законодательство не содержит норм, запрещающих передавать помещения в не введенном в эксплуатацию здании для их отделки и ремонта.

Действующему законодательству также не противоречит установленная условиями спорного договора обязанность будущего субарендатора вносить плату за период нахождения помещений в его владении». (Постановление Президиума ВАС РФ от 15.01.2013 № 9798/12 по делу № А33-18187/2011, пометки мои).

Сравните выделенные курсивом фразы. Видите?! Суд вроде как признал старую позицию, потом оттолкнулся от этой позиции — и «прыгнул» в другую сторону. Признал предварительный договор смешанным, т.е. содержащим условия разных договоров<sup>1</sup>. А значит, из смеси предварительного договора с каким-то другим возникает НЕСКОЛЬКО обязательств, а не одно.

Думаю, в будущем такой подход дойдет и до СОЮ. Хотя, наверно, опять придется «допиливать» ГК. Писать в ст. 429 разъяснения для особо одаренных: «помимо обязательства заключить основной договор, из предварительного договора могут возникнуть и другие обязательства, если стороны о том договорились». Или что-то подобное.

Если идете по пути «предварительный договор с особыми условиями», дополнительно подстрахуйтесь. В шапке под словами «предварительный договор» добавьте слово «смешанный». А где-нибудь в конце — допустим, в разделе «заключительные положения» — формулировку вроде такой:

---

<sup>1</sup> На всякий случай напомним: «Стороны могут заключить договор, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами (смешанный договор). К отношениям сторон по смешанному договору применяются в соответствующих частях правила о договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре, если иное не вытекает из соглашения сторон или существа смешанного договора» (ст. 421 ГК, п. 3).

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

«При заключении Договора действительная воля сторон направлена на то, чтобы создать не только обязательство заключить основной договор, но и дополнительные обязательства. Эти обязательства указаны, в частности, в таких-то и сяких-то пунктах Договора. Сам Договор по правовой природе — смешанный, в смысле ст. 421 ГК РФ, п. 3».

Если хотите обеспечить исполнение по такому договору не задатком, а неустойкой — пожалуйста. Можете сослаться, в частности, на Постановление Президиума ВАС РФ от 12.02.2013 № 13585/12 по делу № А43-25969/2011, где:

«Гражданское законодательство не содержит норм, запрещающих применение сторонами неустойки в целях обеспечения исполнения обязательств, предусмотренных предварительным договором.

Возможность взыскания неустойки за неисполнение обязательства с неисправной стороны установлена также статьей 394 ГК. Таким образом, условие об уплате неустойки за неисполнение обязательства по заключению основного договора может быть включено в предварительный договор». (Также см. Постановление Президиума ВАС РФ от 08.04.2014 № 16973/13 по делу № А40-118038/12-105-1100)

Если хотите подстраховаться еще сильнее, действуйте через опцион.

## 7.7. Опцион

Понятие опциона появилось в нашем ГК только в 2015 г. Статья 429.2. «Опцион на заключение договора» и ст. 429.3. «Опционный договор». Практики, впервые столкнувшись с новыми статьями, отметили:

«Таким образом, ранее существовавшая практика по приобретению права на заключение договора получила свое законодательное закрепление. Выгода покупателя (приобретателя) состоит в том, что он может, но не обязан заключать с продавцом права определенный договор. Продавец, между тем, обязан заключить договор по требованию покупателя опциона, за что и получает определенную плату (вознаграждение).

## [7] ОБСТОЯТЕЛЬСТВО ИЗВНЕ. ОБЩАЯ СТРАТЕГИЯ И ИНСТРУМЕНТЫ (РИСК 2)

Следует отметить, что опционный договор имеет определенное сходство с предварительным договором. Отличие заключается в том, что если в предварительном договоре стороны договариваются о заключении основного договора, то по опционному договору сторона предоставляет за плату безотзывную оферту, которая может быть акцептирована в предусмотренный договором срок.

Именно возможность внесения платы по опционному договору выгодно отличает его от предварительного договора, так как судебная практика исходит из того, что по смыслу норм, регулирующих заключение предварительного договора, указанный договор не порождает для сторон денежных обязательств, а только обязательство заключить основной договор в будущем». (*Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 23.09.2015 № Ф01-2658/2015 по делу № А31-7898/2014*, пометки мои)

Я вам скажу проще. Договор, предварительный договор и опционный договор — три инструмента для ОДНОЙ цели: связать стороны обязательствами. Но! **Договор и предварительный договор связывают обе стороны, опцион — только одну.** О чем теперь прямо говорит кодекс:

«По опционному договору одна сторона на условиях, предусмотренных этим договором, вправе потребовать в установленный договором срок от другой стороны совершения предусмотренных опционным договором действий (в том числе уплатить денежные средства, передать или принять имущество), и при этом, если уполномоченная сторона не заявит требование в указанный срок, опционный договор прекращается. ... За право заявить требование по опционному договору сторона уплачивает предусмотренную таким договором денежную сумму» («выжимки» из ст. 429.3 ГК).

Таким образом, если стоит задача передать «недвижку» и подстраховаться от риска «вдруг вылезут недостатки», а мы решили пойти через опцион, договор будет выглядеть примерно так:

«1. По настоящему договору (далее — Договор) Продавец дает Покупателю право (далее — Право) купить недвижимое имущество (далее — Объект, описан в приложении 1 к Договору) по цене 1 000 000 (один миллион) рублей.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

2. Покупатель может воспользоваться Правом до 01.01.2016.

3. Право возникает у Покупателя в день оплаты цены Права.

4. Цена Права = 20 000 (двадцать тысяч) руб. (*иная сумма, как договоритесь*)

5. Покупатель обязан оплатить цену Права в течение пяти рабочих дней со дня подписания Договора. Неоплата считается отказом Покупателя от Договора; влечет прекращение Договора и всех обязательств.

6. Перед тем как воспользоваться Правом, Покупатель также вправе осмотреть Объект. Продавец обязан не чинить Покупателю препятствий в осмотре. Покупатель вправе привлечь к осмотру эксперта (специалиста, иного знатока, далее — Эксперт).

7. Если:

а) Продавец чинит препятствия в осмотре — к примеру, не пускает Покупателя или Эксперта на Объект, иным способом затрудняет осмотр;

*или*

б) в ходе осмотра установлено: Объект в аварийном состоянии, не подходит Покупателю в силу износа, ветхости, по иным причинам, в т.ч. связанным с состоянием имущества;

тогда Покупатель вправе заявить односторонний внесудебный отказ от Договора, а Продавец обязан вернуть Покупателю цену Права, указанную в п. 4 Договора. Срок возврата — пять рабочих дней со дня получения отказа Продавцом.

8. Если Покупатель не заявил отказ, но и не воспользовался Правом в срок, указанный в п. 2 Договора, Договор считается прекращенным. При этом цена Права возврату не подлежит.

9. Если Покупатель своевременно воспользовался Правом, Продавец обязан передать Объект в собственность Покупателя по цене, указанной в п. 1. Договора, при этом цена Права возврату не подлежит.

«Воспользуется Правом» значит: Покупатель своевременно направил Продавцу письменное уведомление о желании воспользоваться Правом, т.е. заключить договор купли-продажи Объекта.

10. Если для оформления перехода права собственности на Объект от Продавца к Покупателю будет необходимо — к примеру, по

требованию регистрирующего органа — оформить иной документ или документы, Продавец обязан оформить такие документы.

Также Продавец будет обязан передать Покупателю все документы, относящиеся к Объекту» — и так далее, пишем прочие условия.

Плюс этого пути — определенность: из опциона могут возникнуть несколько обязательств, о чем ясно говорит закон. Минус... нормы свежие. Практика только складывается. Но мне кажется, если вы нормально составите договор, то все у вас будет хорошо.



### ДОМАШНЕЕ ЗАДАНИЕ

**В опционах будьте крайне осторожны со словами!** Как вы думаете, почему в примере договора я назвал право покупки просто «Право»? А не «право преимущественной покупки» или там «преимущественное право»?!

Потому что одни так уже доигрались. Продавали право на заключение договора аренды, т.е. опцион на заключение договора аренды. Ну и, не мудрствуя лукаво, назвали право на заключение договора — «преимущественным правом». Последствия:

«Удовлетворяя иски о признании права собственности, суды исходили из буквального толкования условий спорного соглашения и на основании статьи 621 ГК РФ установили, что преимущественное право на заключение договора аренды по своей правовой природе безвозмездно, гарантировано законом, то есть возникает у арендатора по истечении ранее заключенного договора аренды, если договором не предусмотрено иное.

При этом суды указали, что в связи с отсутствием каких-либо договорных арендных отношений до заключенного договора субаренды от 18.04.2012, ООО «Август» не обладало «преимущественным правом» в силу закона и, соответственно, не могло приобрести его по отдельному соглашению (и признали договор продажи права ничтожным).

Суд кассационной инстанции не соглашается с выводами судов, считая их ошибочными исходя из следующего.<...> Действительно, как указывается в судебных актах, ООО «Август» не обладало преимущественным правом в силу закона, но оно имело возможность приобрести его по отдельному соглашению.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Именно таким отдельным соглашением и являлось Соглашение о преимущественном праве аренды № 48 от «12» апреля 2012 г.» (Постановление ФАС Московского округа от 11.12.2013 № Ф05-15561/2013 по делу № А40-45014/13-127-444. Курсив мой).

Домашнее задание — изучите это Постановление.

---

## 7.8. Иной договор

Как вы помните, общая стратегия — «связать» другую сторону договором, но так, что если «вылезет» опасность, вы сможете разорвать эту связь. Без убытка для себя. На заранее согласованных условиях. Еще один путь к цели — иной договор.

В случае с «недвижкой» таким договором будет... правильно, аренда с правом выкупа. На срок до года, чтобы не заморачиваться с госрегистрацией договора. Если в спокойные годы собственники ясно понимают, чего хотят, и пишут в объявлениях что-то одно — «продам» ИЛИ «сдаю», то в кризис — исчезает «или». Собственник рад пристроить «недвижку» хоть как-то. Готов рассматривать любые предложения.

И если вы честно предложите «давай сначала в аренду на полгода, а там, если понравится, куплю» — скорей всего, все переговоры сведутся к торгу по двум вопросам:

1) идет ли арендная плата в зачет выкупной цены, если идет — в каком размере;

и

2) как сейчас, «на берегу», определить выкупную цену имущества на дату будущей продажи, чтобы обе стороны остались довольны — доп. опасность «скачки валюты/инфляция».

При такой схеме покупатель/арендатор чувствует себя, как у Христа за пазухой. В ходе аренды можно изучить здание от подвала до антенны на крыше. Если что-то вылезет — или торг по выкупной цене, или расторгли договор, да съехали.

*Послесловие.* Вы можете спросить: зачем так извращаться? Может, в случае с «недвижкой», проще осмотреть объект с экспертом?

## [7] ОБСТОЯТЕЛЬСТВО ИЗВНЕ. ОБЩАЯ СТРАТЕГИЯ И ИНСТРУМЕНТЫ (РИСК 2)

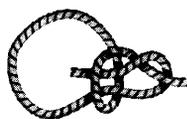
А там уже решать, подходит или нет. Вполне разумная и очевидная уловка<sup>1</sup>.

Которой, как ни странно, редко пользуются. То ли в голову не приходит, то ли мыслят по шаблону: «если эксперт — то письменное заключение, а это деньги — дорого — лишние расходы — дешевле поверить продавцу».

Между тем, по строительству и «долевке» есть обширная практика «серого заключения». Эксперта приглашают неофициально, за «магарыч» — в бутылке или в конверте. Эксперт заключение дает на словах, без бумаги и ответственности, потому и дешевле. Раза в три. Покупателю достаточно. Метод, быть может, годен для маленьких объектов. Квартира, частный дом, одноэтажный торговый павильон и т.д. Но есть и другие объекты, и другие риски. В любом случае, советую вам делать «по-белому», т.е. оформлять отношения с экспертом на бумаге и платить официально.

---

<sup>1</sup> По словарю Ушакова, «уловка — ловкий, хитрый прием, применяемый с целью достигнуть чего-нибудь или уклониться от чего-нибудь». Использую это слово в широком и добросовестном смысле: «уловка — любой эффективный прием, позволяющий снизить риски». Не обязательно «ловкий» или «хитрый».



# [8]

## **БРАК, НЕДОСТАТКИ, Б/У (обстоятельство извне, свойство товара-1)**

*Лучше ошибиться в цене, чем в товаре.*

*Бальтасар Грасиан-и-Моралес*

**С** каждым годом все хуже и хуже... И не только у нас... Вот статистика по Англии: «Новейшие исследования показали: каждая третья продажа б/у автомобиля таит какой-то обман. Включая хорошо известные схемы — машина после ДТП, машина в угоне, на машине «висит» долг прошлого собственника»<sup>1</sup>.

Тоже самое и у «юриков». Хотим купить оборудование для своей фирмы... А страшно. Мало ли что там внутри, какие «черти» водятся. Продавец говорит: «Все хорошо, вчера с завода». Ну да. Кто же скажет: «Завтра развалится»?!

Суды битком набиты спорами по качеству товара (брак/скрытые недостатки), реже — товар не подходит для цели покупателя. Но если с этим злом все более-менее очевидно, то с б/у сложнее.

Увы, «бывшесть» товара в употреблении часто невозможно заметить «невооруженным глазом», без эксперта. Если заметишь, то потом еще доказывай: товар поставлен б/у, а значит — ненадлежащего качества. Практика полна грустными историями, к примеру:

«Поставщик доставил покупателю один комплект оборудования для производства кирпича (250×120×65) в комплекте (гидропресс, маслостанция, шкаф управления, транспортер 5 м, дробилка). Данный факт признается сторонами и не оспаривается.

---

<sup>1</sup> Уикс, Джон Ф. Экономика одного процента: как общепринятая экономика служит богатым, затуманивает правду, искажает политику. — Лондон: *Anthem Press*, 2014. С. 27

Посчитав поставленное оборудование бывшим в употреблении и несоответствующим требованиям ГОСТа и ТУ, ИП Деев И.А. 11.11.2011 в адрес ИП Ступакова Д.В. направил требование о возврате 1 500 000 руб.

...Из материалов дела видно, что в нарушение статьи 65 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации ИП Деев И.А. не представил каких-либо доказательств, подтверждающих поставку ответчиком некачественного товара, более того: документально не подтвердил факт того, что в настоящий момент спорное оборудование находится в неисправном состоянии.

Ссылки ИП Деева А.И. на то, что оборудование неоднократно ломалось, в связи с чем ИП Ступаков Д.В. производил ремонт, также не подтверждены документально. Кроме того, суд кассационной инстанции отмечает, что договором поставки не предусмотрена обязанность поставщика осуществлять гарантийный либо иной ремонт поставленного оборудования. При таких обстоятельствах суды пришли к обоснованному выводу о том, что ИП Деев И.А. **не доказал факт поставки ему некачественного оборудования**». (*Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 23.10.2013 по делу № А63-15053/2012*)

Хорошо, как защититься? Из новых способов — заверения. Но начнем с классики.

## 8.1. КЛАССИЧЕСКАЯ ЗАЩИТА

Медитируем над матчастью, ст. 475 ГК, пометки мои:

«1. Если недостатки товара не были оговорены продавцом, покупатель, которому передан товар ненадлежащего качества, вправе по своему выбору потребовать от продавца:

соразмерного уменьшения покупной цены;

безвозмездного устранения недостатков товара в разумный срок;

возмещения своих расходов на устранение недостатков товара.

2. В случае существенного нарушения требований к качеству товара (обнаружения неустранимых недостатков, недостатков, которые не могут быть устранены без несоразмерных расходов или

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

затрат времени, или выявляются неоднократно, либо проявляются вновь после их устранения, и других подобных недостатков) покупатель вправе по своему выбору:

отказаться от исполнения договора купли-продажи и потребовать возврата уплаченной за товар денежной суммы;

потребовать замены товара ненадлежащего качества товаром, соответствующим договору».

Сразу вопрос: «б/у = товар ненадлежащего качества» или нет?! Вообще, что такое «ненадлежащего качества» — в практике искать можно долго. Каждый суд видит по-разному, да и от договора зависит...

ВОТ!!! Можем ли мы дополнить кодекс? В смысле, прописать в нашем договоре: 1) «поставка б/у = поставка ненадлежащего качества»? и 2) создать себе какие-то другие, дополнительные права, помимо предусмотренных ст. 475?!

«ДА» на оба вопроса. Почему? Во-первых, свобода договора. Во-вторых, для буквеедов и формалистов — «покажите, где это написано» — Постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах», п. 4.

Там:

«Если норма не содержит явно выраженного запрета на установление соглашением сторон условия договора, отличного от предусмотренного в ней, и отсутствуют критерии императивности, указанные в пункте 3 настоящего постановления, она должна рассматриваться как диспозитивная.

В таком случае отличие условий договора от содержания данной нормы само по себе не может служить основанием для признания этого договора или отдельных его условий недействительными по статье 168 ГК РФ».

В переводе на русский: если в статье ГК — в частности, в ст. 475 — нет явно выраженного запрета, пишите в договоре свои правила игры. Частный случай древнего принципа: «Что не запрещено законом — дозволено».

Поэтому вы можете смело прописать в договоре что-то вроде:

«Продавец обязан поставить новый товар, т.е. не бывший в употреблении. Поставка товара, бывшего в употреблении, считается поставкой товара ненадлежащего качества».

Или: «Поставка товара, бывшего в употреблении, запрещена.

Если Продавец нарушит данное условие договора, Продавец обя-

[зан...» — и дальше санкция. К примеру, «выплатить Покупателю неустойку в размере 50% цены товара».

Таким образом, общая канва: приравниваем в договоре б/у товар к товару ненадлежащего качества; если нас устраивают права из 475-й статьи ГК, на том и останавливаемся. Если нет, то либо наделяем покупателя дополнительным правом, либо «вешаем» на продавца дополнительную обязанность — к примеру, уплатить неустойку (штраф).

Чтобы не быть голословным, практика:

«В случае поставки товара ненадлежащего качества, товара, не соответствующего условиям договора и/или опросному листу, установленным для данного товара, подтвержденной актом о выявленных недостатках товара, поставщик уплачивает покупателю штраф в размере 10% от стоимости поставленного товара ненадлежащего качества или товара, не соответствующего условиям договора, опросному листу по цене товара, указанной в приложении.

Уплата штрафа не освобождает Поставщика от исполнения обязанности по замене товара, предусмотренной пунктами 5.3 и 9.6 Договора (пункт 8.4 Договора).

<...> Поскольку установлены факты ненадлежащего исполнения ответчиком договорных обязательств, суды пришли к обоснованному выводу о наличии у ЗАО «Металлы и трубы» обязанности уплатить ОАО «ТНК-ВР Холдинг» предусмотренные Договором неустойку и штраф». (Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 26.07.2011 по делу № А75-9489/2010)

## 8.2. Классика + односторонний отказ

По общей канве мы получаем неустойку с продавца... но товар остается у нас. То есть мы таки получили товар, бывший в употреблении. Зачем, спрашивается?! Если б/у товар нам не нужен от слова «совсем»?

Можем ли мы выговорить себе право на односторонний внесудебный отказ от б/у товара... и договора? И еще неплохо бы неустойку получить — за беспокойство, нервы, разочарование?!

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Да, можем. Но здесь есть одна тонкость, которую стоит учесть. Как видно из ст. 475 ГК, недостатки товара бывают двух видов. Просто «недостатки» и «существенные нарушения требований к качеству товара».

По второму виду в доктрине и практике прижился более краткий термин: «существенные недостатки»<sup>1</sup>. «Просто недостатки» дают покупателю три права из п. 1 ст. 475. «Существенные» — два ДРУГИХ права из п. 2 ст. 475 ГК. Право на замену товара и право на отказ от договора.

Догадываетесь, как быть? Именно. Приравниваем в договоре б/у-шность к существенному недостатку<sup>2</sup>. Так: «поставка товара, бывшего в употреблении, считается поставкой товара с существенным и неустранимым недостатком».

Или эдак: «поставка товара, бывшего в употреблении, считается поставкой товара с существенным нарушением требований к качеству товара».

Для подстраховки можно еще в начале договора — раздел «предмет» или «цели» — особо оговорить: «покупателю принципиально важно получить именно товар, не бывший в употреблении, это — существенное условие договора». А дальше расписываем механизм и последствия. Назовем этот раздел договора традиционно «порядок поставки». Пишем, к примеру:

---

<sup>1</sup> См., к примеру, Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 07.05.2015 № Ф08-2219/2015 по делу № А32-3201/2013, Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 02.02.2015 по делу № А56-21649/2012, Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 01.10.2015 № Ф09-6620/15 по делу № А76-27812/2014.

Из доктрины: *Богдан В.В.* Существенный недостаток товара (работы, услуги) как основание отказа потребителя от исполнения договора: проблемы теории и практики // Российская юстиция. 2013. № 11. С. 1–3. *Асосков А.В.* Коллизионное регулирование договорных обязательств. — М.: Инфотропик Медиа, 2012. 640 с.

<sup>2</sup> Если у вас до сих пор есть сомнения, вправе ли мы так играть с недостатками, то вам ответит ВАС: «Например, статья 475 ГК РФ о последствиях передачи покупателю товара ненадлежащего качества не исключает право сторон своим соглашением предусмотреть иные последствия названного нарушения (в том числе по-иному определить критерии существенности недостатков товара или дополнить те права, которые предоставляются данной статьей покупателю)». Постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах», п. 4.

«5.1. Продавец обязан передать товар Покупателю в течение семи рабочих дней со дня получения аванса. Днем получения аванса считается день списания денег со счета Покупателя.

5.2. Продавец обязан своими силами и за свой счет доставить товар Покупателю по адресу Покупателя (адрес указан в разделе «Адреса и реквизиты сторон»).

5.3. Продавец обязан организовать доставку так, чтобы автомобиль (иное транспортное средство) с товаром прибыл к Покупателю в пределах рабочего времени Покупателя. То есть в будний (рабочий) день, с 9:00 до 18:00, перерыв с 13:00 до 14:00.

5.4. Покупатель обязан принять товар и подписать сопроводительные документы на товар (товарная накладная, товарно-транспортная накладная и т.д.).

Подпись документов без замечаний не лишает Покупателя права предъявлять претензии Продавцу, в частности по свойствам товара (качество, количество, бывший в употреблении и т.д.).

Если в сопроводительных документах на товар есть оговорка «претензий не имею» или аналогичная, такая оговорка не имеет силы.

5.5. Покупатель обязан проверить товар в течение десяти рабочих дней. Если при проверке выяснится: Поставщик поставил товар с существенными недостатками (в т. ч. товар, бывший в употреблении), Покупатель вправе принять одно из двух решений:

1) принять товар, бывший в употреблении, но с уменьшением цены товара;

*или*

2) заявить односторонний внесудебный отказ от Договора.

Дополнительно Покупатель может воспользоваться другими правами, предусмотренными законом (в частности, ст. 475 ГК, п. 1).

5.6. О принятом решении Покупатель уведомляет Продавца в течение десяти рабочих дней с даты принятия товара — путем отправки уведомления. Датой принятия товара считается дата подписания Покупателем сопроводительных документов, указанных в п. 5.4. Договора.

5.7. Покупатель вправе отправить Продавцу уведомление любым доступным способом (эл. почта, факс, СМС и т.д.).

5.8. В уведомлении Покупатель сообщает Продавцу о принятом решении. В зависимости от решения наступают последствия:

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

5.8.1. Если Покупатель согласен принять товар, бывший в употреблении, но с уменьшением цены товара, тогда:

- 1) цена товара считается сниженной до размера аванса;
- 2) договор исполнен в части обязательства Продавца передать товар, остальные обязательства продолжают действовать — в частности, гарантийное обязательство Продавца.

5.8.2 Если Покупатель заявил отказ от Договора, тогда в течение двадцати рабочих дней со дня отправки уведомления об отказе Продавец обязан:

- 1) своими силами и за свой счет забрать товар у Покупателя; *и*
- 2) вернуть Покупателю аванс; *и*
- 3) заплатить Покупателю неустойку в размере аванса.

5.8.3. Если Продавец не исполнит обязательство забрать товар, предусмотренное пунктом 5.8.2 Договора, подпункт 1), тогда:

А) Покупатель вправе вернуть товар Продавцу силами привлеченного третьего лица (почта, транспортная компания и т.д.), отправив товар Продавцу по адресу Продавца, указанному Договоре; *а также*

Б) Продавец обязан возместить Покупателю расходы по возврату товара (цена услуг третьего лица; к примеру, цена отправки товара транспортной компанией).

5.9. Истечение срока Договора не прекращает обязательства, установленные пунктами 5.8.2 и 5.8.3 Договора. Эти обязательства могут быть прекращены только надлежащим исполнением».

## 8.3. КАК УСТАНАВЛИВАТЬ ФАКТЫ

Даже если вы в договоре подробнее описали последствия поставки б/у товара, не расслабляйтесь. Выше была практика: «не доказал факт поставки некачественного оборудования». Вот-вот...

Отсюда вопрос: как и чем доказать, что вы получили б/у товар и что товар был б/у ДО передачи вам? Продавец-то будет разводить руками: ничего не знаю, мы вам поставили новый товар, это вы пользовались товаром — и товар стал б/у.

Тот же самый «головняк» будет и по другим рискам — брак, скрытые недостатки и т.д. Докажи, что недостатки возникли не

из-за тебя. А Продавец, конечно, валит на Покупателя. Любимая «отмазка»: «брак возник из-за неправильной эксплуатации (реже — хранения) товара Покупателем».

Разумеется, если вы предложите Продавцу подписать акт (иной ДВУСТОРОННИЙ документ), удостоверяющий факт поставки товара с недостатками (в т.ч. б/у), недобросовестный Продавец не подпишет. Кто ж даст против себя доказательства?! Угу, поищите дурака.

Что же делать? Подписать акт самим? Хорошо бы... Но может кончиться вот чем: «Суды установили, что в данном случае неоднократность обнаружения недостатков, которые не могут быть устранены, предпринимателем не доказана, так как **представленные истцом документы составлены в одностороннем порядке без приглашения и уведомления ответчика.**

Доказательства того, что имеются неустранимые дефекты ворот, а также того, что работы по монтажу выполнены некачественно, истцом суду первой инстанции не представлено». (Постановление ФАС Северо-Западного округа от 04.03.2014 № Ф07-486/2014 по делу № А21-2218/2013)

Правильный ответ — установить в договоре:

- 1) доказательства нужных фактов (*что и чем доказываем*);
- 2) порядок изготовления доказательств;
- 3) право одной стороны составлять доказательства в одностороннем порядке — с уведомлением и приглашением второй стороны (*меньше рисков*) или без (*больше рисков*).

К примеру, так:

«В силу пункта 7.1 договора претензии по качеству предъявляются покупателем в течение установленного на товар срока годности при соблюдении надлежащих условий хранения.

В случае обнаружения качественных недостатков товара покупатель обязан составить соответствующий акт. При этом вызов представителя поставщика для составления акта является обязательным.

В случае неприбытия представителя поставщика в течение 5 календарных дней покупатель может составить акт в одностороннем

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

порядке. <...> Срок действия договора — 3 календарных года с момента подписания. Прекращение договора не освобождает стороны от исполнения обязательств, предусмотренных договором и неисполненных на момент прекращения договора». (*Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 11.12.2014 № Ф08-8409/2014 по делу № А25-1371/2013*)

Или так:

«В случае выявления уполномоченным представителем покупателя несоответствия продукции требованиям товаросопроводительных документов, условиям договора, составляется соответствующий акт, в котором указываются выявленные дефекты и несоответствия.

Акт составляется в количестве двух экземпляров, по одному для каждой стороны. В случае отказа уполномоченного представителя поставщика от подписания такого акта в нем делается соответствующая запись и акт подписывается со стороны покупателя. Акт, подписанный одной из сторон, имеет силу, если другая сторона не докажет уважительности причин отказа от подписания акта». (*Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 19.08.2015 № Ф08-5507/2015 по делу № А32-46905/2014*)

Более экстремальный подход:

«Согласно пункту 4.5 Договора при обнаружении покупателем в течение 30 календарных дней после принятия товара видимых механических повреждений и/или некомплектности товара, а также отсутствие инструкции на русском языке, руководства по эксплуатации, гарантийных талонов и/или иной требуемой документации, такой товар подлежит доукомплектованию, замене или возврату на усмотрение покупателя в соответствии с пунктом 5.1 Договора.

Пунктом 5.1 Договора установлено, что при наступлении событий, предусмотренных в пункте 4.5 Договора, **покупателем в одностороннем порядке составляется акт** и в течение 3 рабочих дней вместе с претензией направляется в адрес поставщика. Поставщик обязан в течение 15 календарных дней с даты получения претензии и акта произвести доукомплектование товара, либо замену, либо принять обратно данный товар на усмотрение покупателя, в

соответствии с требованиями, изложенными в претензии». (*Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 07.11.2014 по делу № А56-54544/2013*)

Заметили?! В отличие от двух предыдущих, в третьем деле (договоре) нет обязательства вызвать представителя другой стороны. Извещение вроде как и есть, но... простая формальность.

Извещение идет постфактум, т.е. после составления акта, когда факт брака уже установлен. Все, поезд ушел. Получив извещение, вторая сторона вряд ли сможет что-то сделать... На что и рассчитано!

Насмешка судьбы. При хорошей и грамотной формулировке в договоре покупатель, тем не менее... с треском проиграл дело. Почему? Причин две, цитирую решение:

1) «Из материалов дела следует, что спорные товарные накладные подписаны Ассоциацией без возражений, не имеют каких-либо отметок о недостатках товара или отсутствии необходимых сопроводительных документов, лицензий».

2) «Поскольку Ассоциацией не исполнены требования Договора и ГК о направлении Обществу уведомлений о ненадлежащем качестве товара, суды пришли к обоснованному выводу о недоказанности довода Ассоциации о поставке Обществом товара ненадлежащего качества».

Выходит, Покупатель сначала заложил в договор выгодный себе порядок установления фактов, а потом сам же этим порядком (преимуществом) не воспользовался. Как говорят в Штатах, «сам себе в ногу выстрелил». Исполни Покупатель требования договора — которые сам же и прописал! — итог был бы другим. Пример:

«Указание на составление акта недостатков в одностороннем порядке подлежит отклонению с **учетом согласования сторонами составления такого акта в одностороннем порядке пунктом 4.5.6 договора**». (*Постановление ФАС Московского округа от 08.04.2014 № Ф05-2539/2014 по делу № А40-131701/12*)

Вспомните текстовку договора для защиты от поставки б/у товара. Теперь, понимая практику, руки так и чешутся доработать пункт 5.5 Договора. Скажем, так — см. Примечание:

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

«5.5. Покупатель обязан проверить товар в течение десяти рабочих дней. Если при проверке выяснится: Поставщик поставил товар с существенными недостатками (в том числе товар, бывший в употреблении), Покупатель обязан составить акт о недостатках (далее — Акт). После чего Покупатель вправе принять одно из двух решений:

1) принять товар, бывший в употреблении, но с уменьшением цены товара; или

2) заявить односторонний внесудебный отказ от Договора.

Дополнительно Покупатель может воспользоваться другими правами, предусмотренными законом (в частности, ст. 475 ГК, п. 1).

*Примечание.* Покупатель составляет Акт в произвольной форме, в одностороннем порядке, в трех экземплярах. Акт служит надлежащим и достаточным доказательством наличия и существенности недостатков, а также прочих юридически важных обстоятельств — в частности, возникновения недостатков до передачи товара Покупателю. Покупатель прилагает Акт к уведомлению».

Стоит ли? Да. Если пройдет, вы получите огромное преимущество. А пройдет ли?! Начальство и менеджеры любят напутствовать юристов: «Заключите договор на самых выгодных для нас условиях». Это — недостижимая утопия. В договоре есть и вторая сторона. Которая тоже хочет себе «самые выгодные условия»... Или — не дать преимущество вам.

Договор — это всегда компромисс. Итог торговли сторон. Относительное равновесие. И на условия, дающие огромное преимущество одной стороне, не согласится вторая. Заведомо очевидно.

Бывает, конечно, всякое... Уровень современных выпускников, мягко говоря... ПУГАЕТ. Вполне может стать, юрист по ту сторону баррикад «лоханется» и проглядит пункт о тех же односторонних актах. Или — прочтет, но не поймет последствия... Бывает и так. Тогда — да, вы получите преимущество.

Но. Не считайте вторую сторону дурнее себя. Как показывает практика, договора на большие суммы читают ОЧЕНЬ внимательно. И «заключить договор на самых выгодных условиях», полностью «натянув одеяло на себя», у вас получится лишь в двух случаях:

1) вы — сильная сторона в договоре, второй стороне некуда деваться, как говорят англичане: «Или подписывай — или провали-

вай»; последствия — жди иск по ст. 428 ГК, п. 3<sup>1</sup>, а также огласку и ущерб доброму имени;

2) вы используете... недобросовестные практики. «Занос» представителю за подпись на договоре, напоить представителя перед подписанием и т.д.; последствия — многоликие, как минимум иски по ст. 174 ГК, п. 2 и по ст. 179 ГК, п. 2.

Поэтому большинство стараются вести дела добросовестно. Не потому, что так велит кодекс: «никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения» (ст. 1, п. 4.). Скорее, из шкурно-понятийных мыслей: «Нам же с ними еще работать» и «Кто с нами потом работать будет».

Поэтому практики давно пробуют создать честный — ну, ОТНОСИТЕЛЬНО честный — механизм установления фактов, который бы учитывал интересы обеих сторон. Из этих попыток родился способ:

## **8.4. УСТАНАВЛИВАЕМ ФАКТЫ С ПОМОЩЬЮ ТРЕТЬЕГО ЛИЦА**

В типовых болванках договоров этот способ обычно описывают так: «при наличии споров о качестве переданного товара стороны проводят экспертизу в следующем порядке: .....». Много-точие, порядок впишите сами.

Стороны «напрягают творческий мускул» и пишут в договоре что-то такое:

«Окончательная приемка товара по количеству и качеству будет осуществляться после проведения независимой экспертизы в пункте прибытия вагонов. Требования, связанные с недостатками принятого имущества, покупатель вправе предъявить поставщику в течение гарантийного срока — 30 дней с даты получения имущества (пункт 2.8 договора)». (*Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 21.09.2015 № Ф07-6281/2015 по делу № А05-149/2015*)

---

<sup>1</sup> Как раз на случай: «Если при заключении договора, не являющегося договором присоединения, условия договора определены одной из сторон, а другая сторона в силу явного неравенства переговорных возможностей поставлена в положение, существенно затрудняющее согласование иного содержания отдельных условий договора».

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Или эдакое:

«Для проверки поставленного товара в части их соответствия условиям контракта заказчик проводит экспертизу. Экспертиза может проводиться заказчиком своими силами или к ее проведению могут привлекаться эксперты, экспертные организации (п. 2.7 контракта)». (*Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 26.12.2015 № 15АП-20477/2015 по делу № А53-18609/2015*)

Слишком расплывчатые формулировки. Стандартная оплошность начинающих договорников: не продумывают «от и до». Да и начинать надо с другого. Прежде всего поговорите с экспертами. Могут ли они в принципе провести нужную вам экспертизу? Есть ли в той или иной экспертной организации подходящий специалист? Второе — сколько стоит экспертиза. Третье — сроки.

Сроков будет два: прибытия и проведения. Прибытия — как быстро эксперт сможет прибыть по вашему вызову. Второй — сколько будет проводить экспертизу, когда вы получите на руки заключение.

Тогда формулировка в договоре будет примерно такой:

«1. Покупатель обязан проверить товар в течение десяти рабочих дней. Если при проверке у Покупателя возникнут подозрения, что Поставщик поставил товар с существенными недостатками (в т.ч. товар, бывший в употреблении), Покупатель обязан отправить Поставщику сообщение о недостатках — любым доступным способом.

2. В течение пяти рабочих дней со дня получения сообщения о недостатках Поставщик обязан направить к Покупателю представителя для осмотра товара и составления акта о недостатках (далее — Акт).

1) Если Поставщик согласен с недостатками, стороны составляют Акт. Тогда Покупатель вправе заявить Поставщику требования, предусмотренные (таким-то пунктом Договора, пишем ссылку), а Поставщик обязан эти требования удовлетворить.

2) Если Поставщик не согласен с недостатками, Поставщик обязан: а) подписать Акт с замечаниями; б) совместно с Покупателем составить список вопросов к экспертам.

После чего Покупатель организует экспертизу в порядке, предусмотренном пунктом 4 Договора; при этом подпункты 2) и 3) пункта 4 неприменимы, так как вопросы для экспертов уже согласованы.

3. Если в течение пятнадцати рабочих дней со дня отправки сообщения о недостатках представитель Поставщика не прибыл к Покупателю, Покупатель вправе составить Акт в одностороннем порядке.

Покупатель составляет Акт в произвольной форме, в трех экземплярах. Акт служит надлежащим и достаточным доказательством наличия и существенности недостатков, а также прочих юридически важных обстоятельств — к примеру, возникновения недостатков до передачи товара Покупателю. Один экземпляр Акта Покупатель отправляет Поставщику.

4. Если в течение пятнадцати рабочих дней со дня отправки сообщения о недостатках представитель Поставщика не прибыл к Покупателю, но Поставщик письменно уведомил Покупателя о невозможности направления представителя по уважительным причинам, тогда:

1) Покупатель обращается за проведением экспертизы товара в Торгово-Промышленной Палате Авалонской области, по адресу г. Авалон, ул. Седой старины, д. 15 (далее — ТПП);

2) Перед обращением в ТПП за проведением экспертизы Покупатель направляет Поставщику список вопросов, которые Покупатель собирает поставить экспертам;

3) Поставщик в течение пяти рабочих дней со дня получения списка вправе предложить как доп. вопросы экспертам, так и свои формулировки вопросов, а Покупатель вправе учесть предложения Поставщика.

4) После экспертизы Покупатель обязан направить копию заключения Поставщику.

5) Наличие, причины появления, существенность недостатков, прочие юридически важные обстоятельства будут установлены заключением эксперта. Заключение эксперта обязательно и для сторон.

*Примечание.* Уважительные причины, упомянутые в начале п. 4, — болезнь представителя, пребывание представителя на

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

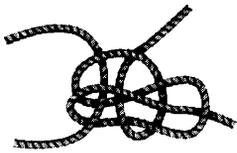
другом объекте, отсутствие квалифицированного представителя в связи с увольнением и т.д.

5. Если проведение экспертизы в ТПП невозможно по объективным причинам, Покупатель вправе провести экспертизу в любой другой экспертной организации по месту нахождения Покупателя.

6. Расходы по экспертизе Покупатель несет за свой счет. Но если экспертиза подтвердит недостатки товара, Поставщик обязан возместить Покупателю расходы на экспертизу по правилам ст. 406.1 ГК — бесспорно, в любом случае, в том числе и при отсутствии вины Поставщика в недостатках товара.

Надлежащим и достаточным доказательством суммы расходов будет договор с ТПП, акт сдачи-приемки работ и платежное поручение об оплате экспертизы».

«Много букв»? Громоздко? Не без того. Потому-то сторонам так нравятся односторонние акты. Меньше писанины, нет расходов на экспертизу, быстрее и т.д. Но если вторая сторона категорически против одностороннего порядка установления фактов, приходится «закладывать» в договор экспертизу. Лучше пока ничего не придумали.



# [9]

## «НЕ ПОДХОДИТ ПО СТАНДАРТУ»

(ОБСТОЯТЕЛЬСТВО ИЗВНЕ, СВОЙСТВО ТОВАРА-2)

*По взаимной договоренности спору решено  
продолжить после обеда.*

*Владимир Семенов*

**Е**ще один риск, который можно предвидеть на переговорах, но легко проглядеть. Здесь, в отличие от поставки с недостатками, больше рискует продавец (поставщик). Опять матчасть, на сей раз ст. 469 ГК:

«1. Продавец обязан передать покупателю товар, качество которого соответствует договору купли-продажи.

2. При отсутствии в договоре купли-продажи условий о качестве товара продавец обязан передать покупателю товар, пригодный для целей, для которых товар такого рода обычно используется.

Если продавец при заключении договора был поставлен покупателем в известность о конкретных целях приобретения товара, продавец обязан передать покупателю товар, пригодный для использования в соответствии с этими целями.

3. При продаже товара по образцу и (или) по описанию продавец обязан передать покупателю товар, который соответствует образцу и (или) описанию.

4. Если законом или в установленном им порядке предусмотрены обязательные требования к качеству продаваемого товара, то продавец, осуществляющий предпринимательскую деятельность, обязан передать покупателю товар, соответствующий этим обязательным требованиям.

По соглашению между продавцом и покупателем может быть передан товар, соответствующий повышенным требованиям к каче-

## РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

ству по сравнению с обязательными требованиями, предусмотренными законом или в установленном им порядке».

### 9.1. БЕЗДНА СТАНДАРТОВ

Как вы можете знать, у нас в стране действует БЕЗДНА стандартов, ГОСТов, СНИПов и прочих «неведомых зверушек». Многого осталось еще с советских времен.

Если вы пропустите в договоре «безобидную» формулировочку типа «продавец гарантирует покупателю соответствие качества и комплектности товара стандартам и техническим условиям», последствия могут быть... прискорбные. Покупатель, в случае чего, получит сильнейшее оружие против вас: «товар не соответствует стандарту = товар ненадлежащего качества»<sup>1</sup>.

Вдвойне обидно, если вы при поставке искренне не знали, что где-то там, вдалеке, есть некий богом забытый ГОСТ, изъеденный мышами и пожелтевший от времени. Которому, как выяснилось потом в суде, должен соответствовать ваш товар. Увы, незнание вас не спасет. Грустный пример:

«Как видно из материалов дела, истец (покупатель) и ответчик (продавец) заключили договор купли-продажи № 17-С-07 от 12.10.2007, по условиям которого продавец обязался передать в собственность покупателя товар — стекло триплекс, а покупатель обязался принять товар и оплатить его стоимость в соответствии с условиями договора.

...Во исполнение условий договора покупатель платежным поручением от 18.10.2007 № 17018 перечислил продавцу стоимость товара. По товарной накладной от 19.10.2007 № 490 ответчик передал истцу стекло.

По истечении четырех месяцев покупатель сообщил продавцу о ненадлежащем качестве стекла многослойного ударостойкого в количестве 1 шт. размером 1965x1430 — на стекле в нескольких местах появились трещины.

---

<sup>1</sup> Практики — как звезд в небе: Постановление 15ААС от 19.10.2013 № 15АП-14163/2013 по делу № А32-23251/2012, Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 12.04.2012 по делу № А32-6992/2011, Постановление ФАС Центрального округа от 25.04.2011 по делу № А08-2881/2010-23 и т.д.

...Истец, посчитав свои права нарушенными, обратился в суд с иском.

В целях выяснения существенных обстоятельств по делу суд по ходатайству предпринимателя назначил судебную экспертизу. Согласно экспертному заключению от 09.11.2009 № 84/16.1, организация работ по изготовлению спорного стекла не соответствует требованиям ГОСТ 30826-2001 «Стекло многослойное строительного назначения. Технические условия».

Организационной причиной возникновения линейных, разрушающих пороков в виде посечек и трещин в стекле является несоблюдение действующих норм в части организации работ.

Согласно пунктам 1 и 2 статьи 469 ГК РФ продавец обязан передать покупателю товар, качество которого соответствует договору купли-продажи.

При отсутствии в договоре купли-продажи условий о качестве товара продавец обязан передать покупателю товар, пригодный для целей, для которых товар такого рода обычно используется. Если продавец при заключении договора был поставлен покупателем в известность о конкретных целях приобретения товара, продавец обязан передать покупателю товар, пригодный для использования в соответствии с этими целями.

В силу пункта 2 статьи 475 ГК РФ в случае существенного нарушения требований к качеству товара покупатель вправе по своему выбору: отказаться от исполнения договора купли-продажи и потребовать возврата уплаченной за товар денежной суммы; потребовать замены товара ненадлежащего качества товаром, соответствующим договору.

В пункте 3.1 договора стороны предусмотрели, что продавец гарантирует покупателю соответствие качества и комплектности товара стандартам и техническим условиям, а также утвержденным покупателем образцам.

Согласно пункту 2 статьи 476 ГК РФ в отношении товара, на который продавцом предоставлена гарантия качества, продавец отвечает за недостатки товара, если не докажет, что недостатки товара возникли после передачи его покупателю вследствие нарушения покупателем правил пользования товаром или его хранения, либо действий третьих лиц, либо непреодолимой силы.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Оценив представленные в материалы дела доказательства по правилам статьи 71 АПК РФ, суды установили, что по договору купли-продажи обществу передано стекло ненадлежащего качества.

Ответчик не доказал, что недостатки товара возникли вследствие нарушения покупателем правил пользования товаром или его хранения, либо действий третьих лиц, либо непреодолимой силы.

Поскольку материалами дела подтверждается ненадлежащее качество товара, суды правомерно обязали предпринимателя произвести замену стекла на аналогичный товар надлежащего качества». (*Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 05.07.2010 по делу № А32-9481/2008*)

Что делать? Как не упасть в эту бездну?!

## 9.2. НА СТОРОНЕ ПРОДАВЦА

Хорошо бы заложить в договор условие:

«Качество товара должно соответствовать условиям Договора. Если Покупателю важно соответствие Товара какому-то спецстандарту (одному или нескольким), Покупатель обязан оговорить это требование в Заявке и (или) в Спецификации.

А также проследить, чтобы в Счете обязательно было указано «товар должен соответствовать такому-то спецстандарту» — с четким указанием конкретного спецстандарта, которому должен соответствовать Товар.

Если такое указание отсутствует, Покупатель не вправе ссылаться на несоответствие товара спец. стандарту, в т. ч. и при приемке товара. В таком случае поставка товара, не соответствующего спецстандарту, будет считаться поставкой товара надлежащего качества, а обязанность Поставщика по поставке — исполненной надлежащим образом.

Также Покупатель не вправе отказаться от приемки товара (полностью или в части) на том основании, что выявлено несоответствие Товара какому-то спец. Стандарту».

Пример из дящегося договора, предполагает поставку разных товаров партиями по заявкам Покупателю, но главная идея вам понятна: **исключайте договором неведомые стандарты.**

### 9.3. На стороне покупателя

Если нам важно, чтобы товар соответствовал каким-то особым стандартам, прописываем их в договоре. Четко и ясно. К примеру: «Поставляемое стекло должно соответствовать ГОСТ 30826-2001 "Стекло многослойное строительного назначения. Технические условия"».

**ВАЖНО.** Ссылайтесь на стандарты, которые есть в открытом доступе, а не только у вас. Расхожая ошибка:

«В пункте 2.1 договора стороны предусмотрели, что поставщик гарантирует качество поставляемого товара. Товар должен соответствовать всем требованиям, предъявляемым к данному виду продукции, а также соответствующим ГОСТам, ТУ, стандартам качества, действующим на предприятии покупателя». (*Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 17.12.2015 № Ф08-9201/2015 по делу № А32-38232/2014*)

«Хороша» формулировка... Кто знает, какие там стандарты на предприятии покупателя. И как второй стороне договора о тех стандартах узнать? Телепатически?!

Выход очевиден. Если вам важно соответствие товара внутреннему стандарту, вносите стандарт в договор. К примеру: «Поставляемое стекло должно соответствовать техническим условиям, описанным в приложении 1 к Договору». Разумеется, подписи сторон должны быть и в Договоре, и в приложении 1.

### 9.4. СТАНДАРТ И ПОРЯДОК ПРИЕМКИ

Вторая беда со стандартами — стандарт по какому-то товару может устанавливать особый порядок приемки этого товара. О котором знает продавец, но не знает покупатель. Таки да, знание — сила.

Вполне может получиться так. В договоре порядок приемки не определен. Вы приняли товар, как обычно, — проверили количество, бегло проверили качество. Вроде все цело. Как пишут в актах, «видимых повреждений нет».

А после, когда вылез брак, продавец вам и говорит: не так ты принимал; по стандарту такому-то, при приемке обязательны,

### **РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ**

допустим, пусконаладочные испытания. Не провел — сам дурак, не вправе предъявлять претензии.

Увы, продавец будет прав. Ст. 474 ГК:

**«1. Проверка качества товара может быть предусмотрена законом, иными правовыми актами, обязательными требованиями, установленными в соответствии с законодательством РФ о техническом регулировании, или договором купли-продажи.**

Порядок проверки качества товара устанавливается законом, иными правовыми актами, обязательными требованиями, установленными в соответствии с законодательством РФ о техническом регулировании, или договором.

В случаях, когда порядок проверки установлен законом, иными правовыми актами, обязательными требованиями, установленными в соответствии с законодательством РФ о техническом регулировании, порядок проверки качества товаров, определяемый договором, должен соответствовать этим требованиям.

2. Если порядок проверки качества товара не установлен в соответствии с пунктом 1 настоящей статьи, то проверка качества товара производится в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно применяемыми условиями проверки товара, подлежащего передаче по договору купли-продажи.

**3. Если законом, иными правовыми актами, обязательными требованиями, установленными в соответствии с законодательством РФ о техническом регулировании, или договором купли-продажи предусмотрена обязанность продавца проверить качество товара, передаваемого покупателю (испытание, анализ, осмотр и т.п.), продавец должен предоставить покупателю доказательства осуществления проверки качества товара.**

4. Порядок, а также иные условия проверки качества товара, производимой как продавцом, так и покупателем, должны быть одними и теми же».

То же самое и в поставке, ст. 513 ГК, п. 2: «Покупатель (получатель) обязан проверить количество и качество принятых товаров **в порядке, установленном законом, иными правовыми актами, договором или обычаями делового оборота**».

Еще и ВАС пояснил:

«При разрешении споров следует также учитывать, что **порядок проверки качества товаров может быть предусмотрен обязательными требованиями государственных стандартов** (пункт 1 статьи 474 Кодекса). В этих случаях проверка качества товаров, осуществляемая покупателем, должна соответствовать таким требованиям»<sup>1</sup>.

Пример из старой практики:

«Из пункта 3.1 ГОСТ 26574-85 следует, что для проверки муки на качество от партии отбираются пробы. Отбор проб должен производиться в строгом соответствии с требованиями стандартов.

В соответствии с ГОСТ 27668 отбор проб (образцов) из зашитых мешков осуществляется должностными лицами Росторгхлебинспекции в присутствии владельца зерна и продуктов его переработки.

Отбор проб возможен щупом без нарушения целостности тары (мешка). Оформляется отбор проб актом с указанием количества и номеров мест, из которых отбирались пробы.

Арбитражный суд Красноярского края пришел к правомерному выводу о том, что проверка качества товара осуществлена с нарушением требований государственных стандартов.

Статьей 483 ГК РФ установлена обязанность покупателя известить продавца о нарушении условий договора купли-продажи о качестве.

В материалах дела отсутствуют доказательства извещения продавца о нарушении условий договора купли-продажи о качестве.

Учитывая, что факт поставки муки ненадлежащего качества истцом не доказан, Арбитражный суд Красноярского края правомерно отказал в удовлетворении исковых требований на основании части 2 статьи 513 ГК РФ». (*Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 10.03.2004 № А33-10316/03-С4-Ф02-695/04-С2*)

Пример поновее:

«В обоснование своих требований истец ссылается на то, что в результате поставки истцом некачественной продукции он понес убытки в размере 1 221 801 рубля 60 копеек, состоящие из уплачен-

---

<sup>1</sup> Постановление Пленума ВАС РФ от 22.10.1997 № 18 «О некоторых вопросах, связанных с применением Положений ГК РФ о поставке», п. 14.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

ного аванса по спорному договору, стоимости семян родительской формы, расходов на средства химической защиты, по оплате приемки, очистке, калибровке продукции, а также расходов, связанных с предварительной очисткой сырья и сертификацией семян.

<...> В пункте 5.6 ГОСТ Р 52325-2005 предусмотрено, что партии семян в местах отгрузки и поступления осматривают для установления соответствия правилам упаковки, маркировки и требованиям данного стандарта.

При поступлении семян отбирают средние пробы для сравнительных анализов, которые проводят в соответствии с правилами, утвержденными в установленном порядке. Правила проведения сравнительных анализов семян сельскохозяйственных растений в спорных случаях утверждены приказом Министерством сельского хозяйства и продовольствия Российской Федерации от 06.10.1999 № 689.

Согласно названным Правилам сравнительный анализ посевных качеств семян в спорных случаях может быть проведен по заявлению потребителя семян, поданному в ФГУ «Россельхозцентр» (г. Москва) не позднее 30 дней после получения результатов испытаний, данные которых не соответствуют показателям, указанным в сертификате поставщика.

Доказательства обращения в ФГУ «Россельхозцентр» (г. Москва) истец не представил (*т.е. порядок приемки, установленный стандартом, нарушил*).

При таких обстоятельствах суды первой и апелляционной инстанций, оценив в порядке статьи 71 АПК РФ имеющиеся в материалах деле доказательства, пришли к обоснованному выводу о недоказанности наличия и размера понесенных убытков, поскольку истец не доказал факт поставки некачественного товара». (*Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 24.01.2013 по делу № А32-13530/2012, приписка курсивом — моя*).

## 9.5. КАК УПРОСТИТЬ СЕБЕ ЖИЗНЬ

Зная такие особенности права и практики, что сделает разумный, добросовестный договорник? Путей — два. Первый — согласовать на переговорах со второй стороной ГОСТ (стандарт, иной

«обязательный» документ), по которому вы будете принимать товар. Чтоб потом не было: «Вы не так принимали».

Второй, более смелый — оговоркой в договоре исключить ГО-СТы. Установить СВОЙ порядок приемки. Удобный вам и партнеру.

Возможно ли? Да. Потому выше слово «обязательный» приведено в кавычках. Еще раз вчитайтесь в ст. 474 ГК, п. 1, абз. 2: «Порядок проверки качества товара устанавливается законом, иными правовыми актами, обязательными требованиями, установленными в соответствии с законодательством РФ о техническом регулировании, **или договором**».

Ага, т.е. закон в принципе допускает: порядок проверки/приемки можно установить договором, как мы хотим. Второе основание — Постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах», которое позволяет отступать от императивных (обязательных) требований правовых актов. В частности:

«Если норма не содержит явно выраженного запрета на установление соглашением сторон условия договора, отличного от предусмотренного в ней, и отсутствуют критерии императивности, указанные в пункте 3 настоящего постановления, она должна рассматриваться как диспозитивная.

В таком случае отличие условий договора от содержания данной нормы само по себе не может служить основанием для признания этого договора или отдельных его условий недействительными по статье 168 ГК РФ».

В переводе на русский: поскольку в ст. 474 ГК нет явного запрета установить свой порядок приемки, то — можно. Наконец, третье основание — новая редакция ст. 168 ГК, новый подход нашего права к договорам, посягающим на обязательные требования.

Если раньше такой договор был ничтожным (изначально «мертв», недействителен, договора нет и никогда не было), то теперь такой договор оспорим (договор есть, жив, действителен до тех пор, пока его кто-то не оспорит — и если оспорит).

Деловые люди часто сетуют, мол, право «путается под ногами» у бизнеса, устанавливает лишние, громоздкие требования. Свой порядок приемки позволяет эту путаницу убрать. Хотя бы частично. Смотрите, как.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

К примеру, есть ГОСТ 9289-78. Государственный стандарт СССР. Обувь. Правила приемки, утвержден и введен в действие Постановлением Госстандарта СССР от 01.06.1978 г. № 1491 (ред. от 01.12.1988). Действует до сих пор. И есть вы — оптовик.

Вы покупаете обувь с фабрики и продаете в магазины, а те уж продают в розницу конечному потребителю. Внимание, вопрос: как проверять обувь, пришедшую с завода? И стоит ли?

ГОСТ (пункт 4) предусматривает довольно мудреную процедуру проверки. Проверка на соответствие с эталонным образцом, причем «первую пару отбирают произвольно, а последующие — через одинаковое количество пар обуви, равное частному от деления общего количества пар обуви в партии на число отбираемых пар по формуле  $x = N/n$ » и прочие дебри.

ГОСТ допускает выборочную приемку. При партии до 50 пар можно выборочно проверить пять...

А спасет ли? Допустим, проверили. Пять пар — нормальные, а где-то в других коробках десять бракованных туфель. Получается, есть риск принять бракованный товар как товар надлежащего качества.

Тогда?! Проверять каждую коробку? Ох, вряд ли... При объемах тысяча пар в неделю — а у крупного оптовика и больше — замучаешься проверять. Придется держать с десятков «проверяльщиков», зарплату платить, «социалку». Невыгодно.

Как быть?! Много думали. В итоге оптовик и фабрика согласовали в допнике к договору простую и изящную схему:

- 1) ГОСТ неприменим.
- 2) Пришла партия обуви с завода — оптовик принимает товар, но проверка только по количеству.
- 3) Год безусловной гарантии на замену брака.
- 4) Акт оптовика и «дефектовка» (претензия по качеству в любой форме) из магазина — достаточное основание для замены бракованного товара.

Как работает на практике. Оптовик принял товар без проверки по качеству. Отгрузил дальше по цепочке в магазины. В одном магазине нашли бракованную обувь. Составили односторонний акт, после чего обувь вместе с актом вернули оптовику. Тот заменил.

Потом собрал брак с других магазинов и отправил все на фабрику на фабрику — с актами магазина и своим сопроводительным письмом. Те поменяли. С тех пор так и работают.

Фактически оптовик скинул бремя проверки по качеству на магазины. Тем не менее, получилась рабочая и удобная схема. Думаю, в любом бизнесе можно придумать что-то подобное.



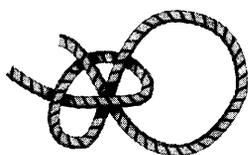
### ДОМАШНЕЕ ЗАДАНИЕ

---

Изучите Постановление ФАС Поволжского округа от 26.02.2009 по делу № А55-5523/2008. Там довольно подробно описана схема, как принимает товар и работает с поставщиками/потребителями ПАО «АвтоВАЗ». Быть может, вам пригодится.

Чем-то похоже на историю с обувью. Там тоже документы потребителя и розничного продавца против производителя, упрощенный порядок приемки товара — в приложении к договору. Постановление есть в открытом доступе. Если вдруг исчезло или не нашли — пишите, поделюсь.

---



# [ 10 ]

## «НЕТ ДОКУМЕНТОВ»

(ОБСТОЯТЕЛЬСТВО ИЗВНЕ, СВОЙСТВО ТОВАРА-3)

*Слон — плохой, справка — хороший!  
М/ф «Следствие ведут Колобки»*

### 10.1. Виды документов

Системно документы по любому договору на любую вещь можно разделить на две большие группы<sup>1</sup>: правовые и технические.

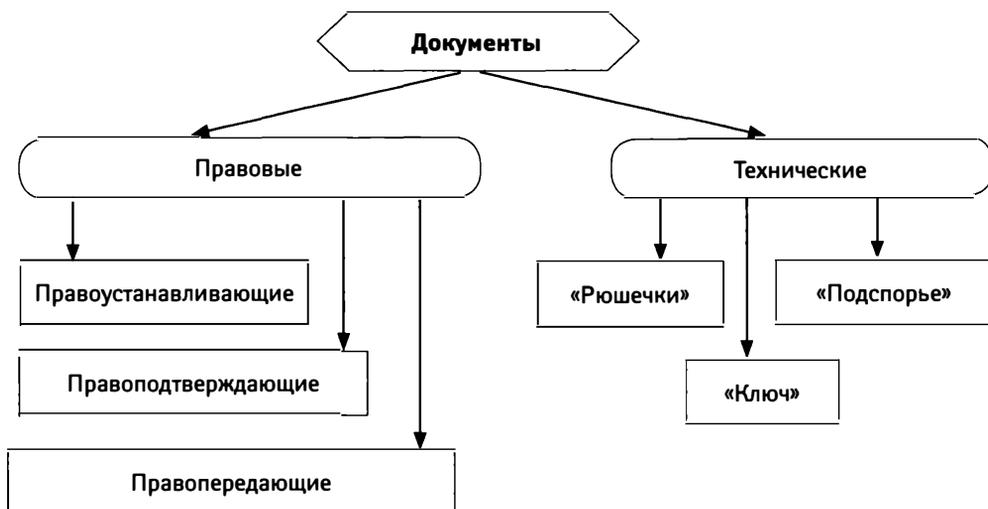


Схема 7. Виды документов

Что здесь к чему.

<sup>1</sup> В литературе вы можете встретить множество систем классификации документов. Общепризнанной нет. Моя классификация родилась из практики нашей области. Где как, а в нашем Авалоне и области сложилась вот такая система. Не описана в ученых трудах, но действует «по жизни».

## 10.2. ПРАВОВЫЕ ДОКУМЕНТЫ

**Правовые документы** бывают трех видов:

1) *Правоустанавливающие*. Нельзя передать то, чего нет. Никто не может передать больше прав, чем имеет сам. Правоустанавливающие документы — документы, на основании которых у стороны возникло право на вещь — коя перейдет по договору к вам. К примеру, договор покупки товара, договор создания вещи (подряд) и т.д.

2) *Правоподтверждающие*. Документы, подтверждающие юридическую «чистоту вещи». Свидетельство о праве собственности на недвижимость без отметки о залоге (ипотека), выписка из ЕГРЮЛ на недвижимость, чистый ПТС (паспорт транспортного средства), справка из ГИБДД об отсутствии ареста на автомобиль и т.д.

3) *Правопередающие*. Документы, по которым право собственности (или иное право, к примеру — право владения и пользования в договоре аренды) переходит к вам. Договор купли-продажи, акт сдачи-приемки, товарная накладная и т.д.

## 10.3. ТЕХНИЧЕСКИЕ ДОКУМЕНТЫ

Технические документы я бы подразделил так (по степени важности, по возрастающей):

1) *«Рюшечки»*. Незначительный документ. Если нет, не беда. Вы, тем не менее, можете владеть, пользоваться и распоряжаться вещью без помех. К примеру, нет инструкции на подержанный автомобиль. Или — гигиенического сертификата на партию швабр. Словом, устранимая мелочовка.

2) *«Подспорье»*. Документ — если есть — избавит вас от лишних трат и хлопот. Если нет — будущего собственника подстерегают серьезные расходы. А закон молчит. А закон не требует, чтобы продавец вам обязательно передал этот документ по договору... Но! Будь осторожен, покупатель. Не оговоришь — «влетишь».

**ВАЖНО.** Если нет «подспорья», товар не исключен из гражданского оборота. Вы вправе владеть, пользоваться и распоряжаться вещью... хотя и несете дополнительные расходы и риски.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Пример из жизни «физиков». Люди купили квартиру в «хрущевке». Квартиру получили «чистую» — без «мертвых душ», висящей ипотеки, скрытых недостатков. Сделали скромный ремонт. Обои поклеили. Ламинат положили. Старую проводку, проложенную в бетонных плитах, не трогали. Работает, и ладно.

Догадываетесь, куда ветер дует? Именно. Через пару лет сдохла электропроводка. Где проходит — неизвестно. Схемы залегания НЕТ. Что делать? Курочить все, ковырять стены, искать проводку, прокладывать новую, заново делать ремонт... Сочувствую. Расходы по нынешним ценам — от 500 000 руб. и выше.

Могло ли быть иначе? В теории, да. Если бы был документ-подспорье: схема прокладки электропроводов или что-то подобное. Можно ли было предвидеть риск «нет документа сейчас = убытки потом» на переговорах? Да.

Можно ли было исключить риск? Как знать, как знать.... В те времена схемы прокладки встречались редко... Но иногда встречались. С другой стороны, продавец мог знать, где у него проходят провода. И мог бы нарисовать сам схему для покупателя. Хоть как-то бы помогло. Увы, на переговорах о том документе не подумали...

Пример из жизни «юриков». Согласно п. 4 ст. 7 Закона РФ «О защите прав потребителей» не допускается продажа товара без информации об обязательном подтверждении его соответствия обязательным требованиям, обеспечивающим его безопасность для жизни, здоровья потребителя, окружающей среды и предотвращение причинения вреда имуществу потребителя.

Далее, «продавец обязан по требованию потребителя ознакомить его с товарно-сопроводительной документацией на товар, содержащей по каждому наименованию товара сведения об обязательном подтверждении соответствия согласно законодательству РФ о техническом регулировании (сертификат соответствия, его номер, срок его действия, орган, выдавший сертификат, или сведения о декларации о соответствии, в том числе ее регистрационный номер, срок ее действия, наименование лица, принявшего декларацию, и орган, ее зарегистрировавший)»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Постановление Правительства РФ от 19.01.1998 № 55 (ред. от 23.12.2015) «Об утверждении Правил продажи отдельных видов товаров», пункт 12.

Таким образом, если вы — «юрик» и торгуете в розницу с «физиками», у вас обязательно<sup>1</sup> должен быть какой-то документ-«подспорье»: сертификат соответствия, сведения о декларации и т.д.

А если документа нет? Допустим, поставщик поставил вам партию товара без сертификатов. Последствия?

Как минимум «административка» — ответственность по ст. 14.45 КоАП, нарушение порядка реализации продукции, подлежащей обязательному подтверждению соответствия, штраф на «юрика» — «от ста тысяч до трехсот тысяч рублей»<sup>2</sup>.

А «для полного счастья» — иск «физика»-потребителя: «продавцом нарушено право покупателя на получение необходимой и достоверной информации о приобретаемом товаре», дайте денег, и побольше, побольше!»<sup>3</sup>

Мрачно? Ну, не совсем. Потому что поправимо. Вы можете «выправить» документ-«подспорье» САМИ. К примеру, обратиться в уполномоченный государственный орган и получить сертификат соответствия. Лишние траты и хлопоты...

Можно избежать. Если до переговоров изучить закон и понять, какие документы нужны на товар. А на переговорах — спросить у продавца, есть ли документы на товар. Есть — хорошо, нет — или отказ от договора, или торгуемся по цене, т.е. снижаем цену на сумму предполагаемых трат и хлопот.

3) «Ключ». Важнейший документ. Без него вещь НЕВОЗМОЖНО легально пользоваться или распоряжаться (владеть можно, но

---

<sup>1</sup> Есть исключения. См., в частности, Федеральный закон от 27.12.2002 № 184-ФЗ (ред. от 28.11.2015) «О техническом регулировании» и подзаконные акты — в частности, Постановление Правительства РФ от 01.12.2009 № 982 (ред. от 02.04.2015) «Об утверждении единого перечня продукции, подлежащей обязательной сертификации, и единого перечня продукции, подлежащей подтверждению соответствия которой осуществляется в форме принятия декларации о соответствии».

<sup>2</sup> Работает на практике, см. к примеру, Постановление Верховного Суда РФ от 13.03.2015 по делу № 308-АД14-3486, А32-15169/2014.

<sup>3</sup> Таких дел тоже хватает. См. к примеру, Апелляционное определение Верховного Суда Республики Башкортостан от 27.10.2015 по делу № 33-18707/2015, Апелляционное определение Курганского областного суда от 16.06.2015 по делу № 33-1742/2015, Апелляционное определение Мурманского областного суда от 29.04.2015 № 33-1096/2015.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

толку с того владения...). Или: отсутствие документа-«ключа» может сильно навредить вам иным образом.

К примеру: «Отсутствие исполнительной документации влечет невозможность использования объекта строительства по назначению, поскольку по смыслу статьи 55 Градостроительного кодекса РФ ее наличие является необходимым условием для получения разрешения на ввод объекта в эксплуатацию». (*Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 30.11.2015 № Ф08-8564/2015 по делу № А32-35315/2014*)

Еще пример — алкоголь. Статья 26 Федерального закона от 22.11.1995 № 171-ФЗ «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции». Там:

«В области производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции запрещаются: <...> оборот этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции без сопроводительных документов, установленных в соответствии с требованиями настоящего ФЗ».

Сопроводительные документы = документы-«ключи», описаны в ст. 10.2 того же закона: товарно-транспортная накладная (ТТН), особая справка к ТТН, заверенные подписью руководителя организации копия извещения об уплате авансового платежа акциза с отметкой налогового органа по месту учета покупателя и т.д.

В обоих примерах документы стали «ключами» — документами особой важности — в силу закона. А может ли обычный технический документ стать «ключом» в силу договора? Или: может ли договор требовать создание какого-то особого документа-«ключа»?

Увы, может. Классический пример — госзакупки. Допустим, в тендерной документации госзаказчик прописал условие: «Поставщик обязан передать инструкцию по применению товара».

Некий поставщик выигрывает торги. Заключает договор (госконтракт) — куда «перекочевало» условие об инструкции. Далее поставщик покупает товар для передачи госзаказчику у про-

изводителя зарубежом... а производитель дает на товар только технический паспорт. Поставщик пытается передать товар госзаказчику (покупателю) «как есть», а тот: «Нет инструкции по применению — не приму».

Все, приплыли. Если поставщик не сделает инструкцию сам или не упросит заморского поставщика составить инструкцию, последствия будут — печальнее некуда. Скорей всего, поставщик подаст иск к госзаказчику «об обязанности принять товар». В ответ получит встречный иск — о расторжении договора. И скорей всего, суд удовлетворит встречный иск, а в основном — откажет<sup>1</sup>.

И тогда: «В реестр недобросовестных поставщиков включается информация об участниках закупок, уклонившихся от заключения контрактов, а также о поставщиках (подрядчиках, исполнителях), с которыми контракты расторгнуты по решению суда или в случае одностороннего отказа заказчика от исполнения контракта в связи с существенным нарушением ими условий контрактов». (Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ (ред. от 30.12.2015) «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», ст. 104, п. 2)

Таким образом, из-за одной жалкой инструкции поставщик рискует потерять весь бизнес, т.к. не сможет больше участвовать в госзакупках. Вот что стоит за фразой «отсутствие документа-“ключа” может сильно навредить вам иным образом».

## 10.4. ЗНАЙ СВОЙ ТОВАР

Я уже говорил: «Знай своего партнера». Также важно — «Знай свой товар». Как правило, торговая фирма специализируется на чем-то одном. Допустим, зерно. Автомобили. Или та же обувь. И в силу специализации и продавец, и покупатель знают товар — в том числе какие документы на этот товар нужны.

---

<sup>1</sup> См., к примеру, Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 27.11.2015 № Ф08-8605/2015 по делу № А32-13284/2015, Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 28.03.2013 по делу № А53-8825/2012.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Купцы знают перечень технических документов, сложилась практика — с товаром вам эти документы поставляют, перечень документов прописан в договоре. Правовые документы...

Правоустанавливающие — откуда у вас (продавца) взялся товар? — требуют редко, только по договорам на очень большие суммы. Правоподтверждающие — по сделкам с движимым имуществом редко встречаются, разве что по транспорту. Правопередающие — хотя бы товарная накладная есть всегда, обычно есть и договор.

Поэтому в купле-продаже, а также «прилегающих» договорах — поставка, оказание услуг и т.д. — риск «нет документов» незначителен. Тем не менее, совет: если недавно устроились юристом в торговую организацию, изучите, чем торгует ваша фирма. Какие документы на товар нужны в силу закона. Все ли есть. Все ли «бумажки» вы требуете у поставщиков и передаете покупателям. Всегда есть вероятность, что в праве что-то поменялось, а знания — устарели.

## 10.5. Ужасы подряда

Наиболее высоки и риск «нет документов», и цена ошибки — в подряде. Особенно — в строительном. Суды буквально завалены исками «об обязанности передать исполнительную документацию»<sup>1</sup>. И кончаются такие дела очень часто... «за упокой». Типовой отказ:

«Отказывая в иске, суды исходили из того, что условиями договора, заключенного сторонами, не предусмотрена обязанность подрядчика передать тот перечень исполнительной документации, который запрашивает истец.

Суды указали также на недоказанность истцом того обстоятельства, что запрашиваемая документация хранилась у ответчика. Факт

---

<sup>1</sup> В частности, Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 17.03.2015 № Ф08-1183/2015 по делу № А63-4135/2014, Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 17.03.2014 по делу № А32-29550/2011, Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 26.11.2015 № Ф09-8106/15 по делу № А50-2342/2015, Постановление Арбитражного суда Московского округа от 22.10.2015 № Ф05-13977/2015 по делу № А41-30981/14 и т.д.

принятия истцом работ и их оплата фактически свидетельствуют о том, что вместе с результатом работы ответчик передал истцу информацию, касающуюся предмета договора подряда.

Кроме того, истец не представил доказательств предъявления ответчику при приемке работ требований о передаче спорной документации». (*Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 15.10.2012 по делу № А53-27676/2011*)

### 10.5.1. Причины

Почему возникают эти споры? Закон велит: «Подрядчик обязан осуществлять строительство и связанные с ним работы в соответствии с технической документацией, определяющей объем, содержание работ и другие предъявляемые к ним требования, и со сметой, определяющей цену работ.

Договором строительного подряда должны быть определены состав и содержание технической документации, а также должно быть предусмотрено, какая из сторон и в какой срок должна предоставить соответствующую документацию». (ст. 743 ГК, п. 1 и п. 2)

Как вы помните, если технической документации нет, заказчик не сможет ввести построенную недвижимость в эксплуатацию — см. выше Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 30.11.2015 № Ф08-8564/2015 по делу № А32-35315/2014.

Причина споров — «на берегу», на переговорах, стороны не думают о трех важных вопросах:

- 1) какая документация («ключи») нам нужна, чтобы потом ввести объект в эксплуатацию?
- 2) сможет ли подрядчик в принципе эту документацию составить?
- 3) что делать — и кто будет делать — если вдруг понадобится что-то еще, какой-то документ, договором не предусмотренный?

Соответственно, обычно в договоре на тему документации — «белое пятно», пустота. В лучшем случае стороны закладывают в договор безликую формулировку, см. подчеркнутый текст:

«...согласно условиям Договора моментом окончательной сдачи результатов работы и возникновения у ответчика обязанности

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

оплатить эти работы является подписание окончательного акта сдачи-приемки выполненных работ и *передача подрядчиком заказчику исполнительной документации*, перечень которой определен приложением № 2 к Договору.

Установив, что истец не передал ответчику исполнительную документацию, апелляционная инстанция отказала в иске». (*Постановление ФАС Северо-Западного округа от 24.02.2010 по делу № А56-20937/2009*)

В переводе на русский. В том деле Заказчик заложил в договор условие: «Не передашь документацию — не заплачу за работу». Подрядчик проглядел. Выполнил работы... и остался без денег. Потому что не передал документацию, предусмотренную договором.

Пусть условие договора сформулировано ну очень широко, пусть неясно, какие именно документы обязан составить подрядчик — тем не менее. Договор есть договор. Подписался — выполняй. Не выполнил — остался без денег.

Сложность еще вот в чем. Закон не содержит точного и исчерпывающего перечня технической (исполнительной) документации. Определение вот такое: «исполнительная документация — текстовые и графические материалы, отражающие фактическое исполнение проектных решений и фактическое положение объектов капитального строительства и их элементов в процессе строительства, реконструкции, капитального ремонта объектов капитального строительства по мере завершения определенных в проектной документации работ»<sup>1</sup>.

В том же приказе *открытый и примерный перечень*, какая бывает исполнительная документация: акты освидетельствования геодезической разбивочной основы объекта капитального строительства, акты разбивки осей объекта капитального строительства на местности, акты освидетельствования работ, которые оказывают влияние на безопасность объекта капитального строительства и т.д.

---

<sup>1</sup> Приказ Ростехнадзора от 26.12.2006 № 1128 «Об утверждении и введении в действие Требований к составу и порядку ведения исполнительной документации», зарегистрировано в Минюсте РФ 06.03.2007 № 9050, пункт 3.

## 10.5.2. ЗАЩИТА

Как быть? Ответ очевиден. До переговоров — узнать в гос. органе, какие именно документы нужны для ввода объекта в эксплуатацию. На переговорах — выяснить у Подрядчика, какие документы он сможет составить, какие — нет. И прописать в договоре четкий перечень, какие документы обязан составить и передать подрядчик.

Если подрядчик умеет только строить, а документы оформлять категорически не хочет... Быть может, проще и дешевле работать с другим подрядчиком, более грамотным и знающим.

Можно, конечно пойти по другому пути. Одну часть документов — проект, смету и т.д. — заказать у третьего лица (специализированная проектная организации). Вторую часть, которая будет создана в процессе стройки, — акты скрытых работ, акты прокладки коммуникаций и т.д. — делать «по ходу пьесы» силами специально привлеченного технадзора (ст. 749 ГК, ст. 53 ГрК, т.е. Градостроительного Кодекса).

Но тут и расходы выше, и «борщ варим втроем». А чем больше участников отношений, тем больше возможности у исполнителей спихивать ответственность друг на друга. В случае чего непонятно, кто «крайний».

В случае с одним подрядчиком — советую закладывать в договор две страховки. Первую вы знаете: «Не передал документы — остался без денег». Вторая... суды иногда намекают сторонам:

«...указанный договор не предусматривает право заказчика на устранение недостатков с последующим возмещением своих расходов за счет подрядчика». (*Постановление 6ААС от 05.11.2009 № 06АП-4664/2009 по делу № А73-3719/2009*)

Предусмотрите себе такое право в договоре. К примеру:

«1. Если Подрядчик не передал Заказчику документы, предусмотренные пунктом таким-то Договора, Заказчик направляет Подрядчику письменное требование о передаче документов (далее — «требование»).

2. Если в течение двадцати рабочих дней со дня отправки требования Подрядчик не передал Заказчику документы, Заказчик вправе по своему выбору:

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

1) изготовить документы самостоятельно и требовать с Подрядчика неустойку в такой-то сумме, а Подрядчик обязан заплатить неустойку;

или

2) поручить изготовление документов третьему лицу. В таком случае Подрядчик обязан возместить Заказчику имущественные потери (расходы) на изготовление документов. Сумма потерь к возмещению равна цене, уплаченной Заказчиком третьему лицу за изготовление документов.

3. Если Подрядчик передал Заказчику документы, но документы содержат недостатки, ошибки или иной брак, Заказчик обладает в отношении Подрядчика такими же правами, как если бы Подрядчик не передал документы — права, описанные в п. 2 Договора».

Почему так. Отправку требования предусматриваем в договоре и обязательно направляем. Иначе может кончиться так: «В соответствии с п. 10.3 Договора в случае, если заказчиком будут обнаружены некачественно выполненные работы, подрядчик обязан своими силами и за свой счет в согласованный сторонами срок переделать эти работы для обеспечения их надлежащего качества.

Доказательств направления требований об устранении недостатков, направленных ответчику, истцом не представлено». (*Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 24.05.2012 № 09АП-11933/2012-ГК по делу № А40-103577/11117-707*. Вообще, старая ошибка. Встречалась и в ранней практике. См. к примеру, *Постановление ФАС Северо-Западного округа от 21.07.2006 по делу № А56-43498/2005*)

Далее, словосочетание «имущественные потери» — не просто так. А чтобы в случае спора идти не по ст. 15 ГК (убытки), а по 406.1. — «возмещение потерь, возникших в случае наступления определенных в договоре обстоятельств». Проще доказывать.

Наконец, вы можете прописать схожее условие не только по документам, но и по недостаткам предмета договора. Цель: если подрядчик построит сикось-накось, вы вправе привлечь другого подрядчика и устранить «косяки». После чего возместить потери за счет бракодела.

НО! Если пойдете по такому пути, будьте крайне осторожны с суммами. Может получиться: цена объекта по договору — миллион, а устранение недостатков силами другого подрядчика обойдется... допустим, в два миллиона.

Бракодел считает, будто он сделал все хорошо. Подает иск: «Я отработал, заплати!» Вы в ответ — встречный иск: а ты нам плати два миллиона возмещения потерь за устранение недостатков.

В вашем иске суд вполне может усмотреть злоупотребление правом. И отказать в ОБОИХ исках. Истцу — т.к. сделал работу с браком, вам — так как заложили ну очень несправедливое условие в договоре.

Впрочем, суд может и удовлетворить ваш иск. Допустим, обосновать возмещение потерь по аналогии с «абстрактными» убытками, ст. 393.1 ГК, п. 1: «В случае если неисполнение или ненадлежащее исполнение должником договора повлекло его досрочное прекращение и кредитор заключил взамен него аналогичный договор, кредитор вправе потребовать от должника возмещения убытков в виде разницы между ценой, установленной в прекращенном договоре, и ценой на сопоставимые товары, работы или услуги по условиям договора, заключенного взамен прекращенного договора».

Поэтому прежде чем закладывать в договор условие о возмещении потерь в крупном размере, **ОБЯЗАТЕЛЬНО** изучите практику «вышки». А также практику кассации округа, где вы будете спорить по договору.

## 10.6. Куда развиваться дальше

Затронул подряд как наиболее жесткий случай отсутствия ключевых документов. Все «ужасы», т.е. особенности договора строительного подряда, тянут на отдельную книгу. И такой книги пока, увы, нет. Если вы работаете в строительстве, из того, что есть, советую почитать:

- 1) *Ершов О.Г.* Обязательства, сопровождающие возведение строения: монография. — М.: Юрлитинформ, 2013. — 589 с.
- 2) *Ласкина Н.В.* Капитальный ремонт, реконструкция, переустройство и перепланировка объектов недвижимости: юридические аспекты // СПС КонсультантПлюс. 2014.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

- 3) *Стрембелев С.В.* Нежилые здания: правовой режим, реконструкция, легализация. — М.: Библиотечка «Российской газеты», 2013. Вып. 14. 144 с. (есть в К+).
- 4) *Романова В.В.* Договоры на строительство и модернизацию энергетических объектов. — М.: Юрист, 2010. — 160 с. (есть в К+)



#### ДОМАШНЕЕ ЗАДАНИЕ

---

Если вы «замолчите» в договоре подряда вопрос с документами, преимущество получит подрядчик. Пример:

«Все доводы возражений ответчика в данном отзыве сводились к несоответствию актов скрытых работ требованиям строительных норм и правил, как не подписанных заказчиком, несоответствию строительных норм и правил выполненных работ в части организации строительства, что было подтверждено проведенным по делу экспертным исследованием, а также к отсутствию соответствующей технической исполнительной документации.

Между тем, данные доводы правомерно не приняты судами со ссылкой на статью 726 ГК РФ. Предприниматель в обоснование своих доводов не представил доказательств того, что отсутствие технической исполнительной документации привело к невозможности использования работ для их целей. Передача подрядчиком заказчику исполнительной (технической) документации не входит в содержание обязанности по выполнению работ и передаче их результата.

Передача информации, выраженной в технической документации, опосредуется отдельной обязанностью по договору, неисполнение которой может повлечь присуждение к исполнению обязанности в натуре». (Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 25.12.2009 по делу № А32-19466/2008).

Изучите практику. В частности, Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 05.10.2012 по делу № А53-3627/2012, Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 31.01.2012 по делу № А32-6351/2011, Постановление ФАС Северо-Западного округа от 04.10.2012 по делу № А56-48239/2011.

---



# [ 11 ]

## ТОВАР (УСЛУГА) БЕЗ ТЕХНИЧЕСКОЙ ПОДДЕРЖКИ (обстоятельство извне, свойство товара-4)

*Кружева договоров плетутся на крючках  
противоречий.*

*Владимир Бирашевич*

**Р**асхожий риск по оборудованию и программному обеспечению. Допустим, фирма купила экскаватор. Поставщик дал гарантию три года. Через два года экскаватор сломался. Поставщик к тому времени давным-давно «на кладбище» — обанкротился. Хорошо, если можно достать запчасти. Хорошо, если найдется специалист, который разберется в «буржуйской» технике и починит. А если нет?!

Или, допустим, некая компания «Дипнет» разработала вам программу для бухгалтерии. А после... ушла на банкротство. Вслед за поставщиком из предыдущего примера.

Программа «глючит». Сопровождать/дописывать некому. «Исходников» тоже нет. Все, море кончилось...

### 11.1. ПРОГРАММЫ

Казалось бы, ну купите другую программу и успокойтесь. Делов-то. В малом бизнесе — да, возможно. Хотя ох как и не хочется платить дважды за одно и то же. А в среднем/крупном?! Вот где начинается истинный кошмар и вселенская жуть... без прикрас, на полном серьезе. Однажды прочувствовал на собственной шкуре.

Представьте себе: биллинговая программа для телефонной компании — я там работал начальником юротдела. Программа учитывала

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

звонки, расчеты с абонентами, выставляла счета, скидывала отчетность в бухгалтерию и т.д. На ней держался весь бизнес фирмы. «Ничто не предвещало». И вдруг внезапно, в один «прекрасный» день, канула в небытие фирма-разработчик.

Слава богу, у нас были «исходники». Был отдел грамотных программистов. Дальше программу дописывали/«допиливали» уже сами, попутно «затачивая» под повседневные нужды. Программа — с кучей «заплаток»! — работает и по сей день.

Пока выясняли, сможем ли мы жить без техподдержки или нет, седин у начальства прибавилось... Валерьянки — и не только! — выпита не одна бутылка. На кону стояла судьба фирмы. Ладно, выкрутились. А если бы нет?!

Потеря бизнеса. Купить новую программу для биллинга — это не только астрономические расходы. Но и где-то полгода на внедрение. За это время все абоненты убегут к конкурентам. И после внедрения придется начинать дело с чистого листа.

Прошли годы. Я вспомнил ту историю. Задумался. Можно ли было предвидеть риск? Да. Исключить? Да. Как? Если помните, системно, есть три способа убрать риски. Закон, договор, уловка.

Закон тут бессилён. Ушел разработчик — так ушел. В морг — так в морг. Договор нам тоже не помог. Остается уловка — самостоятельное сопровождение программы. Тем и спаслись.

Тогда, быть может, стоило с самого начала и сознательно идти «по уловке»? Не покупать чужое, а разрабатывать свое?! Да, долго и дорого. Зато под рукой всегда вся документация, все исходники, все возможности, чтоб в будущем кроить программу под свои нужды.

Эта уловка стала общепринятой практикой в крупном бизнесе. Вы, конечно, слышали про Сбербанк. А знаете ли вы, что при Сбербанке есть фирма «Сбербанк-Технологии»? Как вы думаете, чем эта фирма занимается? О Газпроме вы тоже слышали. А о фирме ООО «Газпром информ»? Как вы думаете, чем занимаются? А вот чем:

«История ООО «Газпром информ» берет свое начало в 1960-х годах, когда в институте ВНИИгаз был создан вычислительный центр. 1 июля 1976 года он получил статус Главного вычислительного центра Министерства газовой промышленности (ГВЦ).

На базе ГВЦ в 1997 году было создано ООО «Информгаз», обеспечивающее функционирование автоматизированной системы диспетчерского управления Единой системы газоснабжения (АСДУ ЕСГ) России и других информационных систем администрации ПАО «Газпром», а также занимающееся системно-техническим и информационным обслуживанием администрации, дочерних обществ и организаций Группы «Газпром»<sup>1</sup>.

Ради интереса посоветовался с Александром Слободенюком, профессионалом-«технарем», который в свое время рассказал много интересного по созданию серверов в офшорах<sup>2</sup>. Говорит (дословно):

«Компаниям мелким обычно хватает стандартных решений, в крайнем случае — слегонца допиленных конфигураций 1С (а 1С-программистов у нас на сто лет припасено). С юридической точки зрения максимум, что можно предусмотреть, — обязанность Исполнителя передать исходный код (программы) Заказчику. С практической — после развала Исполнителя перетащить к себе одного-двух ведущих спецов».

Александр назвал классическую методику — обязательство передать код. Но в теории это далеко не максимум. Глазами права, обязательство вести техподдержку — если четко расписать, что именно обязан делать исполнитель — в принципе, такое же СВЯЗЫВАЮЩЕЕ, как и любое другое обязательство — передать имущество, оплатить услугу, создать вещь и т.д.

А значит, это обязательство можно обеспечить всеми «карами» из арсенала ст. 329 ГК. Научно говоря, «способы обеспечения исполнения обязательств». Неустойка, залог, удержание вещи должника, поручительство, независимая гарантия, задаток, обеспечительный платеж.

Вдобавок можно придумать что-то свое. В силу той же статьи исполнение обязательств можно обеспечить «и другими способами, предусмотренными законом или договором». Можно «напихать» в договор и возмещение потерь, и заранее оцененные убытки, и компенсацию по ст. 310 ГК, п. 3 — насколько фантазии хватит.

---

<sup>1</sup> <http://www.gazprom.ru/about/subsidiaries/list-items/gazprom-inform/> — официальная информация.

<sup>2</sup> См. книгу «Чему до сих пор не учат на юрфаке. Электронные джунгли».

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Беда в другом. В беге от ответственности. Никто не хочет ни за что отвечать. И не только у нас...<sup>1</sup> Уверен, и вы и я можем придумать хорошую, рабочую схему. И договор даст вам защиту.

К примеру, программа стоит миллион. Двести тысяч мы вам платим сейчас, триста — после внедрения программы, а оставшиеся пятьсот — после истечения гарантии на программу.

Эти пятьсот — обеспечительный платеж, обеспечивает ваше обязательство обновлять/устранять ошибки в программе. Хоть раз нарушили — мы вправе заявить односторонний внесудебный отказ от договора и оставить этот платеж себе.

Или — другая схема. Обязательство вашей фирмы по техподдержке будет обеспечено поручительством ваших учредителей/аффилированных лиц/головной компании.

Дело за «малым» — убедить разработчика подписать такой договор. Прямо скажем, получается крайне редко. Потому-то специалисты, исходя из практики, считают: максимум, что можно предусмотреть, — обязанность Исполнителя передать исходный код (программы) Заказчику». Это обязательство исполнитель еще на себя возьмет. Продавить исполнителя на большее — в разы труднее.

Тем не менее, иногда возможно, если вы сильная сторона в договоре или если вы купили разработчика с потрохами. Был, говорят, случай, когда заказчик прожимал разработчика... и таки прожал. Сокрушительным доводом: «Мы вчера купили 80% ваших акций». Но этот путь — то же самое, что разрабатывать программу самому.

В итоге?! Если хотите спать спокойно, нанимайте программистов, разрабатывайте софт под себя. Если разработка не по карману — старайтесь использовать бесплатное ПО, желательно на лицензе. Иначе «попадете в заложники» к гигантам — вспомним Майкрософт и принудительную смену операционных систем<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Достало настолько, что на Западе уже давно и на полном серьезе разрабатывают доктрину уголовной (!) ответственности юрлиц. См. *Лафье, Уильям*. Юрлица и вина: провал доктрины уголовной ответственности юр. лиц. — США: издательство университета Чикаго, 2008.

Из нового — *Броводски Доминик, Эспиноза Мануэль, Тигеман Клаус*. Регулирование корпоративной уголовной ответственности. — Хам: Спрингер, 2016. Что думают наши юристы о той доктрине — см., в частности, *Власов И.С.* О введении в России института уголовной ответственности юридических лиц // Журнал российского права. 2015. № 11. С. 82–89.

<sup>2</sup> Подробнее см. книгу «Чему до сих пор не учат на юрфаке. Электронные джунгли».

## 11.2. ОБОРУДОВАНИЕ

Риск, о котором чаще думают в IT-отделе, нежели в юридическом. Хотя, на мой взгляд, должно быть наоборот. Проработка рисков все-таки дело юриста.

Опять слово Александру: «А вот с экскаватором всё намного интересней... Но там обычно всё-таки гарантия производителя, а не поставщика случается. Другое дело, если производитель ВНЕЗАПНО решил со страной покупателя больше не работать. Вот тогда глаз уже должен начинать дёргаться».

Здесь важно понять вот что. Где-то с начала девяностых наш бизнес отчаянно проталкивает заморскую схему работы с клиентом. Схема: продавец только продает, а претензии покупатель предъявляет либо изготовителю, либо в сервисный центр. Кому угодно, только не продавцу.

Иными словами, продавец пытается подменить свою гарантию — гарантией изготовителя. Почему? Разумеется, чтобы только продавать и стричь прибыль. А отвечают за качество и по гарантии пусть другие. Да, опять бег от ответственности.

Доходит до смешного: «Довод в кассационной жалобе относительно того, что ООО «РБА-Сервис» не является сервисным центром, с которым у завода-изготовителя заключено соответствующее соглашение, подлежит отклонению как неподтвержденный материалами дела».

Так, в материалах дела имеется переписка между ООО «РБА-Сервис» и ОАО «ТФК «КАМАЗ» (письмо от 04.09.2012 № 20), а также письмо ООО «РБА-Сервис» от 12.03.2013, адресованное истцу, с указанием на то, что указанная организация является официальным дилером ОАО «КАМАЗ». *(Постановление ФАС Московского округа от 14.03.2014 № Ф05-1754/2014 по делу № А40-39476/13)*

К счастью для покупателя, на пути заморской схемы пока еще стоит наш любимый ГК. Где заложена «советская» схема ответственности: напакостил — отвечай. САМ. В том числе и по гарантии. Не перекаладывая на третьих лиц. И суды — что Арбитраж, что общая юрисдикция — довольно часто поддерживают покупателя. Два примера:

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

1) «В связи с этим суд кассационной инстанции считает ошибочным вывод апелляционного суда о том, что несоблюдение истцом предусмотренного договором купли-продажи порядка обращения за гарантийным обслуживанием освобождает ответчика от ответственности за поставку товара ненадлежащего качества.

При таких обстоятельствах постановление 13ААС от 04.03.2013 подлежит отмене». (*Постановление ФАС Северо-Западного округа от 27.06.2013 по делу № А56-20101/2012*)

2) «При этом доводы ответчика о необоснованном предъявлении к нему требований, поскольку ремонт осуществлял другой дилер — ООО \*\*\*, суд не принял во внимание как не основанные на законе.

Судебная коллегия, соглашаясь с указанным выводом суда, отмечает, что обращение за ремонтом автомобиля не в сервисный центр ответчика, а к одному из официальных сервисных центров гарантийного обслуживания, в данном случае ООО \*\*\*, не освобождает ответчика от наступления тех последствий за нарушение сроков устранения недостатка товара, которые предусмотрены законом для восстановления нарушенных прав потребителя». (*Апелляционное определение Московского городского суда от 20.01.2015 по делу № 33-742/2015*)

Однако времена меняются. Последние года три идет четкий курс на «расшатку императивности», «свобода договора — наше все» и «как стороны хотят, так и будет». Частный случай сей тенденции — уже знакомое нам постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах».

Поэтому сейчас заморская схема постепенно вытесняет советскую. И вполне возможно составить договор по канве «продаю я, а отвечают другие». По крайней мере, между «юристами». В практике такие дела уже проскакивают. К примеру:

«Право потребителя требовать от конечного продавца или изготовителя товара устранения недостатков товара (на что ссылается Инспекция, приводя положения Закона РФ «О защите прав потребителей») не означает запрета на установление гарантийного срока любым третьим лицом». (*Постановление ФАС Московского округа от 30.10.2003 № КА-А40/8536-03*)

Зная о такой тенденции, как быть?

## 11.3. ЗАЩИТА

На переговорах обсудить вопрос о гарантии. Провести переговоры и с поставщиком товара, и с производителем. Цель — получить ДВЕ гарантии. Помним о ст. 308 ГК, п. 3: «Обязательство не создает обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон (для третьих лиц)».

Если производитель согласен дать гарантию дополнительно к гарантии поставщика, у вас должен быть соответствующий документ от производителя. Допустим, договор о гарантийном обслуживании. Или — трехсторонний договор между вами, поставщиком и производителем.

Далее. Внимательно читаем проект договора.

1) *Как прописана гарантия? Безусловное обязательство или условное?* Показательный пример:

«Таким образом, данная ООО «Дизайнхолод» гарантия представляет собой обязательство, по которому продавец ручается за то, что товар будет соответствовать требованиям о качестве в течение предусмотренного договором времени.

Следовательно, поскольку такое ручательство продавца не может быть поставлено в зависимость от оплаты товара покупателем, суд первой и апелляционной инстанций неправомерно посчитал, что оборудование в связи с неоплатой его покупателем в установленный в контракте срок было «снято с гарантии». В данном случае неоплата оборудования и его монтажа покупателем не освобождает продавца от выполнения взятых на себя гарантийных обязательств.

При таком положении и с учетом того, что иное толкование условия о гарантии качества товара, в том числе отказ продавца от бесплатного гарантийного обслуживания оборудования в случае его неоплаты покупателем, в силу невязанной природы возложенных на стороны обязательств влекло бы для сторон не соответствующие нормам гражданского законодательства правовые последствия, суд кассационной инстанции полагает, что закрепленное в пункте 7.12 контракта № 503 условие о «снятии с гарантии» следует признать ничтожным». (*Поста-*

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

*новление ФАС Северо-Западного округа от 21.03.2008 по делу № А42-9963/2003)*

Видите? В том договоре обязательство по гарантии было условным: не оплатил товар — потерял гарантию. Суд признал это условие ничтожным... на мой взгляд, с очень шатким и спорным обоснованием.

«В силу невязанной природы возложенных на стороны обязательств» — да ладно?! Если стороны в договоре «связали» обязательства (гарантия и оплата товара), т.е. поставили одно в зависимость от другого, то — всё. Такова воля сторон.

Тем более что прямого запрета на «связки» с гарантией в ГК нет. Так что, дорогой суд, не лезь куда не просят. К тому же истец не просил в иске признать этот пункт договора недействительным...

Сейчас бы такой номер, наверно, не прошел. Условие о «снятии с гарантии» устояло бы в суде. А раз так, то ваша задача как договорника не пропустить «условную» гарантию в договор. Или иную оговорку, лишаящую вас гарантии. К примеру:

«Поскольку в нарушение условий договора и пунктов 2.2.4 гарантийной книжки (т. 1, л. д. 124–127) автобетононасос без уведомления и согласования с поставщиком передан обществом для устранения недостатков сторонней организации, которой произведена разборка оборудования, предприятие обоснованно сняло автобетононасос с гарантийного обслуживания». (*Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 29.10.2009 по делу № А32-14608/2008. Также см. Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 04.04.2011 по делу № А19-12975/10*)

2) *На что распространяется гарантия?* Если покупали велосипед, наверняка видели кричащую рекламу: «Гарантия 10 лет!!!» А при покупке — хорошо, если не ПОСЛЕ! — узнаете: гарантия только на раму велосипеда. На остальные детали гарантии нет.

Законно ли? Увы, да. «Гарантия качества товара распространяется и на все составляющие его части (комплектующие изделия), если иное не предусмотрено договором купли-продажи» (ст. 470 ГК, п. 3).

А добросовестно ли? Нет. Еще раз: никто не хочет ни за что отвечать. В плане ухода от ответственности, в частности — по гарантии, наш бизнес являет чудеса изобретательности.

Приведу лишь один печальный пример. Предприниматель купил принтер. Наверно, не внимательно читал условия договора о гарантии. Кончилось вот чем:

«Суды первой и апелляционной инстанций, отказывая в удовлетворении исковых требований, пришли к выводу, что истцом не представлено доказательств поставки ему товара ненадлежащего качества, следовательно, отсутствуют основания для возврата уплаченной продавцу суммы за поставленный товар.

<...> Сторонами согласовано, что гарантийный срок на стандартную продукцию составляет 1 год за исключением случаев, указанных в приложении, и начинается с момента передачи оборудования покупателю (пункт 4.1 договора).

Истец после произошедшей поломки (10.03.2012) в сервисный центр ответчика в городе Новосибирске в соответствии с условиями договора поставки оборудования от 23.06.2011 принтер не направил.

Согласно отчету от 21.03.2012, составленному работником ответчика, возможными причинами неисправности принтера является засорение и перегрев печатающей головки. В приложении № 1 к договору поставки указано, что предоставляется гарантия 1 год **за исключением печатающей головки и связанных с печатающей головкой работ**. (Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 16.07.2013 по делу № А45-25857/2012)

3) *Следует ли гарантия за вещью?* Новая придумка большого бизнеса. Ну, не такая уж и новая... На Западе давно есть. Теперь и до нас потихоньку добирается. Слышали фразу «гарантия первому покупателю»?!

В переводе на русский сие значит: если после покупки вы потом продали (как-то иначе передали) вещь другому лицу — допустим, другому «юрику» из своего же холдинга — всё, «пиши пропало». Новый собственник остался без гарантии.

В силу оговорки в первом договоре на покупку — «гарантия ТОЛЬКО первому покупателю» — гарантия НЕ следует за вещью. А прекращается. Что в договоре прямо не прописано. Понятно, почему: а вдруг вы заметите.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Доходит до маразма. «На все товары, продаваемые под маркой *Babyzen*, предоставляется фирменная гарантия — 12 месяцев. Гарантия предоставляется только первому покупателю изделия». Источник — <http://babyzen-russia.ru/raz128.html> Знаете, какой там товар? Детские коляски.

«Физикам» проще. У них есть ЗПП. «Юрикам» сложнее. Можно уповать только на ГК и договор. К сожалению, еще старая практика признавала право на жизнь (действительность) условия «гарантия первому покупателю».

Пример начала нулевых: «Согласно п. 6 технического паспорта двигателя завод-изготовитель несет гарантийные обязательства только перед первым покупателем — ЗАО ПО «Проммаш»». (*Постановление ФАС Поволжского округа от 11.04.2002 № А12-11883/01-С13*)

То же самое и в современной практике — см. Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 16.11.2015 № Ф06-1729/2015 по делу № А65-26156/2014.

Вывод очевиден. Обсуждаем гарантию на переговорах и «следим за руками» на стадии согласования проекта договора. Чтобы вторая сторона «случайно» не исказила формулировку о гарантии. В свою пользу, разумеется.

## 11.4. ПРОЧИЕ КАПКАНЫ

Согласно ст. 476 ГК, п. 2, в отношении товара, на который продавцом предоставлена гарантия качества, продавец отвечает за недостатки товара, если не докажет, что недостатки товара возникли после передачи товара покупателю вследствие:

- А) нарушения покупателем правил пользования товаром или его хранения;
- Б) действий третьих лиц;
- В) непреодолимой силы.

Действует презумпция ответственности продавца. В переводе с юридического на русский: по умолчанию «крайний» — продавец, если он не докажет хотя бы одно из трех оснований, А — В. На практике — если в договоре нет спец. оговорки — споры по гарантии почти всегда идут по основанию А.

Оно и понятно. Непреодолимую силу удастся доказать крайне редко, действия третьих лиц тоже бывают нечасто, а вот свалить вину на покупателя — всегда пожалуйста. Потому-то споры по гарантии в подавляющем большинстве случаев идут по одному и тому же затасканному до дыр сценарию:

Покупатель: «Вы продали бракованный товар».

Продавец: «Товар хороший, это вы неправильно пользовались/хранили».

Покупатель: «А как правильно?!»

Продавец: «Вот правила эксплуатации на 100500 листах, приложение № 20 к договору, вы подписались!». Или: «Вот ГОСТ! (иной технический документ, неизвестный покупателю)».

Практики хватает. См. Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 19.02.2013 по делу № А78-885/2012, Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 10.11.2015 № Ф09-8322/15 по делу № А76-10653/2013, Постановление ФАС Поволжского округа от 07.06.2012 по делу № А12-9877/2011 и т.д.

Из анализа практики можно вывести два вопроса, которые я бы советовал обязательно поднять на переговорах:

### **11.4.1. Ясность ГАРАНТИИ**

Первый вопрос: где исчерпывающие правила пользования/хранения в понятном и читаемом виде? Исчерпывающие, чтобы потом не вылезло нечто, о чем мы не знаем.

Чуть выше я писал о стандартах и приемке: «Стандарт по какому-то товару может устанавливать какой-то особый порядок приемки этого товара. О котором знает продавец, но не знаете вы».

То же самое и здесь. Может существовать какой-то особый стандарт пользования и хранения товара, о котором знает только продавец. А может и сам не знать...

Вот грустный пример. Покупатель потребовал от Продавца вернуть деньги за сломанные тележки. Продавец: мы вам поставили рабочие тележки, это вы неправильно эксплуатировали, денег не вернем. Покупатель — в суд. В суде:

«Согласно заключению судебной экспертизы от 29.09.2011 № Э-072, проведенной обществом с ограниченной ответственностью

### **РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ**

«Атон» в рамках рассматриваемого дела, сделан вывод, что дефекты гидравлических тележек модели ОК 25-115 являются неустранимыми, основания причинения дефектов — перевозка неотцентрованных и неравномерно распределенных грузов. Выявленные дефекты являются результатом их неправильной эксплуатации персоналом комбината.

Заключение экспертизы оценивается наряду с другими доказательствами, представленными сторонами в подтверждение своих требований и возражений.

Поскольку компания, являясь продавцом, доказала, что передаваемый товар производства Германии соответствовал на момент его передачи требованиям технического регламента, имеющего сертификат соответствия, а недостатки оборудования возникли после его передачи покупателю, в результате нарушения последним правил эксплуатации, в иске отказано правомерно». *(Постановление ФАС Поволжского округа от 07.06.2012 по делу № А12-9877/2011)*

Ах, «неправильная эксплуатация»?! А как правильно? И откуда, спрашивается, покупатель мог знать, что «перевозка неотцентрованных и неравномерно распределенных грузов» = неправильное пользование товаром?! Почему продавец не предупредил? Не знал? Или — намеренно умолчал?!

Чтобы не биться потом с этими вопросами, на переговорах нужно четко определить перечень правил — что можно делать с товаром, а что нет, и прописать эти правила в договоре. Или — сделать ссылку на документ, стандарт, инструкцию по эксплуатацию — и т.д.

#### **11.4.2. Исполнимость условий гарантии**

Второй вопрос — есть ли у покупателя в принципе возможность соблюдения правила эксплуатации? Вам может показаться странной постановка вопроса, но подумайте над такой практикой:

«Техническая неисправность автомобиля возникла в результате установки на него приобретенного истницей неоригинального топливного фильтра и использования некачественного топлива,

что впоследствии привело к выходу из строя топливной форсунки двигателя транспортного средства и свидетельствует об отсутствии вины ответчика в их возникновении». (Апелляционное определение Забайкальского краевого суда от 03.12.2013 по делу № 33-4205-2013)

И сравните с:

«Российский бензин становится понятием нарицательным, что, учитывая то количество серы, которое содержится в российской нефти, совсем не удивительно. Удивительно то, что качество российских нефтепродуктов не выдерживает никакого сравнения даже с африканскими странами.

В очередном отчёте Международного центра качества топлива Россия числится лишь на 84-м месте в мире! Нас даже обогнали не только цивилизованные страны Европы и Америки, но и такие государства как, например, Фиджи и Уганда. Мало того, даже соседние Украина и Белоруссия оказались в середине первой сотни»<sup>1</sup>.

А теперь представьте. Мы покупаем для фирмы автомобиль или там автобус. В договоре условие: «Покупатель обязан заправлять авто только качественным топливом, поломка из-за некачественного топлива = негарантийный случай».

Сможем мы исполнить такое условие? Вряд ли. Что очевидно уже сейчас, на переговорах, «на берегу». Что делать? Хорошо бы исключить из договора... но продавец вряд ли согласится.

Тогда — предлагаем компромисс: хорошо, пусть поломка из-за плохого бензина — не гарантийный случай, но продавец, тем не менее, обязан эту поломку устранить — со скидкой 50% на ремонт.



## ДОМАШНЕЕ ЗАДАНИЕ

### Mouse ex machina

Покупатель купил автоматический завод по производству бетона. Поначалу все работало хорошо. Пока однажды в сложный механизм не заглянула любопытная мышь... Коротнуло. Мышь

<sup>1</sup> Статья «Качественный российский бензин — это фантастика?», автор не указан, источник: <http://neftegaz.ru/analysis/view/7417-Kachestvennyj-rossiyskiy-benzin-eto-fantastika>

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

отправилась в мышиный рай, а завод — ВСТАЛ. Ага, добро пожаловать в XXI век: из-за одной мыши встал целый завод.

Покупатель — Продавцу: чини бесплатно по гарантии. Продавец, как всегда, упирается: бесплатно не буду, не гарантийный случай. Покупатель — в арбитраж. А теперь подумайте:

1) Что произошло? Покупатель нарушил правила пользования товаром? Действия третьих лиц? Непреодолимая мышинная сила?

2) Какое решение приняли бы вы?

3) Можно ли было предвидеть «риск мыши» до заключения договора? Как бы вы устранили этот риск в договоре?

Когда ответите на вопросы, см. Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 27.08.2015 № Ф07-5341/2015 по делу № А56-49183/2014.

**ЗЫ.** Не удержусь от ехидного замечания. Дело-то судьи решили верно — с учетом договора сторон. Но мимоходом умудрились написать: «В результате попадания внутрь корпуса преобразователя постороннего предмета — животного (мыши/крысы)». Ага, т.е. мышь = крыса = предмет. Замечательно... Ну прямо переворот в зоологии...

---



# [ 12 ]

## **АРЕСТ И ЗАЛОГ (ОБСТОЯТЕЛЬСТВА ИЗВНЕ, ЮРИДИЧЕСКИЙ СТАТУС ТОВАРА)**

*Одним необдуманном росчерком пера  
можно перечеркнуть всю жизнь.*

*Андрей Вавилин*

**М**ожет ли статья так, что, пока идут переговоры, юр. статус товара изменился, а стороны-то и не в курсе? Или, статус изменился позже, когда переговоры прошли, договор подписан — но еще не исполнен? И тут откуда ни возьмись вылезло — арест, залог или кое-что похуже.

Увы, может...

### **12.1. АРЕСТ**

Определение — в ФЗ от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве», ст. 80, п. 4: «Арест имущества должника включает запрет распоряжаться имуществом, а при необходимости — ограничение права пользования имуществом или изъятие имущества.

Вид, объем и срок ограничения права пользования имуществом определяются судебным приставом-исполнителем в каждом случае с учетом свойств имущества, его значимости для собственника или владельца, характера использования, о чем судебный пристав-исполнитель делает отметку в постановлении о наложении ареста на имущество должника и (или) акте о наложении ареста (описи имущества)».

Отсюда может показаться, будто арест на товар может «пасть» только: а) по воле пристава и б) в исполнительном производстве. Неверно. Есть и другие случаи:

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

1) арест имущества из уголовного дела — накладывает СОЮ по ходатайству следователя (подробнее см. ст. 115 УПК);

2) предварительные обеспечительные меры арбитража (в т.ч. арест) в порядке ст. 99 АПК. Выходит довольно забавно: иск еще не подан, а арест уже есть. Хотя собственнику арестованного имущества ни разу не забавно;

3) арест как обеспечение иска в рамках обычного гражданского дела (арбитраж или СОЮ).

Представьте себе. Идут переговоры о продаже оборудования — движимого имущества. У продавца есть несколько судебных дел с другими покупателями. Допустим, по гарантии на оборудование. По одному делу вдруг прилетает определение об аресте. Велящее, дословно:

«Наложить арест на денежные средства и иное имущество, принадлежащее ООО «Розы Каркозы» (ИНН 1234567-тыдым-тыдым) и находящееся у него или других лиц в пределах цены иска — 2 699 193,88 руб.»<sup>1</sup>

Продавец читает и думает: что именно арестовал суд? Попадает ли под арест оборудование, о котором я сейчас веду переговоры? Могу ли я продать это оборудование? Продавец тербит своего юриста — объясни?! Юрист ссылается на практику:

«Арбитражный суд вправе принять обеспечительные меры в виде ареста имущества ответчика, установив общую сумму стоимости имущества, подлежащего аресту. При этом следует учитывать, что конкретный состав имущества, подлежащего аресту, может определяться судебным приставом-исполнителем в соответствии с требованиями Федерального закона «Об исполнительном производстве в РФ». (Постановление Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 № 55 «О применении арбитражными судами обеспечительных мер», п. 16.)

И объясняет: «Да вроде можно... В науке такой арест называется «абстрактным», т.к. нет конкретики, что именно арестовано. Поскольку суд не арестовал именно это оборудование, поскольку приставы до нас еще не дошли, думаю, можно и продать».

---

<sup>1</sup> Цитата из настоящего судебного дела. Название Ответчика, разумеется, искажил.

Зная наш бизнес, вряд ли продавец предупредит покупателя об угрозе ареста... Продавцу главное — быстрее продать, «а там разберемся». Продавец, скорей всего, будет молчать. Если что, сошлется на мнение юриста — «именно это оборудование не арестовано».

Ладно, если арест наложил Арбитраж. Покупатель может узнать об аресте через картотеку Арбитража<sup>1</sup>. А если СОЮ? Система ГАС Правосудие до сих пор работает через пень-колоду. Найти там что-то очень и очень сложно. Покупатель не узнает об аресте — даже если суд арестовал именно это имущество. И что тогда?

### **12.1.1. ПОСЛЕДСТВИЯ АРЕСТА**

К счастью для добросовестного покупателя, после реформы ГК покупка арестованного имущества перестала быть ничтожной сделкой. Статья 174.1. ГК, «последствия совершения сделки в отношении имущества, распоряжение которым запрещено или ограничено», говорит нам:

«1. Сделка, совершенная с нарушением запрета или ограничения распоряжения имуществом, вытекающих из закона, в частности из законодательства о несостоятельности (банкротстве), ничтожна в той части, в какой она предусматривает распоряжение таким имуществом (статья 180).

2. Сделка, совершенная с нарушением запрета на распоряжение имуществом должника, наложенного в судебном или ином установленном законом порядке в пользу его кредитора или иного управомоченного лица, не препятствует реализации прав указанного кредитора или иного управомоченного лица, которые обеспечивались запретом, за исключением случаев, если приобретатель имущества не знал и не должен был знать о запрете».

---

<sup>1</sup> В Арбитраже судьи часто призывают: «Пользуйтесь нашей картотекой!». Так и пишут: «Заявители, действуя разумно и добросовестно, могли устранить свои сомнения относительно объекта, запрещенного к отчуждению, если бы обратились к определению суда о принятии обеспечительных мер, сведения о котором приведены в Реестре, а текст доступен в «Картотеке арбитражных дел» в сети «Интернет»». (Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 09.03.2016 № Ф07-4244/2015 по делу № А21-7869/2009).

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Зная привычку спорщиков подавать иски о признании сделки недействительной, ВС РФ особо разъяснил:

«...сделка, совершенная в нарушение запрета на распоряжение имуществом должника, наложенного судом или судебным приставом-исполнителем, в том числе в целях возможного обращения взыскания на такое имущество, является действительной». (Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела 1 части первой ГК РФ», п. 94.)

А также:

«В силу положений пункта 2 статьи 174.1 ГК РФ в случае распоряжения имуществом должника с нарушением запрета права кредитора или иного уполномоченного лица, чьи интересы обеспечивались арестом, могут быть реализованы только в том случае, если будет доказано, что приобретатель имущества знал или должен был знать о запрете на распоряжение имуществом должника, в том числе не принял все разумные меры для выяснения правомочий должника на отчуждение имущества.

С момента внесения в соответствующий государственный реестр прав сведений об аресте имущества признается, что приобретатель должен был знать о наложенном запрете» (статья 8.1 ГК РФ).

«Осведомленность должника об аресте отчужденного имущества не является обстоятельством, которое имеет значение для решения вопроса об истребовании имущества у приобретателя. Само по себе размещение судебного акта в сети «Интернет» не означает, что приобретатель является недобросовестным» (там же, п. 95).

Кроме того: «Приобретатель не может быть признан добросовестным, если на момент совершения сделки по приобретению имущества право собственности в ЕГРП было зарегистрировано не за отчуждателем или в ЕГРП имелась отметка о судебном споре в отношении этого имущества. В то же время запись в ЕГРП о праве собственности отчуждателя не является бесспорным доказательством добросовестности приобретателя.

Ответчик может быть признан добросовестным приобретателем имущества при условии, если сделка, по которой он приобрел владение спорным имуществом, отвечает признакам действительной сделки во всем, за исключением того, что она совершена неуполномоченным отчуждателем.

Собственник вправе опровергнуть возражение приобретателя о его добросовестности, доказав, что при совершении сделки приобретатель должен был усомниться в праве продавца на отчуждение имущества». (*Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 10, Пленума ВАС РФ № 22 от 29.04.2010, п. 38*)

## 12.1.2. «С РУССКОГО НА РУССКИЙ»

В переводе с юридического на общечеловеческий... Судьи тоже иногда пишут очень ясно и понятно, с удовольствием цитирую:

«...когда приобретатель имущества является добросовестным (не знал и не должен был знать о запрете или ограничении, наложенном в судебном порядке), совершенная им сделка будет действительной и права лица, обеспеченные данным запретом, не будут реализованы». (*Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 01.10.2014 по делу № А08-147/2013*)

Выходит, если вы добросовестный покупатель, вроде как бояться нечего... Если вы по незнанию купили вещь, обремененную арестом, вещь у вас не изымут. В теории. На практике суд — особенно общей юрисдикции! — вполне может отчебучить что-то такое, от чего у грамотного юриста волосы дыбом встанут. К примеру:

«Доказательств того, что истец не был осведомлен на момент подписания договора купли-продажи о наличии судебного спора о взыскании денежных средств, судебной коллегии не представлено». (*Апелляционное определение Московского городского суда от 02.10.2015 по делу № 33-28940/2015*)

Понимаете, что произошло? Суд предложил истцу доказать незнание. Отрицательный факт. Ага, советское «докажи, что ты не верблюд». С точки зрения доктрины и адекватного судьи «доказывание отрицательных фактов процессуальным законодательством не предусмотрено и не представляется возможным»<sup>1</sup>. Но в суде общей юрисдикции жди чего угодно...

---

<sup>1</sup> Доктрина: курс доказательственного права: гражданский процесс. Арбитражный процесс / под ред. М.А. Фокиной. — М.: Статут, 2014. 496 с. Глава 5, параграф 2.

Практика: Постановление ФАС Уральского округа от 18 октября 2007 г. № Ф09-8513/07-СЗ по делу № А50-2095/07, Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 25 августа 2011 г. по делу № А17-3982/2010 и т.д.

### **РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ**

Поэтому, если хотите спать спокойно, **на стадии переговоров мало быть добросовестным. Нужно еще заранее создать доказательства добросовестности.** Как? Судьи чуть выше намекали: принять «все разумные меры для выяснения правомочий должника на отчуждение имущества». А я бы дополнил: «принять все разумные меры для проверки не только правомочий должника, но и статуса товара»; а также — документировать каждую меру.

Иначе:

«Возмездное приобретение автомобиля по договору купли-продажи не свидетельствует о том, что на момент заключения договора истец не знал и не мог знать, что в отношении приобретаемого имущества имеются ограничения в регистрации.

...При этом в судебном заседании истец не смог пояснить о наличии у него каких-либо препятствий для проверки данных сведений, которые могли бы повлиять на намерение совершить сделку.

Таким образом, доводы апелляционной жалобы о добросовестности приобретателя как основание для отмены ограничительной меры в отношении транспортного средства подлежат отклонению». (*Апелляционное определение Алтайского краевого суда от 02.12.2015 по делу № 33-11687/2015*)

### **12.1.3. СОЗДАЕМ ДОБРОСОВЕСТНОСТЬ**

С автомобилями просто. На сайте Госавтоинспекции <http://www.gibdd.ru/check/auto/> наконец-то заработала услуга. Можно проверить авто на предмет ареста. Как пишут «гаишнеги»:

«Данным сервисом предоставляется информация о транспортных средствах, находящихся в розыске, а также в отношении которых не могут производиться регистрационные действия в связи с введением судами, следственными, таможенными органами, органами социальной защиты населения либо другими органами в случаях и порядке, предусмотренных законодательством РФ, запретов или ограничений по изменению права собственности.

Обращаем Ваше внимание, что информация о транспортных средствах, находящихся в залоге, посредством данного сервиса в настоящее время не предоставляется» (*о залоге — отдельная песня, см. дальше*).

Можно сделать «акт проверки юридической чистоты автомобиля». «Мы, такие-то сякие-то, составили акт в том, что по состоянию на день заключения договора автомобиль такой-то номер ВИН и прочие уникальные признаки под арестом не состоит, проверяли по сайту инспекции, снимки с экрана прилагаем». Но мне кажется, лучше всю эту информацию — и снимки с экрана! — оформить приложением к договору. И чтобы вторая сторона подписалась.

С недвижимостью тоже просто. Берем выписку из ЕГРИП. Можно несколько. И на день начала переговоров, и на день подписания договора. Проверяем, есть ли споры по недвижимости по сайту арбитража. Составляем акт проверки.

Сложнее с другим имуществом. Которое не регистрируется в госреестрах. С тем же оборудованием. Тут как быть? Начинаем с проверки по сайту ССП — <http://fssprus.ru/iss/ip/> — знаком нам по главе 5.4.3.3.

Если в отношении фирмы есть исполнительные производства — по сайту видно, в каком подразделении идет это производство и кто исполнитель. Пишем письмо в ту службу приставов: «Просим разъяснить, наложен ли арест на такое-то имущество».

Если в отношении вашего партнера нет исполнительных производств, вспоминаем ст. 33 ФЗ «Об исполнительном производстве», п. 2: «Если должником является организация, то исполнительные действия совершаются и меры принудительного исполнения применяются по ее юридическому адресу, местонахождению ее имущества или по юридическому адресу ее представительства или филиала».

И пишем письмо в подразделение ССП, на территории которой находится ваш партнер. Ответ приставов — «под арестом не состоит» — прекрасное доказательство «принятия разумных мер», читай — добросовестности. Молчание — тоже хорошо. Приставы отмолчались, но вы-то меры приняли. Письмо написали. Доказательства отправки сохранили. А значит, вели себя разумно и добросовестно.

Можно еще черкнуть письмо производителю оборудования. «Скажите, выпускало ли ваше предприятие агрегат такой-то, серий-

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

ный номер такой-то. Если выпускало, то кому продан. Беспokoим вас, т.к. опасаемся: 1) купить подделку или 2) купить краденый товар».

Производитель может не ответить. Может и отказать — «коммерческая тайна», иной предлог. Но если ответит — да, наше «железо», продали в ООО «Такое-то», — и вы ведете сейчас переговоры именно с этим ООО — прекрасно. Если молчат/отказ — тоже хорошо. Вы приняли еще одну разумную меру.

И разумеется, **ОБЯЗАТЕЛЬНО ОСМОТРИТЕ ИМУЩЕСТВО**. Вживую. Не на картинках. Пристав вроде как не обязан, но некоторые добросовестные приставы, накладывая арест, метят имущество. К примеру, автомобиль метят так:



Поэтому если на имуществе есть какие-то странные потертости — как будто сдирали наклейки — впору задуматься.

#### **12.1.4. Когда могут арестовать товар?**

Проиграем более мрачный вариант. Несмотря на вашу прозрачность, добросовестность и предусмотрительность, приставы таки обратили взыскание на купленную вещь — по другим долгам продавца. Печальный пример:

«Однако тот факт, что на момент совершения оспариваемых сделок судебным приставом-исполнителем не был наложен запрет на распоряжение спорными транспортными средствами, не имеет

значения для дела, поскольку основанием иска М.М. и И. является не совершение этих сделок с нарушением запрета на распоряжение имуществом должника (п. 2 ст. 174.1 ГК РФ), а злоупотребление правом (ст. 10 ГК РФ), мотивированное тем, что, зная о наличии возложенных на него вступившим в законную силу судебным актом долговых обязательств, М.С. совершил сделки с целью, направленной на избежание наложения ареста на принадлежавшее ему имущество и обращения на него взыскания.

В этой же связи не подлежали учету, как не относящиеся к делу, разъяснения, содержащиеся в пунктах 94, 95 вышеуказанного Постановления Пленума Верховного Суда РФ о применении п. 2 ст. 174.1 ГК РФ». (*Апелляционное определение Псковского областного суда от 05.04.2016 № 33-489/2016*)

Или так:

«При этом пункт 2 статьи 174.1 ГК РФ не подлежит применению на случаи наложения ареста по требованиям, предполагающим возврат кредитору в натуре имущества, в отношении которого наложен арест». (*Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 22.01.2016 № Ф06-4781/2015 по делу № А65-7756/2015*)

Что тогда? Как быть покупателю? Закон говорит:

«1. Продавец обязан передать покупателю товар свободным от любых прав третьих лиц, за исключением случая, когда покупатель согласился принять товар, обремененный правами третьих лиц.

Неисполнение продавцом этой обязанности дает покупателю право требовать уменьшения цены товара либо расторжения договора купли-продажи, если не будет доказано, что покупатель знал или должен был знать о правах третьих лиц на этот товар.

2. Правила, предусмотренные пунктом 1 настоящей статьи, соответственно применяются и в том случае, когда в отношении товара к моменту его передачи покупателю имелись притязания третьих лиц, о которых продавцу было известно, если эти притязания впоследствии признаны в установленном порядке правомерными» (ст. 460 ГК, п. 1 и 2).

А также:

«При изъятии товара у покупателя третьими лицами по основаниям, возникшим до исполнения договора купли-продажи, продавец

### **РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ**

обязан возместить покупателю понесенные им убытки, если не докажет, что покупатель знал или должен был знать о наличии этих оснований» (ст. 461 ГК, п. 1).

На практике возможны четыре случая ареста товара. Приставы пришли арестовывать товар или из арбитража прислали определение об аресте именно этого имущества, когда:

1) вы еще в переговорах — договор не подписан, товар и деньги не переданы;

2) договор подписан, но деньги и товар еще не переданы (договор заключен, но не исполнен);

3) договор подписан, деньги переданы (полностью или в части), а товар — нет;

4) договор подписан, переданы и товар, и деньги (полностью или в части), договор почти исполнен; «почти» — так как осталось неисполненным как минимум одно обязательство — к примеру, по гарантии на товар.

#### **12.1.4.1. ПЕРВЫЙ И ВТОРОЙ СЛУЧАЙ АРЕСТА ТОВАРА**

В первом случае — договора нет; выход на преддоговорную ответственность. С сомнительными перспективами что-то взыскать с продавца. Скажем, убытки за срыв переговоров.

Во втором — договор есть, но понятно: товар вы уже вряд ли получите. Если помните, арест имущества включает запрет распоряжаться имуществом. Соответственно, если арест наложен, продавец на время ареста утрачивает право распоряжаться вещью, в том числе и продать вещь вам.

Но договор-то заключен. Возникли обязательства: А) продавца — передать вещь; Б) покупателя — оплатить вещь. И что теперь делать?!

Если в договоре не указано иное, эти обязательства стороны исполняют последовательно (встречно), а не параллельно.

*Последовательное (встречное) исполнение обязательств*, ст. 328 ГК. Сначала вы исполняете свое обязательство, и только потом, когда и если вы его исполнили — я исполняю свое. К примеру, я плачу деньги за товар только после того, как получу вещь. Или — вы

передаете мне вещь только после того, как я заплачу вам аванс по договору (предоплата).

Если вы не исполнили свое обязательство, я «вправе приостановить исполнение своего обязательства или отказаться от исполнения этого обязательства и потребовать возмещения убытков» (ст. 328 ГК, п. 2).

*Параллельное исполнение обязательств* — исполняем одновременно, независимо от того, кто как исполняет. К примеру, вы обязаны передать мне вещь в течение пяти рабочих дней независимо от того, заплачу я вам или нет. А я вам обязан оплатить вещь в течение сорока рабочих дней со дня заключения договора.

Параллельное исполнение встречается редко, так как последовательное выгоднее. В чем-то справедливо — ты не исполнил свое, с какой стати я буду исполнять свое?<sup>1</sup> И зачем мне подписываться на такие условия?!

Что делать. Если продавец настаивает на оплате — «Плати! У нас же договор! Арест не влечет недействительность договора; да мы завтра все порешаем, арест снимем!», не торопитесь соглашаться. Практика на вашей стороне:

«В главе 30 ГК РФ отсутствует норма права, позволяющая продавцу в судебном порядке требовать взыскания с покупателя предварительной оплаты товара. В этой связи арбитражный суд первой инстанции правомерно указал на то, что ГК РФ не предусматривает возможность понуждения покупателя к оплате не переданного ему поставщиком товара.

Доводы кассационной жалобы о применении к спорным правоотношениям п. 4 ст. 486 ГК РФ, предусматривающего право продавца требовать от покупателя оплаты товара, судом кассационной инстанции отклоняются.

В силу названной нормы продавец (по своему выбору) вправе потребовать оплаты товара либо отказаться от исполнения договора,

<sup>1</sup> Да и в определении купли-продажи, ст. 454 ГК, п. 1, считаю, «по умолчанию» заложено именно последовательное (встречное) исполнение обязательств: сначала ты передай вещь, я приму, и лишь потом — оплачу. И практика о том же: «По смыслу пункта 1 статьи 454 ГК РФ обязательства сторон по договору купли-продажи являются встречными в силу закона». (*Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 17.06.2015 № Ф03-2316/2015 по делу № А73-11315/2014* и т.д.)

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

если покупатель в нарушение договора купли-продажи отказывается, во-первых, принять товар от продавца и, во-вторых, оплатить его стоимость.

Учитывая, что в спорном случае товар покупателю не передавался, применение к правоотношениям сторон данной нормы закона является неправомерным». (*Постановление ФАС Московского округа от 30.09.2009 № КГ-А40/9644-09 по делу № А40-42287/09-77-266. Из свежей — Определение ВАС РФ от 25.03.2014 № ВАС-3298/14 по делу № А40-17982/13, Определение ВАС РФ от 01.10.2013 № ВАС-10816/13 по делу № А39-2805/2012 и т.г.*)

Вы можете потянуть с оплатой. Подождать, снимут арест или нет. Но затяжка может обернуться против вас. Смотря что в договоре. Если в договоре заложена неустойка за просрочку предоплаты, продавец может попробовать эту неустойку взыскать. Бывало и так:

«Указание в договоре на право кредитора требовать уплаты неустойки за нарушение должником сроков предварительной оплаты соответствует нормам гражданского законодательства...». (*Определение ВАС РФ от 18.04.2007 № 2615/07 по делу № А40-10628/06-55-67, Определение ВАС РФ от 12.07.2010 № ВАС-9059/10 по делу № А40-29846/08-105-92, Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 30.03.2011 по делу № А75-7013/2010*).

Удовлетворит ли суд такой иск в нашем случае? Крайне сомнительно. Да, просрочка есть. Но в просрочке нет вашей вины. Арест-то наложили за какие-то грехи продавца, вам неизвестные.

Во-вторых, вы опасались не получить товар. Чтобы исключить возможные убытки — отдали деньги, не получили товар — затагнули с оплатой. Вы действовали разумно и добросовестно.

Вроде правильно рассуждаем, но чем черт не шутит. Риск суда есть. Как исключить? Узнав об аресте товара, сразу говорить с той стороной. Если есть вероятность снятия ареста и вы готовы ждать — ждем. Но оформляем доп. соглашение к договору. Продлеваем сроки оплаты/передачи товара. Если нет — можно расторгнуть договор по обоюдному согласию.

Здесь вас подстерегает классическая ошибка. Подписать стандартный «допнег» к договору. Что-то вроде: «договор такой-то расторгнуть с такого-то числа, все возникшие

и могущие<sup>1</sup> возникнуть обязательства прекратить, стороны к друг другу претензий не имеют».

Договор-то вы расторгнете... Но скорей всего, вы утратите право на убытки, так как «допнегом» вы прекратили ВСЕ обязательства — в том числе и обязательство продавца возместить убытки.

Спорно, как и все в праве. Можно занять позицию: «Обязательство возместить убытки предусмотрено законом, и прекращение договора не освобождает продавца от этого обязательства».

Устоит ли эта позиция в суде?! Спорно... Поэтому разумно подытожить так: доп. соглашение о прекращении всех обязательств по договору можно подписывать, только когда у вас нет убытков.

Если есть или могут быть — закладывайте в доп. соглашение о расторжении договора сумму убытков, которую вам будет обязан оплатить продавец (ЗООУ — заранее оцененные убытки). Или — проще. Сделайте к договору соглашение об отступном (ст. 409 ГК).

Какие у вас могут быть убытки, если товар не получен, а деньги не заплачены? Кто сказал «никаких»?! Не торопитесь. Подумайте. Расходы на переговоры? Да. А еще? Более глобальное? Подсказываю. Абстра... не слышали?

Слушайте. Допустим, оборудование стоило миллион рублей — на дату заключения договора. Пока шли переговоры, цены скакнули. Теперь такое оборудование стоит полтора миллиона. И теперь вы вынуждены платить на 500 000 больше. Эта сумма — убытки или нет?

Да, убытки. В науке называются абстрактные убытки. В Кодексе описаны так:

«Если кредитор не заключил аналогичный договор взамен прекращенного договора (пункт 1 настоящей статьи), но в отношении предусмотренного прекращенным договором исполнения имеется текущая цена на сопоставимые товары, работы или услуги, кредитор вправе потребовать от должника возмещения убытков в виде разницы между ценой, установленной в прекращенном договоре, и текущей ценой» (ст. 393.1 ГК, п. 2).

---

<sup>1</sup> Коряво с точки зрения русского языка, но в типовых болванках встречаются ляпы и повеселее.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Вот об этих убытках и идет речь в случае, когда договор есть, деньги не уплачены, а товар — под арестом, и если стороны расторгли (прекратили) договор. Если продавец согласен подписать доп. соглашение и возместить вам убытки — прекрасно.

Но не обольщайтесь. Помня, как наш бизнес бежит от ответственности, вряд ли согласится. Тогда? Закон (ст. 460 ГК) дает вам права: «право требования уменьшения цены товара либо расторжения договора купли-продажи».

Об уменьшении цены речь не идет. Оборудование в силу ареста передать невозможно, от этого права нам ни холодно ни жарко. Поскольку в ГК сказано «право требовать», а не «отказаться от договора», то и внесудебный отказ от договора заявить нельзя — если это право не прописано в договоре.

Помните. «Требование о расторжении договора может быть заявлено стороной в суд только после получения отказа другой стороны на предложение расторгнуть договор либо неполучения ответа в срок, указанный в предложении или установленный законом либо договором, а при его отсутствии — в тридцатидневный срок» (ст. 452 ГК, п. 2). Да и АПК сейчас требует обязательный досудебный порядок — обмен претензиями.

Поэтому сначала переписываемся с Ответчиком. Заявляем требование 1) о расторжении договора и 2) об убытках. Не добьемся своего — пойдем в суд.

Можно ли было предвидеть такой исход на переговорах? Да. Подстраховаться? Упростить себе жизнь? Тоже да. Как? Заложить в договор право на односторонний внесудебный отказ. Заложить в договор право на неустойку, если продавец не смог передать оборудование из-за ареста. Или — право на заранее оцененные убытки, в такой-то сумме или в таких-то пределах.

Вы бы упростили себе жизнь в суде. По крайней мере, не пришлось бы заявлять требование — и платить госпошлину за это требование — о расторжении договора. Договор вы бы расторгли в «одностороннем внесудебном порядке». А в суд бы пошли только за убытками.

### 12.1.4.2. ТРЕТИЙ СЛУЧАЙ

Напомню: договор подписан, товар покупатель не получил, но деньги отдал (полностью или в части). Что ждет покупателя? То же самое, что и во втором случае. А также требование о возврате денег, уплаченных за товар.

Это требование — тоже убытки, но другой вид — реальный ущерб (ст. 15 ГК). В самом деле: деньги отдал, товар не получил — вот он и ущерб. Все понятно и очевидно. Реальной некуда. В принципе, все у вас должно быть хорошо. Пример:

«Как следует из материалов дела, 30.06.2008 года между истцом и ответчиком был заключен договор купли-продажи (л.д. 52 т. 1), по условиям которого ответчик (продавец) обязуется передать в собственность покупателя, а покупатель (истец) обязуется принять и оплатить производственное оборудование, наименование, количество которого устанавливаются в акте приема-передачи, который является неотъемлемой частью настоящего договора (п. 1 договора).

В соответствии с п. 2 договора покупатель производит оплату за продукцию не позднее 18.07.2008 г., моментом исполнения обязательства покупателя по оплате продукции считается момент зачисления денежных средств на расчетный счет продавца. Общая сумма договора составляет 1 117 000 руб. (п. 3 договора).

Во исполнение условий договора купли-продажи истец перечислил ответчику денежные средства в сумме 1 117 000 руб. платежными поручениями № 227 от 04.07.2008 г., № 188 от 16.07.2008 г. (л.д. 11-12 т. 1).

31.07.2008 г. между сторонами подписан акт приема-передачи производственного оборудования (л.д. 53-54 т. 1).

Письмом от 07.08.2008 г. истец обратился к ответственному хранителю спорного оборудования — ООО «Компания ИНМАК» — для дачи разрешения на демонтаж и вывоз приобретенного оборудования (л.д. 27 т. 1).

Письмом от 07.08.2008 г. истцу было отказано в демонтаже и вывозе оборудования по причине того, что спорное оборудование арестовано ОСП по Мотовилихинскому району г. Перми УФССП по Пермскому краю (л.д. 28 т. 1).

### **РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ**

Претензия истца о расторжении договора от 30.06.2008 г. и возврате суммы 1 117 000 руб. (л.д. 7 т. 1) оставлена ответчиком без удовлетворения (л.д. 29 т. 1).

Полагая, что в нарушение положений ст. 460 ГК РФ ответчик продал имущество, не свободное от прав третьих лиц, истец обратился в арбитражный суд с настоящим иском.

...Истец определил размер убытков в размере 1 117 000 рублей, как стоимость оборудования, о которой стороны договорились при заключении договора купли-продажи и которую истец уплатил ответчику.

Как указано выше, незаконные действия ответчика привели к нарушению имущественных прав истца, к возникновению убытков в указанном размере.

Исходя из изложенного, суд первой инстанции оценил имеющиеся в деле доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем исследовании материалов дела, как требует часть 1 статьи 71 АПК РФ, и пришел к обоснованному выводу о взыскании с ответчика убытков в сумме 1 117 000 руб.». (*Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 05.04.2010 № 17АП-2052/2010-ГК по делу № А50-33414/2009*).

#### **12.1.4.3. ЧЕТВЕРТЫЙ СЛУЧАЙ**

Договор подписан. Товар передан. Деньги уплачены. Казалось бы, в таком случае арестовать товар по долгам продавца невозможно. Почему? Потому что обычно в договоре не описывают, КОГДА покупатель получает право собственности на вещь.

Тогда действует ст. 223 ГК, п. 1: «Право собственности у приобретателя вещи по договору возникает с момента ее передачи, если иное не предусмотрено законом или договором».

Значит, если после передачи вещи придут приставы арестовывать вещь, вы, гордо потрясая договором и актом сдачи-приемки, отбиваетесь: «Постойте! Какой арест! У вас в определении сказано «наложить арест на денежные средства и иное имущество, принадлежащее ООО «Розы Каркозы». А мы — другое юрлицо. И теперь это наше имущество. Мы купили вещь ДО того, как был наложен

арест. Вот акт, вот платежки, вот договор». Скорей всего, отобьетесь.

Хотя, как знать...

Для чего рассказываю и чего опасуюсь. Самая распространенная схема увода имущества от ареста — договор купли-продажи задним числом. То есть продать имущество ДО того, как был наложен арест.

Иногда еще страхуются, пишут в договоре: «Право собственности переходит к покупателю в день подписания договора» (а не передачи вещи). На случай, если приставы придут, а покупатель... якобы не успел забрать имущество. Не успел, но вот договор, вот оговорка о переходе права в день подписания. Все. Имущество улетело к добросовестному приобретателю. Счастливо, приставы!

Поэтому если на переговорах вам предлагают подписать договор задним числом — **НАСТОРОЖИТЕСЬ**. Возможно, вас используют втемную. Вам хотят быстренько спихнуть арестованное имущество, снять денег... и исчезнуть.

А истребовать имущество третьи лица потом будут от вас. И защиту «Я — добросовестный приобретатель!» суд может раскатать в блин. Через ту же ст. 10 ГК, злоупотребление правом — см. еще раз Апелляционное определение Псковского областного суда от 05.04.2016 № 33-489/2016, очень показательный случай, цитировал в начале главы 12.1.4. Может еще и добить ст.1 ГК, п. 4 — «никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения».

## **12.2. Залог**

Наверно, вы слышали термин «кредитный автомобиль». А что это такое? Почему опасно связываться? Скажем, купить авто «в кредите»? Потому что потом может прийти злобный банк и отобрать. Ну, не то чтобы вот так сразу взять и отобрать...

Видимость светских приличий будет соблюдена. Сначала банк подаст иск в суд — «об обращении взыскания на предмет залога». Суд удовлетворит иск. Потом предмет залога (автомобиль) изымет пристав, выставит на торги и продаст.

## РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Вроде все честь по чести. Все по закону. Увы, итог тот же: если вы купили «кредитный автомобиль», т.е. заложенный, то потом придет банк и отберет. За что?! За долг продавца перед банком. Обеспеченный залогом. Автомобиля.

### 12.2.1. Прошлое

В 2010–2013 гг. по стране прошел целый вал «автомобильных» дел. Банки изымали автомобили, покупатели судились, обжаловали — и проигрывали, проигрывали, проигрывали... Приведу лишь один пример:

«В эту субботу, 15.10.2011 г., приходит письмо от судебных приставов "Постановление о возбуждении исполнительного производства", до того никаких писем не получал! Начинаю выяснять в понедельник, что за такая бумага, и понимаю, что эта бумага толкается от другого документа и явно не рукописного, а судебного решения!

Еду в суд. Там выдают "Заочное решение", которое я впервые вижу и не был никогда извещен должным образом об этом деле, которое возбуждено в отношении моего имущества!

Машину я купил 08.08.2008 года, на руках оригинал ПТС, когда оформлял, интересовался на предмет обременения автомобиля и его истории, в устной форме от сотрудника ГИБДД получил ответ — автомобиль чист!

Оказывается, 04.05.2008 г. ООО Русфинас банком был выдан кредит некой Колистратовой А.Е. под обеспечение, в качестве залога по кредиту выступает МОЙ автомобиль! Заочное решение суда датировано 31.05.2011 г., в котором:

1. Исковые требования ООО Русфинас банка ко мне об обращении взыскания на заложенное имущество удовлетворить.

2. Обратить взыскание на заложенное имущество «*Hyundai Elantra*», 2008 г/в.

3. Установить начальную продажную цену заложенного имущества, с которой начинаются торги, в размере 508 900руб.

4. Взыскать с меня в пользу ООО Русфинанс банка судебные расходы по уплате государственной пошлины в сумме 4000 руб.»<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Источник: <http://www.e1.ru/talk/forum/read.php?f=38&i=378714&t=378714>& Сообщение «Купил кредитное авто, выяснилось спустя 3 года!», автор: jellyfisher

Впрочем, смотря ГДЕ судиться. Опять грудь на грудь сошлись две судебных системы. В судах общей юрисдикции считали:

*«...переход права собственности не прекращает право залога: правопреемник залогодателя становится на его место. При этом каких-либо исключений, позволяющих освободить лицо, приобретшее заложенное имущество, от перешедших к нему обязанностей залогодателя на основании того, что при заключении договора купли-продажи оно не знало о наложенных на него обременениях, не предусмотрено». (Определение Свердловского областного суда от 12.01.2012 по делу № 33-528/2012)*

Ах, не предусмотрено?! Почему-то в арбитраже считают иначе. С точностью до наоборот: «Оценив по правилам статьи 71 АПК РФ представленные сторонами доказательства, суды пришли к выводу о том, что **предприниматель не знал и не мог знать об обременении залогом приобретаемого транспортного средства, поэтому правомерно и обоснованно отказали банку в удовлетворении иска**». (Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 17.04.2014 по делу № А32-9858/2013)

Получается ненормальная фантазмагория. Испокон веков любое государство дает большую защиту гражданам. Сирым мира сего. Слабым. Несведущим в праве. А с юриц спрос строже. И защита — слабее. Логика: вы, «юрики», сильнее, денег у вас больше, можете юристов нанять, разобраться, все предусмотреть.

А у нас до некоторых пор было наоборот. Шиворот-навыворот. Если вы — «физик», обычный человек, сдуру купили «движимое имущество, обремененное залогом банка» (автомобиль), то банк у вас авто отберет. Суд вас не защитит. Почему? Потому что суд общей юрисдикции.

Если вы — «юрик» или предприниматель, то при таком же положении вещей, в таком же деле, авто у вас банк НЕ заберет. Почему? Потому что дело рассматривает Арбитраж. У которого другое видение и практика.

## **12.2.2. Настоящее**

Вал автомобильных дел затопил суды. Наверху поняли: пора что-то с этим решать. Слава тебе господи, в Кодекс прошла именно

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

позиция Арбитража. Теперь физ. и юр. лица одинаково хорошо защищены:

«Статья 352 ГК. Прекращение залога»

1. Залог прекращается:

- 1) с прекращением обеспеченного залогом обязательства;
- 2) если заложенное имущество возмездно приобретено лицом, которое не знало и не должно было знать, что это имущество является предметом залога» (добросовестный приобретатель).

«Ноги растут» отсюда, из позиции ВАС:

«Исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости (пункт 2 статьи 6 ГК РФ), не может быть обращено взыскание на заложенное движимое имущество, возмездно приобретенное у залогодателя лицом, которое не знало и не должно было знать о том, что приобретаемое им имущество является предметом залога.

При этом суды должны оценивать обстоятельства приобретения заложенного имущества, исходя из которых покупатель должен был предположить, что он приобретает имущество, находящееся в залоге.

В частности, суды должны установить, был ли вручен приобретателю первоначальный экземпляр документа, свидетельствующего о праве продавца на продаваемое имущество (например, паспорт транспортного средства), либо его дубликат; имелись ли на заложенном имуществе в момент его передачи приобретателю знаки о залоге.

В случае если судом будет установлено, что предмет залога в соответствии с договором залога находился во владении залогодержателя, но выбыл из владения помимо его воли, иск об обращении взыскания на заложенное имущество подлежит удовлетворению вне зависимости от того, что покупатель не знал и не должен был знать о том, что приобретаемое им имущество находится в залоге». (Постановление Пленума ВАС РФ от 17.02.2011 № 10 «О некоторых вопросах применения законодательства о залоге», пункт 25)

### 12.2.3. Залог. А это что?!

Вот я все говорю «залог, залог». Зная, как сейчас учат на юрфаке... давайте слегка повторим теорию<sup>1</sup>. Что такое залог. ГК, ст. 334, п. 1:

«В силу залога кредитор по обеспеченному залогом обязательству (залогодержатель) имеет право в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения должником этого обязательства получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества (предмета залога) преимущественно перед другими кредиторами лица, которому принадлежит заложенное имущество (залогодателя)».

В переводе на русский, залог = право кредитора требовать продажи вещи должника, чтобы полученными деньгами погасить долг. Важные тонкости:

1) если вы заложили вещь, вы не теряете право собственности. Вы все также остаетесь собственником вещи<sup>2</sup>;

2) кредитор не может просто так прийти и забрать вещь; если вы не прописали в договоре внесудебный порядок обращения взыскания на вещь, кредитор может требовать от вас продать вещь только через суд. Так обычно и бывает.

Хорошо. А откуда у кредитора берется право залога? В силу договора или закона. К примеру, вы просите меня занять 100 000 рублей. Я, как и любой осмотрительный кредитор, спрашиваю: «Гарантии?!». Вы говорите: «Ну, у меня автомобиль есть. Не смогу отдать — продам автомобиль и рассчитаюсь».

Я говорю — ладно. Заключаем два договора. Первый — займа. Второй — залога. Из первого договора возникает ваше обязательство вернуть деньги и мое право требовать возврата денег (и процентов).

<sup>1</sup> Поднял пару учебников — Чаусская О.А. Гражданское право: учебник для студентов образовательных учреждений среднего профессионального образования. — М.: Дашков и К, 2007. 480 с. Российское гражданское право: учебник: в 2 т. / В.В. Витрянский [и др.]; отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., стереотип. М.: Статут, 2011. Т. 2: Обязательственное право. 1208 с. Объясняя, что такое залог, авторы просто цитируют ГК. Мне кажется, я смогу объяснить проще. Потому и пишу.

<sup>2</sup> Пример из практики: «...залог не предполагает автоматический переход права собственности на объект недвижимости в случае неисполнения обеспеченного залогом обязательства». Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 20.07.2009 № А33-1649/2009-03АП-2455/2009 по делу № А33-1649/2009.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

А из второго договора возникает мое право залога. Если вы не можете отдать долг по первому договору, я вправе требовать продажи вашего автомобиля (обратить взыскание на предмет залога), чтобы вы погасили мне долг.

Залог в силу закона. Будет, если мы с вами не заключим отдельный договор залога, но есть норма закона, которая говорит: «в таком случае у кредитора возникает право залога». «Автоматически», в силу закона.

Пример. Вы продаете мне автомобиль. Цена — 500 000 руб. Я предлагаю: с деньгами туто, если половина сейчас, а половина потом? Вы согласны. Мы с вами подписываем договор купли-продажи, описываем порядок расчетов — в кредит.

Про залог в договоре — ни слова. Тем не менее, у вас, продавца, возникло право залога. Почему? В силу закона. Потому что в ГК есть ст. 488, п. 5: «Если иное не предусмотрено договором купли-продажи, с момента передачи товара покупателю и до его оплаты товар, проданный в кредит, признается находящимся в залоге у продавца для обеспечения исполнения покупателем его обязанности по оплате товара».

Соответственно, если я с вами не расплачусь, вы вправе выйти с иском: 1) о взыскании долга, 2) об обращении взыскания на автомобиль — т.е. требовать продажи с торгов и уплаты долга.

#### **12.2.4. Создаем добросовестность. Опять**

Закон устанавливает общее правило: в случае перехода прав на заложенное имущество от залогодателя (лицо, давшее вещь в залог) к другому лицу (покупатель заложенной вещи) в результате возмездного или безвозмездного отчуждения этого имущества залог сохраняется (ст. 353 ГК, п. 1).

Из правила — два исключения. Добросовестный приобретатель и залог товаров в обороте. Нас интересует первое. Залог недвижимого имущества должен быть зарегистрирован в ЕГРИП, иначе — залога нет. Тут просто. Заказали выписку из ЕГРИП, посмотрели, есть ли залог. А как быть с движимым имуществом?!

Как и с арестом, мало быть добросовестным приобретателем. Нужно еще создать добросовестность, т.е. доказательства на тему:

«заложенное имущество возмездно приобретено лицом, которое не знало и не должно было знать, что это имущество является предметом залога».

Как?

1. *Осмотреть имущество.* И составить акт осмотра. Закон разрешает: «Предмет залога может быть оставлен у залогодателя с наложением знаков, свидетельствующих о залоге (твердый залог)» (ст. 338 ГК, п. 2).

На практике таких знаков не видел, но!!! Осмотреть стоит. Суды учитывают, смотрели вы или нет: «Переданный автомобиль также не нес никаких знаков, указывающих на то, что автомобиль находится в залоге». (*Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 02.12.2015 № 07АП-10324/2015 по делу № А27-8797/2015, Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 06.04.2016 № 08АП-2324/2016 по делу № А75-12748/2015*).

2. *Осмотреть правоустанавливающий документ (документы) на имущество.* Документ, на основании которого у продавца возникло право собственности на имущество. Дубликат или подлинник? Есть ли отметка «в залоге»?!

Суды тоже на это смотрят:

«При таких обстоятельствах, учитывая отсутствие указаний в паспорте транспортного средства отметок о том, что оно является предметом залога, а также отсутствие каких-либо иных доказательств того, что Г. знал или должен был знать, что спорный автомобиль является предметом залога, суд пришел к обоснованному выводу о том, что в силу действующих положений пп. 2 п. 1 ст. 352 ГК РФ ГК РФ при переходе прав на заложенное имущество к Г. залог прекратился.

Учитывая изложенное, суд правомерно отказал в удовлетворении требований банка об обращении взыскания на принадлежащий в данный момент Г. автомобиль *Renault Logan*». (*Определение Приморского краевого суда от 20.04.2016 по делу № 33-3881/2016*)

3. *Получить у ближайшего нотариуса выписку из реестра уведомлений о залоге движимого имущества.* Обязательно! Иначе будет вот что:

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

«Однако ответчик А. перед приобретением бывшей в употреблении автомашины за краткой выпиской из реестра уведомлений о залоге движимого имущества к нотариусу не обратился, хотя каких-либо препятствий для этого у него не имелось, что свидетельствует о том, что разумной осмотрительности он как покупатель транспортного средства не проявил, несмотря на то обстоятельство, что по состоянию на дату совершения сделки купли-продажи автомашины Тойота Камри (01.05.2015 года) сведения о нахождении данного автомобиля в залоге у банка в реестре имелись». (*Апелляционное определение Московского городского суда от 14.12.2015 по делу № 33-46849/2015*)

И еще:

«Судебная коллегия находит, что обращение ответчика к электронной базе Федеральной нотариальной палаты не может подменить собой обращение к нотариусу за получением сведений о наличии обременений в виде залога в отношении предполагаемого к приобретению имущества и не свидетельствует о проявлении со стороны К. достаточной заботливости и осмотрительности при совершении сделки при презюмировании ст. 10 ГК РФ добросовестности участников гражданских правоотношений и разумности их действий.

Помимо этого, судебная коллегия соглашается с выводом суда первой инстанции, не принявшим в качестве доказательств наличия сведений о залоге в базе данных Федеральной нотариальной палаты представленные ответчиком распечатки электронной страницы интернет-сайта, как не отвечающие требованиям ст. ст. 59–60 ГПК РФ». (*Апелляционное определение Московского городского суда от 16.02.2016 по делу № 33-5568/2016*).

Цена вопроса (выписки): «40 рублей за каждую страницу выписки в пределах первой — десятой страниц включительно, 20 рублей за каждую страницу выписки начиная с одиннадцатой страницы. Можно получить выписку в электронной форме, засвидетельствованную ЭЦП нотариуса (актуально при больших объемах информации)»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> <http://notarius56.ru/index.php?id=84> — источник, нотариус Шмакова Н.В.

### 12.2.5. РЕЕСТР ЗАЛОГОВ

Почему и зачем. Как видно из предыдущей главы, у нас в стране заработал Реестр залогов. Живет тут: <https://www.reestr-zalegov.ru/#> Ведет реестр ФНП (Федеральная нотариальная палата).

Реестр создан ради двух целей: 1) дать покупателю (иному приобретателю) возможность узнать о залоге; 2) дать продавцу (иному кредитору) возможность наложить залог так, чтобы залог не прекратился, если должник «сошьет» вещь.

Вернемся к примеру из главы 12.2.3. Договор займа на 100 000 под залог автомобиля. Стоит ли кредитору регистрировать залог у нотариуса? Закон вроде не обязывает вас регистрировать залог движимого имущества...

Не обольщайтесь! Закон хитрее и коварнее. Статья 339.1 ГК, п. 4, последний абзац:

«Залогодержатель в отношениях с третьими лицами вправе ссылаться на принадлежащее ему право залога только с момента совершения записи об учете залога, за исключением случаев, если третье лицо знало или должно было знать о существовании залога ранее этого. Отсутствие записи об учете не затрагивает отношения залогодателя с залогодержателем».

В переводе на русский:

- 1) ты не обязан регистрировать залог в Реестре;
- 2) но если не зарегистрируешь — ты не вправе обратиться взыскание на предмет залога, если залог будет продан третьему лицу (добросовестному покупателю);
- 3) третьему лицу — покупателю заложенного имущества — будет гораздо проще доказать свою добросовестность. Достаточно принести в суд выписку из Реестра залогов. Если из выписки ясно: залог не был зарегистрирован в реестре на день продажи, то — все. Покупатель добросовестный, обращение взыскания на предмет залога невозможно.

Пример:

«Согласно выписке из реестра уведомлений о залоге движимого имущества, предоставленной нотариусом Н.И.А. по состоянию на 14.11.2014, в реестре уведомлений не значится сведения о нахождении в залоге спорного транспортного средства.

### **РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ**

По сведениям реестра уведомлений о залоге движимого имущества, размещенного в открытом доступе в сети Интернет (<http://www.reestr-zalogov.ru>), на момент приобретения автомобиля, то есть на 24.08.2014, информация о предмете залога (по VIN транспортного средства) отсутствовала.

Судебным разбирательством установлено, что имущество приобреталось по оригиналу ПТС по рыночной цене исходя из его технического состояния, ответчиком проявлена необходимая степень заботливости и осмотрительности, сведения в реестре регистрации уведомлений о залоге имущества отсутствовали.

<...>При изложенном, учитывая отсутствие иных доказательств, свидетельствующих о том, что ответчик в момент приобретения знал или мог знать о нахождении транспортного средства в залоге у истца, суд первой инстанции пришел к обоснованному выводу, что Л. является добросовестным приобретателем спорного имущества, и отказал в удовлетворении исковых требований об обращении взыскания на заложенное имущество». (*Апелляционное определение Омского областного суда от 01.07.2015 по делу № 33-4194/2015. Такая же позиция — Апелляционное определение Московского городского суда от 12.11.2015 по делу № 33-37729/2015, Апелляционное определение Челябинского областного суда от 10.09.2015 по делу № 11-11039/2015 и т.д.*)

Отсюда очевидно: если залог в вашу пользу, регистрируйте в реестре. Благо стоит копейки, в среднем по первопрестольной:

«— тариф 600 руб. плюс правовая и техническая работа — 200 руб. за каждую страницу уведомления — если уведомление о залоге движимого имущества представляется в бумажном виде,

— тариф 600 руб. (правовая и техническая работа не взыскивается) — если уведомление о залоге движимого имущества представляется нотариусу в электронном виде». (Источник: <http://www.mosnot.ru/services/vedomleniya-o-zaloge/>)

#### **12.2.5.1. РЕЕСТР ЗАЛОГОВ. НЕ ТОЛЬКО АВТО!**

Поначалу юристы сомневались, как будет работать реестр залогов по иному имуществу, кроме автомобилей. У автомобиля есть

уникальный VIN-номер. А у другого имущества? Если нет? Как зарегистрировать? Как искать в реестре?<sup>1</sup>

Практика расставила все по местам. Можно зарегистрировать залог практически любого движимого имущества, не только автомобиля. Если вы зайдете в реестр, то увидите сами. К примеру, ООО «РусМолоко» заложило в ПАО «Промсвязьбанк» оборудование — в частности, «стойловое оборудование с поением по уровню ф. Волково» и «борона БЗСС».

Или — ЗАО «Свинокомплекс Прохоровский» отдало в залог ПАО «Сбербанк России»... как вы думаете, что? Вернее, кого? Правильно. Свиней. И — нормально. Подробно описали каждую свинку и спокойно зарегистрировали в реестре.

Так что система регистрации залогов получилась вполне работоспособной. Пользуйтесь на здоровье.

## 12.3. ДОПОЛНИТЕЛЬНАЯ ЗАЩИТА ЧЕРЕЗ ДОГОВОР

Вот мы с вами изучили риски ареста/залога. Можно сказать, закон неплохо защищает добросовестного приобретателя. Также помогают нормы об убытках, в том числе ст. 461 ГК. И это добро работает на практике, в чем мы с вами еще не раз убедимся на страницах книги.

Задумаемся. Если закон и так нас защищает, то почему юристы до сих пор, как молитву, твердят в договорах типовую формулировку? Что-то вроде:

«Продавец гарантирует, что товар, подлежащий передаче Покупателю по настоящему договору, 1) никому не обещан, 2) не является предметом залога, 3) свободен от долгов, 4) не подлежит удержанию, 5) не продан, 6) в розыске или под арестом не состоит, 7) судебного спора о товаре не имеется, 8) а также свободен от иных обременений» (*цифры мои*).

Во-первых, привыкли. Во-вторых, такая или менее бредовая формулировка есть почти в каждой типовой болванке. В-третьих,

---

<sup>1</sup> См. к примеру, Савельева А. Новое в регулировании залоговых отношений // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2014. № 11. С. 79–86.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

мне противно говорить, но скажу: народилось поколение безмозглых практиков, тупо сдирающих древние наработки, а мозг включить — ну никак. Задуматься: «А зачем я это пишу?!» — даже в голову не приходит.

И в-четвертых, даже при вопиющей бредовости типовой формулировки, тем не менее, иногда помогает. Само наличие формулировки в договоре, пусть и кривой-косой, может дать вам еще одно доказательство позиции: «Я — добросовестный приобретатель, руки прочь от моей собственности!»

Пример раз:

«Суды пришли к выводу об отсутствии доказательств того, что ответчикам было известно о приобретении ими товара, являющегося предметом залога, так как договоры купли-продажи, заключенные между обществом АТК «Партнер» и обществом «СтройКомСервис», и все последующие договоры содержали пункт о том, что продаваемый товар не заложен, не арестован, никому не обещан». (Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 16.07.2015 № Ф09-3207/15 по делу № А76-18121/2014).

Пример два: «В данном договоре прямо указано на то, что проданное транспортное средство на момент подписания договора в споре, под залогом и запрещением не состоит». (Постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 30.01.2013 по делу № А44-2566/2012)

## 12.3.1. От БРЕДА — К ДЗЕНУ

Итак, «Продавец гарантирует, что товар, подлежащий передаче Покупателю по настоящему договору, тыдым-тыдым-растудым»:

1) *«гарантирует»* — пустой звук. «Гарантирует» на языке современного закона значит «обязательство уплатить указанному третьему лицу определенную денежную сумму» (независимая гарантия, 368 ГК). Либо — гарантия качества на товар. Чего в рассматриваемой формулировке мы в упор не видим. Правильно было бы написать «заверяет». Тогда бы смысл был... хоть какой-то;

2) *«никому не обещан»* — а если обещан, то что? Ничего. Если товар обещан на словах, без договора — никаких последствий. Тогда

что эта фраза делает в договоре, если ни на что не влияет? Неизвестно. Но источник ясен: бездумная «калька» с английского договора.

Кратко обосную: «Спроси нашего юриста: «Что такое договор?» Ответит: «Договор — соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей». ... А теперь задайте тот же вопрос английскому юристу. Он вам ответит: договор — обещание, подкрепленное законом»<sup>1</sup>;

3) *«не является предметом залога»* — эта часть была бы более жизнеспособна, если бы вся формулировка начиналась не с «продавец гарантирует», а с «продавец ЗАВЕРЯЕТ». Хотя бы так: «Продавец заверяет: товар, передаваемый Покупателю по договору, не обременен залогом».

Уловили разницу? Совершенно верно. Помимо подчеркивания вашей добросовестности, в такой вот редакции формулировки у вас появляется право на еще один иск. Убытки из заверений по 431.2 ГК. Сторона, давшая недостоверные заверения об обстоятельствах, обязана возместить другой стороне убытки, причиненные недостоверностью таких заверений, или уплатить предусмотренную договором неустойку.

Можно, кстати, усилить и неустойкой: «Если заверение окажется ложным, Продавец, помимо возмещения убытков, обязан выплатить Покупателю неустойку в размере одной трети от цены товара»;

4) *«свободен от долгов»* — шедевр... Как сие понимать?! Доктринально, свободно от долгов может быть ТОЛЬКО лицо — «физик» или «юрик». Но не товар. Товар может быть обременен правом — тот же залог, может быть ограничен в обороте — арест. Но не более того;

5) *«не подлежит удержанию»* — речь идет о ст. 359 ГК: «Кредитор, у которого находится вещь, подлежащая передаче должнику либо лицу, указанному должником, вправе в случае неисполнения должником в срок обязательства по оплате этой вещи или возмещению кредитору связанных с нею издержек и других убытков удерживать ее до тех пор, пока соответствующее обязательство не будет исполнено».

<sup>1</sup> Подробнее и со ссылками на прецеденты см. «Английское право», глава 2.3.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

В переводе на русский: если за вами долг, а у меня во владении (не в собственности!) есть ваше имущество, я могу не отдавать вам имущество, пока вы не погасите долг. К примеру, вы арендовали у меня офис. Срок договора истек. За вами долг по арендной плате. В офисе остались ваши вещи. Пока вы не отдадите долг — я могу удерживать ваши вещи у себя.

Причем — если, пока я удерживаю вашу вещь, вы эту вещь продали, я тем не менее вправе и буду держать вашу вещь и не передам ее покупателю (ст. 359, п. 2). Пока вы не расплатитесь.

Спросите, как можно продать вещь, если она у меня? Да запросто. Напишут в договоре: «Право собственности переходит к покупателю в день подписания договора» — и продадут.

В теории. На практике добросовестный покупатель, конечно, будет требовать «покажи мне вещь». И строить отношения по принципу «деньги против вещи»: передай мне вещь, а я тебе сразу деньги. Но не наоборот. Нет вещи — нет денег.

Вот от чего стороны пытались защититься стороны фразой «не подлежит удержанию». Думаю, попытка с треском провалилась... Во-первых, согласно словарю Ожегова, сочетание «не подлежит» — относится к будущему времени. Допустим, «не подлежит оглашению».

В нашем случае можно истолковать так: продавец обещал, что имущество не будет удержано в будущем. Но не обещал, что имущество никто не удерживает здесь и сейчас. Выходит, формально продавец не нарушил договор.

А фактически? Добросовестно ли поведение продавца, продавшего вещь, удерживаемую кредитором? Если знал — нет. Если не знал — может, и добросовестно. Поможет ли продавцу формулировка? Вряд ли...

Скорей всего, покупатель влечет продавцу иск по ст. 179 ГК — сделка под влиянием обмана. Тем более что п. 2 сей статьи говорит: «Обманом считается также намеренное умолчание об обстоятельствах, о которых лицо должно было сообщить при той добросовестности, какая от него требовалась по условиям оборота». Или — иск об убытках.

Поможет ли формулировка покупателю? Тоже нет. Если бы покупатель получил какое-то дополнительное средство защиты или иное преимущество — скажем, право одностороннего внесудебного отказа от договора + неустойка, тогда да. Но чтобы получить, нужно согласовать это условие на переговорах и прописать в договоре. Чего в типовой формулировке нет.

Поэтому «не подлежит удержанию» в чистом виде = «пустышка»;

6) «не продан». Не спасет, если вещь уже продана другому покупателю. Пункт ни о чем;

7) «в розыске или под арестом не состоит» — как видим из практики, эта фраза в лучшем случае даст плюс к вашей добросовестности. Если добросовестность есть. Если нет — не спасет;

8) «судебного спора о товаре не имеется» — очередная попытка создать добросовестность. Фразу можно и оставить... если подредактировать: «Продавец заверяет: в отношении товара, передаваемого Покупателю по договору, нет судебного спора».

Но. Если вы ограничиваетесь только фразой и пренебрегаете проверкой наличия спора по картотеке арбитражных дел, а как выяснится в суде — спор был, ваша добросовестность вряд ли устоит;

8) «а также свободен от иных обременений» — не спасет. Иных обременений, кроме перечисленных в формулировке (залог, арест, удержание), в законе нет. Есть кое-что похуже — изъятие товара государством. Но от этого риска формулировка не спасет. Примеры будут в следующей главе.

Вывод понятен. Типовые формулировки — ЗЛО. Разрабатывайте свои. Думайте.



### ДОМАШНЕЕ ЗАДАНИЕ

---

Теперь вам уже более-менее понятно, как думает юрист, как предвидит и исключает риски договором. Подумайте сами, как исключить риски «многократная продажа» и «продавец без права собственности».

---



# [ 13 ]

## РИСКИ ОТ ГОСУДАРСТВА (ОБСТОЯТЕЛЬСТВА ИЗВНЕ)

*Разрушение — это страсть,*

*Все равно, какая власть.*

*Власть всегда пила чужую кровь!*

*Группа «Ария», песня «Дух войны»*

**В**ыше я говорил: «...и тут откуда ни возьмись вылезло — арест, залог или кое-что похуже». Кое-что похуже = товар изъяло государство. Это не арест. Это не залог. Это... с точки зрения цивилиста, варварство и средневековье. Почему я так считаю:

### 13.1. Товар изъяло государство (прямо)

Конституция гласит: «Никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда. Принудительное отчуждение имущества для государственных нужд может быть произведено только при условии предварительного и равноценного возмещения» (ст. 35, п. 3).

В то же время есть ст. 183 УПК РФ, где:

«1. При необходимости изъятия определенных предметов и документов, имеющих значение для уголовного дела, и если точно известно, где и у кого они находятся, производится их выемка.

2. Выемка производится в порядке, установленном статьей 182 УПК, с изъятиями, предусмотренными настоящей статьей».

Этот порядок — по постановлению следователя. НЕ по решению суда. Если поднять спец. литературу и копнуть глубже, то все еще грустнее: «...всего-навсего в одной публикации дан почти исчерпывающий перечень субъектов, наделенных правом выносить постановление о производстве выемки....

Иначе говоря, выносить постановление о производстве выемки, предлагать выдать предметы и (или) документы, подлежащие изъятию, производить это следственное действие вправе не только следователь, но и дознаватель, орган дознания, руководитель и член следственной группы (группы дознавателей), руководитель следственного органа и начальник подразделения дознания»<sup>1</sup>.

Ага, т.е. любое из этих лиц может изъять у вас имущество. Причем — БЕЗ решения суда. Да, постановление о выемке можно обжаловать в суде, попробовать вернуть имущество... Скорее всего, пока не закончится уголовное дело, имущество вы не увидите<sup>2</sup>. А дело может длиться несколько лет.

На юрфаке этот риск обходят стороной. Оно понятно. Студенты-цивилисты учат гражданское право и процесс, «уголовники» — уголовное. Риск изъятия — «пограничный», словно сорняк, растет на грани этих двух отраслей права. И в ходе обычной подготовки юристы по гражданским делам туда обычно не доходят...

А жаль. Потому что это варварство и средневековье может ударить и по вам. Вот, смотрите: «В соответствии с условиями заключенного сторонами договора поставки от 15.10.2009 № ОД-09-133/1393/09-ВЕФ и на основании соответствующих накладных, общество «РоссИнтерКом» (продавец) поставило в адрес общества «Центральная телекоммуникационная компания» (покупателя) оборудование на общую сумму 2 530 640 рублей.

Полученное оборудование оплачено покупателем частично на сумму 1 299 995 рублей.

От задолженности в размере 700 004 рублей 20 копеек покупатель отказался, что послужило основанием для обращения общества «РоссИнтерКом» в арбитражный суд с настоящими исковыми требованиями.

Обращаясь со встречными исковыми требованиями о взыскании убытков в размере 1 299 995 рублей, перечисленных за спорное

---

<sup>1</sup> Рыжаков А.П. Обыск и выемка: основания и порядок производства // СПС КонсультантПлюс. 2013.

<sup>2</sup> См. Апелляционное постановление Московского городского суда от 15.02.2016 по делу № 10-1880/2016, Апелляционное определение Хабаровского краевого суда от 24.01.2014 по делу № 33-479 и т.д.

### **РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ**

оборудование, общество «Центральная телекоммуникационная компания» указывало, что спорное оборудование было изъято следователем СУ при УВД по Ленинскому району Московской области на основании постановления о производстве выемки от 17.11.2009.

Исходя из фактических обстоятельств дела и оценив представленные сторонами доказательства в соответствии с требованиями главы 7 АПК РФ, суды пришли к выводу, что истцом по первоначальным исковым требованиям представлены надлежащие доказательства, подтверждающие передачу покупателю оборудования по спорным накладным, нарушение последним обязательств по заключенному сторонами договору в части надлежащей оплаты полученного оборудования, и удовлетворили исковые требования со ссылками на положения статей 309, 486, 506, 516 ГК РФ.

При этом суды признали не подлежащими удовлетворению встречные исковые требования со ссылками на отсутствие надлежащих доказательств, подтверждающих нарушение обществом «РоссИнтерКом» обязательств, предусмотренных пунктом 1.2 заключенного сторонами договора, в части обязанности передать товар, принадлежащий ему на праве собственности, не находящийся в залоге, под арестом, не являющийся предметом иска третьих лиц либо обремененным иным способом.

В подтверждение права собственности на переданное спорное оборудование общество «РоссИнтерКом» представило на рассмотрение судов договор от 26.10.2009 № 16-78, заключенный с ООО «Юнилекс», счет-фактуру и товарную накладную от 28.10.2009 № 277, платежное поручение от 27.10.2009 № 515 о перечислении денежных средств в адрес ООО «Юнилекс».

В соответствии с положениями статьи 460 ГК РФ, продавец обязан передать покупателю товар свободным от любых прав третьих лиц, за исключением случая, когда покупатель согласился принять товар, обремененный правами третьих лиц.

Неисполнение продавцом этой обязанности дает покупателю право требовать уменьшения цены товара либо расторжения договора купли-продажи, если не будет доказано, что покупатель знал или должен был знать о правах третьих лиц на этот товар.

Оценив доказательства, представленные обществом «РоссИнтерКом» в качестве подтверждения надлежащего исполнения

обязательств по договору поставки от 15.10.2009 № ОД-09-133/1393/09-ВЕФ, суды пришли к выводу, что на момент передачи обществу «Центральная телекоммуникационная компания» спорное оборудование было правомерно приобретено обществом «РоссИнтерКом» и надлежащим образом оплачено.

Оснований для признания переданного имущества обремененным правами третьих лиц, в результате чего у покупателя возникли истребуемые убытки, судами не установлено.

При этом судами принято во внимание, что при заключении договора поставки от 15.10.2009 № ОД-09-133/1393/09-ВЕФ стороны пришли к соглашению относительно определения подписания товарной накладной как момента перехода права собственности на передаваемый товар, а также момента перехода рисков утраты (повреждения) имущества.

Учитывая, что товар принят покупателем без замечаний, суды пришли к правомерному выводу о возникновении обязательств по его оплате». (*Определение ВАС РФ от 18.05.2011 № ВАС-14715/10 по делу № А41-2259/2010*)

Ну ничего себе... Получается, всегда есть риск: мы сейчас что-то купим, то же оборудование, потом придет следователь и изымет, а продавец не при делах? А суд устранился, см. выделенную курсивом фразу в следующем примере:

«Анализ представленных в деле документов позволяет сделать вывод, что изъятие товара было произведено в интересах следствия по уголовному делу для приобщения в качестве вещественного доказательства, то есть по основаниям, находящимся за рамками регулирования ГК РФ.

*Сведения о прекращении права собственности ОАО «Сильвинит» на изъятый у него вагон № 52599388 в деле отсутствуют.*

Ввиду того, что в деле отсутствуют надлежащие доказательства, подтверждающие наличие состава правонарушения, необходимого для удовлетворения требования о возмещении убытков, заявленного по ст. 461 ГК РФ, в иске отказано правомерно (ст. 65 АПК РФ)». (*Постановление ФАС Уральского округа от 24.04.2007 № Ф09-2685/07-С5 по делу № А50-12265/06*)

Получается интересная картина. В случае изъятия товара у покупателя — если к покупателю успело перейти право собственно-

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

сти — «крайним» оказывается покупатель. Суды говорят: ваше право собственности не прекратилось, все хорошо.

Хорошо?! Да, право на вещь у нас есть. А самой вещи — нет. Следовательно изъял. У собственника есть право, но нет возможности владеть и пользоваться вещью, т.к. собственник лишен вещи. И толку с того права собственности? Тем более что неизвестно, когда и в каком состоянии вам вернут вещь<sup>1</sup>. ЕСЛИ вообще вернут...<sup>2</sup>

Вот потому в том первом деле Центральная телекоммуникационная компания (ЦТК) заявила встречный иск. Об истребовании денег, уплаченных за оборудование. Вполне здравая купеческая логика: зачем ждать, когда вернут оборудование, или там судиться с государством?! Проще и быстрее расторгнуть договор, да взыскать переданные деньги с продавца.

Компания выиграла бы то дело... если бы предвидела подобный риск. Если бы защитилась договором.

## 13.2. ДОГОВОРНАЯ ЗАЩИТА

Из практики в предыдущей главе понятно: ГК (ст. 460—461 ГК) и типовая формулировка в договоре не защитят вас от риска «государство изъяло товар».

---

<sup>1</sup> Пример. «Как следует из материалов дела, отдел милиции № 1 по г. Красноярску 05.11.2008 г. изъял оборудование в работоспособном и полностью укомплектованном состоянии, а попытался вернуть в том состоянии, которое приводится в Протоколе осмотра места происшествия от 28.06.2011 г. (т. 1 л.д. 177), имеющемся в материалах дела, т.е. не в том состоянии, виде и комплектации, в котором оно изымалось (ржавчина, механические повреждения, некомплект)».

<sup>2</sup> Пример. «Повторно рассматривая дело, суд апелляционной инстанции считает правильным вывод суда первой инстанции о наличии оснований возложения ответственности за убытки, причиненные ООО «Энергия» на общую сумму 3 200 372 рубля, на подателя жалобы по статье 1069 ГК РФ, поскольку утрата имущества стала возможна в результате незаконных действий сотрудников Черлакского РОВД». (Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 02.12.2008 № 08АП-3930/2008 по делу № 5-44/04) (Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 30.05.2013 по делу № А33-6886/2012. С любителей изымать чужое имущество суд взыскал 2 430 000 руб. убытков). Также см. Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 20.06.2013 по делу № А63-5664/2011 — там еще хуже, отказ в иске.

Типовая формулировка = что-то расплывчатое: «передать товар, принадлежащий ему на праве собственности, не находящийся в залоге, под арестом, не являющийся предметом иска третьих лиц либо обремененным иным способом» — как было в деле ЦТК.

Как видим, не помогло. А значит, нужно что-то более четкое и серьезное. Не знаю, как практика сложится в будущем, что будет работать, а что — нет, поэтому думаем о нескольких способах. Первый:

### **13.2.1. ОТКАЗ ОТ ДОГОВОРА И ПРАВО НА ВОЗВРАТ ДЕНЕГ + УБЫТКИ**

Пишем в договоре так:

«7.1. Если в течение ста календарных дней со дня получения товара Покупателем товар будет изъят у Покупателя государственным органом, Покупатель вправе заявить односторонний внесудебный отказ от Договора — направив Продавцу уведомление об отказе. В день, когда Продавец получит уведомление Покупателя об отказе от Договора, наступают следующие последствия:

1) Право собственности на товар и все риски (утраты, порчи, гибели товара и т.д.) переходят от Покупателя — к Продавцу; и

2) Продавец обязан в течение десяти рабочих дней вернуть Покупателю деньги, уплаченные за товар; а также уплатить неустойку 0,1% от суммы, подлежащей возврату, за каждый день просрочки возврата денег; и

3) Дополнительно — убытки сверх неустойки — Продавец обязан в течение полугода возместить Покупателю любые убытки, понесенные Покупателем вследствие изъятия товара.

В частности, убытки, связанные с покупкой нового товара взамен изъятых — если взамен изъятых товаров Покупатель вынужден купить аналогичный товар по более высокой цене (убытки в виде ценовой разницы, так называемые «абстрактные убытки»).

7.2. Пункт 7.1. Договора применим во всех случаях, если товар изъят у Покупателя по причинам, связанным с Продавцом или с деятельностью Продавца.

7.3. Пункт 7.1. Договора применим и в случаях, если товар изъят у Покупателя по причинам, возникшим из-за деятельности лиц, имеющих отношение к Продавцу.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

В частности, из-за действий деловых партнеров Продавца, участников (учредителей) Продавца, работников по трудовым договорам и т.д., далее — «Зависимые Лица».

7.4. Пункт 7.1. Договора применим, в частности, в следующих случаях (открытый перечень):

1) если товар изъят у Покупателя в ходе расследования уголовного дела, возбужденного в отношении Зависимого Лица Продавца; *а также*

2) если товар изъят в качестве доказательства или в ином качестве в ходе административного расследования или иного производства, начатого в отношении Продавца или Зависимого Лица Продавца; *а также*

3) иные подобные случаи.

7.5. Пункт 7.1. не применим, если изъятие товара произошло из-за противоправных действий Покупателя».

Научно говоря, в этой части договор — сделка под условием (изъятие вещи гос. органом) с выходом на договорную реституцию (возврат сторон в первоначальное положение, предусмотренное договором), когда — и если! — наступит условие.

Возможная слабость формулировки: неустойка и убытки. Суды любят напомнить сторонам: «Взыскание убытков представляет собой меру гражданско-правовой ответственности за совершение гражданского правонарушения, которая наступает при наличии определенных условий, в том числе при наличии противоправности действий причинителя вреда» (в частности, *Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 17.03.2011 по делу № А33-5244/2010*). То же самое и по неустойке — тоже мера ответственности.

Отсюда формулировку можно истолковать так: вещь изъяло третье лицо (гос. орган), а вы пытаетесь свалить ответственность за действия третьего лица на продавца. Который вещь не изымал. И не был причинителем вреда. А раз так — в убытках отказать.

На что можно возразить: если вещь изъял гос. орган из-за «грехов» продавца, то вред причинил продавец — косвенно. И второй, более сильный довод. В силу ст. 211 ГК, риск 1) случайной гибели

или 2) случайного повреждения имущества несет его собственник, если иное не предусмотрено законом... или договором!

На основе сей нормы мы, собственник, получивший вещь по договору, переложили риск утраты вещи на продавца. Статья 211 прямо такой риск не предусматривает. Но раз статья в принципе позволяет переложить два риска на продавца, почему бы не добавить и третий? Договором? Тем более что запрета на «добавку» в статье НЕТ.

К тому же, свобода договора — как захотели, так и договорились. И еще ст. 458 и 459 ГК. Тоже позволяют нам устанавливать миг перехода рисков договором. Так, как мы хотим.

На что можно возразить... да много чего, в науке не первый год спорят<sup>1</sup>. Хорошо, с недавних пор появился более надежный способ:

### 13.2.2. Возмещение потерь — БЕЗ ОТКАЗА ОТ ДОГОВОРА

К счастью, теперь у нас есть ст. 406.1 ГК — «возмещение потерь, возникших в случае наступления определенных в договоре обстоятельств». Я уже несколько раз мимоходом упоминал эту норму. Теперь цитирую полностью:

«1. 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.

2. Суд не может уменьшить размер возмещения потерь, предусмотренных настоящей статьей, за исключением случаев, если до-

---

<sup>1</sup> См., к примеру Канев Д.Р. Ответственность должника за последствия деликтных действий третьих лиц // Современное право. 2013. № 3. С. 67 – 71.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

казано, что сторона умышленно содействовала увеличению размера потерь.

3. Потери, предусмотренные настоящей статьей, возмещаются независимо от признания договора незаключенным или недействительным, если иное не предусмотрено соглашением сторон.

4. 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.

5. Правила настоящей статьи применяются также в случаях, если условие о возмещении потерь предусмотрено в корпоративном договоре либо в договоре об отчуждении акций или долей в уставном капитале хозяйственного общества, стороной которого является физическое лицо».

Обратите внимание на подчеркнутую фразу. Поскольку в законе особо упомянуты гос. органы, закон вполне можно истолковать так: законодатель предвидел риски государства — в частности, риск изъятия товара — и дал возможность сторонам заключить соглашение, чтобы этот риск урегулировать. Соглашение будет (примерная канва):

«7.1. Если в течение ста календарных дней со дня получения товара Покупателем товар будет изъят у Покупателя государственным органом, Продавец обязан возместить Покупателю имущественные потери (далее — Потери), связанные с изъятием товара.

7.2. Потери складываются из:

А) цены товара, которую Покупатель заплатил Продавцу по Договору; плюс

Б) иных потерь Покупателя, возникших в связи с изъятием товара гос. органом — в частности, упущенной прибыли, которую не смог получить Покупатель из-за изъятия товара.

Размер иных потерь Покупателя Продавец возмещает в сумме, не превышающей цену товара.

7.3. Продавец обязан возместить Покупателю Потери в течение десяти рабочих дней со дня получения требования Покупателя о возмещении Потерь. За просрочку оплаты Продавец дополнитель-

но платит Покупателю еще и неустойку — 0,1% от суммы Потерь за каждый день просрочки.

7.4. Продавец, надлежащим образом исполнивший обязательство по возмещению потерь, получает право требовать взыскание уплаченной суммы в виде убытков с гос. органа, изъявшего товар».

Сравните с предыдущей формулировкой. Как-то проще и красивее, понятнее. А как вы думаете, почему написано именно «потерь», а не «убытков»?

### 13.2.2.1. Убытки и возмещение потерь. Особенности

По сути, если гос. орган изымает купленную вами вещь, вы несете убытки<sup>1</sup>. Именно из такой логики исходила ЦИК в том примечательном деле из предыдущей главы, напомним: «обращаясь со встречными исковыми требованиями о взыскании убытков в размере 1 299 995 рублей, перечисленных за спорное оборудование, общество «Центральная телекоммуникационная компания...»

Но если идти по пути убытков... Формально, из ст. 15 и понимания закона судьями... «в предмет доказывания по настоящему делу входят следующие обстоятельства:

- 1) факт причинения вреда (размер убытков);
- 2) противоправность действий (бездействия) причинителя вреда;
- 3) наличие причинной связи между противоправным поведением и наступлением вреда;
- 4) вина причинителя вреда.

При этом недоказанность хотя бы одного обстоятельства является основанием для отказа в иске». (*Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 01.10.2014 по делу № А58-7406/2013*. Цифры мои, для удобства)

Такая же позиция — по всем округам и давно: Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 12.05.2016 № Ф04-1811/2016 по делу № А27-2133/2015, Постановление Арби-

---

<sup>1</sup> И если продавец пойдет судиться с гос. органом за изъятую вещь, это тоже будет иск об убытках. См., к примеру, Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 25.02.2014 по делу № А27-2668/2013.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

тражного суда Московского округа от 19.05.2016 № Ф05-1231/2015 по делу № А40-83739/2013, Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 20.05.2016 № Ф06-8395/2016 по делу № А65-10829/2015 и т.д.

А чтобы Истцу жизнь медом не казалась, некоторые суды вам и пятый пункт нарисуют: «а еще докажи, что ты принял все меры для снижения убытков». Пример:

«...истец должен доказать не только реальность принимаемых им мер, но и их направленность на предотвращение или снижение размера понесенных им убытков, обязательность доказывания осуществления истцом мер, направленных на получение упущенной выгоды, и сделанных с этой целью приготовлений обусловлена внутренним содержанием самого правового явления убытков». (Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 23.04.2015 № Ф08-167/2015 по делу № А63-135/2014)

Вот потому и в деле ЦИК, и во втором деле из той же главы, суды отказали в убытках... И вообще, до некоторых пор убытки было архитяжело доказать. Именно поэтому в ГК появилась ст. 406.1 ГК<sup>1</sup>.

Где про убытки — ни слова. НАМЕРЕННО. Чтобы избежать старого «головняка» с доказыванием всех пяти пунктов по убыткам. Как в старом анекдоте: «А теперь перечислите поименно участников русско-японской войны».

Возмещение потерь по ст. 406.1 — ДРУГОЙ способ спасения кредитора. С более простым доказыванием. Для чего ВС особо разъяснил:

«...В отличие от возмещения убытков по правилам статей 15 и 393 ГК РФ, возмещение потерь по правилам статьи 406.1 ГК РФ осуществляется **вне зависимости от наличия нарушения (неисполнения или ненадлежащего исполнения) обязательства соответствующей стороной и независимо от причинной связи между поведением этой стороны и подлежащими возмещению потерями**, вызванными наступлением определенных сторонами обстоятельств.

---

<sup>1</sup> Спросите, откуда появилось? Содрали с английского права. В очередной раз. Наше «возмещение потерь» = английское «*indemnity*» = «гарантия от убытков, потерь». Подробнее см.: *Оробинский В.В.* Английское договорное право: просто о сложном. — Ростов н/Д: Феникс, 2015. — Глава 5.14. «Подушка безопасности».

По смыслу статьи 406.1 ГК РФ, возмещение потерь допускается, если будет доказано, что они уже понесены или с неизбежностью будут понесены в будущем. При этом сторона, требующая выплаты соответствующего возмещения, должна доказать наличие причинной связи между наступлением соответствующего обстоятельства и ее потерями». (Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений ГК РФ об ответственности за нарушение обязательств», п. 15)

Как говорил, возмещение потерь по ст. 406.1 — другой способ спасения кредитора. Есть еще один. Через убытки из заверений.



### ДОМАШНЕЕ ЗАДАНИЕ

---

Начинает складываться практика по возмещению потерь. Хорошая. В пользу кредитора. Изучите Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 12.09.2016 № 08АП-8225/2016 по делу № А46-15870/2015 и Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 28.07.2016 № 09АП-29430/2016 по делу № А40-217484/2015.

---

### 13.2.3. Убытки из заверений

Вот вам случай из жизни. Фирма (посредник) покупает медоборудование у крупного оптовика. Следом перепродает оборудование муниципальным учреждениям (конечный приобретатель). Через торги, все чин чинном, в рамках ФЗ о госзакупках. Тем и живет.

Государственный заказчик требует гарантию два года. Оптовик дает год. И больше — ни в какую. А если оборудование ломается через полтора года со дня поставки? Естественно, отвечать посреднику. Чинить оборудование за свой счет. Нести убытки.

Иначе — не исполнил госконтракт, реестр недобросовестных поставщиков, и — потеря бизнеса. После пары ремонтов Посредник призадумался. Как-то невыгодно получается. Без прибыли остаемся.

Посредник пытается договориться с оптовиком. «Я обязан дать два года гарантии, иначе — не продам. Почему я должен отвечать

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

за твои недоработки? Увеличь гарантию. Или возмещай мне убытки, связанные с ремонтом. Давай подпишем соглашение». Оптовик, естественно, в отказ: или работаем как есть, на моих условиях, или ищи другого оптовика. Всё как всегда.

Что делает посредник? Наседает на своего юриста. «Батенька, ну вы как-то заложите в договор пунктик... ну вы поняли... чтобы если что, мы взыскали расходы на ремонт». А что юрист? Откажешь — значит, ты плохой юрист. Поэтому проще заложить. Если вторая сторона заметит — какие ко мне вопросы? Я заложил, как вы просили.

Игра на инерции мышления / «замысленности» глаза. Чаще всего прячут в пунктах договора, которые мало кто читает — форс-мажор (непреодолимая сила) или конфиденциальность. К примеру, так:

«6. Непреодолимая сила.

6.1. Стороны не несут ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по настоящему Договору, если такое неисполнение или ненадлежащее исполнение произошло вследствие обстоятельств непреодолимой силы. В число таких обстоятельств входят войны, военные действия, мятежи, саботаж, забастовки, пожары, взрывы, наводнения или иные стихийные бедствия, причем нормативно-правовые акты государственных органов власти и иные акты, а также действия госорганов не относятся к непреодолимой силе.

6.2. Немедленно после получения информации о наступлении любых обстоятельств, задерживающих исполнение или иным образом препятствующих исполнению настоящего Договора, Стороны письменно уведомляют об этом друг друга.

6.3. Продавец заверяет: товар, подлежащий передаче Покупателю по Договору, не является предметом залога, не удерживается третьим лицом в обеспечение долга, не продан третьему лицу, в розыске или под арестом не состоит, товар не будет изъят государственным органом в течение года со дня заключения договора. Обстоятельства, перечисленные в данном пункте, не относятся к обстоятельствам непреодолимой силы. В случае наступления вышеперечисленных обстоятельств Продавец обязан возместить Покупате-

лю убытки, а также выплатить неустойку в размере половины цены товара. Наличие убытков, причинно-следственная связь и прочие значимые обстоятельства могут быть доказаны в т.ч. и документами, составленными потерпевшей стороной в одностороннем порядке.

6.4. Если обстоятельство непреодолимой силы вызывает существенное нарушение или неисполнение обязательств по настоящему Договору, длящееся более десяти календарных дней, каждая Сторона имеет право прекратить действие настоящего Договора после подачи другой Стороне предварительного письменного уведомления о своем намерении прекратить действие Договора. Прекращение действия договора не прекращает обязательств по договору, в частности, обязательства возместить убытки, вытекающие из нарушения заверений, однако стороны примут все меры к тому, чтобы исполнить договор разумно и добросовестно».

Заметили? Да. «Закладка» в п. 6.3. Помните. Жизнь — театр, где роли ходят по кругу. Сегодня вы прячете в договоре некую хитрую формулировку. Завтра — ищите в чужом договоре... «вражьи капканы». Увы, с нашей традицией бегать от ответственности — обычная практика. Кто кого перемудрит. Так что всегда внимательно вычитывайте договор. ВСЕЬ.

### **13.3. ТОВАР ИЗЪЯЛО ГОСУДАРСТВО (КОСВЕННО)**

В прошлой главе пришел человек государев да отнял товар. Может быть и по-другому. Никто не приходит. Государство издает некий акт.

Этим актом государство запрещает оборот (в т.ч. продаже) некоего товара. То есть изымает товар не у собственника, а из гражданского оборота. Но косвенно, как всегда, страдает собственник. Купил товар, думал продать и заработать — ан нет... уперся в запрет.

Допустим, товар продан в кредит. Покупатель не хочет отдавать долг продавцу, так как понимает: деньги на ветер. Продавец идет в суд взыскивать долг с покупателя... чья возьмет?

Скорей всего, будет так:

## **РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ**

«Довод ответчика о том, что поставленная продукция является вином из Республики Молдова, оборот которого запрещен на основании Постановления Главного государственного санитарного врача РФ № 6 от 15.03.2006 "Об усилении надзора за оборотом алкогольной продукции", иных нормативных актов, принятых в развитие указанного Постановления, не принимается судом.

Продукция поставлена по товарной накладной от 20.03.2006, принята ответчиком в установленном договором порядке. В соответствии с Письмом Главного государственного санитарного врача России от 04.04.2006 № 0100/3835-06-23: "В целях предотвращения угрозы для жизни и здоровья потребителей, приостанавливаю с 05.04.2006 действие всех выданных санитарно-эпидемиологических заключений на коньяки, вино (в том числе шампанские вина) и виноматериалы, ввозимые на территорию Российской Федерации из Республики Молдова и Республики Грузия и изготовленных на территории указанных республик".

Таким образом, поставка вина осуществлена до приостановления действия санитарно-эпидемиологических заключений на него. При таких обстоятельствах исковые требования о взыскании 376602 руб. долга подлежат удовлетворению». (*Решение Арбитражного суда г. Москвы от 21.12.2006, 28.12.2006 по делу № А40-67733/06-138-492. Устояло по трем инстанциям*)

Поставка прошла до запрета. И что? Покупателю не легче. Если запрет госоргана есть, то продать или невозможно вовсе — ничтожная сделка, нарушает публичные интересы (гос. запрет), или можно — но с рисками административных штрафов. Как исключить такой риск?

### **13.3.1 ДОГОВОРНАЯ ЗАЩИТА**

Первое, что приходит в голову: приравнять в договоре запретительный акт госоргана к непреодолимой силе. Так обычно пишут в типовых болванках. И думают — «застраховались»... Куда там! Смотрите, что будет в суде:

«Поскольку согласно пункту 8.1 договора стороны не несут ответственность за неисполнение обязательств, если объективная

невозможность исполнения явилась следствием действия обстоятельств непреодолимой силы, в том числе издания актов государственных органов, апелляционным судом сделан вывод о том, что оснований для удовлетворения исковых требований не имеется.

Кассационная инстанция не может признать выводы апелляционного суда законными и обоснованными.

Правило, предусмотренное п. 1 ст. 461 ГК РФ, является прямым продолжением правовых норм, содержащихся в ст. 460 ГК РФ, которое применяется в случае изъятия товара у покупателя третьим лицом по так называемому виндикационному иску (ст. ст. 301, 302, 305 ГК РФ). При разрешении настоящего спора данная норма применению не подлежит.

Права и обязанности сторон по договору — истца и ответчика, возникли с момента заключения договора поставки Р-20: 01 марта 2005 г.

Обязанность продавца по передаче товара была исполнена в сроки, установленные договором: 15.03.2006. Именно с этого момента, поскольку иное не установлено договором, право собственности на поставленный товар и, следовательно, все риски перешли на покупателя продукции.

Доказательств исполнения ответчиком обязательств по уплате товара в установленные договором и дополнительным соглашением к нему сроки (в течение двадцати одного календарного дня с момента получения товара на складе продавца), как установлено судом, не представлено.

Письмо Руководителя Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека — Главного государственного врача РФ «О ввозе и реализации алкогольной продукции» от 04.04.2006 за № 0100/3835-06-23 и Письмо Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека от 19.04.2006 № 0100/4510-06-32 не являются обстоятельствами, создающими объективную невозможность надлежащего исполнения покупателем договорных обязательств по оплате продукции.

Ссылка апелляционного суда на данные документы как на основание освобождения стороны по договору от исполнения обяза-

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

тельств несостоятельна». (Постановление ФАС Московского округа от 13.06.2007 № КГ-А40/5319-07 по делу № А40-70064/06-41-462)

Суд прав. Даже если бы Ответчик доказал: «акт госоргана = непреодолимая сила», то долг бы все равно платить пришлось!!! Потому что доктринально: «Освобождение от ответственности не освобождает от обязанности уплатить сумму основного долга, т.е. от обязанности исполнить обязательство в натуре»<sup>1</sup>. Другой суд по другому делу написал то же самое:

«Кроме того, отсутствие вины (наличие обстоятельств непреодолимой силы) освобождает от применения мер ответственности к должнику (в частности, неустойки), но не от исполнения основного обязательства по возврату суммы кредита и уплате процентов за пользование им». (Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 29.10.2008 № Ф08-6115/2008 по делу № А25-1379/2007-9)

Таким образом, договорная защита через оговорку о непреодолимой силе не пройдет. А что пройдет? Убытки? Вряд ли... Если в прямом изъятии (постановление следователя) есть хотя бы косвенная вина продавца, то в косвенном — нет и близко.

В самом деле. На день заключения договора обе стороны не знали: государство замышляет ввести запрет. Запрет не связан с противоправными действиями сторон. Запрет наложен помимо воли обеих сторон. Где тут вина продавца?!

Как мы помним, для убытков нужны, в частности, вина и противоправность. А тут — ни того ни другого. Можно, конечно, пренебречь доктриной и прописать в договоре ответственность продавца за запрет и без вины/противоправности...

Но мне кажется, это будет забивание гвоздей отверткой. Есть же другой инструмент — возмещение потерь. Где о противоправности речь не идет. Обязался отвечать — отвечай. Просто и красиво.

Поэтому если предвидите риск косвенного изъятия, то закладывайте либо возмещение потерь, либо договорную реституцию, т.е. возврат сторон в первоначальное положение.

---

<sup>1</sup> Карпетов А.Г. Иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре. — М.: Статут, 2003. — 190 с. — С. 167

Этот механизм вы видели в главе 13.2.2. Но в случае косвенного изъятия я бы его слегка «подкрутил». Поскольку гос. запрет нагрязнул помимо воли сторон, без вины продавца, то и ответственность должна быть мягче... Хотя бы так:

«7.1. Если в течение ста календарных дней со дня получения товара Покупателем государство:

1) исключит товар из гражданского оборота — путем принятия нормативно-правового акта или иным способом; или

2) ограничит товар в гражданском обороте — в частности, запретит продажу товара; или

3) наложит иное ограничение на товар, препятствующее использованию товара в предпринимательской деятельности Покупателя;

ТОГДА: стороны возвращаются в первоначальное положение — как если бы договора не было — в порядке, установленном данным разделом Договора.

7.2. В срок, указанный в предыдущем пункте, Покупатель вправе заявить односторонний внесудебный отказ от Договора — направив Продавцу уведомление об отказе.

7.3. В день, когда Продавец получит уведомление Покупателя об отказе от Договора, наступают следующие последствия:

1) Право собственности на товар и все риски (утраты, порчи, гибели товара и т.д.) переходят от Покупателя — к Продавцу; и

2) Продавец обязан в течение двадцати рабочих дней вернуть Покупателю деньги, уплаченные за товар; а также уплатить неустойку 0,1% от суммы, подлежащей возврату, за каждый день просрочки возврата денег; и

3) Покупатель обязан в течение двадцати рабочих дней вернуть Продавцу товар. Расходы по возврату товара — на Покупателе. Неустойка за просрочку — такая же, как и в предыдущем пункте.

7.4. Обязательства, предусмотренные пунктом 7.3. Договора, — независимые (не встречные). То есть сторона обязана исполнить обязательство независимо от того, исполнила или нет другая сторона свое обязательство. В частности, Продавец обязан исполнить обязательство по возврату денег независимо от того, вернул Покупатель товар или нет.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

7.5. Если Продавец отказывается принять товар, Покупатель вправе отправить товар Продавцу силами третьего лица (почта, служба курьерской доставки и т.д.).

7.6. Расходы и убытки, связанные с возвратом в первоначальное положение, стороны несут самостоятельно. В частности, если возврат стороны в первоначальное положение причинил другой стороне убытки, эти убытки возмещению не подлежат».

Еще раз, цель. Если ничего не писать в договоре, в случае гос. запрета на товар страдает покупатель. И будет, как правильно отметил суд: «Поскольку иное не установлено договором, право собственности на поставленный товар и, следовательно, все риски перешли на покупателя продукции».

Мы хотим «установить иное». Чтобы в случае запрета стороны вернулись в первоначальное положение. Но не более того.

Представьте. Вы получили товар по договору (первый договор). Тут же заключили договор на перепродажу товара (второй договор). А тут, как назло, государство приняло запрет и ограничило товар в обороте. По договору о перепродаже (второй договор) в случае срыва поставки вы обязаны платить неустойку.

Конечно, велик соблазн заплатить неустойку по второму договору... и выставить ее как убытки продавцу по первому договору. Можно предусмотреть и такое. Возможно. Но справедливо ли? Думаю, нет. Не должен продавец отвечать за государство.

Поэтому в этом примере я заложил честную схему: если мы попали под запрет, возвращаемся на исходную точку — но не более того. Если до запрета сторона успела договориться с кем-то другим и понесла убытки — кто договорился, тот и расхлебывает. Вот почему и для чего написан пункт 7.6.

## 13.4. Скачки валюты

А вспомним-ка бывшее...

22 сентября 1992 г. Знаменитый «черный вторник». За день доллар вырос на 35,5 руб.: с 205,5 руб. до 241 руб.

11 октября 1994 г. Опять вторник, и опять — черный. Курс доллара вырос с 2833 до 3926 рублей за доллар.

1998 — 1999 гг. Курс рубля упал за полгода ВТРОЕ; с 6 рублей за доллар — до 21 по состоянию на 1 января 1999 года.

Июль 2008 г. Доллар долго сидел на отметке 23,3 рубля. К февралю-марту 2009-го прыгнул до 36 рублей за доллар. Потом вернулся на отметку 30. Потихоньку отрос до 35. Потом до 40. Потом до 50. Где и сидел до 12.12.2014 г., пятницы.

15 декабря 2014 г. Понедельник. Обвал курса на 8%. Доллар — 58 с копейками. А за понедельником следует что? Правильно. Вторник. И отнюдь не белый... Во вторник доллар скакнул до 80,1 рубля. Евро и вовсе ушел за сотню — 100,74... В начале 2015-го маятник качнулся в обратную сторону. Доллар затаился на 65 рублях... и ждет своего часа.

Что видим? Раз в несколько лет — 1993, 1998, 2008, 2014 — рубль стабильно падает. Промежуток разный — 5, 10, 6 лет — но в конце затишья всегда ОБВАЛ. Последствия для сторон договора?

Допустим, вы хотите купить некий импортный товар. Есть посредник. Постоянно возит товары из-за границы. Готов привезти и вам... если договоритесь. И? На переговорах каждый будет тянуть одеяло на себя. Всё как всегда...

Покупателю выгоден договор в рублях. И покупатель будет прожимать это условие. Умный посредник, наоборот, будет настаивать на договоре в у.е. (условные единицы). Либо, «будь по-вашему», в рублях, но «заложим в договор механизм пересчета цены товара, если изменится курс».

Почему так — думаю, понятно. Допустим, на день переговоров курс 60 руб. за доллар. Товар стоит 900 долларов + 100 долларов «накрутка» посредника. Вы подписали договор до скачка курса и до того, как посредник купил товар. И протолкнули свое условие: цена товара 60 000 рублей, никаких долларов.

Посредник думал: сейчас я быстренько куплю товар за 54 000 ( $900 \times 60 = 54000$ ), накину сверху «соточку», привезу и заработаю... И тут — СКАЧОК. Допустим, до 80 руб. за доллар.

Последствия? «Влетел» посредник. Он теперь вынужден тратить по новому курсу  $900 \times 80 = 72000$  руб., только чтобы привезти вам товар. Вынужден исполнять договор себе в убыток. Убыток:  $72000 - 54000 = 18000$ .

## РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

И посредник, с матами и ворчаньем, исполняет договор. Потому что понимает: если не исполнит, завтра по почте «прилетит» иск. Об убытках. Легко догадаться, о каких: «Ответчик обязался нам поставить товар за 60 000, не исполнил, мы вынуждены купить товар за 90 000 у другого поставщика, эту разницу — 30 000 — просим взыскать с Ответчика».

Конечно, лучше потерять 18 000, чем 30 000 + расходы на юристов, гос. пошлину и т.д. Поэтому Посредник договор исполнит. Может, еще и спасибо вам скажет — за ценный жизненный опыт. Но впредь будет во все договора закладывать валютную оговорку и вести все расчеты в валюте. Законно ли?!

### 13.4.1. Матчасть

Общее правило:

«1. Рубль является законным платежным средством, обязательным к приему по нарицательной стоимости на всей территории РФ. Платежи на территории РФ осуществляются путем наличных и безналичных расчетов.

2. Случай, порядок и условия использования иностранной валюты на территории Российской Федерации определяются законом или в установленном им порядке» (ст. 140 ГК РФ).

Закон «О валютном регулировании и валютном контроле», 173-ФЗ, тоже говорит нам: «валютные операции между резидентами запрещены» (ст. 9). Однако в ГК есть еще и ст. 317, валюта денежных обязательств. Где сказано:

«1. Денежные обязательства должны быть выражены в рублях (статья 140).

2. В денежном обязательстве может быть предусмотрено, что оно подлежит оплате в рублях в сумме, эквивалентной определенной сумме в иностранной валюте или в условных денежных единицах (эю, «специальных правах заимствования» и др.).

В этом случае подлежащая уплате в рублях сумма определяется по официальному курсу соответствующей валюты или условных денежных единиц на день платежа, если иной курс или иная дата его определения не установлены законом или соглашением сторон.

3. Использование иностранной валюты, а также платежных документов в иностранной валюте при осуществлении расчетов на территории РФ по обязательствам допускается в случаях, в порядке и на условиях, определенных законом или в установленном им порядке».

И уже в нулевых появилось разъяснение ВАС:

«В случае, когда в договоре денежное обязательство выражено в иностранной валюте без указания о его оплате в рублях, суду следует рассматривать такое договорное условие как предусмотренное пунктом 2 статьи 317 ГК РФ, если только при толковании договора в соответствии с правилами статьи 431 ГК РФ суд не придет к иному выводу.

Если договором предусмотрено, что денежное обязательство выражается и оплачивается в иностранной валюте, однако в силу правил валютного законодательства данное обязательство не может быть исполнено в иностранной валюте, то такое договорное условие суду также следует рассматривать как предусмотренное пунктом 2 статьи 317 ГК РФ, если только при толковании договора в соответствии с правилами статьи 431 ГК РФ суд не придет к иному выводу». (*Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 04.11.2002 № 70 «О применении арбитражными судами статей 140 и 317 ГК РФ», пункт 3*)

В переводе на русский. «Косвенные» расчеты в валюте — через рублевый эквивалент — закон разрешает. Прямые же расчеты в валюте между двумя российскими лицами запрещены. Поэтому не стоит закладывать в договоре оговорку о прямых расчетах. К примеру, «я обязан уплатить тебе 500 долларов США».

Однако грош цена тому запрету. Если заложите, не смертельно. «Такое договорное условие суду также следует рассматривать как предусмотренное пунктом 2 статьи 317 ГК РФ».

То есть условие договора «я обязан уплатить тебе 500 долларов США» суд истолкует как «я обязан уплатить тебе 500 долларов США в рублях по курсу ЦБ РФ на день платежа». При этом договор не будет ничтожным. Пара примеров из практики:

1) «Доводы апеллянта о том, что в соответствии с частью 1 статьи 9 Федерального закона от 10.12.2003 № 173-ФЗ «О валютном

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

регулировании и валютном контроле» валютные операции между резидентами запрещены, коллегией отклоняются как основанные на ошибочном толковании норм материального права.

Согласно пункту 3 статьи 317 ГК РФ использование иностранной валюты, а также платежных документов при осуществлении расчетов на территории РФ по обязательствам допускается в случаях, в порядке и на условиях, определенных законом или в установленном им порядке.

Следовательно, если стороны правомерно договорились о расчетах в определенной иностранной валюте в порядке статьи 422 ГК РФ и добровольное исполнение ими такого обязательства валютному законодательству не противоречит, суд по требованию истца взыскивает соответствующую задолженность в этой иностранной валюте». (*Постановление Пятого арбитражного апелляционного суда от 22.01.2016 № 05АП-11285/2015 по делу № А51-9282/2015, Постановлением Арбитражного суда Дальневосточного округа от 10.05.2016 № Ф03-1762/2016 оставлено без изменения*).

2) «При этом на договор займа, содержащий указание на иностранную валюту, распространяются те же правила, что и на договор займа, заключенный в рублях, а производство расчетов между сторонами по сделке непосредственно в иностранной валюте либо указание в договоре на возможность расчетов таким способом само по себе не указывает на ничтожность сделки.

Отсутствие указания в договоре на то, что оплата по обязательству осуществляется в рублях, не влечет недействительности всего договора, а при возникновении споров следует рассматривать такое договорное условие как предусмотренное п. 2 ст. 317 ГК РФ, в силу которого в денежном обязательстве может быть предусмотрено, что оно подлежит оплате в рублях в сумме, эквивалентной определенной сумме в иностранной валюте или в условных денежных единицах; в этом случае подлежащая уплате в рублях сумма определяется по официальному курсу соответствующей валюты или условных денежных единиц на день платежа, если иной курс или иная дата его определения не установлены законом или соглашением сторон». (*Апелляционное определение Московского городского суда от*

08.07.2015 по делу № 33-23820/2015, Определение Московского городского суда от 14.04.2016 № 4г-2279/2016, Апелляционное определение Красноярского краевого суда от 15.04.2015 по делу № 33-3720/2015, А-56 и т.д.)

Поэтому ответ на вопрос из прошлой главы — «Законно ли закладывать в договор валютную оговорку и вести все расчеты в валюте?» — будет: «Да, но расчеты у вас все равно будут в рублях». И тут важно грамотно прописать валютную оговорку.

## 13.4.2. ВИДЫ ВАЛЮТНЫХ ОГОВОРК

Четыре: условные единицы (у.е.), косвенные, цена в рублях + выход по курсу, альтернативные.

### 13.4.2.1. УСЛОВНЫЕ ЕДИНИЦЫ

Наследство девяностых. В свое время, в марте 1993 года, вышло постановление правительства России «Об усилении валютного и экспортного контроля и о развитии валютного рынка». Правительство советовало ЦБ полностью запретить расчеты в валюте на территории РФ.

Предприниматели подстраховались и стали в договорах писать «у.е.» — условная единица — доллар США. Типовая оговорка тех лет: «Цена товара составляет 1000 условных единиц (далее — «у.е.»). Одна условная единица равна одному доллару США по курсу ЦБ РФ на день оплаты».

Сейчас у.е. ушли в прошлое. Зачем усложнять себе жизнь, если можно честно написать «покупатель обязан заплатить за товар цену — тысяча долларов США в рублях по курсу ЦБ РФ на день оплаты»?

Тем не менее многие работают по старинке. И во многих типовых болванках вы можете до сих пор встретить валютную оговорку в у.е. — иногда вместе с классической ошибкой. Внимательно прочтите раздел договора из типовой болванки. Ничего нестораживает?!

#### «4. ЦЕНЫ И ПОРЯДОК РАСЧЕТОВ

4.1. Арендная плата составляет \_\_\_\_\_ (\_\_\_\_\_) условных единиц за период \_\_\_\_\_ . Оплата осуществляется

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

в рублях по официальному курсу Банка России на день платежа. В арендную плату включены плата за доставку и монтаж Оборудования, плата за услуги по эксплуатационному обслуживанию Оборудования.

4.2. Арендная плата по настоящему Договору перечисляется Арендатором на расчетный счет Арендодателя в следующем порядке: \_\_\_\_\_. Обязанность Арендатора считается исполненной с даты списания денежных средств с расчетного счета Арендатора.

4.3. Размер арендной платы может быть изменен Сторонами дополнительным соглашением к настоящему Договору, но не чаще одного раза в год.

4.4. Выкупная стоимость Оборудования составляет \_\_\_\_\_. В счет оплаты выкупной стоимости Оборудования Арендодатель засчитывает внесенные Арендатором суммы арендной платы.

4.5. Арендодатель в течение \_\_\_\_\_ с момента \_\_\_\_\_ направляет Арендатору оригинал счета, подлежащего оплате».

Ошибка одна, но — фундаментальная. Заметили? Верно. Не указано, ЧЕМУ равны у.е., какой валюте. Если вы не исправите ошибку, будет так:

«Денежные обязательства должны быть выражены в рублях (статья 140) (ч. 1 ст. 317 ГК РФ). Таким образом, **при отсутствии в расписке валюты денежных средств, в соответствии с положениями действующего законодательства РФ обязательство считается выраженным в рублях**». (Апелляционное определение Верховного суда Республики Башкортостан от 21.04.2016 по делу № 33-6991/2016)

На мой взгляд, механизм с у.е. = архаика. Пользуйтесь лучше косвенной оговоркой — просто, честно и понятно.

#### 13.4.2.2. Косвенная оговорка

Знакомая нам: «Я обязан уплатить 500 долларов США в рублях РФ по курсу ЦБ РФ на день платежа». Косвенная, т.к. хотя и упомянута валюта, но платежи будут идти не прямо в иностранной ва-

люте, а в пересчете на рубли и в рублях. Какие здесь «подводные камни».

1) *Срок платежа.* Может сработать в пользу покупателя. Допустим, в договоре сказано: «Цена товара — 10 000 долларов США по курсу ЦБ РФ на день оплаты. Покупатель обязан оплатить товар в течение месяца со дня получения товара».

Что делает умный покупатель? Ждет. Смотрит, куда идет курс. Если вниз, тянет с оплатой до конца срока. Если упадет с 75 до хотя бы 70, то заплатим не 75 000 руб., а 70 000. Если вверх — платим сразу. Допустим, в начале месяца курс был 75 и шел вверх. Платим. В конце месяца курс — 80. Но мы уже заплатили по низкому курсу. 5 000 сэкономили. Выходит, долгий срок платежа работает на покупателя.

2) *Валюта платежа.* В начале книги был пример — Постановление ФАС Московского округа от 01.11.2010 № КА-А40/12708-10 по делу № А40-152336/09-63-1036. В том деле стороны указали валюту договора — доллар, но не указали, КАКОЙ страны. США? Канада? Австралия?

И суд решил: «Какую именно валюту имели в виду стороны, из условий договора установить невозможно». То же самое может быть и с кроной — норвежская, чешская или шведская?

А иногда и с рублем. Если вы заключили договор с фирмой из Белоруссии и указали цену в рублях, но не указали, в каких. Рублей-то два — русский и белорусский. Поэтому в валютной оговорке всегда предельно четко прописываем валюту платежа.

3) *Исключите 451-ю.* Вернемся к примеру с «влетевшим» посредником из главы 6.4.3. Поднимем ставки. В том договоре не было валютной оговорки. Вам так выгодно. Посреднику — нет.

Поскольку речь шла о заморском товаре и посредник покупает этот товар за валюту, то риски скачков курсов посредник берет на себя. При убытке в 18 000 посредник еще исполнит договор. Не бог весть какие деньги, доброе имя дороже. А если на кону не 18 000, а 18 000 000?!

Вот тогда — жди, покупатель, иска по ст. 451 ГК. Об изменении договора. В двух словах, эта статья кодекса позволяет стороне требовать через суд изменить договор. В том числе, если:

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

«исполнение договора без изменения его условий настолько нарушило бы соответствующее договору соотношение имущественных интересов сторон и повлекло бы для заинтересованной стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишилась бы того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора».

Уверен, посредник рискнет. Подает иск к покупателю на основе этой статьи. Будет просить суд поменять в договоре всего один пункт — цена товара. Уважаемый суд, просим увеличить цену. Чтоб было, как до скачка: «и товар куплю-продам без убытка, и сотку заработаю».

Поможет ли суд посреднику? Вряд ли. Практика в последние годы идет в другую сторону: «изменение курса национальной валюты не может быть признано существенным обстоятельством по смыслу статьи 451 ГК РФ, дающим право требовать изменения договора, а относится к обычным рискам предпринимательской деятельности»<sup>1</sup>.

Тем не менее, некоторые суды в принципе считают скачки валюты основанием изменить договор. К примеру:

«Приведенное положение п. 1 ст. 451 ГК РФ, с одной стороны, свидетельствует о том, что существенное изменение обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении договора участия в долевом строительстве, потенциально может служить основанием для инициирования вопроса об изменении цены договора.

В частности, существенным изменением обстоятельств для этих целей можно было бы признать введение дополнительных налогов либо повышение ставок существующих налогов, значительное падение курса национальной валюты, существенное повышение стоимости строительных материалов, подрядных работ и т.д., необходимых для строительства объекта недвижимости, поскольку эти факты вле-

---

<sup>1</sup> См. Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 16.11.2015 № 07АП-9275/2015 по делу № А27-8845/2015, Постановление Арбитражного суда Московского округа от 13.05.2016 № Ф05-4707/2016 по делу № А41-71971/2015, Постановление ФАС Московского округа от 02.07.2009 № КГ-А41/4517-09, Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 11.01.2007 № Ф04-8719/2006(29809-А75-16) по делу № А75-2991/2006, Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 12.04.2016 № Ф03-1269/2016 по делу № А51-1763/2014. и т.д.

кут нарушение эквивалентности взаимных предоставлений по договору участия в долевом строительстве». (*Решение Арбитражного суда Свердловской области от 11.01.2013 по делу № А60-39575/2012*)

Такой практики мало, но — есть. Зная привычку практики со временем меняться, хорошо бы заложить в договор доп. страховку. Статья 451 в начале говорит: «если иное не предусмотрено договором или не вытекает из его существа». А значит, можно установить иное договором. Установим.

Так: «К отношениям сторон по договору ст. 451 ГК не применима». Или — более грубо и «казенно»: «любое изменение обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении договора, не является основанием для изменения или расторжения договора».

Или — эдак:

«Перед заключением договора стороны разумно и добросовестно обдумали последствия заключения и исполнения договора. Договор выгоден сторонам и преследует разумную деловую цель. Последствия исполнения договора сторонам ясны и понятны.

Возможные риски — тоже. Любое изменение обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении договора, не может быть основанием для изменения или расторжения договора».

В примере с посредником в договоре не было валютной оговорки. Теперь станем на другую сторону баррикад. Вы — посредник. Протащили в договор валютную оговорку. Вам выгодно, чтобы оговорка устояла. Тогда — тоже исключайте ст. 451 ГК.

Иначе, если курс скакнет, с иском об изменении цены выйдет покупатель. Мол, я хотел купить из расчета 65 руб. за доллар, а теперь курс скакнул, и я вынужден платить за товар по курсу 100 руб. за доллар — грабят! злоупотребляют! караул!

Тожe бывает. Пример: «Пунктом 4.2 договора предусмотрено, что постоянная арендная плата устанавливается в размере 500 долларов США в год за 1 кв. м помещения, включая НДС 18%.

Платежи за аренду производятся в рублях по курсу Банка России на день оплаты, но не ниже 30 рублей за 1 доллар США. Днем оплаты считается день списания денежных средств с расчетного счета субарендатора.

...Суды обоснованно отклонили доводы предпринимателя о злоупотреблении правом со стороны общества, выразившемся во взы-

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

скании задолженности по арендной плате исходя из условий договора субаренды от 01.04.2012 № 1 и резко возросшего курса доллара США, поскольку условие о валютной оговорке, включенное в контракт по взаимному соглашению сторон, не противоречит действующему законодательству, а ответчик, являющийся субъектом предпринимательской деятельности, при заключении договора, содержащего валютную оговорку, действуя разумно и осмотрительно, не мог не осознавать риск существенного возрастания арендной платы в случае роста курса валюты, в которой выражен размер договорных обязательств». (Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 29.04.2016 № Ф08-2057/2016 по делу № А32-8313/2015)

4) *Осторожней с накладными.* Если хотите удержать валютную оговорку, добавьте в договор формулировку:

«Договор не может быть изменен действиями сторон. Договор может быть изменен ТОЛЬКО путем подписания дополнительного соглашения к договору. Договор не может быть изменен путем подписания иных документов. В частности, товарных накладных, актов, а также прочих документов, связанных с исполнением договора».

Как вы думаете, зачем? А вот зачем. Время от времени проскакивает странная практика:

«Суд первой инстанции правомерно отметил, что несмотря на то, что в договоре поставки семян подсолнечника для посева № НТ-П-13-8 от 04.02.2013 стороны определили, что оплата будет производиться в российских рублях по курсу ЦБ России на дату оплаты, **в товарных накладных на передачу товара стороны согласовали стоимость переданного товара в российских рублях, т.е. изменили условия договора о валюте денежного обязательства** (п. 1 ст. 450 ГК РФ).

Довод апелланта о том, что указание в товарных накладных стоимости товара в рублевом эквиваленте не влечет изменение валюты денежного обязательства, отклоняется коллегией судей как противоречащий п. 1 ст. 450 ГК РФ.

В данном случае **подписание сторонами сделки товарных накладных с указанием количества, ассортимента товара и его согласованной стоимости в рублях является надлежащим способом**

**внесения изменений в договор, заключенный в письменной форме, в части определения валюты платежа». (Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 02.04.2015 № 18АП-1009/2015, 18АП-1168/2015 по делу № А47-10279/2014)**

И еще: «Таким образом, суд апелляционной инстанции приходит к выводу, что стороны своими действиями (составление товарных накладных с указанием цен в рублях) изменили условия договора в части установления валюты, в которой определяется стоимость поставленного товара». (Постановление 13ААС от 30.06.2010 по делу № А56-4117/2010)

5) *Предел падения*. Тоже можно поставить. Выше был пример из аренды: «платежи за аренду производятся в рублях по курсу Банка России на день оплаты, но не ниже 30 рублей за 1 доллар США».

Такой же «предел падения» можно прописать и в поставке, и в оказании услуг, и в любом договоре. К примеру: «Покупатель обязан уплатить за товар 500 долларов США в российских рублях (далее — «рубли») по курсу ЦБ РФ на день платежа. Однако если на дату платежа курс ЦБ РФ будет меньше 70 рублей за доллар США, Покупатель обязан оплатить за товар по курсу 70 рублей за доллар».

### **13.4.2.3. ЦЕНА В РУБЛЯХ + ВЫХОД ПО КУРСУ**

Договор в рублях, но с «привязкой» к валюте. Есть оговорка о «выходе из договора», если скакнет курс. Пример:

«8. Расторжение Договора.

8.1. На день заключения Договора курс доллара США (далее — «доллар») равен 60 рублям РФ за доллар. Если в ходе исполнения Договора курс доллара превысит 70 рублей за доллар, Покупатель вправе заявить односторонний внесудебный отказ от Договора (далее — «отказ от Договора»).

8.2. Отказ от Договора:

1) прекращает Договор на будущее, но не освобождает Покупателя от оплаты уже принятых партий товара по Договору;

2) не освобождает Покупателя от исполнения иных обязательств по Договору, не исполненных на день отказа;

## **РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ**

3) не освобождает Поставщика от гарантийных и иных обязательств, в т.ч. связанных с качеством поставленного товара.

8.3. Курс доллара Покупатель определяет по сайту ЦБ РФ в сети Интернет. Если сайт ЦБ РФ по каким-то причинам недоступен, Покупатель определяет курс доллара по информации из СПС Консультант или иного источника».

Эта оговорка — частый гость в делящихся договорах. На языке нынешнего ГК, рамочный договор, ст. 429.1. Наверняка сталкивались. К примеру, договор о поставке товаров несколькими партиями по заявкам покупателя. Или — многократное оказание услуг, каждый раз — по заявке заказчика.

Полезный инструмент. Пользуйтесь.

### **13.4.2.4. АЛЬТЕРНАТИВНАЯ ОГОВОРКА**

Пример: «по договору аренды арендатор обязан ежеквартально вносить арендную плату в сумме 100 000 руб. либо в сумме, эквивалентной 3000 долл. США».

Допустим, завтра курс доллара «пробьет» сотню. Последствия?! Арендатор вправе заплатить либо 300 000 руб. — «сумма, эквивалентная 3000 долл. США». Либо — 100 000 руб. Как вы думаете, сколько заплатит арендатор?

Интересно, чем думал арендодатель, когда закладывал формулировку в договор... Риторический вопрос. Ну да ладно. Идею вы поняли: **ИЗБЕГАЙТЕ альтернативных оговорок.**

### **13.4.3. ВАЛЮТНАЯ ОГОВОРКА В ТРУДОВОМ ДОГОВОРЕ**

Давайте на секунду отвлечемся от предпринимательских договоров. От интересов клиентов и работодателей. И подумаем о своей шкуре.

Допустим, в 2013 г. вы устроились на работу юристом. На 30 000 рублей. При курсе 22 рубля за доллар. Работаете. Довольны. Потом грянул декабрь 2014 г. Доллар взмыл к шестидесяти рублям... Да так там и остался. А вы как получали «тридцатку», так и получаете...

Грустно? Да. Некоторые работодатели милостиво поднимают зарплату работникам. Но далеко не всем. Только особо ценным

специалистам. Под страхом: не поднимем — уйдет, а замена обойдется еще дороже.

Зная такую... особенность жизни в нашей стране, что можно сделать на будущее? Хорошо как-то договориться с работодателем о зарплате в валюте. В самом деле, почему предприниматели в договоре могут себя обезопасить, а мы, простые трудяги — нет?!

Думаем. Можно ли в принципе в трудовом договоре сделать механизм «зарплата в рублях, но по курсу валюты» (косвенная валютная оговорка)? Да, можно. Статья 131 ТК РФ говорит: «выплата заработной платы производится в денежной форме в валюте РФ (в рублях)». Подчеркиваю — ВЫПЛАТА. А значит, первоначальную зарплату можно «привязать» к валюте, а начислять и выплачивать — в рублях. Почему нет?!

Удивитесь, но государство говорит нам: «НЕТ». Вернее, говорило. В конце нулевых. См. письма Роструда от 10.10.2006 № 1688-6-1, от 28.07.2008 № 1729-6-0 от 31.10.2008 № 5919-ТЗ. Берем крайнее:

«В соответствии со ст. 11 ТК РФ все работодатели (физические лица и юридические лица независимо от организационно-правовых форм и форм собственности) в трудовых отношениях и иных непосредственно связанных с ними отношениях с работниками обязаны руководствоваться положениями трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права.

**Трудовой кодекс РФ не содержит положений, прямо запрещающих установление заработной платы в иностранной валюте, поскольку в соответствии со ст. 131 Кодекса в валюте РФ (в рублях) должна производиться выплата заработной платы.**

Однако при заключении трудового договора нужно учитывать следующее.

Для оформления сотрудников на работу существуют унифицированные формы первичной учетной документации по учету труда и его оплаты, утвержденные Постановлением Госкомстата России от 05.01.2004 № 1. Документы, перечисленные в этом Постановлении (приказы, личная карточка работника, график отпусков и т.д.), должны соответствовать требованиям Трудового кодекса РФ.

Кроме этого, **устанавливая в трудовом договоре размер оплаты труда в иностранной валюте, выплачивать заработную плату рабо-**

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

тодатель должен будет в рублях. Изменение курса рубля по отношению к иностранной валюте может привести к ухудшению условий оплаты труда работника.

Учитывая изложенное, **установление в трудовых договорах оплаты труда в иностранной валюте не соответствует действующему законодательству.**

Интересно, правда?! Из «жирных» фраз ясно следует: мы с вами правильно истолковали ст. 131 ТК. Можно установить з/п в валюте, можно! Далее: единственный обоснованный довод против — подчеркнутая фраза. Сей довод практики оспаривали еще 10 лет назад:

«Единственный, по сути, аргумент — возможность ущемления прав работников (очевидно, ввиду изменения курса иностранной валюты) — крайне слаб. Равным образом права работника могут быть ущемлены, например, и вследствие обратного процесса — падения курса рубля (роста курса иностранной валюты)»<sup>1</sup>

Наконец, итоговый вывод — курсивом — «висит в воздухе». Вывод не следует из предыдущего текста. Наоборот, идет вразрез с предыдущими доводами — «жирными» фразами. Получается, у государства по данному вопросу позиция шаткая и противоречивая...

Тем не менее, мы эту позицию уважим и учтем. Роструд боится, что «падение курса рубля может привести к ухудшению условий оплаты труда работника»? Мы, работники, тоже боимся...

Но от страха есть «таблетка»: оговорка о «пределе падения». Вот и пропишем в договоре. Если валюта упадет, работник не пострадает. И дополнительно обоснуем оговорку нормой трудового права. В итоге получим:

«9. Условия оплаты труда.

9.1. Работодатель обязуется платить Работнику заработную плату (далее — «зарплату») в размере не менее чем 63 000 (шестьдесят три тысячи) рублей в месяц.

9.2. На день заключения Договора курс доллара США (далее — «доллар») по отношению к рублю РФ (далее — «рубли») равнялся 63 рубля за один доллар.

<sup>1</sup> Балабуев И. Нет «левым» зарплатам // «ЭЖ-Юрист». 2006. № 42.

Именно поэтому зарплата Работника установлена в пункте 9.1. Договора в сумме 63 000 руб., т.е. равна одной тысяче долларов по курсу ЦБ РФ на день заключения Договора.

9.3. Работодатель обязуется выплачивать зарплату Работнику два раза в месяц, пятнадцатого и тридцатого числа расчетного месяца.

9.4. Работодатель рассчитывает, начисляет и выплачивает зарплату Работнику в рублях РФ.

9.5. Руководствуясь ст. 2 ТК РФ, с целью обеспечить право Работника на справедливую заработную плату, Работодатель обязуется при выплате зарплаты учитывать курс рубля по отношению к доллару.

А именно, если на день выплаты зарплаты Работнику курс рубля упадет ниже значения, согласованного сторонами в п. 9.2. Договора, Работодатель выплачивает Работнику зарплату в большем размере, с учетом падения рубля.

К примеру, если на 30.01.2018г. курс рубля к доллару будет 70 рублей за доллар, Работодатель выплачивает Работнику зарплату в сумме не 63 000 руб., а 70 000 руб. — с учетом падения курса рубля.

9.6. *Дополнительная гарантия Работника.* Изменение курса рубля по отношению к иностранной валюте не может привести к ухудшению условий оплаты труда Работника.

Если на дату выплаты зарплаты курс доллара меньше значения, согласованного сторонами в п. 9.2. Договора, Работодатель выплачивает Работнику зарплату исходя из курса 63 руб. за доллар — как если бы изменения курса не произошло.

К примеру, если на 30.01.2018 г. курс рубля к доллару будет 50 рублей за доллар, Работодатель все равно выплачивает Работнику зарплату в размере 63 000 руб.».

Расписано очень подробно? Да. Намеренно. Чтобы защитить не только Работника, но и Работодателя. Работодатель всегда рискует попасть под ст. 5.27. КоАП — «нарушение трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права». Штраф — от 30 до 50 000 руб. на «юрика».

В теории, оштрафовать работодателя могут и за валютную оговорку. Если проверяющий решит: «валютная оговорка = нарушение норм трудового законодательства». Поэтому в трудовом дого-

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

воре валютную оговорку лучше расписывать как можно подробнее. Чтобы из самого договора сразу было видно: нарушения закона нет, все ради блага работника. Вот зачем в пункте 9.5. оговорки ссылка на ст. 2 ТК РФ<sup>1</sup>.

Мне кажется, косвенная валютная оговорка с нижним пределом (п. 9.1. и п. 9.6) прекрасно обеспечивает интересы работника. И наверное, не только мне. Пока еще не видел ни одного дела, где бы работодателя штрафовали за валютную оговорку.

Судебная практика клонится в пользу работодателя. Выстаивают более примитивные оговорки. К примеру: «Пунктом 8 трудового договора от 31 января 2011 года предусмотрено, что работник получает должностной оклад, который до уплаты всех установленных законодательством налогов составляет \*\*\* долларов США в месяц. Должностной оклад выплачивается в рублях по курсу ЦБ РФ на дату выплаты заработной платы». (*Апелляционное определение Московского городского суда от 30.09.2015 по делу № 33-35605/2015*)

В другом деле суд решил: «Изменение курса валюты не свидетельствует о том, что со стороны работодателя имела место недоплата заработной платы, установленной трудовым договором в условных единицах». (*Апелляционное определение Московского городского суда от 08.08.2013*)

Отсюда, думаю, за нашу утонченную оговорку с нижним пределом работодателя не оштрафуют.

К чему приходим. В теории валютная оговорка в договоре уместна и допустима. На практике, конечно, еще пойдете договариваться с работодателем включить оговорку в ваш договор. Особенно в глубинке. Тем не менее, некоторые уговаривают. А кого и уговаривать не надо:

«В договоре у нас указан оклад — допустим, €2 тыс., который выплачивается в рублях по курсу ЦБ, — рассказывает сотрудник московского офиса крупной международной консалтинговой компании. — Сложившаяся экономическая ситуация нам на руку и очень

---

<sup>1</sup> В той статье — основные принципы правового регулирования трудовых отношений — один из принципов: «обеспечение права каждого работника на своевременную и в полном размере выплату **справедливой заработной платы**, обеспечивающей достойное человека существование для него самого и его семьи, и не ниже установленного федеральным законом минимального размера оплаты труда».

радует. Доход сотрудников растет прямо пропорционально курсу евро»<sup>1</sup>.

Увы, не все работодатели столь просветленные. Некоторые в объявлениях о найме пишут зарплату в у.е. После устройства на работу вас ждет «приятный» сюрприз: на фирме СВОЙ курс у.е. Вплотину, а то и в три раза ниже общепринятого.

Бывает и хуже. Когда работодатель «тулит» в договор не только у.е., но и свое право менять курс у.е. в одностороннем порядке. То есть право менять зарплату работника в одностороннем порядке. С точки зрения трудового права — бред сивой кобылы в лунную ночь. И вот уж кого точно оштрафуют, попадись такой договор на глаза трудовому инспектору или прокурору. Тем не менее, такая практика есть до сих пор.

Будь осторожен, соискатель.

### 13.4.3.1. Грустная философия напоследок...

Напоследок хотелось бы подумать над вопросом, думаю, одинаково интересным и для работника, и для работодателя. Вот валюта скачет туда-сюда. Рубль падает. В очередной раз «достигает дна»... и падает еще ниже. До следующего дна. Мы с вами уверены в завтрашнем дне. В смысле, завтра будет очередное дно... Увы.

Что говорит закон? Кто-нибудь у нас отвечает за стабильность рубля? Как ни странно, ДА.

Конституция, ст. 75, п. 2: «Защита и обеспечение устойчивости рубля — основная функция ЦБ РФ, которую он осуществляет независимо от других органов государственной власти».

Особо смелые судьи называют вещи своими именами: «...резкий рост инфляции, изменения курса валют связан с отказом Банка России от исполнения установленной статьей 75 Конституции РФ и статьей 3 ФЗ "О ЦБ РФ (Банке России)" обязанности по обеспечению устойчивости и поддержания рубля»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Важаева Н. Островки зеленой зарплаты. Кому в России платят в долларах и евро — [www.uniti.info/media/4523/](http://www.uniti.info/media/4523/)

<sup>2</sup>Решение № 2-1661/2015 2-1661/2015-М-1466/2015 М-1466/2015 от 19 ноября 2015 г. по делу № 2-1661/2015, Моршанский районный суд (Тамбовская область). В правовых системах этого решения почему-то нет. А в сети — есть. Источник — <http://delyagin.ru/news/92692-rossijskij-sud-postanovil-otkaz-banka-rosii-ot-svoikh-konstitutcionnykh-obyazannostej-fors-mazhor-pozvolyayushchij-ne-platit-po.html>

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

А теперь представим. Есть ООО. На счете в банке 1 000 000 руб. Вы собирались купить заморское оборудование. Цена — 20 000 долларов за все про все, с доставкой/установкой/наладкой. При курсе в 30 руб. за доллар вы бы оборудование купили, выходит 600 000 руб. При курсе 70 руб. за доллар — ценник уже 1 400 000.

Допустим, вы заняли денег, напряглись — и все-таки купили оборудование по новому курсу. А после призадумались. 1 400 000 — 600 000 = 800 000. Почему я заплатил больше? Потому что упал рубль. А почему упал? Потому что ЦБ не обеспечил стабильность. Когда кто-то нарушает обязательство из закона или договора, это у нас что? Противоправность. Где-то мы уже слышали...

Верно, ст. 15 ГК. Чтобы взыскать убытки, докажи: 1) факт причинения вреда (размер убытков); 2) противоправность действий (бездействия) причинителя вреда; 3) наличие причинной связи между противоправным поведением и наступлением вреда; 4) вину причинителя вреда.

Противоправность есть. Факт причинения? Тоже есть. Причинно-следственная связь? Да. Вина ЦБ? Считаю — есть. Если ЦБ считает иначе — пусть докажет. А на нашей стороне «Вышка», я бы еще попробовал сослаться на:

«Требую возмещения вреда, истец обязан представить доказательства, обосновывающие противоправность акта, решения или действий (бездействия) органа (должностного лица), которыми истцу причинен вред.

При этом бремя доказывания обстоятельств, послуживших основанием для принятия такого акта или решения либо для совершения таких действий (бездействия), лежит на ответчике<sup>1</sup>.

В теории, у нашего иска очень хорошие перспективы. А на практике?! Представьте, если все — и юрики, и физики! — кинутся взыскивать убытки от инфляции с ЦБ. Читай — с государства.

---

<sup>1</sup> Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 31.05.2011 № 145 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о возмещении вреда, причиненного государственными органами, органами местного самоуправления, а также их должностными лицами», пункт 5.

Также см. Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 04.02.2016 № Ф04-28203/2015 по делу № А03-18410/2014, Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 06.03.2015 № Ф07-66/2015 по делу № А52-553/2014 и т.д.

Если хотя бы треть исков удовлетворяют... Думаю, на выплаты пострадавшим уйдет бюджет РФ на следующие 10 лет. Крайне сомнительно, что такой иск будет удовлетворен. Быть может, потому суды и устраняются:

«...в ст. 56 Федерального закона «О Центральном банке РФ (Банке России)» закреплен принцип невмешательства Банка России в оперативную деятельность кредитных организаций, кроме случаев, предусмотренных федеральными законами.

Таким образом, с учетом приведенных законоположений, а также иных норм права, касающихся компетенции Правительства РФ, на которые имеется ссылка в частной жалобе, суд не вправе вмешиваться в осуществление ЦБ РФ своих конституционных функций по защите и обеспечению устойчивости рубля». (*Апелляционное определение Московского городского суда от 26.04.2016 по делу № 33а-15175/2016*. Под непреодолимую силу бездействие ЦБ и обвал валюты вы тоже вряд ли подведете — см. *Апелляционное определение Челябинского областного суда от 18.05.2015 по делу № 11-5795/2015*).

Жаль... Было бы у государства желание — можно было бы что-то придумать. Можно было бы платить по частям. Можно было бы установить срок выплат... Лучше поздно, чем никогда. Тогда закон, в частности, принцип «напакостил — отвечай» будет соблюден. И никто не назовет ст. 75 Конституции «мертвой нормой». А то и всю Конституцию...

Как-то странно получается. Выходит, государство не отвечает за свои действия<sup>1</sup>. И суд не на нашей стороне, а на стороне государства. Суд защищает государство от граждан, а не наоборот. Грустный сюрреализм...

---

<sup>1</sup> О чем в последнее время думают и по ту сторону океана. См. *Вайберт, Фрэнк. Приход неизбранной демократии и новое разделение властей. Англия, издательство университета Кембридж, 2007, Хуг, Кристофер. Игра в «найди крайнего»: спихивание ответственности, бюрократия и самосохранение в правительстве. — Принстон, издательство университета Принстон, 2011, Джессоп, Боб. Государство: прошлое, настоящее, будущее. — Кембридж, Полити, 2016.*

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

И еще грустнее: за последние 50 лет ничегошеньки не изменилось. Слова из далекого прошлого верны и ныне: «Английский подход к роли суда очень отличается от советской России. Мы считаем, суды стоят между государством и человеком, и суды защищают человека от вмешательства в свободу (человека), не дозволенного законом.

Но в Советской России суды — часть машины государства, и эта часть претворяет в жизнь политику государства. Ленин говорил: «Суды — инструмент пролетариата и рабочего класса». Советская Россия отвергает теорию разделения исполнительной и судебной власти.

Судебная власть — часть исполнительной машины. Советы, в теории, набирают суды из представителей народа — как и мы наших присяжных. Народные суды состоят из народного судьи и двух народных заседателей, все предположительно выбраны людьми: но, поскольку кандидатов выбирает коммунистическая партия, у избирателя нет выбора.

Как себя вести судьям, рассказал М. Вышинский в книге «Уголовный процесс» 1934 г., где говорит, что советский судья «не должен полностью полагаться на логику права, судья должен всегда помнить: закон — не более чем выражение политики партии»; на практике, в случае противоречия между законом и генеральной линией партии, судья должен отвергнуть четкое применение закона — которым, как мы видим, советский судья не очень-то и связан — чтобы всецело подчиниться указаниям партии, которые для советского судьи — высший закон»<sup>1</sup>.



#### ДОМАШНЕЕ ЗАДАНИЕ

---

Найдите и прочитайте решение по делу Романа Пака. Рассматривает Московский районный суд г. Санкт-Петербурга, судья Смирнова Елена Валерьевна, дело № 2-2662/2017 (2-12989/2016). Одно из немногих дел против государства о взыскании убытков от инфляции. Иск есть тут <https://nstarikov.ru/blog/64256>

---

<sup>1</sup> Деннинг, Альфред. Свобода в рамках права («*Freedom under the law*»). — Лондон: Stevens & sons limited, 1949. — С. 52 — 53.

Дело рассматривают давно, футболят из одного суда в другой... Все никак не рассмотрят. Понятно, конец предсказуем... Но интересно, как суд обонует решение.

На день сдачи книги в печать в иске уже отказали — <http://www.gosbalt.ru/piter/2017/02/20/1593282.html> Но полного текста решения пока еще нет...

---

## 13.5. Инфляция

Суды и без «генеральной линии партии» частенько выдают... прискорбные решения. К примеру: «Какие именно убытки причинены ему в связи с инфляцией — истец, в порядке ст. 53 АПК РФ, не доказал. При таких обстоятельствах апелляционной инстанцией обоснованно отказано в удовлетворении всех исковых требований». (*Постановление ФАС Поволжского округа от 07.05.2002 № А55-18976/01-38*)

А то и вовсе: «Взыскание суммы инфляционных потерь законодательством не предусмотрено». (*Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 21.08.2003 № Ф08-3040/2003<sup>1</sup>*)

Опять набившее оскомину «нет в законе — нет на свете»... В законе, может, и нет. Зато в праве — есть. Уже тогда была позиция «Вышки»: «требование о взыскании инфляционных потерь является требованием о взыскании убытков». (*Постановление Президиума ВАС РФ от 19.05.1998 № 7770/97*)

Как видим, закон не спасет нас от инфляционных потерь. Даже сейчас. Пример из новейшей истории:

«Указывая на то, что ненадлежащее исполнение ответчиком обязательства по оплате поставленного истцом товара привело к

---

<sup>1</sup> Из недавних дел см. также Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 01.04.2016 № Ф09-2445/16 по делу № А76-16515/2015. По корпоративке. Истцу долго выплачивали стоимость доли. Истец пошел взыскивать инфляционные потери.

Суд: «Учитывая изложенное, а также то, что федеральный закон, предусматривающий индексацию денежной суммы по настоящему делу, отсутствует, суд апелляционной инстанции обоснованно отказал в удовлетворении иска в обжалуемой части, в связи с отсутствием оснований для взыскания с общества «РегионНефтьСервис-Урал» в пользу Титовой В.Е. спорных убытков в виде инфляционных потерь».

## **РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ**

просрочке исполнения истцом кредитных обязательств, а также, что сумма долга взыскана с ответчика спустя 6 месяцев, в связи с чем истцом незаконно изъяты денежные средства из оборота истца, вследствие чего в результате инфляционных процессов денежные средства утратили свою потребительскую стоимость, ООО «Успех» обратилось в суд с иском о взыскании убытков, процентов за пользование чужими денежными средствами.

Отказывая в удовлетворении иска в части требования о взыскании убытков, судебные инстанции, руководствуясь ст. 15, 393 ГК РФ, пришли к выводу о недоказанности наличия вины ответчика в причинении истцу убытков в заявленной сумме, причинной связи между понесенными истцом убытками и неисполнением ответчиком принятых на себя обязательств (ст. 65, 66 АПК РФ)». *(Постановление Арбитражного суда Московского округа от 14.12.2015 № Ф05-17143/2015 по делу № А41-36509/15)*

Но можно спастись через договор.

### **13.5.1. Виды «договорной» инфляции**

Что такое инфляция, вы, конечно, знаете. Обесценивание денег. Допустим, в 2005 году за 50 рублей можно было купить три буханки хлеба. В 2010-м на те же деньги вы купите уже две буханки.

Цены потихоньку растут. В обыденной жизни особо и не заметно. Однако в долгосрочной перспективе — пара-тройка лет и выше — видно, как с каждым годом неуклонно и неумолимо дорожает тот или иной товар.

В буднях договорника инфляция опасна как минимум в двух случаях. «Долгий» договор и долгое неисполнение.

### **13.5.2. «Долгий» договор. Подряд**

Чаще всего — подряд и аренда. Начнем с подряда. Допустим, вы — подрядчик. Заключили договор строительного подряда. Условия: вы за три года строите здание, заказчик вам платит «твердую» сумму 60 000 000 руб. Тремя платежами: аванс — в день заключения договора, промежуточный расчет — когда построена «коробка», окончательный расчет — после сдачи объекта.

Допустим, и вы, и заказчик добросовестно исполнили договор, а во внешнем мире все спокойно — рубль не упал. В оконцовке заказчик получил здание, вы — деньги. Все довольны?

Ну, с заказчиком-то понятно. Хотел получить здание за 60 млн — получил. А подрядчик? Если не заложил в цену договора надбавку на инфляцию, то подрядчику достанется меньше денег. Формально сумма та же. Те же 60 млн. Но. Купить на эти деньги товара подрядчик сможет процентов на 20–30% меньше, чем если бы получил деньги сразу.

Отсюда: торгуемся на переговорах и ставим в договоре цену с учетом возможной инфляции. Самый простой и понятный путь. Альтернатива — прописать механизм «автоматического» увеличения цены с учетом инфляции. Классическая страховка, родом из договора аренды.

### **13.5.3. «Долгий» договор. Аренда**

Чего хотят стороны? Собственник — сдать имущество — как правило, недвижимое — в пользование арендатору, чтобы спокойно и вовремя получать деньги (арендная плата). Чем дольше, тем лучше.

Арендатор — пользоваться недвижимостью и вести свое дело, зарабатывать. Вроде все понятно и очевидно. По идее, также очевидно: в долгих отношениях инфляция будет ОБЯЗАТЕЛЬНО. Естественный и закономерный процесс. Но вот инфляционной оговорки в типовых болванках вы не найдете... А если найдете, то такую косякую, что лучше бы не нашли.

Пример: «Арендная плата вносится ежемесячно до 10-го числа текущего месяца. Размер арендной платы может ежегодно пересматриваться в соответствии с официальной ставкой рефинансирования ЦБ РФ, отражающей, по мнению сторон, инфляционные процессы, и оформляется отдельным дополнительным соглашением». (*Постановление Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 07.12.2010 по делу № А08-2180/2010-23*)

Критика. Пересмотр платы «оформляется отдельным дополнительным соглашением». В переводе на русский: чтобы изменить размер арендной платы, стороны должны подписать дополнитель-

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

ное соглашение к договору. Угу, а теперь уговори арендатора подписать. Долго будете гоняться.

Если и подпишет, собственнику вряд ли полегчает. Суд не просто так сказал: «отражающей, по мнению сторон, инфляционные процессы». Я тут слышу тайный сарказм. Намек: стороны, вы ошибаетесь. Ставка рефинансирования бесконечно далека от уровня инфляции.

Смотрите. С 14 сентября 2012 г. по 1 января 2016 г. ставка рефинансирования не менялась. Была 8,25% годовых, Указание Банка России от 13.09.2012 № 2873-У. Допустим, 01.01.2013 стороны заключили договор аренды на два года. Допустим, 01.01.2015г. собственник решил пересчитать размер платы с учетом инфляции. И... сел в лужу. Как пересчитывать, если ставка рефинансирования не менялась?! Верно, никак.

Если ставка не менялась, может, и инфляции нет? Куда там! Поднимаем матчасть:

**2015:** «Утвердить основные характеристики федерального бюджета на 2015 год, определенные исходя из прогнозируемого объема валового внутреннего продукта в размере 73 119,0 млрд. рублей и уровня инфляции, не превышающего 12,2 процента (декабрь 2015 года к декабрю 2014 года)». (*Федеральный закон от 01.12.2014 № 384-ФЗ (рег. от 20.04.2015) «О федеральном бюджете на 2015 год и на плановый период 2016 и 2017 годов», ст. 1*)

**2014:** «Утвердить основные характеристики федерального бюджета на 2014 год, определенные исходя из прогнозируемого объема валового внутреннего продукта в размере 71 493,0 млрд. рублей и уровня инфляции, не превышающего 5,0 процента (декабрь 2014 года к декабрю 2013 года)». (*Федеральный закон от 02.12.2013 № 349-ФЗ (рег. от 26.12.2014) «О федеральном бюджете на 2014 год и на плановый период 2015 и 2016 годов», ст. 1*)

**2013:** «Утвердить основные характеристики федерального бюджета на 2013 год, определенные исходя из прогнозируемого объема валового внутреннего продукта в размере 66 515,0 млрд. рублей и уровня инфляции, не превышающего 5,5 процента (декабрь 2013 года к декабрю 2012 года)». (*Федеральный закон от 03.12.2012*

№ 216-ФЗ (ред. от 02.12.2013) «О федеральном бюджете на 2013 год и на плановый период 2014 и 2015 годов», ст. 1)

Вывод?! Инфляционная оговорка МЕРТВА. Изначально.

Еще пример. «Договором предусмотрено право арендодателя не чаще одного раза в период действия договора в одностороннем порядке увеличивать размер постоянной арендной платы не более чем на 3% от предыдущей арендной ставки плюс коэффициент инфляции за прошедший год». (Постановление Огудинского арбитражного апелляционного суда от 29.07.2014 по делу № А65-2510/2014)

А теперь смотрим суммы в трех верхних ФЗ. Край — 12,2%. Вряд ли 3% спасут собственника от инфляции в 12,2%... Далее, «коэффициент инфляции за прошедший год». Это что? Это где? Откуда брать? Как вычислять? Договор молчит. А значит, у арендатора есть прекрасная возможность оспаривать увеличение арендной платы. Оговорку — в морг. Вслед за предыдущей.

Как вы думаете, почему в договоре аренде — и не только — проскакивают «мертвые» оговорки? Если не писать оговорку или намеренно сделать мертворожденную оговорку, кто страдает?!

Конечно, собственник. Арендатор как платил определенную договором сумму, так и платит. А собственник с каждым годом получает все меньше и меньше, т.к. падает покупательная способность денег.

Стало быть, Арендатору выгодно, чтобы инфляционной оговорки не было. Или — «мертвая» оговорка. Собственнику — наоборот. Собственнику лучше прописать в договоре все предельно четко и ясно. Так:

«5.1. Собственник может раз в год в одностороннем порядке увеличить размер арендной платы на уровень инфляции, на что Арендатор заранее согласен.

5.2. Уровень инфляции Собственник берет из федерального закона о федеральном бюджете (далее — «ФЗ о бюджете»). К примеру, если в ФЗ о бюджете сказано: «утвердить основные характеристики федерального бюджета из уровня инфляции, не превышающего 10,0 процента» — или то же самое, но другими словами — Собственник увеличивает арендную плату на 10% (десять процентов).

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

5.3. Собственник обязан известить Арендатора об увеличении арендной платы. Арендная плата считается увеличенной с даты получения Арендатором извещения<sup>1</sup>.

Можно пойти другим путем. Поскольку в среднем у нас инфляция где-то 10 – 15% в год, можно сразу заложить в договор механизм автоматического увеличения цены на инфляцию. Так:

«5.1. В первый год действия Договора плата за пользование Помещением равна 300 000 (триста тысяч) руб. в месяц. В каждый последующий год ежемесячная арендная плата увеличивается на 10% (десять процентов).

Так, в 2017-м году (второй год действия Договора) Арендатор обязан платить Собственнику арендную плату в размере 330 000,00 руб. в месяц. В 2018-м году — 363 000,00 руб. в месяц. И так далее».

#### 13.5.4. «Долгий» договор. Иные договора

Подряд и аренда — наиболее яркие примеры инфляции. Конечно, инфляционные риски могут быть в любом «долгом» договоре. «Долгим», думаю, можно считать любой договор сроком на год и выше.

---

<sup>1</sup> Эта оговорка логично вытекает из сложившейся практики. В частности, Постановление ФАС Центрального округа от 21.11.2013 по делу № А54-5388/2012 и Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 11.02.2013 по делу № А43-12321/2012. Там было:

«Размер арендной платы изменяется ежегодно путем корректировки индекса инфляции на текущий финансовый год в соответствии с федеральным законом о федеральном бюджете на соответствующий год и не чаще одного раза в год при изменении базовой ставки арендной платы. В этом случае исчисление и уплата арендатором арендной платы осуществляется на основании дополнительных соглашений к договору (пункт 3.5 договора)».

Сама идея та же, что и у меня — «привязаться» к ФЗ о бюджете, где инфляция определена ясно и понятно. А вот исполнение подкачало... Непонятно, зачем ввели термин «индекс инфляции» — без расшифровки. Если вьедливо цепляться, то сразу вопрос: индекс инфляции в договоре и уровень инфляции в ФЗ о бюджете — одно и то же или нет?! Как от уровня инфляции в ФЗ определять индекс инфляции в договоре?!

Это еще полбеды. Главная ошибка — «на основании дополнительных соглашений к договору». Ага, заложили двусторонний механизм увеличения арендной платы. Кончится, как мы знаем, игрой в догонялки: «а теперь уговоры подписать».

Как видно из ФЗ о бюджете, даже по официальным данным инфляция у нас в среднем 8% в год. По неофициальным — 15–20%. Поэтому если вы заключили договор в начале года, а заплатят вам в конце — инфляцию вы уже почувствуете.

Пример другого «долгого» договора? Допустим, оказание услуг. Пускай ваша фирма заключила договор с компанией «Веселые уборщики». На предмет: уборщики раз в неделю убирают вам офис, а вы в конце месяца платите за уборку. Цена — «твердая», 1000 руб. за одну уборку. В среднем, 4000 в месяц.

Проходит год. Проходит два. Вам хорошо. Вы по-прежнему платите 4 000 руб. в месяц. А до уборщиков только на третий год дошло: «Где-то нас... э... обманывают». Но где именно — уборщикам невдомек. Вам предложили поднять плату до 5 000. Причем не из-за инфляции, а по другому основанию: «моющие средства подорожали».

Вы, мило улыбаясь: «Можно. Но с оговоркой: в следующие два года — никаких повышений». Торгуемся. В итоге приходим к: «повышаем до 5 000, и эта цена неизменна до конца года, а там посмотрим».

Уборщики довольны. А вы довольны вдвойне. Из-за невежества второй стороны вы несколько лет платили меньше — инфляция. Вдобавок, вы выторговали себя право еще год получать услуги по старым ценам. Считаем. 4000 в 2010 г. — в 2011 г., если брать инфляцию 10% — уже 4400. В 2012-м + еще 10% — 4840. В 2013-м опять 10% — 5324. А вы договорились за 5000. Да еще и до конца года. Хорошо.

Теперь ставим себя на место уборщиков. Инерция мышления — жуткая сила. Многие люди привыкли жить сегодняшним днем. Привыкли, что 4000 тогда и сейчас — одно и то же. И задумываются о будущем, когда уже поздно, когда какая-то сила извне клонет в одно место. В частности, «моющие средства подорожали».

А почему подорожали? Инфляция. Может, еще и падение курса рубля — если в состав средств входит зарубежная химия. Можно было предвидеть? Да. Можно предотвратить? Да. Валютная или инфляционная оговорка в договоре. А то и обе сразу.

Подтекст вы поняли верно. Чтобы предвидеть и предотвратить, нужно было — что? Верно. Своевременно ПОДУМАТЬ в эту сторо-

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

ну. Моя цель не только и не столько помочь вам разобраться с договорами. Главное — научиться разносторонне ДУМАТЬ. Задавать вопросы. Сомневаться в очевидном. Искать новые пути.

#### 13.5.5. Долгое неисполнение

В «долгом» договоре вам долго не платят, но не платят правомерно. Вы так договорились. Вы согласились получить оплату потом, или в пределах долгого срока. Как в том подряде. Аванс — в день заключения договора, промежуточный расчет — когда построена «коробка», окончательный расчет — после сдачи объекта, и все это добро растянулось на три года.

Соответственно, долгое неисполнение будет, если сторона не платит долго, но — ВОПРЕКИ договору. Возьмем тот же подряд. Подрядчик все чин чином построил. Заказчик — принял.

Допустим, по договору Заказчик обязан выплатить Подрядчику 10 000 000 руб.«в течение десяти рабочих дней со дня приемки объекта». Заказчик заплатил миллион. Подрядчик: «Хорошо, но мало. Когда остальное?».

Заказчик: «Денег нет, но вы держитесь. Будем потихоньку платить. За пару лет, наверно, расплачусь. Можете, конечно, подать на банкротство. Но тогда не видать вам денег, как России — правового государства».

Подрядчик смотрит картотеку арбитража. Да, у заказчика есть и другие долги, и другие кредиторы. На сопоставимые суммы. Заказчик еле-еле на плаву держится... Но как-то еще барахтается. Пока не потонул. Стоит ли топить?!

Подрядчик на всякий случай пишет иск. Пока пишет, на счет приходит миллион. Заказчик держит слово и что-то платит. Пока судились, пришел второй миллион. Пока проходили апелляцию/кассацию, подоспел третий. Итого уплачено 4 млн из 10, долг — 6.

Топить или нет?! Подрядчик понимает: если начать банкротство, набегут другие кредиторы. Денег на всех, скорей всего, не хватит. Чем резать куру, которая несет золотые яйца, лучше повременить.

Созвонился с Заказчиком: вы, конечно, редиски, но если будете соблюдать график платежей, то... черт с вами. Подождем. Вы, глав-

ное, платите. Заказчик на год примолк... а после одним платежом закрыл долг.

Итак, долг 6 млн, просрочка — год, инфляция... возьмем 15% в год, неофициальную цифру. Как подрядчику восполнить потери от инфляции? Проще всего — через иск о взыскании неустойки... если на стадии переговоров вы эту неустойку согласовали и потом грамотно внесли в договор условие о неустойке. Если нет, все плохо...

Как мы помним из ст. 330 ГК, неустойка = штраф = пеня. То есть одно и то же, сумма за нарушение обязательства, только названа по-разному. В типовых болванках любят писать условие о неустойке... не включая мозг. Вот так:

«В случае нарушения Заказчиком срока оплаты выполненной работы Подрядчик вправе потребовать от Заказчика уплаты пени в размере и на условиях, предусмотренных действующим законодательством РФ».

Чем обернется на практике? «Пени в размере и на условиях, предусмотренных действующим законодательством РФ» в переводе на русский означает = отсылка к ст. 395 ГК РФ. Стоило ли писать, если и без этой формулировки ст. 395 все равно действует — потому что договором не установлено иное?!

Ну, написали и написали... А о последствиях думали? Явно нет. Потому что, если посчитать, сторона получит жалкие копейки. Считаем... хотя нет, сначала прочтем и переведем на русский ст. 395, п. 1. Читаем:

«В случаях неправомерного удержания денежных средств, уклонения от их возврата, иной просрочки в их уплате подлежат уплате проценты на сумму долга. Размер процентов определяется ключевой ставкой Банка России, действовавшей в соответствующие периоды. Эти правила применяются, если иной размер процентов не установлен законом или договором».

Перевод: если вам должны денег и в договоре не указан иной размер процента за просрочку оплаты, вы вправе взыскать с должника проценты на сумму долга. Период — со дня, когда вам должны были заплатить, по «день уплаты суммы этих средств кредитору» (п. 3 той же статьи).

Размер процента — «ключевая ставка Банка России». Сейчас, на день, когда я пишу эту главу — 10% годовых («Вестник Банка России», № 85, 21.09.2016).

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

А инфляция, как мы помним, у нас по стране от 15%. Теперь считаем, сколько же денег получит Подрядчик с Заказчика по 395 ГК (10% годовых). Напомню вводную: долг 6 млн, просрочка — год, инфляция — 15%.

Считаем. 10 (ключевая ставка) делим на 360 (среднее количество дней в году). Получаем 0,027777% за каждый день просрочки. Расчет:  $6\ 000\ 000 \times 0,027777\% \times 360 = 599\ 832$  руб.

А сколько подрядчик потеряет на инфляции? Берем инфляцию по минимуму, 15% в год, делим 15 на 360, получаем 0,041666% в день. Расчет  $6\ 000\ 000,00$  руб.  $\times 0,041666\% \times 360 = 899\ 856$  руб.

Таким образом, по 395-й Подрядчик получит 599 832, а из-за инфляции потеряет 899 856. Считаем:  $899\ 856 - 599\ 832 = 300\ 024$  руб. Грубо говоря, триста тысяч потерь... Однако...

Вроде небольшие потери?! Как посмотреть. Если глазами юриста, то, может, и небольшие. А если глазами купца? Купец видит так. Заказчик год держал у себя 6 млн. подрядчика. Заплатил за «держание» 10%. Купец кричит: «Да я правую руку отдам за такой кредит!».

Именно. Средняя ставка процентов по кредитам для «юриков» в 2016 г. была в районе 25% годовых. Сколько бы отдал заказчик, если бы держал у себя деньги банка? Считаем.  $25/360 = 0,069444\%$  в день. Отсюда:  $6\ 000\ 000,00$  руб.  $\times 0,069444\% \times 360 = 1\ 499\ 990,40$  руб.

Выходит, если бы Заказчик кредитовался у банка — отдал бы банку 1 499 990,40 руб. процентов за пользование кредитом. А если Заказчик «кредитуется» за счет подрядчика — заплатит всего 599 832 руб. Хорошо так сэконобил. Почти втрое. И, как говорят в Штатах, «сэконобил = заработал».

Теперь понимаете, почему вредна типовая формулировка о неустойке?! Впрочем, смотря кому... Заказчику-то не вредна. Заказчик как раз попытается запихнуть в договор типовую формулировку. Будет ли такое поведение добросовестным?

Конечно, нет. Если Заказчик пытается на халяву кредитоваться за счет подрядчика, добросовестность тут и не ночевала. Тут самое время сослаться на ст. 1 ГК, п. 4 — «никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения». И согласовать на переговорах другое условие о неустойке. Хотя бы так:

«Если Заказчик нарушит срок оплаты, установленный пунктом таким-то Договора, Заказчик обязан заплатить Подрядчику неустойку. Размер неустойки: 0,1% от суммы долга за каждый день просрочки».

Думаю, видели такое условие. А знаете, сколько это в годовых?  $0,1 \times 360 = 36\%$ . Уже веселее. Но в тоже время равновесие сместилось в пользу подрядчика. Теперь страдает заказчик.

Если заказчик будет тянуть год с оплатой, то отдаст денег больше, чем если бы взял кредит в банке. Прикинем: 36% от 6 млн — 2 160 000,00 р. А если бы взял в банке под 25%, было бы 1 499 990,40 руб.

Заказчик, скорее всего, будет спорить: получается дороже чем в банке, несправедливо, снижайте! Тогда пишем:

«Если Заказчик нарушит срок оплаты, установленный пунктом таким-то Договора, Заказчик обязан заплатить Подрядчику неустойку. Размер неустойки: 0,07% от суммы долга за каждый день просрочки».

$0,07\% \times 360 = 25,2\%$  в год. Средний процент банка.

Второй способ — поставить верхний предел. Дополнить условие фразой: «размер неустойки не может превышать 10% от суммы долга». Так иногда делают, если иначе ну никак не договориться.

Я бы вам не советовал. Понятно, почему. Просрочившая сторона получает сильное преимущество. Если у нас 0,1% без верхнего предела, то при просрочке в год с 6 млн. наберит 2 160 000,00 руб. Если стоит верхний предел — «не более 10% от долга» — мы вправе требовать только 600 000. Опять горемыка-подрядчик «в полете».

## 13.6. Новый закон

На переговорах мы выстраиваем отношения на будущее. А после прописываем «согласованное» будущее на бумаге — договор. Отдаем себе отчет или нет, но мы исходим из посылки: право в будущем будет таким же, как сейчас.

Еще раз: кто знает, что будет завтра?! Особенно — в нашей стране? Может государство принять новый закон? Запросто.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

В 2009 г. гос. дума приняла 220 федеральных законов. В 2010 г. — уже 249. В 2011-м — 266. В 2012 г. — 340<sup>1</sup>. Угу, а потом «думцы» удивляются нападкам СМИ: «Обидные прозвища «госдура» и «взбесившийся принтер» приклеились к российскому парламенту, когда он принялся один за другим штамповать странные, по большей части карательные законы — с такой поспешностью, словно завтра наступит конец света»<sup>2</sup>. Да, это ненормально много. Сравните с Англией: «в последние годы парламент принимает 25 законов в год»<sup>3</sup>.

Может ли новый закон повлиять на наши отношения по договору? По общему правилу — нет.

Общее правило — в ст. 422 ГК, п. 2: «Если после заключения договора принят закон, устанавливающий обязательные для сторон правила иные, чем те, которые действовали при заключении договора, условия заключенного договора сохраняют силу, кроме случаев, когда в законе установлено, что его действие распространяется на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров».

В переводе на русский: если вы заключили договор по старому праву, а потом право поменялось, суд, рассматривая дело, применит к вашим отношениям старое право — действовавшее на момент заключения договора. Если еще короче, в римском стиле: «старый договор да будет рассмотрен по старому праву».

Пример: «Положения ГК РФ в измененной Законом № 42-ФЗ редакции, например статья 317.1 ГК РФ, не применяются к правам и обязанностям, возникшим из договоров, заключенных до дня вступления его в силу (до 1 июня 2015 года).

При рассмотрении споров из названных договоров следует руководствоваться ранее действовавшей редакцией ГК РФ с учетом сложившейся практики ее применения». (*Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7, п. 83*).

Нижестоящие суды: «Из совокупности статей 4 и 422 ГК РФ

<sup>1</sup> Источник раз: <http://www.rg.ru/2012/07/17/duma.html>, источник два: <http://www.aif.ru/politics/russia/39230>

<sup>2</sup> Госдума: «взбесившийся принтер» или Россия в миниатюре? — источник [http://www.bbc.co.uk/russian/russia/2013/03/130303\\_duma\\_crazy\\_printer](http://www.bbc.co.uk/russian/russia/2013/03/130303_duma_crazy_printer)

<sup>3</sup> Келли Дэвид, *Слаппер Гарри*. Правовая система Англии. — 15-е изд. — Англия: Routledge, 2014. — С. XII

следует, что в случае изменения гражданского законодательства регулирование отношений сторон договора осуществляется в соответствии с условиями заключенного ими на основании ранее действовавшего законодательства договора, в той части, в которой договор отношения сторон не регламентирует, подлежит применению законодательство, действовавшее на момент возникновения договорных прав и обязанностей». (*Постановление 13ААС от 24.05.2011 по делу № А33-17044/2010. То же самое в Постановлении ФАС Московского округа от 06.11.2012 по делу № А40-88031/10-100-772 и много где еще.*)

Все? Можно спать спокойно? Как договорились, так и будет на века вперед, чтобы там ни печатала дума?! НЕТ. Из общего правила есть три исключения.

### **13.6.1. Три исключения**

Из ГК очевидно только первое: «в законе установлено, что его действие распространяется на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров». Еще два прячутся в тени...

Второе исключение — если вы сами сдуру подчините договор новому праву. Если пропишете в договоре так: «Во всем остальном, не предусмотренном настоящим Договором, Стороны будут руководствоваться действующим законодательством РФ».

Или — так: «Во всем остальном, не предусмотренном настоящим Договором, Стороны будут руководствоваться законодательством РФ, действующим на дату рассмотрения спора».

Или — эдак: «Если после заключения договора принят нормативный правовой акт, устанавливающий обязательные для сторон правила иные, чем те, которые действовали при заключении настоящего договора, стороны обязуются применять соответствующий нормативный акт с даты его вступления в силу»<sup>1</sup>.

Узнаете? Да. Опять формулировки из типовых болванок. И если первая еще оставляет простор для трактовки: «Ваша Честь, мы име-

---

<sup>1</sup> Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 17.03.2016 № Ф10-241/2016 по делу № А64-3976/2015

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

ли в виду законодательство, действующее на день заключения договора!!!», то вторая и третья — однозначный выход на применение нового закона (иного акта).

В первом случае суд, скорее всего, с вами согласится — да, имелось в виду право на день заключения договора. Но лучше не рисковать. Если уж так нейдет, пишете тогда так: «во всем остальном, не предусмотренном Договором, стороны руководствуются законодательством РФ, действующим на день заключения Договора». Четко и понятно. Для особо одаренных можно еще добавить: «День заключения Договора указан на первой странице Договора в верхнем правом углу».

А лучше не пишете эту формулировку вовсе. В самом деле, что будет, если не напишем? Действует знакомая нам ст. 422 ГК, п. 2, принцип «старый договор да будет рассмотрен по старому праву». То есть также, как если написать «руководствуются законодательством РФ, действующим на день заключения Договора».

Если интересно, откуда что берется... Мне кажется, формулировка «стороны будут руководствоваться действующим законодательством РФ» родом из ВЭД. В договоре с лицом из другого государства, конечно, архиважно, право какой страны применимо к договору.

Там — да. Там формулировка уместна, желанна и имеет смысл. Подозреваю, на заре времен какой-то безмозглый договорник сделал договор между русскими лицами на основе болванки ВЭД-договора. Отсюда и пошло...

Третье исключение — нового закона нет, но из-за акта госоргана исполнение договора невозможно. Знакомо вам по главе 13.3, где государство запретило ввоз вин из Молдовы.

Другой, более шумевший пример, — знаменитые антисанкции РФ против стран Запада. Законодательно оформлены Указом Президента РФ от 06.08.2014 № 560 (с изм. от 24.06.2015) «О применении отдельных специальных экономических мер в целях обеспечения безопасности РФ». И — Постановлением Правительства РФ от 07.08.2014 № 778 (ред. от 01.03.2016) «О мерах по реализации указов Президента РФ от 6 августа 2014 г. № 560 и от 24 июня 2015 г. № 320».

А теперь представьте. Был у вас бизнес. Допустим, возили вы куриные окорочка из США и продавали здесь. Соответственно, был договор с американским партнером. Потом государство ввело санкции. Для вас сие значит запрет на исполнение договора... и потерю бизнеса.

Попробуйте пройти таможеню с мотивировкой: «у нас договор по старому праву, в Постановлении и Указе нет про обратную силу». Не пройдет. Упретесь в: «как правильно отметили суды двух инстанций, таможенный орган не вправе производить выпуск товаров, если имеются признаки, указывающие на то, что к этим товарам могут применяться запреты на ввоз на территорию РФ». (*Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 04.04.2016 № Ф07-856/2016 по делу № А52-182/2015*).

Что делать? На переговорах исходить не из «право в будущем будет таким же, как сейчас». А из «жди чего угодно». И закладывать в договор механизм «разбежки» (выхода из договора) на случай, если грянет невозможность исполнения. В том числе и по вине государства. Увы, государство ни за что не отвечает<sup>1</sup>. Приходится выкручиваться самим.

---

<sup>1</sup> О чем даже в академических трудах давно пишут открытым текстом: «Государство, как и многие годы назад (и граждане нашей страны, конечно, об этом помнят), разоряло и разоряет граждан, а теперь и юридические лица, при этом не неся никакой ответственности!!!» Завидов Б.Д. Гражданско-правовая ответственность, вытекающая из обязательств: научно-практический и аналитический справочник // СПС КонсультантПлюс. 2011.



# [ 14 ]

## СМЕНА ВЛАСТИ

### (ОБСТОЯТЕЛЬСТВО ИЗВНЕ, СУДЬБА ПАРТНЕРА-1)

*Нельзя подписать договор с Бездной и надеяться выиграть — выигрыш неминуемо обернется поражением!*

*Генри Лайон Олди, «Сумерки Мира»*

**В** этой группе рисков — судьба партнера — с товаром все хорошо, а вот с партнером — не очень. Первое, что может случиться, — смена власти. Допустим, вы провели переговоры. Заключили договор. Исполнили. Получили нечто по договору...

А потом у вашего партнера сменилось руководство. Пришел новый директор. Принял дела у старого. Нашел договор с вашей фирмой. Изучил и возмутился: «Как так! Продали нужный актив! Немедля вернуть!».

Второй сценарий. Договор заключил один руководитель. Но, как вы помните, у юрлица может быть несколько лиц с правом заключать договора — «многоликий ЕИО», ага. Другой руководитель, узнав о сделке, оказался резко против.

Третий. О сделке узнал акционер (участник) фирмы вашего партнера. И тоже побежал оспаривать. Вкратце обосную: «<...> участник имеет право, в том числе, на оспаривание сделок, совершенных обществом с нарушением закона, в частности со злоупотреблением правами обществом и другой стороной сделки.

Иное понимание закона фактически означало бы отказ в доступе к правосудию участнику общества, чьи права и интересы нарушены недобросовестной сделкой». (Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 26.04.2016 № Ф09-812/16 по делу № А60-6387/2015)

«Оспаривать» = подать иск о признании договора недействительным как сделки:

А) за пределами полномочий (ст. 174 ГК, п. 1);

Б) в ущерб интересам фирмы (ст. 174 ГК, п. 2);

В) с заинтересованностью и без надлежащего одобрения (ст. 81 Закона об АО, ст. 45 Закона об ООО)<sup>1</sup>;

Г) крупную сделку (тоже — без надлежащего одобрения) (ст. 78 Закона об АО, ст. 46 Закона об ООО).

Можно ли предвидеть «смену власти» на переговорах? Да. Защититься? Тоже да. Если на предыдущей стадии — проверка друг друга — вы истребовали и вдумчиво изучили внутренние документы партнера (глава 5.4.4.4.), то... вряд ли потом кто-то сможет оспорить ваш договор по мотиву «за пределами полномочий».

Можно подстраховаться дополнительно и включить в договор формулировку а-ля: «Согласно пункту 2.2 договора поручительства поручитель заявляет и гарантирует лизингодателю, что ни корпоративные документы поручителя, ни любые иные документы, в которых поручитель является стороной, не содержат каких-либо ограничений или запретов, препятствующих заключению поручителем данного договора и исполнению его обязательств по договору, при этом поручитель получил все необходимые корпоративные разрешения». (*Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 15.09.2010 по делу № А46-22860/2009. Также — Постановление ФАС Московского округа от 10.09.2012 по делу № А40-133761/11-137-547*)

Только вместо слов «заявляет и гарантирует» пишите «заверяет». Чтобы была явная отсылка к институту заверений из ГК.

Далее,

## 14.1. «В УЩЕРБ ИНТЕРЕСАМ ФИРМЫ»

«Тараном» тут будет ст. 174 ГК, п. 2 — разбивка на абзацы моя:

«Сделка, совершенная представителем или действующим от имени юридического лица без доверенности органом юридического лица в ущерб интересам представляемого или интересам юридического лица, может быть признана судом недействительной

---

<sup>1</sup> Федеральный закон от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» и Федеральный закон от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах».

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

по иску представляемого или по иску юридического лица, а в случаях, предусмотренных законом, по иску, предъявленному в их интересах иным лицом или иным органом, если другая сторона сделки знала или должна была знать о явном ущербе для представляемого или для юридического лица либо имели место обстоятельства, которые свидетельствовали оговоре либо об иных совместных действиях представителя или органа юридического лица и другой стороны сделки в ущерб интересам представляемого или интересам юридического лица».

В переводе на русский. «Новая власть» вашего партнера может признать ваш договор недействительным в двух случаях. Первый. Прошлый руководитель заключил с вами договор явно в ущерб своей фирме, на **ОЧЕНЬ** невыгодных для своей фирмы условиях... О чем вы, другая сторона договора, **ЗНАЛИ**. И — воспользовались.

ВС разъясняет: «О наличии явного ущерба свидетельствует совершение сделки на заведомо и значительно невыгодных условиях, например, если предоставление, полученное по сделке, в несколько раз ниже стоимости предоставления, совершенного в пользу контрагента.

При этом следует исходить из того, что другая сторона должна была знать о наличии явного ущерба в том случае, если это было бы очевидно для любого участника сделки в момент ее заключения». (*Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25, п. 93 «О применении судами некоторых положений раздела 1 части первой ГК РФ», п. 93*)

Пример из практики: «...сделка по отчуждению автомобиля была совершена по стоимости, более чем в 800 раз ниже рыночной. При этом доказательства, свидетельствующие о том, что Вахрушев С.Н. не знал и не мог знать об ущербности сделки для продавца, в материалы дела не представлено.

Таким образом, судами сделан правомерный вывод о том, что договор купли-продажи является недействительной сделкой, поскольку совершен на заведомо невыгодных для продавца условиях, о чем покупатель не мог не знать вследствие явной очевидности». (*Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 07.12.2015 № Ф09-9466/15 по делу № А71-13607/2014*)

Второй случай можно описать одним словом — ОТКАТ. Новая власть вашего партнера считает: старый директор продал вам имущество по выгодной цене, потому что вы старичку занесли (откатали). Или как-то иначе... задобрили. Скажем, взяли на работу в свою дочернюю фирму. Оплатили путевку в Доминикану. И т.д., схем — тьма.

Можно понять. Если уж поговорку сложили: «маршрутка — единственное место в России, где финансовый поток может пройти трех посредников и никто не возьмет откат»...

Конечно, с нашим бытием и менталитетом, новый директор будет подозревать старого во всех смертных грехах. И подаст иск — мало ли, вдруг пройдет<sup>1</sup>. Как защищаться?

## 14.2. ЗАЩИТА

В обоих случаях помогает:

- 1) Заключение РДЦ (см. главу 5.9).
- 2) Заключение оценщика.
- 3) Обоснование цены в договоре.

С первым понятно. Пример работы второго пункта: «Апелляционный суд в качестве достаточного доказательства недобросовестности компании сослался на заключение судебной экспертизы,

---

<sup>1</sup> Практики ничтожно мало. Слово «откат» в тексте решений вы вряд ли найдете... разве что по «уголовке». Но я таки раскопал пару гражданских дел, где сговор — скорей всего, с откатом — явно был. Как мне кажется. Вот, читайте:

«Председатель правления Банка Сомов С.А., расторгнув договор залога, лишил Банк возможности (с учетом неплатежеспособности ООО «СОТКА») погасить задолженность по кредитному договору от 01.12.2010 № 798-КР/2010 за счет заложенного имущества, что свидетельствует о том, что указанное лицо действовало в ущерб интересам Банка.

Из текста оспариваемого соглашения не следует, что освобождение Общества от залоговых обязательств вызвано возвратом ООО «СОТКА» суммы займа или предоставлением залогодателем Банку какого-либо иного обеспечения исполнения обязательств по возврату сумм кредита.

Таким образом, соглашение заключено на заведомо и значительно невыгодных условиях для Банка, что является очевидным для Общества». (Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 12.05.2016 № Ф07-2060/2016 по делу № А56-43530/2015). Также см. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 17.07.2015 № Ф05-9156/2015 по делу № А40-118443/14.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

установившей рыночную стоимость погрузчика, в два раза превышающую цену оспариваемой сделки.

Вместе с тем при совершении сделки компания основывалась на отчете об оценке от 29.03.2014 № 19/14. Согласно отчету рыночная стоимость спорного погрузчика — 57 792 рубля, это незначительно отличается от цены договора.

Из указанного отчета видно, что оценщик использовал сравнительный анализ предложений о продаже аналогичного имущества на указанных им сайтах в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет».

Общество не представило доказательств, подтверждающих, что компания знала или должна была знать о наличии явного ущерба для общества при заключении договора купли-продажи, либо подтверждающих обстоятельства, свидетельствующие о совместных действиях генерального директора общества и компании в ущерб интересам истца». (*Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 17.09.2015 № Ф08-6642/2015 по делу № А32-31517/2014*)

Поясню. Если имущество на рынке стоит 500 000, а вы покупаете за 200 000, то в заключении оценщика важно обосновать: а) почему так дешево или б) цена равна среднерыночной. Сможете — создадите себе прекрасное доказательство.

Не так уж и сложно. Грамотный оценщик, если что, поможет. Обычно обосновывают через:

- 1) износ;
- 2) возраст;
- 3) моральную устарелость;
- 4) дороговизну запчастей;
- 5) низкий КПД (коэффициент полезного действия);
- 6) много «жрет» — энергии или «горючки»;
- 7) прочее, насколько фантазии хватит.

К примеру, эта бетономешалка стоит 100 000, а не 300 000, так как выпущена в 2004-м году, нуждается в ремонте, ремонт стоит еще 50 000, морально устарела — есть более современные образцы, не способна передвигаться своим ходом — нужно еще тягач докупать и т.д.

Помимо заключения оценщика, очень хорошо, если вы еще обошуете цену и в договоре. Пишем не только, сколько стоит товар, но и почему. Со ссылкой на заключение оценщика.

Чудес не бывает. Если вы купите за 300 000 руб. недвижимость на 15 000 000, то ни оценка, ни формулировка в договоре вас не спасет — см. Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 25.01.2016 № Ф03-6155/2015 по делу № А24-1242/2015.

Исходя из практики, тут-то и лазейка в законе: если суммы отличаются на порядок — в 100, 500, 800 раз — и сие очевидно, ст. 174 работает, договор будет признан недействительным. Если нет — допустим, имущество куплено за полцены или за треть цены — тогда договор, скорей всего, устоит. Дело кончится, скорей всего, так:

«Наличие либо отсутствие выгоды от совершения сделки, а также ее совершение на нерыночных условиях само по себе не свидетельствует о причинении при ее совершении ущерба обществу.

Общество, заявляя о неблагоприятных последствиях от сделки, доказательств наличия у него неисполненных обязательств перед кредиторами не представило». (Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 27.07.2015 № Ф09-3465/15 по делу № А60-37007/2014)

## 14.3. Крупная и с заинтересованностью

Увы, в наше гнуснопрославленное время корпоративное право преподают далеко не на всех юрфаках. А если и преподают, не всегда учат «связывать» корпоративное право — с договорным.

Договорное учат отдельно. Корпоративное — отдельно. Ведут, как правило, разные преподаватели. Из курса «корпоративки» студенты в лучшем случае знают, что такое крупная сделка и сделка с заинтересованностью. Из договорного — ну, у студента есть примерное представление о договоре.

Преподаватели редко дают СВЯЗКУ между этими двумя областями... А связка проста. После проверки партнера, на переговорах, обязательно смотрим на договор через «очки» корпоративного права. Будет ли договор для партнера крупной сделкой? Сделкой с заинтересованностью?

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

В чем тут сложность. Для ООО «крупной сделкой является сделка (в том числе заем, кредит, залог, поручительство) или несколько взаимосвязанных сделок, связанных с приобретением, отчуждением или возможностью отчуждения обществом прямо либо косвенно имущества, стоимость которого составляет двадцать пять и более процентов стоимости имущества общества» (*Закон об ООО, ст. 46, п. 1*).

Допустим, есть ООО «Мироздание»<sup>1</sup>, создано в 2006 г., с тех пор устав не менялся, два участника, один директор, уставной капитал — стандартные 10 000 руб. Мы ведем переговоры с этим ООО о покупке оборудования. Допустим, «волновой излучатель Тиллингаста». Ценник — два миллиона. Нас устраивает. Как узнать, 2 млн — это меньше 25% от стоимости имущества «Мироздание» или больше?

Допустим, партнер на стадии проверки баланс нам не дал. Классическая отмазка: «коммерческая тайна, информация об имуществе, а вдруг вы злобные рейдеры». Что делать? Суды подсказывают выход:

«Арбитражным судом сделан правомерный вывод о том, что Банк при заключении оспариваемой сделки действовал разумно и проявил требуемую от него по условиям оборота осмотрительность, истребовав у ООО Энергетическая компания «Радиян» документы, подтверждающие соблюдение установленного законом порядка совершения сделки, а именно протокол собрания участников общества от 25.02.2011». (*Постановление Четвертого арбитражного апелляционного суда от 07.05.2014 по делу № А19-22261/2012*)

Еще: «...банк, действуя разумно и добросовестно, проявил должную осмотрительность и получил решение собрания участников общества от 03.05.2011 № 3, отражающее одобрение сделки.

Общество не представило доказательств, свидетельствующих о том, что у банка были основания усомниться в подлинности такого

---

<sup>1</sup> Если вам кажется, будто я подбираю странные названия для примеров... почитайте ЕГРЮЛ. В жизни встречается похлеще. Из новейших перлов: ООО «Секс», Москва, ИНН 1077762559577. Также есть ООО «Безопасный секс», СПб, ИНН 7801176270. И до кучи: ООО «Секс гараж», ИНН 7810762867 — тоже Питер.

решения. На кредитную организацию не возложена обязанность по проверке подлинности подписей на представляемых документах.

Таким образом, у банка отсутствовали основания, позволяющие ему усомниться в достоверности представленного решения. На дату заключения договора об ипотеке от 06.05.2011 указанное решение не было оспорено». (*Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 11.06.2014 по делу № А32-24484/2013*)

Намек понятен. Можно поставить на переговорах вопрос так: «Дайте нам протокол решения участников вашего общества об одобрении договора, который мы хотим заключить. И как крупной сделки, и как сделки с заинтересованностью».

А лучше: «Вот проект протокола решения общего собрания. Подписывайте». Да. Взять инициативу в свои руки. Сделать самим решение за партнера. Почему так? Причин три:

1) *Право*. Часто бывает, что у вашего партнера есть типовая форма решения. Прилежно скопирована с типовой болванки давно минувших дней. Давно уволившимся юристом. Закон уже сто раз поменялся, а фирма знай себе работает и работает, живет в прошлом. «А че?! Пока никто не жаловался. Вы первые».

2) *Время*. Добросовестный директор вашего партнера соберет участников, сделает решение. Вы это решение зарубите — не соответствует тому-то и сему-то. Ниже я сравню типовую болванку с нормальным решением, штучной выделки — увидите. Директор партнера с вами согласится — и опять побежит к участникам подписывать. Если участники в разных городах — а то и странах — переговоры затянутся. Оно вам надо?!

3) *Доп. возможности*. Помимо одобрения договора, в решении участников можно прописать несколько дополнительных страховок.

## **14.4. Типичные ошибки**

Если участники ООО «Мироздание» сделают протокол решения общего собрания участников по типовой болванке, бездумно — как, увы, часто бывает, — получится что-то вроде:

### **РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ**

#### **ПРОТОКОЛ № 7**

внеочередного общего собрания участников  
общества с ограниченной ответственностью «Мироздание»

**г. Авалон**

**01 августа 2020 г.**

Форма проведения внеочередного Общего собрания: совместное присутствие участников.

Дата проведения внеочередного Общего собрания: 01.08.2020 г.

Место проведения собрания: г. Авалон, ул. Последней пятилетки, 15, оф. 40.

Время начала регистрации участников: 16:00

Время окончания регистрации участников: 16:15

Открытие собрания: 16:20

Собрание закрыто: 17:00

Присутствовали участники Общества:

1. Иванов Иван Иванович, 50% голосов.

2. Сидоров Сидор Сидорыч, 50% голосов.

Кворум для проведения внеочередного Общего собрания участников имеется. Собрание правомочно. Открыл собрание: Иванов Иван Иванович. Секретарь собрания: Сидоров Сидор Сидорыч.

**ПОВЕСТКА ДНЯ:**

1. Об избрании председательствующего на Общем собрании (Председателя Общего собрания).

2. Об одобрении крупной сделки.

**СЛУШАЛИ:**

1. По первому вопросу повестки дня Общего собрания выступил Сидоров Сидор Сидорыч и предложил избрать председательствующим Иванова Ивана Ивановича.

Голосовали: «за» — два голоса, «против» — ноль голосов, «воздержались» — ноль голосов. Решение принято. Постановили: избрать председательствующим на Общем собрании Иванова Ивана Ивановича.

2. По второму вопросу повестки дня об одобрении крупной сделки выступил Петров Петр Петрович, директор ООО «Мироздание». Директор предложил участникам одобрить заключение договора купли-продажи волнового излучателя Тиллингаста, который предполагается заключить с ООО «Покупатель» на сумму 2 000 000 рублей. Одобрение необходимо, потому что, по мнению ООО «Покупатель», этот договор является крупной сделкой, и покупатель настаивает на получении решения собрания участников на эту сделку.

Голосовали: «за» — два голоса, «против» — ноль голосов, «воздержались» — ноль голосов. Решение принято. Постановили: одобрить заключение договора купли-продажи волнового излучателя на указанную сумму.

3. Директор также доложил собравшимся, что ООО «Покупатель» опасается возможного признания вышеуказанного договора купли-продажи сделкой с заинтересованностью. И с этим надо что-то делать, чтобы успокоить покупателя.

Собравшиеся предложили директору донести до сведения покупателя, что данный договор не является сделкой с заинтересованностью.

Голосовали: «за» — два голоса, «против» — ноль голосов, «воздержались» — ноль голосов. Решение принято. Постановили: донести до сведения ООО «Покупатель», что заключаемый договор не является сделкой с заинтересованностью.

Все вопросы повестки дня рассмотрены. Подсчет голосов по вопросам повестки дня проводил Сидоров Сидор Сидорыч.

Председатель собрания \_\_\_\_\_ / Иванов Иван Иванович /

Секретарь собрания \_\_\_\_\_ / Сидоров Сидор Сидорыч /

Прежде чем идти дальше, контрольная работа. Возьмите лист бумаги. Или — создайте файл в вашем любимом текстовом редакторе. Мы же не правительство, идем в ногу со временем.

Сколько ошибок вы найдете в решении?

Пишем.

## 14.5. РАБОТА НАД ОШИБКАМИ

Готово? Теперь давайте вместе. Фундаментальная ошибка одна. Скорее всего, нарушен порядок принятия решения. Мат. часть — ст. 67.1. ГК, п. 3, пп. 3):

«Принятие общим собранием участников хозяйственного общества решения и состав участников общества, присутствовавших при его принятии, подтверждаются в отношении <...> ООО путем нотариального удостоверения, если иной способ (подписание протокола всеми участниками или частью участников; с использованием технических средств, позволяющих достоверно установить факт принятия решения; иным способом, не противоречащим закону) не предусмотрен уставом такого общества либо решением общего собрания участников общества, принятым участниками общества единогласно».

Перевод на русский: «...по общему правилу с 01.09.2014 протокол общего собрания участников общества с ограниченной ответственностью подлежит обязательному нотариальному удостоверению.

Вместе с тем, участникам обществ с ограниченной ответственностью предоставлена возможность установить иные способы подтверждения принятия решения общим собранием.

Такой способ должен быть предусмотрен уставом общества либо закреплен в решении общего собрания его участников, принятом единогласно». (Постановление 7ААС от 11.03.2016 № 07АП-738/2016 по делу № А45-17046/2015)

Если нарушить общее правило, последствия: «как следует из материалов дела, оспариваемые решения не подтверждены в нотариальном порядке. Иной способ удостоверения решений также не предусмотрен уставом общества.

Таким образом, решения внеочередного общего собрания участников общества, оформленные протоколом от 13.03.2015, являются ничтожными в силу пункта 3 статьи 163 ГК РФ». (Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 19.05.2016 № Ф03-201/2016 по делу № А73-8151/2015)

Как мы помним из главы 5.8, «триошек» у нас в стране порядка 3,5 миллионов. О том, что «с 01.09.2014 протокол общего собрания

участников ООО подлежит обязательному нотариальному удостоверению» — знают далеко не все. До сих пор!!! Да, бизнес у нас правом мало интересуется... Пока жареный петух в одно место не клюнет.

Как мы помним, ООО «Мироздание» зарегистрировано в 2006-м году. С той поры устав не меняли. Формулировки «обойдемся без нотариуса» в уставе нет. Нарушен ли порядок принятия решения об одобрении крупной сделки?!

Нет, если участники приняли решение: «Живем по старинке, присутствующие подписали протокол — и ладно, вот еще мы нотариуса не кормили». И дали вам это решение (протокол) вместе с протоколом об одобрении крупной сделки.

Допустим, не дали. Тогда? Тогда в решении об одобрении крупной сделки обязательно должна быть оговорка о «нам и без нотариуса хорошо». Иначе — решение ничтожно.

Хотя... в нашем примере решение подписано ВСЕМИ участниками. Может и устоять... Бывало, знаете ли:

«Довод истца о том, что, поскольку протокол общего собрания участников ООО «Капиталстрой» об одобрении сделки нотариально не удостоверен, то и не подтверждает факт одобрения крупной сделки, судами правомерно признан несостоятельным со ссылкой на подпункт 3 пункта 3 статьи 67.1 ГК РФ.

Поскольку протокол № 5 от 19.05.2015 об одобрении или о совершении крупной сделки подписан участниками ООО «Капиталстрой» Лопаревым А.И. и Дымовым С.В., имеющими по 50% уставного капитала каждый, он не требовал нотариального удостоверения». (*Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 05.02.2016 № Ф10-4984/2015 по делу № А36-3633/2015*)

Но суд может занять и формальную позицию: «Из протокола собрания участников от 23.10.2014 следует, что собрание проводилось без соблюдения нотариальной формы удостоверения. Устав ООО «Фантом ЭТС» иной способ удостоверения участников общества и принятого решения не предусматривает.

<...> Предполагаемое единогласие при принятии оспариваемого решения не исключает обязательность нотариальной формы удостоверения принятых на собрании решений». (*Постановление Второго*

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

*арбитражного апелляционного суда от 30.03.2016 № 02АП-462/2016 по делу № А29-11062/2015)*

Не советую надеяться на авось и капризную судебную практику. Будем считать, решение ООО «Мироздание» от 01 августа 2020г. ничтожно. Из-за одной фундаментальной ошибки.

Какие еще ошибки допустили участники? О... лейся, песня:

1) *Проголосовали и решили по вопросу, не включенному в повестку дня.* В повестке дня заявлено два вопроса. Директор «по ходу пьесы» предложил третий — насчет сделки с заинтересованностью. Хорошо, что присутствовали все участники. Иначе бы вылетели на ничтожность по ст. 181.5 ГК, п. 1<sup>1</sup>.

2) *Избран председатель собрания, но не секретарь.* Секретарем собрания указан Сидоров Сидор Сидорыч. Однако из протокола видно: этот вопрос в повестку не включен, на голосовании не стоял. По уму, избираем и председателя, и секретаря.

3) *Директор «свалился с неба».* Не указан в числе присутствующих... А потом вдруг появился и речь толкнул. Да на здоровье! Участники могут пригласить на собрание кого угодно. Но в протоколе-то опишите по-нормальному.

4) *«Кто все эти люди?!»* Это давний, давний спор «корпоративщиков». Писать в протоколах собраний паспортные данные участников или нет? Одни говорят — нет, ибо — любят теоретики это словечко — есть ст. 19 ГК.

Гражданин приобретает и осуществляет права и обязанности под своим именем, включающим фамилию и собственно имя, а также отчество, если иное не вытекает из закона или национального обычая. А значит, закон не требует указывать что-то еще, кроме ФИО.

Другие — пишут «от и до», все. И паспортные данные, и место регистрации (прописки), и дату рождения. И есть практика: «Между тем, из смысла положений статьи 19 ГК РФ следует, что гражданин осуществляет права и обязанности под своим именем, включающим фамилию и собственно имя, а также отчество, подтверждаемые па-

<sup>1</sup> «Решение собрания ничтожно в случае, если оно принято по вопросу, не включенному в повестку дня... за исключением случая, если в собрании приняли участие все участники соответствующего гражданско-правового сообщества».

спортом, полученным в установленном порядке». (*Постановление Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 29.06.2011 по делу № А12-24266/2010*)

Поэтому советую указывать в протоколе собрания хотя бы серию и номер паспорта каждого участника.

5) *Неясен предмет договора*. Описан ну очень скупо: «волновой излучатель Тиллингаста». А вдруг у продавца несколько излучателей? И бывают разные модели? Отличаются, допустим, мощностью? И ценой?

Потом придет «новая власть», будет орать: «Ага! Согласовали один, а гад директор продал другой! На продажу другого участники согласия не давали. Все, крупная сделка без одобрения».

Предмет договора надо было расписать поподробнее. Тем более что закон велит: «В решении об одобрении крупной сделки должны быть указаны лица, являющиеся сторонами, выгодоприобретателями в сделке, цена, предмет сделки и иные ее существенные условия». (*Закон об ООО, ст. 46, п. 4*)

6) *Срок одобрения?* Одобрить-то одобрили. А сколько действует одобрение? Вечно? Очень может быть... Логика: «Закон об ООО не ограничивает срок, в течение которого может быть реализована воля общего собрания участников на совершение крупной сделки, следовательно, заключение договора купли-продажи акций спустя три года с момента принятия собранием соответствующего решения не противоречит Закону...» (*Определение ВАС РФ от 04.07.2007 № 4867/07 по делу № А40-4585/06-134-43*)

В краткосрочной перспективе — ничего страшного. Но в долгосрочной, если договор с ООО «Покупатель» будет заключен не сразу, а через год-полтора, продавца настигнет инфляция. Разумный хозяйственник этот риск учтет.

7) *Цена и «крупность»*. Из решения не ясно, как участники определили «крупность» сделки<sup>1</sup>. Если взяли цену из проекта договора с покупателем, по логике «договорились продать за 2 млн, значит, сумма сделки — 2 млн», то — ОШИБКА.

---

<sup>1</sup> Если вообще определяли. Зная наш бизнес, участники ООО «Мироздание» вполне могли не заморачиваться с расчетами, а тупо подписать типовой протокол. «А че?! Покупатель попросил, мы и подписали. Клиент всегда прав».

### **РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ**

Правильно: «стоимость отчуждаемого обществом в результате крупной сделки имущества определяется на основании данных его бухгалтерского учета» (Закон об ООО, ст. 46, п. 2).

Точнее: «закон определяет крупность сделки по стоимости имущества общества, определенной на основании данных бухгалтерской отчетности за последний отчетный период, предшествующий дню принятия решения о совершении таких сделок». (*Постановление ФАС Московского округа от 20.05.2010 № КГ-А41/4978-10 по делу № А41-К1-3320/05<sup>1</sup>*)

Поэтому в решении надо было хотя бы одной фразой отразить: «цена определена на основании данных бухучета».

## **14.6. КАК ЛУЧШЕ**

А теперь смотрите, как выглядит нормальный протокол.

### **ПРОТОКОЛ № 7**

внеочередного общего собрания участников  
общества с ограниченной ответственностью «Мироздание»  
(ИНН 1234567, далее — «Общество»)

**г. Авалон**

**01 августа 2020 г.**

Форма проведения внеочередного общего собрания: совместное присутствие участников.

Место проведения собрания: г. Авалон, ул. Последней пятилетки, 15, оф. 40.

Время начала регистрации участников: 16:00

Время окончания регистрации участников: 16:15

Начало собрания: 16:20

Окончание собрания: 17:02

---

<sup>1</sup> Также см. Постановление ФАС Северо-Западного округа от 21.02.2012 по делу № А05-3421/2011

**1. СПИСОК УЧАСТНИКОВ СОБРАНИЯ.**

№	Ф.И.О.	Паспортные данные	Доля в уставном капитале	Голос	Статус
1.	Иванов Иван Иванович	паспорт ...	50%	1	Участник Общества
2.	Сидоров Сидор Сидорыч	паспорт ...	50%	1	Участник Общества
3.	Петров Петр Петрович	паспорт ...	0	0	Директор

**II. ПОВЕСТКА ДНЯ.**

Вопрос 1. Избрание председателя внеочередного общего собрания участников Общества.

Вопрос 2. Избрание секретаря внеочередного общего собрания участников Общества.

Вопрос 3. Установление способа подтверждения принятия решений общим собранием Общества.

Вопрос 4. Одобрение крупной сделки с ООО «Покупатель» (ИНН такой-то сякой-то), а также согласование условий этой сделки.

Вопрос 5. Одобрение указанной сделки с ООО «Покупатель» как сделки с заинтересованностью.

**III. ЯВКА И КВОРУМ.**

Согласно Федеральному закону от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее — Закон об ООО), ст. 37, п. 8, последний абзац, решения принимаются большинством голосов от общего числа голосов участников общества.

Согласно ст. 67.1. ГК РФ, п. 3, п.п. 3, способ подтверждения принятия решения в хозяйственном обществе может быть выбран только единогласным решением всех участников Общества.

На сегодняшнем собрании присутствуют ВСЕ участники Общества. Требования закона и устава Общества соблюдены. Собрание правомочно принимать решения.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

#### IV. РЕШЕНИЯ ПО ВОПРОСАМ ПОВЕСТКИ ДНЯ.

*Вопрос 1. Избрание председателя внеочередного общего собрания участников Общества.*

Собрание открыл директор Общества Петров Петр Петрович (далее — Директор). Рассказал собравшимся о процедуре:

1) согласно Закону об ООО, ст. 37, п. 4, общее собрание открывает ЕИО (единоличный исполнительный орган), т.е. Директор;

2) директор проводит выборы председательствующего из числа участников Общества (Закона об ООО, ст. 37, п. 5);

3) директор организует ведение протокола общего собрания участников Общества (Закона об ООО, ст. 37, п. 6).

После чего предложил собравшимся избрать председательствующего на собрании. Иванов Иван Иванович предложил свою кандидатуру. Сидоров Сидор Сидорыч согласился.

Директор поставил на голосование вопрос: избрать председательствующим на собрании Общества Иванова Ивана Ивановича.

Голосовали:

«За» — два голоса, 100% голосов.

«Против» — ноль голосов, 0% голосов.

«Воздержался» — ноль голосов, 0% голосов.

Решение принято 100% голосов. Голоса считал Директор.

**РЕШИЛИ:** избрать председательствующим на внеочередном общем собрании (далее — ВОСО) Общества Иванова Ивана Ивановича (далее — председательствующий).

*Вопрос 2. Избрание секретаря внеочередного общего собрания участников Общества.*

Председательствующий дал слово Директору и предложил объяснить, зачем вообще нужно избирать секретаря. Директор объяснил: в силу закона на собрании должен быть секретарь, и, по сложившейся практике, кто-то должен считать голоса, вести протокол.

Слово взял Сидоров Сидор Сидорыч и отметил: поскольку текущее руководство Обществом возложено на Директора, учитывая, что Директор и так вел протокол с самого начала собрания, а также

считал голоса по первому вопросу, то логично в том же духе и продолжить. Предложил назначить секретарем собрания — Директора.

Директор согласился принять на себя обязанности секретаря.

Председательствующий поставил на голосование вопрос: «Избрать Петрова Петра Петровича секретарем ВОСО».

Голосовали:

«За» — два голоса, 100% голосов.

«Против» — ноль голосов, 0% голосов.

«Воздержался» — ноль голосов, 0% голосов.

Решение принято 100% голосов. Голоса считал Директор.

РЕШИЛИ: Избрать Петрова Петра Петровича секретарем ВОСО.

*Вопрос 3. Установление способа подтверждения принятия решений общим собранием Общества.*

Слово взял председательствующий. Спросил Директора, что это такое и зачем нужно. Директор разъяснил собравшимся: по закону мы или должны пригласить нотариуса, чтобы он присутствовал на собрании и удостоверял протокол, или участники должны единогласно принять решение «об ином способе подтверждения принятия решений». Иначе решение ВОСО будет ничтожно.

Директор предложил установить для сегодняшнего собрания способ подтверждения принятия решения путем подписания протокола всеми участниками Общества.

Председательствующий поставил на голосование вопрос: «установить для сегодняшнего собрания способ подтверждения принятия решения путем подписания протокола всеми участниками Общества».

Голосовали:

«За» — два голоса, 100% голосов.

«Против» — ноль голосов, 0% голосов.

«Воздержался» — ноль голосов, 0% голосов.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Решение принято 100% голосов. Голоса считал секретарь собрания.

РЕШИЛИ: установить для сегодняшнего собрания способ подтверждения принятия решения путем подписания протокола всеми участниками Общества.

*Вопрос 4. Одобрение крупной сделки с ООО «Покупатель» (ИНН такой-то сякой-то), а также согласование условий этой сделки.* Председательствующий предложил Директору пояснить вопрос.

Выступил Директор. Доложил собравшимся:

1) Директор, в ходе обычной коммерческой деятельности Общества, ведет переговоры с ООО «Покупатель» на предмет продажи покупателю волнового излучателя Тиллингаста, серия такая-то, марка такая-то, мощность такая-то, прочие характеристики тыдым-тыдым-тыдым (далее — Излучатель).

2) Цена продажи Излучателя по договору с Покупателем составит 2 000 000 руб., нормальная среднерыночная цена. Согласно данным бухгалтерского учета и соответствующей справки из бухгалтерии Общества, балансовая стоимость Излучателя несколько меньше. Поэтому продажа Излучателя преследует разумную деловую цель — получить прибыль, и цена в договоре с Покупателем позволяет эту цель достичь.

3) Исходя из балансовой стоимости Излучателя, продажа все равно попадает под определение крупной сделки из Закона об ООО, хотя для Общества эта сделка и совершена в процессе обычной хозяйственной деятельности. Как известно участникам, перепродажа оборудования — наш основной вид бизнеса.

4) На сегодняшний день Излучатель «чист», директор и участники Общества заверяют Покупателя: Излучатель под залогом или арестом не состоит, в аренду не сдан, правами третьих лиц не обременен, получен у производителя по честной сделке, право собственности на Излучатель принадлежит Обществу, а сам Излучатель лежит на складе Общества — новый, в фабричной упаковке.

5) В то же время, поскольку готовящаяся сделка с Покупателем попадает одновременно и под определение крупной сделки, и

под сделки, совершенной в процессе обычной хозяйственной деятельности, Покупатель настаивает на одобрении этой сделки как крупной.

Председательствующий прокомментировал: «Вполне разумные опасения, понимаю». Сидоров Сидор Сидорыч задал вопрос: «Условия договора стандартные?» Директор ответил: «Да. Как со всеми. 50% аванс, 50% через три месяца, гарантия — год».

Председательствующий поставил на голосование вопрос: «Одобрить крупную сделку — договор купли-продажи Излучателя на стандартных условиях Общества».

Голосовали:

«За» — два голоса, 100% голосов.

«Против» — ноль голосов, 0% голосов.

«Воздержался» — ноль голосов, 0% голосов.

Решение принято 100% голосов. Голоса считал секретарь собрания.

РЕШИЛИ: Одобрить крупную сделку — договор купли-продажи волнового излучателя Тиллингаста (Излучатель), серия такая-то, марка такая-то, мощность такая-то, прочие характеристики тыдым-тыдым-тыдым, существенные условия сделки:

1) цена излучателя — два миллиона рублей;

2) порядок оплаты: 50% цены (аванс) — в течение двадцати рабочих дней после подписания договора купли-продажи, оставшиеся 50% — в течение трех месяцев со дня передачи Излучателя покупателю;

3) срок поставки — десять рабочих дней со дня получения аванса;

4) порядок поставки — самовывоз, т.е. покупатель забирает Излучатель со склада Общества по месту нахождения Общества;

5) гарантия на Излучатель: год со дня передачи Покупателю;

6) прочие условия — на усмотрение Директора, при этом директор обязан действовать разумно и добросовестно;

7) поручить Директору передать Покупателю один экземпляр протокола сегодняшнего собрания Покупателю.

### **РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ**

*Вопрос 5. Одобрение указанной сделки с ООО «Покупатель» как сделки с заинтересованностью.*

Председательствующий задал вопрос Директору: «А что, имеется заинтересованность?!» Директор: «Нет. Согласно данным внутренней проверки, признаки заинтересованности, установленные ст. 45 Закона об ООО, отсутствуют. Договор не будет для Общества сделкой с заинтересованностью».

Председательствующий: «Мы не можем одобрить эту сделку как сделку с заинтересованностью, потому что заинтересованности нет. Я правильно понял?» Директор: «Да».

Председательствующий — другому участнику: «Сидор Сидорыч, ваше мнение?». Сидоров Сидор Сидорыч ответил: «Одобрить не сможем, предлагаю проголосовать против, но разъяснить в протоколе, почему».

Председательствующий поставил на голосование вопрос: «Одобрение указанной сделки с ООО «Покупатель» как сделки с заинтересованностью».

Голосовали:

«За» — ноль голосов, 0% голосов.

«Против» — два голоса, 100% голосов.

«Воздержался» — ноль голосов, 0% голосов.

Решение принято 100% голосов. Голоса считал секретарь собрания.

**РЕШИЛИ:** В одобрении сделки с ООО «Покупатель» как сделки с заинтересованностью — ОТКАЗАТЬ, т.к. планируемая сделка не будет для Общества сделкой с заинтересованностью.

#### **V. ЗАКЛЮЧИТЕЛЬНАЯ ЧАСТЬ.**

Повестка дня исчерпана. Дополнений и заявлений от присутствующих не поступило. Собрание закрыто. Протокол составлен 01.08.2020г. на таком-то кол-ве листов, в пяти экземплярах. Два экземпляра — участникам, третий — хранится в Обществе, четвертый — запасной, тоже хранится в Обществе, пятый — для ООО «Покупатель».

Подписан каждый лист протокола.

Иванов Иван Иванович  
участник Общества, председательствующий  
...../...../

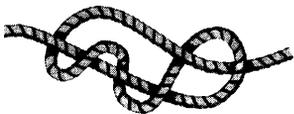
Сидоров Сидор Сидорыч  
участник Общества  
...../...../

Петров Петр Петрович  
директор Общества, секретарь ВОСО  
...../...../

## 14.7. КОММЕНТАРИИ

Как видите, из семи ошибок типовой болванки устранены шесть. Одна — нет срока одобрения — оставлена намеренно. Почему? Потому что Покупателю так выгоднее.

Какие доп. страховки заложил Покупатель? Думаю, вы нашли. Доклад директора по 4-му вопросу. Особенно подпункт 4). В связке с подписями участников на каждом листе... ох и весело. Помимо иска к Обществу, покупатель в теории может еще предъявить отдельные иски и к участникам, и к директору.



# [ 15 ]

## КАПРИЗ ПАРТНЕРА

### (ОБСТОЯТЕЛЬСТВО ИЗВНЕ, СУДЬБА ПАРТНЕРА-2)

*Я хочу, чтобы меня кремировали. А, га!  
И отгайте 10% пепла моему юристу — строго по  
говору!*

*Маркс Грончо*

**В**се может быть проще и банальнее. Власть у партнера не менялась. Договор никто не оспаривает. Но партнер закапризничал и надумал СЪЕХАТЬ с договора. Причины могут быть любые. От «нашли дешевле» до «мне велели голоса с Марса».

Чаще всего, партнер цинично хапнул итог ваших стараний. Всё, «скрипач не нужен». А после расторг договор без суда, т.е. заявил односторонний внесудебный отказ. Чтобы не платить остаток. Или — не платить вовсе. Наиболее часто этот риск «вылезает» в договоре возмездного оказания услуг, реже — в подряде.

Можно ли предвидеть капризы на переговорах? Да. Защититься? Тоже да. Капризы бывают:

- 1) отказ от договора до исполнения (действием);
- 2) отказ от договора после вашего исполнения — и бег от официальной приемки итога ваших работ (услуг) — а неофициально итог принят!;
- 3) отказ от договора до исполнения (бездействием).

## 15.1. ОТКАЗ ОТ ДОГОВОРА ДО ИСПОЛНЕНИЯ (ДЕЙСТВИЕМ)

То самое «нашли дешевле» — в большинстве случаев. Пример:

«По условиям договора заказчик (закрытое акционерное общество «СМАРТС») поручил, а исполнитель (Самарская городская

коллегия адвокатов) принял на себя обязательства по гарантийному обслуживанию организации заказчика.

Выполнение работ по договору было поручено адвокату коллегии Тарасенко В.Г.

Согласно пункту 2.2. договора исполнитель обязался осуществить ведение гражданских (арбитражных) и иных дел по поручению клиента. Выполнение работ должно было быть осуществлено исполнителем по согласованному с заказчиком графику.

За выполнение работ, указанных в договоре, заказчик обязался выплачивать исполнителю вознаграждение в виде трехсот тысяч рублей (пункт 2.5. договора). Платежным поручением от 29.09.2006 № 5339 закрытое акционерное общество «СМАРТС» перечислило Самарской городской коллегии адвокатов 300 000 руб.

В дальнейшем письмом от 09.02.2007 № 1-387 закрытое акционерное общество «СМАРТС» заявило о расторжении договора и потребовало возврата перечисленных денежных средств.

Как правомерно указано судами, по своей правовой природе договор от 21.09.2006 № 5-2006\01-06-579 является договором возмездного оказания услуг, отношения по которому регулируются нормами главы 39 ГК РФ.

В соответствии с пунктом 1 статьи 779 ГК РФ по договору возмездного оказания услуг исполнитель обязуется по заданию заказчика оказать услуги (совершить определенные действия или осуществить определенную деятельность), а заказчик обязуется оплатить эти услуги.

Согласно пункту 1 статьи 782 ГК РФ заказчик вправе отказаться от исполнения договора возмездного оказания услуг при условии оплаты исполнителю фактически понесенных им расходов.

Учитывая, что Самарской городской коллегией адвокатов услуги по гарантийному юридическому обслуживанию истца не оказывались и последний уведомил Самарскую городскую коллегию адвокатов об одностороннем отказе от исполнения договора и необходимости возврата предварительной оплаты в сумме 300 000 руб., у Самарской городской коллегии адвокатов отсутствовали основания для удержания денежных средств, перечисленных истцом в качестве предварительной оплаты.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Таким образом, при отсутствии относимых и допустимых доказательств оказания услуг по гарантированному юридическому обслуживанию истца, вывод суда о взыскании с Самарской городской коллегии адвокатов в пользу истца неосновательно полученных денежных средств признается судебной коллегией правомерным». (Постановление ФАС Поволжского округа от 28.04.2009 по делу № А55-10514/2008)

Из материалов того дела неясно, почему Заказчик отказался от договора с адвокатами. Но вчитайтесь в предмет договора: «ведение гражданских (арбитражных) и иных дел по поручению клиента». Ага, не конкретное дело или дела, а — текучка.

Скорей всего, после договора Заказчик залез на «хедхантер» или иную «биржу труда» и решил: чем платить коллегии, дешевле взять на работу юриста. Или — нашел «вольного стрелка» (частно-практикующего юриста) за меньшие деньги.

А теперь ставим себя на место юристов. Потеряли крупного корпоративного клиента... И ничего не получили взамен. Правом на оплату «фактически понесенных расходов» адвокаты не воспользовались. Встречный иск не заявлен.

Почему? Тем более что уже тогда была позиция «вышки»: «Односторонний отказ заказчика от исполнения договора возмездного оказания услуг (пункт 1 статьи 782 ГК РФ) не прекращает обязательства заказчика оплатить исполнителю необходимые расходы, которые он понес в счет еще не оказанных до момента одностороннего отказа заказчика от исполнения договора услуг»<sup>1</sup>.

С последующей оговоркой: «при отказе заказчика от договора возмездного оказания услуг возмещению исполнителю подлежат те фактические расходы, которые понесены им в целях исполнения договора»<sup>2</sup>.

Вариантов два. Либо не понесли расходов, либо понесли, но не принимали: «в суде не докажем». Тем не менее. Клиент потерян. Расходов адвокаты, может и не понесли... Но возможность заработка (упущенная выгода) — однозначно потеряли. По своей вине? Нет.

---

<sup>1</sup> Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 21.12.2005 № 104 «Обзор практики применения арбитражными судами норм ГК РФ о некоторых основаниях прекращения обязательств», п. 2.

<sup>2</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 17.01.2012 № 11292/11.

Клиент отказался. Отсюда логично спросить: можно ли взыскать с клиента упущенную выгоду за отказ от договора?

Думаю, НЕТ. Вчитайтесь в ст. 782 ГК РФ:

«1. Заказчик вправе отказаться от исполнения договора возмездного оказания услуг при условии оплаты исполнителю фактически понесенных им **расходов**.

2. Исполнитель вправе отказаться от исполнения обязательств по договору возмездного оказания услуг лишь при условии полного возмещения заказчику **убытков**».

Если бы творцы закона следовали единой терминологии и написали вместо «расходов» — «реальный ущерб», было бы ясно. А так гадай: расходы и убытки — это одно и то же или нет?

Увы, НЕТ. Расходы, о которых говорит пункт первый, — реальный ущерб. И только. А убытки — это реальный ущерб и упущенная выгода. Так судебная практика идет с середины нулевых:

«В указанных случаях закон предусматривает возможность взыскания убытков не в полном объеме, а только в размере реального ущерба. Следовательно, управление не вправе заявлять требование о взыскании с общества, отказавшегося от исполнения договора возмездного оказания услуг, убытков в виде упущенной выгоды». (Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 05.04.2005 № Ф08-1076/2005. Из дел поновее — Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 26.08.2014 по делу № А20-2790/2013)

Еще:

«Закон, предоставляя заказчику возможность в любое время в одностороннем порядке отказаться от договора возмездного оказания услуг в порядке статьи 782 ГК РФ, возлагает на него при этом определенные обязанности в виде возмещения исполнителю фактически понесенных тем расходов, а не убытков. Убытки в силу закона могут быть возмещены только заказчику в случае одностороннего отказа исполнителя от договора названного вида». (Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 30.09.2015 № Ф07-6782/2015 по делу № А56-73549/2014, также Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 07.07.2015 № Ф07-4367/2015 по делу № А56-50531/2014)

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

А если что, у судов есть любимая «мантра»: «наличие убытков и упущенной выгоды ввиду одностороннего отказа от договора ответчиком не доказано; истец реализовал свое право на односторонний отказ от исполнения договора»<sup>1</sup>. Все «хорошо»! Истец в своем праве. Имел по закону, ст. 782, право отказаться — отказался, а там хоть трава не расти.

Все?! НЕТ. Суды, отказывая в исках об упущенной выгоде, иногда подсказывают:

«В пункте 4 Постановления № 16 от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах» сделан вывод о том, что положения статьи 782 ГК РФ об одностороннем отказе от исполнения договора, предусматривающие ограничение права исполнителя на полное возмещение убытков при одностороннем отказе заказчика, являются диспозитивными, поскольку не содержат явно выраженного запрета согласовать в договоре иные условия и не отвечают критериям императивности, которые перечислены в пункте 3 указанного Постановления № 16, то есть **в договоре можно согласовать иные последствия отказа одной из сторон от договора, например условие о полном возмещении убытков при отказе от договора заказчика.**

Какого-либо особого режима определения последствий отказа заказчиком от договора сторонами не согласовано; в договоре отсутствует условие о выплате заказчиком исполнителю убытков в виде упущенной выгоды в случае одностороннего отказа заказчика от исполнения договора.

Таким образом, суды правомерно отказали во взыскании с комбината в пользу истца убытков в виде упущенной выгоды в размере 15 939 853 руб. 28 коп». (*Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 17.07.2015 № Ф04-8735/2014 по делу № А27-170/2014*)

---

<sup>1</sup> Постановление Арбитражного суда Московского округа от 04.02.2016 № Ф05-13885/2015 по делу № А40-134397/14, Постановление Арбитражного суда Московского округа от 26.01.2016 № Ф05-19400/2015 по делу № А40-27005/2015, Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 08.09.2015 № Ф06-27218/2015 по делу № А55-26188/2014, Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 27.10.2011 по делу № А43-23674/2010, Постановление ФАС Дальневосточного округа от 03.04.2009 № Ф03-1101/2009 по делу № А24-4525/2008 и т.д.

Ага, т.е. суд предлагает нам изменить норму ГК договором. Прописать в договоре что-то вроде: «Заказчик вправе в любое время заявить односторонний внесудебный отказ от Договора. В таком случае Заказчик обязан возместить Исполнителю как убытки, вызванные отказом от Договора (реальный ущерб), так и прибыль, не полученную Исполнителем из-за отказа Заказчика от Договора (упущенная выгода)».

Хорошо? Не вполне. Если мы следуем подсказке суда, вылетим на опостылевшую мантру «а теперь докажи противоправность, наличие причинно-следственной связи, размер убытков и т.д.». Зачем?! Есть более простой способ.

### 15.1.1. ПЛАТА ЗА ВЫХОД

«Новая отвертка» из ст. 310 ГК, п. 3. Внимательно читаем: «Предусмотренное настоящим Кодексом, другим законом, иным правовым актом или договором право на односторонний отказ от исполнения обязательства, связанного с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, или на одностороннее изменение условий такого обязательства может быть обусловлено по соглашению сторон необходимостью выплаты определенной денежной суммы другой стороне обязательства».

В переводе на русский: вы вправе установить плату за «выход» из договора. Покроет ли плата ваши возможные убытки, в частности — упущенную выгоду? Да, если: 1) вам на переговорах ясен размер возможных убытков от каприза партнера — хотя бы примерно, аптечная точность не нужна; и 2) вы заложите этот размер в договор. В виде «определенной денежной суммы».

На месте коллегии адвокатов из первого примера, я бы сформулировал оговорку так:

«3.1. Заказчик вправе в любое время заявить односторонний внесудебный отказ от Договора (далее — «отказ»). Заказчик обязан письменно уведомить Исполнителя об отказе.

3.2. Отказ Заказчика прекращает все обязательства по Договору, кроме обязательства Заказчика выполнить Исполнителю справедливую компенсацию за отказ от Договора. Сумма компенсации — 300 000 (триста тысяч) рублей.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

3.3. Указанную компенсацию Заказчик обязан выплатить Исполнителю в течение десяти рабочих дней со дня отправки Исполнителю уведомления об отказе. Также Заказчик обязан выплатить Исполнителю пеню в размере 0,1% за каждый день просрочки выплаты компенсации».

Закон говорит «определенная денежная сумма». Но как коротко и ясно назвать эту сумму в договоре?! **Как угодно, но только не «штраф», «пеня», «неустойка»!!! Ни в коем случае!**

Знаете, почему?! Неустойка, как вы помните, — «сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства». То есть сумма за противоправное поведение.

Но если сторона заявляет отказ от договора возмездного оказания услуг, где закон (ст. 782) прямо разрешает отказ, то сторона действует правомерно. А раз нет противоправного поведения, то нет оснований для неустойки (штрафа, пени).

Поэтому советую называть плату за выход иначе — «компенсация», «вознаграждение», «возмещение» и т.д. Да и складывающаяся практика идет именно в эту сторону. Замечательный пример:

«Как следует из материалов дела, между истцом и ответчиком заключен договор от 14.01.2015 № 15.01-Зк на оказание услуг по обеспечению мероприятия, по которому истец обязался осуществить комплекс работ и услуг в целях организации и проведения концерта группы «*Nickelback*» (далее — «Мероприятие»).

Мероприятие в соответствии с пунктом 1.1 договора должно было состояться 04.12.2015. Завоз и монтаж оборудования 03.12.2015 и 04.12.2015. В соответствии с пунктом 3.1 договора стоимость проведения Мероприятия составила 2 000 000 руб.

Пунктом 4.2 договора предусмотрен односторонний отказ ответчика от Мероприятия при выплате истцу денежной компенсации, размер которой зависит от срока совершения отказа.

В частности, при отказе от проведения Мероприятия в сроки от 60 и более календарных дней до начала монтажа оборудования — 25% от указанной в пункте 3.1 договора суммы, что составляет 500 000 руб.

17.08.2015 истец получил от ответчика письмо № 178 «Об отмене концерта группы «*Nickelback*», в котором ответчик уведомил об от-

мене Мероприятия в связи с «необходимостью в длительном перерыве в пении вокалисту группы «*Nickelback*».

Письмом от 21.08.2015 № 191 ответчик предложил расторгнуть договор на основании пункта 8.1 договора, сославшись на то, что отмена Мероприятия произошла вследствие форс-мажорного обстоятельства — болезни вокалиста группы.

...Выплата компенсации при одностороннем отказе от проведения Мероприятия предусмотрена пунктом 4.2 договора. Ответчик не отрицает, что компенсацию в заявленном размере не оплатил. Доказательства обратного в материалах дела отсутствуют.

...Юридическая квалификация обстоятельства как непреодолимой силы возможна только при одновременном наличии совокупности ее существенных характеристик: чрезвычайности и непредотвратимости.

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, ее отличие от случая в том, что она имеет в основе объективную, а не субъективную непредотвратимость.

В этой связи болезнь вокалиста не может рассматриваться в качестве непреодолимой силы, поскольку указанные обстоятельства не обладают ни признаком чрезвычайности, ни признаком непредотвратимости.

При заключении договора стороны не предусмотрели в качестве обстоятельства непреодолимой силы, освобождающего сторон от ответственности за неисполнение обязательств, такое условие, как болезнь вокалиста группы.

Кроме того, в материалах дела отсутствуют доказательства, подтверждающие доводы ответчика о том, что вокалист группы внезапно перенес какое-либо заболевание, повлекшее невозможность осуществления им своей профессиональной деятельности.

В рассматриваемом случае болезнь артиста следует отнести к рискам предпринимательской деятельности ответчика, которые ответчик мог застраховать.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

С учетом изложенного апелляционный суд не усматривает оснований для освобождения ответчика от ответственности, установленной пунктом 4.2 договора». (*Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 28.03.2016 № 13АП-3257/2016 по делу № А56-74601/2015*)

#### 15.1.2. ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ПЛАТЫ ЗА ВЫХОД

Я назвал плату за выход «новой отверткой». Уточню: новая для нашего права. Появилась в 2015-м году в новой редакции ст. 310 ГК. Откуда взялась?

В праве США есть «*termination fee*» (гонорар за расторжение). В английском праве — *liquidated damages*<sup>1</sup> — заранее оцененные убытки (ЗОУ). У нас и до изменений в ст. 310 пытались перенимать заморский опыт. Поскольку в ГК не было понятия ЗОУ, то ЗОУ в договор тащили под видом неустойки. К примеру:

«В соответствии с п. 8.7 Контракта в случае несоблюдения подрядчиком требований, предусмотренных пунктом 8.2 (срок завершения работы), подрядчик обязан уплатить заказчику соответствующую сумму, указанную в Приложении к Оферте в качестве суммы возмещения заранее оцененных убытков за такое неисполнение обязательств.

Предъявляя встречный иск, ответчик ссылается на обязанность подрядчика в соответствии с п. 8.7 контракта уплатить сумму заранее оцененных убытков в размере 4.623.173,94 долларов США ввиду нарушения сроков строительства.

Исходя из смысла ст. 431 ГК РФ, суд правильно оценил установленные п. 8.7 контракта заранее оцененные убытки как неустойку. Суд кассационной инстанции находит данную оценку соответствующей положениям ст. 330 ГК РФ». (*Постановление ФАС Московского округа от 13.03.2009 № КГ-А40/1319-09 по делу № А40-28523/08-37-246*)

Увы, тогда был огромный риск вылететь на «а теперь докажи ПОЛНЫЙ состав убытков». И — проиграть к чертовой бабушке:

---

<sup>1</sup> См. «Английское право».

«Пунктом 6.6 договора № СУЭК/-08/162с от 01.01.2008 предусмотрено, что в случае отказа или уклонения покупателя от принятия товара в 1, 2, 3, 4 кварталах в количестве, указанном в договоре, с учетом негативного опциона, покупатель обязан возместить поставщику убытки, вызванные недовыборкой угля.

Стороны согласовали применение института заранее исчисленных убытков и установили убытки поставщика в размере 40 рублей за каждую невыбранную тонну. В случае если реально понесенные убытки поставщика окажутся выше суммы заранее исчисленных убытков, то возмещению подлежит только сумма заранее исчисленных убытков.

Отказывая в удовлетворении заявленных требований, арбитражный суд первой инстанции не принял изменение иска и исходил из положения статьи 15 ГК РФ, статей 49, 65 АПК РФ, пришел к выводу о недоказанности истцом совокупности юридически значимых обстоятельств, необходимых для взыскания убытков». (*Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 15.11.2010 по делу № А19-1828/10*)

Мое мнение: правовая природа «определенной денежной суммы», она же «плата за выход» из ст. 310 = ЗОУ. И вот почему. Договор, как мы помним, плод обоюдной воли сторон. Стало быть, если вы определили компенсацию как размер убытков от каприза партнера и партнер согласился — то вы своей волей и в своем интересе создали заранее оцененные убытки.

Зачем понимать правовую природу? Затем. Если дойдет до суда, ваш противник будет оспаривать условие договора о плате за выход, прежде всего на основании «это не пойми что». Сумма не обоснована, и вообще это у вас неустойка, давайте снизим по ст. 333 ГК. Или задаток.

Пример:

«Заявитель апелляционной жалобы указывает, что из обжалуемого решения не ясна правовая природа положения пункта 3.8 договора о невозвратности обеспечения: либо это непоименованный в законе способ обеспечения исполнения обязательств, либо это компенсация убытков ответчика.

Получение ответчиком обеспечения при условии, что обязательство истцом не нарушалось, противоречит природе обеспечения

### **РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ**

исполнения обязательств. Платеж, предусмотренный пунктом 3.8 договора, имеет все признаки задатка».

Суть спора:

«В соответствии с пунктом 3.8. договора заказчик при заключении договора перечисляет исполнителю 300 000 рублей в качестве обеспечения исполнения условий настоящего договора. При расторжении договора сумма, уплаченная в качестве обеспечения исполнения условий настоящего договора, исполнителем заказчику не возвращается.

...Ссылаясь на незаконное удержание перечисленной суммы в качестве обеспечения исполнения условий настоящего договора, истец обратился в арбитражный суд с иском о признании недействительной части сделки, а именно положения пункта 3.8 договора от 02.10.2014 № 607 на обслуживание воздушных судов о невозвратности суммы, уплаченной в качестве обеспечения обязательства».

Суд:

«Из содержания пункта 3.8. договора от 02.10.2014 № 607, на недействительность которого указывает истец, следует, что стороны согласовали уплату 300 000 рублей в качестве обеспечения исполнения условий настоящего договора.

Как следует из материалов дела, стороны добровольно заключили и подписали без замечаний и возражений вышеуказанный договор, в том числе положение о том, что при расторжении договора сумма, уплаченная в качестве обеспечения исполнения условий настоящего договора, исполнителем заказчику не возвращается.

Истцом условие невозвратности денежных средств при расторжении договора, на момент заключения было согласовано, что выразилось в переводе 300 000 рублей на расчетный счет ответчика. Следовательно, истец согласился с предложенным размером суммы, выплачиваемой в качестве обеспечения исполнения условий.

Согласно статье 329 ГК РФ исполнение обязательств может обеспечиваться неустойкой, залогом, удержанием имущества должника, поручительством, банковской гарантией, задатком и другими способами, предусмотренными законом или договором.

Согласованный сторонами в договоре способ обеспечения исполнения обязательств не противоречит положениям статьи 329 ГК РФ.

Учитывая, что ГК РФ допускает любые предусмотренные законом или договором способы обеспечения обязательств, арбитражный суд первой инстанции пришел к обоснованному выводу, что спорный обеспечительный взнос может быть отнесен к иным способам обеспечения исполнения обязательства.

Уплаченный истцом обеспечительный взнос не является задатком или авансом (предоплатой), а является иным способом обеспечения исполнения обязательств по договору, в связи с чем отсутствуют основания для признания пункта 3.8 договора ничтожным.

...Ссылка истца на несоответствие пункта 3.8. договора от 02.10.2014 № 607 статье 330 (*попытка истолковать компенсацию как неустойку, комментарий мой*) и статье 782 ГК РФ несостоятельна на основании следующего.

В соответствии со статьей 330 ГК РФ неустойка уплачивается должником кредиторю в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности, в случае просрочки исполнения. По требованию об уплате неустойки кредитор не обязан доказывать причинение ему убытков.

Согласно пункту 1 статьи 782 ГК РФ заказчик вправе отказаться от исполнения договора возмездного оказания услуг в одностороннем порядке с компенсацией исполнителю фактических расходов.

...В Постановлении Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах» относительно статьи 782 ГК РФ рассматривается возможность согласования сторонами договора такого режима определения последствий отказа от договора, исполнение которого связано с осуществлением обеими его сторонами предпринимательской деятельности, при котором односторонний отказ стороны от договора может быть обусловлен необходимостью выплаты определенной денежной суммы другой стороне. Указанное положение впоследствии закреплено законодателем в пункте 3 статьи 310 ГК РФ...

Таким образом, при заключении договора от 02.10.2014 № 607 стороны заранее определили в качестве компенсации ту сумму, которая должна быть выплачена исполнителю (ответчику) при отказе заказчика (истца) от исполнения договора, что не противоречит принципу свободы договора.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Фактически обеспечительный платеж, указанный в пункте 3.8 договора, является своего рода компенсацией убытков исполнителя, вызванных досрочным расторжением договора, в том числе связанных с поиском нового заказчика, расходов на планирование объема работ, расходов на подготовительные работы для проведения заявки, подготовки специалистов, поддержания оборудования для проведения техобслуживания в надлежащем состоянии, иные действия ответчика, из-за которых при отказе заказчика от договора возможны убытки.

...На основании изложенного, учитывая, что положения пункта 3.8. договора от 02.10.2014 № 607 не противоречат статьям 330, 380, 782, 1102 ГК РФ, правовые основания для признания недействительной части сделки, а именно положения пункта 3.8 договора от 02.10.2014 № 607 на обслуживание воздушных судов о невозвратности суммы, уплаченной в качестве обеспечения обязательства, отсутствуют, в связи с чем арбитражный суд первой инстанции законно и обоснованно отказал в удовлетворении иска». (*Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 20.04.2016 по делу № А33-20440/2015*)

Понимая природу «платы за выход» и описав это понимание в договоре, вы РЕЗКО сузите противнику поле для маневра. Ваш договор в этой части будет гораздо сложнее оспорить.

Чтобы не дать Ответчику толковать «плату за выход» как неустойку, задаток, как-то иначе навести тень на плетень, важно: 1) описать правовую природу платы в договоре и 2) обосновать размер платы — почему именно столько.

Не так уж и сложно. Если дополнить предыдущий пример, то в пункте 3.2. добавим абзац:

«Компенсация служит достаточным, разумным и справедливым возмещением убытков Исполнителя, заранее оцененных сторонами путем установления суммы компенсации. Компенсация равна средней прибыли Исполнителя, которую Исполнитель получил бы по Договору, если бы Заказчик не заявил отказ.

Компенсация носит безусловный характер и подлежит выплате на основании ст. 310 ГК РФ, п. 3. Заказчик не вправе оспаривать размер компенсации. Компенсация не является неустойкой. Ком-

пенсация не может быть снижена на основании ст. 333 ГК РФ, а также по другим основаниям.

Уплата Компенсации не освобождает Заказчика от оплаты услуг Исполнителя, оказанных по Договору».

## 15.2. ОТКАЗ ОТ ДОГОВОРА ПОСЛЕ ВАШЕГО ИСПОЛНЕНИЯ

Отказ от договора после вашего исполнения — и бег от официальной приемки итога ваших работ (услуг). А неофициально итог принят... Возможен ли в принципе отказ от договора после того, как вы свое исполнили? Ну, юристы спорят. В практике можно встретить и «за», и «против». Забавно наблюдать противоположные решения:

«ГК РФ не ставит право заказчика на односторонний отказ от исполнения договора возмездного оказания услуг или подряда в зависимость от факта надлежащего исполнения подрядчиком (исполнителем) обязательств по договору». (*Постановление 8ААС от 16.07.2015 № 08АП-6431/2015 по делу № А70-2280/2015*)

«Апелляционный суд считает необходимым указать, что односторонний отказ заказчика от исполнения договора возмездного оказания услуг после выполнения своих обязательств исполнителем невозможен». (*Постановление 7ААС от 28.03.2012 № 07АП-1325/2012 по делу № А45-17744/2011*)

Есть старая позиция «вышки»: «из смысла данной нормы (ст. 782 ГК) следует, что отказ заказчика от исполнения договора возможен в любое время: как до начала исполнения услуги, так и в процессе оказания услуги». (*Постановление Президиума ВАС РФ от 07.09.2010 № 2715/10 по делу № А64-7196/08-23*)

И новая норма ГК, принятая после постановления ВАС: «В случаях, 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, последующий отказ по тем же основаниям не допускается» (ст. 450.1 ГК, п. 5, он же стоп-кран/эстоппель).

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

А если услуги оказаны, но исполнение не принято, тогда как? Отказ возможен? Наверно, можно спорить. Поэтому исходим из худшего. Допустим, Заказчик вправе в любую минуту закапризничать и отказаться от договора оказания услуг. Или иного договора, если возможность отказа предусмотрена законом или договором. Даже когда исполнитель уже исполнил договор. Полностью или в части. Тогда?

Если вы заложили в договор оговорку о плате за выход, хорошо. Хоть что-то получите. Если нет? Если на переговорах Заказчик категорически против платы за выход? Допустим, вы не смогли «пронести» в договор это условие.

Зная практику, вы обоснованно опасаетесь: сейчас получим аванс, окажем услуги, а как дойдет до окончательного расчета, нас Заказчик «кинет». Отопрется: ничего не знаю, ничего не получал, вы ничего не делали, верните деньги. То есть неофициально работы (услуги) приняты, а от официальной приемки услуг (работ) Заказчик бегаёт, аки черт от ладана.

Этот риск особенно силен, если: А) итог ваших трудов можно скопировать; и Б) если есть копия, оригинал не нужен.

Пример? Пожалуйста. Дизайнер (Исполнитель) разработал проект интерьера офиса. Сбросил готовый проект на эл. почту Заказчика. Как выяснилось позже, почтовый ящик оказался «левым». Не указан в договоре. Название ящика не связано с Заказчиком. Принадлежал неизвестно кому — из другой страны.

Естественно, в суде Заказчик отпирался: «Я не я и лошадь не моя, ящик не мой, ничего не получал, платить не буду». Увы, отперся... Суд счел передачу итога работ недоказанной... Жаль. Если год спустя зайти в офис заказчика, то интерьер почему-то один в один совпадает с «неполученным» проектом...

**ВАЖНО.** Если предмет договора можно подвести под понятие «произведение» из части 4 ГК, если по договору должен быть создан объект интеллектуальной собственности, возможна принципиально другая схема отношений и защиты.

В двух словах: делаем договор, по которому «Подрядчик обязуется создать для Заказчика произведение — дизайн, программу для ЭВМ, иное произведение в смысле объект интеллектуальной соб-

ственности, а после — передать Заказчику простое (не исключительное!) право пользования на Произведение. Простое право перейдет к Заказчику ТОЛЬКО после оплаты вознаграждения Подрядчика».

Также прописываем в договоре: «исключительное право на произведение возникает и остается у Исполнителя». А для особо одаренных допишем еще: «передача произведения сама по себе не влечет переход к Заказчику простого права на произведение. Право перейдет только после полной оплаты». Все. Если теперь Заказчик украдет дизайн, Подрядчик обрушит на голову вора «дубину» из ст. 1301 ГК:

«В случаях нарушения исключительного права на произведение автор или иной правообладатель наряду с использованием других применимых способов защиты (в частности, убытки) и мер ответственности... вправе в соответствии с пунктом 3 статьи 1252 ГК требовать по своему выбору от нарушителя вместо возмещения убытков выплаты компенсации: <...> в размере от десяти тысяч рублей до пяти миллионов рублей, определяемом по усмотрению суда исходя из характера нарушения.

Другой пример. Программисты разработали программу для ЭВМ. Заказчик оплатил аванс, получил программу... и перед окончательным расчетом «слился». Через реорганизацию с ООО «Зомби».

Если бы программисты уповали только на закон и договор, на том бы все и закончилось. Но не тут-то было. Дальновидные разработчики подстраховались еще и УЛОВКОЙ.

Где-то через месяц программа перестала работать. При запуске выводила на экран надпись: «За вами должок; реквизиты такие-то». И Заказчику пришлось платить.

!!

**БУДЬТЕ КРАЙНЕ ОСТОРОЖНЫ С ЗАКЛАДКАМИ.  
ЗАКЛАДКИ ЭФФЕКТИВНЫ, НО ОПАСНЫ.  
ЧРЕВАТО УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТЬЮ.  
(ПОДРОБНЕЕ В ГЛАВЕ 23.2.3.1.)**

!!

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Увы, такие страховки возможны преимущественно в сфере высоких технологий. А в традиционных сферах, увы, частенько в дураках остается исполнитель. Практика пестрит случаями:

«Как следует из представленных в материалы дела документов и не оспаривается сторонами, по договору № 1408 от 19.09.2008 г. ответчик выполнил и сдал истцу работы по экспликации помещений на сумму 1000 руб. На остальную сумму 45200 руб. факт выполнения ответчиком работ по договору документально не подтвержден.

Представленные ответчиком фотографии, подтверждающие, по его мнению, факт выполнения работ по договору, не могут быть приняты во внимание, так как данные фотографии при отсутствии письменных доказательств, в том числе подписанных сторонами актов приемки выполненных работ, не могут являться допустимыми доказательствами в силу статьи 68 АПК РФ.

Из материалов дела не следует, что ответчик выполнил работы, предусмотренные договором, в полном объеме. В дело не представлены доказательства составления сторонами актов приемки выполненных работ, извещения ответчиком истца о готовности к сдаче работ и о необходимости осуществления приемки этих работ. Ответчик не обращался к истцу по поводу неподписания актов приемки. Экспертиза по установлению факта выполнения работ не проводилась, ходатайств о ее проведении стороны в судебном заседании не заявляли.

С учетом изложенного суд апелляционной инстанции считает, что в материалах дела отсутствуют надлежащие и бесспорные доказательства, подтверждающие факт выполнения ответчиком работ на спорную сумму и их принятие истцом (либо уклонение от их принятия), равно как и доказательства, свидетельствующие о предоставлении ответчиком истцу какого-либо иного встречного исполнения на сумму 45200 руб.

<...> Учитывая, что ответчик, как получатель денежных средств, уклоняющийся от их возврата истцу, несмотря на отсутствие основания для удержания, является лицом, неосновательно удерживающим денежные средства, суд апелляционной инстанции считает, что в силу ст. 1102 ГК РФ ответчик обязан возратить истцу сумму неосвоенного аванса в размере 45200 руб.». (Постановление 11ААС от 09.03.2010 по делу № А55-25262/2009)

### 15.2.1. ЗАЩИТА. СТРАТЕГИЯ

Стратегия: подумать, какая модель вам выгодна. Оказание услуг или подряд? Тактика: заложить в договор оговорку о простой приемке работ/услуг; в идеале — автоприемка.

Одни и те же отношения можно урегулировать как договором подряда, так и договором оказания услуг. Допустим, после ремонта в офисе вы нанимаете фирму. Убрать мусор за сиволапыми строителями. Какой договор вы заключите?

Можно так: «по договору подряда одна сторона (подрядчик) обязуется выполнить по заданию другой стороны (заказчика) определенную работу — убрать мусор в Помещении, и сдать ее результат — чистое Помещение заказчику, а заказчик обязуется принять результат работы и оплатить его». (подряда)

А можно эдак: «Исполнитель обязуется оказать Заказчику услугу по уборке мусора в Помещении, а Заказчик — эту услугу оплатить». (оказание услуг)

Как выгоднее? И кому? Подсказка: «основанием для возникновения обязательства заказчика по оплате выполненных работ является сдача результата работ заказчику». (*Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 24.01.2000 № 51, «Обзор практики разрешения споров по договору строительного подряда», п. 8)*

Представим. Подрядчик убрал половину мусора. Потом что-то случилось. Подрядчик не может исполнить договор. Или — не хочет. Подлежат ли выполненные работы оплате?

С большой долей вероятности — НЕТ. Заказчик займет позицию: «Помещение не приведено в чистое состояние, нет результата — нет денег». И — ничего не заплатит. А если заплатил аванс, взыщет этот аванс с Подрядчика<sup>1</sup>.

В теории, если Подрядчик сможет доказать, одновременно: 1) фактическое выполнение работ, 2) стоимость выполненных работ, 3) потребительскую ценность работ для Заказчика... Чем черт не шутит, может, что-то с Заказчика и взыщет. Но маловероятно.

<sup>1</sup> См. Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 30.10.2013 по делу № А70-12334/2012, Постановление ФАС Поволжского округа от 22.05.2012 по делу № А65-6242/2011, Постановление ФАС Уральского округа от 28.12.2011 № Ф09-8632/11 по делу № А76-6578/2011.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Выходит, Заказчику выгоднее заключить договор подряда. И платить только за результат. А Исполнителю — наоборот, лучше идти через оказание услуг. Потому что в случае «ну не смогла я, не смогла» Исполнитель сможет получить деньги. Иногда — и за невыполненные работы (!). Как вам такое дело:

«ООО Управляющая компания "Тамбовский Коммунальный Стандарт" обратилось в Арбитражный суд Тамбовской области с иском заявлением к Следственному управлению Следственного комитета РФ по Тамбовской области о взыскании задолженности по договору на техническое обслуживание нежилого помещения № 123 от 18.06.2012 г. в размере 29 655 руб.57 коп, из них: 28 541 руб. 88 коп. — основной долг, 1 113 руб. 69 коп. — пени за период январь—сентябрь 2013 года.

<...> В силу пункта 3.3 договора заказчик обязался оплачивать услуги ежемесячно до 10-го числа месяца, следующего за расчетным, согласно платежному документу, выставяемому подрядчиком.

<...> В качестве возражений на иск ответчик ссыался на то, что в период с января по сентябрь 2013 года включительно, в нарушение договора № 123, истец не производил каких-либо работ.<...>

Акты выполненных работ в Следственное управление Следственного комитета Российской Федерации по Тамбовской области, г. Тамбов не направлялись и, соответственно, не подписывались сторонами договора.

Нормы ГК РФ о договоре возмездного оказания услуг, в отличие от договоров подрядного типа, не предусматривают такого обязательного действия, как сдача исполнителем заказчику выполненной работы по акту.

Заключенным между сторонами договором не предусмотрен порядок подтверждения факта выполнения работ по техническому обслуживанию нежилого помещения.

Кроме того, в материалах дела отсутствуют доказательства, свидетельствующие о том, что ответчиком в адрес истца направлялись претензии по качеству работ за рассматриваемый период... В связи с вышеизложенным, арбитражным судом иск в части взыскания 28 541 руб. 88 коп. основного долга удовлетворен обоснованно». (Постановление ФАС Центрального округа от 04.08.2014 по делу № А64-6933/2013)

В том деле договор назывался «договор на техническое обслуживание нежилого помещения». Обычно так называют договоры оказания услуг. Более того, в подчеркнутом пункте сказано «услуги». Однако стороны в договоре почему-то названы «заказчик» и «подрядчик». А это уже термины из подряда.

Как мы помним из главы 3.1, **«квалификация договора определяется не его названием либо названием сторон, а содержанием договора»**. Суд увидел в подчеркнутом пункте периодические платежи — часто бывает в оказании услуг. Суд учел отсутствие в договоре обязательства передать итог услуг.

Все. Вывод: «обязательства сторон в рассматриваемом случае установлены договором<...> являющимся по своей правовой природе договором возмездного оказания услуг».

Это не какое-то решение из ряда вон. А давно и прочно сложившаяся практика. Отдельные фразы из коей так и тянет увековечить в граните:

1. «По смыслу ст. ст. 702,779 ГК РФ отличие предмета договора подряда от договора об оказании услуг состоит в том, что по договору подряда ценность для заказчика представляет только результат работ, в то время как **в договоре об оказании услуг ценностью для заказчика являются и сами действия исполнителя**, даже если они направлены на достижение определенного результата». (*Постановление ФАС Московского округа от 20.04.2004 № КГ-А40/2504-04. Из новейшей истории — Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 30.11.2015 № Ф08-7563/2015 по делу № А63-10836/2014*).

2. «По договору подряда ценность для заказчика представляет результат работ, в договоре на оказание услуг **ценностью для заказчика являются сами действия исполнителя**». (*Постановление ФАС Уральского округа от 05.11.2008 № Ф09-8056/08-С4 по делу № А76-26941/2007-25-960/233/12-298*)

3. «Ссылка заявителя на отсутствие в материалах дела актов приемки оказанных услуг, подписанных заказчиком, подлежит отклонению, поскольку нормы ГК РФ о договоре возмездного оказания услуг, в отличие от договоров подряда, не предусматривают такого обязательного условия, как сдача исполнителем заказчику оказанных услуг по акту.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Учитывая изложенное, отсутствие акта приемки не влечет отказа в оплате полученных услуг». (*Определение ВАС РФ от 15.05.2013 № ВАС-6170/13 по делу № А40-46939/12-35-434*)

4. **«Отличие договора оказания услуг от договора подряда заключается в возможном отсутствии материального результата, который может быть предъявлен в качестве доказательства исполнения договора».** (*Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 16.11.2015 № Ф08-7437/2015 по делу № А32-44236/2014*)

5. «Предметом договора оказания услуг являются определенные действия или определенная деятельность, которая может не иметь о вещественного результата, в связи с чем положения статьи 779 ГК РФ не предусматривают обязательной передачи результата заказчику, в отличие от договора подряда. Договором оказания услуг также не предусмотрена передача результата по акту.

Таким образом, при определении момента возникновения обязательств по оплате оказанных услуг статьи 711, 720 ГК РФ неприменимы, основанием для оплаты услуг является факт их оказания». (*Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 24.12.2012 по делу № А27-10853/2012*)

Юристы (новичок/подмастерье), менеджеры, директора обычно не знают разницы между подрядом и услугами. Вот и пишут договора с разбродом в терминах... А потом удивляются: «Как?! Мы проиграли?!».

Подытожим. Стратегически важно понять, по какой модели мы идем — подряд или оказание услуг. Тактически — в обоих случаях — заложите в договор механизм, облегчающий вам сдачу/приемку работ/услуг.

Подчеркиваю: в обоих случаях. Бывает, суды изменяют сложившейся практике. Особенно — СОЮ. Возможна позиция: 1) в силу ст. 783 ГК, нормы о подряде применимы и к договору оказания услуг, поскольку иное не установлено спец. нормами об оказании услуг, 2) а раз так, докажите и факт оказания услуг, и сдачу услуг Заказчику, 3) а иногда еще и потребительскую ценность услуги для Заказчика<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> См. в частности, Постановление Арбитражного суда Московского округа от 04.02.2016 № Ф05-19779/2015 по делу № А41-37898/2015, Постановление Арбитражного суда Московского округа от 19.01.2016 № Ф05-8247/2014 по делу № А40-25745/13.

## 15.2.2. ЗАЩИТА. ТАКТИКА.

### МЕХАНИЗМЫ «АВТОПРИЕМКИ» УСЛУГ/РАБОТ

Основных три. «Не успел — пролетел», «подписывай с оговорками», «забирай своим ходом».

#### 15.2.2.1. «НЕ УСПЕЛ — ПРОЛЕТЕЛ»

Классическая формулировка в оказании услуг. Наверное, вам знакома. Что-то вроде: «согласно пункту 3.3 договора заказчик обязан подписать акт сдачи-приемки оказанных услуг в течение 3-х календарных дней с момента получения либо направить мотивированный отказ от его подписания. В противном случае обязательства исполнителя считаются выполненными со дня получения заказчиком акта сдачи-приемки оказанных услуг»<sup>1</sup>.

Оценили коварство?! Три календарных дня... А теперь представьте. Исполнитель подленько направил акт так, чтобы Заказчик получил в пятницу. Вечером. Последний день трехдневного срока — понедельник. Заказчик должен успеть за один день проверить качество услуг и отказаться, или — всё. Работы приняты. Вряд ли оспоришь...

Зная, какой дурдом обычно творится по понедельникам в фирмочке средней руки, сколько документов и неотложных дел... Знаю, много где работал. Насмотрелся. Скорей всего, переписку разберут хорошо если к среде. На то и расчет. Что заказчик не успеет — и услуги окажутся принятыми. Автоматически. В силу формулировки в договоре.

---

<sup>1</sup> Встречается часто. Работает. Примеров хватает. Ну, скажем: «Поскольку Департаментом имущественных отношений в соответствии с п. 5.4 мотивированный отказ от приемки услуг своевременно не направлен исполнителю, такие услуги считаются принятыми заказчиком и подлежат оплате в силу ст. 779 ГК РФ.

Выводы судов соответствуют установленным фактическим обстоятельствам и нормам действующего законодательства». Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 04.05.2016 № Ф09-3444/16 по делу № А50-11348/2015.

Также: Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 03.05.2012 по делу № А33-14648/2011, Постановление ФАС Северо-Западного округа от 16.11.2011 по делу № А56-34866/2010, Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 14.10.2015 № Ф08-7270/2015 по делу № А32-34310/2014 и т.д.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Выгодна ли такая формулировка исполнителю? Конечно. Может пройти? Может. И очень часто проходит. Я бы сказал, в 9 случаях из 10. Но вот в десятом случае... Опять, не считайте вторую сторону глупее себя. Если попадется умный, думающий заказчик, классическая формулировка обернется против исполнителя.

Берем недавний пример с уборкой. Мы заключили договор: «Исполнитель обязуется оказать Заказчику услугу по уборке мусора в Помещении, а Заказчик — эту услугу оплатить». В договоре есть оговорка «не успел — пролетел».

Исполнитель убрал мусор. Весь. Хорошо и добросовестно. Пришлал акт... А Заказчик в ответ успел-таки заявить отказ. Да какой! Исполнитель читает и медленно ползет под стол:

«Мусор убран не весь. Остались многочисленные бетонные крошки и пыль. Ваши работники поцарапали подоконник. А напоследок еще и отдавили хвост нашему любимому офисному псу — спаниелю Дарику. Считаю, услуги оказаны некачественно. Оплаты не будет».

Вот!!! «Вылезли» вопросы, не предусмотренные формулировкой и договором.

А) Кто вообще решает — мотивирован ли отказ?!

Б) Мотивирован ли именно этот отказ?

В) Последствия? Что делать Исполнителю?

Договор молчит. Не прописано. А почему? Потому что косомозглый договорник не продумал такой ход событий. Опять тупо содрал с болванки... Говорите, в России две беды?! Нет. Три. Дороги. Дураки. Договора.

Тем не менее на вопросы есть ответы. Поскольку иное не оговорено — мотивирован отказ или нет, решает Заказчик. В одностороннем порядке. Последнее слово, конечно, за судом. Но к суду можно и подготовиться...

Допустим, провести экспертизу и установить: услуги оказаны некачественно. Пример такой защиты — Постановление ФАС Северо-Западного округа от 12.02.2014 № Ф07-10888/2013 по делу № А56-19408/2013.

Или, вскоре после мотивированного отказа, заключить «левый» договор со своей подконтрольной фирмой. Якобы другая фирма

устранила «косяки» услуг Исполнителя. А то и якобы оказала услуги вместо Исполнителя. Пример такой защиты — Определение ВАС РФ от 21.11.2012 № ВАС-15099/12 по делу № А45-18001/2011, с треском провалилась:

«Суды отклонили как недоказанный довод заказчика о том, что работы по названному договору были завершены не подрядчиком, а третьим лицом. В связи с этим суды отказали заказчику в удовлетворении требований о взыскании с подрядчика спорной суммы».

Хорошо, а что делать Исполнителю? Добросовестному? Которого решил «кинуть» заказчик? Здесь начинающий юрист может оплошать. К примеру, подать иск «об обязанности заказчика подписать акты». Или — «об обязанности принять услуги». Или — «о признании отказа в приемке услуг недействительным». Или придумать еще что-то экзотическое.

Не стоит изобретать велосипед. Верный путь — см. подчеркнутую фразу:

«Полагая, что услуги по договору от 16.09.2004 № 21 исполнены, а ответчик уклоняется от подписания акта сдачи-приемки выполненных работ, истец обратился в арбитражный суд с настоящими требованиями.

...Обязанность ответчика подписать акты сдачи-приемки выполненных работ действующим законодательством не предусмотрена.

...Для защиты нарушенных прав возможно использование способов, перечисленных в статье 12 ГК РФ, если нормы права предусматривают для конкретного правоотношения определенный способ защиты, лицо, обращающееся в суд за защитой своего права вправе применять лишь этот способ.

Таким образом, истцом при подаче искового заявления в арбитражный суд был выбран ненадлежащий способ защиты нарушенного права, что является основанием для отказа в удовлетворении иска.

Суд первой инстанции пришел к правомерному выводу, что истец может получить защиту своего нарушенного права путем предъявления требований к заказчику об оплате выполненных услуг. (Постановление ФАС Поволжского округа от 06.04.2009 по делу № А65-19581/2008. Также см. Постановление ФАС Центрального округа от 02.06.2010 № Ф10-2102/10 по делу № А08-5285/2009-18)

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Ага, т.е. простой иск «о взыскании долга по договору за оказанные, но неоплаченные услуги»».

В эту игру можно гонять и вдвоем. На переговорах Исполнитель, скорее всего, потребует включить в договор оговорку «не успел — пролетел». Заказчик артачится. Предлагает свой вариант. Естественно, «тянет одеяло на себя»». К примеру:

«Исполнитель обязан направить Заказчику акт сдачи-приемки услуг (два экземпляра), далее — «Акт». Получение акта Заказчиком не считается приемкой услуг, а также согласием с качеством услуг.

Заказчик вправе оплатить услуги Исполнителя только после: а) предъявления Исполнителем услуг к приемке и б) подписания Заказчиком акта приемки услуг без замечаний. Кроме того, Заказчик вправе заявлять возражения по Акту, даже если подпишет Акт без замечаний».

На месте Заказчика, я бы предложил Исполнителю более иезуитский вариант. С простым и понятным обоснованием. Хотите оговорку «не успел — пролетел»?! Хорошо. Но пусть оговорка работает в ОБЕ стороны. Так:

«4.1. Исполнитель обязан раз в месяц присылать Заказчику акт сдачи-приемки услуг, далее — "Акт". Исполнитель присылает Акт в двух экземплярах. Заказчик обязан рассмотреть Акт, если нет замечаний — подписать и вернуть один экземпляр Исполнителю.

4.2. В течение десяти рабочих дней со дня получения Акта Заказчик вправе направить Исполнителю замечания, далее — «право на замечания», по поводу:

- 1) акта;
- 2) качества услуг;
- 3) цены услуг;
- 4) объема услуг;
- 5) прочие замечания.

4.3. Если Заказчик не воспользовался правом на замечания, услуги считаются принятыми. Заказчик обязан оплатить услуги Исполнителя в течение тридцати календарных дней со дня получения Акта.

4.4. Если Заказчик воспользовался правом на замечания, услуги не считаются принятыми и не подлежат оплате — даже если услу-

ги имеют потребительскую ценность для Заказчика. Исполнитель обязан учесть замечания Заказчика и безвозмездно устранить недостатки. Срок устранения: пять рабочих дней со дня получения замечаний.

4.5. Если Исполнитель:

- 1) не устранил замечания;
- 2) устранил замечания, но нарушил срок устранения (установлен п. 4.4. Договора);
- 3) не ответил в пятидневный срок на требование Заказчика об устранении замечаний;
- 4) устранил замечания некачественно;
- 5) устранил замечания не полностью;
- 6) устранил замечания, но не представил Заказчику новый

Акт —

в любом из перечисленных случаев услуги Исполнителя считаются не оказанными и не подлежат оплате».

### **15.2.2.2. «Подписывай с оговорками»**

Этот механизм родом из подряда, но встречается и в оказании услуг. Менее распространен, чем условие об автоприемке. Суть: заказчик обязан подписать акт в ЛЮБОМ случае. Не подпишет — Исполнитель составит акт сам. Научно говоря, «в одностороннем порядке». Тогда услуги считаются принятыми. Без замечаний.

Однако если у Заказчика есть замечания, Заказчик вправе отразить эти замечания в акте. Обычно Заказчик предусматривает себе в договоре дополнительное право: «Заказчик, принявший работу без проверки, не лишается права сослаться на недостатки работы, которые могли быть установлены при приемке». (*Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 21.10.2015 № Ф01-3794/2015 по делу № А17-6214/2014*)

Пример формулировки:

«5.1. В течение двух рабочих дней по факту оказания услуг Исполнитель и Заказчик подписывают акт сдачи-приемки услуг (далее — "Акт"). Заказчик обязан подписать Акт в любом случае, в т.ч. и при наличии замечаний. Заказчик вправе указать замечания в Акте.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

5.2. Заказчик не лишен права предъявлять претензии Исполнителю и после подписания акта. Такие претензии могут быть предъявлены в пределах срока действия Договора.

5.3. В случае отказа Заказчика от подписания акта, Исполнитель вправе составить указанный акт в одностороннем порядке и в течение трех рабочих дней направить акт Заказчику. Со дня получения Заказчиком акта услуги Исполнителя считаются принятыми без каких-либо замечаний, а акт оказанных услуг, составленный Исполнителем в одностороннем порядке, служит основанием для расчета между сторонами».

Более краткий вариант:

«Если заказчик необоснованно отказался подписать акт, исполнитель вправе упомянуть об этом в акте и имеет право в одностороннем порядке подписать акт. В этом случае работы, согласно условиям договора, считаются выполненными, и заказчик обязуется выполнить свои обязательства» (т.е. оплатить работы исполнителя). (Устояло в суде, *Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 11.08.2015 № Ф06-26303/2015 по делу № А12-44519/2014*)

В основе, подозреваю:

1) старая практика «вышки» — «сам факт наличия некоторых недостатков в выполненных работах не может являться безусловным основанием для отказа от подписания актов и оплаты работ». (*Постановление Президиума ВАС РФ от 27.03.2012 № 12888/11 по делу № А56-30275/2010*)

2) спец. норма ГК о строительном подряде: «сдача результата работ подрядчиком и приемка его заказчиком оформляются актом, подписанным обеими сторонами. При отказе одной из сторон от подписания акта в нем делается отметка об этом и акт подписывается другой стороной.

Односторонний акт сдачи или приемки результата работ может быть признан судом недействительным лишь в случае, если мотивы отказа от подписания акта признаны им обоснованными» (ст. 753, п. 4).

Договорники переносят формулировки из подряда — в оказание услуг. Цель: заставить Заказчика в любом случае принять услуги (работы). А там пусть торгуется по качеству/количеству/потребительской ценности.

А торговаться Заказчику будет сложно. Раз принял — значит, какая-то потребительская ценность у работ (услуг) есть. Далеко не всякий Заказчик способен грамотно написать возражения на акт. В т.ч. указать «услуги не имеют потребительской ценности».

Во-вторых, Заказчику будет в разы тяжелее — если вообще возможно — отстоять позицию «услуги выполняли не вы, а другое лицо». Коль акт подписан с нами, то и услуги выполняли мы. А не «левая» фирма Заказчика.

### **15.2.2.3. «ЗАБИРАЙ СВОИМ ХОДОМ»**

Вершина наглости Исполнителя. Как вам такой механизм:

«7.1. Заказчик обязан до 5-го числа месяца, следующего за расчетным, получить у Исполнителя акт выполненных работ (оказанных услуг), счет-фактуру и до 10-го числа представить в адрес Исполнителя экземпляр акта, заверенный подписью и печатью.

7.2. В случае неявки Заказчика для получения и подписания указанных документов в сроки, определенные в договоре, данные услуги считаются надлежащего качества выполненными Исполнителем и принятыми Заказчиком в полном объеме.

7.3. Возражения Заказчика на рассмотрение объема и качества оказанных Исполнителем услуг направляются в письменном виде в срок не позднее 10-го числа месяца, следующего за расчетным.

7.4. Услуги считаются выполненными и подтвержденными в полном объеме при отсутствии двухсторонних актов о допущенных нарушениях договорных обязательств».

Хорошо себе Исполнитель жизнь упростил! И что интересно, эта «наглючая» формулировка устояла в суде. Читаем: «... стороны в договоре предусмотрели презумпцию надлежащего оказания услуг в согласованном объеме в случае неявки заказчика для получения и подписания актов и отсутствия двусторонних актов о нарушении договорных обязательств.

Суд апелляционной инстанции правильно указал, что до предъявления иска ООО «ПК «Жилстройинвест» не заявляло замечаний по качеству услуг и мотивированных отказов от подписания актов, не использовало предусмотренный договором порядок составления двусторонних актов о нарушении истцом обязательств».

## РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

*(Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 04.02.2016 № Ф08-257/2016 по делу № А32-13934/2015. См. также Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 31.07.2015 № Ф04-20280/2015 по делу № А75-5440/2014, там была похожая формулировка)*

Пользуйтесь на здоровье... если сумеете протащить в договор.

### **15.3. Отказ от договора до исполнения (БЕЗДЕЙСТВИЕМ)**

В договор часто закладывают классическую схему «50 на 50», последовательное исполнение. Классическое:

1) сначала вы платите мне аванс — 50% цены договора. Допустим, через десять рабочих дней после заключения договора;

2) получив аванс, я исполняю свое обязательство — оказываю услугу/выполняю работу/поставляю товар и т.д. Допустим, через десять дней со дня получения аванса;

3) вы, приняв исполнение, оплачиваете мне оставшиеся 50%.

Казалось бы, все просто, привычно, понятно. Ну, где здесь подвох?!

А вот где. Что будет, если вторая сторона подпишет договор... и всё?! И больше ничего не делает. Да, обязана заплатить... Но — капризничает. Не платит. Под любым предлогом — нет денег, заболел хомячок, звезды не так стоят на небе и т.д.

Причем партнер не идет в суд. Отказ от договора не заявляет. Тупо сидит и ждет. Ждет, когда истечет срок договора. Чтобы потом сказать: «срок истек, все обязательства по договору прекращены, никто никому ничего не должен». Это — третий расхожий каприз. «Залечь на дно». И увы, «залечь на дно» партнер может в любом договоре, где он первым перечисляет вам деньги...

Ладно. Можно ли как-то партнера... поднять со дна? Заставить исполнить договор и перечислить вам деньги? Допустим, заявить иск о взыскании аванса? Или, мудренее, «об обязанности исполнить обязательство в натуре»?

Заявить-то можно... Но толку — НОЛЬ. Практика на 98% отказная:

1) «В связи с тем, что общество не произвело предварительную оплату спорного товара, ЗАО «Техносерв» обратилось с иском в суд о понуждении общества оплатить товар и принять его.

<...> Удовлетворяя исковые требования, суд посчитал произведенные ЗАО «Техносерв» приготовления к поставке товара и отказ общества от его приемки достаточными основаниями для взыскания с общества стоимости переданного товара и понуждения его принять этот товар.

Данный вывод является ошибочным.

<...> **Процессуальное законодательство не предусматривает механизма принуждения неисправной стороны принять исполнение от стороны исправной.** Суд не вправе выносить заведомо неисполнимый судебный акт; требование о понуждении ответчика принять товар не может быть удовлетворено, так как подобный судебный акт является неисполнимым. В связи с этим требование об обязанности принять товар также не подлежит удовлетворению». (*Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 02.11.2006 № Ф08-5550/2006 по делу № А63-1785/2005-С3*)

2) «Кроме того, удовлетворение судом требования об обязанности ответчика принять и оплатить товар не влечет окончательность разрешения спора, поскольку в ходе его исполнения между сторонами могут возникнуть разногласия как по количеству, так и по качеству спорного товара». (*Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 17.02.2015 № Ф08-10857/2014 по делу № А63-13599/2013*)

3) «Таким образом, при неисполнении обязательства по предварительной оплате товара поставщик имеет право приостановить исполнение своего обязательства либо отказаться от исполнения этого обязательства и потребовать возмещения убытков.

**ГК РФ не предусматривает права поставщика требовать сумму предварительной оплаты от покупателя, если товар не поставлен. Поставщик не может понудить покупателя оплатить не переданный ему товар.** (*Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 27.05.2015 по делу № А56-80245/2013*)

4) «Установив, что товар на спорную сумму истцом ответчику не поставлялся, и учитывая, что гражданское законодательство не

### **РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ**

предусматривает возможность понуждения покупателя к оплате непереданной ему продукции, суд апелляционной инстанции пришел к выводу о выборе истцом ненадлежащего способа защиты нарушенного права, признав заявленный иск необоснованным и не подлежащим удовлетворению». (*Постановление Арбитражного суда Московского округа от 25.02.2015 № Ф05-16875/2014 по делу № А41-17145/14*)

Оставшиеся 2% — подряд. Да, там аванс иногда взыскивают. Было аж целых два случая — Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 03.08.2006 № Ф08-2014/2006 по делу № А32-49491/2005-6/1043 и Постановление ФАС Московского округа от 19.12.2011 по делу № А40-8325/11-41-67. Логика из крайнего дела:

«Ссылка апелляционного суда на то, что на момент рассмотрения спора ООО «Фронт Лайн» принятые на себя контрактные обязательства в полном объеме не выполнило, не может быть признана в качестве основания для отказа в иске о взыскании аванса, поскольку в соответствии с договорным условиям и п. 2 ст. 711 ГК РФ истец имел право требовать уплаты аванса, не приступая к работе. Условия контракта (п. 3.3) о выплате аванса не предусматривают его уплату лишь при наличии доказательств выполнения работ».

#### **15.3.1. ДОКТРИНА ПРОТИВ ПРАКТИКИ**

Практика... мягко говоря, странная. Выходит, из всех известных ГК договоров аванс можно взыскать только в подряде?!

Да. И то — если повезет. Смотри с какой ноги встал суд. Тот же ФАС Северо-Кавказского округа в более поздние года в другом таком же иске отказал. С крайне шатким обоснованием:

«Ни ГК РФ (глава 37 Кодекса, о подряде), ни заключенный между сторонами договор не предусматривают судебного порядка взыскания аванса». (*Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 08.11.2013 по делу № А53-4452/2013*)

Как не предусматривают?! А п. 2 ст. 711 ГК из главы 37, что, отменили?! Откроем и перечитаем: «Подрядчик вправе требовать выплаты ему аванса либо задатка только в случаях и в размере, указанных в законе или договоре подряда».

А раз вправе требовать, то вправе и взыскать. Какой-то особый судебный порядок не нужен, в ГК и АПК и так все есть. Взыскивай и спи спокойно. Что и сделал ФАС Московского округа в деле Фронт-лайн (см. выше). И — правильно сделал.

Почему так? Почему только в подряде? С позиции родного русского «махрового» позитивизма и «нет в праве — нет на свете», ответ прост: «Аванс можно взыскать только в подряде, ибо ст. 711 ГК, дающая такое право, в ГК прописана только в главе о подряде. Это — спец. норма. Поскольку по остальным договорам такой нормы нет, то — нельзя».

Разумного, думающего и просветленного юриста такой ответ не устроит.

Во-первых, древний принцип «*pacta servanda sunt*» — «договоры должны соблюдаться». Судам сей принцип ведом. Суды любят порассуждать о важности принципа: «иной подход нарушил бы основополагающие принципы гражданского права: принцип свободы договора и принцип его обязательности (*pacta sunt servanda*)<sup>1</sup>».

Или так: «Обязанность субъектов гражданско-правовых отношений добросовестно выполнять свои договорные обязанности основывается на общеправовом принципе *pacta sunt servanda*, а также на гарантировании неприкосновенности собственности, свободы

---

<sup>1</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 16.07.2013 № 2572/13 по делу № А27-7409/2011, Постановление Арбитражного суда Московского округа от 27.01.2016 № Ф05-18950/2015 по делу № А41-23320/2015, Постановление ФАС Поволжского округа от 25.11.2011 по делу № А06-2296/2010 и т.д.

Был, кстати, забавный курьез на эту тему: «В дополнении к кассационной жалобе общество указывает на нарушение апелляционным судом правил о языке судопроизводства, выразившееся в употреблении в тексте постановления иностранного выражения (*pacta sunt servanda*) без его перевода и указания языка источника».

...Апелляционный суд в абзаце 6 страницы 3 постановления счел уместным процитировать латинское выражение, не раскрыв при этом его значение и взаимосвязь с остальным текстом постановления. Однако данное обстоятельство не может квалифицироваться как нарушение правил о языке судопроизводства, так как мотивы и основания, по которым апелляционный суд отменил решение и удовлетворил иск, изложены на русском языке и не создают неопределенности.

Неясность для лица, участвующего в деле, отдельных слов и выражений судебного акта может быть устранена путем его разъяснения в порядке статьи 179 АПК РФ». (Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 24.11.2014 № Ф08-9082/2014 по делу № А32-33629/2013)

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

экономической деятельности и свободы договора, судебной защиты нарушенных прав»<sup>1</sup>.

И?! Как доходит до «взыщите аванс», о принципе обязательности договора почему-то забывают. Между тем, исходя из принципов обязательности и свободы договора, двух мнений быть не может: «подписался — плати».

Во-вторых. Если ваш партнер не исполняет договор — не платит аванс — ждет, когда истечет срок договора — добросовестно ли поведение партнера? Конечно, нет. Помним: «никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения» (ст. 1 ГК, п. 4). И если суд отказывает вам во взыскании аванса, нарушен принцип добросовестности. Что недопустимо.

В-третьих, насчет: «ГК РФ не предусматривает права поставщика требовать сумму предварительной оплаты от покупателя, если товар не поставлен». И что?! Сложить лапки и отказать в иске?!

Всего законом не предусмотреть. Поэтому в любой правовой системе мира есть механизм заполнения пустот. В английском праве — прецедент, у нас — обычай, аналогия закона, а если нет похожего закона, то — аналогия права (ст. 6 ГК).

Если судей так уж смущает отсутствие нормы, то к купле-продаже и прочим договорам можно по аналогии применить ст. 711 ГК, п. 2 из подряда — и все.

Точно также раньше было с абстрактными убытками. В свое время суды взыскивали абстрактные убытки только в договоре поставки. Почему? Потому что норма закона, дающая такую возможность, — ст. 524 ГК — «сидела» в главе ГК о поставке (глава 30, параграф 3). После реформы эта норма «переехала» в общую часть ГК — ст. 393.1ГК. И теперь абстрактные убытки можно взыскать по любому договору.

Однако и до «переезда» некоторые умные, думающие судьи применяли ст. 524 ГК по аналогии к другим договорам — и взыскивали абстрактные убытки и по другим договорам.

В-четвертых, если копнуть еще глубже, в чем суть требования о взыскании аванса? Правовая природа?! Вы обязаны передать аванс

---

<sup>1</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 14.05.2012 № 11-П.

(деньги), я обязан передать товар — после аванса. Мое обязательство передать товар = передать вещь (имущество). А ваше?

Статья 130 ГК, п. 2: «вещи, не относящиеся к недвижимости, включая деньги и ценные бумаги, признаются движимым имуществом».

Значит, ваше обязательство по договору передать мне аванс тоже равно «передать вещь». А значит, если я заявляю иск о взыскании аванса, я требую от суда обязать вас исполнить обязательство в натуре<sup>1</sup> — передать мне вещь (деньги)?

Может ли суд с подачи кредитора заставить должника передать кредитору вещь? Смотря какую. Если индивидуально-определенную, то — пожалуйста. В силу прямого указания закона. Пример:

«В силу статьи 398 ГК РФ в случае неисполнения обязательства передать индивидуально-определенную вещь в собственность, в хозяйственное ведение, в оперативное управление или в возмездное пользование кредитору последний вправе требовать отобрания этой вещи у должника и передачи ее кредитору на предусмотренных обязательством условиях.

<...> Установив, что завод находится во владении ООО «СКС», суды, руководствуясь названными нормами Кодекса и условиями заключенного сторонами договора купли-продажи, удовлетворили иск ООО «Сименс Финанс» об изъятии этого завода». (Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 09.07.2015 № Ф08-4231/2015 по делу № А53-23871/2014).

Деньги — это индивидуально-определенная вещь? Нет. Старая практика говорит: «Между тем, по настоящему делу предметом обязательства кредитора является предоставление заемщику денежных средств, представляющих собой вещи, определенные родовыми признаками, а не индивидуально-определенными признаками, что также исключает возможность принудить кредитора предоставить заем». (Постановление ФАС Московского округа от 25.03.2011 № КГ-А40/1415-11 по делу № А40-42333/10-97-359)

А новая практика уже не исключает: «...отсутствие у должника того количества вещей, определенных родовыми признаками, которое он по договору обязан предоставить кредитору, само по себе

<sup>1</sup> Я не одинок. К такому выводу пришли многие современные цивилисты.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

не освобождает его от исполнения обязательства в натуре, если оно возможно путем приобретения необходимого количества товара у третьих лиц (пункты 1, 2 статьи 396, пункт 2 статьи 455 ГК РФ)». (Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений ГК РФ об ответственности за нарушение обязательств», п. 23)

Поэтому в будущем практика, быть может, изменится. Быть может, суды начнут взыскивать авансы.

В-пятых. Допустим, вы взыскали аванс. Миллион. Ответчик говорит: «На тебе аванс. Подавись. А теперь исполняй договор». Что дальше? Если вы исполните — все хорошо. Если нет — Ответчик побежит в суд взыскивать с вас аванс как неосновательное обогащение. И, наверное, еще убытки — если из-за вашего неисполнения Ответчик понес убытки. Допустим, Ответчик выиграл. Взыскал миллион аванса и 200 000 убытков.

Дальше что? Есть два решения суда. Миллион на миллион идут в зачет. В сухом остатке — вы должны Ответчику 200 000. Выходит, первое решение суда — о взыскании аванса — исполнено зачетом. Второе решение — в части убытков — неизвестно, будет исполнено или нет. Ну так это нормальная картина по любому судебному делу. Выиграть-то выиграли, а исполним или нет — неизвестно. Все как всегда.

Вот почему опасения судов — «удовлетворение требования об обязанности ответчика принять и оплатить товар не влечет окончательность разрешения спора» — мне кажется надуманным...

#### 15.3.2. ДОГОВОРНАЯ ЗАЩИТА

В будущем практика по взысканию авансов, быть может, изменится. Только мы с вами ждать не будем. У нас с вами уже сейчас есть как минимум два способа подстраховаться от каприза партнера: А) установить в договоре «плату за выход» в случае отказа от договора; или Б) приравнять неисполнение обязательства перечислить аванс к отказу от договора. К примеру, так:

«9.1. Если Покупатель своевременно не исполнит обязательство перечислить аванс, установленное таким-то пунктом Договора, последствия:

А) договор считается расторгнутым вследствие одностороннего внесудебного отказа Покупателя от Договора;

Б) у Покупателя возникает обязательство выплатить Поставщику компенсацию, установленную пунктом таким-то Договора;

В) покупатель обязан выплатить Поставщику компенсацию в течение десяти рабочих дней со дня истечения срока на перечисление аванса.

9.2. Отказ Покупателя от Договора не прекращает обязательство по выплате компенсации. Это обязательство может быть прекращено только надлежащим исполнением».

Третий способ — старая добрая неустойка. На этот способ нам намекают суды: «Указание в договоре купли-продажи ценных бумаг на право кредитора требовать уплаты неустойки за нарушение должником сроков предварительной оплаты соответствует нормам гражданского законодательства». (*Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 10.03.2016 № Ф03-295/2016 по делу № А51-28609/2014*)

Более подробное обоснование: «Правила статьи 328 ГК РФ предоставляют стороне, на которой лежит встречное исполнение, приостановить исполнение своего обязательства или отказаться от исполнения своего обязательства и потребовать возмещения убытков.

Положения статьи 487 ГК РФ и положения статьи 328 ГК РФ не исключают применения мер договорной ответственности к стороне, которая не произвела обусловленного договором исполнения обязательства.

Как правильно указали суды, ссылаясь на статью 421 ГК РФ, юридические лица свободны в заключении договора. Указание в договоре на право кредитора требовать уплаты неустойки за нарушение должником сроков предварительной оплаты соответствует нормам гражданского законодательства». (*Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 06.09.2011 по делу № А45-299/2011. Также — Постановление ФАС Поволжского округа от 17.11.2011 по делу № А12-2943/2011*)

Хорошо, а как нам прописать оговорку о неустойке? Пример из практики: «Подпункт 1 указанного пункта предусматривает обязанность покупателя уплатить 100% стоимости товара в срок до 15 марта 2011 года, то есть внести предварительную плату.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Ответственность за нарушение этого срока установлена пунктом 5.1 договора: в этом случае поставщик вправе расторгнуть договор и потребовать выплаты ему штрафа в размере 50% от суммы предварительной платы». (*Постановление 15ААС от 01.10.2012 № 15АП-10612/2012 по делу № А32-2596/2012*)

Ну, это лапша быстрого приготовления. Коряво и неуклюже... хотя и кратко. А вот как выглядит оговорка штучной выделки:

«5. Ответственность сторон.

5.1. Законодательством предусмотрено право сторон установить неустойку за нарушение обязательств из Договора. Причем неустойка служит и способом обеспечения исполнения обязательств, и мерой имущественной ответственности за ненадлежащее исполнение. Отсюда:

5.2. Если Новый Кредитор не исполнит обязательство, предусмотренное п. 3.1. Договора (оплатить миллион), Новый Кредитор обязан уплатить Старому Кредитору неустойку в размере полтора миллиона рублей.

5.3. Стороны определили неустойку в таком размере, чтобы Новому Кредитору было выгоднее добросовестно исполнить Договор — и отдать меньше денег, чем не исполнить Договор — и заплатить больше.

5.4. Неустойка в указанном размере выполняет обеспечительную функцию в качестве потенциальной санкции, которая будет возложена на Нового Кредитора в случае неисполнения обязательства.

Если Новый Кредитор поведет себя недобросовестно, т.е. не исполнит обязательство, предусмотренное п. 3.1. Договора, тогда неустойка утратит обеспечительный характер и станет самостоятельной мерой имущественной ответственности.

5.5. Неустойка в указанном размере носит компенсационный характер, соразмерна последствиям нарушения обязательства и адекватна нарушенному интересу Старого Кредитора.

5.6. За просрочку исполнения обязательства уплатить неустойку, предусмотренную данным разделом Договора, Новый Кредитор платит Старому Кредитору проценты за пользование чужими деньгами в размере 0,1 процента за каждый день просрочки».



# [ 16 ]

## **БАНКРОТСТВО ПАРТНЕРА (ОБСТОЯТЕЛЬСТВО ИЗВНЕ, СУДЬБА ПАРТНЕРА-3)**

*А тятенька-то ваш: банкрот-с!*

*Островский А.Н., «Свои люди — сочтемся»*

### **16.1. СКРЫТЫЙ ВРАГ**

Еще Сталин говорил: «Не тот враг опасен, который себя выявляет. Опасен враг скрытый, которого мы не знаем». Испокон веков студенты учат недействительность сделок на курсе общего гражданского права — ГК, глава 9, параграф 2. Мнимые, притворные, кабальные сделки и т.д. И — всё.

Между тем есть еще одна группа недействительных сделок. Которые из ГК не очевидны. Скрытый враг... Лишь очень умный и любознательный студент, штудировав кодекс, учует присутствие вражины. Намек — в статье 174.1 ГК, п.1:

«Сделка, совершенная с нарушением запрета или ограничения распоряжения имуществом, вытекающих из закона, в частности из законодательства о несостоятельности (банкротстве), ничтожна в той части, в какой она предусматривает распоряжение таким имуществом (статья 180)».

Большинство студентов пройдут мимо. Мало кто вникнет. Мало кто полезет в дебри искать, что же там такое вытекает из законодательства о банкротстве... А именно эта тропка ведет в логово зверя.

Вспоминаю свой «поток». Из трех тогдашних специализаций — гражданское право, «уголовка», государствоведы — спец. курс по банкротству был почему-то только у государствоведов.

В современных стандартах профобразования юристов о банкротстве — ни слова. Учить банкротству вуз не обязан. Но. Стандарты допускают: «вариативная (профильная) часть — перечень

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

дисциплин определяется вузом». Т.е. вуз может давать доп. предметы на свое усмотрение — в том числе и банкротство. В серьезных вузах — дают. Таких, увы, с каждым годом все меньше и меньше...

Поэтому не все юристы знают: есть отдельные, специальные основания признания сделки (договора) недействительным. Установлены ФЗ «О банкротстве». Спец. основания — и спец. последствия. ЛЮТЫЕ.

## 16.2. Последствия

Вернемся к недавнему примеру с ООО «Мироздание» и покупкой излучателя. Решение об одобрении договора — 01 августа 2020 (суббота). Допустим, переговоры продолжились. Потом еще недели две согласовывали договор...

Наконец, 20 августа подписали. 21-го Покупатель перечислил аванс. 24-го получил излучатель. Первого октября покупатель окончательно рассчитался с ООО «Мироздание». Договор исполнен.

Всё? Можно спать спокойно? Не тут-то было. После новогодних праздников директору ООО «Покупатель» пришел по почте... «подарочек». Заявление арбитражного управляющего ООО «Мироздание». О признании договора купли-продажи излучателя недействительной сделкой. И — о применении последствий недействительности.

Директор вскрыл конверт. Читает. Оказывается, ООО «Мироздание» 15 сентября 2020 г. подало в арбитраж Авалонской области заявление о признании себя банкротом.

Оказывается, управляющий считает: 1) «спорная сделка совершена в течение месяца до принятия заявления о признании должника»; и 2) «в результате совершения спорной сделки отдельному кредитору — ООО «Покупатель» — оказано большее предпочтение в отношении удовлетворения требований, существовавших до совершения оспариваемой сделки (сделка с предпочтением)».

Вариант — с таким же заявлением может выйти и другой кредитор, «если размер кредиторской задолженности перед ним, включенной в реестр требований кредиторов, составляет более десяти процентов общего размера кредиторской задолженности, вклю-

ченной в реестр требований кредиторов» (Закон о банкротстве, ст. 61.9, п. 2).

Если суд удовлетворит заявление, последствия:

«1. Все, что было передано должником или иным лицом за счет должника или в счет исполнения обязательств перед должником, а также изъято у должника по сделке, признанной недействительной в соответствии с настоящей главой, подлежит возврату в конкурсную массу.

В случае невозможности возврата имущества в конкурсную массу в натуре приобретатель должен возместить действительную стоимость этого имущества на момент его приобретения, а также убытки, вызванные последующим изменением стоимости имущества, в соответствии с положениями ГК РФ.

2. Кредиторы и иные лица, которым передано имущество или перед которыми должник исполнял обязательства или обязанности по сделке, признанной недействительной на основании пункта 2 статьи 61.2 и пункта 3 статьи 61.3 настоящего закона, в случае возврата в конкурсную массу полученного по недействительной сделке имущества приобретают право требования к должнику, которое подлежит удовлетворению в порядке, предусмотренном законодательством РФ о несостоятельности (банкротстве), после удовлетворения требований кредиторов третьей очереди, включенных в реестр требований кредиторов». (Закон о банкротстве, ст. 61.6)

В переводе на русский: ООО «Покупатель» обязан вернуть излучатель (полученное по недействительной сделке имущество). Иначе: «должен возместить действительную стоимость этого имущества». То есть суд взыщет с Покупателя 2 000 000 руб.

В обоих случаях деньги к Покупателю не вернутся. Вместо денег у Покупателя возникнет лишь призрачное право требовать возврата денег с ООО «Мироздание» — наравне с ордой других кредиторов.

Что будет дальше. Допустим, ООО «Мироздание» должно восьми кредиторам. Каждому — по миллиону. Итого 8 000 000 долга. Допустим, ООО «Покупатель» исполнило судебный акт и вернуло излучатель.

У ООО «Покупатель» возникло право требовать 2 000 000 с ООО «Мироздание», а у ООО «Мироздание» возник долг 2 000 000

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

перед Покупателем. Таким образом, общий долг ООО «Мироздание» увеличился с 8 млн до 10, а кредиторов стало девять.

Как обычно в банкротстве, долги — есть, имущества — нет. Или совсем нет, или — жалкие крохи. На всех кредиторов не хватит. Допустим, арбитражный управляющий героически оспаривал все прошлые сделки должника. И таки вернул 3 000 000 млн.

Как «распилим»? Закон велит: «при недостаточности денежных средств должника для удовлетворения требований кредиторов одной очереди денежные средства распределяются между кредиторами соответствующей очереди пропорционально суммам их требований, включенных в реестр требований кредиторов» (Закон о банкротстве, ст. 142, п. 3).

Грубо говоря, в нашем случае средний кредитор получит где-то 11% от 3 000 000 млн. Ну, ООО «Покупатель» чуть больше — т.к. долг не миллион, как у прочих, а два. Но даже если бы ООО «Покупатель» получило 20% от этой суммы (600 000 руб.), то... математика все равно получается плачевная. Отдали 2 000 000, вернули — 600 000. Убыток — 1 400 000 руб. Вот тебе и бизнес по-русски...

Думаю, теперь вы яснее понимаете, почему крайне опасно вести дела с подранком — фирма еще не банкрот, но может уйти на банкротство. Тем более — сейчас. На дворе очередной кризис. Народ идет на банкротство рядами и колоннами... И увы, тянут за собой нас с вами — добросовестных предпринимателей.

Если желаете в цифрах, то: «Количество российских компаний, которые признаются банкротами, устойчиво увеличивается все последние месяцы, в 2014 году оно выросло по сравнению с предыдущим годом почти на 20% — до 14 тыс. 514, свидетельствуют данные Единого федерального реестра сведений о банкротстве». (Интерфакс, источник: <http://www.interfax.ru/business/424994>)

А в отдельных отраслях еще «веселее»: «В течение 2015 года в России отмечен рост числа банкротств компаний строительной отрасли, к декабрю их количество особенно выросло.

За четвертый квартал прошлого года число компаний-банкротов превысило значение аналогичного периода 2014 года в 2,9 раза, говорится в исследовании Рейтингового агентства строительно-

го комплекса (РАСК). По состоянию на 31 декабря 2015 года компаний, находящихся в состоянии банкротства, в базе РАСКа насчитывалось 3922, из них за прошлый год к данной категории было отнесено 2823» (источник — РБК, <http://realty.rbc.ru/articles/18/01/2016/562949999227106.shtml>).

Потому задумаемся. Как снизить риск оспаривания договора из банкротства? Что можно сделать «на берегу»?

## 16.3. ЗНАЙ СВОЕГО ВРАГА

Закон о банкротстве — Глава III.1. оспаривание сделок должника, ст. 61.1–61.9 — предусматривает четыре вида сделок, которые можно оспаривать из банкротства. Для наглядности:

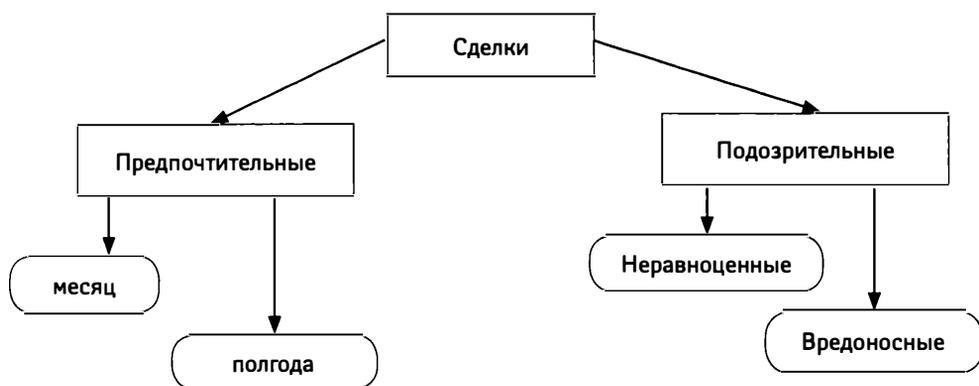


Схема 8. Сделки банкрота

## 16.4. ПРЕДПОЧТИТЕЛЬНАЯ СДЕЛКА

Описана в ст. 61.3 Закона о банкротстве так:

«1. Сделка, совершенная должником в отношении отдельно кредитора или иного лица, может быть признана арбитражным судом недействительной, если такая сделка влечет или может повлечь за собой оказание предпочтения одному из кредиторов перед другими кредиторами в отношении удовлетворения требований, в частности при наличии одного из следующих условий (перечень НЕ исчерпывающий!):

### **РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ**

- сделка направлена на обеспечение исполнения обязательства должника или третьего лица перед отдельным кредитором, возникшего до совершения оспариваемой сделки;
- сделка привела или может привести к изменению очередности удовлетворения требований кредитора по обязательствам, возникшим до совершения оспариваемой сделки;
- сделка привела или может привести к удовлетворению требований, срок исполнения которых к моменту совершения сделки не наступил, одних кредиторов при наличии не исполненных в установленный срок обязательств перед другими кредиторами;
- сделка привела к тому, что отдельному кредитору оказано или может быть оказано большее предпочтение в отношении удовлетворения требований, существовавших до совершения оспариваемой сделки, чем было бы оказано в случае расчетов с кредиторами в порядке очередности в соответствии с законодательством РФ о несостоятельности (банкротстве).

2. Сделка, указанная в пункте 1 настоящей статьи, может быть признана арбитражным судом недействительной, если она совершена после принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом или в течение одного месяца до принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом.

3. Сделка, указанная в пункте 1 настоящей статьи и совершенная должником в течение шести месяцев до принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом,

- может быть признана арбитражным судом недействительной, если в наличии имеются условия, предусмотренные абзацами вторым и третьим пункта 1 настоящей статьи,
- или если установлено, что кредитору или иному лицу, в отношении которого совершена такая сделка, было известно о признаке неплатежеспособности или недостаточности имущества либо об обстоятельствах, которые позволяют сделать вывод о признаке неплатежеспособности или недостаточности имущества.

Предполагается, что заинтересованное лицо знало о признаке неплатежеспособности или недостаточности имущества, если не доказано обратное».

Разбираем по косточкам. «Если она совершена (т.е. если ваш договор заключен) после принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом» — легко избежать. Принято заявление о банкротстве или нет, проверяем по сайту арбитража. И если что — «включаем заднюю» на переговорах.

Но вот «сделка совершена в пределах месяца до принятия судом заявления о банкротстве»... Как отследить?! Сегодня мы подписали договор. А через неделю партнер побежал подавать на банкротство. Как предвидеть?! Телепатов на работу брать?!

Обычно спасает вдумчивая и глубокая проверка партнера. Обычно, но не всегда... И если влетели — товлетели. Как видим из закона, есть два подвида предпочтительных сделок.

Первый: «сделка совершена в пределах месяца до принятия судом заявления о банкротстве». Тихий ужас. Второй: сделка в пределах полугода до принятия судом заявления о банкротстве. Тут лучше.

### 16.4.1. ПРЕДПОЧТИТЕЛЬНАЯ СДЕЛКА. МЕСЯЦ

Почему «тихий ужас». Для признания такой сделки недействительной «достаточно обстоятельств, указанных в пункте 1 статьи 61.3, в связи с чем наличия иных обстоятельств, предусмотренных пунктом 3 данной статьи (в частности, недобросовестности контрагента), не требуется».

Если короче: **добросовестность не спасает!!!** Будь вы хоть трижды добросовестным приобретателем, т.е. вы не знали о предбанкротном состоянии партнера, если спорщик (управляющий или другой кредитор) докажет, что:

А) ваш договор «влечет или может повлечь за собой оказание предпочтения»; и

Б) договор заключен в пределах месяца до подачи заявления о банкротстве, то — ВСЁ. Приплыли. Море кончилось.

Скорей всего, будет, как в примере с ООО «Мироздание». Договор признан недействительным. Имущество ушло на растерзание своре голодных кредиторов. А вам остались рожки да ножки...  
Практика:

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

«Доводы апелляционной жалобы о необходимости учета добросовестности контрагента (Банка) при приеме платежей, учитывая его неинформированность о неплатежеспособности должника, отклоняются. <...> **результат рассмотрения заявленного требования зависит от факта совершения сделки с предпочтением — в данном случае этот факт установлен**». (Постановление БААС от 22.09.2011 № 06АП-3150/2011 по делу № А37-73/2010. Такая же позиция: Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 22.02.2013 по делу № А43-24096/2010, Постановление ФАС Центрального округа от 14.08.2012 по делу № А08-931/2010-18Б и т.д.)

Практика идет по пути: **сделка с подранком в пределах месяца до банкротства = будет признана недействительной с вероятностью 90%**. От сей напасти закон дает всего два средства защиты. И оба — шаткие. Первый: маленькая, обычная хозяйственная сделка. Второй: РВИ, и тотчас исполняй.

#### 16.4.2. Маленькая, обычная хозяйственная сделка

Закон говорит:

«Сделки по передаче имущества и принятию обязательств или обязанностей, совершаемые в обычной хозяйственной деятельности, осуществляемой должником, не могут быть оспорены на основании пункта 1 статьи 61.2 и статьи 61.3 настоящего Федерального закона, если цена имущества, передаваемого по одной или нескольким взаимосвязанным сделкам, или размер принятых обязательств или обязанностей не превышает один процент стоимости активов должника, определяемой на основании бухгалтерской отчетности должника за последний отчетный период» (ст. 61.4 Закона о банкротстве, п. 2).

«Вышка» разъясняет:

«При определении того, была ли сделка совершена в процессе обычной хозяйственной деятельности должника, следует учитывать, что таковой является сделка, не отличающаяся существенно по своим основным условиям от аналогичных сделок, неоднократно совершавшихся до этого должником в течение продолжительного периода времени.

К таким сделкам, в частности, с учетом всех обстоятельств дела могут быть отнесены платежи по делящимся обязательствам (возврат очередной части кредита в соответствии с графиком, уплата ежемесячной арендной платы, выплата заработной платы, оплата коммунальных услуг, платежи за услуги сотовой связи и интернет, уплата налогов и т.п.)».

В переводе на русский: если вы докажете в суде, что ваш договор совершен в ходе «обычной хозяйственной деятельности» партнера, а ваш противник (управляющий или другой кредитор) не докажет, что цена договора превышает 1% от стоимости активов партнера, — договор УСТОИТ.

Для начала: что такое «обычная хозяйственная деятельность»? В законе не прописано. Из практики, сюда относятся два вида договоров: 1) «внутренняя кухня» и 2) основная деятельность. С первым понятно — выплата заработной платы, оплата коммунальных услуг, платежи за услуги сотовой связи и интернет — и т.д., есть на любой фирме.

Второй вид для каждой фирмы свой. К примеру, если ООО «Мироздание» выпускает излучатели, то договор на закупку материалов — микросхемы, металл, пластик, линзы, кристаллы Эрикса и т.д. — будет для этой фирмы обычной хоз. сделкой.

Если ООО «Комус» ничего не производит, а тупо покупает и перепродает бумагу и канцтовары, то такие договора тоже будут для этой фирмы обычной хоз. сделкой.

ООО «Феникс» не перепродает и не покупает, но бухгалтерия завалена договорами с авторами «о передаче прав на издание книг». В том числе и этой. Соответственно, для «Феникса» обычной хозсделкой будет договор с автором.

Далее, «если вы докажете в суде, что ваш договор совершен в ходе «обычной хозяйственной деятельности» партнера». Интересное кино?! А почему это мы должны доказывать? Мы, люди со стороны? Не посвященные во внутренние дела и коммерческие тайны партнера? Откуда нам знать о хозяйственности партнера?!

«Вышка» молчит. В доктрине объясняют так: вам больше интересно сохранить договор, вы и суетитесь. Ну, не знаю, не знаю... Ладно, примем как данность: доказывать нам. Чем?

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Если где-то в недрах договора вы оброните фразу: «договор заключен в процессе обычной хозяйственной деятельности сторон»... да-да. Вы создали себе хоть какое-то доказательство.

Я бы еще прописал эту «страховку» и в других «околодоговорных» документах — протокол переговоров, проект решения об одобрении сделки, переписка и т.д., куда сможете дотянуться.

Оборотная сторона — защита «у нас маленькая хоз. сделка», как правило, работает по маленьким суммам. Да, из-за «потолка» в 1% от стоимости активов. Бывают, конечно, редкие курьезы. Допустим, банкрот уничтожил документы. Управляющий не смог доказать, превышает цена вашего договора 1% или нет. Или — на банкротство ушел кто-то очень крупный. Для кого и договор на шестизначную сумму — мелкая сделка.

#### 16.4.3. РВИ, и тотчас исполняй

Защита через ст. 61.4, п. 3 Закона о банкротстве. Там: «Сделки должника, направленные на исполнение обязательств, по которым должник получил равноценное встречное исполнение («РВИ») обязательств непосредственно после заключения договора, могут быть оспорены только на основании пункта 2 статьи 61.2 Закона (подозрительная сделка)».

В переводе на русский: если вы заключили договор за месяц до ухода должника на банкротство (подача заявления), но тотчас исполнили — в день подписания договора, договор нельзя признать недействительным как предпочтительную сделку. Только как подозрительную. Что, как вы скоро убедитесь, в разы сложнее.

«Тотчас исполнили» = «непосредственно после заключения договора» = в тот же день. В законе не расписано, но суды очень быстро разобрались с «непосредственно после»:

«...необходимо, чтобы исполнение встречного обязательства было одномоментным, следовало непосредственно после заключения договора с учетом отсутствия временного периода между совершением сделки и получением должником встречного исполнения».

В переводе на русский: **обе стороны должны исполнить договор в день подписания.**

В примере с излучателем, участники одобрили договор на условиях: «50% цены (аванс) — в течение двадцати рабочих дней после подписания договора купли-продажи, оставшиеся 50% — в течение трех месяцев со дня передачи Излучателя покупателю, срок поставки — десять рабочих дней со дня получения аванса».

Могли договориться иначе? Покупатель платит сразу все в день договора, Продавец тут же передает излучатель? Конечно. Вот тогда бы Покупатель мог защищаться в банкротстве через «РВИ, и тотчас исполняй».

Если бы кто-то пошел оспаривать сделку, Покупатель бы доказал заключение договора — датой в самом договоре, оплату — датой в платежке, дату получения излучателя — датой в акте сдачи-приемки (накладной, ином похожем документе).

Осталось доказать лишь, что 2 000 000 — равноценное встречное удовлетворение, нормальная цена излучателя. Чем доказываем? Ба, знакомые все лица: 1) решение об одобрении крупной сделки — недаром там сказано о средней рыночной цене, 2) заключение РДЦ, 3) заключение оценщика, 4) можно еще что-нибудь притащить. И скорей всего, Покупатель отобьется.

Как вишенка на торт — схема из практики. Если не можем или не хотим платить за товар сразу, но хочется тотчас исполнить договор, тогда. Платим 50% «живыми» деньгами. А на остальные 50% тот же день даем продавцу вексель.

Свой. Выписанный на Продавца. Если хотим отсрочку, договариваемся с Продавцом. Ставим срок оплаты векселя, скажем, «через три месяца со дня выдачи». А дата выдачи векселя = дата договора.

В чем тут дзен. Передача векселя = оплата = как если бы мы передали деньги. Договор с точки зрения права будет исполнен тотчас. Хотя на самом деле платить мы будем позже. Через три месяца. Но уже не по договору, а по векселю.

Пример работы схемы на практике:

«В соответствии с актом приема-передачи векселей от 12.10.2011 к договору купли-продажи от 12.10.2011 банковский вексель общества «МДМ-Банк» № 0091901 номиналом в 9 000 000 руб. был передан Рызвановым И.Р. обществу «Фами-ЛТД» в качестве оплаты за выкупленные объекты недвижимого имущества (т. 3, л. д. 54).

### **РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ**

<...> Учитывая, что ответчиком доказан факт оплаты объектов недвижимости по договору купли-продажи от 12.10.2011, цена оспариваемой сделки от 12.10.2011 несущественно отличается от рыночной цены, установленной заключением эксперта от 23.06.2014 № 1071-ОЦ/14, арбитражный суд апелляционной инстанции приходит к выводу о том, что основания для удовлетворения заявления конкурсного управляющего отсутствуют.

Поскольку вывод арбитражного суда первой инстанции об отсутствии оплаты по договору и неравноценности встречного исполнения не соответствует обстоятельствам дела, оспоренное определение арбитражного суда подлежит отмене». (Постановление 18ААС от 03.03.2015 № 18АП-14566/2014 по делу № А47-13927/2012)

И напоследок. Заключили и исполнили договор в тот же день — ВЕРНЯК. Но в практике были случаи, когда между заключением и исполнением проходило:

- *три дня* — Постановление Арбитражного суда Московского округа от 18 сентября 2014 г. № Ф05-13686/2012 по делу № А40-3017/2012;
- *четыре дня* — Постановление ФАС Московского округа от 8 апреля 2014 г. № Ф05-4475/2013 по делу № А40-74090/2012;
- *месяц с гаком* — Постановление ФАС Поволжского округа от 10 апреля 2014 г. по делу № А72-6616/2012.

Лучше, конечно, исполнить день в день. Чем больше срок между заключением и исполнением — тем больше вероятность, что ваша защита ЛЯЖЕТ.

#### **16.4.4. ПРЕДПОЧТИТЕЛЬНАЯ СДЕЛКА. ПОЛГОДА**

Тоже «влечет или может повлечь за собой оказание предпочтения одному из кредиторов перед другими кредиторами» и совершена:

- 1) более чем за месяц до дня принятия судом заявления о признании должника банкротом;
- 2) но в пределах шести месяцев до дня принятия этого заявления.

Два безусловных основания, от которых добросовестность все также не спасает:

1) сделка направлена на обеспечение исполнения обязательства должника или третьего лица перед отдельным кредитором, возникшего до совершения оспариваемой сделки;

2) сделка привела или может привести к изменению очередности удовлетворения требований кредитора по обязательствам, возникшим до совершения оспариваемой сделки.

Но от всего остального — открытый перечень из ст. 61.3, размытое «если такая сделка влечет или может повлечь за собой оказание предпочтения одному из кредиторов перед другими кредиторами» — добросовестность теперь уже спасает.

Пример из практики:

«Как видно из материалов дела, оспариваемые сделки от 05.12.2011 совершены менее чем за шесть месяцев до возбуждения дела о банкротстве должника (01.02.2012) и направлены на погашение требований общества «Строй-Партнер» по договору займа от 14.11.2011, в связи с чем могут быть оспорены по основаниям, предусмотренным п. 3 ст. 61.3 Закона о банкротстве.

На момент совершения оспариваемых сделок у должника имелась задолженность перед другими кредиторами, в частности перед обществом «Ферзь», что подтверждено определением суда от 22.03.2012.

Погашение задолженности одному кредитору — обществу «Строй-Партнер» при наличии иных кредиторов, включенных в третью очередь реестра требований кредиторов должника, свидетельствует о предпочтительном удовлетворении требования одного кредитора перед другими кредиторами должника.

Вместе с тем в силу норм п. 3 ст. 61.3 Закона о банкротстве **одного лишь факта оказания предпочтения кредитору недостаточно для признания сделки недействительной.**

<...> По смыслу п. 3 ст. 61 Закона о банкротстве с учетом положений п. 12 постановления Пленума ВАС РФ от 23.12.2010 № 63 «О некоторых вопросах, связанных с применением главы III. Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» условие об осведомленности является необходимым элементом для признания

### **РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ**

сделок недействительными, при этом бремя доказывания недобросовестности контрагента должника лежит в силу ст. 65 АПК РФ на конкурсном управляющем, за исключением случаев совершения должником сделки с заинтересованным лицом.

Конкурсным управляющим каких-либо доказательств, опровергающих доводы общества «Строй-Партнер» об отсутствии у него сведений о неплатежеспособности должника, в материалы дела не представлено.

При таких обстоятельствах суд первой инстанции правомерно отказал в удовлетворении заявления конкурсного управляющего, исходя из того, что конкурсным управляющим не доказана осведомленность общества «Строй-Партнер» на момент совершения оспариваемых сделок о наличии у должника признаков неплатежеспособности или недостаточности имущества». (*Постановление ФАС Уральского округа от 18.12.2013 № Ф09-8991/13 по делу № А60-944/2012. Такая же позиция — в Постановлении Президиума ВАС РФ от 23.04.2013 № 18245/12 по делу № А47-4285/2011, ФАС Московского округа от 24.04.2013 по делу № А40-110387/12-4-358*).

Кроме того, вы вправе отстаивать такую сделку и с помощью двух спец. средств — «маленькая, обычная хозяйственная сделка» и «РВИ, и тотчас исполняй».

## **16.5. ПОДОЗРИТЕЛЬНЫЕ СДЕЛКИ. НЕРАВНОЦЕННАЯ**

Определение — в ст. 61.2 Закона о банкротстве, п. 1. Как всегда, долгое и пространное. Можно сказать короче: «...лицу, требующему признания сделки недействительной, необходимо доказать, а суд должен установить следующие обстоятельства:

1) сделка заключена в течение года до принятия заявления о признании банкротом или после принятия указанного заявления (данный срок является периодом подозрения, который устанавливается с целью обеспечения стабильности гражданского оборота);

2) неравноценное встречное исполнение обязательств». (*Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 07.04.2016 № Ф01-728/2016 по делу № А11-1868/2014, нумерация моя*)

Еще важно: «для признания сделки недействительной на основании указанной нормы не требуется, чтобы она уже была исполнена обеими или одной из сторон сделки, поэтому неравноценность встречного исполнения обязательств может устанавливаться исходя из условий сделки».

Как видим, тут на первый план выходит не добросовестность, а равноценность. Ограничусь одним примером:

«Как следует из материалов дела, 28.03.2013 между обществом «Авгит» (продавец) и обществом «Рассвет» (покупатель) заключен договор купли-продажи трактора ДТ-75, 1992 года выпуска, цвет желтый, двигатель № 80944, марка двигателя А41, паспорт транспортного средства ВА № 762545.904.03.

Согласно п. 1.2 договора продавец гарантирует покупателю, что трактор исправен, отвечает предъявляемым требованиям. Стоимость трактора стороны определили в 40 000 руб. (п. 2.1 договора).

Покупатель произвел оплату в полном объеме до подписания договора купли-продажи платежным поручением № 6 от 15.02.2013. Трактор передан покупателю по акту приема-передачи от 21.03.2013 № 00000002.

Ссылаясь на то, что спорное имущество отчуждено ответчику по цене, существенно ниже рыночной, конкурсный управляющий обратился в суд с заявлением о признании сделки недействительной и применении последствий недействительности сделки.

Удовлетворяя заявление конкурсного управляющего в полном объеме, суды исходили из того, что оспариваемый договор заключен в течение одного года до принятия судом заявления о признании должника несостоятельным (банкротом), спорное имущество реализовано должником ответчику по цене, существенно отличающейся в худшую для должника сторону от рыночной стоимости, в силу чего договор купли-продажи транспортного средства от 28.03.2013 является недействительным на основании п. 1 ст. 61.2 Закона о банкротстве». (*Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 24.03.2016 № Ф09-1407/16 по делу № А76-23307/2013*)

Соответственно, если вы купили имущество по честной рыночной цене и создали стандартный набор доказательств — заключение

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

РДЦ, заключение оценщика, оговорки в договоре о рыночной цене — спим спокойно. Договор, скорей всего, устоит.

## 16.6. ПОДОЗРИТЕЛЬНЫЕ СДЕЛКИ. ВРЕДОНОСНАЯ

Определение — в ст. 61.2 Закона о банкротстве, п. 2. Суть: «сделка, совершенная должником в целях причинения вреда имущественным правам кредиторов» и «совершена в течение трех лет до принятия заявления о признании должника банкротом или после принятия указанного заявления».

«Необходимо, чтобы оспаривающее сделку лицо доказало наличие совокупности всех следующих обстоятельств:

а) сделка была совершена с целью причинить вред имущественным правам кредиторов;

б) в результате совершения сделки был причинен вред имущественным правам кредиторов;

в) другая сторона сделки знала или должна была знать об указанной цели должника к моменту совершения сделки (*опять презумпция добросовестности, которую должен опровергнуть ваш противник*).

В случае недоказанности хотя бы одного из этих обстоятельств суд отказывает в признании сделки недействительной по данному основанию». (*Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 20.08.2015 № Ф10-3465/2013 по делу № А35-10612/2012, курсив — мой*).

Цель причинения вреда предполагается, если на день заключения договора ваш партнер отвечал признаку неплатежеспособности... стоп. Хватит. Я, в конце концов, не учебник по банкротству пишу.

Посему так: признать ваш договор недействительным как вредоносную сделку можно, только если есть явная... червоточина. Гниль. На языке юристов — «недобросовестность». Если вы честно купили имущество по рыночной цене, страховались РДЦ/оценкой/договором/решением участников — ваш договор устоит с вероятностью 90%.

Примеры... червоточин:

1) «Участники спорной сделки — должник, кредитор — ООО «Ваша Марка» и дебитор — ООО «Парк островов» представляют интересы одной финансовой группы лиц. Таким образом, стороны договора цессии, зная о финансовом состоянии предприятия-должника, приняли решение, в результате которого у последнего возник долг перед аффилированным лицом в сумме 200 млн рублей». (*Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 28.04.2016 № Ф08-3120/2016 по делу № А32-31777/2013*)

2) «Как видно из материалов дела, должник (займодавец) и общество (заемщик) заключили договор займа от 09.12.2013 № 1209/1, по условиям которого займодавец обязался предоставить процентный заем в сумме 550 тыс. рублей, а заемщик — возвратить указанную сумму займа в течение 10 дней с момента предъявления займодатцем требования о возврате займа.

<...> Кроме того, суды установили, что спорный договор займа подписан взаимозависимыми лицами: от имени займодавца и заемщика выступало одно лицо — Анищенко Игорь Александрович, который являлся одновременно директором общества и руководителем филиала должника в г. Таганроге.

Таким образом, лицо, заключившее и исполнившее сделку, знало о неплатежеспособности должника и о наличии у него неисполненных обязательств перед кредиторами». (*Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 17.03.2016 № Ф08-537/2016 по делу № А53-3122/2013*)

3) «Автомобиль передан Филимоновой А.Н., которая являлась бухгалтером должника и знала о его финансовом состоянии. Должник приобрел автомобиль в 2012 году за 5 800 тыс. рублей, а менее чем через год после его приобретения продал автомобиль Филимоновой А.Н. за 935 тыс. рублей, то есть в шесть раз ниже цены приобретения; при этом доказательства, свидетельствующие о том, что стоимость автомобиля в результате его эксплуатации в течение года уменьшилась в шесть раз, в материалах дела отсутствуют.

...При таких обстоятельствах вывод суда апелляционной инстанции о том, что спорная сделка привела к уменьшению конкурсной массы и причинила вред имущественным правам кредиторов, сделан с правильным применением норм материального права и соот-

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

ветствует материалам дела». (*Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 04.04.2016 № Ф08-1490/2016 по делу № А53-14902/2014*)

## 16.7. СЕРАЯ МАГИЯ

Включаем системное мышление. Заметили? Во всех сделках банкрота огромную роль играет... ВРЕМЯ. Куда попадет сделка — подозрительная, предпочтительная — зависит от того, КОГДА заключен договор. Месяц. Полгода. Год. Три года.

Соответственно, чем раньше заключен договор, тем сложнее оспорить.

Скажем, если бы ООО «Мироздание» заключило договор сразу же после решения об одобрении крупной сделки — договор бы попал в категорию «Предпочтительная сделка. Полгода». Уже сложнее обжаловать.

А если заключить договор...

Вы поняли. Да. Силен искус... Подкрутить часики. Ох, как силен... Тем более что в старой практике «подкрутки» иногда проходили. К примеру: «по результатам проведенной судебной оценочной комиссионной экспертизы рыночная стоимость переданного имущества составляет 1 400 000 рублей при цене договора 790 000 рублей».

Кроме того, в качестве оплаты по сделке представлено соглашение о зачете взаимных требований, не отраженное в документах бухгалтерского учета должника и являющееся, по мнению Мордашова М.А., ничтожным — как оформленное «задним» числом.

<...> Проверив обоснованность доводов кассационной жалобы и отзыва на нее, суд округа не нашел правовых оснований для отмены обжалованных судебных актов». (*Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 27.11.2015 № Ф01-4793/2015 по делу № А31-6726/2011*. Нечто подобное было и в *Постановлении ФАС Поволжского округа от 07.05.2013 по делу № А57-24586/2009*).

Если у вас есть возможность ЧЕСТНО ускорить переговоры и быстро подписать договор — пожалуйста. **НЕ ПРЕСТУПАЙТЕ ГРАНЬ!** Не делайте договор задним числом. Ничем хорошим не кончится. Иначе: «...суд первой инстанции пришел к обоснованному

выводу о том, что по существу сторонами осуществлен зачет взаимных обязательств, при этом верно учтено, что заключение договора «задним» числом означает то, что стороны осознавали, что в результате совершения зачета в отношении долга кредитора должника (ООО «МонтажЭлектроСервис») осуществляется преимущественное удовлетворение его требований по отношению к иным кредиторам.

Сторонами избрана фиктивная дата, не просто предшествующая возбуждению дела о банкротстве, а превышающая 1 месяц до возбуждения дела, что исключает оспаривание сделки по пункту 2 статьи 61.3 Закона о банкротстве, предусматривающему упрощенный по сравнению с пунктом 3 статьи 61.3 Закона о банкротстве состав.

С учетом изложенного, суд апелляционной инстанции пришел к выводу о том, что стороны не только осознавали факт преимущественного удовлетворения требований общества с ограниченной ответственностью «МонтажЭлектроСервис», но и создали ситуацию, при которой оспаривание сделки существенно затруднено». (*Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 01.04.2016 по делу № А33-19417/2014к88*)

Другой поучительный пример почитайте сами. Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 14.04.2016 № 15АП-3943/2016 по делу № А32-19671/2013.

Еще одна серая схема: покупка имущества на «зомби». Помните, я говорил, что у нас «зомбями» пользуются и добросовестные партнеры? Вот для чего. Добросовестные создают ООО «Покупатель» — давайте на том же примере. Покупают оборудование у ООО «Мироздание». Выводят. И — бегом на ликвидацию. Фирма чистая. Кредиторов у ООО «Покупатель» нет. Ликвидация проходит тихо и спокойно. Когда ООО «Мироздание» уйдет на банкротство, «зомби» (ООО «Покупатель») давно на кладбище, а оборудование — неизвестно где. Привет управляющему!

## **16.8. ЧЕРНАЯ МАГИЯ**

В третьей части я писал и повторяю еще раз: **ОСТЕРЕГАЙТЕСЬ ЧЕРНЫХ СХЕМ И ДЕЛ!** Не стал бы писать эту главу... Но поскольку вы можете влететь в эту черноту на практике, рассказываю.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Классика: имущество списывают с баланса как утраченное, съеденное крысами, уничтоженное, погибшее и т.д. А на самом деле продают на сторону. И этой стороной вполне можете оказаться... вы.

Поэтому если продавец на переговорах предлагает нарушить закон и заплатить пару миллионов наличными, или предлагает получить товар у него, а заплатить — третьему лицу, или рассчитаться иным сомнительным способом — насторожитесь.

Также классика — «надуть» цену. Допустим, излучатель по договору стоит два миллиона. Рыночная цена на дату покупки — два миллиона. Ну, вы за два и купили, все честь по чести.

А подлый продавец, готовясь к банкротству, нарисовал документы, что этот излучатель уникальный, чуть ли не золотом и платиной покрыт, с вкраплением бриллиантов, последний писк науки, плод десяти лет разработки — словом, всячески набивает цену. Если у вас нет страховки — заключение РДЦ, заключение оценщика, решение об одобрении — вылет на неравноценное встречное удовлетворение. Хана договору.

Думаете, окаяньствуют только продавцы? Нет. В эту игру тоже можно играть вдвоем. Покупатели тоже не всегда чистоплотны. Верная, хотя и черная, схема НАГЛУХО прикрыть себя от оспаривания договора из банкротства — договор с призраком.

Да, вы правильно поняли. Покупатель, якобы представитель юрлица, подписал договор. Заплатил через кассу пару миллионов — цену товара. Забрал товар. И — исчез.

Удивлены? Зря. Правовая грамотность наших доморощенных купцов до сих пор... оставляет желать лучшего. Да купцам право и не надо. Им прибыль подавай. Желательно 300% и выше. «А в тонкости пуццай вникают холопы, за то и кормлю... дармоедов».

Холопы, сиречь рядовые исполнители — ага, особенно «менеджеры» — знанием права тоже не блещут. До сих пор встречаются перлы типа: «о существовании налога на добавленную стоимость я узнала из акта налоговой проверки» (из объяснительной бухгалтера в налоговую). Что уж говорить о запрете на расчеты «наликом» свыше 100 000 руб.! Сие потаенное знание бездн ведомо лишь узкому кругу посвященных.

Поэтому расчет налог на крупную сумму возможен. Если продавец не проверил покупателя... Или проверил, но закрыл глаза «а! это вы так боитесь! во дают!» — все. Управляющий потом долго будет удивляться. Почему покупателя нет в ЕГРЮЛ? Куда делось имущество? К кому подавать иск об оспаривании? Ан не к кому...

## **16.9. УЖАСЫ ГЯДУЩЕГО**

Раньше под топор оспаривания договоров из банкротства попадали только «юрики» и предприниматели. Теперь... «Жить стало лучше, жить стало веселей». Теперь в группе риска ВСЕ.

Почему? Вступила в силу глава X Закона о банкротстве. Называется «Банкротство гражданина». И договор гражданина, заключенный в преддверии банкротства, можно будет оспаривать по тем же основаниям — предпочтительные/подозрительные. Есть кое-какие особенности — см. ст. 213.32 Закона, но в целом все также.

Поэтому если покупаете что-то крупное для себя, будьте осторожны.



# [ 17 ]

## УКРАЛИ ИНФОРМАЦИЮ (РИСК 3)

*Глаза и уши, охочие до чужих секретов,  
всегда найдутся.*

*Леонардо да Винчи*

*Познай, где свет, — поймешь, где тьма.*

*Александр Блок*

### 17.1. «Уж сколько их упало в эту бездну...»

Грустная и поучительная история из жизни «физиков»:

«Жил-был один молодой человек. Назовем его Вася. Про школьную и институтскую жизнь его мне ничего неизвестно, знаю только, что есть у него МВА. Причем получал он его не только для карьеры, но и для себя — чтобы знания в голове структурировать и вообще получше во многих процессах разобраться.

И вот пришла ему в голову идея. И не просто идейка какая-нибудь завалящая, а прям вот ИДЕЯ-ИДЕЯ.

Наученный на своем МВА написанию технико-экономических обоснований и прочих бизнес-планов, надумал Вася тоже все это описать и пойти к кому-нибудь с рацпредложением.

Сказано — сделано: идея проработана, все посчитано, оказалось, что идея не только реализуема, но еще и очень прибыльна. Хоть так крути, хоть эдак — деньги текут рекой.

Пошел тогда Вася к одному человеку, который мог помочь воплотить эту идею. И не только деньгами, но еще и административным ресурсом. Связями, репутацией, общественным весом.

— Отличная идея, — сказал общественный деятель. — Только мне вот здесь непонятно — а как производство будет устроено? Допиши и через месяц приноси — посмотрим.

Вася в поте лица весь месяц писал и считал производство, через месяц с пачкой бумаг пришел на встречу.

— Молодец, хорошо все посчитал, — восхитился общественный деятель. — Мне теперь надо подумать, как все это лучше сделать. Сам понимаешь — проект интересный, рассказывать про него никому нельзя. Тут хитрость нужна.

Через месяц Вася позвонил деятелю и услышал, что все в работе, все движется, но пока ничего конкретного сказать не могут. Пусть Вася позвонит через месяц, и вот тогда уже точно что-то будет известно.

А через месяц Вася в интернете прочитал, что некий общественный деятель придумал проект один, очень клевый проект. Причем никто даже и не ожидал от него, что он способен такой проект придумать, но вот бывают же в жизни совпадения.

И самое странное, что проект этот слово в слово копировал Васину концепцию, был рассчитан на ту же целевую аудиторию и идея оказалась очень востребованной.

Как вы догадываетесь — Васе так никто и не перезвонил...»<sup>1</sup>

Теперь — из жизни «юриков». В некоем провинциальном городе некая фирма — пусть будет ООО «Глубоководные» — задумала построить аквапарк. К делу подошли серьезно. Экономисты и бухгалтерия считали возможную прибыль, срок окупаемости, сезонность.

Тем временем юристы анализировали риски, вникали в дебри градостроительного права, бегали советоваться в архитектуру и администрацию, составляли необходимый пакет разрешительных документов на строительство и т.д. Техотдел и менеджеры искали в сети нужное оборудование — насосы, аттракционы.

В итоге разработали подробнейший бизнес-план, простой и понятный. Под который банк легко согласился дать кредит. Стали исполнять. Первый шаг — покупка участка под стройку.

Нашли подходящий участок. Собственник — крупный застройщик. В смутные девяностые крепко дружил с тогдашним мэром. Поэтому и купил за бесценок много участков в хороших районах города. Про запас. С тех пор потихоньку застраивает...

---

<sup>1</sup> Цитата из статьи «Как воруют идеи», автор Марина Шмайгер, источник: <http://shmayger.livejournal.com/180897.html>

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Тем не менее готов продать участок фирме — «если в цене сойдемся». Не всё же строить. Можно и «спекулировать». Продать по современной рыночной цене — и быстро снять денег. Тоже прибыль.

Сели за стол переговоров. Бизнес-план фирма, разумеется, светить не стала. Еще бы, столько трудов положено. Увы, не спасло... Кто-то из представителей фирмы обмолвился: «участок подходит; да тут два аквапарк поместится».

ВСЁ. Хватило одной обмолвки. Собственник идею понял. И на следующий раунд переговоров уже не пришел. «Мы передумали».

Прошла неделя. Администрация города проводит круглый стол по вопросам развития. Выступил Собственник: «Наша компания построит аквапарк. Предварительно все согласовано. Строить будем на свои. Без муниципального бюджета. Земля наша. Деньги — тоже».

Тут же поднялась шумиха в СМИ. Радости — до небес. «Ура! В нашем городишке будет аквапарк! Ура, товарищи! Не такая мы уж и провинция! Знай наших! Аквапарк — наш!!!».

Не радовались только в фирме... Беда не приходит одна. Точку в этой истории поставил звонок из банка. «Вы знаете, два аквапарка на один маленький город... Как-то чересчур. Не окупится. Правление считает нецелесообразным финансировать ваш проект».

## 17.2. ТЬМА

Таких историй — тьма. Идеи (информацию) воруют направо и налево. На переговорах... да и походя, без переговоров. В традиционном бизнесе и в современном, в сети Интернет. Воруют сайты — «сделаем такой же, но с другим названием». Воруют программы — «сделаем свой клон лучше вашего». Сеть буквально кишит историями типа:

«Близкий мой знакомый полностью скопировал идею моего интернет-бизнеса и сейчас пытается внедрить ее в интернете, зарабатывая веб-сайт. Мало того что этот веб-сайт полностью позаимствован из нашего, он будет прямым конкурентом в нашей отрасли». (<https://www.evrey.com/sitep/askrabbi1/q.php?q=otvet/q1417.htm>)

Или:

«Появился наглец, который украл мою идею товара. Я сам сообразил до продажи этого товара, который есть только в моем городе, придумал описание с фишкой. И тут кто-то ИЗ МОЕГО ЖЕ ГОРОДА стал выставлять его. Город 400 тысяч, за все время существования товара и ебея ни у кого не хватило ума его продавать, но, как только я начал выкладывать, через 4 месяца появился конкурент.

Продавец, 0 отзывов, описание схожее с моим, и бесплатная доставка, и цена, как у меня. То есть человек даже не понимает, что с налогами и доставкой бесплатной он убивает всю выгоду с этого товара. Есть подозрения что слишком много рассказывал своим знакомым и тут кто-то кому-то рассказал далее...» (Источник: <http://www.taker.im/phpBB2/topic/174569-украли-идею-как-наказать/>)

Жутко говорить, но в рунете даже появились семинары на тему «Как украсть чужой бизнес и сделать его своим» (!!!). Ссылок намеренно не даю, чтобы не пиарить охальников. Как там в ГК? «Никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения»?! — «Не, не слышали».

Многие опускают руки. Если погуглите по фразе «остановить воровство идей невозможно», вас завалит доводами в обоснование позиции «Украли идею?! Расслабьтесь и получайте удовольствие».

Я считаю иначе. Воровство идей можно и нужно остановить. Да, от чего-то — скажем, от «только начал торговать — появился конкурент» — противоядия нет. И не будет. Это обычная торговля. Обычная конкуренция. Обычный ВОЛЧИЙ рынок. Выживает сильнейший. А вот от других воришек — история с аквапарком — вполне можно оборониться.

Сложно, но — можно.

## 17.3. АРХАИКА И СОВРЕМЕННОСТЬ

Вы удивитесь. Может, и улыбнетесь. Но с точки зрения уголовного права украсть информацию... нельзя. Да, вот так. В принципе невозможно. Почему?!

Тупой юридический формализм. Статья 158 УК понимает кражу как «тайное хищение чужого имущества». В доктрине трактуют:

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

«не являются предметом хищения интеллектуальная собственность, информация, различные виды энергии, лишенные вещной формы»<sup>1</sup>. Отсюда выводят: раз информация — не имущество, то и украсть нельзя.

Мы с вами видели — еще как можно!

Авторы УК тоже не слепые. Поэтому уголовное право все-таки дает кое-какую защиту от воровства информации. Окольными путями. Чтобы не идти вразрез с доктриной «нельзя украсть вещь, лишенную материальной формы».

Не кража, а спец. вид мошенничества: «приобретение права на чужое имущество путем ввода, удаления, блокирования, модификации компьютерной информации» (ст. 159.6 УК).

Не кража, а «незаконные разглашение или использование сведений, составляющих коммерческую, налоговую или банковскую тайну» (ст. 183 УК, п. 2).

Так же и в Англии. Дело *Oxford v Moss (1979) 68 Cr App Rep 183*<sup>2</sup>. Студент тайком скопировал ответы на экзаменационные вопросы. Университет — в полицию. Студента пробуют привлечь за кражу.

Тщетно. Суды обеих инстанций пришли к выводу: информация — не имущество в смысле закона о воровстве 1968 г. Значит, кражи нет<sup>3</sup>. Все. На свободу с «чистой» совестью... Но. Вторая инстанция мимоходом написала в решении: хотя кражи нет, тем не менее налицо разглашение конфиденциальной информации; отсюда возможен гражданский иск — либо о запрете на разглашение, либо об убытках.

Легко догадаться. Доктрина «нельзя украсть вещь, лишенную материальной формы» родом из седой старины. Из тех давно минувших дней, когда информация была неотделима от вещи (в т.ч. и носителя). И сегодня безбожно устарела.

---

<sup>1</sup> Хильота В.В. Проблемы доктринального толкования физического признака имущества в уголовном праве // Российский юридический журнал. 2014. № 5. С. 155–160. Также Лопашенко Н.А. Посягательства на собственность. — М., 2012. — С. 89. И еще: Карпова Н.А. Хищение чужого имущества: вопросы квалификации и проблемы дифференциации уголовной ответственности. — М., 2011. — С. 2.

<sup>2</sup> Краткое содержание см. тут: [https://en.wikipedia.org/wiki/Oxford\\_v\\_Moss](https://en.wikipedia.org/wiki/Oxford_v_Moss)

<sup>3</sup> В доктрине эту позицию поддерживают — см. Мартин Жаклин, *Стори Тони*. Познаем уголовное право. — 5-е изд. — Лондон: Рутледж, 2015. — С. 452.

Оглянитесь вокруг. С каждым днем появляется все больше и больше идей. Информации. Виртуальных предметов. Нематериальных активов. «Вещей» без материальной оболочки. Пример — меч в сетевой игре. Или там эксклюзивный розовый танк в игре «Мир танков». Куплен за ваши кровные, насквозь материальные деньги. Но существует только в виртуальном мире.

Юристы ломают голову: как дальше жить-то?! Говорят, «классическое право не позволяет эффективно регулировать оборот виртуальных объектов и надлежащим образом учитывать специфику новых общественных отношений»<sup>1</sup>.

Да, доктрина устарела. Руки чешутся спровадить на помойку истории... Но я не стал бы трогать УК и распространять статью о краже на идеи. В теории, разумнее и эффективнее защищать идеи, вещи без материальной оболочки, прочие нематериальные сокровища средствами гражданского права. А уголовное — хорошее подспорье. Удар по конкретному вору.

Так, в истории с аквапарком теоретически директора компании Собственника можно сажать по ст. 183 УК: «незаконное использование сведений, составляющих коммерческую тайну». В уголовном процессе. А в гражданском процессе или в гражданском иске в уголовном деле — взыскать убытки с фирмы, которую возглавлял директор. По ст. 434.1 ГК, п. 4. Подчеркиваю — «в теории»!!!

Именно такая теоретическая модель, такое соотношение уголовного и гражданского способа защиты «прописаны» в нашем современном законодательстве. Другой вопрос — на практике эта модель работает из рук вон плохо... особенно в части гражданской ответственности. Но можно выкрутиться через договор.

Прежде чем ползти дальше, уважая старую доктрину, внесу ясность. Слово «кража» применительно к информации, идеям и прочей «нематериалке» я использую в смысле гражданского права. «Кража информации (идеи)» здесь и далее значит: деяние, которое

---

<sup>1</sup> Лисаченко А.В. Право виртуальных миров: новые объекты гражданских прав // Российский юридический журнал. 2014. № 2. С. 104–110. Также см. Савельев А.И. Правовая природа виртуальных объектов, приобретаемых за реальные деньги в многопользовательских играх // Вестник гражданского права. 2014. № 1. С. 127–150. И еще Архипов В.В. Виртуальная собственность: системные правовые проблемы в контексте развития индустрии компьютерных игр // Закон. 2014. № 9. С. 69–90.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

может повлечь гражданскую ответственность в виде убытков (иного возмещения).

## 17.4. БЛУЖДАЯ В ПОТЕМКАХ...

Итак, у нас теперь есть статья 434.1 ГК «Переговоры о заключении договора». Пункт 4:

«Если в ходе переговоров о заключении договора сторона получает информацию, которая передается ей другой стороной в качестве **конфиденциальной**, она обязана не раскрывать эту информацию и не использовать ее ненадлежащим образом для своих целей независимо от того, будет ли заключен договор.

При нарушении этой обязанности она должна возместить другой стороне убытки, причиненные в результате раскрытия конфиденциальной информации или использования ее для своих целей».

А теперь, как в старые добрые времена «учебки». Достаем ручки и листики бумаги... Ах, да. XXI век на дворе. Можете создать файл в любимом текстовом редакторе. Поехали.



#### КОНТРОЛЬНАЯ

---

Примените статью на практике. Берем пример с аквапарком. Дело ООО «Глубоководные» (Истец) против Собственника (Ответчик). Истец хочет взыскать с Ответчика убытки за украденную идею. В силу ст. 65 АПК каждое лицо, участвующее в деле, должно доказать обстоятельства, на которые оно ссылается как на основание своих требований и возражений. Отсюда:

- 1) Что должны доказать «Глубоководные», чтобы выиграть дело?
- 2) Какими доказательствами?
- 3) Как и чем будет отбиваться Собственник?
- 4) Перспективы дела? (любимый вопрос клиентов)

Нарисуйте и заполните таблицу:

Истец			Ответчик	
	Что доказываем	Чем доказываем	Возражение	Чем доказываем
1.				
2.				
3.				
...				

Строк рисуйте побольше, не скупитесь. Всё? Готово? Хорошо. Теперь давайте вместе.

Истец			Ответчик	
	Что доказываем (факт)	Чем доказываем (доказательство)	Возражение (чем опровергнуть факт)	Чем доказываем (доказательство)
1	Сам факт переговоров	1. Пропуск на объект. 2. Фото с телефона. 3. Аудиозапись с расшифровкой.	«Мы вас впервые видим!»	1. Выписка из журнала охраны. 2. Акт, что в тот день фирма не работала — допустим,
		4. Протокол переговоров. 5. Переписка (до и после переговоров). 6. Соглашение о ведении переговоров		прорыв труб, санитарный день, что-то еще. 3. Что-то еще
2	В ходе переговоров передана информация — «да тут два аквапарка поместятся!»	1. Аудиозапись переговоров с расшифровкой. 2. Протокол переговоров	1. Мы не давали согласие на запись — получено незаконным путем — не доказательство. 2. Какой протокол? Это не моя подпись	1. Экспертиза подписи

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Истец		Ответчик		
	Что доказываем (факт)	Чем доказываем (доказательство)	Возражение (чем опровергнуть факт)	Чем доказываем (доказательство)
3	Информация передана именно как <b>конфиденциальная</b>	Метки на документах и не только (подробнее см. ниже)  <b>!!!ДРУГОЙ СКРЫТЫЙ ВРАГ!!!</b>	«Вы нас не предупредили о конфиденциальности!!! Мы думали, можно разглашать и пользоваться».	1. Аудиопротокол 2. Протокол переговоров. 3. Переписка.
4	Ответчик использовал информацию ненадлежащим образом для своих целей	Записи выступления в СМИ о строительстве парка, совпадение дат	«Да мы и без вас давно собирались парк строить!»	1. Старый бизнес-план строительства парка (нарисован в ночь перед судом). 2. Древняя переписка. 3. Проект какого-то парка.
5	Вид и размер убытков	Расчеты, экспертное заключение, заключение специалиста, заключение РДЦ	1) Вы можете строить парк в другом месте; 2) не доказали весь состав убытков; 3) не доказали верхний предел убытков	

Думаете, все сложно и плохо? Огорчу. Всё ЕЩЕ хуже. С пунктами 1, 2, 4 пусть и сложно, но понятно и предсказуемо. Самый «тяжелая» — пункты 3 и 5. Давайте с конца. Истец хочет взыскать с Ответчика убытки за украденную идею. Какие?! Реальный ущерб? Упущенная выгода?

Думаем.

1) *Реальный ущерб*. «Глубоководные» потратились на разработку плана аквапарка. Разрабатывали это все добро силами своих работников. В ходе трудовых отношений. Работники фирмы. Штатные. На зарплате. Догадываетесь, куда ветер дует?! А вот сюда:

«Суды первой и апелляционной инстанций правильно указали, что требование ОАО «РПЗ» о возмещении ему убытков, выразив-

шихся в выплаченной им заработной плате своим работникам (с отчислениями во внебюджетные фонды), является необоснованным, поскольку оплата труда работников является не убытками общества как субъекта гражданских правоотношений, а его законодательно установленными расходами как работодателя». (Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 29.04.2010 по делу № А10-3605/2009, также — Постановление ФАС Центрального округа от 06.10.2011 по делу № А48-4773/2010, Постановление Арбитражного суда Московского округа от 27.02.2015 № Ф05-720/2015 по делу № А40-178836/13 и т.д.)

Или — так: «При таких обстоятельствах отсутствует причинно-следственная связь между действиями общества и выплатой заведением этих сумм, так как они являются для последнего не ущербом, а условно-постоянными расходами. Рабочие истца числились как его постоянные работники и получали заработную плату независимо от неправомερных действий ответчика». (Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 05.12.2014 № Ф08-9004/2014 по делу № А53-28267/2013)

Угу, «Да здравствует наш суд, самый гуманный суд в мире!»

Ладно... Конечно, никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения. Но. Если одна сторона ведет себя недобросовестно, играет ГРЯЗНО — ворует чужие идеи, то вторая сторона может ответить тем же. Библейское «какой ты мерой, такой и тебе».

Тем более что есть ст. 14 ГК — самозащита гражданских прав. «Допускается самозащита гражданских прав. Способы самозащиты должны быть соразмерны нарушению и не выходить за пределы действий, необходимых для его пресечения».

И «Глубоководные» защищаются. В том числе от неуютной судебной практики. Загодя, до суда... стоп, машина. Следующий абзац **ТОЛЬКО ДЛЯ ОБЩЕГО РАЗВИТИЯ! НИ В КОЕМ СЛУЧАЕ НЕ ПРИМЕНЯТЬ НА ПРАКТИКЕ!!!**

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Так вот, «Глубоководные» делают задним числом договор подряда... с другим водоплавающим. ООО «Гидра». Своя, подконтрольная фирма.

По договору «Гидра» (подрядчик) делает «Глубоководным» (заказчик) бизнес-план. Цена работ — миллион. Или больше. Сколько потратили на разработку бизнес-плана силами своих работников, столько и напишем. Еще и сверху «накрутим». Вдруг не взыщем упущенную выгоду?! А так хоть что-то получим.

«Гидра» исполняет договор и передает план «Глубоководным» — тоже задним числом. «Глубоководные» оплачивают. Векселем или «живыми» деньгами через банк — не суть важно. Эти деньги «Гидра» потом вернет «Глубоководным» (схем — уйма). Разумеется, план сделан — вернее, переделан — так, будто его изначально разработало ООО «Гидра». Имея «исходник», поменять фамилии и даты — дел на полдня.

Теперь, через серую схему, у «Глубоководных» есть слабенькая надежда выискать расходы на разработку бизнес-плана (реальный ущерб).

#### КОНЕЦ СЕРОЙ СХЕМЫ

Вообще, поздно хватились... У нас в стране давно повелось: умные люди всегда заранее, «на берегу», поручают разработку бизнес-плана (иных дорогостоящих документов, проектов и т.д.) третьему лицу.

Очень часто — своему, подконтрольному. Чтобы: А) обойти практику и таки выискать убытки; и Б) не «рисовать» документы в ночь перед судом. Мало ли, вдруг шибко умный Ответчик об экспертизе заявит по неудобным вопросам: «Когда сделан документ?», «Когда подписан?».

Далее. Если Истец взыщет миллион реального ущерба, устроит ли Истца такой исход? Вряд ли. «Маловато будет». Истцу было интересно построить аквапарк, запустить и получать прибыль. Каждый день. Каждый год.

2) *Упущенная выгода*. Если помните, упущенная выгода — «не полученные кредитором доходы, которые он получил бы с учетом разумных расходов на их получение при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений ГК РФ об ответственности за нарушение обязательств», п. 2.

Расчет прибыли есть в том же бизнес-плане. «Расчет, представленный истцом, как правило, является приблизительным и носит вероятностный характер. Это обстоятельство само по себе не может служить основанием для отказа в иске»<sup>1</sup>.

Хорошо. Если Истец заявит иск о взыскании прибыли за следующие десять лет? Двадцать? Удовлетворят ли? Сомнительно. Мне кажется, верхний предел, по уму, нужно обосновывать сроком эксплуатации аквапарка. То есть сколько бы аквапарк проработал без ремонта.

Думаю, лет пять — точно. Точнее можно установить экспертизой. Или справкой специалиста... от той же ООО «Гидра». А то и сразу прописать в бизнес-плане срок эксплуатации.

В «этих ваших интернетах»<sup>2</sup> пишут, будто аквапарк приносит 1 200 000 чистой прибыли... в месяц. Скорей всего, цифры завышены... Ладно. Берем по минимуму. Пускай будет три миллиона в год.

И вот «Глубоководные» гордо «плывут» в суд с иском о взыскании 1 000 000 реального ущерба... и 15 000 000 упущенной выгоды (три в год умножаем на срок эксплуатации пять лет). Что скажет суд?

Суд «оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению» (ст. 71 АПК, ст. 67 ГПК). Если читать кодекс между строк и знать практику... Мне кажется, суд частенько не только доказательства оценивает, но и решение выносит — по внутреннему убеждению.

Сначала, не глядя в закон, суд по своим понятиям и представлениям о добре и зле, справедливости, генеральной линии партии — и бог его знает, что там еще в голове у суда — определяет для себя, кто в данном деле прав, а кто — нет.

А уж после под это внутреннее убеждение суд подтягивает нормы права. И обосновывает. И может обосновать как «иск — удовлетворить», так и «в иске — отказать» или любое половинчатое решение — и нашим, и вашим.

---

<sup>1</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой ГК РФ», п. 14.

<sup>2</sup> <http://moneymakerfactory.ru/biznes-plan/akvaparka/> — источник.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Я бы такое и принял. В деле «Глубоководных» суд, скорее всего, взыщет реальный ущерб (миллион). А в упущенной выгоде откажет либо вовсе, либо — в большей части. Я бы взыскал за два года. Простой ли парк пять лет, весь срок эксплуатации — сложно сказать. Зная, как у нас строят — вряд ли. Может и раньше развалиться. Но года два точно простоит. Конечно, тут еще играет роль позиция Ответчика — как и насколько сильно будет отбиваться.

Наверно, суд решил бы дело — хоть в мизерной части! — в пользу Истца. Если бы не одно «но» — скрытый враг. Тот самый, из пункта три.

Истца ждет полный отказ в иске.

## 17.5. ДРУГОЙ СКРЫТЫЙ ВРАГ

Одного мы с вами уже раскрыли. ФЗ «О банкротстве». Не очевидный из кодекса. А в законе том таятся спец. основания оспаривания сделок.

То же самое и с другим врагом. Из статьи 434.1 ГК, пункт 4, не очевидно, КТО прячется за подчеркнутой фразой:

«Если в ходе переговоров о заключении договора сторона получает информацию, которая **передается ей другой стороной в качестве конфиденциальной**, она обязана не раскрывать эту информацию и не использовать ее ненадлежащим образом для своих целей независимо от того, будет ли заключен договор».

До появления в ГК этой статьи похожая конструкция была в ст. 771 ГК, п. 1 — спец. норма о договорах на выполнение научно-исследовательских работ, опытно-конструкторских и технологических работ. И там тоже кое-кто... прячется. См. подчеркнутую фразу:

«Статья 771. Конфиденциальность сведений, составляющих предмет договора:

1. Если иное не предусмотрено договорами на выполнение научно-исследовательских работ, опытно-конструкторских и технологических работ, стороны обязаны **обеспечить конфиденциальность сведений**, касающихся предмета договора, хода его исполнения и полученных результатов. Объем сведений, признаваемых конфиденциальными, определяется в договоре.

2. Каждая из сторон обязуется публиковать полученные при выполнении работы сведения, признанные конфиденциальными, только с согласия другой стороны».

Ничего нестораживает? Если нет, любые попытки взыскать убытки за разглашение/использование вашей идеи заведомо обречены на провал. Отказ в иске. Скрытый враг бьет, и бьет больно:

«ЗАО "Сибэнерготрейд", указывая на причинение убытков в результате разглашения ОАО «МРСК Сибири» третьему лицу сведений о порядке расчетов по договору от 19.10.2010 № 2/2011, составляющих коммерческую тайну, обратилось в арбитражный суд с иском о взыскании убытков в размере 1 440 932 руб. 51 коп. в виде упущенной выгоды.

<...> Суд первой инстанции, оценив представленные в материалы дела доказательства и отказывая в удовлетворении заявленных требований, пришел к выводу, **что в отношении информации, переданной ЗАО «Стройсервис», не установлен режим коммерческой тайны;**

Суд первой инстанции со ссылкой на **Федеральный закон от 29.07.2004 № 98-ФЗ «О коммерческой тайне»** верно указал, **что в рамках настоящего спора подлежат установлению обстоятельства введения режима коммерческой тайны** в отношении сведений, полученных в рамках договора от 19.10.2010 № 2/2011 ответчиком.

<...> Таким образом, истец не доказал, что в отношении сведений о тарифе в рамках договора от 19.10.2010 № 2/2011 установлен режим коммерческой тайны». (*Постановление 7ААС от 25.04.2012 № 07АП-2839/12 по делу № А27-12862/2011*). И всё. В иске — отказать. Только потому, что истец не ввел режим коммерческой тайны.

Вот она, ВРАЖИНА. Федеральный закон от 29.07.2004 № 98-ФЗ «О коммерческой тайне». Далее — «Закон». Почему в моих словах столько яда?

*Во-первых, закон не очевиден из ГК.* Как и с пределом по расчетам наличкой, о существовании закона знает лишь узкий круг посвященных. И конечно же, закон опять попадает в категорию «чему не учат юрфаке».

Ну что стоило написать в кодексе для простых смертных хотя бы так: «сторона обязана обеспечить конфиденциальность инфор-

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

мации в порядке, установленном ФЗ «О коммерческой тайне», иначе — нет права на защиту»?! Было бы просто и понятно. Так нет же. Вы, типа, умные. Сами допетрите.

Оплошность пробовал исправить ВАС. В Постановлении Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26.03.2009 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой ГК РФ» пункт 57 так прописали:

«При этом судам следует учитывать, что режим коммерческой тайны, перечень не подлежащих охране сведений и порядок предоставления составляющей коммерческую тайну информации определяются в соответствии с ФЗ от 29.07.2004 № 98-ФЗ «О коммерческой тайне». Увы, это постановление мало кто читал...

*Во-вторых, закон о коммерческой тайне устанавливает громоздкий, обросший кучей бумаг бюрократический порядок...* Нет, даже не «порядок». А какой-то первобытно-совковый ритуал, эдакие шаманские пляски, «отнесения информации к коммерческой тайне». Не «сплясал» — отказ в иске.

Этот порядок юристы «пинают» уже давно: «мы предлагаем отказаться от требования обязательного соблюдения режима коммерческой тайны для того, чтобы приобрести право на ноу-хау, — вместо этого правообладатель сам будет вправе определить, как ему защищать свою информацию»<sup>1</sup>. Всецело поддерживаю.

*В-третьих, как показывает практика других стран, эти пляски-ритуалы нафиг не нужны.* В гражданско-правовых отношениях можно защитить информацию гораздо проще и эффективнее.

## 17.6. ПЕРВОБЫТНЫЕ РИТУАЛЫ

Чтобы присвоить информации «мы хотим построить аквапарк на участке» статус конфиденциальной и получить право на защиту, ООО «Глубоководные» должно было установить для этой информации режим коммерческой тайны (ст. 10 Закона, п. 2).

---

<sup>1</sup> Оводов А.А. Интервью со старшим инвестиционным юристом ОАО «РОСНАНО», советником президента НП «Объединение корпоративных юристов», кандидатом юридических наук В.О. Калятиным // Юрист. 2011. № 15. С. 3 — 10.

Возможно ли? Да. По Закону, коммерческая тайна (далее — КТ) — «режим конфиденциальности информации, позволяющий ее обладателю при существующих или возможных обстоятельствах увеличить доходы, избежать неоправданных расходов, сохранить положение на рынке товаров, работ, услуг или получить иную коммерческую выгоду».

Информация «мы хотим построить аквапарк на участке» прекрасно укладывается в формулировку закона. Но чтобы присвоить этой информации статус конфиденциальной, мы вынуждены провести древний, отживший свое бюрократический ритуал.

Ритуал:

«1. Меры по охране конфиденциальности информации, принимаемые ее обладателем, должны включать в себя:

1) определение перечня информации, составляющей коммерческую тайну;

2) ограничение доступа к информации, составляющей коммерческую тайну, путем установления порядка обращения с этой информацией и контроля за соблюдением такого порядка;

3) учет лиц, получивших доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, и (или) лиц, которым такая информация была предоставлена или передана;

4) регулирование отношений по использованию информации, составляющей коммерческую тайну, работниками на основании трудовых договоров и контрагентами (*партнеры по бизнесу*) на основании гражданско-правовых договоров;

5) нанесение на материальные носители, содержащие информацию, составляющую коммерческую тайну, или включение в состав реквизитов документов, содержащих такую информацию, грифа «Коммерческая тайна» с указанием обладателя такой информации (для юридических лиц — полное наименование и место нахождения, для индивидуальных предпринимателей — фамилия, имя, отчество гражданина, являющегося индивидуальным предпринимателем, и место жительства)» (ст. 10 Закона, п. 1).

## 17.7. ШАМАНСКИЕ ПЛЯСКИ

Чтобы прочувствовать всю полноту маразма, давайте-ка проведем ритуал. Заодно и переведем текст Закона на русский.

Пункт 1) — определение перечня информации КТ. Чтобы соблюсти, директор «Глубоководных» должен издать приказ по фирме: «Вся информация о строительстве аквапарка — коммерческая тайна».

А лучше — подробно расписать: методику строительства, перечень оборудования, нужного для работы парка, схема расположения, требования к земельному участку, ожидаемые доходы и т.д. — все у нас теперь КТ.

Итак, первый документ — перечень КТ. Второй документ — перечень лиц, имеющих доступ к КТ. Можно утвердить отдельным приказом, можно — два в одном. Добавим в первый приказ:

«к КТ имеют доступ директор, главбух, начальник юротдела, главный экономист; иным лицам КТ может быть разглашена только с разрешения директора, под расписку или иной документ о неразглашении». Так мы закрываем начало п. 2) и частично п. 3).

Пункт 2) тянет «Глубоководных» все дальше в мрак бюрократии. Ограничение доступа, установление порядка и контроль за соблюдением предполагает создание еще двух «бумажек»<sup>1</sup>: А) положение о КТ и Б) журнал учета доступа к КТ.

Положение о КТ — локальный акт ООО «Глубоководные» — устанавливает порядок, как люди будут получать доступ к КТ, и где это КТ хранится. «Глубоководным» повезло. Они ООО, а не публичная компания — по-старому, акционерное общество. А то пришлось бы еще сейфы покупать: «документы с грифом «коммерческая тайна» должны находиться на хранении в сейфах»<sup>1</sup>.

Ладно. Прописали в Положении: КТ — в том числе бизнес-план — хранится в кабинете директора, кабинет запирается на ключ, знакомиться с планом и иными материалами с грифом КТ можно только в кабинете директора под роспись в журнале, из ка-

---

<sup>1</sup> Постановление ФКЦБ РФ от 16.07.2003 № 03-33/пс «Об утверждении Положения о порядке и сроках хранения документов акционерных обществ», пункт 3.2. Зарегистрировано в Минюсте РФ 21.08.2003 № 4994.

бинета не выносить, на телефон не снимать. Вот зачем нужен журнал учета доступа.

Пункты 4) и 5) — прописать в положении о КТ, что передача (огласка) КТ перед партнерами по бизнесу возможно только под расписку о неразглашении или иной документ, типовая форма — см. в приложении. Обязательно с пометкой (грифом) в верхнем правом углу «коммерческая тайна, собственность ООО «Глубоководные»».

Сколько получилось? *Перечень, положение, журнал, типовая расписка* — четыре документа. Глухой минимум, чтобы соблюсти требования закона. Необходимый и достаточный.

Некоторым мало. Теоретики на полном серьезе предлагают разработать еще и положение о спецкомиссии по надзору за КТ, и создать эту комиссию<sup>1</sup>, и проверять каждую неделю соблюдение КТ — под роспись в еще одном журнале, и прочая, прочая...

Со мной, наверно, согласится любой руководитель: бизнес должен делать деньги, а не плодить «бумажки» и бюрократию. Потому в современном мире документооборот строят по принципу «чем меньше бумажек, тем лучше». Документов, а особенно бумажных документов должен быть необходимый минимум.

Угу, XXI век на дворе, а Закон навязывает нам бумажную архаику. Что-то, конечно, можно вести и в электронном виде... Разве что журнал доступа к КТ. Остальное — пишите, господа, надоевшие бумажки.

Считаю, четыре документа — слишком много. Громоздко. Архаично. Отрывка прошлого. Для гражданско-правовых отношений — в частности, защиты информации от утечки на переговорах — достаточно ОДНОГО документа. Типовой расписки. О, это очень особая расписка... Вам понравится.

Кстати! Вот вам и *домашнее задание*. Составьте расписку, по которой «Глубоководные» могли бы защитить себя на переговорах о покупке участка для аквапарка. Подсказка: «квалификация договора определяется не его названием либо названием сторон, а содержанием договора».

<sup>1</sup> Соловьева А.А. О защите конфиденциальной информации фирмы (индивидуального предпринимателя) // Алтека: бухгалтерский учет и налогообложение. 2014. № 8. С. 59–69.

## РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Прежде чем переходить к практике, я хотел бы расставить точки над «е». И ответить на два вопроса: 1) Откуда в Законе о КТ взялся громоздкий ритуал «отнесения информации к КТ»? 2) Можно ли охранять тайну без ритуала?

### 17.7.1. Истоки РИТУАЛОВ

В СССР коммерческой тайны не было. Почему? Историки объясняют так: «считалось, что "секретничество" присуще капитализму, а у нас при социализме любой передовой опыт должен безвозмездно передаваться всему обществу»<sup>1</sup>. Ну-ну...

Понятие КТ впервые появилось «под занавес» Союза. В ст. 10 первоначальной редакции Закона РСФСР от 22.03.1991 № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках»:

«Не допускается недобросовестная конкуренция, в том числе <...> получение, использование, разглашение научно-технической, производственной или торговой информации, в том числе коммерческой тайны, без согласия ее владельца». Что такое КТ, в том законе не написано. Ритуалов тоже тогда еще не завезли. Узкие специалисты пишут:

«Итак, к своему исчезновению с политических и географических карт мира СССР пришел с довольно стройной и логичной системой, именуемой «государственные секреты». Сущность этой системы заключалась в том, что категория «государственные секреты» делилась на две подкатегории — государственную тайну и служебную тайну, которые, естественно, между собой пересекались.

...Последствия образовавшегося вокруг института служебной тайны правового вакуума не заставили себя долго ждать. Уже в следующем, 1994 году **служебная тайна изумительным образом становится гражданско-правовым институтом** путем включения данного понятия в текст части первой ГК РФ (ст. 139) **и приобретает признаки, практически идентичные с коммерческой тайной**<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Гаврилов Э.П. Защита частным правом секретов производства и информации, составляющей коммерческую тайну // Патенты и лицензии. 2015. № 4. С. 10 – 19.

<sup>2</sup> Занина Т.М., Караваев А.А. Эволюция правового регулирования в отношении сведений конфиденциального характера в Российской Федерации // Административное право и процесс. 2015. № 6. С. 81 – 86.

Спасибо коллегам, подтолкнули к разгадке. Служебная тайна — подвид государственной — пропихнули в ГК... Если почитать Закон РФ от 21.07.1993 № 5485-1 (ред. от 08.03.2015) «О государственной тайне», там такой же механизм! Бумажки, грифы, определение круга лиц.

ВОТ ОНО!!! Вот откуда взялись бюрократические ритуалы в коммерческой тайне! Законодатель тупо перенес старый, ржавый, совковый механизм охраны гос. тайны — на гражданско-правовые отношения! Ага, «вырезал/вставил».

И, увы, не подумал — а надо ли? Быть может, можно охранять коммерческую тайну и без ритуала?

МОЖНО.

## 17.8. БЕЗ РИТУАЛОВ

«Вкратце, обстоятельства дела:

(I) Господин Сигир изобрел держатель для ковра. Назвал «Клинт» и запатентовал. Поначалу г. Сигир сам изготавливал и продавал держатели. Потом стал искать торговую организацию, чтобы выпустить товар (*держатели*) на рынок.

(II) Г. Сигир вел переговоры с компанией «Копидекс» с целью выпустить держатели «Клинт» на рынок. От компании в переговорах участвовали г. Престон, помощник директора, и г. Бун, менеджер по продажам. Переговоры шли больше года, но кончились ничем.

(III) В ходе переговоров Сигир раскрыл Престону и Буну все подробности и технические особенности держателя. Также Сигир рассказал указанным господам, что он придумал другой держатель для ковров — усиленный, с шипами в форме буквы «V». Однако вторая сторона отвергла эту идею. Сказали, «нам интересен только держатель «Клинт».

(IV) Оба — и Престон, и Бун — понимали: они получили конфиденциальную информацию. При этом эти два господина не обладали инженерными навыками, никогда в жизни ничего не изобретали.

(V) Когда стало ясно, что переговоры, скорее всего, кончатся ничем, компания «Копидекс» решила сделать свой держатель для

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

ковров, в целом схожий с держателем «Клинт», но с другими шипами — чтобы не нарушить патент Сигира.

(VI) «Копидекс» в итоге сделала свой держатель для ковров, который не нарушал патент Сигира на «Клинт». Но в держателе воплощена идея устройства шипов в форме буквы «V» — идея, которую Сигир рассказал на переговорах.

Компания подала заявку на патент. В качестве истинного и единственного изобретателя указан г. Престон.

(VII) «Копидекс» назвали свой держатель для ковра «Невидержатель» (*в оригинале — такой же гибрид двух слов, «INVISIGRIP», т.е. невидимый держатель*). Именно это название предложил Сигир на переговорах.

(VIII) «Копидекс» утверждает: «Невидержатель» — собственная разработка, итог идей Компании, Компания не использовала информацию, полученную от Сигира. Название «Невидержатель» тоже придумали сами, случайная идея.

(IX) Несомненно, Компания честно верит, будто «Невидержатель» — их собственная идея; но я думаю, Компания могла неосознанно использовать информацию Сигира. Совпадение слишком сильно; иные объяснения недопустимы.

*Право.* Для начала процитирую судью Грини, решение по делу *Saltman Engineering Co. v. Campbell Engineering Co. (1948) 65 R.P.C. 213*: «Если доказано: Ответчик использовал конфиденциальную информацию, которую прямо или косвенно получил от Истца, без явно выраженного или подразумеваемого согласия Истца, Ответчик виновен в нарушении прав Истца».

Добавлю слова судьи Роксбургха из дела *TerrapinLtd. v Builders' SupplyCo. (Hayes) Ltd. [1960] R.P.C. 130*. — его часто цитировали, и этот подход признал верным и применил судья Рускил в деле *Cranleigh Engineering Co. v Bryantand Another [1965] 1 W.L.R. 1293 at 1319; [1966] R.P.C. 81*:

«Насколько я понимаю, суть этой ветви права, откуда бы она ни росла, такова: лицо, получившее конфиденциальную информацию, не вправе использовать эту информацию как трамплин, чтобы обскакать<sup>1</sup> лицо, давшее информацию (*т.е. использовать против*

---

<sup>1</sup> Здесь «обскакать» во втором значении: превзойти, оставить позади, опередить (словарь Кузнецова).

давшего) — даже если информация была опубликована или может быть получена при осмотре любым желающим».

Обязательство (*не разглашать и не использовать конфиденциальную информацию*) возникает не из подразумеваемого договора (*между участниками переговоров*), а из общего принципа права справедливости: получивший конфиденциальную информацию не должен использовать эту информацию, дабы обрести нечестное преимущество. Получивший не должен использовать информацию во вред давшему без согласия давшего.

Принцип достаточно ясен, когда вся информация — конфиденциальна. Сложнее, когда часть информации — конфиденциальна, а часть — в открытом доступе. Так в нашем деле. Большая часть информации, которую Сигир дал Копидекс, была в открытом доступе. В частности, в Патентном бюро. А держатель «Клинт» Сигир продавал всем желающим (*и любой мог утянуть идею*). Если бы Сигир передал Компании только общедоступную информацию, спора бы не было.

Но было и другое знание. Была и вторая часть информации — конфиденциальная; в частности, о сложностях, кои пришлось преодолеть, чтобы сделать хороший держатель; необходимость усиленных шипов, особая форма шипов, и прочее.

Когда лицо получает информацию вперемешку, частично общедоступную, частично конфиденциальную, получатель обязан быть особо осторожным и использовать только общедоступную информацию. Получатель должен получить общедоступную информацию из общедоступного источника, и в любом случае получатель информации (*на переговорах*) не может быть в лучшем положении, чем если бы получил информацию из общедоступного источника. Получатель не вправе получить преимущество перед другими за счет использования конфиденциальной информации. В любом случае, он не должен получить преимущество бесплатно.

Вряд ли получится дело о судебном запрете или о взыскании нечестно полученной прибыли, но налицо дело о взыскании убытков, (*размер убытков*) зависит от ценности конфиденциальной информации для получившего, смотря насколько эта информация сберегла получателю время и затраты.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

*Заключение.* Применяя эти принципы, считаю, Истец должен преуспеть. <...> Суд первой инстанции думал, информация была несущественной. А я думаю, существенной. Именно эта информация — трамплин, оттолкнувшись от которого Компания разработала «Невидержатель» и подала заявку на патент.

Компания действовала вполне невинно, не намеревалась «обскакивать» Истца. Думали, коль не нарушен патент Истца, то никакой ответственности. Ошиблись. Не знали: закон охраняет конфиденциальную информацию. Компания не вправе использовать бесплатно конфиденциальную информацию, данную Сигиром. Я позволю апелляцию и решу в пользу Сигира, убытки — взыскать». Дело *Seagerv Copydex Limited [1967] 2 AllER 415<sup>1</sup>*.

Так и тянет дописать напоследок: «искренне ваш, Альфред Деннинг». Потому что решение вынесла «тройка» судей в составе: Деннинг, Салмон, Уинн. Хоть и единогласно, но думаю, определяющим стало мнение Деннинга. Идет в решении первым... Да и стиль его.

Как видим, есть и ДРУГОЙ подход к охране КТ. Без громоздких ритуалов. Истца никто не мучил вопросами: «А положение о КТ принял? А перечень установил? А под расписку передал?». Как видим, КТ можно прекрасно охранять без «совковых» формальностей.

Увы, не у нас...

По крайней мере, пока.

## 17.9. ТЬМА СГУЩАЕТСЯ

В Англии обязательство не разглашать и не использовать конфиденциальную информацию возникает из общего принципа права справедливости. Без договора.

У нас, в теории, точно так же. Обязательство не разглашать возникает из общей нормы ст. 1 ГК «никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения». И вдобавок — ст. 434.1 ГК, п. 4, спец. норма о переговорах.

На практике — если у вас нет договора! — теория и две красивые нормы закона разобьются вдребезги. О сверхсложное время

---

<sup>1</sup> <http://rpc.oxfordjournals.org/content/84/14/349.short?rss=1&ssource=mfr> — полный текст. Примечания курсивом — мои.

доказывания — вспоминая таблицу по «Глубоководным». Куда входит, в частности, и досадный пережиток прошлого: докажи, что ты провел ритуалы и установил режим КТ. Ограничусь двумя примерами:

1) «Согласно п. 7.2. договора предоставление истцом (заказчиком) ответчику (исполнителю) сведений и документов, составляющих коммерческую тайну, оформляется отдельным актом с полным перечнем сведений и документов.

Истцом не представлено сведений и документов, подтверждающих: факт раскрытия ответчиком принадлежащей истцу конфиденциальной информации; факт причинения ущерба истцу противоправными действиями ответчика по раскрытию принадлежащей истцу конфиденциальной информации; размер данного ущерба, якобы причиненного истцу противоправными действиями ответчика по раскрытию принадлежащей истцу конфиденциальной информации». (*Постановление ФАС Московского округа от 12.03.2014 № Ф05-1766/2014 по делу № А40-23492/13-138-219*)

2) «Относительно использования ООО «Промтрактор-Промлит» результатов интеллектуальной деятельности, составляющих коммерческую тайну истца, окружной суд полагает, что вывод о непринятии ОАО «Уралвагонзавод» всех необходимых мер для охраны конфиденциальной информации является правомерным.

Как справедливо указали суды, рассматривавшие дело, в статье 10 Федерального закона от 29.07.2004 № 98-ФЗ «О коммерческой тайне» установлено, что нанесение на материальные носители (документы), содержащие информацию, составляющую коммерческую тайну, грифа «Коммерческая тайна» с указанием обладателя этой информации является одной из таких мер.

Доказательств нанесения соответствующей информации на чертежи боковой рамы истец не представил, а потому в удовлетворении соответствующего требования истца отказать обоснованно (пункт 4 статьи 14 Федерального закона «О коммерческой тайне»). (*Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 04.06.2008 по делу № А79-2693/2007*)

Практика по конфиденциальности темна и ужасна... Я не стучаю краски. Обосную. Согласно СПС К+, за все время действия

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Закона о КТ суды рассмотрели 529 дел. Большая часть дел относится к огласке тайной информации. Как вы думаете, сколько раз суды удовлетворяли иски о взыскании денег за огласку/присвоение информации/прочие грехи?

ДВА раза. Ага, аж целых два... Неудивительно, что многие юристы не читают в договоре пункты о конфиденциальности и форс-мажоре. Считают эти пункты неработоспособной мертвечиной... Зря. Если грамотно составить договор, то очень даже работает. Подсказка — в тех двух делах. Робкие маячки света в море бушующей тьмы...

## 17.10. СВЕТ ВО ТЬМЕ

Маячок раз. «...Исковые требования мотивированы нарушением ответчиком условий соглашения о конфиденциальности (приложение № 2), являющегося неотъемлемой частью заключенного с истцом договора подряда от 28.11.2011 № 661/11 с учетом дополнительного соглашения № 1 от 06.04.2012.

По утверждению истца, в нарушение условий о конфиденциальности ответчик заключил с ООО «Ярус» договор субподряда от 01.12.2011 и договор субподряда от 10.04.2012.

Надлежащим образом заверенные копии договоров субподряда представлены в материалы дела (т. 1 л. 70-129).

Размер штрафа определен ООО «БКЕ» в соответствии с пунктом 7 приложения № 2 к договору подряда от 28.11.2011 № 661/11. (сто тысяч рублей)

Исходя из условий соглашения о конфиденциальности, установлен запрет ООО «НВТехСтрой» (подрядчику) передавать третьим лицам без согласия заказчика любую информацию, связанную с исполнением договора подряда от 28.11.2011 № 661/11, что подразумевает под собой запрет на привлечение к выполнению работ, предусмотренных договором и дополнительных соглашений к нему, субподрядчика.

**Кроме того, непосредственно на каждой странице договора имеется отметка «конфиденциально».** (частично соблюли ритуал)

<...> Подписав договор подряда от 28.11.2011 № 661/11 и соглашение о конфиденциальности без замечаний и разногласий, ООО

«НВТехСтрой», вопреки его позиции, в силу статей 309, 310, 421ГК РФ должно исполнять его условия, независимо от того, какого характера информация имеет статус конфиденциальной. (почти как у Деннинга — если информация отчасти в общем доступе, она, тем не менее, может подлежать защите)

<...> Факт нарушения ответчиком в период действия договора подряда от 28.11.2011 № 661/11 соглашения о конфиденциальности подтверждается тем, что им подписаны договоры подряда с ООО «Ярус» на выполнение всех работ, предусмотренных договором подряда от 28.11.2011 № 661/11 с учетом дополнительного соглашения № 1 от 06.04.2012.

То есть информация, связанная с объектом, на котором подлежат выполнению работы, видами и объемом работ, их стоимостью и т.д., разглашена ответчиком.

<...> Учитывая изложенное, имеются основания для применения к ответчику меры гражданско-правовой ответственности в виде штрафа, предусмотренного сторонами в соглашении о конфиденциальности, в размере 100 000 руб.» (Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 30.04.2014 № 08АП-1830/2014 по делу № А75-6176/2013, устояло в кассации — Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 25.07.2014 по делу № А75-6176/2013. Комментарии курсивом — мои.)

Маячок два. «...между истцом (поставщик) и ответчиком (клиент) заключен договор на передачу технологии № 173/250612 от 25.06.2012, в соответствии с условиями которого истец передал, а ответчик принял товар — комплект технологической документации (Приложение № 1 к договору) на бумажном носителе и компакт-диск с электронными документами — «Технология «Декорлит-ручная штамповка» № VB39VBMZC397FGQ0MQS5Y для производства композитного литьевого камня, стеклопластиков и жидкого камня (далее — Технология) (пункт 1.1, 1.3 договора).

В соответствии с пунктом 1.2 договора Технология является **ноу-хау и коммерческой тайной поставщика** (неспроста объединили! правильно сделали! почему — дальше в отдельной главе) и обладает правовой защитой в соответствии с действующим законодательством РФ.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Условиями договора установлен режим коммерческой тайны и предприняты меры по охране конфиденциальности информации, содержащейся в технологической документации (раздел 4 договора). *(свели ритуалы к минимуму, «впихнули» все требования Закона о КТ в один документ — договор).*

Факт исполнения истцом предусмотренных договором обязанностей по передаче технологической документации подтверждается актом сдачи-приемки от 25.06.2012 № 173/250612.

В состав переданной документации входит текстовый документ из 39 страниц в виде электронного документа (компьютерного файла) «Бизнес-план производства раковин 1 год.doc», размещенного на DVD-диске с заголовком текста «БИЗНЕС-ПЛАН организация предприятия по производству изделий из литьевого композитного камня».

Ответчик в нарушение принятых на себя обязательств по сохранению коммерческой тайны в соответствии с условиями договора, а также в нарушение статьи 10 ФЗ от 29.07.2004 № 98-ФЗ «О коммерческой тайне» (далее — Закон о коммерческой тайне, Закон № 98-ФЗ) предоставил гражданину Шашкову Максиму Алексеевичу из г. Омска Бизнес-план с указанием того, что ответчик является автором данного документа.

Бизнес-план предоставлен путем пересылки компьютерного файла с электронного адреса ответчика на электронный адрес Шашкова М.А. **Факт пересылки Бизнес-плана, текст и переписка сторон заверены нотариально протоколами осмотра доказательств 78 АА 4645294 от 02.08.2013 и 78 АА 4645657 от 08.10.2013.** *(грамотно создали доказательства для суда)*

В соответствии с пунктом 4.3.1 договора в случае установления факта передачи Технологии третьим лицам, клиент обязан выплатить поставщику **1 000 000 руб.** по каждому такому установленному факту.

03.02.2014 истцом в адрес ответчика направлена претензия с требованием оплатить штраф по договору от 25.06.2012 № 173/250612 в размере 1 000 000 руб. Претензия оставлена ответчиком без удовлетворения.

ИП Третьяков П.А., ссылаясь на пункт 4.3.1 договора, обратился в арбитражный суд с иском о взыскании с ИП Новикова В.Ю.

штрафа в размере 1 000 000 руб. за нарушение условий договора от 25.06.2012 № 173/250612 о коммерческой тайне, а также судебных издержек на оплату выписок из ЕГРИП, оплату услуг по составлению протоколов осмотра доказательств и судебных расходов на оплату государственной пошлины.

Суд первой инстанции пришел к выводу об обоснованности исковых требований ИП Третьякова П.А., в связи с чем **иск удовлетворил в полном объеме**».

*(Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 24.06.2015 № 13АП-16964/2014 по делу № А56-5365/2014. Постановлением Суда по интеллектуальным правам от 06.11.2015 № С01-1404/2014 по делу № А56-5365/2014 оставлено без изменений. примечания курсивом, как всегда, мои).*

## 17.11. ПРАКТИКА

Теперь мы с вами достаточно «подкованы», чтобы составить договор-страховку на переговорах. Вернемся к примеру с «Глубоководными».

Быть может, в том примере можно было бы обойтись и без договора. Быть может, хватило бы уловки. Как вы помните, защищать право можно тремя способами — закон, договор, уловка. Уловка была бы: «держи язык за зубами». Что стоило сказать «участок нужен для строительства офиса»? Или — про запас? Да что угодно, только не раскрывать цель покупки.

Впрочем, бывает, без раскрытия — никуда. Как определить, хватит ли мощности воды для аквапарка? А электричества? А что там за грунт? Можно ли там в принципе что-то строить? А разрешенное использование земли?

Можно, конечно, что-то выведать и окольными путями. У энергетиков, в земельном комитете и т.д. Но что-то — скажем, фактическое состояние грунта — может знать только собственник.

Ладно. Допустим, в том примере раскрытия не избежать. Тогда? Не претендую на совершенство. Надеюсь, вы придумали что-то лучше. У меня получился такой документец:

КОММЕРЧЕСКАЯ ТАЙНА, РАЗГЛАШЕНИЮ НЕ ПОДЛЕЖИТ  
собственность

ООО «Глубоководные»

(ИНН 1234567489)

### **Расписка**

#### **в получении конфиденциальной информации**

*01.08.2017 г.*

*г. Авалон*

ООО «Глубоководные» в лице директора Иванова И.И., далее — «Покупатель», и ООО «Собственник» в лице директора Сидорова С.С., далее — «Продавец», заключили настоящий договор (далее — «Договор») о передаче конфиденциальной информации (коммерческая тайна ООО «Глубоководные», далее — «КТ») и ведении переговоров на следующих условиях:

1. Договор не обязывает Покупателя продать Участок, не может служить в предварительным или основным договором продажи Участка. Участок будет продан, если Продавец и Покупатель придут к согласию о цене, прочих существенных условиях договора. Продажа Участка должна быть оформлена отдельным договором.

2. Слово «Участок» везде в тексте Договора значит земельный участок — кадастровый номер такой-то, адрес сякой-то, площадь такая-то, вписать иные характеристики. Продавец заверяет Покупателя:

- 1) Продавец обладает правом собственности на Участок;
- 2) На дату вступления в переговоры Участок не продан третьему лицу; дата вступления в переговоры указана в верхнем левом углу Договора;
- 3) Продавец не заключил предварительный или иной договор, предполагающий продажу Участка с третьим лицом;
- 4) Участок под арестом (иным обременением) не состоит;
- 5) Отсутствуют иные обстоятельства, препятствующие продаже Участка.

3. Стороны ведут переговоры честно и добросовестно. Расходы на ведение переговоров каждая сторона несет за свой счет.

4. В ходе переговоров, в день, указанный в верхнем левом углу Договора, Продавец получил КТ Покупателя: сведения об Объекте, который Покупатель хочет построить на Участке. Эти сведения указаны в Приложении 1 к Договору. В отношении этих сведений Покупателем установлен режим коммерческой тайны (КТ).

5. Независимо от исхода переговоров Продавец обязан:

1) не разглашать КТ Покупателя перед любыми третьими лицами, в том числе перед работниками ООО «Собственник». Под работниками стороны понимают любых лиц, с которыми у ООО «Собственник» есть как трудовые отношения, так и гражданско-правовые — независимо от того, оформлены эти отношения на бумаге или нет;

2) не использовать КТ Покупателя для строительства такого же или аналогичного Объекта как на Участке, так и на любом другом участке;

3) не использовать КТ Покупателя для строительства такого же или аналогичного Объекта через лиц, подконтрольных Продавцу. В частности, дочерних юр. лиц, юр. лиц, оформленных на родственников работников ООО «Собственник».

Кроме того: А) Продавец отвечает перед Покупателем независимо от наличия вины Продавца; и Б) Продавец отвечает за действия третьих лиц и подконтрольных лиц как за собственные — также независимо от наличия вины Продавца.

6. Если Продавец (третье лицо, а также лицо, подконтрольное Продавцу) нарушит обязательства, установленные п. 5 Договора, Продавец обязан:

1) выплатить Покупателю неустойку в размере пять миллионов рублей;

2) если неустойка не покроет убытки Покупателя, дополнительно возместить Покупателю убытки сверх неустойки.

7. Стороны предвидят убытки Покупателя в размере: 1) реальный ущерб — расходы Покупателя на разработку бизнес-плана Объекта, миллион рублей; а также

2) упущенная выгода — прибыль, не полученная Покупателем от коммерческой эксплуатации Объекта за два года — четыре миллиона рублей. Итого пять миллионов рублей. Эту сумму должна

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

компенсировать Покупателю неустойка, разумно и добросовестно установленная сторонами в предыдущем пункте Договора. Однако:

1) если у Покупателя будут иные убытки, не покрытые неустойкой, Продавец обязан возместить эти убытки дополнительно;

2) если фактические убытки Покупателя окажутся меньше указанной суммы неустойки, Продавец все равно будет обязан оплатить неустойку в полном размере — пять миллионов рублей. Таким образом, неустойка выполняет обеспечительную функцию и мотивирует Продавца не нарушать обязательства по Договору.

8. Факт нарушения обязательств из Договора Продавцом, третьим лицом, а также лицом, подконтрольным Продавцу, а также факт подконтрольности лица Продавцу, прочие значимые обстоятельства Покупатель вправе доказывать любыми доказательствами, в т.ч. и составленными Покупателем в одностороннем порядке.

9. Сторонам понятен Договор и правовые последствия. Договор не является для сторон кабальной сделкой. Иные пороки воли — насилие, угрозы, обман, заблуждение и т.д. — также отсутствуют.

10. Договор составлен в двух экземплярах. Подписан каждый лист. Договор также относится к коммерческой тайне Покупателя. Приложение 1 к Договору — неотъемлемая часть Договора.

11. Срок действия Договора — пять лет со дня заключения.

12. Все споры по Договору рассматривает Арбитражный суд Авалонской области.

13. Если в будущем стороны заключат иной договор (соглашение, иной документ) и в том договоре будет формулировка о недействительности предыдущих соглашений/договоренностей и т.д. — такая или подобная формулировка не влечет недействительность Договора и не прекращает Договор.

14. Адреса, реквизиты, подписи сторон».

## 17.12. РАЗБОР ПОЛЕТОВ

Скажете, «во накрутил!»? Да. Что здесь к чему. Называется «расписка», т.к. цель и суть — передать информацию под расписку. А также соблюсти первобытные ритуалы... Которые пока еще омрачают наше право своим присутствием. По содержанию, как вы заметили, расписка — гремучая смесь соглашений:

1) «о порядке ведения переговоров», предусмотренное ст. 434.1 п. 5 ГК;

2) о конфиденциальности;

3) о неустойке.

Всё? Нет. Пункт 4 специально написан так, чтоб из буквального прочтения следовало: переговоры состоялись, информация передана. В один пункт втиснут протокол переговоров. Если что, еще одно доказательство: переговоры были, никаких «мы вас впервые видим». Еще один «крючок» в доказательство «переговоры были» в п. 2, п.п. 2) расписки.

Описание объекта — аквапарк — вынес в приложение 1. Думаете, зачем? А затем, чтобы, читая расписку, нельзя было сразу понять, о чем идет речь, и — украсть идею. Доп. страховка. Если вторая сторона согласится подписать расписку, пусть подписывает. Только тогда даем на подпись Приложение 1. Тоже риск, но как еще подстраховаться в случае, когда хватило одной обмолвки, чтобы украсть идею?! Разумеется, грифы «коммерческая тайна» и «собственность "Глубоководных"» с ИНН должны быть на каждом листе и Договора, и приложения 1. Ох уж эти ритуалы...

Вам может показаться слишком смелым п. 5 — ответственность за работников. Не, нормально. Основа — ст. 402 ГК: «Действия работников должника по исполнению его обязательства считаются действиями должника. **Должник отвечает за эти действия, если они повлекли неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства**». Вот и пусть отвечает.

По-настоящему смелый пункт — ответственность продавца за подконтрольных лиц. Тут — да, наглею. Очень широко трактую ст. 403 ГК. А почему бы нет. Лучше так, чем ничего. Да и прямого запрета нет. Из той же оперы с тем же обоснованием — пункт об односторонних доказательствах.

Далее, «Продавец отвечает перед Покупателем независимо от наличия вины Продавца». Общий принцип права: «лицо, не исполнившее обязательства либо исполнившее его ненадлежащим образом, несет ответственность при наличии вины» (ст. 401 ГК, п. 1). И «отсутствие вины доказывается лицом, нарушившим обязательство» (п. 2 той же статьи).

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Но! В предпринимательских отношениях действует презумпция вины: «если иное не предусмотрено законом или договором, лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, то есть чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств».

Вы можете договором установить иное. Скажем, «принимающая сторона несет ответственность только за умышленное разглашение». И, будь я юристом принимающей стороны, я бы всеми силами проталкивал этот пункт в договор.

Но на стороне дающего — упаси господь!! Сами себе в ногу выстрелите. Последствия:

«В соответствии с разделом 5.1 Соглашения принимающая сторона несет ответственность за:

- умышленное разглашение или использование не по назначению конфиденциальной информации, полученной от передающей стороны;
- умышленное разглашение или использование не по назначению конфиденциальной информации лицами, которые работают или работали на них по найму, а также третьими лицами, получившими доступ к конфиденциальной информации в соответствии со статьей 3.

Вместе с тем доказательства, которые безусловно свидетельствовали бы о противоправном, умышленном поведении Общества, Компания не представила.

Поскольку Компания не представила доказательств в обоснование заявленных требований, суды правомерно отказали в удовлетворении встречного иска». (*Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 29.10.2015 по делу № А56-72074/2014*)

Поэтому закладываем ответственность без вины. Что у нас там осталось? Ага. Пункт 13 — защита от дурака. В болванках, да и начинающие договорники, любят тулить к месту и нет исчерпывающую оговорку. Наверняка видели, что-то вроде: «Договор — полная, единственная и исчерпывающая договоренность сторон. С даты

подписания Договора все прочие соглашения и договоры, устные и письменные, теряют силу».

Она, родимая. Мало ли, вдруг стороны все же заключат договор продажи Участка. И в договор как-то попадет типовая исчерпывающая оговорка. А так — пункт 13 нас спасет. Надеюсь...

## 17.13. Слияние

«Глубоководные» в нашем примере провели ритуалы по существу — т.е. выполнили требования ст. 10 Закона о КТ — в ОДНОМ документе. Установили режим КТ, очертили круг лиц и сведений и т.д.

Хватит ли? А как же прочие бумажные формальности? Если суд или ответчик спросят, где перечень, положение, журнал? Понятно, можно «нарисовать». Но нужно ли с точки зрения закона?

В доктрине часто говорят: нужно соблюсти ВСЁ<sup>1</sup>. Мне кажется, этот подход устарел. С 1 октября 2014 года ст. 1465 ГК, п. 1 действует в новой редакции. Практическое задание. Учимся читать закон. Сравните старую и новую редакции статьи. Отличие одно. Найдите.

### *Старая редакция:*

«Секретом производства (ноу-хау) признаются сведения любого характера (производственные, технические, экономические, организационные и другие), в том числе о результатах интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере, а также сведения о способах осуществления профессиональной деятельности, которые имеют действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности их третьим лицам, к которым у третьих лиц нет свободного доступа на законном основании и в отношении которых обладателем таких сведений введен режим коммерческой тайны».

### *Новая:*

«Секретом производства (ноу-хау) признаются сведения любого характера (производственные, технические, экономические, органи-

---

<sup>1</sup> См., к примеру, *Потрашкова О.А.* Коммерческая тайна: проблемы правовой защиты // Информационное право. 2013. № 1. С. 13 – 17.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

зационные и другие) о результатах интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере и о способах осуществления профессиональной деятельности, имеющие действительную или потенциальную коммерческую ценность вследствие неизвестности их третьим лицам, если к таким сведениям у третьих лиц нет свободного доступа на законном основании и обладатель таких сведений принимает разумные меры для соблюдения их конфиденциальности, в том числе путем введения режима коммерческой тайны».

Думаю, нашли. Если раньше было «в отношении которых обладателем таких сведений введен режим коммерческой тайны», то теперь: **«обладатель таких сведений принимает разумные меры для соблюдения их конфиденциальности**, в том числе путем введения режима коммерческой тайны».

То есть. Раньше обеспечить конфиденциальность можно было только через КТ; со всеми ритуалами и плясками из Закона о КТ. Никуда не денешься, «обязаловка». Теперь — достаточно «разумных мер».

Вроде бы можно и без ритуалов вовсе, но я бы не советовал. Поскольку суды привыкли к старой практике, лучше слегка «поплясать». Соблюсти требования закона о КТ по существу, как в примере с «Глубоководными», — сделать все в одном документе.

А прочие бумажные формальности — положение, журнал и т.д. — не исполнять. Для гражданско-правовых отношений с партнерами вполне хватит. Подчеркиваю — для гражданско-правовых отношений. Для трудовых — там отдельный ад. Доберемся в конце раздела.

А пока... Заметили? Я слил КТ с ноу-хау. Почему? Потому что «эти термины **равноценны** в своем содержании, перечислим их: 1) секрет производства; 2) ноу-хау; 3) информация, составляющая коммерческую тайну»<sup>1</sup>.

Скажу больше, КТ = ноу-хау = секрет производства = торговый секрет = нематериальный актив. Не буду лезть в академические дебри. В доктрине слияние понятий и без меня великолепно

---

<sup>1</sup> Ситишко Д.А. Секрет производства (ноу-хау) и коммерческая тайна: некоторые особенности использования секрета производства // Право и политика. 2009. № 4.

расписано<sup>1</sup>. Зайду с другой стороны: если мы присвоим нашей идее, тайне, иной ценной разработке помимо КТ еще режим ноу-хау, что нам это даст на практике?

Недаром во втором «маячке» умный договорник прописал в договоре «технология является ноу-хау и коммерческой тайной поставщика». Цель — присвоить технологии правовой статус ноу-хау. И? Что дальше?

## 17.14. ДРУГИЕ СПОСОБЫ ЗАЩИТЫ

Что такое «ноу-хау», дословно с английского — «знаю, как» — вы прочли выше в ст. 1465 ГК. Статья 1225 ГК, подпункт 12), относит секреты производства (ноу-хау) к, казенно говоря, «охраняемым результатам интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации».

Чудесно. И...? Беда в том, что для ноу-хау закон не устанавливает спец. средства защиты. А жаль. Статья 1252 ГК, п. 3, дает некоторым правообладателям очень мощное и эффективное средство защиты<sup>2</sup>:

«...при нарушении исключительного права правообладатель вправе вместо возмещения убытков требовать от нарушителя выплаты компенсации за нарушение указанного права. Компенсация подлежит взысканию **при доказанности факта правонарушения**. При этом правообладатель, обратившийся за защитой права, **освобождается от доказывания размера причиненных ему убытков**».

К примеру, если нарушено ваше право на изобретение, полезную модель или промышленный образец, вы вправе требовать, в

<sup>1</sup> См. *Гаврилов Э.П.* Защита частным правом секретов производства и информации, составляющей коммерческую тайну // Патенты и лицензии. 2015. № 4. С. 10–19; *Зорина Ю.Г., Фокин Г.В.* Дворцовые тайны ноу-хау // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2016. № 3. С. 101–108. и т.д.

<sup>2</sup> В доктрине одобряют: «Взыскание компенсации взамен возмещения убытков как способ защиты и как специфическая мера гражданско-правовой ответственности облегчает защиту потерпевшего, не обязанного доказывать размер возникших убытков и наличие причинно-следственной связи между противоправными действиями (бездействием) правонарушителя и наступившими отрицательными последствиями». *Андреев Ю.Н.* Судебная защита исключительных прав: цивилистические аспекты: монография. — М.: Норма, Инфра-М, 2011. — 400 с. — Глава IV, параграф 5.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

частности, «вместо возмещения убытков выплаты компенсации: в размере от десяти тысяч рублей до пяти миллионов рублей, определяемом по усмотрению суда исходя из характера нарушения» (ст. 1406.1 ГК).

Прискорбно, но ГК не предусматривает выплаты компенсации, если нарушено ваше право на ноу-хау, а также — оглашу весь список — право на коммерческое обозначение, фирменное наименование, селекционные достижения и топологии интегральных микросхем.

Что делать?

Во-первых, внимательно следить за изменениями в законе. Старожилы помнят<sup>1</sup>: давным-давно, в старой редакции Закона о КТ, была ст. 17, которая позволяла за нарушение КТ требовать вместо возмещения убытков — компенсацию. В размере от 50 до 50 000 МРОТ. Надеюсь, когда-нибудь творцы закона или старую норму вернут, или поправят ГК и дадут право на компенсацию для ноу-хау.

Во-вторых, если партнер не хочет подписывать ваш договор, где построена защита через неустойку или заранее оцененные убытки (ЗОУ), можно рискнуть. Попробовать распространить ст. 1252 ГК, п. 3 на ноу-хау... договором.

Мне сей путь кажется шатким и менее надежным, чем защита через неустойку/ЗОУ... Но в доктрине тоже иногда думают в эту сторону<sup>2</sup>. Основа — ст. 1472, п. 1, где: «нарушитель исключительного права на секрет производства, в том числе лицо, которое неправомерно получило сведения, составляющие секрет производства, и разгласило или использовало эти сведения... обязано возместить убытки, причиненные нарушением исключительного права на секрет производства, если иная ответственность не предусмотрена законом или договором с этим лицом».

Смуцает статья 1252 ГК, п. 3, где сказано, что компенсация возможна «в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом». А не договором. Но мне кажется, ТЕПЕРЬ, после эпохального

---

<sup>1</sup> Лапин Д. Коммерческую тайну рассекретили // Бизнес-адвокат. № 16. 2004.

<sup>2</sup> Хохлов В.А. Вопросы практики применения правил о компенсации в связи с нарушением исключительных прав // Закон. 2007. № 10.

Постановления Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах», может и пройти<sup>1</sup>.

В-третьих, если у вас есть ценная идея/информация/знания, не скупитесь на спеца по интеллектуальной собственности. Пригласите. Вместе подумайте, как лучше защитить вашу идею. Быть может, имеет смысл воплотить в изобретении, полезной модели, промышленном образце — и запатентовать. Тогда вы получите спец. средства защиты из права интеллектуальной собственности. Но прежде чем говорить со специалистом, подумайте вот о чем.

### 17.14.1. ЗАЩИТА ТАЙНОЙ

Некоторые идеи нельзя запатентовать в принципе — закон не позволяет. Пример — идея строительства аквапарка в таком-то городе. А бывает и наоборот. Запатентовать можно, но собственник идею не патентует. Намеренно.

Хрестоматийный пример — «Кока-кола». Напиток на рынке уже порядка ста лет, а компания до сих пор не запатентовала формулу<sup>2</sup>. Держит в тайне.

Хотя вполне могли бы запатентовать как изобретение<sup>3</sup>.

Менее известный пример: «На российском предприятии готовят смесь песка и цемента, а затем приходит черный ящик из Америки с составом, который делает эту смесь проникающей водоизолирующей бетонной смесью.

---

<sup>1</sup> Пункты 3-4: «если норма не содержит явно выраженного запрета на установление соглашением сторон условия договора, отличного от предусмотренного в ней, и отсутствуют критерии императивности, указанные в пункте 3 настоящего постановления, она должна рассматриваться как диспозитивная». То есть соглашением сторон можно установить иное.

<sup>2</sup> Известная история. Источник, в частности, <http://www.wikitopbrand.com/prodovolstvennye-tovary/napitki/coca-cola.html>

<sup>3</sup> Даже по нашему праву. Пример: «Как установлено судом в судебном заседании, патент РФ № 2424749 на изобретение «Безалкогольный напиток и способ его приготовления» был выдан по заявке № 2009130788/13 (с датой приоритета 13.08.2009) с указанием в нем в качестве патентообладателя Дунаева Дмитрия Вячеславовича (далее — Дунаев Д.В.), со следующей формулой: 1. Безалкогольный напиток, содержащий стабилизированный гель Алоэ Вера, сахар и/или его заменитель, камедь, желирующий агент и воду при следующем соотношении ингредиентов, мас. %:».

(Решение Суда по интеллектуальным правам от 15.04.2015 по делу № СИП-67/2014)

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Как ни сильна российская химическая наука, секрет смеси нашими учеными до сих пор не раскрыт. А владеют секретом «Пенетрона» только отец и сын — собственники американского предприятия»<sup>1</sup>.

Почему не патентуют? Причин две.

*Первая* — идею могут украсть уже на стадии «патентовки». И не только в нашей стране. Вспоминайте слова Деннинга: «Большая часть информации, которую Сигир дал Копидекс, была в открытом доступе. В частности, в Патентном бюро».

То же самое и у нас: «Если это объекты патентного права (технические решения), то о ноу-хау можно сразу забыть, никакой конфиденциальности информации и коммерческой тайны после оформления патента быть не может (основным источником утечки этих сведений является патентное ведомство)»<sup>2</sup>.

*Вторая* — пока идея в тайне, вы можете зарабатывать ВЕЧНО. Да, у вас нет спец. средств защиты из «интеллектуалки». Но если вы сможете хранить тайну — как «Кока-кола» или собственники «Пенетрона» — то защита и не нужна.

В чем тут неочевидная тонкость. Исключительное право на изобретение, полезную модель, промышленный образец и удостоверяющий это право патент действуют определенный срок (ст. 1363 ГК). Двадцать лет — для изобретений, десять лет — для полезных моделей, пять лет — для промышленных образцов.

А дальше? А дальше можно продлить. По каждому объекту (изобретения, модель, образец) свои сроки, условия и порядок продления. К примеру, срок действия исключительного права на промышленный образец и удостоверяющего это право патента может быть неоднократно продлен на пять лет, но в целом не более чем на двадцать пять лет (ст. 1363 ГК, п. 3).

Сколько ни продляй, срок действия патента рано или поздно неминуемо истечет. И тогда: «1. После прекращения действия исклю-

---

<sup>1</sup> Чайков М.Ю., Чайкова А.М. Коммерческая тайна как фактор повышения устойчивости и конкурентоспособности предприятия // Безопасность бизнеса. 2012. № 1. С. 15–17.

<sup>2</sup> Зорина Ю.Г., Фокин Г.В. Дворцовые тайны ноу-хау // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2016. № 3. С. 101–108.

чительного права изобретение, полезная модель или промышленный образец переходит в общественное достояние.

2. Изобретение, полезная модель или промышленный образец, перешедшие в общественное достояние, **могут свободно использоваться любым лицом без чьего-либо согласия или разрешения и без выплаты вознаграждения за использование»** (ст. 1364 ГК).

Теперь понимаете, почему «Кока-кола» не патентует напиток? Чтобы кормиться вечно.

Подумайте. Защита тайной, если сможете обеспечить, очень эффективна.

## 17.15. Ад

О краже информации на переговорах — в принципе, все. Тут бы и остановиться. НО. Я часто переписываюсь с читателями. Читатели часто жалуются на «полноту» образования. Из недавнего:

«Действительно, университет не помог выработать навык поиска нужной практики. Да что уж там, 4 года нас учили сугубо теории. Ни написания исковых заявлений, ни тем более составления договора» (*Виктория Архарова, цитирую с ее согласия*).

Поэтому считаю важным обозначить еще один риск, которому не учат на юрфаке. Это — кража информации работниками. У своей же фирмы. Слово очевидцу:

«Я сам был свидетелем такого случая, работая в частном учебном заведении. К нам устроился положительный и солидный мужчина менеджером по организации учебного процесса в средних школах города.

Проработав почти три года и изучив весь процесс, он увольняется и забирает с собой не только всю базу данных, но и все методические наработки. Через некоторое время он организовал подобную фирму, переманив к себе не только клиентов, но и преподавателей»<sup>1</sup>.

Как вы думаете, если бы обкраденная фирма пошла в суд, чем бы кончилось дело? Если заранее не озаботится сохранностью КТ — проигрыш. Вот очень звонкий и показательный пример:

---

<sup>1</sup> Новиков Е.А. Приказы по кадрам. — М.: РАВНОВЕСИЕ, 2008.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

«Юшкова Юлия Владимировна работала в ООО «ЛюксуРита» в должности менеджера, в обязанности которого входило принятие и обработка заказов от покупателей.

Общество, полагая, что Юшкова Ю.В. в период своей работы в должности менеджера в ООО «ЛюксуРита», имея доступ к компьютеру, подключенному по сети «Интернет» к центру заказов № 120, принадлежащий обществу, скопировала персональные данные 155 клиентов и использовала сведения, составляющие коммерческую тайну истца, в результате чего общество понесло убытки в виде потери контрагентов, что послужило основанием для обращения в арбитражный суд с настоящим иском.

Суды первой и апелляционной инстанций, отказывая в удовлетворении исковых требований, исходили из того, что истцом не доказано введение ООО «ЛюксуРита» режима коммерческой тайны в отношении своей клиентской базы, а также наличие предупреждения Юшковой Ю.В. о конфиденциальности имеющейся информации.

В соответствии с пунктом 1 статьи 15 ГК РФ (далее — ГК РФ) лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков, если законом или договором не предусмотрено возмещение убытков в меньшем размере.

Согласно статье 139 ГК РФ информация составляет служебную или коммерческую тайну в случае, когда информация имеет действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности ее третьим лицам, к ней нет свободного доступа на законном основании и обладатель информации принимает меры к охране ее конфиденциальности. Сведения, которые не могут составлять служебную или коммерческую тайну, определяются законом и иными правовыми актами.

В силу пункта 2 части 1 статьи 10 ФЗ от 29.07.2004 № 98-ФЗ «О коммерческой тайне» одной из мер по охране конфиденциальности информации является ограничение доступа к информации, составляющей коммерческую тайну, путем установления порядка обращения с этой информацией и контроля за соблюдением такого порядка.

В соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 11 ФЗ «О КТ» в целях охраны конфиденциальности информации работодатель обязан

ознакомить под расписку работника с установленным работодателем режимом коммерческой тайны и с мерами ответственности за его нарушение.

Для этого необходимо издание локального нормативного акта на предприятии (положения о коммерческой тайне, утверждаемого приказом генерального директора), который должен содержать нормы о порядке обращения с подобной информацией (порядок передачи, учета, регистрации, копирования, хранения, уничтожения соответствующих документов и др.).

С данным актом работник должен быть ознакомлен под роспись. Также необходимо под роспись ознакомить работника с возможными мерами ответственности, предусмотренными действующим законодательством.

Суды первой и апелляционной инстанций, установив, что в материалах дела отсутствуют доказательства соблюдения обществом условий по установлению режима коммерческой тайны и охране конфиденциальности информации в отношении клиентской базы, руководствуясь положениями статьи 1064 ГК РФ, пришли к обоснованному выводу о том, что заключение ИП Юшковой Ю.В. договоров с контрагентами ООО «ЛюксуРита» само по себе не может свидетельствовать о причинении убытков обществу, а потеря клиентов у одного из них не является безусловно следствием использования предпринимателем сведений, составлявших коммерческую тайну общества. *(ну как можно отрицать очевидное?!)*

Учитывая изложенное и принимая во внимание, что истцом не доказан размер убытков, суды обеих инстанций пришли к правильному выводу об отсутствии у ООО «ЛюксуРита» убытков в виде упущенной выгоды, причиненных ИП Юшковой Ю.В.». *(Постановление ФАС Поволжского округа от 10.07.2012 по делу № А57-11021/2011)*

Я говорил, что совковые ритуалы и четыре документа для ввода режима КТ — слишком много, громоздко и архаично — **для гражданско-правовых отношений**. Но для защиты КТ в трудовых отношениях ритуалы — насущная необходимость<sup>1</sup>. Не проведете — работники обдерут вас как липку.

<sup>1</sup> Специфику ритуалов КТ по отношениям с работниками см., в частности, в ст. 11 Закона о КТ.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Ужас в другом. Даже если вы проведете все ритуалы, спасенья НЕТ. В глухой теории, в рамках КТ и трудового права вы можете взыскать с работника реальный ущерб. Но вряд ли... Пример:

«Из показаний допрошенных в суде первой инстанции свидетелей следует, что, уволившись из ООО «Группа индустриальных технологий», С. устроился на работу в ООО «Сател». Ответчик ознакомил сотрудников ООО «Сател» с информацией о рынке сбыта, схемах продвижения продукции, что позволило последнему принять участие в тендере, объявив о снижении цены на необходимое заказчику оборудование.

<...> Каждая из сторон трудового договора обязана доказать размер причиненного ей ущерба. **Исходя из указанных норм закона, возмещению подлежит прямой действительный ущерб, неполученные доходы (упущенная выгода) взысканию с работника не подлежат.**

С учетом содержания приведенных выше положений, вывод суда о том, что истец, в нарушение требований ст. 56 ГПК РФ, не представил суду достоверные доказательства, подтверждающие наличие прямого действительного ущерба, размер причиненного ущерба, вину работника в причинении ущерба, причинную связь между поведением работника и наступившим ущербом, является законным и обоснованным». (*Апелляционное определение Московского городского суда от 14.08.2014 по делу № 33-28310*).

Проникнитесь. Вы десять лет поднимали свое дело. Нарабатывали клиентов. Строили связи. Тащили на своем горбу уйму рисков — от банкротства и бандитов до налоговой и внезапных законов. А тут какой-то выскочка, поработав годик у вас, одним махом скачет из грязи — да в князи. Через вашу голову.

Над противоядием от выскочек много лет бьются лучшие юристы страны... Пока без толку. Потому и ад — эффективной защиты НЕТ. Наверно, корень зла — наследие «совка». Норма «работник возмещает только реальный ущерб» — пережиток советского прошлого.

Когда КТ не было и в помине, работник мог от силы сломать станок, повредить товар, еще как-то напакостить — просто и понятно, в духе тех времен. Под такие простые выходки и написана норма «только реальный ущерб».

Сегодня эта норма безбожно устарела. В случае с уводом клиентов не работает в принципе. Потому что при уводе реального ущерба нет. Только упущенная выгода. Которую в аду трудового права вы не взыщете никогда.

### 17.15.1. ЗЫБКИЙ ВЫХОД

Единственный зыбкий выход — помимо ритуалов и КТ, при увольнении заключать с работником гражданско-правовой договор о молчании (неразглашение КТ).

Именно при увольнении, на следующий день после. Чтобы трудовые отношения кончились и начались гражданско-правовые. Где пережиток прошлого из ТК — упущенная выгода взысканию не подлежит — действовать не будет.

Спорно. Рискованно. Туманно. Но других вариантов нет.

Добросовестнее и честнее заключить с работником сразу, при устройстве на работу, и трудовой договор, и гражданско-правовой — соглашение о конфиденциальности. Но вряд ли спасет. Одни уже попробовали:

«ООО «Оптовик» обратилось с иском к А. о взыскании денежных средств. В обосновании указано, что 06.10.2010 ответчик принят на работу в ООО «Оптовик» в качестве специалиста по маркетинговым исследованиям.

В этот же день с А. заключен трудовой договор № ... и договор о конфиденциальности и неразглашении информации, в соответствии с пунктом 5.3 которого предусмотрен штраф в размере 100 000 рублей за нарушение обязательств по разглашению конфиденциальных сведений в отношении общества.

Поскольку А. нарушил политику конфиденциальности, истец просил взыскать с него денежную сумму в размере 100 000 рублей. Суд вынес решение об отказе в удовлетворении иска.

В апелляционной жалобе ответчик просит решение суда отменить, ссылаясь на то, что договор о конфиденциальности имеет гражданско-правовую природу, поскольку его предметом является информация, которая является объектом гражданских прав в соответствии с ГК РФ.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

<...> Разрешая спор, суд первой инстанции пришел к правильному выводу об отсутствии правовых оснований для взыскания с работника штрафа за нарушение трудовой дисциплины, поскольку такой вид санкции трудовым законодательством не предусмотрен, а доказательств причинения ущерба работодателю на изыскиваемую сумму не представлено.

С данным выводом суд апелляционной инстанции соглашается.

Договор о конфиденциальности, заключенный с работником в рамках трудовых отношений, не является гражданско-правовым, как ошибочно полагает истец, и к данным правоотношениям применим вышеуказанный специальный закон и Трудовой кодекс РФ, которые не предусматривают ответственность работника за нарушение положений о коммерческой тайне в виде штрафа.

Таким образом, избранный истцом способ защиты о возложении на ответчика денежной компенсации (штрафа) в связи с предоставлением контрагенту информации, касающейся хозяйственной деятельности организации, в данном случае не может быть расценен как надлежащий, поскольку доказательств причинения обществу убытков не имеется». (*Апелляционное определение Верховного Суда Республики Татарстан от 23.03.2015 по делу № 33-4126/2015*)

Как вариант, можно попробовать заключить с работником в день приема на работу два договора. Трудовой (обычный) и гражданско-правовой (о конфиденциальности). Но в договоре о конфиденциальности поставить условие: вступает в силу на следующий день после расторжения трудового. Быть может, сработает... В практике такой схемы еще не видел...

#### 17.15.2. Путь самурая

Вы можете подумать: если в трудовых отношениях нет защиты, то и с ритуалами КТ (ввод режима, разработка документов и т.д.) можно не заморачиваться.

Да как вам сказать... Я бы советовал все-таки провести ритуалы. Особенно если вы — «штатник». Руководство о КТ может и не знать. Бизнес редко вникает в право. А вам вроде как по должности положено... «ты ж юрист! ты должен знать! почему не предупредил?»

Я к тому, если работник уволится и украдет информацию, крайним будет юрист. И доказывай потом, что это не входит в ваши должностные обязанности, что такой задачи никто не ставил и т.д. Барский гнев будет страшным, а расправа — быстрой.

Поэтому, если на вашей работе есть КТ, но не введен режим КТ... Берите шаманский бубен и пляшите. Разрабатывайте документы. Положение, расписка, перечень и т.д. Пишите докладную начальству. Обосновывайте: «надо ввести, а иначе понесем убытки» — желательно, с четкими цифрами. Если и после этого отказ — на здоровье. Но вы с себя ответственность сняли.

Еще. По сложившейся практике обычно документы по КТ утверждает директор<sup>1</sup>. В доктрине вы можете прочесть: «утверждение приказом директора организации примерного перечня информационных областей, сведения из которых могут составлять коммерческую тайну организации»<sup>2</sup>.

Этот подход не совсем верен. Чтобы не лезть в дебри «корпоративки», скажу так. ВЕРНЯК — утвердить документы по КТ решением участников (ООО) или собранием акционеров (в публичных компаниях). И спать спокойно.

## 17.16. ТЕМНЫЕ ВЕКА. ПОСТСКРИПТУМ

Напоследок хочу развенчать один миф. В доктрине вы можете прочесть, будто «в России в дореволюционный период вопросам правовой охраны коммерческой тайны (по терминологии того вре-

---

<sup>1</sup> «Перечень сведений, составляющих КТ, утвержден управляющим директором». (Постановление 1ААС от 18.10.2013 по делу № А79-3399/2013). Еще: «Приказом директора № 6/С от 01.02.2008 (т. 2, л.д. 3) налогоплательщик определил перечень информации, составляющей секреты производства (коммерческую тайну); ограничил доступ к информации, составляющей секреты производства, путем установления порядка обращения с этой информацией и контроля за соблюдением такого порядка». (Постановление 18ААС от 13.05.2009 № 18АП-2276/2009 по делу № А76-27669/2008). Также Кассационное определение Московского городского суда от 20.08.2015 № 4г/2-8123/15 и Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 18.08.2015 № 33-13135/2015 по делу № 2-1146/2015

<sup>2</sup> *Киракосян С.А., Максимич А.В.* О коммерческой тайне и ее защите // Юрист. 2011. № 20. С. 24 — 26; *Петров М.И.* Безопасность и персонал. — М.: Журнал «Управление персоналом», 2006. — 238 с. и т.д.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

мени — промысловая тайна) уделялось должное внимание в работах известных цивилистов.

Так, В. Розенберг отмечал признание института коммерческой тайны русским законодательством, что являлось, по его мнению, важным средством защиты против недобросовестной конкуренции (*Розенберг В. Промысловая тайна. СПб., 1910. С. 68*)<sup>1</sup>.

Ничего подобного. Работ известных цивилистов — кот наплакал. Аж целая одна, та самая, Розенберга. И Розенберга известным цивилистом назвать сложно. Известно только ФИО — Владимир Валентинович, дата рождения — 1879 г. и должность — приват-доцент кафедры русского гражданского и торгового права и судопроизводства в университете СПб.

Всё. Куда автор делся с кафедры, когда умер — неизвестно. Хорошо хоть книга уцелела...

Судя по книге, автор черпал идеи у немцев: «первый вопрос — что может почитаться тайным в объективном смысле. На это дает ответ практика имперского суда — требуется не абсолютная тайна, а лишь не общеизвестность (*Offenkundigkeit, Offentlichkeit, нем.*). Общеизвестным называют то, что известно неопределенно большому кругу лиц и доступно восприятию всякого желающего».

Ох... Почему-то наши ученые мужи — что тогда, что сейчас — смотрят... что греха таить, частенько и заимствуют идеи... прежде всего из немецкой доктрины. А в другую сторону посмотреть?!

В Англии первое дело об огласке информации — *Prince Albert v Strange (1849)*. Недавно вспоминали в деле *CampbellvMirror-GroupNewspapersLtd [2004] UKHL 22*. И дело принца суд назвал «семенем, откуда проросло право на защиту информации». Их суд УЖЕ ТОГДА признавал право и на тайну, и на судебную защиту тайны<sup>2</sup>...

Понимаю, из букв «о», «п», «ж», «а» тяжело собрать слово «счастье». Но все же надеюсь: когда-нибудь наше право преодолеет наследство «совка». И таки пойдет в ногу со временем.

---

<sup>1</sup> *Гаврилов Э.П., Еременко В.И.* Комментарий к части четвертой ГК РФ (постатейный). — М.: Экзамен, 2009. — 973 с. комментарий к ст. 1465.

<sup>2</sup> Подробнее см. книгу «Гарри о нарушении обязательства хранить тайну: защита тайной информации», коллектив авторов. 2-е изд. Англия, издательство Университета Оксфорд, 2012. — Глава 2.05.



# [ 18 ]

## ДОГОВОР С ТРЕТЬИМ ЛИЦОМ «ЧЕРЕЗ ВАШУ ГОЛОВУ»

*Да, кум, пока не перевелись олухи на Руси,  
что подписывают бумаги не читая, нашему  
брату можно жить.*

*Гончаров И.А. «Обломов»*

**П**омечтаем. Допустим, дорогой читатель, вы стали легендарным юристом. Почему бы и нет. Все мы глядим в Наполеоны. И так, у вас наконец-то появилось много денег. Вы решили прикупить себе дачку.

В другой стране. На всякий случай. Мало ли, как карта ляжет. Вдруг у нас станет беспокойно. Или просто захочется летом с семьей отдохнуть, подальше от «совкового» сервиса и привычной разрухи.

Вряд ли вы будете каждую неделю летать в чужую страну, бегать по объявлениям, смотреть варианты. Скорее всего, наймете посредника. А сами приедете всего два раза. На предварительные переговоры — посмотреть дом. И на окончательные — подписать договор и получить ключи.

Тут мы подходим к интересному феномену. При покупке в чужой стране вам и в голову не придет кинуть посредника. Вы расплатитесь честь по чести. Но если вы покупаете «недвижку» в своем городе или в пределах нашей необъятной... может быть искус обмануть посредника. Не заплатить за помощь.

Многие, увы, считают: посредник получает деньги ни за что, «кинуть» этого халявщика — доброе и достойное дело. Скажу больше, в сети есть даже статьи и форумы на тему «как кинуть риелтора». Пишут всякую крамолу, обобщая:

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

№	Крамольные мыслишки «кидал»	Комментарии
1.	«Если вы осматриваете недвижимость вместе с хозяином и агентом, то вернитесь через полчаса и договоритесь с хозяевами напрямую, а агент пусть идет лесом-полем».	Договор с 3-м лицом через голову посредника.
2.	«Попросите друга съездить на осмотр, узнайте адрес, а потом езжайте и говорите с собственником».	Кража информации чужими руками.
3.	«Договоритесь с агентом — заплатите полцены услуг агенту, а не агентству».	Посредник использует информацию работодателя в личных целях. Вполне можно подвести под разглашение КТ.
4.	«За магарыч через друга в агентстве изучите базы данных агентства».	Да, советуют и такое. Опять воровство КТ чужими руками.
5.	«Многие риелторы не заключают договора или заключают договора после подбора вариантов, поэтому у вас нет перед ними обязательств. Можно посмотреть варианты, заключить договор с собственником, а посреднику сказать спасибо».	Умный, битый жизнью посредник без договора работать не будет. Менее опытный влепит иск о неосновательном обогащении по ст.1102 ГК. Как минимум. Можно подтянуть и ст. 434.1 ГК (преддоговорная ответственность). Или — убытки из заверений. И таскать по судам, изводить исками, пока «кидала» не заплатит по счетам.

Ну как? Прониклись уровнем правовой культуры современного обывателя? Да... После таких статей постулат «никто не вправе извлекать выгоду из противоправного поведения» звучит как анекдот... Казалось бы, чему удивиться? Уж если есть семинары на тему «Как украсть чужой бизнес и сделать его своим»... Но тем не менее. Грустно...

Обыватель думает, будто посредники есть только в «недвижке». Э, нет. Сфера гораздо шире. Тут тебе и пригонка авто-мото из-зарубежа. Тут тебе и поиск/покупка редкостей в других городах и всяях внутри страны. И финансовое посредничество — «помогу получить кредит». И деловое — «возьму ваш товар на реализацию», «найду клиентов на ваши услуги» и т.д.

Посредников много. А теперь ставим себя на место посредника. Кого норовят объегорить все кому не лень. Часто — ОБЕ стороны

договора. Что делать? Как страховаться? Изучим. Разберемся. Главу посвящаю всем добросовестным посредникам. (Таня, привет!)

## 18.1. ВЫВИХИ ПРАКТИКИ

Как оформить отношения посредника и выгодоприобретателя? ГК предлагает три договора: 1) агентский; 2) поручение; 3) комиссия.

Если хорошо учили теорию, но не знаете практику, то пойдете по одной из этих моделей. Вроде логично. На то эти договоры и в кодексе. Так вас учили зубры на юрфаке. И выучили не одно поколение юристов...

**О чем не говорят теоретики: суды при малейшей возможности толкуют любой договор с посредником как... договор возмездного оказания услуг — полностью или в части.**

К примеру: **«Предметом агентского договора фактически является оказание посреднических услуг, из агентского договора вытекает обязанность агента выполнить поручение принципала в четком соответствии с его указаниями, содержащимися в условиях договора».** (*Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 17.10.2014 по делу № А46-15228/2013*)

Поэтому, если вы думаете сделать агентский или поручение, будьте готовы. Суд включит любимую шарманку — «квалификация договора определяется не его названием либо названием сторон, а содержанием договора». И вы с треском вылетите на возмездное оказание услуг. Еще примеры «вылетов»:

1) «По агентскому договору одна сторона (агент) обязуется за вознаграждение совершать по поручению другой стороны (принципала) юридические и иные действия от своего имени, но за счет принципала либо от имени и за счет принципала (пункт 1 статьи 1005 Кодекса).

Как установили суды, согласно условиям договора ООО УК «Волжский-3» приняло на себя следующие обязательства:

- осуществить сбор абонентской платы с жильцов (предприятий, организаций, ассоциаций и других юридических лиц) за оказанные ООО «Связьтелеком сервис» услуги (пункт 1.1);

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

- обеспечить доступ работникам истца к оборудованию системы кабельного телевидения, размещенного на его территории, для проведения профилактических и иных работ (пункт 2.2). В пункте 4.4 договора стороны предусмотрели, что ООО УК «Волжский-3» несет материальную ответственность за повреждение сети коллективного приема кабельного телевидения при проведении текущего и капитального ремонта жилых домов.

Согласно пункту 2.4 договора (с учетом приложения от 01.01.2010 № 1 к договору) ООО «Связьтелеком сервис» оплачивает услуги по сбору абонентской платы в размере 10 процентов от общей суммы собранных средств.

Апелляционный суд, истолковав условия договора по правилам статьи 431 Кодекса, пришел к выводу, что **договор в части исполнения сторонами пунктов 1.1, 2.2, 2.4, 4.4 является договором возмездного оказания услуг**, согласно которому ООО «Связьтелеком сервис» является заказчиком услуг, а ООО УК «Волжский-3» — исполнителем». (*Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 26.12.2012 по делу № А79-5787/2012*)

2) «Предприниматель, считая, что завод должен оплатить ему услуги агента в размере 15% от суммы реализованной продукции, обратился с иском в суд. Расчет вознаграждения предприниматель произвел исходя из стоимости продукции, реализованной ООО «Урал ВВК» по договору поставки от 07.04.2009 № 02.

Суды обоснованно установили, что договор № 01 содержит в себе элементы как агентского договора (в части заключения договоров с клиентами), так и договора возмездного оказания услуг (в части размещения рекламы продукции), в связи с чем отношения между сторонами регулируются главами 39 и 52 ГК РФ.

В силу пункта 1 статьи 779 ГК РФ по договору возмездного оказания услуг исполнитель обязуется по заданию заказчика оказать услуги (совершить определенные действия или осуществить определенную деятельность), а заказчик обязуется оплатить эти услуги.

Заказчик обязан оплатить оказанные ему услуги в сроки и в порядке, которые указаны в договоре возмездного оказания услуг

(пункт 1 статьи 781 ГК РФ)». (Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 03.04.2015 № Ф08-1615/2015 по делу № А15-1439/2013)

3) «По своей правовой природе договор от 20.06.2008 на посреднические услуги по заключению договора купли-продажи недвижимости является договором возмездного оказания услуг.

В соответствии с частью 1 статьи 779 ГК РФ по договору возмездного оказания услуг исполнитель обязуется по заданию заказчика оказать услуги (совершить определенные действия или осуществить определенную деятельность), а заказчик обязуется оплатить эти услуги.

Данный договор относится к числу консенсуальных договоров, так как считается заключенным с момента достижения сторонами соглашения по всем существенным условиям. Соглашение сторон является необходимым для вступления договора в юридическую силу.

**<...> Риелторская деятельность — это осуществляемая постоянно или систематически посредническая предпринимательская деятельность по возмездному оказанию услуг** при совершении гражданско-правовых сделок с объектами недвижимости и правами на них на рынке недвижимости, в том числе по приобретению, продаже и обмену объектов недвижимости в соответствии с действующим законодательством.

Исходя из сложившихся в деловом обороте правоотношений сторон, к риелторским услугам относится деятельность в том числе: в качестве агента или поверенного, в качестве комиссионера, в качестве посредника между третьими лицами, по доверительному управлению недвижимым имуществом, по предоставлению консультационных услуг, услуг по изучению конъюнктуры рынка, иных возмездных услуг, сопутствующих гражданскому обороту недвижимого имущества.

Таким образом, риелторская деятельность включает в себя широкий круг **услуг**.

Договор оказания услуг должен содержать четкие формулировки предмета договора, а также круг прав и обязанностей сторон». (Постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 20.08.2009 по делу № А11-1174/2009)

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Зная практику, разумно: 1) изначально строить отношения в договоре через возмездное оказание услуг; или 2) делать агентский договор, но с учетом специфики договора оказания услуг (смешанный договор). Здесь вас подстерегают:

## 18.2. ТИПОВЫЕ ОШИБКИ

Да, посредника любят обманывать обе стороны договора. Печально... Но гораздо печальнее, что посредник с удручающим постоянством сам себя лишает вознаграждения. Сторонам и обманывать не надо. «Не толкай, сам споткнется — ошибется».

*Первая ошибка — «размытый» договор.* В типовых болванках обязательства посредника обычно писаны по принципу «всё до кучи», примерно так:

«Исполнитель обязуется организовать проведение экспертизы представленных Заказчиком документов, консультирование Заказчика по предмету договора и проводимым Исполнителем действиям, проведение рекламной кампании реализуемого объекта, организацию показа объектов потенциальным покупателям, проведение переговоров с потенциальными покупателями на предмет продажи имущества Заказчика, ознакомление потенциальных покупателей с технической документацией на объекты, организацию встречи покупателей с Заказчиком и представителями Заказчика».

Если посредник пойдет в суд с таким договором взыскивать цену своих услуг... «конец немного предсказуем». Договор не заключен. Отказ в иске. Крайне редко посредник отожмет хоть малую толику за труды свои...

**Пример раз: «Соглашением сторон не установлена цена на конкретные услуги... не подтверждены объемы фактически оказанных услуг».**

Согласно пункту 3 статьи 424 ГК РФ в случаях, когда в возмездном договоре цена не предусмотрена и не может быть определена исходя из условий договора, исполнение договора должно быть оплачено по цене, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные товары, работы или услуги.

Истец в нарушение положений пункта 3 статьи 424 ГК РФ таких доказательств не представил». (*Постановление ФАС Поволжско-*

го округа от 15.03.2013 по делу № А12-13221/2012, Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 22.04.2016 № 15АП-18572/2015 по делу № А32-28474/2015, Определение Приморского краевого суда от 30.06.2015 по делу № 33-5385/2015 и т.д.)

Пример два: «Принимая решение, суд первой инстанции исходил из того, что договоры о предоставлении риелторской услуги, связанной с оформлением объекта недвижимости от 09.09.2008, являются незаключенными, **поскольку в них сторонами не согласованы предмет и стоимость услуг**, а также из недоказанности фактического оказания услуг ответчику.

<...> При этом суд области правильно установил, что в указанных выше договорах **отсутствует перечисление определенных действий, которые должен совершить истец**, данные договоры предусматривают лишь то, что исполнитель обязуется оказать услуги по оформлению объекта недвижимости,

но из договора не следует, в чем именно состоит «оформление объекта недвижимости» и какие действия должен совершить исполнитель для оформления объекта недвижимости». (Постановление 12ААС от 31.01.2011 по делу № А68-4954/10, Постановление ФАС Дальневосточного округа от 12.05.2009 № Ф03-1651/2009 по делу № А04-5568/2008, Апелляционное определение Ростовского областного суда от 06.08.2014 по делу № 33-10535/2014 и т.д.)

Я привел всего два примера... из сотен. Жуть что творится. Договоры с посредниками валяются в судах, аки карточные домики. Из-за треклятой незаключенности. Странно... Уже лет пять как есть позиция «вышки»:

**«В случае наличия спора о заключенности договора суд должен оценивать обстоятельства и доказательства в их совокупности и взаимосвязи в пользу сохранения, а не аннулирования обязательства, а также исходя из презумпции разумности и добросовестности участников гражданских правоотношений, закрепленной ст. 10 ГК»<sup>1</sup>.**

---

<sup>1</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 08.02.2011 № 13970/10 по делу № А46-18723/2008. Воспринято современной практикой — Определение Верховного Суда РФ от 03.03.2016 № 309-эс15-13936 по делу № А71-10520/2014, Определение Верховного Суда РФ от 20.04.2016 № 310-ЭС16-3576 по делу № А68-13322/2014, Определение Верховного Суда РФ от 11.12.2015 № 301-ЭС15-15647 по делу № А43-7745/2014 и т.д.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

И — не помогает. Почему? Мне кажется, основная причина — правовая неграмотность посредников. Привычка работать по старым болванкам. Экономия на нашем брате — юристе. Потому и говорят: «Не заплатишь своему юристу — заплатишь чужому».

Потому-то в договорах посредников встречаются вот такие перлы: «В п. 2.1.9 названного договора стороны установили, что работасчитается принятой после подписания акта приемки работ. Пунктом 4.2 предусмотрено, что в случае неисполнения условий договора по вине **заказчика, исполнителю** должны быть возмещены убытки, а также фактически понесенные расходы, в том числе расходы по рекламе, оплате труда риелтора» (цитирую по *Апелляционному определению Хабаровского краевого суда от 19.06.2015 по делу № 33-3873/2015*).

Оценили?! «Работа» — о, так это у нас подряд?! Ну надо же... А дальше — «заказчик, исполнитель». Так подряд или возмездное оказание услуг?! Еще веселее: «оплата труда риелтора»?! Быть может, пред нами трудовой договор? Вряд ли... Тогда включать труд в состав убытков, как мы знаем из прошлых глав, заведомо проигрышно и бессмысленно.

*Вторая ошибка — сам себе в ногу выстрелил.* Тоже следствие правовой неграмотности. Тоже смех сквозь слезы. Посредник составил договор с клиентом, а в суде договор — внезапно! — обернулся ПРОТИВ посредника. Из-за непродуманной формулировки в договоре... роковой. Пример:

«Согласно пункту 6.1. договора стороны констатируют, что на момент подписания настоящего договора поверенным были оказаны доверителю информационно-консультационные услуги, предусмотренные п. 1.1.1 договора.

Пункт 4.5 договора предусматривает, что при досрочном прекращении действия договора по инициативе доверителя поверенный прекращает исполнение принятых на себя обязательств по настоящему договору с момента получения от доверителя заявления о прекращении действия настоящего договора.

При этом денежные средства, оплаченные доверителем, составляющие сумму 1-го платежа (п. 3.1), возврату доверителю не подлежат. Указанная сумма денежных средств будет являться вознаграж-

дением поверенного за оказанные услуги, предусмотренные п. 1.1.1 договора.

**В силу положений п. 3.2 договора выполнение обязательств по настоящему договору подтверждается подписанным сторонами двусторонним актом об исполнении настоящего договора (в полном объеме или частично).(роковая формулировка)**

Учитывая, что двусторонний акт, предусмотренный п. 3.2 договора, подтверждающий выполнение поверенным обязанностей, предусмотренных п. 1.1.1 договора, сторонами не подписан, (последствия) что пункт 6.1 договора о констатации факта оказания информационно-консультационных услуг не подтверждает надлежащее и полное исполнение обязательств, предусмотренных п. 1.1.1 договора, а доказательств понесенных поверенным расходов, связанных с оказанием доверителю информационно-консультационных услуг, не представлено, судебная коллегия находит довод представителя ответчика необоснованным». (Апелляционное определение Московского городского суда от 24.03.2014 по делу № 33-9104/2014, пометки мои)

*Третья ошибка — заложили стандартную схему «всё или ничего». Здесь сложнее. Первые две ошибки можно устранить на стадии «пишем проект договора» — после переговоров. А чтобы не совершить третью, надо сразу, на переговорах, договориться с клиентом об особой схеме отношений.*

В чем сложность. Не знаю как у вас, читатель, а у нас в Авалоне большинство заказчиков готовы платить посреднику ТОЛЬКО по итогу. Помог продать квартиру? Хорошо. Молодец. Вот твой процент. Обычно 3—5% от цены проданного имущества. Бегал-мотался, но толку нет? Твои проблемы. Квартира не продана — не дам ни копейки. Всё или ничего.

В этой схеме все риски на посреднике. Самое обидное, что даже если посредник носится как угорелый и таки продает имущество Заказчика, посредник все равно рискует остаться у разбитого корыта. К примеру, так:

«Стоимость услуг рассчитана истцом исходя из 3% от стоимости объекта недвижимости по предполагаемой цене продажи.

В соответствии с пунктом 3.2 договора в случае заключения между Заказчиком и покупателем имущества договора купли-

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

продажи имущества (иного вида договора, в соответствии с которым заказчик передает право собственности на имущество) цена услуг, оказываемых Исполнителем по настоящему договору, устанавливается в размере 3% от стоимости имущества.

Как правильно отметила апелляционная инстанция, из указанного пункта договора **не представляется возможным определить цену договора, не указано, от какой стоимости имущества рассчитывается цена услуг**: от стоимости, по которой продано имущество, либо от стоимости, указанной в спецификации к договору». (*Постановление ФАС Поволжского округа от 15.03.2013 по делу № А12-13221/2012*)

## 18.3. РАБОТА НАД ОШИБКАМИ

Несмотря на повальную любовь к схеме «все или ничего», заказчики, тем не менее, готовы дать посреднику аванс. Чтоб шустрее бегал. Догадываетесь, в чем коварство?!

Верно. Если беготня посредника не даст итога, не приведет к продаже, заказчик преспокойно взыщет с посредника аванс. Как неосновательное обогащение. Примерами все закрома забиты:

1) «Довод ответчика о качественном оказании услуг истцу судебная коллегия находит несостоятельным, **поскольку результат, на который рассчитывала А. при передаче ответчику денежных средств — приобретение 1/2 доли в праве собственности на квартиру № \*\*\*\* по адресу: \*\*\*\* достигнут не был, следовательно, риелторская услуга предоставлена не была**». (*Апелляционное определение Челябинского областного суда от 14.09.2015 по делу № 11-11322/2015*)

2) «Также судом первой инстанции было правильно принято во внимание то обстоятельство, что в соответствии с п. 3.2 и п. 3.3 договора основанием к оплате ответчику вознаграждения за оказанные услуги является подписание договора отчуждения объекта недвижимости между сторонами (продавцом и покупателем), его государственная регистрация и получение документов в регистрационной службе.

Таким образом, из буквального содержания договора следует, что **вознаграждение за оказанные услуги по выполнению обяза-**

**тельств по договору на оказание риелторских услуг оплачивается только по достижению результата.**

<...> результат, на который рассчитывал потребитель при заключении данного договора — приобретение квартиры, находящейся по адресу \*\*\* по цене \*\*\* руб. в срок его действия до 23 сентября 2011 года достигнут не был, следовательно, у Ф. не возникла обязанность по оплате не оказанных ей услуг по возмездному договору». (Определение Верховного Суда Чувашской Республики от 09.07.2012 по делу № 33-2090/2012)

Другой расклад, когда Заказчик согласен платить за мытарства посредника, независимо от итога... Если «недвижка» с душком. Иногда в прямом смысле — «паленка»<sup>1</sup>, до сих пор гарью пахнет. Иногда в переносном — «неликвид». Вроде с недвижимостью все хорошо, но... Или находится у черта на куличках. Или в том месте предложение в разы превышает спрос. Отдавать за бесценок не хочется. А за нормальную цену продавать можно до второго пришествия.

Вот тогда Заказчик готов на все. И насаждает на посредника. «Включи связи, поговори с людьми, занеси агенту покупателя — только продай. Ну, не получится так не получится. Аванс твой по-любому».

Конечно, посредники пытаются сыграть на готовности заказчика дать аванс. Как правило, коряво и топорно. Допустим, пишут где-то в конце договора: «в случае прекращения действия договора, в том числе по истечении срока, аванс не подлежит возврату».

Увидели подвох? Конечно. Если срок договора истек и нет актов сдачи-приемки услуг, формулировка посредника не спасет. Взыщут за милую душу. Давняя практика: «при расторжении договора сторона не лишена права истребовать ранее исполненное, если другая сторона неосновательно обогатилась»<sup>2</sup>.

Умный Заказчик ждать не будет. Как только посредник найдет подходящий вариант, Заказчик тотчас заявит односторонний внесу-

---

<sup>1</sup> Недвижимость после пожара. Перевод на русский с жаргона риелторов.

<sup>2</sup> Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 11.01.2000 № 49 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением норм о неосновательном обогащении», п. 1. А также Постановление Пленума ВАС РФ от 06.06.2014 № 35 «О последствиях расторжения договора», п. 4 и 5.

## **РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ**

дебный отказ от договора. Если нет актов и договором не установлена «плата за выход», посредник остается с пустыми карманами.

Как быть? Идти по другой схеме.

### **18.3.1. «КАЖДАЯ КАПЛЯ МОЕГО ПОТА СТОИТ ДЕНЕГ»**

Допустим, Продавец хочет продать квартиру. Цена — миллион. Вы — посредник, профессионал. Можете помочь Продавцу найти покупателя... за стандартные 5% от цены «недвижки» (50 000,00 руб.). Половина — аванс.

Продавца устраивает. Говорит: «Давай проект договора». Вы — даете:

---

#### **Договор возмездного оказания услуг № 8**

*г. Авалон*

*08.09.2016 г.*

Индивидуальный предприниматель Иванов Иван Иванович, далее — «Заказчик» и ООО «Агентство недвижимости «Оверлорд», в лице директора Темнюк Элизы Владыковны, далее — «Исполнитель», заключили настоящий договор, далее — «Договор» на предмет:

#### **1. Предмет договора.**

1.1. Исполнитель оказывает Заказчику услуги в порядке и на условиях Договора, а Заказчик оплачивает услуги Исполнителя.

1.2. Заказчик обязан в течение пяти рабочих дней со дня заключения Договора перечислить Исполнителю аванс в сумме 25 000 (двадцать пять тысяч) рублей, далее — «Аванс».

#### **2. Определения.**

2.1. «Объект» — собственность Заказчика, квартира (иное имущество) по такому-то адресу, полное описание.

2.2. «ГК РФ» — Гражданский кодекс Российской Федерации.

#### **3. Основные услуги Исполнителя.**

По Договору Исполнитель оказывает Заказчику следующие услуги:

**3.1. Анализ документов.** Исполнитель обязан изучить технические, правоустанавливающие и правоподтверждающие документы Заказчика, относящиеся к Объекту. В частности:

1) технические документы — технический паспорт Объекта, выкопировка и т.д.

2) правоустанавливающие документы — документы, на основании которых у Заказчика возникло право собственности на Объект. К примеру, договор купли-продажи, акт сдачи-приемки, и т.д.

3) правоподтверждающие документы — свидетельство о праве собственности на Объект, выписка из ЕГРП — Единый государственный реестр прав на недвижимое имущество и сделок с ним и т.д.

*Результат услуги:* акт анализа документов. В указанном акте Исполнитель обязан описать Заказчику, все ли документы в порядке, найденные ошибки в документах (если есть), а также достаточно ли документов для продажи Объекта.

*Цена услуги:* 5 000 (пять тысяч) рублей.

3.1.1. Если в ходе анализа документов выяснилось, что для продажи Объекта:

1) не хватает документов;

или

2) нужно получить (изготовить) дополнительные документы;

или

3) нужно вносить исправления в имеющиеся документы,

Исполнитель может помочь Заказчику привести документы в порядок, если: А) у Исполнителя есть такая возможность; и Б) Заказчик готов оплатить помощь Исполнителя как еще одну услугу, предусмотренную данным разделом Договора.

Порядок и условия оказания такой услуги должны быть согласованы в дополнительном соглашении к Договору или в акте сдачи-приемки услуги.

### **3.2. Реклама Объекта.**

3.2.1. **Макет.** Исполнитель обязан разработать макет рекламного проспекта объявления о продаже Объекта, далее — «Макет». В Макете Исполнитель отражает:

1) текстовое описание Объекта;

### **РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ**

2) указание о готовности Заказчика продать Объект за 2 000 000 руб.;

3) указание «данное объявление не публичная оферта, а приглашение вступить в переговоры»;

4) контакты Исполнителя.

Помимо текста, Исполнитель вправе добавить в Макет любые изображения, чтобы привлечь внимание потенциальных покупателей. При этом Исполнитель обязуется не нарушать авторские и иные права третьих лиц. Нарушит — будет отвечать сам перед третьими лицами.

Исполнитель вправе как разработать макет сам, так и привлечь специалиста (третье лицо, к примеру дизайнера). Расходы на специалиста Исполнитель несет сам. Заказчик эти расходы не возмещает.

*Результат услуги:* акт приемки-передачи макета с приложением распечатанного макета. Макет считается утвержденным Заказчиком, если принят Заказчиком без замечаний.

*Цена услуги:* 5 000 руб.

**3.2.2. Размещение Макета в СМИ (бумажных).** Исполнитель обязан разместить Макет в следующих СМИ (средствах массовой информации):

1) Газета «Авалонские Зори».

2) Газета «Аргументы, факты и домыслы».

3) Газета «Недвижимость Авалона».

*Цена услуги:* 2000 руб. за публикацию в одном номере каждой газеты.

*Результат услуги:* акт сдачи-приемки с приложением газеты. В акте Исполнитель, в частности, указывает выходные данные газеты (номер такой-то за такое-то число) и на какой странице напечатан Макет. К акту Исполнитель прилагает один подлинный экземпляр газеты.

**3.2.3. Размещение Макета в СМИ (электронных).** Исполнитель обязан разместить Макет в сети Интернет в следующих СМИ (электронных), в частности:

1) сайт «Квартиры Авалона», адрес такой-то;

2) сайт «Квартира вашей мечты», адрес такой-то;

3) сайт «Продай квартиру быстро», адрес такой-то.

*Цена услуги:* 500 руб. за публикацию на одном сайте.

*Результат услуги:* акт сдачи-приемки. В акте Исполнитель указывает дату размещения Макета, название и адрес сайта. К акту исполнитель прилагает «скриншот» (снимок с экрана компьютера) с размещенным объявлением. Снимок должен быть заверен росписью исполнителя «подлинность удостоверяю».

**3.3. Переговоры.** Исполнитель обязан организовать проведение переговоров между Заказчиком и потенциальными Покупателями Объекта. Для чего Исполнитель организывает встречу, по желанию Заказчика, либо по юр. адресу Заказчика, либо по юр. адресу Исполнителя. В ходе переговоров Исполнитель обязан вести протокол переговоров (далее — «протокол»).

*Цена услуги:* 500 руб. за первый час переговоров и 1000 руб. за каждый последующий.

*Результат услуги:* 1) протокол. 2) акт сдачи приемки-услуги.

3.3.1 Потенциальный покупатель вправе отказаться от подписания протокола. У Заказчика такого права нет. Если Заказчик все же откажется подписывать протокол, Исполнитель делает в протоколе отметку «от подписи отказался» и передает акт и протокол Заказчику — любым способом, в т.ч. по почте или по электронной почте. Услуга Исполнителя подлежит оплате и в случае отказа Заказчика от подписания протокола.

**3.4. Передача контактов потенциальных Покупателей.** Исполнитель вправе вести переговоры с потенциальными покупателями и без участия Заказчика. Тогда, если переговоры увенчались успехом, т.е. если потенциальный покупатель готов купить Объект или делает встречное предложение о покупке Объекта — к примеру, «куплю за 1 800 000», или «куплю, но есть только миллион, дайте рассрочку на остаток» и т.д. — Исполнитель пересылает протокол и контакты потенциального Покупателя Заказчику.

*Цена услуги:* 3000 руб.

*Результат услуги:* 1) протокол с контактами потенциального покупателя; 2) акт сдачи приемки-услуги.

**3.5. Показ Объекта.** Исполнитель вправе показывать Объект потенциальным покупателям, если: А) Заказчик передал Исполнителю

### **РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ**

ключи от Объекта; или Б) Заказчик готов прибыть в согласованное с потенциальным покупателем время и пустить его и Исполнителя на Объект.

*Цена услуги:* 3000 руб.

*Результат услуги:* акт осмотра объекта. Имеет силу акта сдачи-приемки услуги. Акт подписывают все участники осмотра. Потенциальный покупатель вправе отказаться от подписания акта, Заказчик — нет. Если отказывается, последствия такие же, как в п. 3.3.1 Договора.

3.6. Услуги Исполнителя, перечисленные в данном разделе Договора, подлежат оплате в любом случае — независимо от того, продан Объект (отчужден иным способом) или нет.

3.7. Исполнитель по своему усмотрению вправе оказать как все услуги, описанные в данном Разделе Договора, так и некоторые. Заказчик оплачивает оказанные услуги Исполнителя в порядке, предусмотренном Договором.

3.8. Перечень услуг, установленный данным разделом Договора, ОТКРЫТЫЙ. То есть Исполнитель может оказать Заказчику и другие услуги, прямо в Договоре не названные — к примеру, помочь исправить ошибки в документах, сдать документы в гос. орган, составить проект какого-либо договора и т.д. Эти услуги Заказчик обязан оплатить, если Исполнитель сдал результат услуги Заказчику в порядке, установленном разделом 6 Договора.

#### **4. Порядок расчетов по Договору.**

4.1. После принятия Заказчиком той или иной услуги, предусмотренной разделом 3 Договора (пункты 3.1 — 3.5), Исполнитель списывает стоимость услуги с Аванса.

4.2. **Гарантия Заказчика.** Если сумма услуг Исполнителя, оказанных Заказчику согласно разделу 3 Договора (пункты 3.1 — 3.5), превысит сумму аванса, уплаченную Заказчиком согласно п. 1.2. Договора, тогда:

услуги Исполнителя в части, превышающей сумму аванса, ОПЛАТЕ НЕ ПОДЛЕЖАТ — даже если Заказчик и подписал Исполнителю акты приемки услуг на сумму, превышающую размер аванса.

4.3. **Гарантия Исполнителя.** Исполнитель обязан расходовать аванс Заказчика разумно и добросовестно. Бремя следить за расхо-

дом аванса Заказчика лежит на Исполнителе. Как только сумма услуг Исполнителя приблизится к сумме аванса, Исполнитель обязан уведомить о том Заказчика. После чего Исполнитель вправе:

1) продолжить исполнение Договора бесплатно, на свой страх и риск — если у Исполнителя есть разумные основания полагать, что Исполнитель сможет оказать Заказчику дополнительную услугу, предусмотренную разделом 5 Договора. Если окажет, дополнительная услуга подлежит оплате;

2) заявить односторонний внесудебный отказ от Договора. При этом Исполнитель не возмещает Заказчику упущенную выгоду. В данном пункте стороны исходят из Постановления Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах» и устанавливают иное правило, отличное от ст. 782 ГК РФ, п. 2.

**4.4. Гарантия Заказчика.** Заказчик вправе в любое время заявить односторонний внесудебный отказ от Договора. Между тем:

1) отказ Заказчика не прекращает обязательства Заказчика оплатить уже оказанные по Договору услуги Исполнителя;

2) отказ Заказчика не прекращает обязательства, предусмотренные разделом 5 Договора (пункты 5.1 – 5.5).

## **5. Дополнительная услуга.**

5.1. Если в пределах действия Договора Заказчик продает (отчуждает иным способом) Объект лицу (в частности, покупателю), найденному стараниями Исполнителя, считается, что Исполнитель оказал Заказчику дополнительную услугу — помог продать Объект.

5.1.1. За эту дополнительную услугу Заказчик обязан выплатить Исполнителю дополнительное вознаграждение в размере 25 000 (двадцать пять тысяч) рублей. Срок оплаты — десять рабочих дней со дня утраты Заказчиком права собственности на Объект.

5.2. Дополнительная услуга Исполнителя считается надлежащим образом оказанной и принятой Заказчиком даже в отсутствие акта сдачи-приемки услуги. Надлежащим и достаточным доказательством оказания услуги будет служить документ, подтверждающий утрату Заказчиком права собственности на Объект — к примеру, выписка из ЕГРП, где указан новый собственник.

5.3. Если в пределах действия Договора или в течение года после расторжения (прекращения) Договора по любым основаниям

### **РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ**

(в т.ч. односторонний внесудебный отказ Заказчика) Заказчик продает (отчуждает иным способом) Объект, считается:

- 1) приобретатель Объекта найден стараниями Исполнителя;
- 2) Исполнитель оказал Заказчику дополнительную услугу, а Заказчик эту услугу принял;
- 3) Заказчик обязан оплатить дополнительную услугу Исполнителя в порядке, установленном п. 5.1.1. Договора.

5.4. Истечение срока действия Договора, а также расторжение Договора и односторонний внесудебный отказ не прекращает обязательств, установленных разделом 5 Договора (пункты 5.1–5.5). Эти Обязательства могут быть прекращены ТОЛЬКО надлежащим исполнением.

5.5. К данному разделу Договора не применимы правила, установленные разделом 6 Договора.

#### **6. Порядок сдачи-приемки основных услуг по Договору. (прописываем порядок автоприемки услуг)**

#### **7. Заключительные положения.**

7.1. За нарушение Заказчиком срока уплаты аванса, предусмотренного п. 1.2 Договора *(прописываем неустойку или ЗОУ)*.

7.2. Договор составлен в двух экземплярах. Подписан каждый лист.

7.3. Срок действия Договора — два года со дня подписания. День подписания указан на первой странице Договора, в правом верхнем углу.

7.4. Все споры по Договору рассматривает Арбитражный суд Авалонской области *(пишем суд, удобный Исполнителю)*.

7.5. Недействительность или ничтожность одного или нескольких пунктов Договора не влекут недействительность или ничтожность всего Договора.

#### **8. Наименование, адреса, реквизиты и подписи сторон. (пишем)**

конец Договора \_\_\_\_\_

### 18.3.2. «РАЗБОР ПОЛЕТОВ»

Мы с вами устранили три типовых стратегических ошибки. Договор «размыт»? Нет, всё предельно четко и ясно. В ногу сами себе стреляем? Нет. Пункты договора не противоречат друг другу. «Все или ничего»? Нет. Мы пошли другим путем. О котором суды иногда витиевато пишут:

«...обязанности исполнителя по договору возмездного оказания услуг могут включать в себя не только совершение определенных действий (деятельности), но и представление заказчику результата своих действий.

**Эти обязанности предполагают различную степень прилежания при исполнении обязательства. Если в первом случае исполнитель гарантирует приложение максимальных усилий, то во втором — достижение определенного результата.** (*Постановление 12ААС от 09.11.2012 по делу № А12-13221/2012*)

Мы, исходя из здравого смысла и практики, прописали «приложение максимальных усилий». Эти усилия (услуги) должен оплатить Заказчик. И оплатит. В любом случае. Потому-то предмет договора написан именно так: просто оказание услуг, без привязки к результату (продажа Объекта). А продажа Объекта у нас проходит как доп. услуга. Теперь о стратегии и тактике Договора.

#### 18.3.2.1. СТРАТЕГИЯ

Стратегические цели, коих мы достигаем договором по схеме «каждая капля моего пота стоит денег»:

**1. Посредник в любом случае хоть что-то да получит.** Как минимум вознаграждение за основные услуги. Причем независимо от недобросовестного поведения Заказчика.

Хороший пример — Апелляционное определение Ростовского областного суда от 06.04.2015 по делу № 33-5297/2015. В том деле Исполнитель традиционно пролетел с процентом от продажи квартиры. Но! Благодаря разбивке в договоре услуг на основные и дополнительные — как у нас — взыскал с Заказчика деньги за основные услуги (подготовка вариантов, подбор документов и т.д.).

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Конечно, при схеме «капля пота» есть риск, что Исполнитель с первого-второго раза найдет покупателя на Объект. И не успеет «освоить» аванс. Редко, но бывает. У начинающих посредников.

Опытный посредник не спешит раскрывать карты. Если на примете есть хороший вариант, сразу не покажет. Как же, как же! Надо же показать клиенту работу, потаскать на переговоры, подогнать варианты поплоче. Чтобы клиент понимал, за что деньги платит. Ага, ИБД (имитация бурной деятельности). Когда аванс выработан процентов на 80, а «клиент дошел до кондиции», только тогда посредник дает хороший вариант. Не одобряю такую практику. Не люблю ИБД. Но жизнь есть жизнь. Заказчик пытается объегорить Исполнителя — и наоборот.

**2. Страховка от «кидка» Заказчика.** В случае «кидка» у исполнителя преимущество в суде. Для чего и написан раздел пять Договора. Как могут кинуть? Помните? Неизвестные «теоретегии» из сети советуют: «Вернитесь через полчаса и договоритесь с хозяевами напрямую, а агент пусть идет лесом-полем». КОЛХОЗ. От такого примитива наша схема спасет. Если продавец настолько туп, чтобы вот так, в наглую, заключить договор через голову посредника... то в суде будет вот что:

**«Согласно пункту 3.2.2 договора от 13 июня 2014 года, в случае намерения заказчика продать принадлежащий ему объект подобранному исполнителем покупателю и (или) приобрести в собственность объект, указанный в акте просмотра объектов недвижимости, заказчик обязан оплатить исполнителю сумму, которая определяется сторонами в размере... рублей.**

...Судом достоверно установлено исполнение принятых на себя ИП С. условий договора № 69 от 13 июня 2014 года, поскольку дом был приобретен М. именно после его просмотра с участием представителя исполнителя.

Данное обстоятельство подтверждено пояснениями М. При этом ссылаясь на то, что сделка купли-продажи совершена самостоятельно, без участия истца либо его представителя, не влечет отказ в удовлетворении исковых требований, так как, согласно показаниям М., стороны посчитали расходы по оплате услуг агентства

завышенными. (Ага, и решили «восстановить справедливость» — кинуть посредника.)

Кроме того, как правильно указал суд в своем решении, договор № 69 от 13 июня 2014 года об оказании риелторских услуг ответчиком в установленном законом порядке не оспаривался, отказ от его исполнения К.Г. не заявлял.

Довод апелляционной жалобы о том, что М. не подтвердила показ дома ИП С., опровергается протоколом судебного заседания. Замечания на протокол ответчиком не подавались.

Наличие не заверенных ответчиком исправлений в акте осмотра дома не могут повлечь отмену решения, поскольку ИП С. и М. подтвердили совместный осмотр дома, продаваемого К.Г.

<...>Взыскание с ответчика в пользу истца предусмотренной пунктом 4.4. договора от 13 июня 2014 года на основании положений статей 330, 332 ГК РФ неустойки в размере... рублей ... копеек и процентов в соответствии статьи 395 ГК РФ за период с 26 августа 2014 года по 30 октября 2014 года в размере... рублей ... копеек, судебная коллегия находит законным и обоснованным». (Определение Приморского краевого суда от 30.03.2015 по делу № 33-2537/2015)

Заметили? В том договоре сумма услуг исполнителя не названа неустойкой. И правильно. Потому что при «кидке» посредник взыскивает не столько неустойку, сколько причитающееся вознаграждение. Упущенную выгоду. А раз в договоре указали выгоду в твердой денежной сумме, то это не неустойка, а ЗОУ (заранее оцененные убытки). Суд счел неустойкой. Да на здоровье! Главное — взыскал. По арбитражу см., в частности, Постановление 11ААС от 06.10.2011 по делу № А65-7912/2011.

Увы, есть и другие схемы. Более изощренные. К примеру, продавец и покупатель заключают договор займа. Якобы продавец занимает у покупателя деньги в сумме, равной цене квартиры. Потом якобы не может отдать — и вместо денег отдает покупателю квартиру (отступное). То же самое можно провернуть и через залог.

Матчасть: «по соглашению сторон обязательство может быть прекращено предоставлением отступного — уплатой денежных средств или передачей иного имущества» (ст. 409 ГК).

«Физики» иногда обходят посредника так. Продавец «дарит» квартиру племяннику (иной родне) покупателя. В кавычках, т.к. в

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

процессе дарения Покупатель занес Продавцу конверт. Явно не пустой. Схема пусть и примитивная, но рабочая и сложно доказуемая.

Потому в Договоре и сказано не «продает Объект», а «продает (отчуждает иным способом)». Чтобы перекрыть Заказчику лазейки вывода имущества по другим сделкам (договорам). А не только по купле-продаже.

В пункте 5.2 доп. услуга привязана не к заключению договора купли-продажи, а к утрате права собственности. Легче отследить. Посредник (Исполнитель) может чуть ли не каждый день бегать в Росреестр, брать выписку, смотреть, сменился собственник или нет. Если Заказчик сольет Объект в обход Исполнителя, Исполнитель узнает. Быстро.

Далее придет акт — доп. услуга оказана. В сочетании с пунктом об автоприемке и разделом 5 Договора, очень велика вероятность, что Исполнитель взыщет деньги за доп. услугу.

**3. Получить именно вознаграждение.** А не отказ в иске по ст. 10 ГК (злоупотребление правом). Велик соблазн вместо пути «услуга оказана, платите» — как у нас — просто и незатейливо заложить в Договор условие о неустойке. Что-то вроде:

«Заказчик обязуется не продавать (иным образом отчуждать) Объект третьим лицам без оплаты Исполнителю цены дополнительной услуги (продажа «в обход» Исполнителя запрещена). Если Заказчик нарушит это обязательство, Заказчик обязан заплатить Исполнителю неустойку в размере цены дополнительной услуги».

Хорошо бы... Просто. Но — опасно. Если «пережмете» с размером неустойки, кончится «за упокой». Пример: «...заявленные истцом к взысканию штрафные санкции — 450 000 руб. — более чем в два раза превышают гонорар истца (200 000 руб.), который был бы получен истцом при заключении сделки купли-продажи в ходе договора об оказании риелторских услуг, что свидетельствует о злоупотреблении истцом своим правом.

В силу статьи 1 ГК РФ при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно. Никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения.

В соответствии с пунктами 1 и 3 статьи 10 ГК РФ не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом).

В случае несоблюдения требований, предусмотренных пунктом 1 настоящей статьи, суд, арбитражный суд или третейский суд с учетом характера и последствий допущенного злоупотребления отказывает лицу в защите принадлежащего ему права полностью или частично, а также применяет иные меры, предусмотренные законом.

Доводы апелляционной жалобы не опровергают правильность сделанных судом первой инстанции выводов.

На основании изложенных норм права и представленных в материалах дела доказательств, судебная коллегия считает вывод суда первой инстанции об отказе в удовлетворении исковых требований о взыскании с ответчика штрафных санкций в размере 450 000 руб. правомерным и обоснованным». (*Постановление Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 18.07.2014 по делу № А57-19472/2013*)

А в старой практике отказывали и без злоупотребления правом: «Между ООО «АВЕНТИН-Недвижимость» (фирма) и ЗАО «РСС» (клиент) заключен договор от 24.06.2004 № 115-3/ПР об оказании агентских услуг при продаже объекта жилого фонда.

По условиям договора фирма оказывает клиенту комплекс агентских услуг по организации продажи объекта недвижимости, принадлежащего клиенту. В силу п. 4.1 договора в случае уклонения или отказа клиента от совершения сделки на условиях договора или невыполнения клиентом иных своих обязательств по договору фирма имеет право расторгнуть договор в одностороннем порядке. **В этом случае клиент обязан уплатить фирме полную стоимость услуг 12000 долл. и выплатить штрафную неустойку в размере 500 долл. США.**

Письмом от 14.07.2004 № 117 ЗАО «РСС» уведомило ООО «АВЕНТИН-Недвижимость» об отказе от исполнения договора в соответствии с п. 1 ст. 782 ГК РФ, а также о готовности возместить фирме фактически понесенные расходы.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

В ответ ООО «АВЕНТИН-Недвижимость» направило ЗАО «РСС» письмо с требованием выплатить денежную сумму в размере 12500 долл. США в рублях по курсу ЦБ РФ на день платежа.

ЗАО «РСС» сообщило, что договор от 24.06.2004 в связи с односторонним отказом прекратил свое действие; ЗАО «РСС» предложило ООО «АВЕНТИН-Недвижимость» направить в адрес первого доказательства понесенных фактических расходов, которые оно готово возместить, за исключением требований о выплате штрафной неустойки в размере 500 долл. и вознаграждения фирмы в размере 12000 долл. США, поскольку данные суммы не входят в понятие «фактически понесенные расходы». Получив такой ответ, ООО «АВЕНТИН-Недвижимость» обратилось в арбитражный суд с вышеуказанным иском.

Суды первой и апелляционной инстанций правильно определили правовую природу спорного договора как договора на оказание возмездных услуг (*опять агентский истолковали как возмездное оказание услуг*) и правильно применили к спорным правоотношениям нормы главы 39 ГК РФ, в частности п. 1 ст. 782 указанного Кодекса, предоставляющего право заказчику отказаться от исполнения договора.

**Поскольку доказательств, подтверждающих, что истец понес расходы при исполнении договора до получения отказа заказчика от договора, истец не представил, суд обоснованно отказал в удовлетворении иска.** (*Постановление ФАС Северо-Западного округа от 29.08.2005 № А56-32221/04*)

А может и пройти:

«Истец считает, что ответчиком было нарушено эксклюзивное право истца, предусмотренное пунктом 6.5 договора, а именно: без участия риелтора кооператив по строительству и эксплуатации домов «Росток-95» заключил договоры долевого участия в строительстве в отношении объектов недвижимости, поименованных в приложении к договору № 1-07.

В соответствии с пунктом 6.6 договора **в случае переуступки доли (продажи) объектов недвижимости без участия риелтора заказчик выплачивает штраф за нарушение исполнения договора в**

**размере 1000 руб. за 1 кв. м (проданного) переуступленного объекта недвижимости.**

В связи с ненадлежащим исполнением ответчиком договорных обязательств истец начислил штраф на основании пункта 6.6 договора в размере 515210 руб. ((472,16 кв. м \* 1 000 руб.) + (43,05 кв. м \* 1 000 руб.).

Расчет штрафа судом проверен, признан правильным». (*Постановление Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 26.02.2014 по делу № А57-4988/2013*)

Я бы вам советовал поднять судебную практику вашего округа. Если в вашей области суды взыскивают неустойку — вперед. Если нет — идите по пути «услуга оказана, платите» (раздел 5 Договора + оговорка об автоприемке услуг + отправка акта). Хуже точно не будет.

### **18.3.2.2. ТАКТИКА**

Еще раз пройдемся по Договору. Обратим внимание на некоторые потаенные мелочи. Пункт 3.1 Договора в части «Исполнитель может помочь Заказчику привести документы в порядок».

Исполнителю в любом случае придется штудировать документы Заказчика. Как везде и всюду, чего-то нет — к примеру, справки об отсутствии долга по «коммуналке». Что-то просрочено — обычно тех. паспорт сделан в незапамятные времена, а Росреестр требует свежий. Где-то ошибки — допустим, в свидетельстве о праве собственности указан не тот литер.

Опытный посредник еще «на берегу» знает: документы Заказчика придется «шлифовать напильником», доводить до ума. Кто займется? Конечно, посредник. Он профессионал, знает все ходы-выходы, оброс связями в регистрирующих органах и БТИ. Ему и карты в руки.

Другой вопрос, получит ли посредник деньги за труды и беготню. По схеме «всё или ничего» — вряд ли, по «капле пота» — конечно. Коль так, разумно сразу прописать в договоре эти услуги и что сколько стоит.

Если неизвестно, если посредник подписывает договор, не видя документов Заказчика — на то открыта дверка в пунктах 3.1.1 (последняя фраза пункта) и 3.8. (открытый перечень услуг) Договора.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Зная, как у нас люди наплевательски относятся к «бумажкам» — «Петро, ты сделай, а мы тебе потом допник подпишем» — припасем себе еще один запасной парашют: «порядок и условия оказания такой услуги должны быть согласованы в дополнительном соглашении к Договору или в акте сдачи-приемки услуги». Вкупе с пунктом об автоприемке услуг — хорошая страховка.

Далее, пункт 3.6: «услуги подлежат оплате в любом случае — независимо от того, продан Объект (отчужден иным способом) или нет». Тут мы еще раз подчеркиваем цель договора: не конечный итог, а процесс. Оплата не за одну большую услугу, а отдельно за каждую маленькую.

Следующий пункт, 3.7, насчет «вправе оказать как все услуги, описанные в данном Разделе Договора, так и некоторые». Чтобы не было визгов в суде: не оказали все услуги — не исполнили Договор — нет права на вознаграждение.

Кстати, кстати. Доп. вознаграждение в п. 5.1.1 Договора за доп. услугу тоже прописано в твердой денежной сумме — 25 000. Без привязки к «продажной цене» или к «цене в итоговом договоре на продажу объекта» — как любят писать посредники. Почему?

Защита от «подстольного кидка». Что за зверь такой. Посредник приводит покупателя. Продавец и покупатель заключают договор. Когда доходит до расчетов с посредником, того ждет «приятный» сюрприз. Цена в итоговом договоре почему-то упала с двух миллионов до одного. «Надо быстрее продать, я и подвинулся». И посредник получает процент не с двух миллионов, а с одного.

Поняли, где разводят?! Именно. Миллион прошел официально, под расписку на договоре, честь по чести. А второй миллион покупатель передал под столом. В конверте. Посредник, конечно, понимает, где его «натянули» стороны. А доказать ничего не может. Всё, попал на половину вознаграждения.

Соответственно, если мы ставим в договоре с посредником твердую сумму без привязки к договору продажи (иному договору), «подстольный кидок» через занижение цены не пройдет.

### 18.3.3. ЗАЩИТА ОТ ДУРАКА

В последнее время много пишут о вырождении. Мол, народ тупеет со страшной силой, куда мы катимся, темное будущее и т.д. Увы, это моровое поветрие накрыло многих договорников... Коллеги жалуются:

«По долгу службы часто приходится иметь дело с договорами (выступаю на стороне исполнителя). Такое впечатление, что те, кто за эти договоры отвечает с противоположной стороны, уже постигли дзен и живут в каком-то своём мире.

**Самая большая категория задолбавших меня договорников пользуется одним шаблоном на все случаи жизни.** Таким образом, приходится вчитываться в каждое слово и вычёркивать фразы типа "чертежи обязательно должны быть согласованы с Заказчиком".

Опаньки! А ведь заказчик сам прислал чертежи. Неужели теперь не согласует? Или "работы обязательно должны быть сертифицированы". Ну да, особенно изготовление неотвественных изделий типа проволочных корзин. Как же, как же! Обязательная сертификация в Ростесте! О различиях типов договоров на поставку и подряд эти люди тоже не слышали. Ну да ладно, сил никаких нет им объяснять, переделываю молча»<sup>1</sup>.

Предвижу: рано или поздно проект Договора из предыдущей главы утечет в сеть. А со временем, наверно, станет типовой болванкой... Да пожалуйста, пользуйтесь на здоровье.

Я боюсь другого. Обязательно найдется верхогляд. Любитель одного шаблона на все случаи жизни. Который заключит этот договор с «физиком». Бездумно. Не зная специфики работы с потребителями.

Поэтому я намеренно сделал договор универсальным. Если кто-то заключит описанный договор с «физиком», договор устоит. Кроме пункта 7.4. Подведомственность спора нельзя менять договором. Арбитраж не будет рассматривать дело между «физиком» и, скажем, агентством недвижимости («юриком»). Для того и написан пункт 7.5 — если рухнет оговорка об арбитраже, не потянет за собой остальной Договор.

<sup>1</sup> История «Под залог души и первенца», автор неизвестен, источник <http://zadolba.li/story/14334>

## 18.4. Особенности работы с «физиками»

Универсальность Договора сияет теплыми лучами в пункте 4.4: «Заказчик вправе в любое время заявить односторонний внесудебный отказ от Договора».

Как вы думаете, почему я не перекрыл Заказчику выход из Договора? Почему не поставил «плату за выход» (компенсация по ст. 310)? Потому что знаю особенности работы с «физиками». Если кто-то поставит в договоре с «физиком» эти условия, последствий будет два. Одно мрачнее другого.

*Первое* — суд общей юрисдикции, где будут судиться посредник (Исполнитель) с Заказчиком, снесет эти вычурные построения, как грузовик — зазевавшегося котенка. Пример и обоснование:

«В соответствии с ч. 1 ст. 16 Закона РФ от 07.02.92 № 2300-1 «О защите прав потребителей» условия договора, ущемляющие права потребителя по сравнению с правилами, установленными законами или иными правовыми актами РФ в области защиты прав потребителей, признаются недействительными.

В силу ст. 32 данного закона потребитель вправе отказаться от исполнения договора о выполнении работ (оказании услуг) в любое время при условии оплаты исполнителю фактически понесенных им расходов, связанных с исполнением обязательств по данному договору.

Принимая во внимание вышеизложенное, учитывая, что <дата> между сторонами был заключен договор об оказании услуг по поиску объекта недвижимости, судебная коллегия приходит к выводу о том, что

О.И., в соответствии с положениями ст. 32 Закона РФ от 07.02.92 № 2300-1 «О защите прав потребителей», имела право в любое время отказаться от исполнения договора об оказании услуг и потребовать возврата внесенных денежных средств, при условии оплаты исполнителю фактически понесенных им расходов, связанных с исполнением обязательств по данному договору.

**При таких обстоятельствах условия договора № <...> от <дата>, ограничивающие это право потребителя и предусматривающие ответственность заказчика в случае его отказа от**

**исполнения договора, ничтожны.** (Определение Санкт-Петербургского городского суда от 22.05.2013 № 33-6972/2013. А также Апелляционное определение Московского областного суда от 10.06.2015 по делу № 33-13530/2015, Апелляционное определение Вологодского областного суда от 10.07.2013 № 33-3156/2013 и т.д.).

Если вы поставите «плату за выход» в договоре с потребителем не через неустойку, а по ст. 310 ГК, то... Ошибка. Еще раз внимательно прочитайте ст. 310, п. 3: «Предусмотренное настоящим Кодексом, другим законом, иным правовым актом или договором право на односторонний отказ от исполнения обязательства, **связанного с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности**, или на одностороннее изменение условий такого обязательства может быть обусловлено по соглашению сторон необходимостью выплаты определенной денежной суммы другой стороне обязательства».

Таким образом, чтобы говорить о «плате за выход» («выплата определенной денежной суммы другой стороне обязательства»), ОБЕ стороны договора должны «осуществлять предпринимательскую деятельность», т.е. быть «юриками» или предпринимателями.

Если одна сторона — гражданин, то — всё. Вы не можете ставить «плату за выход» по ст. 310 ГК. Скорей всего, суд истолкует так. А если нет, у суда наготове привычный таран: «условия договора, ограничивающие право потребителя, ничтожны».

**Второе** последствие... Опять скрытый враг. Третий по счету. О котором, как всегда, молчит ГК. Это ст. 14.8 КоАП, п. 2: «Включение в договор условий, ущемляющих права потребителя, установленные законодательством о защите прав потребителей:

влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от одной тысячи до двух тысяч рублей; на юридических лиц — от десяти тысяч до двадцати тысяч рублей».

Пример работы на практике. Некий «Жилищно-социальный центр "Забота"» (Посредник) прописал в договоре с «физиком» условия:

«1) в случае досрочного одностороннего расторжения клиентом (гражданином) настоящего договора или нарушения им условий пунктов 4.3.5 и 4.3.6 договора он выплачивает штраф в размере 10%

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

от стоимости объекта, указанной в пункте 2 дополнительного соглашения и установленной клиентом, а также оплачивает исполнителю (Обществу) стоимость фактически оказанных услуг по договору (рекламу, транспортные расходы, организацию показов-просмотров объекта), связанных с поиском потенциального покупателя на вышеуказанный объект;

2) если в период действия договора исполнитель найдет покупателя на объект и заключит с покупателем предварительный договор на приобретение объекта, а клиент откажется от исполнения своего обязательства по договору или совершит действия, делающие невозможным это исполнение, то он выплачивает исполнителю штраф в размере 10% от стоимости объекта, указанной в пункте 2 дополнительного соглашения, но не менее 25 000 рублей, и возмещает исполнителю затраты, связанные с рекламированием объекта, показами объекта и поиском покупателя на объект».

Договор попался на глаза Роспотребнадзору<sup>1</sup>. Посредника штрафнули на 10 000 рублей. Тот бился по трем инстанциям, но все равно — проиграл. Суд счел (кассация):

«Таким образом, положения пунктов 5.1, 5.3 договора и пункта 6 дополнительного соглашения к нему применительно к пункту 1 статьи 16 Закона о защите прав потребителей ущемляют установленные законом права потребителей и включение их в спорный договор образует состав административного правонарушения, предусмотренного частью 2 статьи 14.8 КоАП РФ.

Суды первой и апелляционной инстанций, неправильно применив статью 32 Закона о защите прав потребителей, сделали ошибочный вывод о том, что в действиях Общества отсутствует состав вменяемого административного правонарушения.

Порядок привлечения Общества к административной ответственности Управлением соблюден, оспариваемое постановление административного органа вынесено в пределах срока давности привлечения к административной ответственности, наказание назначено в минимальном размере санкции части 2 статьи 14.8 КоАП РФ.

---

<sup>1</sup> Официальное и полное название: «Управление Федеральной службы по надзору и сфере защиты прав потребителей и благополучия человека».

В связи с изложенным на основании части 3 статьи 288 АПК РФ решение суда первой инстанции и постановление апелляционного суда следует отменить, в удовлетворении заявления Общества отказать». (*Постановление ФАС Северо-Западного округа от 28.09.2010 по делу № А56-84046/2009. Из старой практики см. Постановление ФАС Уральского округа от 06.12.2007 № Ф09-10153/07-С1 по делу № А60-7169/07*)

А можно попасть на административную ответственность и по п. 1 ст. 14.8 КоАП. Практически на ровном месте. Если вы заложите в договор не простые и понятные суммы, как в нашем Договоре, а формулу посложнее.

Пункт 1 — «нарушение права потребителя на получение необходимой и достоверной информации о реализуемом товаре (работе, услуге), об изготовителе, о продавце, об исполнителе и о режиме их работы: влечет предупреждение или наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от пятисот до одной тысячи рублей; на юридических лиц — от пяти тысяч до десяти тысяч рублей». Не бог весь какой штраф, но все равно неприятно.

Практика: «Как следует из материалов дела, между Шушковой Т.В. и Лобановой Е.А. 13.04.2015 заключен агентский договор № РД-2015, в соответствии с которым заявитель по поручению Лобановой Е.А. принял на себя обязанность за вознаграждение от имени и за счет заказчика совершать юридические и иные действия с целью продажи объекта недвижимости, указанного в протоколе № 1 к договору, по цене, установленной в соответствии с пунктом 1.3 договора, а заказчик поручил агенту совершать такие действия и обязался оплатить вознаграждение агента в размере и на условиях, определенных настоящим договором.

Порядок расчетов согласован сторонами в разделе 4 договора.

Пунктом 4.1 договора установлено, что полная стоимость вознаграждения агента определяется по формуле  $P = P_1 - P_2$ , где  $P$  — полная стоимость вознаграждения,  $P_1$  — цена объекта, указанная в договоре купли-продажи объекта,  $P_2$  — цена квартиры, указанная в пункте 1.3 договора. Все расчеты производятся в рублях РФ по курсу ЦБ РФ на день расчетов.

В случае, если размер вознаграждения, установленный пунктом 4.1 договора, менее 50 000 рублей, вознаграждение агента составляет 50 000 рублей (п. 4.6 договора).

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Таким образом, названные положения договора, в нарушение пункта 2 статьи 10 Закона о защите прав потребителей, не содержат информацию о полной стоимости услуг (конкретной суммы), подлежащей выплате потребителем агенту за оказанные услуги, в рублях.

При этом пунктом 4.5 договора предусмотрена возможность оплаты вознаграждения агенту ввиду невозможности исполнения поручения по вине заказчика. Однако из текста договора размер такого вознаграждения достоверно установить не представляется возможным.

С учетом изложенного, правильным является вывод суда о том, что в рассматриваемом случае со стороны предпринимателя отсутствовало надлежащее доведение до потребителя информации о полной сумме, подлежащей выплате потребителем агенту за оказанные услуги». (*Постановление 1ААС от 10.05.2016 по делу № А43-34668/2015* — агента благополучно оштрафовали)

Думаю, теперь понятно, почему в договорах с «физиками» лучше идти по пути «услуга оказана — плати». А также чем оборачивается верхоглядство и тупое использование «болванок».

## 18.5. АГЕНТСКИЙ ДОГОВОР

Спросите, стоит ли сюда лезть? Хороший вопрос, спасибо. Мы видели, что суды любят сводить (толковать) агентский договор (и другие) к оказанию услуг. Если вдумчиво составить договор на услуги, то и пусть себе сводят. Договор-то работает. Посредник защищен. Стоит ли изучать агентский?

Да. Первое и главное — агентский договор хоть и схож с оказанием услуг в части сдачи услуг, но тем не менее дает некоторые преимущества Посреднику. Во-вторых, знание агентского может в будущем пригодиться в ВЭД и не только. А то из-за незнания бывают забавные курьезы:

«Приходит представитель одной некрупной, малоизвестной фирмы и просит составить ему агентский договор с обязательным соблюдением ряда его требований. Для его ситуации подходит простой договор подряда, но тут клиент становится принципиальным и упирается: только агентский!

С трудом выворачиваем имеющиеся правоотношения в нестандартную форму, создав сложную юридическую конструкцию. Клиент всем доволен и, уже расплатившись, задаёт последний вопрос:

— А если наши клиенты спросят, почему у нас такой странный и сложный договор, а не обычный договор подряда, что мы им должны сказать?

— (в растерянности) Рекомендую сообщить им ту самую причину, по которой вы выбрали именно эту форму договора.

— Да нам, понимаете, название понравилось. Агентский договор — солидно звучит. Что мы, строители-таджики какие-то, что ли, чтобы по договору подряда работать?»<sup>1</sup>.

В-третьих, много времени не займет. Быстро управимся. Поехали.

## 18.5.1. Немного доктрины

В ГК агентскому договору посвящены глава 52, статьи с 1005 по 1011, всего семь статей. Определение, пометки мои:

«По агентскому договору одна сторона (агент) обязуется за вознаграждение совершать по поручению другой стороны (принципала) юридические и иные действия от своего имени, но за счет принципала либо от имени и за счет принципала.

(схема А) По сделке, совершенной агентом с третьим лицом от своего имени и за счет принципала, приобретает права и становится обязанным агент, хотя бы принципал и был назван в сделке или вступил с третьим лицом в непосредственные отношения по исполнению сделки.

(схема Б) По сделке, совершенной агентом с третьим лицом от имени и за счет принципала, права и обязанности возникают непосредственно у принципала» (ст. 1005 ГК, п. 1). По обоим схемам «принципал обязан уплатить агенту вознаграждение в размере и в порядке, установленным в агентском договоре» (ст. 1006 ГК, абз. 1).

Ничего не напоминает? Если вы замените в подчеркнутой фразе «Агент» на «Исполнитель», а «Принципал» на «Заказчик», то...

---

<sup>1</sup> История «Льготно и солидно», автор неизвестен, источник <http://zadolba.li/story/579>

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Получится что-то очень похожее на знакомое нам возмездное оказание услуг.

Только в оказании услуг Исполнитель обязан оказать услугу, а в агентском — совершить некие загадочные «юридические и иные действия». Который агент потом будет сдавать принципалу по отчету агента или по акту сдачи-приемки. Пока особой разницы с оказанием услуг не видно...

Давайте на примере. Вы уполномочили меня, агента, подобрать вам пять вариантов на покупку квартиры. В нашем с вами договоре закреплена схема А. Обычно пишут не так, как в законе, а короче и понятнее:

«В отношениях с третьими лицами агент выступает от своего имени. Принципал оплачивает расходы агента на эти отношения в порядке, предусмотренном Договором. По сделкам с третьими лицами все риски, права и обязанности возникают у Агента. Принципал не отвечает по обязательствам Агента перед третьими лицами». Понятно, для чего. А то агент сейчас назаклучает договоров, расхлебывай потом, Принципал.

Я нашел три варианта сам. А еще два купил у другого агентства недвижимости. В договоре на покупку вариантов и в акте передачи указан только я (агент). Вы, принципал, — в тени.

Что дальше? Я приношу вам варианты, отчет, акт сдачи приемки и говорю: плати, вот по договору ты мне должен по тысяче за каждый вариант. Вы смотрите варианты, подписываете акт, платите.

Можно было бы сделать то же самое в договоре возмездного оказания услуг? Конечно! Стало быть, в схеме А разницы между агентским и оказанием услуг почти нет. Можно строить отношения что так что эдак. Глобально, разницы нет.

А вот схема Б возможна только в агентском договоре (или в договоре поручения, но не в оказании услуг). Опять, я — агент, вы — принципал. Вы просите меня: «Слав, у нас на Украине беспокойно, думаем переехать. Помогите найти квартиру. Заплатим». Я нашел пару вариантов. Вам один приглянулся. Вы просите: «Слав, купи мне эту квартиру». Я говорю: «Хорошо. Вот проект договора и доверенности».

И мы заключаем агентский договор по схеме Б: агент обязан купить для принципала такую-то сякую-то квартиру от имени и за

счет принципала. Итоговый договор с продавцом будет выглядеть несколько непривычно: «Иванов Иван Иванович (вы), далее — «Покупатель», в лице агента Оробинского Вячеслава Владимировича (я), и Сидоров Сидор Сидорыч, далее — «Продавец» заключили договор... тыдым тыдым тыдым».

Допустим, всё хорошо. Договор прошел Росреестр. Право собственности зарегистрировано... непосредственно за вами, минуя меня! То есть право собственности на квартиру перешло напрямую от Покупателя к Продавцу, минуя агента! Чего мы с вами и добивались.

В договоре оказания услуг такая схема невозможна. Там услуга всегда проходит через посредника-исполнителя. В нашем примере, если идти через оказание услуг, то я вам сдаю контакты продавца (услуга прошла через посредника), а потом вы уже заключаете с продавцом договор — без меня. Что неудобно, так как вы в другой стране.

Совет. Пускай суды и говорят: «законодательство не содержит требования об обязательном включении в договор указания на то, что он заключается агентом во исполнение агентских договоров с принципалом»<sup>1</sup>. Но! Если вы агент и помогли заключить договор — **ОБЯЗАТЕЛЬНО укажите в договоре себя любимого**.

Или в предмете — как выше — или где-то в конце пропишите: «договор заключен при участии агента такого-то сязкого-то, продавца для покупателя нашел агент».

Бывает, агент ведет переговоры для принципала. Обо всем договорился с продавцом... но не указал себя в проекте договора. Тупо переслал проект договора принципалу (покупателю), тот подписал, выслал второй экземпляр продавцу. Все, сам себе яму вырыл. Если принципал захочет кинуть агента — кинет. В суде будет так:

«Исходя из того что спорный договор поставки подписан уполномоченными лицами ответчика и общества "ММК", **ссылка на агентский договор от 02.04.2008 № 01/08-АгЗАО или указание на то, что договор поставки заключен во исполнение обязательств закрытого акционерного общества "Техно Групп Комплект" по**

---

<sup>1</sup> Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 25.02.2015 № Ф08-70/2015 по делу № А32-5477/2014.

### **РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ**

агентскому договору, в договоре поставки отсутствует, судами сделан вывод о том, что факт заключения агентом договора поставки от 10.07.2008 № 04/08/гай не доказан, названный договор заключен между ответчиком и обществом "ММК"». (Постановление ФАС Уральского округа от 12.01.2011 № Ф09-10888/10-С5 по делу № А76-3955/2010-26-239)

Агентский договор по схеме Б хорошо работает и в случае, если вы что-то продаете. Допустим, вы нашли поставщика какого-то товара. Вам предлагают стать дилером. То есть вы покупаете оптом у поставщика и продаете в розницу другим «юрикам». Вам интересно, но не хочется «головняка» с гарантией — открывать сервисный центр, нанимать мастеров... И т.д. Поставщик говорит: «И не надо. У нас есть сервис в вашем городе. Гоните к нам».

О, вот так уже интереснее и веселее. И вы заключаете с Поставщиком не договор поставки товара, а агентский. По схеме Б. Вы получаете товар от Поставщика и продаете товар, но так, как если бы его продавал сам Поставщик.

Допустим, «ООО «Оверлорд» в лице агента ИП Оробинского Вячеслава Владимировича передает ООО «Ромашка» (далее — Покупатель) товар такой-то, гарантия такая-то, обращаться туда-то, в сервисный центр ООО «Оверлорд» по адресу такому-то». И пожалуйста. По сделке агента (Оробинский) права и обязанности возникли у ООО «Оверлорд» (Принципал), а агент снял свой процент — установлен тем же агентским договором — и счастлив. Удобно? Удобно. Знайте. Пользуйтесь.

## **18.5.2. ПРЕИМУЩЕСТВА АГЕНТСКОГО**

Пока теоретики ищут предмет агентского договора<sup>1</sup>, мы с вами зайдем с насквозь практической стороны. «К агентскому договору суд применит в первую очередь нормы ГК об агентском договоре» — прекрасно, что нам сие даст?! Если мы сделаем схему

---

<sup>1</sup> Таки да, ищут. И не первый год. См. *Алмаева Ю.О., Токарева К.Г.* Агентский договор в современной правовой системе России: за и против // Актуальные проблемы российского права. 2013. № 6. С. 733–737. См. *Алмаева Ю.О., Токарева К.Г.* Проблемы определения предмета агентского договора // Юрист. 2014. № 15. С. 19–22.

«каждая капля пота стоит денег» не в оказании услуг, а в агентском договоре?

Суды говорят: «по правовой сути агентский договор отличается от других посреднических договоров и договора возмездного оказания услуг более широким предметом действия: агент по поручению принципала совершает как юридические, так и фактические действия, что в данном спорном случае предполагает действия агента не только по заключению договоров от имени истца, но и совершение фактических действий, которые приведут к достижению истцом положительного результата в его предпринимательской деятельности». (Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 29.07.2013 по делу № А79-11797/2012, то же самое дословно в Постановлении Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 26.08.2014 по делу № А63-11025/2013)

Но нас с вами интересуют не академические, а практические преимущества. О чем суды молчат. Приходится рыть/доходить самому. Итоги «раскопок» — пять преимуществ. Первое из которых:

### 18.5.2.1. НЕОПРЕДЕЛЕННЫЙ СРОК

Сейчас уже редко, но в недавней практике иногда мелькала позиция: «срок — существенное условие договора возмездного оказания услуг. Не прописан срок — договор не заключен»<sup>1</sup>. То есть если вы забыли указать срок или указали размыто — вылет на незаключенность договора.

В агентском — иначе. Агентский устоит. «Агентский договор прекращается вследствие:

А) отказа одной из сторон от исполнения договора, заключенного без определения срока окончания его действия;

Б) смерти агента, признания его недееспособным, ограниченно дееспособным или безвестно отсутствующим;

В) признания индивидуального предпринимателя, являющегося агентом, несостоятельным (банкротом) (ст. 1010 ГК, буквы со скобками — мои)».

---

<sup>1</sup> К примеру, Постановление ФАС Уральского округа от 19.01.2011 № Ф09-11412/10-С3 по делу № А76-9405/2010-61-368, Постановление ФАС Дальневосточного округа от 22.08.2011 № Ф03-3755/2011 по делу № А16-48/2011 и т.д.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Суды совершенно верно толкуют подчеркнутую фразу как «не указали срок в агентском — договор все равно заключен; на **неопределенный срок**». О чем как-то раз хорошо написал 15 ААС:

«Судом первой инстанции учтено, что договор содержит противоречивые сведения о сроке его действия (в пункте 6.1 срок его действия определен как 6 месяцев, в пункте 1.2 — как восемь месяцев).

При таких обстоятельствах условие о сроке действия договора определено не согласовано сторонами, оснований полагать приоритетным один из двух указанных сроков судом не выявлено.

Вместе с тем указанное обстоятельство не порочит заключенный сторонами договор, поскольку в силу пункта 3 статьи 1005 ГК РФ агентский договор может быть заключен на определенный срок или без указания срока его действия.

Соответственно, спорный договор является договором, заключенным на неопределенный срок. (Постановление 15ААС от 08.12.2014 № 15АП-19100/2014 по делу № А32-9302/2014<sup>1</sup>)

Выходит, если мы с вами забудем указать срок в договоре возмездного оказания услуг «каждая капля пота стоит денег» и договор будет признан не заключенным... Тогда Исполнитель получит деньги только за основные услуги. Оказанные Исполнителем и принятые Заказчиком по актам. Как за «разовые сделки». Или — через неосновательное обогащение. Ну, хоть что-то...<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Еще примеры — Постановление ФАС Московского округа от 04.06.2009 № КГ-А40/4070-09 по делу № А40-64760/08-27-624, Постановление ФАС Центрального округа от 18.04.2013 по делу № А62-3739/2012.

<sup>2</sup> Пример. Договор на 1 427 029 руб. 10 коп. Признан незаключенным. Тем не менее полмиллиона Исполнитель отсудил. С большим трудом. Подробнее: «Ввиду отсутствия согласованного условия о сроке оказания услуг судами обеих инстанций сделан правильный вывод о незаключенности договора № 04-08/705 об оказании юридических услуг от 14 апреля 2008 г., а в отсутствие согласованной сторонами цены и доказательств, позволяющих определить согласованную сторонами стоимость фактически оказанных услуг, суды обоснованно исходили из того, что стоимость фактически оказанных услуг составляет 500 000 руб. 00 коп, при этом правильно ссылались на положения пункта 3 статьи 424 ГК РФ, согласно которым в случаях, когда в возмездном договоре цена не предусмотрена и не может быть определена исходя из условий договора, исполнение договора должно быть оплачено по цене, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные товары, работы или услуги...» (Постановление ФАС Московского округа от 09.06.2010 № КГ-А40/5364-10 по делу № А40-114463/09-8-829).

Но раздел 5 Договора — страховки на будущее — летит в тар-тарары. Договор не заключен = договора нет = в частности, нет раздела 5. Все. За допусслугу Исполнитель не получит ничего.

Соответственно, если мы оформим ту же схему агентским договором и не укажем срок — хоть бы хны. Договор УСТОИТ.

### 18.5.2.2. «Выхода нет!»

«Выхода нет!» — второе преимущество. Вчитайтесь еще раз в строчку закона: «агентский договор прекращается вследствие отказа одной из сторон от исполнения договора, заключенного без определения срока окончания его действия».

Отсюда следует неочевидный, но очень важный вывод: если вы заключили агентский договор на четко определенный срок — скажем, на год — выхода нет; **односторонний внесудебный отказ НЕВОЗМОЖЕН**. Причем связаны оба. И агент, и принципал<sup>1</sup>.

Таким образом, в договоре оказания услуг, заключенном на определенный срок, — «по умолчанию», в силу закона (приснопамятная ст. 782 ГК) любая сторона может в любое время заявить односторонний внесудебный отказ от договора. А в срочном агентском договоре — НЕТ.

Прекрасно. Не надо мудрить, ссылаться на пленум «о свободе договора и ее пределах» и как-то пытаться перекрыть другой стороне выход из договора. В агентском по умолчанию выхода нет.

По-моему, очевидно, но на всякий случай особо оговорю: разумеется, если есть желание, вы можете установить в агентском дого-

---

<sup>1</sup> Немного практики в обоснование. «Таким образом, закон дает право любой стороне и в любое время отказаться от агентского договора, если в нем не указан точный срок его окончания» (Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 15.01.2015 № Ф10-4546/2014 по делу № А35-3016/2014).

И: «Согласно п. 1 ст. 1010 ГК РФ, агентский договор может быть прекращен отказом любой стороны от исполнения, но лишь постольку, поскольку договор заключен без определения срока окончания его действия». (Постановление 17ААС от 30.06.2011 № 17АП-5301/2011-ГК по делу № А50-1082/2011).

А также: «Поскольку спорный договор заключен на определенный срок, то он не может быть прекращен вследствие отказа одной стороны от исполнения договора». (Постановление ФАС Северо-Западного округа от 22.11.2012 по делу № А56-61006/2011).

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

воре право на односторонний внесудебный отказ. Обеим сторонам или только себе.

#### 18.5.2.3. ДРУГИЕ ПОСЛЕДСТВИЯ ОТКАЗА

Третье преимущество. Если помните из 782-й ст. ГК, при отказе Заказчика от договора возмездного оказания услуг Заказчик обязан возместить Исполнителю только фактически понесенные расходы. Но не убытки (реальный ущерб, упущенная выгода и т.д.).

**В агентском же договоре, если Принципал заявит односторонний отказ, Принципал обязан возместить Агенту ВСЕ убытки.** Если, конечно, агент сможет доказать полный состав убытков по ст. 15 — размер, причинно-следственная связь, и т.д. Сложно, но тем не менее возможно.

**Пример раз.** Агент взыскал с Принципала реальный ущерб:

«Как следует из материалов дела, между истцом (Организатор) и ответчиком (ФСО России) заключен договор от 07.05.1999, в соответствии с которым ФСО России на основании договора ФСО России и ИОФ (Международная Федерация Ориентирования) поручает, а Организатор обязуется подготовить, организовать и провести 2-й блок Кубка мира по лыжному ориентированию 2001 года (п. 1.1).

Разделом 5 договора предусмотрено, что Организатор, руководствуясь целесообразностью, самостоятельно вступает в договорные отношения с другими организациями и несет финансовую и юридическую ответственность по заключенным договорам.

Анализ предмета и условий договора позволяет отнести его к агентскому договору. Письмом от 11.04.2000 № 76 ФСО России отказалось от исполнения договора. Данный отказ не противоречит требованиям ст. 1010 ГК РФ.

В соответствии со статьей 1011 ГК РФ к отношениям, вытекающим из агентского договора, соответственно применяются правила, предусмотренные главой 49 или главой 51 настоящего Кодекса, в зависимости от того, действует агент по условиям этого договора от имени принципала или от своего имени, если эти правила не противоречат положениям настоящей главы или существу агентского договора.

## [18] ДОГОВОР С ТРЕТЬИМ ЛИЦОМ «ЧЕРЕЗ ВАШУ ГОЛОВУ»

*(О чем говорил выше: если стороны что-то не прописали в договоре и нет спец. нормы в главе 52 ГК об агентском договоре, суд применяет нормы о договоре поручения или комиссии.)*

*Здесь в агентском договоре не прописали выплату вознаграждения в случае отказа Принципала. Суд восполнил недостаток.)*

Согласно ч. 1 ст. 1001 ГК РФ комитент обязан, помимо уплаты комиссионного вознаграждения, а в соответствующих случаях и дополнительного вознаграждения за делькредере<sup>1</sup> возместить комиссионеру израсходованные им на исполнение комиссионного поручения суммы.

Из материалов дела видно, что при исполнении договора истец понес расходы на подготовку картографических материалов в сумме 28707 руб., а также на расчистку и разметку дистанций в размере 780 руб. 30 коп.

Причиненные неисполнением обязательства убытки должник обязан возместить кредитору (ст. 393 ГК РФ). При таких обстоятельствах суд обоснованно взыскал с ответчика в пользу истца 29487 руб. 30 коп. **убытков**. (Постановление ФАС Уральского округа от 02.04.2001 № Ф09-445/2001-ГК по гелу № А76-14214/2000)

**Пример 2.** Агент взыскал с Принципала упущенную выгоду.

«Поскольку в связи с односторонним расторжением ответчиком договора истец не получил доход — комиссионное вознаграждение по заключенным договорам в размере 200 679 руб. 18 коп, суд признал данную сумму убытками истца согласно статьям 15, 978 ГК РФ.

<...> Исследовав и оценив в соответствии с требованиями статей 64, 65, 71 АПК РФ имеющиеся в деле доказательства (**агентский договор**, подлинные платежные поручения, договоры страхования), суды правомерно сделали вывод о наличии правовых и фактических оснований для удовлетворения иска о взыскании с ОСАО «Ингосстрах» **неполученного** ОАО «Санкт-Петербургский Страховой Альянс» **вознаграждения** в сумме 200 679 руб. 18 коп.

Исполнение агентского договора истцом и заключение им договоров страхования подтверждаются материалами дела, выводы

---

<sup>1</sup> Делькредере = «ручательство за исполнение сделки третьим лицом» (ст. 991 ГК, п. 1).

### **РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ**

судов ответчиком допустимыми доказательствами не опровергнуты. Таким образом, кассационная жалоба ОСаО «Ингосстрах» удовлетворению не подлежит». (*Постановление ФАС Северо-Западного округа от 14.10.2009 по делу № А56-17942/2007*)

#### **18.5.2.4. Простой порядок сдачи действий агента (читай — «услуг»)**

Четвертое преимущество. Если в возмездном оказании услуг или, например, в подряде нам, чтобы упростить себе жизнь, приходится расписывать порядок автоприемки услуг, то в агентском договоре по умолчанию действует ст. 1008 ГК:

«1. В ходе исполнения агентского договора агент обязан представлять принципалу отчеты в порядке и в сроки, которые предусмотрены договором. При отсутствии в договоре соответствующих условий отчеты представляются агентом по мере исполнения им договора либо по окончании действия договора.

2. Если агентским договором не предусмотрено иное, к отчету агента должны быть приложены необходимые доказательства расходов, произведенных агентом за счет принципала.

3. Принципал, имеющий возражения по отчету агента, должен сообщить о них агенту в течение тридцати дней со дня получения отчета, если соглашением сторон не установлен иной срок. В противном случае отчет считается принятым принципалом — *и подлежит оплате!*» (курсив мой).

Из буквального прочтения и доктринального толкования следует: достаточно только отчета агента. Подробного. Чтобы Принципал мог понять, что именно делал агент и что сколько стоит. Акты не нужны. Отослал отчет, и всё. Если принципал получил и молчит — услуги приняты и подлежат оплате.

Эх, теория, теория... На практике: одни суды эту позицию поддерживают — Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 16.02.2012 по делу № А70-6096/2011, Постановление ФАС Московского округа от 22.12.2010 № КА-А40/13975-10 по делу № А40-160740/09-129-1223, Постановление ФАС Поволжского округа от 27.11.2013 по делу № А55-26990/2012, в СОЮ — Постановление президиума Московского областного суда от 03.05.2006 № 301 по делу № 44г-217/06. Одно дело все же процитирую:

«Обоснованность предъявления в рамках рассматриваемого договора от 17.10.2012 услуг по отчетам № 8, 33, 36 установлена судами из писем ответчика, спецификации (т. 2, л. д. 76 — 150, т. 3, т. 4, л. д. 1 — 138), которые ответчиком документально не оспорены.

С учетом изложенного суды пришли к правильному выводу о том, что при таких обстоятельствах **отсутствие двусторонних актов по выполненным работам не является достаточным и безусловным основанием для освобождения ответчика от обязанности оплатить фактически исполненные и принятые им услуги (работы).**

Судами принято во внимание, что отчеты, которые признаны ответчиком в качестве обоснованно предъявленных истцом, оформлены в аналогичном порядке тем отчетам, которые ответчиком не принимаются. Двусторонние акты к признанным истцом отчетам агента также не составлялись». (*Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 20.11.2015 № Ф09-8266/15 по делу № А76-31148/2014*)

А другие — нет. «По смыслу статьи 1006 Кодекса выплата агентского вознаграждения не зависит напрямую от представления отчетов, **однако зависит от факта оказания услуг**». (*Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 12.08.2015 № Ф08-5532/2015 по делу № А63-14135/2013*)

Подтекст: и этот факт, а также цену услуг агент должен доказать. Привычное доказательство — разумеется, акт сдачи-приемки услуг агента. Пример — Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 19.01.2012 по делу № А19-5231/2011.

Поскольку у нас народ привык к актам сдачи приемки (работ, услуг, имущества, чего угодно), а до нормы про отчет агента кодекс дочитывают далеко не все, то... Практика выработала логичное правило: **«если нет отчета агента, но есть акты сдачи-приемки и нет обоснованных возражений принципала — услуги агента оказаны, приняты, подлежат оплате».**

Пример: «...ответчик, не представляя ежемесячно истцу отчет о совершенных им сделках по размещению рекламно-информационных материалов, как установлено агентским договором, а подписывая акты сдачи-приемки выполненных работ по данному договору, где отражены суммы оказанных истцом для ответчика услуг, под-

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

твердил указанными актами наличие обязанности по перечислению истцу в рамках агентского договора денежных средств, поступивших от рекламодателей». (Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 22.10.2009 по делу № А33-16925/08. Такая же позиция в Постановлении ФАС Западно-Сибирского округа от 25.02.2010 по делу № А03-6308/2009, в Постановлении 7ААС от 22.07.2010 № 07АП-4989/10 по делу № А45-23307/2009 и т.д.)

Глядя на зигзаги практики, как быть добросовестному посреднику (агенту)? Идти привычной дорожкой актов сдачи-приемки? Или надеяться на 1008 ГК и практику «достаточно только отчета»? Как лучше?

Вариантов два. Или четко прописать в договоре: «достаточно только подробного отчета агента, акт не нужен, однако стороны могут составить такой акт дополнительно к отчету — скажем, в целях бухучета».

Или — сделать «два в одном». Предусмотреть договором: «отчет агента имеет силу акта-сдачи приемки». И назвать этот гибрид «акт-отчет агента». Тогда на стороне агента будет еще и ст. 1008 ГК.

Пример работы на практике: «в соответствии с пунктом 2.1 договора от 19.04.2011 № 17/АЖС принципал обязался в течение трех дней с момента получения **акта-отчета** (приложение № 2 к договору) от агента проверить акт-отчет и при отсутствии возражений подписать его.

**Если принципал по истечении трех рабочих дней не подпишет акт-отчет и (или) не предоставит по нему возражения, то акт-отчет считается подписанным, а вознаграждение агента, предусмотренное актом-отчетом, подлежит оплате принципалом».**

(Постановление ФАС Уральского округа от 10.08.2012 № Ф09-6310/12 по делу № А60-48526/11. Прошло. Принципал не подписал акт-отчет, но суд, благодаря формулировке в договоре, счел услуги агента оказанными и принятыми)

#### 18.5.2.5. Наручники для сторон

Пятое. Наручниками обычно скован кто-то один. Обычно, но не всегда. Вы могли видеть, в фильмах часто показывают: полицейский приковывает себя к подозреваемому. Одно кольцо защелкивает на своей руке, второе — на руке подозреваемого. Всё, не сбежит. Обо-

ротная сторона: полицейский тоже никуда не сбежит. Куда один, туда и второй.

То же самое может быть и в агентском договоре. Выше был пример: вы нашли поставщика какого-то товара. Вам предлагают стать дилером. То есть вы покупаете оптом у поставщика и продаете в розницу другим «юрикам».

Здесь поставщик (Принципал) вполне может поставить условие: в своем городе вы торгуете только моим товаром — ага, пробует надеть вам наручники. А вы можете поставить встречное условие... И защелкнуть кольцо на руке Принципала: «Хорошо, но я — ваш единственный агент. У себя в городе вашим товаром торгую только я. Вы обязуетесь не заключать подобные договоры с другими агентами из моего города».

Правовое основание «наручников» — ст. 1007 ГК:

«1. Агентским договором может быть предусмотрено обязательство принципала не заключать аналогичных агентских договоров с другими агентами, действующими на определенной в договоре территории, либо воздерживаться от осуществления на этой территории самостоятельной деятельности, аналогичной деятельности, составляющей предмет агентского договора.

2. Агентским договором может быть предусмотрено обязательство агента не заключать с другими принципалами аналогичных агентских договоров, которые должны исполняться на территории, полностью или частично совпадающей с территорией, указанной в договоре.

3. Условия агентского договора, в силу которых агент вправе продавать товары, выполнять работы или оказывать услуги исключительно определенной категории покупателей (заказчиков) либо исключительно покупателям (заказчикам), имеющим место нахождения или место жительства на определенной в договоре территории, являются ничтожными».

Разумеется, в договоре можно прописать не только обязательство «вы обязуетесь не заключать подобные договоры», но и ответственность для ослушника — неустойка, ЗОУ и т.д. Если, конечно, сможете согласовать условия на переговорах... Пример работы на практике:

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

«Как следует из материалов дела и установлено судом первой инстанции, между истцом (Агент) и ответчиком (Принципал) 09.12.2008 заключен агентский договор (т. 1, л.д. 10-11), в соответствии с которым ответчик как Принципал обязался передавать истцу — агенту на реализацию товары, оплачивать вознаграждение за реализацию, а истец обязался реализовывать от своего имени переданные Принципалом товары.

В соответствии с пунктом 2 указанного договора стороны установили, что Агент обладает эксклюзивным правом по реализации товаров, переданных Принципалом. **С момента заключения договора и до его расторжения (прекращения) Принципал не вправе самостоятельно заниматься реализацией вышеуказанных товаров, а также не вправе заключать подобные договоры с другими агентами.** Все товары, которые поступят в собственность принципала, должны быть переданы агенту для последующей реализации.

В случае нарушения одной из сторон обязательств по настоящему договору в соответствии с пунктом 6 договора, сторона обязуется выплатить другой стороне штраф в размере 10 000 рублей». *(Принципал нарушил «жирный» пункт договора. Агент выиграл дело и взыскал с Принципала штраф — 10 000 — установленный договором) (Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 24.07.2012 по делу № А45-29760/2012. Также см. Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 16.05.2016 № 17АП-18805/2015-ГК по делу № А50-23711/2015)*

Так, господа. Вы там поосторожнее... с «наручниками». О чем молчит кодекс — в **торговых делах договор «у себя в городе вашим товаром торгую только я» может обернуться для сторон гневом Антимонопольного комитета** — см. к примеру, Постановление 19ААС от 30.07.2010 по делу № А14-8178/2009/268/29.

Однако в делах посреднических риск пересечься с «антимонопольщиками» близок к нулю. Дела посреднические — любые договоры, где вы не продаете товар, а оказываете принципалу услуги. Скажем, по поиску продавца или покупателя на «недвижку».

Примечательно, но статья о «наручниках» в ГК есть только применительно к агентскому договору. В принципе, «наручники» можно заложить в любой договор — в то же оказание услуг например...

Но суд, увидев ваше творчество, истолкует договор в части «наручников» — а то и полностью! — как агентский.



### ДОМАШНЕЕ ЗАДАНИЕ

---

Вооружившись новым знанием, составьте договор. Закрепите в договоре ту же схему «каждая капля моего пота стоит денег», но на сей раз сделайте агентский договор.

Остальные условия те же. Продавец (Принципал) хочет продать квартиру (иную «недвижку»). Цена — миллион. Вы — посредник (Агент). Беретесь найти покупателя за 5% от цены «недвижки» (50 000,00 руб.).

---

### 18.5.3. ПОСРЕДНИК НА СТОРОНЕ ПОКУПАТЕЛЯ

«Домашку» сделали? Прекрасно. Тогда разберем более сложный случай. Для удобства берем те же суммы. Покупатель (принципал) хочет купить квартиру (иную «недвижку») за миллион рублей. Готов заплатить вам, посреднику (агенту), 5%, если вы найдете подходящий вариант (продавца).

Может принципал кинуть агента? Да запросто. Классика. Вы суетитесь, ищете варианты, показываете квартиры... а принципал тайком «вернулся и договорился с хозяевами напрямую». Как прикажете от этой «классики» защищаться?

Вопрос сложнее. Фундаментальный. И вопрос не права, а — ФАКТА. Как агенту узнать, обманул принципал или нет, заключил ли договор с кем-то из предложенных вариантов?!

Делюсь своим опытом. Покупал квартиру. Полгода выбирал. Пересмотрел вариантов так двадцать. В итоге купил вариант... ну, пусть будет № 17, точно не помню. Честно и добросовестно заплатил 2% агенту. Я пришел к агенту «по звонку», потому и ценник мне поставили ниже рынка. Ага, еще раз о пользе связей.

А если бы я кинул агента? Как агент узнает, что я тишком сговорился и ударил по рукам с продавцом... скажем, из варианта № 8? Который смотрел месяц назад?!

В раскладе «агент на стороне продавца», как я уже говорил, агент может хоть каждый день бегать в Росреестр, брать выписку,

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

смотреть, сменился собственник или нет. Но если агент на стороне покупателя — неизвестно, что и у кого купит покупатель за спиной агента. Агент вряд ли узнает о покупке...

Почему? Простым смертным Росреестр дает выписку только на адрес: кто собственник объекта по адресу такому-то. На запрос же «какие объекты есть в собственности у такого-то лица» обычному человеку Росреестр не ответит никогда. «Законом не предусмотрено-с»<sup>1</sup>. По крайней мере, официально. Намек понятен?..

Систематизируем. По моим прикидкам, агент может узнать о покупке Принципала, если у агента есть:

1) неофициальный канал в Росреестре — думаете, там ангелы сидят?!;

2) неофициальный выход на налоговую. Как-то выпадает из виду, но, помимо Росреестра, информация «что у кого есть» хранится еще и в ФНС. Тоже не ангелы. По дружбе и за магарыч можно узнать много интересного;

3) помимо договора с покупателем, есть одновременно и договор с продавцом на продажу; если продавец внезапно расторгает договор, умный агент пару месяцев подождет, а потом возьмет выписку из реестра — кому ушло? Тут-то правда и выскочит;

4) сарафанное радио — если принципал покупает квартиру в маленьком городке. Где все на виду. Все друг друга знают. Где агент — свой в доску, а принципал — приезжий, думает купить «недвижку» и обосноваться;

5) редкий объект — если принципал хочет купить какой-то редкий объект, каких в городе мало, можно отследить, куда ушло и кто купил. Допустим, восьмикомнатная или там трехуровневая квартира, дом площадью свыше 1000 кв. метров и т.д.

---

<sup>1</sup> Федеральный закон от 21.07.1997 № 122-ФЗ (ред. от 01.05.2016) «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», ст. 7, п. 3. Там указан перечень, кто может получить «обобщенные сведения о правах отдельного лица на имеющиеся или имевшиеся у него объекты недвижимости».

Простых смертных в том перечне нет. Есть «суды, правоохранительные органы, судебным приставам-исполнителям, имеющим в производстве дела, связанные с объектами недвижимого имущества и (или) их правообладателями, а также органам прокуратуры РФ в целях осуществления надзора за исполнением законодательства РФ».

### 18.5.3.1. Способности и схемы

Посреднику лучше всего строить договор, отталкиваясь из своих возможностей. Если у посредника нет «сверхспособностей» из перечня в предыдущей главе, заранее смиримся: не видать нам процента, «кидок» очень вероятен. И строим схему так:

1) Делаем агентский договор.

2) Идем по схеме «капля пота». Цель договора, разумеется, именно оказание услуг — а не фактическая покупка недвижимости. Покупка — доп. услуга<sup>1</sup>.

3) Подробно расписываем услуги агента, но ставим ценники так, чтобы за свои услуги вы все равно получили достойную цену — даже в случае «кидка»;

4) На всякий случай закладываем процент в виде твердой суммы за доп. услугу (если таки поможем принципалу купить квартиру) — мало ли, вдруг честный принципал попадется.

5) Будем честными и сами. Ставим гарантию принципала, верхний предел: если в итоге действий (услуг) вы и так получили вознаграждение, какое хотели, то никакой платы за доп. услугу.

6) Пишем раздел об автоприемке акта-отчета агента.

7) Закладываем право принципала на односторонний отказ от договора — конечно, с «платой за выход» (компенсация по ст. 310 ГК).

8) Описываем, какие действия Принципала приравниваются к одностороннему отказу от Договора — к примеру, заключение договора с другим агентом, два раза подряд (а то и однократная) неоплата услуг агента, принятых по акту-отчету.

По двум последним пунктам. Агент, даже не обладая «сверхспособностями», может понять: «меня кинули». Как? Да из поведения принципала! Если принципал обманул агента и достиг цели, то — смысл исполнять договор с агентом?!

---

<sup>1</sup> Практика опять на вашей стороне. Еще пример: «В силу пункта 8.1 договора от 02.06.2008 № 249 договор вступает в силу после подписания сторонами и действует в течение одного года со дня его подписания. Доказательств досрочного расторжения договора ответчиком не представлено, а агентское вознаграждение определено сторонами в размере 11 500 руб. ежемесячно, при этом уплата этой суммы не поставлена в зависимость от результатов деятельности агента». (Постановление ФАС Поволжского округа от 02.09.2009 по делу № А65-931/2009)

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Конечно, принципал тут же утратит интерес к договору. Перестанет ходить на просмотры. Будет «заворачивать» отчеты агента — под любыми предлогами. Уведомит об отказе от договора.

Вот тут у агента есть прекрасная возможность прищучить принципала. Особенно если принципал не дочитал договор до конца. И не понял: за отказ придется платить. Если дочитал — тем лучше. Умный попробует договориться. В духе: «Все равно ты всё не взыщешь, практика разная, давай я тебе половину заплачу — и разбежимся?». Тоже вариант.

Если у посредника есть «сверхспособности» из перечня в предыдущей главе — тогда пишем договор точно так же, как и в первой схеме. Но добавляем раздел о «кидке». И последствиях.

Думаю, если прочли доселе, то заметили общий подход к ответственности в договоре. Толковый договорник пишет кары (неустойка, ЗОУ и т.д.) в договоре так, чтобы:

**А) стороне было выгоднее исполнить договор, чем кинуть/юлить/сбежать;**

Б) возместить потери жертвы от «кидка»;

В) кары устояли в суде;

Г) кары было бы просто доказывать в суде (отсюда повальная любовь к неустойке).

А теперь вспомните Постановление 12ААС от 18.07.2014 по делу № А57-19472/2013: «...заявленные истцом к взысканию штрафные санкции — 450 000 руб. — более чем в два раза превышают гонорар истца (200 000 руб.), который бы был получен истцом при заключении сделки купли-продажи в ходе договора об оказании риелторских услуг, что свидетельствует о злоупотреблении истцом своим правом».

Теперь понимаете, ЗАЧЕМ тот юрист поставил санкции вдвое больше гонорара?! Совершенно верно. Чтобы принципалу было выгоднее честно исполнить договор и заплатить меньше, а не «кинуть» — и заплатить больше. Жаль, тот юрист не прописал это обоснование в договоре. Быть может, тогда бы формулировка устояла...

### 18.5.3.2. «ЗАПАСНОЙ ПАРАШЮТ»

Зная о такой практике... И хотя той практики пока аж целое одно решение, риск «не сработало» стоит учесть. Если ставите неустойку за «кидок», прописывайте еще и дополнительный пункт. «Запасной парашют». На случай, если «ляжет» неустойка. Образно говоря, «не раскроется основной парашют».

В доп. пункте закладываем еще одно средство защиты. Другое. Отличное от неустойки. Допустим, ЗОУ или «подушка безопасности» (возмещение потерь, она же *indemnity*). Можно прописать доп. пункт сразу, рядом с основным. А можно в другом конце договора, в заключительных положениях.

К примеру, в середине договора пишем:

«5.1. Принципал обязуется:

1) не заключать договоры (агентский, поручение, комиссия, возмездное оказание услуг и т.д.) на предмет поиска вариантов для покупки Объекта с другими посредниками (агентами, риелторами и прочими лицами);

2) не заключать договор (иное соглашение) на приобретение Объекта в собственность без участия Агента;

3) вести переговоры с третьими лицами (потенциальными продавцами) на предмет покупки Объекта ТОЛЬКО с согласия и в присутствии Агента.

5.2. Если Принципал нарушит хотя бы одно обязательство, установленное п. 5.1 Договора, и приобретет Объект без участия Агента, Принципал обязан выплатить Агенту неустойку.

Размер неустойки равен двойной цене дополнительной услуги Агента, установленной в пункте таком-то сяком-то Договора. Срок выплаты: пять рабочих дней со дня получения Принципалом требования Агента об уплате неустойки.

5.3. Неустойку стороны установили в указанном выше размере, исходя из обеспечительной функции неустойки, дабы мотивировать Принципала исполнить Договор надлежащим образом. Чтобы:

1) у Принципала не возникло соблазна заключить договор на приобретение Объекта с третьим лицом в обход Агента, «через голову Агента», без уплаты агентского вознаграждения за дополнительную услугу Агента;

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

2) Принципалу было выгоднее добросовестно исполнить Договор с Агентом, чем нарушить обязательства и заплатить неустойку в большем размере, чем агентское вознаграждение».

А где-то в конце договора, допустим, в «заключительных положениях»:

«9.1. Если взыскание неустойки, установленной п. 5.2. Договора, по любым причинам невозможно, Принципал обязан возместить Агенту заранее оцененные убытки (далее — «ЗОУ»).

ЗОУ равны упущенной выгоде Агента, которую бы получил Агент, если бы Принципал исполнил Договор надлежащим образом. Размер ЗОУ равен цене дополнительной услуги Агента, указанной в пункте таком-то сяком-то Договора. Срок выплаты: пять рабочих дней со дня получения Принципалом требования Агента об уплате ЗОУ. Обстоятельства, важные для доказывания ЗОУ, — причинно-следственная связь и т.д. — Агент вправе доказывать любыми доказательствами, в том числе и составленными Агентом в одностороннем порядке.

9.2. Если Агент не сможет оказать Принципалу дополнительную услугу из-за следующих Обстоятельств:

1) Объект приобрело лицо, прямо или косвенно зависящее от Принципала (к примеру, другое юрлицо, где Принципал участник или один из участников, единоличный исполнительный орган, акционер);

2) Объект приобрел «ближник», т.е. друг, знакомый или родственник Принципала;

3) Объект приобрело юрлицо, подконтрольное «ближнику» Принципала, — к примеру, предложенный Агентом Объект приобрело ООО, где участник — жена Принципала;

4) иные подобные обстоятельства,

тогда Принципал обязан возместить Агенту потери в размере цены дополнительной услуги Агента, указанной в пункте таком-то сяком-то Договора. Срок выплаты: пять рабочих дней со дня получения Принципалом требования Агента о возмещении потерь».

Как видим, запасных парашютов два. ЗОУ в п. 9.1 и «подушка безопасности» (оговорка о возмещении потерь) в п. 9.2. Надеюсь, хоть один парашют да раскроется... На практике же иногда проходят и более простые схемы — только неустойка. И более простые формулировки.

### 18.5.3.3. БОЛЕЕ ПРОСТЫЕ СХЕМЫ И ФОРМУЛИРОВКИ

Ограничусь двумя примерами.

1) «Из п. 1.3 Договора от 12.04.2004 года следует, что ответчиком предоставляется истцу право на заключение договоров на участие в долевом строительстве, которое имеет исключительный характер на всей территории РФ. Заключение ответчиком в течение срока действия договоров с третьими лицами, предмет которых будет аналогичен с предметом Договора от 12.04.2004 года, — запрещается.

Пункт 2.1.1 Договора предусматривает, что агент (ООО «Алтайская элита») обязан обеспечить 100% объемов заключения договоров долевого участия в строительстве.

<...> В соответствии с пунктом 4.1 Договора от 12.04.2004 года, **в случае нарушения ответчиком исключительного характера прав истца на заключение договоров, ответчик обязан уплатить истцу штраф в размере 3% от стоимости строительства, на который заключен договор долевого инвестирования строительства без участия истца.**

<...> При изложенных обстоятельствах дела, правильно установленных судом первой инстанции, требование ООО «Алтайская элита» о взыскании с ЖСК № 173 «Ключ» штрафа в размере 212 160 рублей обоснованно удовлетворено». (*Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 08.09.2008 № 07АП-4908/08 по делу № А03-5565/2008-27*)

2) «Как установлено судом и следует из материалов дела, В.В. и ООО «Пенни Лэйн Коммерц» заключили агентский договор № \*\*\* от \*\*\* года, по условиям которого продавец В.В. поручает агентству ООО «Пенни Лэйн Коммерц» осуществить за вознаграждение комплекс юридических и фактических действий, связанных с поиском покупателя для последующего отчуждения земельного участка <...>

В соответствии с п. 4.9 указанного агентского договора **продавец в течение всего срока действия договора, а также в течение года после его прекращения обязуется воздержаться от продажи объекта без письменного на то согласия истца лицам или при содействии лиц, представленных истцом ответчику в качестве потенциальных покупателей. В случае нарушения данного пункта**

### **РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ**

**продавец обязался выплатить истцу штраф в размере 5% от заявленной стоимости объекта.**

Согласно просмотревшим ведомостям ООО «Пенни Лэйн Коммерц» предложил потенциального покупателя указанных земельного участка с находящимся на нем домом — А.С., которая осматривала объект 15 августа 2010 года и 19 сентября 2010 года.

<...> Так, именно ООО «Пенни Лэйн Коммерц» был осуществлен поиск покупателя М., с которой В.В. впоследствии и заключил договор купли-продажи именно с ней, но минуя агента и в нарушение п. 4.9 договора, не оплатив услуги истца.

<...> Разрешая требования, суд правильно определил юридически значимые обстоятельства. Установленные судом обстоятельства подтверждены материалами дела и исследованными судом доказательствами, которым суд дал надлежащую оценку. Выводы суда соответствуют установленным обстоятельствам». (*Апелляционное определение Московского городского суда от 06.08.2012 по делу № 11-16538*)

#### **18.5.3.4. Другая защита**

Можно построить защиту принципиально иначе. Не через неустойку/ЗООУ/подушку безопасности, а как у нас было в оказании услуг. Защита через «автоматическое», в силу договора, признание услуги оказанной. «Кинул — всё равно плати мне вознаграждение». Пример формулировок и работы на практике:

«Согласно п. 1.3 договора факт предоставления агентом каждого клиента, удовлетворяющего требованиям заказчика, фиксируется путем подписания представителями сторон акта представления кандидатуры потенциального клиента по форме приложения к настоящему договору.

Судом установлено, что 29 декабря 2013 г. стороны договора подписали акт предоставления кандидатуры потенциальных клиентов Г.А. и Г.О.

В соответствии с п. 3.1, 3.5 агентского договора ответчики обязались не вступать в какие-либо контакты без участия агента с потенциальными клиентами, предоставленными агентом.

В случае если какой-либо потенциальный клиент, предоставленный агентом, или его представитель обратится к заказчику напрямую, без участия и ведома агента, заказчик обязуется известить об этом агента и немедленно направить такого потенциального клиента к агенту для дальнейшей работы.

Заказчик обязуется выплатить вознаграждение агента по настоящему договору в соответствии с условиями и порядком оплаты, установленным настоящим договором.

**<...> в случае подписания контракта, направленного на приобретение клиентом права собственности на объект, заказчик выплачивает агенту вознаграждение в размере \*\*\* руб. Фактом, свидетельствующим об исполнении агентом обязательств по настоящему договору в отношении объекта недвижимого имущества, является подписание любого вида контракта.**

Кроме того, в агентском договоре стороны указали, что в случае если в течение двенадцати месяцев после прекращения действия договора будет подписан контракт с любым из клиентов, представленных агентом, или лицом, являющимся аффилированным по отношению к клиенту, заказчик обязуется выплатить агенту вознаграждение на условиях настоящего договора. Заказчик оплачивает вознаграждение агенту в течение одного рабочего дня с момента получения заказчиком денежных средств по контракту.

<...> В обоснование заявленных требований истцом суду представлена выписка из Единого государственного реестра прав на недвижимое имущество и сделок с ним Управления Росреестра по Московской области от 13 мая 2014 года, согласно которой 30 января 2014 года право собственности на земельный участок площадью 1500 кв. м, расположенный по адресу: \*\*\* (кадастровый номер \*\*\*), ранее принадлежавший ответчикам К-л, зарегистрировано за Г.О. (л.д. 18).

Удовлетворяя заявленные иски в части взыскания с ответчиков суммы агентского вознаграждения в размере \*\*\* руб., суд первой инстанции обоснованно исходил из того, что ответчики нарушили принятые на себя обязательства не вступать в какие-либо контакты без участия агента с потенциальными клиентами, предоставленными агентом, распорядившись имуществом

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

без участия агента». (Апелляционное определение Московского городского суда от 22.07.2015 по делу № 33-25313/2015)

Прошло. Победителей не судят. Казалось бы, работает — не трогай... Но я бы вам советовал, если вы решите перенять этот опыт и формулировки: «доработайте напильником».

Не «контракт», а «договор или иное соглашение». Не «заказчик», а «принципал». Если используете понятие «аффилированное лицо», то в начале договора, раздел «Определения», подробно распишите, кто считается аффилированным лицом — друзья, свояки, родня и прочие «ближники» Принципала.

Еще практика в тему: «...закон позволяет ограничить принципа-ла в создании конкурентных препятствий агенту, а с учетом этого является логичным условие договора № 045-АД о том, что любое поступление от указанных в договоре должников денежных средств является результатом работы агента, так как при добросовестном исполнении условий договора его сторонами, взысканием денежных средств с таких должников не занимается никто, кроме агента». (Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 28.12.2015 № Ф04-28218/2015 по делу № А45-9471/2015)

#### **18.5.4. Особенности агентского договора с «физиком»**

Те же риски, что и в оказании услуг (глава 11.4). И те же мрачные последствия. Вкратце, практика СОЮ по агентским договорам сводится к следующему:

1) *Неустойка за отказ «физика» от договора — ничтожна.* Прописать-то в договоре можно... но — тщетно. Суд поможет потребителю, а не вам:

«Так, в силу пункта 1 статьи 16 Закона о защите прав потребителей условия договора, ущемляющие права потребителя по сравнению с правилами, установленными законами или иными правовыми актами РФ в области защиты прав потребителей, признаются недействительными.

Поскольку перечисленными выше нормами права не предусматривается возможность названного ограничения стороны в договоре, п. 3.1 договора свидетельствует о злоупотреблении испол-

нителем свободой договора и не подлежит применению как ущемляющий права потребителя. По этому же основанию не подлежат применению и условия договора, указывающие на взыскание с **Х. штрафов** (раздел 7 договора)».

*(Апелляционное определение Нижегородского областного суда от 10.06.2014 по делу № 33-4784/14).*

2) **Наручники «не веди дела с другими агентами» — ТРУХА.** Хотя ГК прямо разрешает такие условия, суд опять спасает потребителя от хватких щупалец бизнеса:

**«Пункт 3.1.5 агентского договора, по которому принципал обязуется воздерживаться в течение действия договора от осуществления на определенной в договоре территории самостоятельной деятельности, аналогичной деятельности, составляющей предмет договора, признан судом недействительным как ущемляющий предусмотренное ст. 32 Закона РФ от 07.02.1992 «О защите прав потребителей» право потребителя на отказ от исполнения договора об оказании услуги в любое время при условии оплаты исполнителем фактически понесенных им расходов, связанных с исполнением обязательств по данному договору. Выводы суда соответствуют установленным фактическим обстоятельствам».** *(Апелляционное определение Омского областного суда от 19.08.2015 по делу № 33-5495/2015)*

3) **Защита агента по схеме «каждая капля» в связке с «автопризнание услуги оказанной» — ВОЗМОЖНА.** См. Апелляционное определение Челябинского областного суда от 15.01.2016 по делу № 11-688/2016 и Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 12.02.2015 № 33-2502/2015 по делу № 2-8984/2014.

4) **Административный штраф для агента.** По той же ст. 14.8 КоАП РФ, п. 2. — «включение в договор условий, ущемляющих права потребителя, установленные законодательством о защите прав потребителей». 10–20 000 на «юрика». Пример — в частности, Постановление ФАС Уральского округа от 06.12.2007 № Ф09-10153/07-С1.

Там Агент включил в договор условие: «в случае отказа клиента от объекта, предложенного риелтором, и последующего приобрете-

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

ния объекта (прав на объект) без участия риелтора в течение 6 месяцев с момента окончания договора клиент обязан уплатить риелтору неустойку в двукратном размере вознаграждения».

Суд: ага, значит «без уплаты штрафных санкций гражданин не вправе по своему усмотрению расторгнуть договор (отказаться от услуг по договору)». Все, нарушено право потребителя. Штраф.

## 18.6. ПРОЧИЕ ДОГОВОРЫ С ПОСРЕДНИКАМИ. ПОРУЧЕНИЕ

Я бы вам не советовал. Считаю, договор оказания услуг и агентский дают сторонам гораздо больше возможностей... и меньше «головняков». Потому что в договоре поручения:

### 18.6.1. СУЖЕН ПРЕДМЕТ, «НЕПОНЯТКИ» С ДЕЙСТВИЯМИ

Согласно ст. 971 ГК, п.1. «по договору поручения одна сторона (поверенный) обязуется совершить от имени и за счет другой стороны (доверителя) определенные юридические действия. Права и обязанности по сделке, совершенной поверенным, возникают непосредственно у доверителя».

А теперь сравните с определением агентского договора: «(агент) обязуется за вознаграждение совершать по поручению другой стороны (принципала) юридические и иные действия».

Видите разницу? Агент в агентском может совершать любые действия. И юридические, и фактические. Спокойно выполняет волю принципала и получает вознаграждение. Не забывает голову философскими мудрствованиями: так что же я делаю? каковы мои действия? юридические или фактические?

Поверенный же по договору поручения совершает только «юридические» действия. Это какие?! О том в практике спорят уже лет двадцать. И опять хватает курьезов, когда по одному вопросу — несколько решений. Противоположных.

Допустим, внутрибанковские проводки, операции по списанию средств с расчетного счета и зачисление денег на корреспондентский счет банка. Юридические действия — или фактические?

В Постановлении ФАС Московского округа от 20.02.2006 № КГ-А40/641-06 — фактические действия. Через год, в том же суде, те

же действия... Вдруг стали юридическими — Постановление ФАС Московского округа от 25.10.2007 № КГ-А40/9295-07 по делу № А40-59636/06-73-1118.

Последствия? Если поверенный ненароком совершит фактическое действие?! А еще лучше, если стороны вопреки ст. 971 ГК пропишут в договоре что-то вроде: «ООО «Норд-Ойл» поручает, а предприниматель Федоров Е.В. выполняет от имени общества определенные юридические и **практические** действия». (*Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 05.08.2005 № А58-2696/04-Ф02-3699/05-С2*)

А вот такие: «...в договоре поручения выполнение юридических действий в соответствии с указаниями доверителя является определяющим во взаимоотношениях сторон (статья 973 Кодекса), а в договоре на оказание юридической помощи указания заказчика могут иметь лишь второстепенное значение, поскольку такого рода деятельность должна, прежде всего, основываться на нормах материального и процессуального права.

В связи с этим рассматриваемая сделка обоснованно квалифицирована как договор возмездного оказания услуг, что соответствует судебной практике (определение ВАС РФ от 28.06.2010 № ВАС-8397/10) и правовой позиции КС РФ (постановление от 23.01.2007 № 1-П)». (*Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 01.02.2011 по делу № А53-11322/2010*).

Да, читатель. Последствия нам знакомы. Опять вылетели на возмездное оказание услуг. В части «практических» и прочих действий, выходящих за пределы «юридических». Где тот предел — не всегда понятно... А еще в доктрине до сих пор спорят: юридические действия и сделка — одно и то же или нет?!

Поэтому спокойнее и безопаснее идти либо через оказание услуг, либо через агентский. Без «головняков» с действиями.

### **18.6.2. Простой выход из договора. И вряд ли вы закроете эту дверь...**

Так же как в оказании услуг (ст. 782 ГК), в договоре поручения любая сторона вправе в любую минуту отказаться от договора. Односторонний внесудебный отказ.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Но!!! Читаем ст. 977 ГК, п. 2: «Доверитель вправе отменить поручение, а поверенный отказаться от него во всякое время. **Соглашение об отказе от этого права ничтожно**».

В договоре поручения есть «жирное» правило, которого нет в оказании услуг. А значит, если вы строите отношения по договору поручения, заказчик (доверитель) может в любую минуту: 1) присвоить итог трудов исполнителя (поверенного) — скажем, информацию о покупателе квартиры; и 2) заявить отказ от договора.

Обидно, что при отказе (читай — «кидке») убытки вы вряд ли взыщете: **«отмена доверителем поручения не является основанием для возмещения убытков, причиненных поверенному прекращением договора поручения, за исключением случаев прекращения договора, предусматривающего действия поверенного в качестве коммерческого представителя»** (ст. 978 ГК, п.2). Из практики см. к примеру, Постановление ФАС Дальневосточного округа от 27.04.2004 № Ф03-А51/04-1/854.

Еще обидней, что отказ, по общему правилу, «убивает» договор. И если вы не пропишете спец. условия о том, что некоторые пункты действуют и после «смерти» договора, то рухнут все с таким трудом выпестованные защитные формулировки.

Если вторая сторона протупит и забудет воспользоваться правом на отказ, быть может, что-то из штрафных санкций вы и взыщете. Пример:

«Кроме того, за нарушение Ответчиком обязательств по договору поручения (отказ от заключения договора купли-продажи и перечисления полной суммы по договору поручения) в соответствии с п. 5.4 договора поручения Ответчик обязан уплатить Истцу штраф в размере 10% от цены недвижимого имущества.

**Учитывая то, что в соответствии с п. 2 ст. 977 ГК РФ Ответчик до рассмотрения настоящего спора в арбитражном суде не отменил поручения (скорее всего, просто забыл — к счастью Истца), требования Истца о взыскании штрафа, предусмотренного п. 5.4 договора поручения, подлежат удовлетворению».** (Постановление 13ААС от 05.07.2006 по делу № А56-37411/2005)

### 18.6.3. СКУДНАЯ ПРАКТИКА

Заметили? Цитирую старую практику. Почему? Потому что новой нет или почти нет. В арбитраже. А почему нет? Мне кажется, с учетом предыдущих пунктов-слабостей договора поручения, купцам выгоднее жить по агентскому договору/оказанию услуг. Так и живут. А договор поручения как-то тихо, бочком-бочком, уходит в прошлое... Не востребован-с.

Да и старой практики маловато — в сравнении с тем же агентским. А в сравнении с оказанием услуг — и вовсе кот наплакал. Отсюда, если вы сделали договор поручения, вам сложнее будет отстаивать позицию в суде.

Старая практика не учитывает новинки закона. Поэтому неизвестно, как посмотрит суд, если мы уравновесим право на односторонний отказ... той же платой за выход по 310 ГК. В теории — может, и пройдет...

### 18.6.4. ЛИЧНОЕ ИСПОЛНЕНИЕ

В силу ст. 974, «поверенный обязан лично исполнять данное ему поручение», т.е. договор с доверителем. Отступить от этого правила можно только через передоверие (ст. 187 ГК). Причем «доверенность, выдаваемая в порядке передоверия, должна быть нотариально удостоверена». Ага, т.е. еще и к нотариусу идти.

В агентском — проще. Нет обязанности «лично исполнить». Действует общее правило ст. 313 ГК: если прямо не запрещено договором, должник вправе привлечь к исполнению обязательства (договора) третье лицо. Или — лиц.

Разумеется, за действия помощников должник будет отвечать, как за собственные. Но привлечь может без походов к нотариусу и доверенностей. И, как показывает практика, бизнесу удобнее именно так. Чем меньше формальностей — тем лучше.



стороны (доверителя) определенные юридические действия. Права и обязанности по сделке, совершённой поверенным, возникают непосредственно у доверителя.

Поверенный обязан исполнять данное ему поручение в соответствии с указаниями доверителя; передавать доверителю без промедления все полученное по сделкам, совершённым во исполнение поручения (пункт 1 статьи 973, статья 974 ГК РФ). В свою очередь, доверитель обязан без промедления принять от поверенного всё исполненное им в соответствии с договором поручения (пункт 3 ст. 975 ГК).

В соответствии с пунктом 1 ст. 407 ГК обязательство прекращается по основаниям, предусмотренным этим кодексом, другими законами, иными правовыми актами или договором.

По общему правилу обязательство прекращается надлежащим исполнением (п.1 ст. 408 ГК). Судом установлено, что по договору между сторонами ответчик получил от истца 900 000 руб. для приобретения истцу автомобиля, однако обязательства по договору не исполнил, **автомобиль истцу не передал**, денежные средства возвратил в размере только 30 000 руб.

Данные обстоятельства сторонами не оспаривались и судом апелляционной инстанции не опровергнуты. При таких обстоятельствах вывод суда апелляционной инстанции о надлежащем исполнении ответчиком обязательства не соответствует приведённым выше нормам материального права применительно к обстоятельствам настоящего дела». (Дело Базарова (Доверитель, Истец) против Хазова (поверенный, Ответчик). Определение ВС РФ по делу № 29-КГ16-6 от 12 июля 2016 г.)

Итак, «вышка» снесла решение апелляции и отправила дело на новое рассмотрение. По существу — верно. Но мне кажется, обоснование должно быть другим... Из позиции ВС получается, что для исполнения договора поручения поверенный должен:

- 1) совершить юридическое действие (заключить договор купли-продажи, далее — «ДКП»); *и после или одновременно*
- 2) совершить фактическое действие — «передавать доверителю без промедления все полученное по сделкам, совершённым во исполнение поручения».

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

А ничего, что по договору поручения, как мы помним, поверенный вправе совершать только юр. действия?! Ладно, уважим доктрину. Будем считать передачу автомобиля юр. действием. Тогда?

Опять получается схема «всё или ничего». Получается, ВС трактует закон так: если иное прямо не предусмотрено договором, поверенный должен не только совершить юр. действия (сделку), т.е. заключить договор, но и передать результат этих действий доверителю. И договор поручения будет исполнен не в миг заключения ДКП на автомобиль, а в миг передачи автомобиля доверителю. Иначе — договор не исполнен. Верни деньги.

Странно... Это уже не поручение, а подряд какой-то: нет результата — нет денег.

Мне кажется, надо было идти по другому пути. У «липового» продавца изначально не было права собственности на авто. Никто не может передать больше прав, чем имеет сам, так?! Да. Значит, договор Ответчика с «липовым» собственником автомобиля — не заключен.

А значит, поверенный не исполнил главное обязательство по договору поручения: не совершил юр. действие (заключить ДКП на авто). Передан автомобиль истцу или нет, при таком подходе уже не столь принципиально. Поверенный не исполнил главное обязательство — всё; достаточно.

Теперь доверитель вправе взыскать с поверенного деньги, которые поверенный уплатил по договору продавцу-мошеннику. Но не как долг по договору, а как убытки, причиненные поверенным доверителю из-за того, что поверенный не проявил должную осмотрительность при выборе продавца.

Или проявил?! Мало ли как там было дело. Вдруг на угнанный автомобиль был виртуозный пакет фальшивых документов? В том числе поддельный паспорт продавца? И поверенный искренне верил, будто покупает автомобиль у настоящего собственника? И, скрупулезно изучив каждую бумажку под микроскопом, все равно не заподозрил обман? Да и никто другой в сравнимых обстоятельствах тоже бы не заподозрил...

Вот тут суд должен внимательно изучить материалы дела. А не рубить сплеча: «не передал автомобиль — ты крайний». Быть мо-

жет, поверенный сможет доказать отсутствие вины. И тогда — отказ в убытках.

Подумайте.

## 18.7. НЕИМЕНУЕМОЕ

В практике очень часто встречаются загадочные «помеси бобика со свиньей». Договор о посредничестве. Договор об оказании информационно-посреднических услуг. Договор об эксклюзивном праве продаже. Договор об эксклюзивном представительстве. И даже договор о производстве «маркетинговых работ по поиску покупателя административного здания»... Суд этот «креатифф» разнес вдребезги:

«Одновременно суд апелляционной инстанции, согласившись с правовой квалификацией договора № 9 от 9 февраля 2004 года как договора на возмездное оказание услуг, обратил внимание на то, что в нем отсутствуют такие существенные условия, как определение вида деятельности или действий, которые должен совершить исполнитель (какой договор следует заключить, предмет маркетинговых исследований, не раскрыто содержание понятия «маркетинговая деятельность»), не определен срок исполнения обязательств, обязанность определения которых следует из содержания статей 702, 779, 783 ГК РФ, сделав вывод о незаключенности договора, на котором основаны иски требования». (*Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 21.07.2005 № А19-26321/04-13-Ф02-3372/05-С2*)

К чему веду. Не извращайтесь. **Не делайте непоименованный — неизвестный кодексу — договор там, где можно вполне обойтись обычным.** Агентским или оказанием услуг.

Сделаете непоименованный — последствия будут непредсказуемыми. Хорошо, если суд истолкует вашу помесь как оказание услуг. А если как агентский? Или поручение? Разные толкования — разные правовые последствия — разный итог дела в суде.

Да и суду проще, когда вы приносите договор, известный суду. Когда в шапке сразу написано привычное и понятное — допустим, «договор возмездного оказания услуг по поиску покупателей». А не какая-то экзотика, с которой надо сидеть и разбираться.

## 18.8. НОВЫЕ ГОРИЗОНТЫ

Можно отметить два. Один — тактический. Другой — стратегический.

*Тактический:* в последнее время наметилась устойчивая тенденция — «чем меньше бумажек, тем лучше». Компании стараются перевести документооборот в электронный вид и заменить как можно больше бумажек — виртуальными файлами.

Было уже несколько дел, где в отношении агента и принципала на бумаге был только договор. А все остальное — отчеты агента, акты и т.д. — стороны гоняли друг другу в электронном виде. Когда дошли до суда, суд вполне нормально отнесся к такой практике:

«Судами установлено, что **предприниматель и общество осуществляли всю переписку посредством пересылки электронных писем. На электронную почту общества предприниматель отправил отчет агента за 2009 год по агентскому договору № 3 (т. 3 л. д. 75–80), отчет агента за 2010 год по агентскому договору № 1 (т. 2 л. д. 1436147), претензионные письма от 29.10.2010 № 16, от 29.11.2010 № 18 (т. 2 л. д. 150, 151).**

Поскольку в установленный законом срок возражений относительно представленного отчета не заявлено, суды обоснованно сделали вывод о его принятии принципалом.

**Суды отклонили возражения общества о ненадлежащем оформлении отчетов агента, направленных по электронной почте, и отсутствием у общества обязанности по оплате оказанных агентом услуг.**

Оценив имеющиеся в деле документы, суды пришли к выводу о том, что материалами дела подтверждено фактическое оказание агентом услуг в размере 282 930 рублей и осуществление предпринимателем деятельности по согласованию проектов договоров на предоставление медицинской помощи (медицинских услуг) по добровольному медицинскому страхованию, заключенных впоследствии обществом с ЗАО Страховая компания «Чулпан» и ОСАО «Ингосстрах» (т. 3, л. д. 153)». (*Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 25.11.2011 по делу № А32-2321/2011. Также смотри Постановление ФАС Московского округа от 11.08.2009 № КГ-А41/7617-09 по делу № А41-21828/08*).

Поэтому если хотите упростить документооборот, такая возможность есть. Изучайте практику, прописывайте в договоре порядок обмена электронными документами, надлежащие адреса электронной почты и т.д.

Иначе: «истец в нарушение условий агентского договора направлял отчеты агента на электронный адрес, который не был согласован в договоре». (*Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 28.02.2013 по делу № А82-5934/2012*) И еще посмотрите Постановление ФАС Московского округа от 04.07.2011 № КГ-А40/5551-11 по делу № А40-138618/10-25-658.

*Стратегически*, если вы профессиональный посредник, подумайте, как можно обеспечить свои интересы через новые «отвертки» ГК. А именно — абонентский договор и заверения.

Абонентский договор у нас теперь закреплен в 429.4 ГК. Там, в п. 2: «Абонент обязан вносить платежи или предоставлять иное исполнение по абонентскому договору **независимо от того, было ли затребовано им соответствующее исполнение от исполнителя**, если иное не предусмотрено законом или договором».

Не знаю, как пойдет практика, но мне кажется, этой нормой вполне можно пользоваться посреднику в агентском и оказании услуг, чтобы принципал (Заказчик) стабильно оплачивал услуги агента — независимо от объема этих услуг.

А с помощью заверений, думаю, можно стреножить Заказчика в оказании услуг... Быть может, даже в договоре с «физиком». Прописать так: «Заказчик заверяет Исполнителя: 1) Заказчик не будет вести дела с другими исполнителями; 2) Заказчик не будет использовать информацию, полученную от Исполнителя для заключения договора (иного соглашения) без участия Исполнителя 3) ...еще десяток заверений...»

И выход на: если хотя бы одно заверение окажется недостоверным, Заказчик обязан возместить Исполнителю убытки, причиненные недостоверностью таких заверений (закладываем ЗОУ или неустойку).

Пробуйте. Удачи!



# [ 19 ]

## Ввод в ЗАБЛУЖДЕНИЕ

*«Как еще прощает Бог:  
Осквернил уста я ложию —  
Не обманешь — не продашь».  
И опять на церковь Божию  
Долго крестится торгаш.*

*Некрасов Н.А., «Коробейники»*

**Ч**то еще может случиться на переговорах? Могут нас обмануть? Да запросто. Словам «не обманешь — не продашь» уже лет триста... если не пятьсот. Могут о чем-то умолчать? Конечно. А можем мы обмануться сами, без помощи другой стороны?

Еще как. Допустим, мы свято верим: вот мы сейчас купим участок, построим — да тот же аквапарк из примера с «Глубоководными» — и деньги потекут рекой. Построили. Ан нет. Не потекло. Тогда?!

Покупатель идет с иском в суд о признании договора недействительным и возврате на круги своя (возврат сторон в первоначальное положение). Участок не подошел, наша цель не достигнута, заберите участок, верните деньги.

Может такое быть? Может. Еще как может. Ходят, и довольно часто. А суды спускают с лестницы: «заблуждение относительно дохода, который могла бы получить сторона в сделке, и объема прав, передаваемых стороне по сделке, не может быть признано существенным и не является основанием для признания этой сделки недействительной». (Постановление 7ААС от 14.04.2015 № 07АП-1100/2015 по делу № А45-18347/2014)

А теперь станьте на место продавца. Вы продали участок. Вы не знали, для чего покупателю нужен участок. И не могли знать. Покупатель молчал о цели покупки, как партизан. Чтобы вы не украли идею. И вдруг, спустя год, прилетает иск.

Разумеется, вы не горите желанием вернуть деньги. Да и как вы можете отвечать за риск, подойдет участок для цели покупателя или нет, если цель — потаенная? Тот самый потаенный интерес стороны, о котором я мимоходом говорил в начале.

Если разложить по полочкам, может быть три случая:

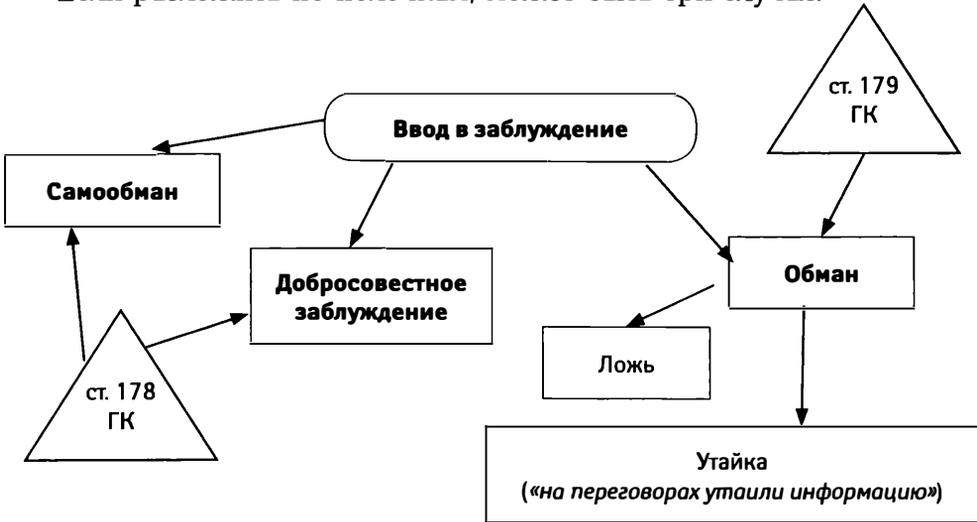


Схема 9. Лики обмана

На практике любят мешать все до кучи. Наверно, от «глубокого знания» доктрины. И подавать иски о признании договора недействительным сразу по нескольким основаниям. К примеру:

«Полагая, что договор заключен под влиянием заблуждения, обмана, предприниматель обратился в арбитражный суд с иском о признании договора недействительным, применении последствий недействительности, признании права собственности на железнодорожный подъездной путь». (Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 12.11.2015 № Ф02-5282/2015 по делу № А78-11213/2014)

Конечно, у самообмана, добросовестного заблуждения и обмана много общего. В частности, все это сделки с пороком воли; все это оспоримые сделки, срок исковой давности — один год.

Общего много, но не настолько, чтобы мешать все до кучи... Есть и различия. Основания и последствия оспаривания, предмет

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

доказывания... А главное, разные уловки – формулировки – «крючки» в договоре на каждый случай.

Цель: не дать стороне оспорить договор (признать недействительным). Либо, по ту сторону баррикад, закладываем в договор такие условия, чтобы если что — партнер ответил. И за обман, и за добросовестное заблуждение.

## 19.1. Лики обмана

Кратко и по существу:

1) *Самообман* — сторона сама себя ввела в заблуждение, БЕЗ помощи другой стороны. Однако и тут сторона может признать сделку (договор) недействительным. «Моя очень заблуждалась...» Хотя и редкий случай, но — бывает. Пример в тему:

«Заблуждение имеет место тогда, когда **участник сделки помимо своей воли и воли другого участника** составляет себе неправильное мнение или остается в неведении относительно тех или иных обстоятельств, имеющих для него существенное значение, и под их влиянием совершает сделку, которую он не совершил бы, если бы не заблуждался». (*Постановление Пятого арбитражного апелляционного суда от 16.05.2016 № 05АП-2878/2016 по делу № А51-26598/2015*)

2) **Добросовестное заблуждение — вас ввел в заблуждение партнер по переговорам, но ввел добросовестно; обмана нет;** партнер добросовестно заблуждался; партнер искренне верил, будто информация, которую он вам дает, истинна. Ложь «вылезла» после подписания, но до исполнения договора; либо — чаще всего — после исполнения.

И обман, и добросовестное заблуждение урегулированы одной нормой ГК — ст. 178. В глазах закона — одно и то же, но я и некоторые «договорники» разделяют. Почему? Сутобо из практических соображений. От самообмана вы договором вряд ли защититесь... А вот за добросовестное заблуждение партнеру можно «навесить» ответственность. Через заверения или «подушку безопасности» (возмещение потерь по ст. 406.1 ГК).

3) *Обман*. В чистом виде. Прямой. Умышленный. Осознанный. В глазах закона обман и утайка информации — одно и то же. Да и урегулированы одной нормой ГК — ст. 179. Но опять-таки, на практике есть разница, как защищаться в договоре.

Теперь подробнее.

## **19.2. Матчасть. САМООБМАН И ДОБРОСОВЕСТНОЕ ЗАБЛУЖДЕНИЕ**

По обоим — ст. 178 ГК, «Недействительность сделки, совершенной под влиянием существенного заблуждения». Изучаем:

«1. Сделка, совершенная под влиянием заблуждения, может быть признана судом недействительной по иску стороны, действовавшей под влиянием заблуждения, если заблуждение было настолько существенным, что эта сторона, разумно и объективно оценивая ситуацию, не совершила бы сделку, если бы знала о действительном положении дел.

2. При наличии условий, предусмотренных пунктом 1, заблуждение предполагается достаточно существенным, в частности, если:

1) сторона допустила очевидные оговорку, опisku, опечатку и т.п.;

2) сторона заблуждается в отношении предмета сделки, в частности таких его качеств, которые в обороте рассматриваются как существенные;

3) сторона заблуждается в отношении природы сделки (но!!! внезапно: **«заблуждение относительно правовых последствий сделки не является основанием для признания ее недействительной»**, Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 10.12.2013 № 162, п. 3);

4) сторона заблуждается в отношении лица, с которым она вступает в сделку, или лица, связанного со сделкой;

5) сторона заблуждается в отношении обстоятельства, которое она упоминает в своем волеизъявлении или из наличия которого она с очевидностью для другой стороны исходит, совершая сделку.

**3. Заблуждение относительно мотивов сделки не является достаточно существенным для признания сделки недействительной.**

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

4. Сделка не может быть признана недействительной по основаниям, предусмотренным настоящей статьей, если другая сторона выразит согласие на сохранение силы сделки на тех условиях, из представления о которых исходила сторона, действовавшая под влиянием заблуждения.

В таком случае суд, отказывая в признании сделки недействительной, указывает в своем решении эти условия сделки.

5. Суд может отказать в признании сделки недействительной, если заблуждение, под влиянием которого действовала сторона сделки, было таким, что его не могло бы распознать лицо, действующее с обычной осмотрительностью и с учетом содержания сделки, сопутствующих обстоятельств и особенностей сторон.

6. Если сделка признана недействительной как совершенная под влиянием заблуждения, к ней применяются правила, предусмотренные статьей 167 ГК (*возврат сторон в первоначальное положение, как если бы договора не было; стороны возвращают друг другу все полученное*).

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».

## 19.3. КОММЕНТАРИИ

Если проще... Есть более короткое определение из практики. Для обоих случаев — и самообман, и добросовестное заблуждение: «сделкой, совершенной под влиянием заблуждения, признается сделка, в которой **волеизъявление стороны не соответствует подлинной воле, то есть по такой сделке лицо получило не то, что хотело, когда свойства предмета соответствуют договору, но не**

соответствуют намерениям (представлениям) стороны». (Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 12.04.2016 № 08АП-2087/2016, 08АП-2092/2016 по делу № А46-1974/2015).

Внимательно прочтем еще раз ст. 178 ГК. Что осталось «за кадром», но достойно пристального внимания:

1. *Кто и как решает, существенно ли заблуждение?* «Вопрос о том, является ли заблуждение существенным или нет, должен решаться судом с учетом конкретных обстоятельств каждого дела исходя из того, **насколько заблуждение существенно не вообще, а именно для данного участника сделки**». (Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 10.03.2016 № Ф04-96/2016 по делу № А70-4385/2015)<sup>1</sup>

И: «При этом условия признания недействительной сделки, совершенной под влиянием существенного заблуждения, имеют субъективный, оценочный характер и оцениваются судом в совокупности представленных по делу доказательств». (Постановление Шестнадцатого арбитражного апелляционного суда от 03.03.2016 № 16АП-953/2015 по делу № А25-895/2014)

И еще короче: **«характер заблуждения в случае спора оценивает суд с учетом всех обстоятельств дела»**. (Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 02.02.2009 по делу № А82-3158/2007-1)

Вроде понятно.... Далее.

2. *«Заблуждение предполагается достаточным существенным, если сторона заблуждается в отношении природы сделки?»* Хорошо, а что такое природа сделки?

Опять разброд и шатание: «в действующем законодательстве не содержится легального толкования понятия «природа сделки» или «правовая природа сделки», а теория, судебная и арбитражная практика в данном вопросе расходятся, называя юридической природой сделки совокупность признаков, свойств, условий, характеризую-

---

<sup>1</sup> Увы, но есть и противоположный подход. Сравните с: «По смыслу приведенной нормы, имеющее правовое значение заблуждение относительно тождества или качеств предмета сделки не должно зависеть от индивидуального восприятия обстоятельств конкретным лицом, т.е. обстоятельства, приведшие к заблуждению, должны обладать свойством объективности и способностью ввести в заблуждение любое лицо, которое являлось бы стороной оспариваемой сделки». (Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 14.03.2012 по делу № А53-7019/2011).

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

щих сущность этой сделки, ее тип, существенные условия сделки. При этом не существует единого подхода к данному понятию даже внутри системы судов общей юрисдикции, арбитражных судов»<sup>1</sup>.

«Вышка» объяснила так: «Заблуждение относительно правовых последствий сделки не является основанием для признания ее недействительной по статье 178 ГК РФ. Гражданин обратился в арбитражный суд с иском о признании сделки по передаче принадлежащей ему сельскохозяйственной техники в качестве вклада в общее имущество крестьянского (фермерского) хозяйства недействительной как совершенной под влиянием заблуждения и о применении последствий ее недействительности.

Истец утверждал, что заблуждался относительно природы данной сделки, мотивируя это непониманием того, что в результате принадлежащая ему на праве собственности сельскохозяйственная техника становится общей собственностью членов фермерского хозяйства, следовательно, он утрачивает возможность единоличного распоряжения ей.

Кроме того, в случае выхода истца из фермерского хозяйства принадлежащая ему сельскохозяйственная техника может быть признана не подлежащей разделу в качестве средства производства фермерского хозяйства, в связи с чем истец фактически утратит право собственности на нее.

В удовлетворении заявленных требований истцу было отказано ввиду следующего. **Заблуждение относительно природы сделки (статья 178 ГК РФ) выражается в том, что лицо совершает не ту сделку, которую пыталось совершить (например, думая, что заключает договор ссуды, дарит вещь).**

Истец не доказал, что при совершении сделки по передаче имущества в качестве вклада в общее имущество фермерского хозяйства его воля была направлена на совершение какой-либо другой сделки.

Более того, из представленных истцом доводов усматривается, что он желал совершить именно оспариваемую сделку. Поскольку заблуждение истца относилось только к правовым последствиям

---

<sup>1</sup> *Важин Я.Н.* О некоторых аспектах сделок, совершенных под влиянием заблуждения // Юрист. 2015. № 10. С. 22 – 25.

сделки, не может быть признано существенным заблуждением неправильное представление этой стороны сделки о правах и обязанностях по ней». (п. 3 Инф. письма Президиума ВАС РФ от 10.12.2013 № 162)

В доктрине хорошо объяснил Андреев: «Существо сделки тождественно понятию «природа сделки». Существо сделки — это типичная для данного вида сделки **правовая цель, правовой результат, ради которого она совершается, оно определяет вид, правовую природу сделки**»<sup>1</sup>.

Правовой!!! Не фактический!!! Таким образом, если вы хотели, допустим, купить вещь и заключили договор купли-продажи, исполнили (*правовой результат достигнут, юридически договор заключен и исполнен*), но в итоге вы получили вещь с недостатками (*а хотели без недостатков, фактический результат не достигнут*) — заблуждения **НЕТ**. Оспаривать по 178 ГК нельзя. Ну, вообще можно, но — 100% отказ в иске. Нет смысла.

Однако вы не лишены других средств защиты: «...фактические свойства предмета, не соответствующие свойствам, согласованным при совершении сделки, обычным свойствам предмета или заранее известному особому назначению предмета, **являются основанием не для признания сделки недействительной, а для применения ответственности за невыполнение ее условий**». (Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 30.11.2015 № Ф08-8245/2015 по делу № А53-946/2015)

То же самое будет, если вы собирались купить вещь, купили — но втридорога. Или наоборот — продали «за шапку сухарей», по дешевке. А потом узнали истинную цену и побежали обжаловать. Не пройдет. Юридически, заблуждения нет:

«Буквальное толкование заявления Кудина А.Б. позволяет сделать вывод о его намерении прекратить корпоративные отношения между ним и ООО «Клиника эстетической гинекологии» путем выплаты действительной стоимости доли.

Судом первой инстанции правомерно отмечено, что прямое указание в заявлении истца о выходе из состава участников общества

---

<sup>1</sup> Андреев В.К. Сделка и ее недействительность // Юрист. 2014. № 1. С. 8 – 12.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

не позволяет квалифицировать его действия как совершенные под влиянием заблуждения относительно природы сделки.

**То обстоятельство, что истец рассчитывал на иной результат — получение ранее перечисленных обществу денежных средств, поименованных в соглашении от 03.09.2014, не свидетельствует о недействительности оспариваемой сделки, поскольку не является заблуждением относительно природы сделки.**

Таким образом, фактически истец ссылается на заблуждение относительно побудительных представлений в отношении выгоды и целесообразности состоявшейся сделки.

Данное заблуждение может быть отнесено к незнанию закона, что не является основанием для применения ст. 178 ГК РФ». (Постановление 17ААС от 25.03.2016 № 17АП-1307/2016-ГК по делу № А60-28553/2015)

Между тем, если вы хотели заключить один договор, а заключили — другой, то заблуждение есть. Пример:

«Истица ... обратилась к ответчику с целью получения заемных денежных средств. Подписывая договор купли-продажи принадлежащей ей квартиры, она полагала, что в действительности заключает договор займа на сумму... руб. с передачей в залог своей квартиры, который оформлен путем заключения договора купли-продажи, совершенного для вида без намерения создать соответствующие правовые последствия.

...Руководство ООО «Столичные финансы» заверило ее, что договор купли-продажи является мнимой сделкой и будет аннулирован после возврата долга. Она проживала в спорной квартире с двумя детьми, один из которых несовершеннолетний, и матерью инвалидом, иного жилья у них нет.

Аналогичные показания дал в суде первой и апелляционной инстанции Г.А., указав, что к ответчику они обратились на основании объявлений в сети Интернет о предоставлении ООО «Столичные финансы» займов под залог недвижимости.

Представитель ответчика в судебном заседании не отрицал, что ООО «Столичные финансы» предоставляет займы физическим лицам под залог недвижимости. Объяснить, почему у Г-вых в июле... возникло желание продать именно юридическому лицу свою един-

ственную квартиру за... руб., что в несколько раз ниже ее реальной стоимости, и одновременно получить ее в аренду, не смог.

О наличии у Г-вых желания получить заем и об отсутствии намерения продать свою квартиру ответчику также свидетельствует то, что после подписания с покупателем передаточного акта квартира ответчику не передавалась, а истица с семьей осталась в ней проживать на основании договора аренды, по которому перечисляла на счет ответчика в банке в первый месяц... руб., а в последующие... руб.

Спорная квартира приобретена Г.М. и ее сыном Г.А. в собственность... на основании договора купли-продажи. Согласно справке филиала ФГБУ «ФКП Росреестра» по Москве, кадастровая стоимость спорной квартиры на... составляла... руб.... коп, на..... руб.... коп. Это жилое помещение является для истицы — одинокой женщины с двумя детьми, один из которых несовершеннолетний, и пожилой матерью единственным местом жительства.

Действуя в рамках процессуальных полномочий, переоценив представленные доказательства, судебная коллегия приходит к выводу о том, что Г.М. и Г.А. добросовестно **заблуждались относительно природы сделки и ее последствий**, полагая, что заключают сделку в целях получения займа под залог своей квартиры, реального намерения передать в собственность ООО «Столичные финансы» спорное жилое помещение по цене 2500000 руб. не имели (ст. 178 ГК РФ).

<...> С учетом вышеизложенных обстоятельств, доводы апелляционной жалобы судебная коллегия находит обоснованными, в связи с чем решение суда первой инстанции не может быть признано законным и обоснованным и подлежит отмене...» (Апелляционное определение Московского городского суда от 14.12.2015 по делу № 33-47055/2015)

Странно, да? А как же тогда:

3. «Заблуждение относительно правовых последствий сделки не является основанием для признания ее недействительной»? Выходит, в арбитраже считают так, а в СОЮ — эдак?

Не всё так однозначно. Не только в СОЮ. В арбитраже тоже временами проскакивает: «...сделка считается недействительной,

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

если выраженная в ней воля стороны сформировалась вследствие заблуждения и **повлекла иные правовые последствия, нежели те, которые сторона действительно имела в виду**. (Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 25.04.2016 № Ф07-2126/2016 по делу № А56-30629/2015)

Почему так? Мне кажется, по справедливости. В конце концов, информационное письмо «вышки» — это не ГК и не Конституция. Если суд сочтет, что в данном деле сторона заблуждалась насчет последствий, но последствия настали ну очень мрачные — как в том деле выше с продажей квартиры — то можно и отступить от письма. Не применять. Ради справедливости. Ради защиты слабой стороны договора. И, конечно, не дать второй стороне извлечь выгоду из злонамеренного поведения. Еще пример:

«Использование автомобиля, находящегося в федеральном розыске, с измененной маркировкой номерных агрегатов и поддельным техническим паспортом невозможно. Приобретая автомобиль, П. не могла знать о том, что его использование в силу указанных причин будет невозможно. Совершенная сделка является недействительной как совершенная под влиянием заблуждения». (Апелляционное определение Свердловского областного суда от 08.10.2015 по делу № 33-15023/2015)

4. *Заблуждение относительно мотивов сделки не существенно для признания сделки недействительной.* Не стал бы расписывать, но опять уперся в «доктринальный вакуум». Как-то слабо и малоопытно объясняют ученые мужи, что такое мотив и почему только из-за мотива нельзя признать договор недействительным.

Пишут, к примеру: «Мотивы лежат вне сделки, они могут быть разнообразными, всякий раз образуя индивидуальный случай. Учет мотивов сделки при определении ее недействительности может повредить устойчивости имущественного оборота»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> «Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ» (постатейный) (Агешкина Н.А., Баринов Н.А., Бевзюк Е.А., Беляев М.А., Бирюкова Т.А., Вахрушева Ю.Н., Гришина Я.С., Закиров Р.Ю., Кожевников О.А., Копьев А.В., Кухаренко Т.А., Морозов А.П., Морозов С.Ю., Серебренников М.М., Шадрин Е.Г., Юдина А.Б.)

В словарях: «мотив — побудительная причина, повод к какому-нибудь действию (книжн.)»<sup>1</sup>. О, уже понятнее. А из юристов наиболее понятно объяснил только Садилов в старом учебнике:

«Заблуждение относительно мотивов сделки не является существенным. Так, если арендатор заключает договор аренды офиса из-за того, что ошибочно считает арендную плату самой низкой в этом районе, а затем выясняет, что неподалеку имеются более дешевые варианты, то по этой причине он не сможет оспорить сделку как заключенную под влиянием заблуждения»<sup>2</sup>.

Вот! Иными словами, **мотив, о котором говорит кодекс: потаенный интерес стороны, фактический результат, который сторона желает достичь, заключая договор.**

Если сторона не заложила потаенный интерес в договор, не сделала тайное — явным, то другая сторона отвечать не будет. Вполне логично. Другая сторона не знала о потаенном интересе. И не обязана за него отвечать. Наиболее показательные примеры:

А) «Заблуждение при совершении сделки купли-продажи земельного участка относительно возможности использования относится к заблуждению относительно мотивов, которые несет покупатель, и не является достаточно существенным для признания сделки недействительной (пункт 3 статьи 178 ГК РФ)». (Постановление 6ААС от 09.02.2016 № 06АП-7167/2015 по делу № А04-6971/2015)

Б) «...ссылки на заблуждение относительно необходимости в заключении данного договора и отсутствия необходимости в предоставляемых услугах не могут быть приняты судебной коллегией, поскольку заблуждение относительно мотивов совершения сделки в силу прямого указания закона (часть первая ст. 178 ГК РФ) правового значения не имеют». (Постановление 7ААС от 02.07.2015 № 07АП-4526/2015 по делу № А45-2728/2015)

В) «...заблуждение заявителя относительно правовой природы сделки, вызвавшееся в том, что, **приобретая долю в устав-**

---

<sup>1</sup> Ефремова Т.Ф. Современный толковый словарь русского языка. — М.: АСТ, Астрель, 2006.

<sup>2</sup> Гражданское право: учебник / О.В. Гутников, А.С. Гутникова, С.Д. Радченко и др.; под ред. О.Н. Садилова. М.: КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 2006. Т. 1. 493 с. глава 11, параграф 4.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

ном капитале, Рахматуллина Е.Р. рассчитывала приобрести земельные участки с кадастровыми номерами 72:22:0611001:160 и 72:22:1110001:255 и лицензии на право пользования недрами серии ТЮМ 80170 ПЭ и серии ТЮМ 80 110 ПЭ, является следствием незнания закона, не считается существенным и не может служить основанием для применения статьи 178 ГК РФ.

Судами установлено, что при заключении договоров купли-продажи долей от 16.08.2012 истец обладал правоспособностью, понимал значение совершаемых действий. Рахматуллина Е.Р. на свой риск вступила в сделки на условиях, предусмотренных в договорах.

**Коммерческая невыгодность достигнутых результатов в данном случае не является основанием для признания сделки недействительной.** В материалах дела отсутствует переписка сторон, из которой усматривалась бы воля истца заключить договора именно при том условии, на которое она ссылается (наличие в собственности земельного участка с кадастровым номером 72:22:0611001:160)». (Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 18.02.2014 по делу № А70-5156/2013)

5. *Открытый перечень.* В ст. 178 ГК, п. 2 открытый перечень существенных заблуждений. Вроде и так очевидно из слова «в частности» во фразе «заблуждение предполагается достаточно существенным, в частности». Но для особо упертых правоприменителей пришлось разъяснить дополнительно — Инф. письмо Президиума ВАС РФ от 10.12.2013 № 162, пункт 2.

## 19.4. Последствия и тонкости

Еще раз, *самообман*: сторона сама себя ввела в заблуждение. БЕЗ помощи другой стороны. Если сторона не заложила потаенный интерес в договор, не сделала тайное — явным, другая сторона отвечать не будет.

НО!!! Если потаенный интерес хотя и не попал в письменный договор, но прозвучал на переговорах или очевиден из поведения обманываемой стороны — тайное стало явным, но не попало в договор — обманувшийся может признать договор недействительным (ст. 178 ГК, п. 2, подпункт 5).

Примеры — см. Постановление 13ААС от 11.11.2015 № 13АП-21973/2015 по делу № А56-21206/2015, по СОЮ — Апелляционное определение Омского областного суда от 19.11.2014 по делу № 33-7433/2014.

Тогда?! Суд вернет стороны на круги своя. Стороны вернут друг другу все полученное по сделке. Другая сторона отвечать не будет... но обманувшийся будет обязан возместить другой стороне реальный ущерб. Именно об этом говорит абзац 2 п. 6 ст. 178 ГК.

Если вы обманулись не сами, а вас ввел в заблуждение партнер по переговорам — *добросовестное заблуждение* — ввел добросовестно, без обмана, «сам протупил» или обман не удалось доказать, то последствия будут ДРУГИЕ.

Начало, как и в самообмане, опять возврат на круги своя, в первоначальное положение. Но теперь партнер уже не вправе требовать с вас реальный ущерб. Логично. Ввел в заблуждение — пожинай плоды. Хоть и добросовестно ввел, но закон не поможет обманщику. Не взыщет реальный ущерб.

Более того, если вы сможете доказать, что «заблуждение возникло вследствие обстоятельств, за которые отвечает партнер» — т.е. вас ввели в заблуждение недобросовестно, — теперь вы можете взыскать с партнера убытки. И реальный ущерб, и упущенную выгоду (ст. 178 ГК, п. 6, абз. 2).

Здесь есть одна опасная процессуальная тонкость. Суд, толком не разобравшись в доктрине, может потребовать от вас: «А ты докажи, что партнер ввел тебя в заблуждение». Увы, бывали такие судебные ошибки:

«Истец по иску о признании сделки недействительной должен доказать, что заблуждение возникло по вине ответчика». (*Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 11.04.2016 № Ф08-1775/2016 по делу № А32-35875/2014*, также *Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 01.07.2015 № Ф06-25107/2015 по делу № А12-32319/2014*)

**НИЧЕГО ПОДОБНОГО. Не должен.** Если Истец докажет, что заблуждение возникло по вине ответчика — это будет ст. 179 ГК, обман. А это другое основание. И другое, более сложное, бремя доказывания. Нет, нам такой хоккей не нужен. Проще и быстрее до-

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

казать самообман или добросовестное заблуждение, т.е. идти по ст. 178 ГК.

Тут, как ни странно, суды общей юрисдикции иногда показывают лучшее знание доктрины, чем арбитраж. И пишут понятнее: **«Вина другой стороны по сделке в возникновении заблуждения согласно п. 1 ст. 178 ГК РФ необходимым условием для ее признания недействительной не является.** В абзаце втором пункта 2 названной статьи законодатель определяет наличие вины контрагента в сделке в качестве обязательного условия для возмещения реального ущерба»<sup>1</sup>.

Но и в арбитраже много светлых голов. Слава богу, преобладает правильная практика:

«Сторона, по иску которой сделка признана недействительной, вправе требовать от другой стороны возмещения причиненного ей реального ущерба, если докажет, что заблуждение возникло по вине другой стороны.

Если это не доказано, сторона, по иску которой сделка признана недействительной, обязана возместить другой стороне по ее требованию причиненный ей реальный ущерб, даже если заблуждение возникло по обстоятельствам, не зависящим от заблуждавшейся стороны»<sup>2</sup>. *(Перевожу на русский: если сторона докажет, что заблуждение было, и заблуждение — существенно, но не докажет, что заблуждение возникло по вине другой стороны, тогда: 1) договор все равно недействителен; и 2) вопрос лишь в том, кто кому убытки возмещает.)*

Как переубедить суд. Первое — несите практику. Второе — ссылайтесь на доктрину. Прежде всего, на эту книгу. А также на иные доктринальные источники с такой же позицией. В частности:

<sup>1</sup> Апелляционное определение Красноярского краевого суда от 15 авг. 2012 г. по делу № 33-6625/2012. Также — Апелляционное определение Ярославского областного суда от 13 мая 2013 г. по делу № 33-2522/2013.

<sup>2</sup> Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 10.07.2007 по делу № А43-27825/2005-21-979. Также: Постановление ФАС Московского округа от 21.05.2007, 28.05.2007 № КГ-А41/4317-07-П по делу № А41-К1-16194/06, Постановление ФАС Северо-Западного округа от 05.07.2010 по делу № А56-49970/2009, Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 28.12.2015 № Ф08-8203/2015 по делу № А53-743/2015, Определение ВАС РФ от 07.10.2011 № ВАС-12412/11 по делу № А63-4244/10, Определение ВАС РФ от 26.04.2007 № 8192/06 по делу № А41-К1-3729/06.

1) Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая: учеб.-практ. коммент. (постатейный) / Е.Н. Абрамова, Н.Н. Аверченко, Ю.В. Байгушева и др.; под ред. А.П. Сергеева. — М.: Проспект, 2010. 912 с., комментарий к ст. 178.

2) Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой: В 3 т. (постатейный) / Т.Е. Абова [и др.]; под ред. Т.Е. Абовой, А.Ю. Кабалкина. — М.: Юрайт-Издат, 2006. Т. 1. 1060 с.

3) *Эргелевский А.М.* Комментарий к главе 9 ГК РФ // Науч.-практ. коммент. к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / Н.Н. Агафонова, С.В. Артеменов, В.В. Безбах и др.; под ред. В.П. Мозолина, М.Н. Малеиной. — М.: НОРМА, 2004. 848 с.

4) *Гнищевич К.В.* Преддоговорная ответственность в российском гражданском праве (*culpa in contrahendo*) // Вестник ВАС РФ. 2009. № 3. С. 18—43.

Надеюсь, переубедите<sup>1</sup>.



## ДОМАШНЕЕ ЗАДАНИЕ

Если вам сложно представить случай добросовестного заблуждения, то вот вам годный пример. Дело ООО «СтройИнвест» против ООО «ПГС-Проект».

В двух словах: истец заключил договор с ответчиком на предмет разработки проектной документации. На переговорах истец спросил ответчика: у вас есть свидетельство об аккредитации на разработку? Тот ответил: да, есть.

И это условие попало в договор. Пункт 1.1: «экспертная организация обязуется (на основании свидетельства серии А 000093 № 21-2-5-091-09

---

<sup>1</sup> Увы, многие говорят: «позиции ученых по правовым проблемам, составляющие правовую доктрину, источником права в РФ не являются, в отличие, к примеру, от судебной практики». *Бычков А.И.* Актуальные проблемы судебного разбирательства. — М.: Инфотропик Медиа, 2016. (гл. 5, параграф 5)

Тем не менее, доктрину можно использовать как источник права. Как именно — см. «Чему не учат на юрфаке: трилогия», гл. 12, «Четыре стихии», подглава «Воздух». Издательство «Феникс», Ростов-на-Дону, 2017 г., ISBN 978-5-222-28299-1. Из зарубежных монографий см. Шикаира, Фабио. Юридические труды как источник права. — Рио-де-Жанейро: Спрингер, 2013.

### **РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ**

от 14.12.2009 об аккредитации ООО «ПГС-Проект» на право проведения негосударственной экспертизы проектной документации, выданного Министерством регионального развития РФ) провести негосударственную экспертизу проектной документации заказчика».

Истец прилежно оплатил. Ответчик разработал документацию. Истец пошел получать разрешение на строительство... И как гром среди ясного неба:

«В письме от 01.06.2012 № 14-08/179 отдел государственного строительного надзора Минстроя Чувашии отказал истцу в выдаче разрешения на строительство на основании представленного экспертного заключения, сославшись на то, что Приказом № 502 с 01.04.2012 до 30.04.2012 приостановлено действие всех ранее выданных свидетельств об аккредитации организаций, в том числе ООО «ПГС-Проект»».

Истец — в суд: «при подписании договора от 23.04.2012 № 6 истец действовал под влиянием заблуждения, в связи с чем договор является недействительным и ответчик обязан возратить истцу денежные средства, полученные за проведение экспертизы».

Ответчик стоит насмерть. Примерно так: «Я работы выполнил, вы всё приняли! Вот акт! Вас всё устроило! Я не знал, что у всех, в том числе и у меня, приостановили свидетельства, я не отвечаю за беспредел госорганов, прошу в иске отказать!».

Поверим ответчику в части «я не знал, что у всех, в том числе и у меня, приостановили свидетельства». Действительно, мог и не знать. Мог не получить уведомление. Всяко бывает. Хорошо. Верим. И? Как бы вы разрешили спор? Подумайте.

Как надумаете, см. правильный ответ — Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 06.05.2013 по делу № А79-9970/2012.

---

## **19.5. ДОГОВОРНАЯ ЗАЩИТА**

Начиная с девяностых, цвела и воняла порочная практика. Не судебная. Деловая. Какой-то недалёковидный купец заключил невыгодный договор. Как дошло до исполнения — одумался, посчитал. Исполнять не выгодно. Врубил убудочное «зачем платить, если можно не платить?!» — и бегом в суд, оспаривать договор.

Основания — любые. Не согласован предмет, заблуждение, кабальная сделка (на крайне невыгодных условиях) — что угодно, лишь бы признать договор недействительным или незаключенным. Вот как вспоминает то время Антон Александрович Иванов, тогда еще — не председатель ВАС:

«Должники при предъявлении к ним требований о возврате долгов сразу же начинали оспаривать договоры, на которых эти долги основывались, а также обеспечительные договоры, причём иски о признании соответствующих договоров недействительными рассматривались довольно долго, и, пока они шли по судебным инстанциям, долги не взыскивались.

Практика по признанию сделок недействительными была широко распространена и имела казуистический характер: суды цеплялись к малейшим отступлениям конкретных договоров от норм закона и признавали их недействительными»<sup>1</sup>.

Угу, а как же добросовестность? А как же *pacta sunt servanda* (договора должны соблюдаться)? ВАС положил много времени и сил, чтобы сломать эту практику. В частности, ввел в судебный обиход принцип толкования договора в пользу заключенности, принцип «исполнение исцеляет договор», а в ГК — эстоппель.

И таки сломал. Сейчас, года так с 2014-го, признать договор незаключенным или недействительным крайне тяжело. В том числе и на основании заблуждения. Вы видели практику в предыдущих главах. Какой практики больше? Верно. Отказной.

Вывод?! Из-за судебного настроения «спасти договор» у обороняющегося (ответчика) изначально преимущество. Ему легче удержать договор, чем вам — развалить. Даже если договор примитивный, типовая болванка.

А если нет? Если не примитивный? Если в договоре стоит спец. защита от заблуждения? Тогда, наверно, в суд можно не ходить. Итог предсказуем. Не развалите. Договор выстоит.

Есть забытая поговорка. «Умный в суд не ходит, дурак с суда не сходит». Если у вас маячит суд на тему «моя заблуждалась, а вы

---

<sup>1</sup> [https://zakon.ru/blog/2016/07/24/199\\_2008\\_2014rossijskie\\_krizisy\\_i\\_grazhdanskij\\_oborot](https://zakon.ru/blog/2016/07/24/199_2008_2014rossijskie_krizisy_i_grazhdanskij_oborot) — источник.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

подло воспользовались!» — значит, кто-то из сторон всерьез накосячил. И на переговорах, и в последующем договоре.

Как не ходить в суд? Как составить договор так, чтобы другая сторона не смогла оспорить? Первое и главное:

#### 19.5.1. ЧЕМ ПРОЩЕ, ТЕМ ЛУЧШЕ

Простой договор. Простым языком. Понятный не только юристам, но и прочим обитателям этой галактики. Суды учитывают. И в арбитраже, и в СОЮ.

*Арбитраж:* «Совершая сделку, истец имел представление о ее условиях и без возражений принял их. **Данные условия изложены четко и ясно, не допускают двусмысленного толкования в части определения природы и свойств предполагаемых к применению мер обеспечения исполнения обязательств.**

Поэтому у судов не имелось оснований для вывода о том, что договор от 29.03.2012 обладает признаками сделки, совершенной под влиянием заблуждения, и подлежит признанию недействительным по правилам статьи 178 ГК РФ»<sup>1</sup>.

*СОЮ:* «Условия договора изложены четко, ясно и понятно, возможности иного его толкования не допускают, каких-либо возражений по вопросу заключения данного договора истцом не выражалось. Подписывая добровольно договор, истец знала его содержание, условия, суть сделки, согласилась со всеми его условиями»<sup>2</sup>.

Как писать договор просто и понятно... Пример вы сейчас держите в руках. Подробнее расскажу в разделе 5.

---

<sup>1</sup> Постановление ФАС Дальневосточного округа от 10.12.2013 № Ф03-5855/2013 по делу № А73-3408/2013, также Постановление ФАС Московского округа от 28.05.2012 по делу № А41-40011/09 и т.д.

<sup>2</sup> Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 16.03.2016 № 33-4585/2016 по делу № 2-4154/2015. Также: Апелляционное определение Белгородского областного суда от 19.05.2015 № 33-2092/2015, Апелляционное определение Курского областного суда от 20.03.2014 по делу № 33-663-2014, Апелляционное определение Московского городского суда от 06.05.2015 по делу № 33-12371 и т.д.

## 19.5.2. ТАКТИКА

Вы могли видеть в практике что-то вроде: «из п. 7 договора дарения следует, что даритель гарантирует, что он **заключает договор не вследствие стечения тяжелых обстоятельств на крайне невыгодных для себя условиях, и данный договор не является для него кабальной сделкой.**»

В соответствии с п. 8 договор содержит весь объем соглашений между сторонами в отношении предмета договора, отменяет и делает недействительными все другие обязательства или предложения, которые могли быть приняты или сделаны сторонами, будь то в устной или письменной форме, до подписания настоящего договора.

Не имея специальных познаний в области юриспруденции, истец не был лишен возможности на платной основе прибегнуть к помощи профессионального юриста и объективно оценить правовые последствия заключения сделки на данных условиях». (*Апелляционное определение Ставропольского краевого суда от 15.12.2015 по делу № 33-8545/2015*)

Жирный текст — попытка защититься от ст. 179 ГК, п. 3: «сделка на крайне невыгодных условиях, которую лицо было вынуждено совершить вследствие стечения тяжелых обстоятельств, чем другая сторона воспользовалась (кабальная сделка), может быть признана судом недействительной по иску потерпевшего».

Однако такая формулировка не спасет ваш договор от оспаривания по знакомой нам ст. 178 ГК (самообман и добросовестный ввод в заблуждение). Не спасет и от оспаривания по обману (ст. 179 ГК, п. 2).

Как вы думаете, почему в старину писали: «...стороны **находятся в здравом уме, ясной памяти, действуя добровольно, четко осознавая юридическую значимость своих действий, не страдают заболеваниями, препятствующими осознавать существо договора**»?

И не только в старину. Цитата выше — из Апелляционного определения Верховного Суда Республики Башкортостан от 21.07.2015 по делу № 33-10723/2015. Кто-то повторил старинную формулировку в наше время. Еще одна попытка спасти договор... И — удачная. Спасли. Ну надо же... Формулировке лет сто с гаком... А поди же — работает.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Как лучше написать сейчас. Осовременить, с оглядкой на действующее право и практику: (в самом конце договора, перед подписями).

#### **«7. Заключительные положения.**

7.1. На преддоговорных переговорах, до заключения Договора, стороны предоставили друг другу всю информацию, относящуюся к Договору и последствиям исполнения Договора. А также о прочих обстоятельствах, важных для исполнения Договора.

*(можно еще дописать: «В ходе переговоров о заключении Договора стороны вели себя разумно и добросовестно. Основания для применения ст. 434.1 ГК отсутствуют»).*

7.2. На переговорах, а также при заключении Договора и в день подписания Договора, стороны понимали значение своих действий, осознанно руководили своими действиями. В день заключения Договора стороны:

- 1) находились в нормальном психическом и душевном состоянии;
- 2) были трезвы, не находились под влиянием алкоголя, табака, медикаментов, психотропных веществ или иного дурмана.

Если выяснится: сторона или представитель стороны состоял на учете в психическом диспансере, наркологической клинике или в ином подобном заведении, это обстоятельство не влияет на действительность Договора. *(защита от 177-й)*

7.3. Договор составлен в двух экземплярах. Подписан каждый лист. Подписи сторон на Договоре также свидетельствуют о том, что стороны внимательно прочитали каждый лист Договора, поняли суть и текст Договора.

7.4. Сторонам также понятны правовые последствия Договора. Стороны не находятся под влиянием заблуждения. Обман или иные пороки воли отсутствуют. Договор выражает действительную волю сторон, и эта воля надлежащим образом закреплена в Договоре.

7.5. Договор заключен с намерением создать именно те правовые последствия, которые описаны в Договоре. Договор не прикрывает другую сделку (договор, иное соглашение). Договор не преследует противоправную цель. *(защита от мнимой/притворной сделки)*

7.6. Стороны заключили Договор, действуя осознанно, разумно и добросовестно; без угроз и насилия. У сторон было достаточно времени, чтобы прочесть проект Договора, посоветоваться с юристами и в полной мере осознать последствия заключения Договора. *Что подтверждается — вписать, если есть что вписывать.*

7.7. Договор заключен к обоюдной выгоде сторон. Стечение тяжелых обстоятельств отсутствует. Условия Договора выгодны обеим сторонам. *(защита от кабальной сделки)*

И я бы еще где-то в середине договора повесил «запасной парашют». Оговорку о возмещении потерь по 406.1 ГК («подушка безопасности»). У которой есть замечательное свойство, прописано в п. 3:

«потери, предусмотренные настоящей статьей, **возмещаются независимо от признания договора незаключенным или недействительным**, если иное не предусмотрено соглашением сторон».

Поэтому. На случай, если суд все-таки признает договор недействительным — несмотря на все наши ухищрения... Можно «на берегу» прикинуть, сколько мы потеряем, если «ляжет» договор. И заложить в договор обязательство возместить потери.

### 19.5.3. Уловки и подробности

Многое понятно из комментариев курсивом. Но кое-что важно разъяснить. Пункт 7.2. вам может показаться перестраховкой и паранойей... Если так, вы не вполне знакомы с практикой. До сих пор хватает желающих признать договор недействительным по основаниям «я был не в себе». Три примера:

1) «Ш.И.А. обратился в Арбитражный суд Приморского края со встречным иском о признании недействительным договора уступки доли в уставном капитале от 19.11.2002 и применении последствий ничтожной сделки.

В обоснование своих доводов Ш.И.А. ссылаясь на то, что в момент подписания вышеназванного договора он находился в состоянии невменяемости, не понимал значение своих действий и их последствия и не мог руководить ими». (Постановление ФАС Даль-

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

невосточного округа от 08.11.2007 № Ф03-А51/07-1/4969 по делу № А51-5231/05-32-100)

2) Глава крестьянского фермерского хозяйства взял кредит, а после подал иск: «в момент подписания договора он не был способен понимать значение своих действий и руководить ими в силу болезненного состояния». (Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 21.07.2014 по делу № А29-5022/2013)

3) «В обоснование заявленных требований Тихомиров А.А. указал, что в момент подписания оспариваемого договора находился в неадекватном состоянии вследствие болезни и смерти близких родственников». (Постановление ФАС Северо-Западного округа от 18.02.2014 № Ф07-11049/2013 по делу № А56-9448/2013)

И это еще арбитраж... Там такие дела относительно редки. А в СОЮ счет идет на сотни<sup>1</sup>. Поэтому п. 7.2 — нормальная, ЗДРАВЯЯ страховка. Особенно если вторая сторона — «физик» или предприниматель.

Далее, пункт 7.6: «У сторон было достаточно времени, чтобы прочесть проект Договора, посоветоваться с юристами, и в полной мере осознать последствия заключения Договора. *Что подтверждается — вписать, если есть что вписывать*».

Что здесь. Сторона, получив ваш проект договора, обычно показывает его своим юристам. Правильно. Разумно и осмотрительно. Юристы говорят: всё хорошо. А чаще не говорят, а пишут заключение. Или ставят визу на договоре.

Или подписывают лист согласований. Есть такая практика на крупных предприятиях. Проект договора читают несколько специалистов из разных отделов — юрист, бухгалтер, служба безопасности. И ставят отметки «согласовано» или «возражаю» с комментариями в отдельном документе — лист согласований или что-то такое же, но с другим названием.

Суть уловки: если партнер советовался с юристами, хорошо бы отразить сие в договоре. К примеру, сослаться на заключение юри-

---

<sup>1</sup> См. Апелляционное определение Оренбургского областного суда от 27.01.2016 по делу № 33-529/2016, Апелляционное определение Московского городского суда от 18.01.2016 по делу № 33-1457/2016, Апелляционное определение Алтайского краевого суда от 29.07.2015 по делу № 33-6938/2015, Апелляционное определение Верховного Суда Республики Татарстан от 29.06.2015 по делу № 33-9490/2015 и т.д.

ста. На лист согласований. В крайнем случае, сослаться на юриста. К примеру:

«У сторон было достаточно времени, чтобы прочесть проект Договора, посоветоваться с юристами и в полной мере осознать последствия заключения Договора. Покупатель, заключая договор, исходил из аналитической справки, предоставленной ООО «Дзен-консалтинг» № 15 от 12.07.2016 г. Продавец, заключая договор, советовался со штатным юристом Сидоровым Сидором Сидорычем, виза которого стоит на договоре».

Теперь стороне будет гораздо сложнее оспорить договор. А то и вовсе невозможно.

### 19.5.3.1. Курьез

Небольшой курьез напоследок. Оцените:

«Согласно пункту 2.1 договора отчуждаемая доля продана по цене 18 000 руб., указанная денежная сумма уплачена покупателем продавцу до подписания настоящего договора.

Пунктом 2.2 договора установлено, что цена отчуждаемой доли в уставном капитале общества является истинной, **другие документы, в которых указана иная цена, являются недействительными**, в случае спорных отношений стороны не вправе ссылаться на устные договоренности и свидетельские показания». (Постановление *Седьмого арбитражного апелляционного суда от 14.04.2015 № 07АП-1100/2015 по делу № А45-18347/2014*).

Бред... Но этот бред СРАБОТАЛ. Суд фактически применил эту формулировку. И формулировка сработала так, как хотел вписавший. Вторая сторона не смогла доказать продажу доли по заниженной цене.

Почему «бред»? Во-первых, признать что-то недействительным может только суд. А не стороны в договоре. Во-вторых, «в случае спорных отношений стороны не вправе ссылаться на устные договоренности и свидетельские показания». Мне кажется, налицо попытка изменить договором... АПК. Статью 64, п. 2:

«В качестве доказательств допускаются письменные и вещественные доказательства, объяснения лиц, участвующих в деле, за-

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

ключения экспертов, консультации специалистов, показания свидетелей, аудио- и видеозаписи, иные документы и материалы».

Думаю, грамотный судья одернул бы спорщиков: «Господа, вы учите суд работать с доказательствами?! Ну-ну. Напоминаю ст. 71 АПК, п. 5: «никакие доказательства не имеют для суда заранее установленной силы». Вы не можете договором лишить доказательства силы. В частности, признать недействительными иные документы. Попытки же исключить свидетельские показания из перечня доказательств, установленных АПК... Господа, у вас какое-то очень альтернативное понимание закона. Ошибочное. АПК не позволяет сторонам устанавливать свои правила о доказывании».

Мораль сей басни: осторожнее с формулировками. Понимаю, хочется лишить другую сторону всех лазеек. Но не увлекайтесь. Как тоньше, грамотнее и изящнее перекрыть лазейки — будет дальше, в главе 19.7.2.

#### 19.5.4. ТАЙНОЕ СТАЛО ЯВНЫМ

А теперь станем на место стороны, которая хочет... Чего? Оставить себе лазейку и оспорить договор? Если потаенный интерес не достигнут? Нет. Правильный подход и стратегия: сделать тайное — явным. Рассекретить. Сделать интерес явной частью и целью договора. Предусмотреть механизм на случай, если цель не достигнута.

Кажется, именно об этом писал Суханов: «не принимается во внимание заблуждение относительно мотивов сделки (за исключением случаев, когда мотив включен в сделку в качестве условия)»<sup>1</sup> (пометки мои).

Отсюда первый механизм — сделка под условием, разбирали в главе 7.3. Второй механизм — заверения. В договоре можно прописать... Нет, давайте пойдём другим путем. В деловом мире ввод в заблуждение чаще всего бывает при покупке бизнеса. Возьмем реальное дело. *Кузьминин против Магагеевой*. Изучим. А после подумаем, как могли бы составить договор стороны.

---

<sup>1</sup> Российское гражданское право: учебник: в 2 т. / В.С. Ем [и др.]; отв. ред. Е.А. Суханов. — 2-е изд., стереотип. — М.: Статут, 2011. Т. 1. Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права. 958 с. Параграф 5, глава 7.4.

### 19.5.4.1. ПРАКТИКУМ

«Как следует из материалов дела, между ответчицей — Магадеевой А.Е. (Продавец) и истцом — Кузьминым А.Б. (Покупатель) заключен договор купли-продажи № 2 от 09.04.2014, согласно которому ответчица продала, а истец купил оборудование в соответствии с приложением № 1, которое является неотъемлемой частью договора.

Согласно пункту 2.1 договора и приложения № 1 общая стоимость оборудования составляет 615 000,00 руб.

Согласно акту приема-передачи ответчица передала, а истец в лице представителя Поповой Ю.Т. (по доверенности) принял следующее оборудование стоимостью 615 000,00 руб.: Плазменный ТВ «Panasonic», Система караоке «LG», Дом.кинотеатр «Samsung», Микрофон, Диск караоке (400 песен), Менюхолдер А4, Диван кожаный белый, Диван кожаный красный, Стулья деревянные... и много чего еще.

<...> Факт передачи оборудования и передачи денежных средств в размере 315 000,00 руб. сторонами не оспаривается. Полагая, что договор купли-продажи № 2 от 09.04.2014 заключен им под влиянием заблуждения, истец в арбитражный суд с настоящим иском <...>

Ответчица искимые требования оспорила по основаниям, изложенным в отзыве. Указывает, что из искового заявления следует, что мотивом сделки было получение определенной прибыли при использовании оборудования. Вместе с тем, предметом договора купли-продажи № 2 от 09.04.2014 является продажа и покупка оборудования, **а не готового бизнеса.**

Исследовав и оценив представленные по делу доказательства в их совокупности в соответствии со статьей 71 АПК РФ, заслушав участников процесса, суд признал иск не подлежащим удовлетворению, по следующим основаниям.

<...> В силу части 3 статьи 178 ГК РФ заблуждение относительно мотивов сделки не является достаточно существенным для признания сделки недействительной.

По доводам истца, заблуждение при совершении сделки заключалось в следующем: при заключении договора истец полагал, что приобретает готовый бизнес. При этом ссылается на следующее:

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

в объявлении, размещенном на сайте [www.avito.ru](http://www.avito.ru) 01.04.2014 в 13 час. 10 мин., кафе-бар позиционируется как действующее на 30 посадочных мест, 1 линия, с оборудованием и мебелью.

Продавцом был представлен примерный объем (выручка) указанного за 1 месяц работы, что не соответствует действительности. Вместе с тем проходимость данного кафе очень мала, местоположение отдалено. Зная о таком положении дел, он как покупатель не совершил бы сделку с ответчицей (продавцом).

Ответчица в судебном заседании пояснила, что она использовала оборудование в кафе-баре. Истец пояснил, что хотел использовать приобретенное оборудование таким же образом.

Вместе с тем при заключении договора аренды нежилого помещения для использования его под кафе-бар третья сторона, собственник нежилого помещения, включил в договор условие о предплате более чем на 40000,00 руб., которое было для истца неприемлемо. Данные устные пояснения подтверждаются аудиозаписью судебного заседания.

Суд пришел к выводу, что доводы, указанные истцом, не являются существенными для признания договора купли-продажи № 2 от 09.04.2014 недействительной сделкой на основании статьи 178 ГК РФ.

Заблуждение относительно мотивов сделки не имеет существенного значения (часть 3 статьи 178 ГК РФ). При изложенных обстоятельствах в удовлетворении исковых требований следует отказать». (Решение Арбитражного суда Удмуртской Республики от 20.11.2014 по делу № А71-7787/2014)

Увы, апелляция встала на сторону ответчика: «С учетом <...> п. 2 Информационного письма от 10.12.2013 № 162 «Обзор практики применения арбитражными судами статей 178 и 179 ГК РФ», перечень оснований для признания сделки недействительной носит примерный характер (соответственно, является открытым).

Вместе с тем неправильное представление о любых других обстоятельствах, помимо перечисленных в законе, не может быть признано заблуждением и не влечет признание сделки недействительной. *(да что вы говорите?! сами же только что написали — открытый перечень)*

Доказательства того, что при заключении договора купли-продажи стороны имели в виду достижение иных целей и создание иных правовых последствий, чем те, которые предусмотрены данным договором, не представлено (ст. 65 АПК РФ). (А объявление с Авито? А объем выручки? А пояснения сторон?)

Указанные истцом обстоятельства не могут быть признаны заблуждением в смысле ст. 178 ГК РФ, влекущим признание сделки недействительной.

В соответствии с абз. третьим п. 1 ст. 2 ГК РФ, предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке.

Истец как участник гражданских правоотношений и являясь стороной по договору на момент заключения, понимал правовые последствия совершаемой сделки, мог оценить риск ее совершения для осуществляемой им деятельности.

Заблуждения относительно мотивной сделки в силу п. 3 ст. 178 ГК РФ не имеет существенного значения. Учитывая изложенное в иске, судом отказано правомерно». (Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 18.02.2015 № 17АП-18370/2014-ГК по делу № А71-7787/2014)

#### **19.5.4.2. Что можно сделать лучше**

Первое, что приходит в голову: суд неправ. Не разобрался в отношениях сторон. Второе — риск судебной ошибки есть всегда, под любыми звездами, в любой системе права. А значит, важно составить договор так, чтобы у суда не было возможности ошибиться.

В деле *Кузьминин против Магагеевой*, если открутить время назад и подумать, что можно сделать лучше... Исходя из чистой доктрины, тянет сделать договор продажи предприятия.

Но есть ст. 560 ГК. Пункт 3 требует: «договор продажи предприятия подлежит государственной регистрации и считается заключенным с момента такой регистрации». А сторонам традиционно хочется побыстрее. И без доп. «головняков» типа гос. регистрации.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Можно проще и изящнее.

*Первый способ:* аренда оборудования с правом выкупа. Но, в отличие от типовых болванок, три особых условия:

1) в договоре прописана цель: «стороны заключили Договор, чтобы Арендатор, если ему подойдет бизнес Собственника, мог выкупить этот бизнес, выкупив оборудование, взятое во временное владение и пользование (в аренду) по Договору»;

2) Арендатор вправе в любую минуту выкупить имущество у Собственника; выкупная цена согласована в договоре;

3) Арендатор вправе также в любую минуту заявить односторонний внесудебный отказ от договора. Страховка на случай, если обещания Собственника о доходности бизнеса... преувеличены.

Или если появится что-то непредвиденное. Как в том деле: «третья сторона (*ох, грамотеи... правильно — третье лицо!!!*), собственник нежилого помещения, включил в договор условие о предоплате более чем на 40000,00 руб., которое было для истца неприемлемо».

И я бы еще заложил «плату за выход». Небольшую, но чтобы Собственник получил компенсацию за хлопоты — сдача оборудования, проверка каждой единицы, а потом приемка обратно, допуск в помещение и т.д.

Можно сделать наоборот: если Арендатор заявил отказ, Собственник платит Арендатору компенсацию. За несбывшиеся надежды и потраченное время. Или — ни вашим, ни нашим. Каждый сам за себя, расторгли — и никто никому ничего не возмещает.

Как договоритесь, так и будет.

Англичане эту схему называют «try and buy» — попробуй и купи. Вот тебе товар. Пробуй. Понравилось — купи. Нет — верни товар, забирай свои деньги — и свободен. Никаких вопросов. На вкус и цвет товарищей нет. Все понимаем.

В итоге у нас потенциальный покупатель бизнеса сперва арендует, смотрит, пойдет дело или нет, принесет ли прибыль. Если приносит, то сколько — как напел продавец или меньше. Если все устраивает — покупка из аренды. Если нет, то торг — мало приносит, режь цену, или — «счастливо оставаться».

Разумеется, в таком договоре надо перечислить не только состав имущества и цену за все — как было в деле *Кузьминин против Ма-*

гагеевой — но и цену за КАЖДУЮ единицу. Вдруг в ходе аренды потенциальный покупатель бизнеса что-то утратит/сломает... Тогда при выкупе или при возврате оборудования неизбежен спор — сколько стоит вот этот «диван кожаный белый».

*Второй способ.* Намек по фразе: «Продавцом был представлен примерный объем (выручка) указанного за 1 месяц работы». Заметили? Из решения не ясно, в какой форме представлен. На словах или документ?!

Даже если объем выручки известен только на словах, не смертельно. Эту информацию можно перенести на бумагу. И внести в договор купли-продажи (ДКП). Да, здесь мы идем по тому же пути, что и стороны того дела — ДКП оборудования.

Но. Закладываем в договор цель покупки:

«1.2. Покупая Оборудование, Покупатель желает тем самым купить бизнес Продавца — кафе по адресу такому-то, приносящее прибыль в размере не менее 100 000 руб. в месяц. (далее — «бизнес»). Поэтому, помимо передачи оборудования, Продавец обязан содействовать заключению договора аренды между Покупателем и Собственником помещения, в котором находится кафе (далее — «помещение»).

1.3. Продавец заверяет: бизнес приносит 100 000 руб. чистой прибыли в месяц. Заверение Продавца подкреплено справкой Продавца о выручке за месяц деятельности кафе — приложение 1 к Договору, неотъемлемая часть Договора.

1.4. Если, несмотря на содействие Продавца и по причинам, не зависящим от Продавца, Покупатель и Собственник помещения не смогут заключить договор аренды помещения, Покупатель вправе заявить односторонний внесудебный отказ от Договора.

1.4.1. Последствия отказа Покупателя. В течение десяти рабочих дней Покупатель возвращает Продавцу Оборудование, а Продавец возвращает Покупателю деньги, полученные от Покупателя за Оборудование по Договору (возврат в первоначальное положение).

1.5. Если заверение Продавца о прибыльности бизнеса, указанное в п. 1.3 и приложении 1 к Договору, окажется ложным полностью или в части, тогда, даже если Продавец добросовестно заблуждался и независимо от вины Продавца, Продавец обязан:...».

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Дальше — простор для творчества. Если Покупатель не получил бизнес, но есть желание оставить оборудование себе — ставим только «плату за выход» (или ЗОУ, или возмещение потерь).

Если важно получить именно бизнес, добавляем Покупателю право на односторонний внесудебный отказ от Договора. Последствия отказа — делаем ссылку на п. 1.4.1 Договора. А как дополнительное последствие прописываем плату за выход (или ЗОУ, или возмещение потерь). Можно еще и «запасной парашют» приспособить — мало ли что.

## 19.6. ОБМАН

По сравнению с самообманом и добросовестным заблуждением, по обману матчась... скуднее. Ст. 179 ГК, пункт 2 и 4:

«2. Сделка, совершенная под влиянием обмана, может быть признана судом недействительной по иску потерпевшего. *(а что такое обман?!)*

**Обманом считается также намеренное умолчание об обстоятельствах, о которых лицо должно было сообщить при той добросовестности, какая от него требовалась по условиям оборота. *(как видим, в глазах закона прямая ложь и утаивание — одно и то же)***

Сделка, совершенная под влиянием обмана потерпевшего третьим лицом, может быть признана недействительной по иску потерпевшего при условии, что другая сторона либо лицо, к которому обращена односторонняя сделка, знали или должны были знать об обмане.

Считается, в частности, что сторона знала об обмане, если виновное в обмане третье лицо являлось ее представителем или работником либо содействовало ей в совершении сделки.

<...>

4. Если сделка признана недействительной по одному из оснований, указанных в пунктах 1—3 настоящей статьи *(в т.ч. обман)*, применяются последствия недействительности сделки, установленные статьей 167 *(возврат на круги своя, как обычно)*.

Кроме того, убытки, причиненные потерпевшему, возмещаются ему другой стороной. Риск случайной гибели предмета сделки несет другая сторона сделки».

Суды восполняют скудность закона и разъясняют нам, что такое обман:

«Из смысла указанной нормы и общих положений гражданского права следует, что **обманом является намеренное (умышленное) введение в заблуждение стороны в сделке другой стороной либо лицом, в интересах которого совершается сделка, относительно характера сделки, ее условий и других обстоятельств, влияющих на решение потерпевшей стороны.**

**При совершении сделки под влиянием обмана формирование воли потерпевшего происходит не свободно, а вынужденно, под влиянием недобросовестных действий контрагента, заключающихся в умышленном создании у потерпевшего ложного представления об обстоятельствах, имеющих значение для заключения сделки.**

Обман может относиться как к элементам самой сделки, так и к обстоятельствам, находящимся за ее пределами, в том числе к мотивам, если они имели значение для формирования воли участника сделки.

Обманные действия могут совершаться в активной форме или же состоять в бездействии (умышленное умолчание о фактах, могущих воспрепятствовать совершению сделки)»<sup>1</sup>.

Понятно. Допустим, на переговорах другая сторона нас подло и цинично обманула. Что мы должны доказать в суде, чтобы суд признал договор недействительным?

## **19.6.1. ПРЕДМЕТ ДОКАЗЫВАНИЯ И ПРАКТИКА**

Включает четыре обстоятельства. Чтобы выиграть дело, мы должны доказать:

- 1) *факт заблуждения* — мы обманулись;
- 2) *ввод в заблуждение извне* — мы обманулись не сами, а с подачи обманщика. Обманщиком может быть: а) вторая сторона дого-

---

<sup>1</sup> Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 20.11.2015 № Ф08-8320/2015 по делу № А61-2982/2013, Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 28.12.2009 по делу № А82-15252/2008-10 и т.д.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

вора, б) третье лицо, «в интересах которого совершается сделка», в) третье лицо — «марионетка» обманщика, т.е. подконтрольное обманщику;

3) *недобросовестность ввода в заблуждения* — умысел обманщика на обман, уж простите за тавтологию. Иначе говоря, нас ввели в заблуждение не случайно, обманщик не добросовестно заблуждался, а сознательно преследовал цель нас обмануть.

И, для полного счастья:

4) *причинно-следственную связь между обманом и решением заключить договор*. Привет от «вышки».

По первым трем пунктам практика сложилась давно и прочно. Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 27.04.2016 № Ф08-1871/2016 по делу № А53-17948/2015, Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 17.09.2014 по делу № А36-4047/2013, Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 18.11.2014 по делу № А21-11030/2013 и т.д.

Четвертый пункт — свежая мысль «вышки». Дословно: «Сделка, совершенная под влиянием обмана, может быть признана недействительной, **только если обстоятельства, относительно которых потерпевший был обманут, находятся в причинной связи с его решением о заключении сделки.**

При этом подлежит установлению умысел лица, совершившего обман». (*Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой ГК РФ», пункт 99*)

Ничего не напоминает? Верно. Предмет доказывания по убыткам. И концовку старого анекдота: «а теперь перечислите поименно участников русско-японской войны». Неудивительно, что практика идет не в пользу обманутого... Типичный отказ:

«Поскольку **истец не представил надлежащих доказательств** о том, что волеизъявление предпринимателя Федькова Б.М. не соответствовало его намерениям в силу умышленных действий ответчика, связанных с ложной информацией или утаиванием достоверных сведений, которые бесспорно бы свидетельствовали о заключении сделки под влиянием угроз и обмана, арбитражный суд правильно

применил положения статьи 179 ГК РФ, статьи 65 АПК РФ и обоснованно отказал истцу в удовлетворении иска»<sup>1</sup>.

## 19.6.2. Выводы и советы

Чему нас учит практика и твердолобый подход суда «нет, ты еще вот это докажи»?

*На темной стороне.* Если цель — не дать второй стороне оспорить по 179-й — закладывайте в договор формулировки из главы 19.4.2. Но обязательно добавьте исчерпывающую оговорку. Скажем, такую:

«15.1. Договор — полная и единственная договоренность сторон. В день заключения договора все предыдущие договоренности, устные и письменные, а также переписка, теряют силу. Действительная воля сторон отражена в Договоре и только в Договоре.

15.1.1. Документы сторон, составленные до заключения Договора: 1) не являются частью Договора; 2) не могут быть использованы для толкования Договора; 3) не могут быть истолкованы как еще один договор или иное соглашение между сторонами.

15.1.2. Если до заключения Договора стороны обменивались рекламными буклетами, каталогами, прайс-листами, брошюрами, спецификациями, стандартами, ГОСТами и т.д. — эти материалы:

- 1) не входят в Договор, т.е. не становятся частью Договора;
- 2) не обладают юридической силой для сторон Договора;
- 3) не могут быть использованы для толкования Договора;
- 4) не меняют и не дополняют условия Договора.

15.1.3. Договор может быть изменен или дополнен ТОЛЬКО письменным доп. соглашением. Изменение Договора конклюдентными действиями, бездействием и электронной перепиской запрещено».

<sup>1</sup> Постановление ФАС Дальневосточного округа от 07.06.2004 № Ф03-А51/04-1/1252, и раньше Постановление ФАС Дальневосточного округа от 11.02.1997 № Ф03-А51/97-1/33, Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 09.06.2008 по делу № А28-9400/2007-147/13, Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 18.11.2010 по делу № А45-12171/2007, Постановлением ФАС Северо-Кавказского округа от 13.03.2009 по делу № А32-12856/2007-27/168

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

*На светлой стороне.* Если вы подозреваете возможный обман, то... Еще раз внимательно прочитайте проект договора. Если есть исчерпывающая оговорка, а особенно — что-то вроде пункта 15.1.2, **НАСТОРОЖИТЕСЬ.**

Скорее всего, вас хотят обмануть. Банальщина: на переговорах и в рекламе — одно, в договоре — совсем другое. Тогда, соответственно: еще раз проверяем товар, услугу, иной итог — что вы хотите получить по Договору. Думаем, где нас могут «кинуть». Если не нашли, а желание заключить договор не отпало, тогда:

- 1) стараемся не допустить в договор формулировки из главы 19.4.2;
- 2) исключаем исчерпывающую оговорку;
- 3) пишем в договоре свою фактическую цель — как можно подробнее;
- 4) закладываем побольше заверений второй стороны;
- 5) страхуйтесь всеми доступными способами — ЗОУ, неустойка, возмещение потерь.

### 19.6.3. ПРАКТИКУМ

Чтобы лучше понять дзен из предыдущего пункта, изучим еще одно интересное дело. *ООО «Октябрьское» против ООО «Саатбау Линц».* К тому же... могу ошибаться, но, по-моему, это первый случай, когда суд применил институт заверений. Пускай и косвенно. Итак:

«ООО «Октябрьское» (покупатель) и ООО «Саатбау Линц» (переименовано в ООО «Саатбау Рус»; продавец) заключили договоры от 17.01.2013 № SLR/R4/13-I и от 05.04.2013 № SLR/R45/13-I, по условиям которых продавец принял на себя обязательства передать покупателю семена сои «Кордоба», 1-я репродукция, не протравленные (производство Россия). **На момент заключения договора у покупателя был каталог продавца, на странице 27 которого в отношении предмета договора поставки проставлена отметка о том, что сорт зарегистрирован по шестому региону в 2011 году.**

Представитель ответчика **заверил** истца о том, что этот сорт подходит для использования в условиях региона.

При использовании указанных семян для выращивания сельскохозяйственной продукции в ООО «Октябрьское» получен неудовлетворительный результат. Уже в июне 2013 года стало очевидным, что растения сои развиваются неравномерно, посевы имели различную силу роста и цвет побегов — от ярко-зеленого до бледно-желтого.

Цветение проходило неудовлетворительно, бобов завязалось мало. В середине лета наблюдалось такое явление, как вторая волна цветения сои, что привело к невозможности механизированной уборки урожая — некоторые из семян были полностью вызревшими, а другие находились в состоянии восковой спелости.

В связи с крайне неоднородным вызреванием бобов истец принял решение отложить уборку, которая, согласно рекламному буклету, должна была начаться уже в конце августа. Однако после прошедших в сентябре дождей бобы стали гнить, теряя остатки товарных качеств.

В итоге с 402 гектаров, занятых под выращивание сои «Кордоба», ООО «Октябрьское» получило 391 тонну продукции низкого качества, **т.е. менее заявленной в рекламном буклете урожайности в 4 раза.**

В целях определения причин недобора урожая названного сорта сои ООО «Октябрьское» обратилось во Всероссийский научно-исследовательский институт масличных культур (г. Краснодар) и Государственную комиссию России по испытанию и охране селекционных достижений по Краснодарскому краю.

06 ноября 2013 года в адрес ООО «Октябрьское» от ФГБУ «Госсорткомиссия» по Краснодарскому краю поступила справка, из содержания которой следует, что сорт сои «Кордоба» действительно проходил испытание на государственных сортоиспытательных участках только в 2011 году, по основным хозяйственным показателям уступил стандартному сорту и не предложен Краснодарским филиалом ФГБУ «Госсорткомиссия» к включению в Государственный реестр селекционных достижений к использованию по шестому Северо-Кавказскому региону, не рекомендован к использованию в производстве по Краснодарскому краю.

**Полагая, что договоры от 17.01.2013 № SLR/R4/13-I и от 05.04.2013 № SLR/R45/13-I являются недействительными, поскольку заключены**

### **РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ**

**под влиянием обмана, ООО «Октябрьское» обратилось в арбитражный суд с иском. (и выиграло)**

<...> В силу пункта 2 статьи 179 Кодекса сделка, совершенная под влиянием обмана, может быть признана судом недействительной по иску потерпевшего. Обманом считается также намеренное умолчание об обстоятельствах, о которых лицо должно было сообщить при той добросовестности, какая от него требовалась по условиям оборота.

<...> Таким образом, в предмет доказывания по спору о признании сделки недействительной как совершенной под влиянием обмана, входит, в частности, факт умышленного введения недобросовестной стороной другой стороны в заблуждение относительно обстоятельств, имеющих значение для заключения сделки.

В соответствии с положениями статьи 469 Кодекса продавец обязан передать покупателю товар, качество которого соответствует договору купли-продажи. При отсутствии в договоре купли-продажи условий о качестве товара продавец обязан передать покупателю товар, пригодный для целей, для которых товар такого рода обычно используется.

Если продавец при заключении договора был поставлен покупателем в известность о конкретных целях приобретения товара, продавец обязан передать покупателю товар, пригодный для использования в соответствии с этими целями.

При продаже товара по образцу и (или) по описанию продавец обязан передать покупателю товар, который соответствует образцу и (или) описанию. Продавец обязан поставить товар, пригодный для целей, для которых товар такого рода обычно используется, а также обязан передать покупателю товар, который соответствует обязательным требованиям по качеству продаваемого товара.

Оценив с позиции статьи 71 АПК РФ представленные в материалы дела доказательства, суды установили, что основным видом деятельности ООО «Октябрьское» является выращивание зерновых, технических и прочих сельскохозяйственных культур, не включенных в другие группировки (указано в выписке из ЕГРЮЛ (ОКВЭД 01.11)).

При заключении договоров стороны обменивались учредительными документами, в которых данное обстоятельство отражено.

Кроме того, стороны ранее заключили договор контрактации сельскохозяйственной продукции от 30.01.2013 № 11/13, в силу которого истец обязался вырастить на своих полях для ответчика продукцию из переданных им семян.

ГОСТ Р 52325-2005, предусмотренный договорами, включает в себя требования по выращиванию семян в соответствии с районированностью и установленными климатическими зонами, т.е. ответчик, прописывая данное условие, осознавал необходимость соблюдения условий, установленных данным ГОСТом.

В пункте 2.5 договора стороны предусмотрели запрет перепродажи семян без разрешения правообладателя.

Как верно отметили суды, изложенные обстоятельства свидетельствуют о следующем: ответчик не мог не понимать, что истец (исходя из места его расположения) будет использовать эти семена в Краснодарском крае.

По условиям договоров качество товара должно было соответствовать требованиям ГОСТ Р 52325-2005, в пункте 4.1.1 указано, что для посева используются семена сортов, внесенных в Государственный реестр селекционных достижений, допущенных к использованию.

Согласно этому реестру Краснодарский край относится к шестому региону допуска, а проданные семена должны использоваться в пятом регионе допуска.

Зная о намерениях покупателя использовать семена в Краснодарском крае и учитывая прямой запрет на перепродажу товара без соглашения продавца, ответчик намеренно умолчал о том, что эти семена не допущены к использованию по шестому Северо-Кавказскому региону.

**Каталог продавца содержал недостоверную информацию в названной части, поэтому суды пришли к верному выводу о том, что ООО «Октябрьское» не знало и не могло знать о существенных свойствах приобретаемого товара.**

Ответчик, указывая, что семенной материал является его интеллектуальной собственностью, в силу своей профессиональной деятельности обязан был довести до сведения покупателя всю информацию, необходимую для приобретения такого товара.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Соккрытие информации о возможности использования товара в определенных регионах создало у потерпевшего ложное представление об обстоятельствах, имеющих значение для заключения сделки.

Предоставление ответчиком информации о том, что семена сои «Кордоба» не районированы, являлось основополагающим фактором для принятия решения о заключении указанных договоров со стороны ООО «Октябрьское».

Таким образом, поскольку ООО «Саатбау Рус», являясь заинтересованной в совершении сделки стороной, **преднамеренно создало у истца не соответствующее действительности представление о свойствах предмета сделки, то суды правомерно удовлетворили заявленные требования и признали спорные договоры недействительными.**

В материалы дела представлен каталог *Saatbau Linz 2013*, содержащий ссылки на официальный сайт ответчика, электронную почту, телефонные номера, адрес и другую информацию, позволяющую со степенью достоверности отнести принадлежность указанного каталога ответчику.

При этом на каталоге отсутствуют выходные данные типографии. В суде апелляционной инстанции представитель ООО «Саатбау Рус» пояснил, что каталоги ответчиком действительно издавались и содержали выходные типографские данные, поэтому поставил под сомнение представленный ответчиком каталог, однако доказательства в опровержение принадлежности каталога ответчику, в том числе другого каталога за указанный год, в материалы дела не представлены.

В суде апелляционной инстанции в материалы дела был представлен аналогичный каталог за 2012 год, в котором также отсутствуют выходные типографские данные. Кроме того, суд апелляционной инстанции в судебном заседании осмотрел сайт ответчика и установил, что на нем размещен аналогичный каталог на 2015 год в электронном виде, в котором также нет выходных данных типографии.

На основании изложенного апелляционный суд пришел к выводу о том, что указанные обстоятельства свидетельствуют о принад-

лежности названных каталогов ответчику, доказательства обратного суду апелляционной инстанции не представлены.

На основании изложенного суд кассационной инстанции отклоняет доводы заявителя о том, что каталог, в котором содержится недостоверная информация относительно свойств семян, ответчик истцу не передавал.

<...> Ссылка заявителя на пропуск истцом срока исковой давности несостоятельна.

<...> При таких обстоятельствах основания для отмены или изменения обжалуемых судебных актов по приведенным в кассационной жалобе доводам отсутствуют».

*(Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 30.10.2015 № Ф08-7868/2015 по делу № А32-38518/2014. Устояло в ВС РФ, определение от 11 марта 2016г. — отказ в передаче на рассмотрение)*



## ДОМАШНЕЕ ЗАДАНИЕ

---

1. *Основное.* Сравните дело Кузьминин против Магадеевой с делом ООО «Октябрьское» против ООО «Саатбау Линц». Интересно, правда? В одном деле суд не учел документ за пределами договора (объявление с авито, информацию продавца). В другом — учел (каталог и рекламный буклет, фактически, суд истолковал как часть договора). Почему?!

Соответственно, на выходе — два противоположных решения. Подумайте, что мог сделать лучше истец в деле Кузьминин против Магадеевой на раннем этапе — переговоры и на позднем — в суде.

2. *Дополнительное.* В деле ООО «Октябрьское» против ООО «Саатбау Линц» я «зацепился» за абзац: «При использовании указанных семян для выращивания сельскохозяйственной продукции в ООО «Октябрьское» получен неудовлетворительный результат. Уже в июне 2013 года стало очевидным, что растения сои развиваются неравномерно, посевы имели различную силу роста и цвет побегов — от ярко-зеленого до бледно-желтого».

Где-то я это уже видел. Что-то напоминает. Было, было похожее дело... Думал-думал... Ну конечно! Вот оно:

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

«Крестьяне засадили семенами поле площадью 250 000 кв. м. Полгода спустя выросли какие-то зеленые листья. Листья были похожи на капусту, но в саму капусту листья так и не выросли. Таким образом, листья не стали капустой в общепринятом понимании слова “капуста”».

Да. Легендарное английское дело *George Mitchell (Chesterhall) Ltd. v Finney LockSeeds Ltd.* [1982] EWCACiv 5 (29.09.1982). Поднимите<sup>1</sup>. Изучите. Сравните с русским делом. И подумайте над вопросом: почему в русском деле истец требовал только расторгнуть договор (читай: вернуть деньги), но не убытки?

---

## 19.7. ИНЫЕ СРЕДСТВА ЗАЩИТЫ

У всех трех случаев порока воли (самообман, добросовестное заблуждение, обман) одна общая черта. Вы вправе оспаривать договор как по общим основаниям (178, 179 ГК), так и защищаться особыми средствами, которые дает закон в зависимости от того, какой именно договор вы заключили.

Сей дзен вполне понятно разъяснил ВАС в информационном письме 162, пункт б: «наличие каких-либо иных возможностей защиты нарушенного права истца не исключает признание сделки недействительной при наличии оснований, предусмотренных статьями 178 и 179 ГК РФ».

И привел хороший пример:

«Индивидуальный предприниматель (покупатель) обратился в арбитражный суд с иском к обществу с ограниченной ответственностью (продавцу) о признании договора купли-продажи грузового автомобиля недействительным как совершенного под влиянием заблуждения относительно качеств товара и применении последствий недействительности сделки (статья 178 ГК РФ).

Как следовало из материалов дела, по условиям указанной сделки стороны договорились о предварительном проведении диагностики ходовых характеристик и исправности оборудования автомо-

---

<sup>1</sup> Первоисточник с полным текстом решения: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1982/5.html> Если не владеете английским, см. мое «Английское договорное право: просто о сложном», глава 2.3.

бия на станции технического обслуживания официального дилера автомобилей приобретаемой марки. По результатам диагностики станцией технического обслуживания автомобиль был признан технически исправным, с состоянием износа в рамках соответствующих нормативов.

Однако вскоре после исполнения договора купли-продажи автомобиля в связи с частыми нарушениями работы двигателя покупатель был вынужден обратиться в ремонтную мастерскую, где в результате проведения повторной диагностики выяснилось наличие неисправности в электронном блоке управления двигателем.

Возражая против иска, ответчик утверждал, что истцом был выбран ненадлежащий способ защиты нарушенного права (ст. 12 ГК РФ). По мнению ответчика, наличие у истца возможности предъявить предусмотренные статьей 475 ГК РФ требования о последствиях передачи товара ненадлежащего качества исключает возможность признания договора купли-продажи недействительным по заявленному основанию.

Не согласившись с доводами продавца, суд первой инстанции исковые требования удовлетворил, указав, что наличие каких-либо иных способов защиты нарушенного права покупателя не исключает возможности оспаривания сделки на основании статьи 178 ГК РФ как совершенной под влиянием заблуждения.

Более того, из статьи 166 ГК РФ, напротив, следует, что квалификация сделки как недействительной не зависит от наличия иных способов защиты нарушенных прав и законных интересов заинтересованного лица».

Спустя три года эту позицию поддержали и дополнили:

«Если стороне переговоров ее контрагентом представлена неполная или недостоверная информация либо контрагент умолчал об обстоятельствах, которые в силу характера договора должны были быть доведены до ее сведения, и сторонами был заключен договор, эта сторона вправе потребовать признания сделки недействительной и возмещения вызванных такой недействительностью убытков (статьи 178 или 179 ГК РФ) **либо использовать способы защиты, специально предусмотренные для случаев нарушения отдельных видов обязательств, например, статьями 495, 732, 804, 944 ГК РФ.**

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Если указанные действия контрагента по предоставлению неполной или недостоверной информации послужили основанием для отказа стороны от заключения договора, последняя вправе требовать возмещения убытков в соответствии с пунктом 3 статьи 434.1 ГК РФ». (*Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений ГК РФ об ответственности за нарушение обязательств», пункт 21*)

## 19.8. Послесловие. Сомнения в устоях

Надеюсь, знаний из этой главы вам хватит, чтобы обезопасить свои интересы в предпринимательских отношениях. Тут бы и остановиться, но... помимо предпринимательских отношений, есть и обычная жизнь. Где юрист — обычный человек. Такой же потребитель товаров/услуг, как и простые смертные.

Ну, не совсем такой же. Опыт и практика позволяют видеть многие «разводы» ушлых торговцев. Но что делать, если вы столкнулись со сферой за гранью своего опыта? К примеру, решили взять кредит. Читаете договор с банком. О многих страницах и с кучей приложений. Где-то в середине видите формулу расчета процентов, что-то вроде:

$$\text{Аннуитетный платеж} = \text{Сумма кредита} \cdot \frac{i \cdot (1 + i)^n}{(1 + i)^n - 1},$$

где  $n$  — количество месяцев, в которые платится ипотека,  $i$  — процентная ставка по займу в месяц. Как, все понятно?! Сможете рассчитать ежемесячный платеж?

Вы-то, может, и разберетесь. За пару ночей. А обычный «физик»?! В такие минуты понимаешь, каково приходится «физикам» без юридического образования — против спецов от большого бизнеса. И сложных, намеренно запутанных договоров. Вот суды потом и пишут:

«Ссылка в апелляционной жалобе на юридическую неграмотность истца судебной коллегией признается несостоятельной, поскольку отсутствие юридического образования не может рассматриваться в качестве основания для признания сделки недействи-

тельной». (Апелляционное определение Алтайского краевого суда от 20.10.2015 по делу № 33-10019/2015)

Увы, грамотность и образование помогают не всегда. И не всем. Сколько было случаев, когда и юристы «влетали». С кредитами, страховками, прочими договорами. Шли обжаловать. И напарывались на: «заблуждение относительно правовых последствий сделки не является основанием для признания ее недействительной».

Сей постулат — частный случай принципа «незнание закона не оправдывает». Древний принцип... Был хорош в свое время. Когда законов было мало. А сами законы были просты и понятны «человеку с улицы». Не кради. Не строй где попало. Торгуй честно. Занял — верни. Простые и понятные нормы...

А сейчас?! Мир стал сложнее. Законов — больше. Ладно бы, только законы... Есть же еще и подзаконные акты. И много чего еще. Постановления, разъяснения, методические рекомендации, прочие бумажные дебри.

Последствия: «по собственной методике университета был проанализирован массив нормативно-правовых актов (более 36,5 тыс.), которые были изданы в 2014 году в девяти субъектах Северо-Западного федерального округа (за исключением Петербурга и Ленобласти) — а это свыше 185 тыс. страниц.

Среди экспертов были не только юристы, но и филологи, программисты, социологи, психологи и т. д. В том числе они должны были ответить на вопрос, насколько нормативные акты ясны их адресатам. **И оказалось, что всего 5% населения понимает их смысл!** Нельзя в таких условиях рассчитывать на доверие к праву и закону»<sup>1</sup>.

Согласен!

Что делать?! Казалось бы, логично упростить закон и «нормативку». Переписать нормы права ясно и всякому дураку понятно. Хорошо в теории, но на практике... невозможно. Во-первых, мало кто из высших думает о праве. А когда думает, получается... тихий ужас.

---

<sup>1</sup> Интервью с ректором СПбГУ Кропачевым, источник: <http://lf.pravo.ru/view/316/?cl=N>

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

«Право — это что? Это бумажка, которая регулирует определенные правила, которые регулируют, в свою очередь, определенные общественные отношения»<sup>1</sup>. И это говорит... один очень высокопоставленный чиновник. А по царю и бояре. Да уж... При таком понимании права на простые законы можно не рассчитывать.

Увы, есть и «во-вторых». Чиновники еще с советских пор заражены «канцеляритом». Казенщиной. И физически не могут писать просто. И потом, чтобы писать просто о сложном, нужно для начала понять сложное. А чиновники редко вникают в закон. «Не барское это дело», наверно.

Пускай, но можно же что-то изменить?! Да. Пересмотреть принцип «незнание закона не оправдывает» в отношении «физиков». И начать с понимания. Принцип обычно понимают как «каждый обязан знать закон». Но еще в прошлом веке, полсотни лет назад, по обычному пониманию принципа асфальтовым катком проехался один легендарный судья:

«...Суд не согласен с Ответчиком. Неправильно сказать: каждый обязан знать закон. Правильно: человек не может отказаться от обязательства только потому, что он не знает веление закона по данному вопросу». Альфред Деннинг, дело *Kiriri Cotton Ltd v Dewani [1960] AC 192*<sup>2</sup>.

Правильно. Законов много, и сложные. Нельзя от каждого требовать знать закон досконально. Я бы осовременил «незнание не оправдывает» так. Ядро — простые, вековечные, понятные истины «не убей, не кради, торгуй честно» — обязан знать и соблюдать каждый. Тут незнание не оправдывает.

Но вот ДЕБРИ — сложные конструкции типа кредитного договора, поручительства, страхования, абонентского, энергоснабжения — обычный человек знать не обязан. За **честность** (добросовестность) сложного договора должен отвечать составитель — банк, страховщик и т.д. Более знающая, опытная и сильная сторона.

И если сильная сторона воспользовалась слабостью неграмотного «физика» — пусть пеняет на себя. Право и суд да помогут слабому. Да, опять грудь на грудь бьются принцип свободы и принцип

---

<sup>1</sup> Источник: <http://vz.ru/news/2013/12/3/662543.html>

<sup>2</sup> [http://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/1959/1959\\_27.html](http://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/1959/1959_27.html) — полный текст.

справедливости договора. Но в случае с «физиками» должна побеждать справедливость.

### 19.8.1. ТЕРНИСТАЯ ДОРОГА К СПРАВЕДЛИВОСТИ

Я не горожу философию на пустом месте. Люди обманывали друг друга всегда, под любыми звездами. Дела об обманутых «физиках» есть во всех странах мира. «Не скажу за всю Одессу», но в Англии практика уже лет триста идет ДРУГИМ путем. Справедливым.

Первое известное дело — *EvansvLlewelin (1787) 1 Cox 333*. Второе — *Earlof Aylesford v. Morris (1873) 8 ChApp 484<sup>1</sup>*. Истец — 22 года от роду. Молодой. Неопытный. Бедный. Рассчитывал унаследовать недвижимость после смерти отца. Пока ждал наследства, наделал долгов.

Нашелся хитрый кредитор: «Я тебе займу, расплатись с другими кредиторами, а мне отдашь, когда сможешь... займу под 60% годовых». Сын сдуру согласился. С юристом не посоветовался... Иначе бы узнал: 60% в то время — запредельная ставка.

Время шло. Отец умер. Сын вступил в наследство... и пошел в суд с иском к кредитору. О признании договора недействительным. Дескать, я заблуждался. Суд: «Договор устоит, если ответчик докажет, что договор с истцом был честен, справедлив и разумен». Не доказал?! Иск — удовлетворить.

Заметили?! Принципиально другой подход к бремени доказывания. Вместо «докажи, что ты заблуждался, заблуждение носило существенный характер и т.д.» суд исходил из презумпции: сильная (опытная, сведущая) сторона обманула слабую.

А теперь доказывай, сильный, что ты не верблюд. Что «договор с истцом был честен, справедлив и разумен». Логично и по морали (понятиям): 1) кто сильный, тот пусть и отдавается; и 2) получил выгоду — отработывай/отстаивай.

Спустя 15 лет другой судья в другом деле со ссылкой на предшественников подтвердил верность подхода:

---

<sup>1</sup> Пересказываю по книге: *МакКенгрик, Эван. Договорное право: тексты, дела и материалы.* — 5-е изд. — Оксфорд: издательство Оксфордского университета, 2012. — С. 681.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

«Итог сложившейся практики: если товар куплен у бедного и невежественного человека по существенно заниженной цене и продавец не получил независимый совет (консультацию юриста), Суд Справедливости признает такой договор недействительным.

<...> Обстоятельства бедности и невежественности продавца, отсутствие независимого совета, при оспаривании договора перекидывают бремя доказывания на покупателя; покупатель должен доказать, как сказал судья Силборн, что договор купли-продажи «честен, справедлив и разумен» (дело *FryvLane (1888) 40 ChD 312*, судья Кей)<sup>1</sup>.

Прошло без малого сто лет. Грянуло дело *Cresswell v Potter [1978] 1 WLR 255*. Муж обманул жену. Подсунул на подпись хитрый договор... и за бесценок хапнул совместно нажитое добро.

Судья Мигари восстановил справедливость. Признал договор недействительным. А заодно и обновил доктрину. Да так удачно, что дело вошло во все учебники по праву. Английские, разумеется. Читаем:

«Сразу перейду к знаменитому делу *Fry v Lane (1888) 40 ChD 312*. В том деле судья вывел три обязательных условия. Стоит принять во внимание, первое, был ли истец бедным и невежественным; второе, был ли товар продан по существенно заниженной цене; третье, получил ли продавец независимый совет.

Конечно, я не считаю, что достаточно только трех условий; могут быть и иные обстоятельства — злоупотребление доверием, давление — и если есть, право справедливости придет на помощь. Однако в данном деле существенны только три названных условия.

<...> Думаю, истец вполне попадает под определение «бедный и невежественный», каким бы ни был современный аналог этого выражения. 80 лет назад, когда рассматривали дело *Fry v Lane*, социальные условия очень сильно отличались от сегодняшних.

Но я не думаю, что изменился сам принцип; даже если реалии XX века требуют заменить слово «бедный» на «член общества с низким доходом», а слово «невежественный» на «не получившая высшее образование».

---

<sup>1</sup> Цитирую по делу *Credit Lyonnais Bank Nederland NV v Burch [1996] EWCACiv 1292* (20 June 1996), <http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/1996/1292.html>

Истица работала водителем грузовика у торговца табаком, а после — телефонисткой на почте. <...> Ответчик поведал, что у Истицы есть небольшие сбережения, почти такие же, как у ответчика, примерно равны зарплате плотника. Также у истицы есть купон на бесплатную юрпомощь.

При таких обстоятельствах дела истицу вполне можно считать «бедной» в смысле дела *Fry v Lane*... Работа телефонистки требует осторожности и умения.

Я думаю, телефонистку можно считать «невежественной» применительно к сделкам с недвижимостью вообще и к передаточным документам на недвижимость в частности.

Я видел и слышал, как истица дает показания по делу, и считаю, первое требование соблюдено. Второе, существенно заниженная цена... поскольку Ответчик заплатил Истице 150 фунтов, а через два года продал ту же недвижимость за 3 350 фунтов, считаю, цена занижена существенно. .

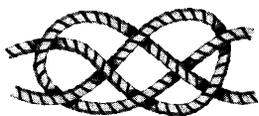
Насчет независимого совета, от начала и до конца (*рассмотрения дела*) ни малейших намеков на таковой. С одной стороны у нас Ответчик, юрист Ответчика и частный сыщик Ответчика. С другой — Истица. ОДНА<sup>1</sup>. Угу, красивый добивающий удар.

Как видим, есть и другой подход к защите обездоленных. И сложился этот подход не сверху — упростим право, напишем простые законы, заставим всех учить закон и т.д. — а СНИЗУ. Из судебной практики. Из понятий о честности, разумности, справедливости. И эти понятия стали практикой. А практика — законом.

Надеюсь, и мы когда-нибудь придем к справедливости. Отдельные попытки есть. Помните Апелляционное определение Московского городского суда от 14.12.2015 по делу № 33-47055/2015? «Г.М. и Г.А. добросовестно заблуждались относительно природы сделки и ее последствий». Надеюсь, когда-нибудь эта практика станет общепринятой...

Вы тоже можете внести свою лепту. Если когда-нибудь будете вести дело «физика» по вводу в заблуждение, смело ссылайтесь на эту книгу как на доктрину. А также на практику — в том числе английских судов. Может помочь.

<sup>1</sup> *Гурри Джеймс, Тейлор фон Михрин Артур*. Введение в сравнительное частное право: тексты, дела, материалы. — Кембридж: издательство Кембриджского университета, 2006. — С. 469.



# [20]

## «АКЦЕПТ СЛОВ»

— Накладные вижу. Счета вижу. Платежки вижу. Договор?

— Только копия. Подлинника нет.

— И где подлинник?

— У Ответчика. Взял подписать и не вернул.

Судья загумчиво смотрит на представителя Истца. Молчит. Пауза затягивается. Представитель не выдерживает:

— Ваша честь! Мы люди взрослые. Скажите прямо: если считаете, копия не доказательство и договора нет, давайте я уточню требования. Перепишу на неосновательное обогащение.

Судья еще помолчала... и выгала:

— Истец, расслабьтесь. Ну, нет договора... Так что, теперь не взыскивать?!

*Из личного опыта*

**А**кцепт слов». В кавычках, т.к. не согласованы существенные условия договора — нет оферты — нет акцепта — нет договора... или есть?! Сейчас поймете, что к чему. Представьте. Очередные переговоры. Стороны в общих чертах обсудили будущий договор... Но именно что «в общих». До конкретики не дошли. Или — дошли, но не до конца. Согласовали только часть существенных условий. И тут — как всегда, внезапно! — сторона ринулась исполнять договор.

Чем сильно удивила другую. Особенно — юристов стороны. Договор еще не заключен, но уже исполнен?! Быть того не может! А как же 432 ГК, п. 1 «договор считается заключенным, если между сторонами, в требуемой в подлежащих случаях форме, достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора»? И ст. 435 ГК, п. 1 «Оферта должна содержать существенные условия договора»?!

Академически — не может. На практике — еще как может. К примеру, вы надумали купить партию... пускай, тушенки. Не принципиально. Такая история может приключиться с любым товаром. Провели переговоры с поставщиком. У того есть подходящая тушенка. Готов поставить.

На дворе пятница. Вы по скайпу обсуждаете подробности. Согласовали количество — 100 банок. Согласовали доставку — транспортной компанией. Цену согласовать не успели — рабочий день закончился. Ну, по домам так по домам.

А во вторник, спозаранку, вдруг приехал грузовик с тушенкой. Кладовщик принял — «а че, накладные в порядке, доверенность на водителя есть, указания не принимать не поступало, какие ко мне вопросы?!»

К кладовщику — никаких. А к юристу есть. Один. «И что теперь?!»

Зависит от вас. Если цена устраивает — платим. Тогда на сцену выходит доктрина «исполнение исцеляет договор». Придумка наших судов, суть:

**«Несо согласованность воли сторон при заключении договора исцеляется его реальным исполнением, в связи с чем, если договор исполнен (исполнялся), условия о его предмете не считаются несогласованными, вопрос о предмете договора утрачивает какое-либо значение, а договор признается заключенным в исполненной части.**

Вопрос о незаключенности договора ввиду неопределенности условия о его предмете может обсуждаться до его исполнения, поскольку неопределенность данных условий может повлечь невозможность исполнения договора»<sup>1</sup>.

Платим и забываем об этой истории. Ну, еще можно для бухгалтерии договориться с партнером и сделать договор на поставку. А то налоговой не всегда удастся объяснить, что накладная — это и есть договор.

---

<sup>1</sup> Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 08.04.2016 № Ф08-958/2016 по делу № А32-23268/2015, Постановление ФАС Уральского округа от 18.12.2012 № Ф09-10475/12 по делу № А60-7773/2012, Постановление ФАС Центрального округа от 19.04.2013 по делу № А54-4402/2012 и много где еще.

### **РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ**

Если цена не устраивает, сошлемся на п. 11 Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25.02.2014 № 165 «Обзор судебной практики по спорам, связанным с признанием договоров незаключенными»:

«Если в ходе переговоров одной из сторон предложено условие о цене или заявлено о необходимости ее согласовать, то такое условие является существенным для этого договора (пункт 1 статьи 432 ГК РФ).

Он не может считаться заключенным до тех пор, пока стороны не согласуют названное условие или сторона, предложившая условие о цене или заявившая о ее согласовании, не откажется от своего предложения».

После чего за свой счет вернем товар поставщику. С сопроводительной: «цена не согласована, завышена, договора нет, мы не хотим неосновательно обогащаться за счет поставщика. Предлагаем возместить нам убытки в виде транспортных расходов на возврат товара». Не возместит — в суд.

## **20.1. НЕ ТОЛЬКО КУПЛЯ-ПРОДАЖА**

«Акцепт слов», казенно говоря — «исполнение слов, звучавших на переговорах, до согласования всех условий договора» — может быть и в подряде, и в оказании услуг, и в некоторых других договорах.

Пример по подряду — Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 25.02.2016 № Ф09-4/16 по делу № А76-12134/2015. Подрядчик выполнил для Заказчика работы «по монтажу слаботочных сетей: телефоны и компьютерные сети», а также ремонт кабинетов на сумму 1 128 139 руб. 81 коп.

Потом спохватился: а договора-то нет! Уговорил Заказчика подписать акт о приемке работ — с ценой, местом проведения, расшифровкой. Когда Заказчик включил «заднюю» — отказался платить, Подрядчик выиграл суд и взыскал с Заказчика деньги. Логика суда:

«Таким образом, по смыслу данных норм права сдача подрядчиком и принятие заказчиком результатов работы являются основани-

ем для возникновения у заказчика обязательства по оплате выполненных работ.

Согласно ст. 8 ГК РФ гражданские права и обязанности возникают из оснований, предусмотренных законом и иными правовыми актами, а также из действий граждан и юридических лиц, которые хотя и не предусмотрены законом или такими актами, но в силу общих начал и смысла гражданского законодательства порождают гражданские права и обязанности.

Проанализировав представленные документы, в частности акт от 30.04.2013 № 131, суды первой и апелляционной инстанций пришли к выводу о том, что **между сторонами сложились фактические подрядные правоотношения** по выполнению истцом для ответчика работ по монтажу слаботочных сетей: телефоны и компьютерные сети, а также по ремонту кабинетов АБК.

<...> Исходя из правовой позиции, изложенной в постановлении Президиума ВАС РФ от 08.02.2011 № 13970/10, фактическое исполнение сторонами договора, в котором условие о сроке или объеме работ не согласовано, устраняет неопределенность в отношении сроков выполнения работ и вида работ и влечет невозможность признания его незаключенным.

Подписав со стороны ответчика в пределах предоставленных полномочий акт № 131 от 30.04.2013 и скрепив подпись печатью общества, директор общества «МСУ-111» выразил согласие с объемом выполненных истцом работ и их стоимостью (п. 1 ст. 182, ст. 402 ГК РФ)».

Интересно, правда? Договора нет. Есть некие «фактические подрядные правоотношения». А если бы у сторон был договор оказания услуг, у сторон «сложились отношения по оказанию услуг»? Да. Некоторые суды так считают:

«Суд первой инстанции правильно установил, что стороны письменный договор не заключали, однако между ними фактически сложились отношения по возмездному оказанию услуг, регулируемые нормами главы 39 ГК РФ». (Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 08.06.2015 № Ф08-2546/2015 по делу № А32-17669/2014)

## 20.2. Виртуальный договор

Похоже, в примере с подрядом суд счел: обязательства сторон — в т.ч. обязательство заказчика оплатить работу подрядчика — возникли не из договора, а из действий сторон... Спорно. Мне ближе и понятнее другая позиция:

«сдача результата работ лицом, выполнившим их в отсутствие договора подряда, и его принятие лицом, для которого эти работы выполнены, **означает заключение сторонами соглашения (читай — договора)**. Обязательства из такого соглашения равнозначны обязательствам из исполненного подрядчиком договора подряда» (Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25.02.2014 № 165, п. 7).

Думаю, можно совместить обе позиции. И вывести формулу: **если нет письменного договора, но сторона (или стороны) исполняли слова с переговоров, стороны своими действиями «написали» виртуальный, лишенный письменной формы, договор. И обязательства сторон возникли именно из этого договора. Договор хоть и виртуальный, но — есть и связывает стороны. Влечет правовые последствия.**

Условия виртуального договора согласованы в документах, сопутствующих договору (накладная, акт, переписка и т.д.). А несогласованные «пустоты» заполнит ГК и прочая «нормативка».

Вернемся к недавнему примеру с монтажом слаботочных сетей. К делу можно подойти не как суд (фактические отношения), а иначе. Стороны, вы своими действиями заключили договор подряда. Главное существенное условие — предмет договора: где и что строим/чиним — вы согласовали в акте. Что не согласовали — в частности, гарантийный срок — ГК заполнит пустоты. Недаром закон прямо предусматривает случай неполноты условий договора:

«Качество выполненной подрядчиком работы должно соответствовать условиям договора подряда, а при отсутствии или неполноте условий договора требованиям, обычно предъявляемым к работам соответствующего рода» (ст. 721 ГК, п. 1).

Так что договор есть, хотя и виртуальный. А значит, Заказчик может в силу закона пользоваться всеми правами, которые закон дает Заказчику в договоре подряда.

## 20.3. «РАЗОВАЯ СДЕЛКА»

Можно еще проще. Вот у нас есть документ (накладная, акт, иной документ) — вот этот документ и есть договор. Без всякой виртуальности. А почему бы и нет? Статья 455 ГК, п. 3, говорит нам: «условие договора купли-продажи о товаре считается согласованным, если договор позволяет определить наименование и количество товара».

В примере с тушенкой накладная содержит все существенные условия договора купли-продажи. Предмет, количество, цена. Соответствует минимуму, который установлен законом. Так почему бы не считать накладную — договором?! Тем более что накладная — классический бумажный документ. С подписями сторон. Иногда даже с печатями.

Из такого, на мой взгляд, простого и здравого подхода пошла любопытная практика:

«При отсутствии единого документа, подписанного сторонами, наличие в представленной товарной накладной сведений о наименовании, количестве и цене продукции дает основание считать правоотношения сторон по передаче товара по спорной товарной накладной разовой сделкой купли-продажи, регулируемой нормами главы 30 Кодекса о договоре купли-продажи.

<...>В представленной в материалы дела товарной накладной от 08.05.2013 № 2 стороны согласовали все существенные условия договора купли-продажи. Учитывая отсутствие письменного договора, суды правильно признали поставку товара по указанной товарной накладной разовой сделкой купли-продажи». (Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 24.04.2015 № Ф08-2091/2015 по делу № А32-25000/2014)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Еще: «Правоотношения между сторонами обоснованно квалифицированы судами как разовые сделки купли-продажи по товарным накладным, без оформления договора». (Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 08.02.2016 № Ф09-12046/15 по делу № А76-8035/2015)

И: «из статей 153, 154, 160, 432, 434, 454, 455 ГК РФ усматривается, что разовые сделки купли-продажи имеют место при наличии письменного документа, позволяющего определить наименование и количество, а также цену товара». (Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 14.06.2013 по делу № А29-10686/2012)

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Любопытно... Если «согласовали все существенные условия», то почему нет договора?! Юридически договор есть: оферта (накладная) + подпись и принятие товара (акцепт) = договор. Но суды упорно твердят: «отсутствие письменного договора», и следом: «разовая сделка купли-продажи».

СТОП. Сделка, как мы помним: «действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей» (153 ГК). И **«сделки могут быть двух- или многосторонними (договоры) и односторонними»**.

Я передаю вам товар по накладной. Действие одной стороны? Да. Вы принимаете товар. Действие другой стороны? Да. Мог ли я совершить действие — передачу товара — без вас? Нет. Если вы откажетесь принять, я не смогу передать.

Вы приняли. Я передал. Действие одной стороны на действие другой, причем одно действие невозможно без другого. И это действие повлекло правовое последствие — теперь вы обязаны оплатить товар. А значит, произошла двусторонняя сделка<sup>1</sup>. То есть **ДОГОВОР**.

Тогда почему суды пишут «разовая сделка», а не «договор»? Не знаю. Привыкли-с. Быть может, в понимании некоторых судей договор = документ с надписью «договор». А поскольку в накладной такой надписи нет, то накладная не договор, а разовая сделка.

Бог с ним. Нашу практику понять не всегда возможно... Но можно понять другое: разовая сделка = договор = применимы все нормы ГК о договоре, кои суд усмотрел в «фактических отношениях, сложившихся между сторонами».

## 20.4. РАСПУТЬЕ

Еще раз, в переговорах всегда есть риск: сторона поспешит и ринется исполнять договор. Если потом будет спор, если вы дойдете до суда, то сценариев может быть два. Первый — договор есть. Как

---

<sup>1</sup> В доктрине светлые головы приходят к таким же выводам. К примеру: «фактические договорные отношения — это не что иное, как двусторонняя сделка, при которой одна сторона произвела предоставление, а другая тем или иным образом приняла его. Отношения сторон при этом регулируются непосредственно нормами закона о соответствующем виде договора». *Кожевина Е.В.* Фактические договорные отношения // Российский юридический журнал. 2010. № 4. С. 127 – 131.

бы суд его ни назвал — разовая сделка, фактические отношения и т.д. Главное, договор есть.

Второй путь — договора НЕТ. И не было изначально. Или был да сплыл — признан незаключенным по иску другой стороны. Сейчас — редко, а раньше договоры сыпались в суде аки карточные домики.

Здесь классическая ошибка начинающего договорника — думать, что всё. Будто никто никому ничего не должен. И вернуть, если вы что-то передали по незаключенному договору, ничего не получится.

Хотя суды иногда пишут: «...незаключенный договор не влечет за собой никаких правовых последствий (т.е. договор не существует)» (*Определение ВАС РФ от 12.04.2012N ВАС-3501/12 по делу № А27-3414/2011*), — это еще не вечер. Вернуть, если вы что-то передали по незаключенному договору или без договора вовсе, — **МОЖНО**.

О чем суды иногда пишут более подробно: «Признание договора незаключенным означает отсутствие каких-либо договорных обязательств между его сторонами. Однако суд апелляционной инстанции не учел, что в том случае, если договор, признанный незаключенным, фактически исполнялся (имело место передача имущества и т.п.), следовало определить правовые последствия признания договора незаключенным **исходя из норм, регулирующих внедоговорные обязательства**». (*Определение Верховного Суда РФ от 30.09.2014 № 4-КГ14-18, Определение Верховного Суда РФ от 20.01.2015 № 81-КГ14-23* и т.д.)

Или еще проще и понятнее: «действующее законодательство в случае признания договора незаключенным не предусматривает наступления иных последствий, **кроме изложенных в главе 60 ГК РФ**». (*Определение ВАС РФ от 14.12.2009 № ВАС-16146/09 по делу № А07-19512/2008*)

Глава 60, ст. 1102-1109 = нормы о внедоговорных обязательствах = неосновательное обогащение. Глава — последняя во второй части кодекса. Поэтому не все дотуда дочитывают.

Увы, в вузах обычно учат только отдельные договоры из второй части ГК. Но не последнюю главу. А если учат, то в отрыве от дого-

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

вора. И студенты не всегда понимают, как соотносятся незаключенный договор и неосновательное обогащение. А главное — последствия, если ваш договор рухнул (признан незаключенным).

Увы, в учебниках доктрина неосновательного обогащения описана не всегда понятно. К примеру: «...если в результате неэквивалентного исполнения сторонами договора до его расторжения у одного из контрагентов образовалось неосновательное обогащение, оно может быть устранено предъявлением другой стороной требования из кондикционного обязательства (ст. 1103 ГК)»<sup>1</sup>. Не правда ли, все ясно как божий день?!

Давайте разбираться.

## 20.5. НЕТ ХАЛЯВЕ

Статья 1102 ГК, обязанность возвратить неосновательное обогащение:

«1. Лицо, которое без установленных законом, иными правовыми актами или сделкой оснований приобрело или сберегло имущество (приобретатель) за счет другого лица (потерпевшего), обязано возвратить последнему неосновательно приобретенное или сбереженное имущество (неосновательное обогащение), за исключением случаев, предусмотренных статьей 1109 настоящего Кодекса.

2. Правила, предусмотренные настоящей главой, применяются независимо от того, явилось ли неосновательное обогащение результатом поведения приобретателя имущества, самого потерпевшего, третьих лиц или произошло помимо их воли».

В переводе на русский: **НЕТ халяве**. Да, закон опять идет вразрез с менталитетом русского человека, но тем не менее.

Закон закрепляет общее правило: если вы что-то получили и не заплатили, вы обязаны это что-то вернуть. В натуре или деньгами. Помните: «Никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения»?! Так вот, в случае с неосновательным обогащением вы обязаны вернуть что-то полученное, даже если вы добросовестно заблуждались.

---

<sup>1</sup> Российское гражданское право: учебник: в 2 т. / В.В. Витрянский, В.С. Ем, Н.В. Козлова и др.; отв. ред. Е.А. Суханов. — 2-е изд., стереотип. — М.: Статут, 2011. — Т. 2: Обязательственное право. Глава 31, параграф 5, подпункт 2.

Пример. Вы хотите перевести деньги на карточку маме в Мордор, столицу нашей родины. Ошиблись на одну цифру. В итоге деньги ушли ко мне в Авалон. Допустим, я ждал платежа от клиента. Суммы похожи. Я подумал: «О, гонорар пришел!».

И не стал искать концов, выяснять, от кого пришло. Еще и не во всяком банке возможно. Кто имел опыт с «зеленым», архаичным и «совковым» банком, каким-то чудом дожившим до наших дней, тот меня поймет.

Вы через свой банк узнали: деньги ушли не туда. Получатель денег не вернул, но в то же время поведение получателя добросовестно:

1) получатель не «разводил» вас, не требовал перевести ему деньги;

2) ошибку совершили вы;

3) получатель не вернул деньги, так как искренне, без злого умысла, считал деньги своими — добросовестно заблуждался.

Вопрос: можете ли вы взыскать ошибочно перечисленные деньги с получателя? Добросовестного? Ответ: да, конечно. Основание? Та самая ст. 1102 ГК, п. 1. Лицо (получатель) «обязано возратить неосновательно приобретенное». А чтобы получатель не кричал в суде «ваша ошибка, сам дурак!», на то и написан п. 2 — верни обратно, даже если ты обогатился помимо своей воли/воли другой стороны...

Так и тянет дописать — «договора», но договора-то нет! И правильно. Так и задумано. Статьи о неосновательном обогащении изначально для того и написаны: что делать, если договора нет, а имущество (в т. ч. деньги) — передано. Вот почему обязательство вернуть неосновательное обогащение (халяву) — внедоговорное.

И не только имущество. Если я окажу вам услуги, а вы займете позицию — договора нет, ничего платить не буду, то... «отсутствие договора при доказанности исполнителем факта оказания услуг заказчику не освобождает последнего от обязанности своевременно оплатить фактически принятые им работы»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 21.05.2015 № Ф07-2613/2015 по делу № А05-8920/2014, также Постановление ФАС Северо-Западного округа от 07.07.2014 № Ф07-3509/2012 по делу № А56-33148/2011, Постановление ФАС Дальневосточного округа от 23.08.2012 № Ф03-3641/2012 по делу № А51-22257/2011, повсеместная и общепринятая практика.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Чтобы понять «шершавый язык доктрины», еще немного практики: «исходя из положений главы 60 Кодекса, последствие в виде неосновательного обогащения возникает у лица в случае неосновательного использования чужого имущества».

Понятие «имущество» означает в данном случае «вещи и имущественные права». Законодатель отнес к предметам кондикционных обязательств вещи, включая деньги и ценные бумаги, иное имущество, в том числе имущественные права и услуги.

<...> Нормы о кондикции (гл. 60 ГК) носят универсальный характер, призваны обеспечить реализацию основных начал гражданского права, **эквивалентно-возмездное начало** гражданского правоотношения. (т.е. никто ничего не получает на халяву).

Обязательство из неосновательного обогащения относится к числу охранительных обязательств. Его содержание образуют требование о возврате неосновательного обогащения (кондикция (*condictio*)), или притязание из неосновательного обогащения, и корреспондирующая этому требованию обязанность возратить неосновательное обогащение». (Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 16.05.2016 № Ф08-2660/2016 по делу № А32-8881/2015)

Ага. Обязательство вернуть халявно полученное в доктрине называют «кондикционное». И теперь понятно, что такое «предъявление требования из кондикционного обязательства». Это иск о взыскании неосновательного обогащения по ст. 1102 – 1103 ГК.

## 20.6. ЗАЧЕМ РУШАТ ДОГОВОРЫ

В примере с ошибочным переводом денег договора нет и не было. Гораздо опаснее, когда договор был да сплыл; признан незаключенным по иску другой стороны.

Классика жанра — вы заключили договор поставки. Рассчитываете на длительные отношения. Прописали все, кроме товара. Поскольку не совсем понятно, чего и сколько хочет взять Покупатель, пишете: «Товар, подлежащий поставке, будет согласован сторонами в спецификациях».

Как водится, писал договор — один (юрист), а исполняли — другие (менеджеры). Известные умом, сообразительностью и знанием

права менеджеры тупо отгружали товар по накладным — как призывали.

Спецификации? Не, не слышали. Договор читали? Не, не читали. А зачем? У нас юрист есть. Пусть он и читает. Ему за это деньги платят. А наше дело отгружать. Вот мы и отгружаем. По накладным.

А в накладных нет ссылки на договор... Зловещее многоточие. Понятное профессионалу. Потому что если вы пойдете взыскивать долг и штрафные санкции по договору, то:

1) получите встречный иск о признании договора незаключенным;

*или*

2) позиция «договор заключен, но не исполнен»; «у нас были разовые сделки, каждая накладная — отдельный договор поставки, а этот договор, которым размахивает истец, мы не исполняли»<sup>1</sup>.

И если вы не сможете «привязать» накладные к договору... Если не докажете, что: 1) поставка шла именно по договору; и 2) накладные существуют не сами по себе, а составлены в ходе исполнения договора — все. Либо вылет на незаключенность... Либо — суд не применит к вашим отношениям договор. Истец, у вас были разовые сделки ВНЕ договора, оформлены накладными. Договор к вашим отношениям не применим.

Доказать, что поставка шла по договору, что стороны исполняли именно договор, можно перепиской, платежками ответчика об оплате товара — если тот указал в графе назначение платежа «оплата по договору такому-то» и т.д. А если нет?! Если там написано «оплата по накладной такой-то»?!

Спросите, к чему все эти пляски?! Какая разница, как платить ответчику — по договору или по накладным?! Зачем подавать встречный иск? Зачем юлить «мы исполняли накладные»?! Платить-то все равно придется.

---

<sup>1</sup> В ГК появилась статья 429.1, «рамочный договор». Пункт 2: «К отношениям сторон, не урегулированным отдельными договорами, в том числе в случае незаключения сторонами отдельных договоров, подлежат применению общие условия, содержащиеся в рамочном договоре, если иное не указано в отдельных договорах или не вытекает из существа обязательства».

Понимаете, зачем? Верно. Осиновый кол в позицию: «договор заключен, но не исполнен, у нас были разовые сделки, каждая накладная — отдельный договор поставки, а этот договор, которым размахивает истец, мы не исполняли».

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Придется. Другой вопрос, СКОЛЬКО. Допустим, в договоре поставки есть условие о неустойке. Стандартное 0,1% в день. Это, как мы помним, 36% в год. Если суд по встречному иску ответчика признает договор поставки незаключенным...

«Незаключенность договора поставки не влечет недействительности сделок по передаче товара. Однако **взыскание договорной неустойки по незаключенному договору невозможно**». (Определение ВАС РФ от 22.05.2009 № ВАС-6130/09 по делу № А12-9375/08-С21)

И? Не всё потеряно. Вы можете взыскать с ответчика проценты: «на сумму неосновательного денежного обогащения подлежат начислению проценты за пользование чужими средствами (статья 395, в среднем 10% годовых) с того времени, когда приобретатель узнал или должен был узнать о неосновательности получения или сбережения денежных средств» (ст. 1107 ГК).

Поняли?! Верно. Если договор заключен, Ответчик должен вернуть долг и 36% годовых. Если договор не заключен, вы все равно взыщете долг, но не по договору, а через нормы о неосновательном обогащении — но дополнительно получите 10% годовых, а не 36.

Вот почему ответчики **всеми правдами и неправдами пытаются признать тот или иной договор незаключенным. Чтобы заплатить меньше. А лучше — не платить вовсе.**

Сколько было случаев, когда поручитель брался отвечать за должника, подписывал договор поручительства, а как доходит до «плати»... Именно! Бегом в суд с иском «прошу признать договор поручительства незаключенным». Увы, если признают — ничего платить не будет.

Теперь, когда нам понятно, зачем рушат договоры, подумаем о последствиях... И о защите.

## 20.7. Последствия

Первое понятно. Общее правило: летят к чертовой матери все наши красивые формулировки, страховки, договорные механизмы защиты — в частности, неустойка, ЗОУ. Кое-что, впрочем, уцелеет. Об исключениях — в следующей главе.

**Второе. Если обязательства по одному договору обеспечены другим договором, другой договор летит в небытие вслед за пер-**

**вым.** Если бы в примере из прошлой главы обязательство покупателя оплатить за товар было обеспечено другим договором — допустим, поручительство — то если договор поставки признан незаключенным, та же судьба постигнет и договор поручительства.

Пример: «Отказывая в удовлетворении исковых требований о взыскании солидарно с общества «Уралтехмаш» задолженности в сумме 4 824 122 руб. 09 коп., суды исходили из того, что **незаключенность основного обязательства (дистрибьюторского соглашения от 30.06.2009 № Д/443-2008) влечет незаключенность обеспечивающего его обязательства**; договор поручительства не содержит указание на сумму ответственности поручителя, в пределах которой он несет ответственность за неисполнение должником своего обязательства»<sup>1</sup>.

*Третье.* Суды любят говорить: «**Незаключенный договор — это несуществующий договор**»<sup>2</sup>. Отсюда, нельзя заявить иск и обязать ответчика что-то исполнить в натуре по незаключенному договору. Также нельзя изменить или расторгнуть несуществующий договор.

Всегда ваш, Капитан Очевидность: если договора нет, то и изменить/расторгнуть/отказаться от договора/признать договор недействительной сделкой/сделать что-то еще — НЕЛЬЗЯ<sup>3</sup>.

*Четвертое.* **Крайне сомнительно взыскать убытки.** Вернемся к примеру с незаключенным договором поставки. Когда — стараниями сиволапых менеджеров и ответчика — договора нет, а есть разовые сделки/накладные.

<sup>1</sup> Постановление ФАС Уральского округа от 08.07.2010 № Ф09-5117/10-СЗ по делу № А60-55543/2009-С9. Также см. Постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 17.10.2013 по делу № А05-996/2013, Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 01.06.2004 № Ф04/2981-348/А67-2004, Постановление Арбитражного суда Московского округа от 19.08.2014 № Ф05-8074/2014 по делу № А41-52771/13.

<sup>2</sup> Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 17.09.2015 № 18АП-3935/2015, 18АП-4921/2015, 18АП-4922/2015 по делу № А07-5190/2014, Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 31.03.2016 № Ф08-1513/2016 по делу № А53-24263/2013 и т.д.

<sup>3</sup> ВАС разъясняет: «Договор, являющийся незаключенным вследствие несогласования существенных условий, не может быть признан недействительным, так как он не только не порождает последствий, на которые был направлен, но и является отсутствующим фактически ввиду недостижения сторонами какого-либо соглашения, а следовательно, не может породить такие последствия и в будущем». Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25.02.2014 № 165 «Обзор судебной практики по спорам, связанным с признанием договоров незаключенными».

### **РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ**

Заклячая договор, истец рассчитывал получить прибыль. И? «Как поплавали?!». Договор признан незаключенным. Может ли истец взыскать с ответчика упущенную выгоду? Прибыль, на кою рассчитывал при заключении договора?

Крайне сомнительно. Старая практика шла по пути:

«Статьей 15 ГК РФ обязанность возмещения убытков в виде расходов и неполученных доходов обусловлена неисполнением либо ненадлежащим исполнением должником согласованного договором обязательства.

**При отсутствии договора взыскание расходов и упущенной выгоды не может быть признано обоснованным ввиду отсутствия обязательства, а следовательно, и его нарушения»<sup>1</sup>.**

Новейшая практика<sup>2</sup> говорит: в принципе, можно взыскать и неосновательное обогащение, и упущенную выгоду... а дальше суды включают знакомую мантру «докажи полный состав убытков». Пока никто еще не доказал. В теории, быть может, и возможно. На практике — вряд ли<sup>3</sup>.

#### **20.7.1. Цирк с конями**

Практика в очередной раз идет вкривь и вкось. Одни пишут, вы видели: «при отсутствии договора взыскание расходов и упущенной выгоды не может быть признано обоснованным». А другие:

«Для подтверждения факта возникновения обязательства из неосновательного обогащения истец в соответствии со статьей 65 АПК должен доказать совокупность следующих обстоятельств:

---

<sup>1</sup> Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 11.09.2003 № Ф08-3068/2003 и Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 08.08.2002 № Ф08-2895/02 по делу № А53-12796/2001-С3/15.

<sup>2</sup> См. в частности, Постановление ФАС Северо-Западного округа от 02.07.2013 по делу № А56-47140/2012, Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 24.02.2016 № Ф04-29240/2015 по делу № А27-8689/2015.

<sup>3</sup> Еще пример. «Незаключенный предварительный договор аренды не влечет за собой каких-либо правовых последствий, в том числе не порождает у истца права на получение от ответчика в аренду соответствующего имущества, а у предприятия — обязанности предоставить названное имущество предпринимателю. Следовательно, убытки, которые могли бы быть причинены неисполнением договора, отсутствуют, в иске отказано правильно». (Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 06.06.2013 по делу № А01-1270/2012)

- 1) возрастание или сбережение имущества (неосновательное обогащение) на стороне приобретателя;
- 2) **убытки** на стороне потерпевшего;
- 3) **убытки** потерпевшего являются источником обогащения приобретателя (обогащение за счет потерпевшего);
- 4) отсутствие надлежащего правового основания для наступления вышеуказанных имущественных последствий.

Недоказанность хотя бы одного из обстоятельств влечет отказ во взыскании неосновательного обогащения». (*Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 10.12.2010 по делу № А39-3706/2009*)

Да и не всегда получается отличить убытки от неосновательного обогащения. Шикарный пример:

«Ответчик собрал урожай озимой пшеницы, как следует из обстоятельств дела № А32-14240/2008, не имея к тому правовых оснований, что привело в результате к его неосновательному обогащению.

Часть собранного урожая со спорного земельного участка истцом также передана ответчику на основании вышеуказанного постановления об отказе в возбуждении уголовного дела от 16.07.2008.

Не имея данных о сохранности убранный урожай и его местонахождении, истец обратился с рассматриваемым требованием **о взыскании с ответчика убытков (фактически — неосновательного обогащения)** — так *убытки или неосновательное обогащение?! — в виде стоимости убранный пшеницы в размере 413 930 руб.*

Оценив представленные доказательства в совокупности, суд апелляционной инстанции пришел к выводу об обоснованном удовлетворении судом первой инстанции требований истца в части возмещения суммы неосновательного обогащения в размере 367 962, 59 руб., исходя из следующего». (*Постановление 15ААС от 12.09.2013 № 15АП-11800/2013 по делу № А32-17456/2011*)

Подумайте на досуге. Как соотносятся неосновательное обогащение и упущенная выгода? Можно ли помимо неосновательного обогащения взыскать упущенную выгоду? Хотя бы в теории?!

## 20.8. Исключения

По первому пункту, насчет «летят к чертовой матери все наши красивые формулировки». Ан нет. НЕ ВСЕ. Кое-что уцелеет. Есть формулировки, которые переживут незаключенность договора. Как тараканы, уцелеют и при ядерном взрыве. А именно:

1) *«Соглашение о подсудности или третейское соглашение, заключенные в виде оговорки в договоре, по общему правилу рассматриваются независимо от других условий договора, поэтому тот факт, что содержащий оговорку договор является незаключенным, сам по себе не означает незаключенность соглашения о подсудности или третейского соглашения».* (Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25.02.2014 № 165, п.12)

Родилось из старой практики: «...расторжение договора или признание его незаключенным не влечет автоматического расторжения арбитражной оговорки, если она не содержит условия о прекращении своего действия». (Определение ВАС РФ от 18.07.2011 № ВАС-4920/11 по делу № А40-53348/10-141-438)

Почему так? Рассказываю. Соглашение о подсудности — это договор в договоре. Если Ответчик находится в Мордоре, то, по общим правилам подсудности, в случае спора этот спор будет рассматривать суд Мордора — по месту нахождения Ответчика.

Но если вам в Мордор категорически не хочется, если вы на переговорах согласовали и включили в договор условие: «Все споры по договору рассматривает Арбитражный суд Авалонской области», иногда еще дополняют: «в том числе и споры о признании договора недействительным или незаключенным», то это условие «переживет» договор. Потому что предмет и прочие существенные условия — это вроде как один договор, а соглашение о суде — другой. Подробнее об арбитражных оговорках поговорим в главе 29.

2) *«Подоушка безопасности».* Она же «индемнити», она же «возмещение потерь, возникших в случае наступления определенных в договоре обстоятельств», ст. 406.1 ГК. В той статье, в пункте 3, особо оговорено:

«Потери, предусмотренные настоящей статьей, возмещаются независимо от признания договора незаключенным или недействи-

тельным, если иное не предусмотрено соглашением сторон». Верно. Защита от любителей заявлять иски о признании договора незаключенным.

Даже если подлая вторая сторона сумеет-таки в суде признать договор недействительным, «подушка безопасности» все равно уцелеет. И если в оговорке о возмещении потерь вы заложили упущенную выгоду — скорей всего, взыщете.

3) *Заверения*. Ст. 431.2 ГК, заверения об обстоятельствах. Пункт 1, второй абзац: «признание договора незаключенным или недействительным само по себе не препятствует наступлению последствий».

Последствия: вы вправе взыскать убытки, если заверение оказалось ложным... Даже если договор признан незаключенным, оговорка о заверениях все равно уцелеет. Если хорошо расписали, какие убытки платит сторона, — взыщете.

По второму пункту, «если обязательства по одному договору обеспечены другим договором, другой договор летит в небытие вслед за первым», — не всегда. Если вы грамотно составите второй договор, то никто никуда не летит. И поручитель будет отвечать. Даже если договор будет признан незаключенным.

Доктрина: «стороны договора поручительства могут установить, что на случай недействительности или незаключенности основного договора поручительство обеспечивает соответственно реституционные и кондикционные обязательства»<sup>1</sup>.

Здравый смысл. Правила об обязательствах из неосновательного обогащения появились еще в ГК РСФСР 1922 года. Ст. 106: «обязательства возникают из договоров и других указанных в законе оснований, в частности, вследствие неосновательного обогащения и вследствие причинения другому лицу вреда».

Наши дни. Ст. 307 ГК, п. 2: «обязательства возникают из договоров и других сделок, вследствие причинения вреда, вследствие неосновательного обогащения, а также из иных оснований, указанных в настоящем Кодексе».

А значит, нет разницы, откуда возникло обязательство. Из договора или из неосновательного обогащения (вне договора). А раз нет

<sup>1</sup> Бевзенко Р.С. Акцессорность обеспечительных обязательств. — М.: Статут, 2013. — 96 с.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

разницы, **ЛЮБОЕ обязательство можно обеспечить поручительством**. Или независимой гарантией, или каким-то еще отдельным договором.

Кроме того, ст. 361 ГК, п. 1 говорит: «договор поручительства может быть заключен в обеспечение как денежных, так и неденежных обязательств, а **также в обеспечение обязательства, которое возникнет в будущем**». Подтекст: это может быть и внедоговорное обязательство.

Потому «вышка» и разъяснила: «**...поручительство может быть дано в отношении обязательства, возникшего не из договора** (например, по возмещению причиненного вреда, возврату неосновательного обогащения), срок исполнения которого определяется в соответствии с пунктом 2 статьи 314 ГК РФ»<sup>1</sup>.

Пример формулировки, пережившей смерть договора: «настоящее поручительство также обеспечивает требование о возврате полученного по кредитному договору при его недействительности или возврате неосновательного обогащения при признании договора незаключенным».

Полученное кредитором от поручителя в таком случае исполнение считается исполнением поручителем обязательства заемщика перед кредитором по возврату полученного по кредитному договору (возврату неосновательного обогащения). В части исполненного поручителем обязательства к нему переходят права кредитора».

Как было дело. Банк выдал кредит. Кредит был обеспечен поручительством. Потом стороны — то ли должник, то ли поручитель, история умалчивает — убили договор. Признали незаключенным в суде общей юрисдикции. Поручитель думал выйти сухим из воды. По классической доктрине, раз лег основной договор, должен лечь и обеспечивающий (поручительство)...

---

<sup>1</sup> Постановление Пленума ВАС РФ от 12.07.2012 № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством», п. 3. Там же, п. 15: «Судам необходимо учитывать, что после расторжения договора, из которого возникли обязательства, обеспеченные поручительством (статьи 310, 450 ГК РФ), поручительство продолжает обеспечивать те из них, которые сохраняются при расторжении такого договора (например, основная сумма долга и проценты по кредитному договору, задолженность по выплате арендной платы) либо образуются в результате его расторжения (например, обязательства по возвращению того, что было предоставлено стороной по договору, либо по выплате стоимости предоставленного имущества)».

Не тут-то было. Банк так просто не сдаётся. Поскольку Поручитель был юристом, Банк подал второй иск. Теперь уже в арбитраж. И... благополучно взыскал долг с Поручителя.

В основном, конечно, благодаря той грамотной формулировке в договоре — вы видели выше. Ну, ссылка на «вышку» тоже помогла. Если хотите подробнее — см. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 05.11.2014 № Ф05-12310/14 по делу № А40-9436/14-46-77.

## 20.9. ЗАЩИТА ЧЕРЕЗ ИСПОЛНЕНИЕ

Я говорил о доктрине «исполнение исцеляет договор». Дополню. Этой доктриной можно пользоваться и до суда. Если вы еще на переговорах «раскрутите» сторону на исполнение, вы усилите договор. Второй стороне будет гораздо сложнее отвертеться (признать незаключенным) договор, по которому прошло исполнение. Если вообще возможно...

«Раскрутите» значит: согласовать на переговорах и заложить в договор условие о немедленном — чем быстрее, тем лучше — исполнении обязательства по договору. Любого обязательства. В любой части. Хотя бы в мизерной. **Важна не сумма или количество переданного товара, а сам факт: по договору прошло исполнение.**

К примеру, в поставке. На стороне продавца: обязательно требуем аванс и копию «платежки» об оплате — что там в назначении платежа? Все ли верно указали? Тот ли номер договора? От кого пришли деньги? От партнера или от лица с похожим названием?

На стороне покупателя: передайте нам два подшипника из тысячи; здесь и сейчас. Как выглядит ваша товарная накладная (универсально-передаточный документ, иной аналог)? Что написано? По договору или как всегда — «основной договор» не пойми какой?!

К примеру, в возмездном оказании услуг. Сразу даем на подпись акт сдачи-приемки, оказываем любую из услуг, предусмотренную договором, — хотя бы на рубль, а потом смотрим, кто и как будет платить.

И так далее, идея понятна. «Раскрутить» на частичное исполнение обязательства можно в любом договоре...

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Если вы думаете, будто идея «раскрутки» на исполнение — моя идея или блажь... То англичане так живут века с пятнадцатого. И русская доктрина «исполнение исцеляет договор» = отражение — а то и калька! — английской доктрины «встречного удовлетворения» (*consideration*). В двух словах:

«Если сторона согласилась получить встречное удовлетворение в виде зернышка перца (*peppercorn*), то зернышко перца все равно будет хорошим (надлежащим) встречным удовлетворением, даже если сторона не любит перец и, получив, выбросит зернышко — *но договор все равно будет заключен!!!*».

Судья Самервиль, дело *Chappell & Co Ltd v Nestle Co Ltd [1960] AC 87*. Слова судьи мигом «растасили» по учебникам... в том числе и ваш покорный слуга. Подробнее см. «Английское право».

## 20.10. Особый риск. Утрата договора

Можно влететь и так. И чаще всего — на переговорах. Вы все согласовали. Обо всем договорились. Партнер берет оба экземпляра договора, уносит на подпись к своему начальству... и с концами.

Вы можете забыть. Или тешить себя надеждой: вот-вот придет договор, а пока шлют, будем потихоньку исполнять... Вы исполняете. А потом в суде: «Какой договор? Мы ничего не подписывали! У нас разовые сделки. Договор не заключен».

Или, после десятого звонка и напоминания, вам таки прислали ксерокопию/скан договора... Подписанную неизвестно кем. И что тогда?! По АПК: «Арбитражный суд не может считать доказанным факт, подтверждаемый только копией документа или иного письменного доказательства, если утрачен или не передан в суд оригинал документа, а копии этого документа, представленные лицами, участвующими в деле, не тождественны между собой и невозможно установить подлинное содержание первоисточника с помощью других доказательств» (ст. 71, п. 6).

Вот и думаешь. То ли рискнуть и судиться по копии. То ли забыть про договор и требовать долг как неосновательное обогащение. То ли самому сразу в иске истолковать накладные как разовые сделки...

Лучше в такой переплет не попадать. Не прислали договор — не исполняем. Или как-то иначе отжимаем у партнера договор. Но если влетели, в помощь практика:

«Указанная норма, исходя из буквального ее толкования, применяется в той ситуации, когда суду представлены несовпадающие копии документа и по копиям невозможно установить подлинное содержание первоисточника (аналогичная позиция изложена в определении ВАС РФ от 27.12.2010 № ВАС-17549/2010)». (Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 01.06.2016 № Ф08-2816/2016 по делу № А32-31931/2015<sup>1</sup>)

**И:** «Таким образом, процессуальное законодательство допускает использование копий документов в качестве доказательства, обосновывающего требования и возражения стороны по делу.

Так как специальным нормативным правовым актом не установлено правило, по которому в настоящем случае для подтверждения обоснованности иска необходимо предъявлять только подлинники документов, то при отсутствии в деле нетождественных документов, а также с учетом того, что ответчик не заявлял о фальсификации документов в порядке статьи 161 АПК РФ, представленная истцом копия полиса ОСАГО ССС № 0680594761 правомерно принята судами в качестве надлежащего доказательства по делу»<sup>2</sup>.

## 20.11. А как у них?!

Думаете, только у нас бывает «акцепт слов», исполнение без договора? Если бы. Хороший пример — дело *ACT Construction Ltd v. E. Clarke&Sons (Coaches) Ltd (2002) 85 ConLR 1 [2002] EWCACiv 972*.

Строительный подряд. Письменного договора нет. Но был график работ, описание работ, еще кое-какие документы. В итоге Под-

<sup>1</sup> Еще из ранней практики: «С учетом подпункта 1 пункта 1 статьи 161 и пункта 1 статьи 162 ГК РФ отсутствие подлинника договора от 25.08.1997 не лишает истца права ссылаться в подтверждение совершения сделки и ее условий на письменные и другие доказательства, за исключением свидетельских показаний». Постановление Президиума ВАС РФ от 19.02.2008 № 12913/07 по делу № А53-19026/06-С2-20.

<sup>2</sup> Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 15.04.2016 № Ф08-1298/2016 по делу № А63-8293/2015. Также Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 08.07.2016 № Ф09-6908/16 по делу № А07-26322/2015, Постановление Арбитражного суда Московского округа от 09.09.2015 № Ф05-12262/2015 по делу № А41-44344/2014 и др.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

рядчик наработал Заказчику на 25 000 фунтов. Заказчик оплатил только 19 000. Подрядчик — в суд, взыскивать остаток. И две инстанции ломали голову: так есть у сторон договор или нет? Первая, удовлетворяя иск:

«...между сторонами не было договора. Отношения сторон носят внедоговорной характер; вследствие чего истец вправе взыскать с Ответчика стоимость выполненных работ как справедливое вознаграждение в силу самого факта выполнения работ».

Апелляция оставила решение в силе, но изменила обоснование:

«Как правильно отметил судья Генри, разрешая подать апелляционную жалобу, вывод «договора нет» сильно удивил. По моему мнению, тут «справедливое вознаграждение по договору».

В поисках необходимых слагаемых «договора строительного подряда определенной сложности» суд первой инстанции упустил из виду: если нет полного и окончательного договора, тем более — в письменной форме, соглашение выполнить работы все равно может быть; даже если на дату соглашения неизвестен точный предмет, даже если не согласована цена.

Поскольку было описание работ и другая сторона это описание приняла, договор есть; и закон подразумевает в этом договоре обязательство уплатить разумные деньги за выполненную работу»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Цитирую по книге: *Фурмстон, Майкл. Сборник практики по договорам строительного подряда Пауэлла – Смита и Фурмстона.* — 5-е изд. — Нью-Йорк: John Wiley & Sons Ltd, 2012.



## ПРОТОКОЛ СТАЛ ДОГОВОРОМ

*А что говорит ответчик? «Случай беспрецедентный, раньше такого не было» — и все.*

*Не убедил.*

*Если не делать нового, право будет стоять на месте, а весь мир уйдет вперед.*

*Что плохо и для права, и для мира.*

*Дело Packer v Packer [1954],  
судья Альфред Деннинг*

**О**бычно, если идут долгие переговоры по какому-то сложному вопросу — строительство, инвестиции, оптимизация, т.е. уход от налогов через другое государство — всего в голове не удержишь. Что-то попадает на бумагу. Или в аудиозапись. Или на видео, если переговоры идут по скайпу.

XXI век, да. Но стороны иногда по старинке пишут промежуточный итог на привычной бумаге... И эта бумага может повлечь последствия. К превеликому удивлению сторон.

В учебниках эдак лукавенько пишут: «в деловой практике проводимые переговоры по заключению договоров могут отражаться в подписываемых сторонами различных документах — соглашениях о намерениях, протоколах, меморандумах, но, в отличие от предварительного договора, они не порождают обязанности сторон по заключению в будущем основного договора»<sup>1</sup>.

Лукавенько, т.к. протокол переговоров (соглашение о намерении, меморандум о взаимопонимании, иной «преддоговорной» документ) и в самом деле может не породить «обязанности по заключению в будущем основного договора» — **но может стать отдельным договором!!!** Причем — другим договором. Не тем, который хотели заключить стороны.

---

<sup>1</sup> Российское предпринимательское право: учебник / Д.Г. Алексеева [и др.]; отв. ред. И.В. Ершова, Г.Д. Отнюкова. — М.: Проспект, 2011. — 1072 с.

### **РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ**

Пример. «01.09.2012 ООО «КИЯ «Лэнгвидж лидэ» и ООО «ИСТОК ПРАЙМ» подписали соглашение о намерениях, в котором договорились провести дополнительные переговоры с целью заключения договора аренды помещения, расположенного на втором этаже здания по адресу: г. Владивосток, ул. Калинина, 4б.

В пункте 3 соглашения стороны согласовали, что с целью подготовки помещения к сдаче в аренду ООО «КИЯ «Лэнгвидж лидэ» производит выполнение ремонтных работ в счет последующих арендных платежей по договору аренды.

Стоимость ремонтных работ с учетом понесенных ООО «КИЯ «Лэнгвидж лидэ» расходов по приобретению строительных материалов составляет 146 819 руб. (пункт 4 соглашения).

В локальном сметном расчете на строительно-монтажные работы стороны согласовали виды выполняемых работ и их стоимость, а также стоимость расходного материала; общая сумма определена в размере 146 819 руб.

Во исполнение обязательств по соглашению о намерениях ООО «КИЯ «Лэнгвидж лидэ» произвело выполнение ремонтных работ на сумму 146 819 руб. По результатам выполнения работ сторонами подписан акт приемки выполненных работ от 28.09.2012 № 1, по которому ООО «КИЯ «Лэнгвидж лидэ» сдало, а ООО «ИСТОК ПРАЙМ» приняло работы на общую сумму 146 819 руб.

Как пояснило ООО «КИЯ «Лэнгвидж лидэ», в начале октября 2012 года общество ввезло в одно из отремонтированных помещений принадлежащую ему мебель: стол для учителя, 8 парт, 8 стульев. Вместе с тем в связи с недостижением сторонами согласия по условиям аренды помещений договор аренды ими не заключался.

11.10.2013 ООО «КИЯ «Лэнгвидж лидэ» предприняло попытку вывезти вышеуказанные предметы мебели из помещений ООО «ИСТОК Прайм», которое, согласно пояснениям ООО «КИЯ «Лэнгвидж лидэ», этому воспрепятствовало и не допустило вывоза.

Ссылаясь на то, что денежные средства в сумме 146 819 руб., составляющие стоимость выполненного ООО «КИЯ «Лэнгвидж лидэ» ремонта помещений ООО «ИСТОК ПРАЙМ», являются неосновательным обогащением на стороне последнего наряду с суммой внесенного за аренду помещений залога в размере 20 000 руб.,

ООО «КИЯ «Лэнгвидж лидэ» обратилось в суд с рассматриваемым иском». (и благополучно выиграло дело, *Постановление ФАС Дальневосточного округа от 03.04.2014 № Ф03-497/2014 по делу № А51-9352/2013*)

Видите?! Договор аренды стороны так и не заключили. А соглашение о намерениях (преддоговорной документ) вдруг стало договором. ДРУГИМ договором. Хотели аренду, а получили подряд. Ага, шли на Одессу, вышли к Херсону. Замечательно...

## 21.1. Основной, предварительный, или — ничего

Обобщая практику, если на переговорах вы подписали некий преддоговорной документ, то этот документ впоследствии может стать:

1) *ничем; договора нет*; нет конкретики, нет существенных условий; если вы думали, будто договор есть, и что-то исполнили, дальше вам помогут только нормы о неосновательном обогащении;

2) *предварительным договором*; как слышно выше, теоретики любят покудахтать насчет «протоколы и прочие преддоговорные документы не порождают обязательств — в отличие от предварительного договора».

Формально-доктринально — так. НО!!! Если в преддоговорном документе (тот же протокол переговоров) есть все существенные условия основного договора, то протокол «на раз» станет предварительным договором.

Пример: «Кассационная коллегия считает, что суд первой инстанции пришел к правильному выводу о том, что протокол рабочего совещания от 12.11.2008 г. является по своей сути предварительным договором.

Как следует из протокола рабочего совещания от 12.11.2008 г., воля сторон была направлена именно на заключение договора купли-продажи долей, **в протоколе изложены все существенные условия договора купли-продажи долей, порядок оплаты, порядок расторжения договора купли-продажи и другие условия.**

В связи с этим протокол рабочего совещания от 12.11.2008 г. **содержит намерения сторон заключить договор купли-продажи**

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

**долей, следовательно, данный протокол является предварительным договором купли-продажи долей** и содержит намерение сторон заключить договор купли-продажи, т.е. действительная общая воля сторон направлена на заключение договора купли-продажи». (Постановление ФАС Московского округа от 01.06.2011 № КГ-А41/4491-11 по делу № А41-17885/10)

3) *основным договором* — один пример вы уже видели, дело ООО «КИЯ «Лэнгвидж лидз»» и ООО «ИСТОК ПРАЙМ». Другой пример: «Доводы ООО «Ларго» о том, что протокол от 12.08.2008 не является сделкой, а только фиксирует ход совещания, не принимается.

В соответствии со статьей 153 ГК РФ сделками признаются действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей.

В силу пункта 3 статьи 154 Кодекса для заключения договора необходимо выражение согласованной воли двух сторон (двусторонняя сделка) либо трех или более сторон (многосторонняя сделка).

Согласно пункту 1 статьи 420 Кодекса договором признается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей.

Таким образом, сделки — это действия граждан или юридических лиц, имеющие целью возникновение, изменение или прекращение гражданских правоотношений, то есть действия субъектов правоотношений, направленные на достижение определенного правового результата (юридического последствия).

Из содержания протокола от 12.08.2008 усматривается, что **воля лиц, подписавших этот документ, была направлена на возникновение и прекращение правоотношений по вопросу приобретения прав заказчика-застройщика относительно проекта «квартал № 510», в том числе по вопросу расчетов за приобретение указанных прав**». (Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 07.10.2011 по делу № А32-37742/2009. Также см. Постановление ФАС Московского округа от 02.09.2010 № КГ-А40/9248-10 по делу № А40-112010/09-89-760)

## 21.2. ЗАЩИТА И НАПАДЕНИЕ

Итак, преддоговорной документ может «мутировать» в предварительный, а то и в основной договор. И?! Что дает нам это знание? Если вы играете в защите и хотите... «исключить мутации», а другая сторона настаивает — подпиши протокол! — закладываете в протокол формулировку: «Не является договором. Не порождает правовых последствий и обязательств».

Или: «Настоящий протокол (далее — «Протокол») закрепляет на бумаге примерное содержание договора, который стороны, возможно, заключат в будущем. Протокол не является предварительным договором в смысле ст. 429 ГК РФ. Протокол не порождает для сторон прав и обязанностей».

Еще одна формулировка из практики:

«В пункте 7.3 протокола о намерениях от 18.12.2013 стороны установили, что соглашение о намерениях не имеет обязательной юридической силы (за исключением положений о конфиденциальности), не является офертой в смысле, не является предварительным договором или другой формой обязательства, в рамках которого стороны обязаны заключить соглашение об использовании или какое-либо иное соглашение относительно использования и аренды помещения в обязательном порядке». (*Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 24.06.2016 № Ф02-2680/2016 по делу № А33-15323/2015*)

Если вы играете в нападении, т.е. хотите, чтобы протокол стал договором, тогда наоборот: 1) «косим» формулировки об отсутствии юридической силы; и 2) закладываем как можно больше конкретики.

## 21.3. ДЬЯВОЛЬСКОЕ ИЗОБРЕТЕНИЕ

Бывает, в ходе переговоров или после одна сторона вручает другой некий односторонний документ. В котором что-то обещает. Или в чем-то заверяет. Чаще всего такой документ озаглавливают «гарантийное письмо».

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

В отличие от протокола переговоров (иного преддоговорного документа), гарантийное письмо всегда идет за подписью и выражает волю только одной стороны. Выдавшей. Но создает ли такое письмо обязательства для выдавшего?!

Если вы думаете, что слово «гарантия» — отсылка к ст. 368 ГК, «независимая гарантия», ничего подобного! Гарантийные письма появились в нашем обороте в начале девяностых. Когда еще никаких «независимых гарантий» в кодексе не было и близко.

Откуда взялись? Догадайтесь до трех раз. Авторитетный ученый подскажет: «в руках предпринимателей и “белых воротничков” письма о намерениях привели к непониманию, судебным тяжбам и коммерческому хаосу»<sup>1</sup>.

Практик скажет короче: «письмо о намерениях — дьявольское изобретение» (Судья Стамос Дж. по делу *Construction, Inc. v American Airlines, Inc.*, 141 Ill.2d 281, 152 Ill.Dec. 308, 565 N.E.2d 990, 1009 (1990))

Почему? Из-за непредсказуемости последствий. Да. Английское «*letter of intent*», дословно — «письмо о намерениях», пришло к нам. Сменило имя на «гарантийное письмо»... Но суть осталась прежней, Корбин прав: хаос и непредсказуемые последствия. Почему?

Классический пример. Допустим, вам должно денег ООО «Сплиг». Срок платежа близок. Денег, как водится, нет. «Сплиг» просит отсрочку. Вы хотите гарантий. Готовы дать отсрочку... Но под поручительство третьего лица. Или под залог имущества. Или еще под какое-то обеспечение.

Хорошо. Через пару дней по почте приходит красивое, на фирменном бланке, с печатью и подписью, гарантийное письмо ЗАО «Оверлорд». Где вам гарантируют: ООО «Сплиг» с вами расплатится в срок, честь по чести.

Если вы примете эту писульку за поручительство... Поздравляю, вас «развели». В суде потом будет вот что:

«Как обоснованно указал суд первой инстанции, гарантийное письмо ООО «Санто-холдинг» не может рассматриваться в каче-

---

<sup>1</sup> «Корбин о договорах», фундаментальный труд Артура Линтона Корбина (1874—1967), профессора Йельского университета, раздел 1.16 — «Письма о намерениях». *Corbin, Arthur Linton. Corbin on Contracts.* — West Group, 1992.

стве поручительства, поскольку не соответствует обязательным требованиям закона, предъявляемым к порядку заключения сделок поручительства, так как не содержит всех существенных условий, предусмотренных законодательством для договоров данного вида, а также не имеет ссылки на номер и дату договора, в обеспечение которого выдано поручительство.

Из смысла действующего законодательства следует, что в договоре поручительства должна быть явно выражена воля кредитора и поручителя о принятии последним на себя конкретных обязательств основного должника.

Между тем, спорное гарантийное письмо не содержит всех необходимых существенных условий договора поручительства, ввиду чего обоснованно не принято судами в качестве доказательства возникновения у ООО «Санто-холдинг» солидарной ответственности за неисполнение ОАО «ЛТЗ» обязательств по договору энергоснабжения от 15.12.2002 № 0004». (Постановление ФАС Центрального округа от 29.11.2011 по делу № А36-547/2011. Такой же плачевный исход — Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 12.02.2014 по делу № А82-2672/2013, Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 07.04.2011 по делу № А15-1301/2009<sup>1</sup>)

Чем еще может обернуться гарантийное письмо? Договором. Предварительным или основным. Смотря какие условия и как прописаны. К примеру, Ответчик прислал Истцу письмо, «в котором гарантировал истцу оплату услуг по уборке помещений общей площадью 3885 кв. м, расположенных по адресу: г. Москва, ул. Руста-

---

<sup>1</sup> Исключения редки, но таки есть. Если гарантийное письмо содержит все условия договора поручительства, тогда поручительству — быть. Пример см. Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 27.09.2011 по делу № А58-2091/09. Вкратце:

«Указанное гарантийное письмо содержит прямую ссылку на номер и дату договора, в обеспечение которого выдано поручительство, а также содержит сведения о кредиторе, должнике и поручителе, что позволяет определить конкретное обязательство, за исполнение которого дано поручительство. Кроме того, объем поручительства в размере 30 000 000 рублей согласован ООО ТПП «Агротекс» в письме от 23.08.2007.

<...> Следовательно, выводы судов о том, что гарантийное письмо от 03.08.2007 отвечает требованиям, установленным статьей 362 ГК и соответственно об обоснованности требования ООО «ЦПИ-Ариант» в размере 20 723 034 рублей 96 копеек, являются правомерными».

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

вели, вл. 14, стр. 11, в сумме 243 589,50 руб., включая НДС 18%, за работы, проводимые в течение месяца, путем перечисления денежных средств на расчетный счет истца в течение 7 дней с момента подписания акта выполненных работ».

Конкретики — более чем. В письме есть все существенные условия договора возмездного оказания услуг. Это — оферта. Отдельный договор уже можно и не составлять. Достаточно сделать акцепт письма. И всё, договор заключен.

Истец и сделал. Без переписки и бюрократии. Поехал к Ответчику на уборку. Акцепт действием. Убрал помещения, как велено в письме. Сдал Ответчику услуги по акту. Тот принял. И — отказался платить.

Истец — в суд. Ответчик: «гарантийное письмо не может являться офертой ввиду отсутствия в нем перечня работ, подлежащих уборке помещений, порядка составления сторонами акта, выставления претензии, ответственности сторон».

Суд:

«Выводы судов о заключенности сторонами договора оказания услуг путем направления оферты и ее акцепта действиями по уборке помещений являются правомерными и соответствуют указанным положениям закона. <...> Гарантийное письмо (оферта) содержит существенные условия договора оказания услуг.

Суды обоснованно пришли к выводу, что факт оказания услуг по уборке помещений ответчика истцом в спорный период с 01.11.2008 по 21.11.2008 подтверждается актом выполненных работ № 5330 от 30.11.2008, счетом 4497, счетом-фактурой от 30.11.2008, журналом учета рабочего времени сотрудников, журналом сдачи-приема инвентаря и оборудования, расходными накладными о передаче оборудования на объект.

<...> Суд также учел, что претензиями самого ответчика по качеству уборки подтверждается факт проведения таких работ». (Постановление ФАС Московского округа от 23.12.2009 № КГ-А40/11808-09 по делу № А40-14479/09-81-77)

### 21.3.1. ПРАКТИЧЕСКИЕ СОВЕТЫ

Основной: держитесь подальше от... «дьявольского изобретения». Не давайте гарантийных писем. Но. Если другого выхода нет, если вторая сторона — а чаще ваше начальство — с ножом к горлу требует: вынь да положь, «напиши бумажку хорошим людям», тогда:

1) минимум конкретики; *и*

2) побольше оговорок в духе: «не имеет юридической силы», «не является офертой», «не порождает правовых последствий», «носит сугубо информационный характер и ни к чему не обязывает». И т.д. Насколько фантазии хватит.

*На другой стороне баррикад.* Бывает, другая сторона наотрез отказывается подписать договор — скажем, поручительства — но готова дать гарантийное письмо. Как в примере с ООО «Сплиг» и ЗАО «Оверлорд». Тогда?

Если ничего не делать, ничего не будет. А если рискнуть? Если составить за вторую сторону проект гарантийного письма? Мало ли, чем черт не шутит, вдруг подпишут? Не пройдет — вы ничего не теряете.

Пройдет — «Оверлорд» будет отвечать за «Сплига». Вы получите желаемые гарантии (обеспечение). Вот в таких случаях можно подсунуть на подпись второй стороне свой проект гарантийного письма.

Грешно ли пользоваться чужим незнанием права? Вопрос морали. Решайте сами. Мое мнение, если сторона:

1) не хочет подписывать нормальный обеспечительный договор (поручительство, независимая гарантия и т.д.); *и*

2) заранее готовится уйти от ответственности; *и*

3) создает у доверчивой стороны ложную надежду, выдав гарантийное письмо-пустышку,

тогда поведение стороны недобросовестно. А другая сторона вправе защищаться. В частности, подсовывая гарантийное письмо на своих условиях. Тем более, если вы даете честное и прямолинейное гарантийное письмо. Без «крючков» и потаенных условий.

Если вторая сторона подпишет, думая, будто гарантийное письмо ни к чему не обязывает... Подписавший перехитрил сам себя. Рыл яму другому, сам в нее и провалился. Поделом. Справедливо.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

В теории современное право позволяет обеспечить свой интерес в гарантийном письме минимум тремя путями — независимая гарантия, заверения, возмещение потерь. В примере «вам должно денег ООО «Сплиг»», получив от ЗАО «Оверлорд» письмо-пустышку, я бы на месте бенефициара в ответ составил и предложил на подпись вот такой документ:

#### ГАРАНТИЙНОЕ ПИСЬМО

01.07.2020 г.

г. Моргор

Между ООО «Герои» (ИНН такой-то, далее — «Бенефициар») и ООО «Сплиг» (ИНН такой-то, далее — «Принципал») заключен договор поставки № 12345 от 01.05.2020 г. (договор, обеспеченный независимой гарантией по данному письму, далее — «Договор»). Настоящим письмом ЗАО «Оверлорд» (ИНН такой-то, далее — «Гарант») гарантирует и принимает на себя следующие обязательства:

1. Обязательство, обеспеченное гарантией (основное обязательство): обязательство Принципала (ООО «Сплиг») оплатить миллион рублей Бенефициару (ООО «Герои») по Договору за поставленный товар. Основное обязательство должно быть исполнено Принципалом к 01.12.2020 г.

2. Если Принципал по любым причинам не исполнит основное обязательство в срок, указанный в предыдущем пункте, или исполнит неполностью, Гарант выплачивает Бенефициару сумму гарантии в размере оставшегося долга Принципала перед Бенефициаром.

В частности, если к 01.12.2020 г. Принципал (ООО «Сплиг») заплатил Бенефициару (ООО «Герои») только 500 000 руб. из миллиона, оставшиеся 500 000 руб. Бенефициару возмещает Гарант.

В частности, если к 01.12.2020 г. Принципал (ООО «Сплиг») не расплатился с Бенефициаром (ООО «Герои») полностью, тогда Гарант выплачивает Принципалу сумму гарантии в размере миллион рублей.

3. Гарантия, данная ЗАО «Оверлорд» в данном письме, вступает в силу в день составления письма — дата, указанная в верхнем левом углу письма. Гарантия безотзывная. ЗАО «Оверлорд» не вправе

в одностороннем порядке отозвать, прекратить или изменить условия данной гарантии. Все споры по данной гарантии, а также иные споры между Гарантом и Бенефициаром, рассматривает Арбитражный суд Мордорской области.

4. Срок действия Гарантии — до 01.01.2023 г. Требование Бенефициара об уплате гарантийной суммы должно быть предъявлено Гаранту до окончания этого срока. 02.01.2023 г. гарантия теряет силу независимо от того, возвращено данное письмо (гарантия) Гаранту или нет.

5. Гарант обязан выплатить Бенефициару гарантийную сумму в течение трех рабочих дней со дня получения требования о выплате. При этом Гарант не требует от Бенефициара решения арбитражного суда, вынесенного против Принципала, а также иного доказательства факта нарушения Принципалом обязательств по Договору. Для выплаты гарантийной суммы достаточно лишь письменного требования (письма) Бенефициара.

6. Если Гарант своевременно не выполнит обязательство по оплате гарантийной суммы, Гарант обязан заплатить Бенефициару пеню за просрочку платежа в размере одного процента в день за каждый день просрочки. Уплата пени не освобождает Гаранта от исполнения гарантийного обязательства.

С уважением, директор ЗАО «Оверлорд»

...../...../

## 21.3.2. Мысли

Почему именно так. Почему в письме «заложена» независимая гарантия, а не поручительство. Есть старая позиция «вышки», Постановление Пленума ВАС РФ от 23.03.2012 № 14, «Об отдельных вопросах практики разрешения споров, связанных с оспариванием банковских гарантий». Где, в пункте 3:

«ГК РФ не запрещает совершение односторонней сделки путем направления должником кредитору по обязательству, возникающему из односторонней сделки, соответствующего документа посред-

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

ством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от лица, совершившего одностороннюю сделку (статья 156, пункт 1 статьи 160, пункт 2 статьи 434 Кодекса).

Следовательно, требования статьи 368 ГК РФ о письменной форме банковской гарантии считаются соблюденными, к примеру, когда гарантия выдана в форме электронного сообщения с использованием телекоммуникационной системы *SWIFT* (СВИФТ)».

Позиция старая, в смысле, в те времена гарантию мог выдать только банк. Потому в кодексе гарантия и называлась «банковской». Сейчас: «независимые гарантии могут выдаваться банками или иными кредитными организациями (банковские гарантии), а также другими коммерческими организациями» (ст. 368 ГК, п. 3).

Важна в этой позиции не столько возможность дать гарантию в электронном виде, сколько другое. Понимание гарантии как односторонней сделки. Впоследствии суды этот подход подтверждали: «гарантийное обязательство возникает между гарантом (компанией) и бенефициаром (администрацией) на основании одностороннего письменного обязательства гаранта. **Действительность этого обязательства не зависит от наличия письменного соглашения между гарантом и принципалом (обществом)**». (*Определение ВАС РФ от 18.02.2013 № ВАС-1230/13 по делу № А40-104904/11-25-686*)

Выходит, если в договоре поручительства «должна быть явно выражена воля кредитора и поручителя о принятии последним на себя конкретных обязательств основного должника», то в **гарантии достаточно воли одной стороны — гаранта**. А значит, **письмо, где гарант дает гарантию, — это уже договор, обязывающий гаранта**.

Смущает второй абзац ст. 368 ГК, п. 3: если независимую гарантию выдал не банк, а иная коммерческая организация, «к таким обязательствам применяются правила о договоре поручительства».

Не знаю, как пойдет практика. Мне кажется, состав участников договора не может и не должен менять природу договора. Если гарантию дал не банк, а какая-то другая коммерческая организация, то от этого гарантия не должна становиться двусторонней сделкой (поручительством).

Надеюсь, практика пойдет по пути: независимая гарантия = односторонняя сделка = чтобы возникло обязательство, достаточно

только воли гаранта = и по остаточному принципу нормы о поручительстве.

Если практика пойдет в другую сторону, тогда можно будет пытаться связать выдавшего гарантийное письмо через заверения + ЗОУ. Пример вкратце: «ЗАО «Оверлорд» заверяет: ООО «Сплиг» расплатится вовремя, а если нет, ЗАО «Оверлорд» обязуется возместить ООО «Герои» заранее оцененные убытки в сумме долга ООО «Сплиг»».

Даже если суд скажет: «Письмо — не договор, соглашение о ЗОУ не заключено», не все потеряно. Письмо остается письменным доказательством: сторона дала заверение. А значит, можно пробовать взыскать убытки из заверений, если заверение окажется ложным.

А оно окажется, если «Сплиг» не расплатился. Но теперь можем не только взыскивать с основного должника («Сплиг»), но и подать отдельный иск к ЗАО «Оверлорд» по ст. 431.2 ГК: «сторона обязана возместить убытки, причиненные недостоверностью заверений».

Что еще... В теории можно написать гарантийное письмо через возмещение потерь... Практики нет. От слова «совсем». Можно попробовать... Но смущает, что исходя из ст. 406.1 ГК соглашение о возмещении потерь тоже должно быть договором... Двусторонним. А значит, опять тот же риск «письмо — не договор»...

## 21.4. Как у них

Не пойму, почему наши суды такие упертые формалисты/реетрограды... Почему многие до сих пор считают, будто поручительство может возникнуть только из договора, а не из гарантийного письма?!

*Вплоть до: «доказательств заключения двухстороннего договора (поручительства) в материалы дела не представлено, наличие гарантийного письма как иных оснований возникновения обязательства в кодексе не указано (опять нет в законе = нет на свете!!!), а потому оснований для взыскания процентов за пользование чужими денежными средствами не имеется».* (Постановление Деятого арбитражного апелляционного суда от 10.12.2012 № 09АП-37034/2012-ГК, 09АП-33807/2012-ГК по делу № А40-5414/12-56-50)

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

К счастью, встречается и правильная практика — Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 27.09.2011 по делу № А58-2091/09; может поручительство возникнуть из письма, может!!!

Почему считаю эту практику — правильной. Во-первых, так быстрее и удобнее купцам. Во-вторых, именно этот подход общепринят в мировой практике. Сложился сравнительно «недавно». В 1677 году в Англии приняли «Закон об обмане» («*Statute of Frauds 1677*»)<sup>1</sup>. До наших дней дожила и действует аж целая одна статья, четвертая. Где:

«Иск к Ответчику об обязанности погасить неуплаченный долг 3-го лица или исполнить иное неисполненное обязательство 3-го лица может быть предъявлен, только если Ответчик (представитель Ответчика) подписал о том соглашение или иной письменный документ».

Исходное правило, как у нас: если кто-то берет на себя чужой долг — ТОЛЬКО бумага. Только письменная форма. НО!!! По английскому праву достаточно, если одностороннее обязательство поручителя, написанное поручителем на бумаге (расписка), НАХОДИТСЯ на руках у кредитора. Подпись кредитора на той бумаге (документе) не обязательна.

И не только бумага. Английское право идет в ногу со временем. В отличие от... ну, вы поняли. Письменная форма гарантии (поручительства) будет соблюдена, если обязательство поручителя отвечать за должника написано... в электронном письме. См. дела *Meh-tavJPereiraFernandesSA [2006] EWHC 813 (Ch) (07 April 2006)* и *Golden Ocean Group Ltd v Salgaocar Mining Industries PVT Ltd & Anor [2012] EWCACiv 265 (09 March 2012)*.

Вот так. Просто. Быстро. Удобно. Можно получить гарантию по почте, в т.ч. и по электронной. И спать спокойно. Без страха, что суд потом потребует двусторонний договор. Или заблажит: «в кодексе не указано».

Далее, в английском праве нет четкой грани между гарантией и поручительством. По крайней мере, в каноническом трактате<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> <http://www.legislation.gov.uk/aep/Cha2/29/3> — первоисточник.

<sup>2</sup> Битсон, Джек. Договорное право Ансона / Джек Битсон, Эндрю Бурроус, Джон Картурайт. — 29-е изд. — Оксфорд, 2010. — С. 80.

сказано: «обещание «отвечать за долг, ошибку или провал другого лица» — это договор гарантии или поручительства. Обычно сводится к форме: «имейте дело с X, если X не исполнит свои обязательства, я отвечу (за него)»».

А из практики следует: как ни назови документ — поручительство или гарантия — разницы нет. Последствия будут одни и те же: «не ответит он (должник) — отвечу я (гарант/поручитель)».



# [22]

## ПРОЧИЕ РИСКИ

*Часто разница между успешным человеком и неудачником состоит не в способностях или уникальной идее, но в мужестве сделать ставку на свои идеи, взять на себя просчитанный риск и действовать.*

*Андре Мальро*

### 22.1. ЧТО-ТО ИЗ ПЕРЕГОВОРОВ «ЗАПОЛЗЛО» В ДОГОВОР

Мы с вами мельком видели сей риск, когда изучали ввод в заблуждение. Помните, дело *Кузьминин против Маргеевой* из главы 19.6.4.1? Там объявление с авито и объем выручки не вошли в договор.

А в другом деле, *ООО «Октябрьское» против ООО «Саатбау Линц»*, глава 19.7.3, наоборот. При схожих условиях — опять купля-продажа — каталог и рекламный буклет продавца стали частью договора. Внезапно. К превеликому удивлению продавца.

Отсюда — вопрос. Когда условие из преддоговорного документа может стать частью договора? Или — не стать, но может быть истолковано судом как часть договора?!

Как противостоять — понятно. Исчерпывающая оговорка, «договор — полная и единственная договоренность сторон, тыдым-тыдым-тыдым», рабочий образец в главе 19.7.2. А если оговорку не заложили? У нас же, как всегда, подписывают договоры — одни, исполняют — другие. Толкуют и судятся — третьи.

В русском праве что-то все-таки может заползти в договор<sup>1</sup>. Крайне редко. В двух случаях.

---

<sup>1</sup> В английском — чаще и веселее. Подробнее см. «Английское договорное право», глава 5.3.

Первый — договор купли-продажи и поставки. В силу ст. 469 ГК, п. 3 «При продаже товара по образцу и (или) по описанию продавец обязан передать покупателю товар, который соответствует образцу и (или) **описанию**».

Здесь, в силу прямого указания закона, описание может стать частью договора. Как в деле *ООО «Октябрьское» против ООО «Саатбау Линц»*. Еще пример: «Довод ООО «Газпром геологоразведка» о том, что контрольная панель с вольтметром и устройство защитного отключения являются обязательными составляющими спорного товара, свидетельствующими о его качестве и о возможной его безопасной эксплуатации, судом кассационной инстанции также не может быть принят во внимание, поскольку согласно разделу 12 Инструкции по эксплуатации бензогенераторов «G15 TFH» контрольная панель с вольтметром и устройство защитного отключения является опциональным аксессуаром, то есть дополнительным аксессуаром к генератору, и в базовую комплектацию не входит». (*Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 13.11.2012 по делу № А33-685/2012*)

Суд истолковал инструкцию по эксплуатации как описание, которому должен соответствовать товар. Как часть договора.

Второй случай — усмотрение суда. В теории может быть в любом договоре, если есть одновременно:

1) «белое пятно» в договоре — стороны не согласовали что-то важное;

2) документ, который может эту пустоту заполнить.

Основание — ст. 431 ГК, «Толкование договора», второй и третий абзац:

«При толковании условий договора судом принимается во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений. Буквальное значение условия договора в случае его неясности устанавливается путем сопоставления с другими условиями и смыслом договора в целом.

Если правила, содержащиеся в части первой настоящей статьи, не позволяют определить содержание договора, должна быть выяснена действительная общая воля сторон с учетом цели договора.

При этом принимаются во внимание все соответствующие обстоятельства, включая предшествующие договору переговоры и

### **РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ**

переписку, практику, установившуюся во взаимных отношениях сторон, обычаи, последующее поведение сторон».

На практике — редкость несусветная. Суды обычно идут по пути «буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений», а там — либо вылет на «договор не заключен», либо — «у вас разовые сделки», но в договор ничего не заползает. Поэтому если у вас в договоре есть исчерпывающая оговорка, особо бояться нечего.

## **22.2. Вход в переговоры с целью сорвать (затянуть) другой договор/проект**

Представьте себе. Вам досталось «недвижка». Удачно купили. Или взяли отступное с безнадежного должника. Допустим, в обмен на долг в два миллиона. Не суть важно, как получили, главное, у вас в собственности оказалась недвижимость. Коммерческая. Офисное здание. Доходный дом, как говорили раньше.

Дом — да, точно. Доходный — вряд ли. Прибыль не приносит. Стоит себе, пустует. Сдать бы кому в аренду... Увы, арендаторов в наши смутные времена поди найди. Нормальных и вовремя платящих — тем более. Можно и продать. Только вот покупателей что-то не видно. В стране очередной кризис. На рынке недвижимости — мертвый штиль. Десять продавцов на одного покупателя.

Тут на вас выходит крупная сеть мордорских книжных «Читай, деревня!». Хотят купить у вас здание. Чтобы открыть очередной книжный. Дают 5 000 000 руб. Средняя цена, если копнуть по застывшему рынку. В принципе, устраивает. Выгодно.

Но мы же умные и начитанные — как нам кажется. Мы же знаем основное правило деловых людей: не соглашайся на первое предложение. Подожди. Может, что лучше подоспеет. Вы берете недельку подумать.

Действительно! Через несколько дней — звонок. На связи собственник ООО «Провинциальная книга». Маленький книжный напротив вашего здания. Так мол и так, соседи беспокоят. Думаем расширить дело. Нужны площади. Вы там здание, часом, не продаете? Предложим хорошую цену.

Вы вступаете в переговоры. Соседи предлагают 7 000 000 руб., но... просят месячишко обождать. Денег не очень много, ищут инвестора. Вы согласны. Вы отказываете «деревне»:

— Извините, господа, мы получили лучшее предложение.

— Сколько?

— 7.

— Дорого. Извините за беспокойство.

Проходит месяц. Инвестора нет. Проходит еще месяц. Инвестора все еще нет. Проходит третий месяц. Вас кормят завтраками: «Извините, денег в обрез, времена нынче тяжелые. Инвестора нет. Кредит банк не дает. Что вы, что вы! Нам интересно. Но давайте отложим до лучших времен».

Вечер рабочей недели. Вы отводите душу в любимом кабаке «Прованс у тети Лены». После пары бокалов на душе полегчало. А в брюхе потеплело. Жизнь уже не кажется столь мрачной. Ну, сорвалось и сорвалось. Бог с ним. Бывает.

А за соседним столиком гуляют. Пируют. Что-то празднуют. Знакомый голос... Где-то недавно слышал... Ах да, на переговорах! Точно, соседи! Вы прислушиваетесь... и обомлеваете:

«Фухххх! Чуть было не разорились. Если бы мордорцы зашли на район... Если бы открыли свой книжный напротив нашего... Пиши пропало. Можно сразу закрываться. Нас бы задавили ценами. Ниче, обошлось! Втянули лоха — собственника той задрипанной хуралайки — в переговоры. А тот повелся! И отказал мордорцам. Мы зачетно съехали. Соскочили. Да и не собирались покупать. Откуда у нас семь лямов?! Да и нафига покупать?! Главное — тормознуть мордоровцев. Сорвать сделку. Мы и сорвали. Во! Давай. Стоя. За «лох не мамонт, не переведется». До дна!».

Что произошло?! «Провинциальная книга» вела в переговоры с целью сорвать вам сделку. Не дать заключить договор с конкурентом. Последствия? «Провинциальная книга» сохранила бизнес. А вы потеряли... два миллиона ожидаемой прибыли?

Постойте, а была ли возможность эту прибыль получить? Если никто не собирался покупать? Возможность продать и заработать? Вот это уже более реально. Выходит, если бы вам не подкузьмила «Провинциальная книга», вы бы заработали три миллиона. Упущенная выгода? Да, конечно.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

Ну, и каковы перспективы взыскать с «книги» эти убытки? С точки зрения права вроде всё не так уж плохо. Опять поднимем ст. 434.1 ГК:

«Убытками, подлежащими возмещению недобросовестной стороной, признаются расходы, понесенные другой стороной в связи с ведением переговоров о заключении договора, а также в связи с утратой возможности заключить договор с третьим лицом».

И:

«При вступлении в переговоры о заключении договора, в ходе их проведения и по их завершении стороны обязаны действовать добросовестно, в частности не допускать вступление в переговоры о заключении договора или их продолжение при заведомом отсутствии намерения достичь соглашения с другой стороной».

А с точки зрения процесса — тихий ужас:

«Предполагается, что каждая из сторон переговоров действует добросовестно и само по себе прекращение переговоров без указания мотивов отказа не свидетельствует о недобросовестности соответствующей стороны.

**На истце лежит бремя доказывания** того, что, вступая в переговоры, ответчик действовал недобросовестно с целью причинения вреда истцу, например, пытался получить коммерческую информацию у истца либо воспрепятствовать заключению договора между истцом и третьим лицом. (Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений ГК РФ», п. 19, абз. 2)

Как, спрашивается, Истцу доказать подчеркнутые фразы? Вариантов два, один утопичнее другого. Первый — получить запись с камер наблюдения из того кабачка, где по пьяни бахвалился Ответчик. Даже если без звука, специалист может прочитать разговор по движению губ говорящего. И сделать стенограмму.

На практике сомнительно, т.к.: 1) записи может не быть — не везде у нас пока еще стоят камеры; 2) запись могли стереть; 3) говорящий мог сидеть спиной к камере; 4) собственник кафе откажется предоставить вам запись.

Второй вариант — свидетели. Человек из «Провинциальной книги» был за столом не один. Хорошо бы вытащить в суд всю эту раз-

веселую компанию и допросить... Увы, у русского арбитража руки коротки. Не может...

**БОЙСЯ ТЕОРЕТИКОВ!!!** Некоторые на полном серьезе пишут: «при неявке по неуважительной причине суд может подвергнуть свидетеля штрафу, а при повторной неявке — принудительному приводу, который осуществляют судебные приставы»<sup>1</sup>. Насчет штрафа — верно, насчет привода — ОШИБКА. Практики грустно разводят руками:

1) «АПК РФ не предусматривает принудительный привод свидетелей в судебное заседание». (*Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 11.08.2015 № 07АП-6550/2015 по делу № А03-21802/2014*)

2) «Названный свидетель в суд первой инстанции не явился. Поскольку АПК РФ не предусмотрена возможность обеспечения явки свидетеля путем вынесения определения о его принудительном приводе, суд первой инстанции обоснованно принял решение по имеющимся в деле доказательствам». (*Постановление Двадцатого арбитражного апелляционного суда от 23.10.2014 по делу № А62-745/2014*)

3) «Полномочиями по принудительному приводу свидетелей в судебное заседание арбитражный суд законом не наделен, в связи с чем апелляционный суд принял все зависящие от него меры для вызова вышеназванных лиц в судебное заседание для допроса в качестве свидетелей и считает возможным разрешить спор по имеющимся в деле доказательствам». (*Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 09.11.2007 № 09АП-13237/07-АК по делу № А40-20002/07-142-125*)

И суды правы. Да, «свидетель обязан по вызову арбитражного суда явиться в суд» (ст. 56 АПК, п. 2). И даже «за дачу заведомо ложных показаний, а также за отказ от дачи показаний свидетель несет уголовную ответственность, о чем он предупреждается арбитражным судом и дает подписку» (та же статья, п. 4).

Беда в том, что «уголовка» теоретически может быть за отказ от дачи показаний — если свидетель таки придет в суд!!! А если не придет — то только штраф. Вслед за судами грустят и спецы по уго-

<sup>1</sup> Постатейный комментарий к АПК РФ / под ред. П.В. Крашенинникова. — М.: Статут, 2013. Комментарий к ст. 88 АПК, пункт 5.

### РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ

ловному праву: «уклонение от дачи показаний, в том числе в виде уклонения от явки, по действующему законодательству не является ни преступлением, ни административным правонарушением»<sup>1</sup>.

Быть может, злопыхатели из «Провинциальной книги» убоятся штрафа и придут в суд? Вряд ли. Ст. 119 АПК: «Размер судебного штрафа, налагаемого на граждан, не может превышать две тысячи пятьсот рублей, на должностных лиц — пять тысяч рублей, на организации — сто тысяч рублей, если иное не предусмотрено настоящей статьей».

В нашем случае злопыхатели идут как граждане. А если бы и как должностные лица — толку? Штраф 5 000, конечно, страшен до дрожи в коленках. Вот «пряма шаз» в суд побегут давать на себя показания...

Поэтому от риска «вход в переговоры с целью сорвать (затянуть) другой договор/проект» закон вас вряд ли защитит. А договор? Скажем, о ведении переговоров? Или протокол, где сторона заверяет: вошла в переговоры не с целью сорвать/затянуть/навредить?

Тоже маловероятно... Если партнер и подпишет такой документ, опять та же беда с доказыванием и доказательствами. Поди докажи, что Ответчик желал именно «воспрепятствовать заключению договора между истцом и третьим лицом».

А Ответчик будет петь песни: «ну не шмогла я, не шмогла», «переоценил скудные силенки», «думал найти инвестора/получить кредит/взять деньги где-то еще, ан — не смог, добросовестно не смог».

Остается уловка: всегда быть начеку. Всегда допускать вероятность: сторона ведет переговоры с темной целью — «тормознуть», подкузьмить, еще какую бяку замыслила.

## 22.3. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Последний риск — лжепредставители. Тут все просто. Если хорошо проверяли партнера на этапе «проверка друг друга» — исключите. А мы переходим к следующему этапу. Схема отношений. Чтобы освежить память и понять, куда мы с вами добрались, посмотрите еще раз схему 1 «Работа с договором» в начале книги.

---

<sup>1</sup> Рагченко А.А. Актуальные вопросы квалификации преступления, предусмотренного ст. 308 УК РФ // Уголовное право. 2015. № 6. С. 40 — 48.

# РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРОМ



## [23]

### СХЕМА ОТНОШЕНИЙ

- Утром деньги — вечером стулья.
- А можно наоборот?
- Можно, но деньги вперед.

*Ильф И., Петров Е., «12 стульев»*

*(Самая простая и известная схема отношений)*

**З**ачем, собственно, нужны переговоры. В переговорах право — на втором месте. Первоочередная цель — выработать и согласовать с другой стороной схему отношений. Организационную. Кто, как, что и когда делает.

Простейшая схема, которую мы с вами часто видели на страницах этой книги, — 50 на 50. Допустим, в купле-продаже. Сначала Покупатель платит половину цены товара (аванс, 50% предоплата). Затем продавец передает товар. Получив товар, покупатель платит остаток.

Вроде всё просто. Но зачем? Разумеется, страховки ради и безопасности для. Если продавец исчезнет с первой половиной денег, то покупатель потеряет только половину — но не всё. Если, получив товар, исчезнет покупатель, то продавец получит хоть что-то — 50% цены товара. Не всю сумму, но и не дырку от бублика.

Реже встречается схема 33/33/33 и 25/25/25/25. Обычно в поставке оборудования с установкой/наладкой. 33/33/33: треть суммы

## РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРОМ

договора поставщик получает сразу, еще треть — после установки оборудования, оставшуюся треть — после наладки, когда и если оборудование таки заработало. Схема 25/25/25/25 — то же самое, но четвертый платеж поставщик получит лишь в последний день гарантийного срока.

**Цель любой схемы отношений: защитить договор не столько правом, сколько ВЫГОДОЙ; построить отношения так, чтобы договор было выгоднее исполнить, чем нет; в идеале, чтобы у стороны или сторон не было физической возможности кинуть/напортачить. Или — сделать «кидок» настолько невыгодным, что нет соблазна «кинуть».**

Схемы выше по сути можно назвать «позтапное исполнение». А какие еще? Первая группа схем:

### 23.1. Игры с правом собственности

Бывают:

#### 23.1.1. ПРАВО НЕ ПЕРЕХОДИТ

Также описывал в главе 12.1.4.3: «обычно в договоре не описывают, КОГДА покупатель получает право собственности на вещь. Тогда действует ст. 223 ГК, п. 1: “Право собственности у приобретателя вещи по договору возникает с момента ее передачи, если иное не предусмотрено законом или договором”».

Соответственно, можно заложить в договор «иное». Скажем, в договор купли-продажи. Помимо схемы 50/50 можно дополнить условием: к покупателю переходит вещь, но не право.

Вещь покупатель получит сразу после оплаты аванса, 50% цены. После чего получит вещь. На, пользуйся на здоровье. Но право собственности на вещь перейдет к покупателю только после полной оплаты. Если Покупатель сильно затянул с окончательным расчетом — скажем, на два месяца — продавец вправе отказаться от договора и истребовать вещь обратно.

Совет. Мы в XXI веке или где? Слышали про детские часы и ошейники для животных с GPS-маяками? Удобное изобретение. Если ваш питомец потерялся, можно найти по сигналу от маяка. Сейчас эти маяки продают в любом магазине сотовых телефонов.

Казалось бы, с какого перепуга маяки относятся к договорной работе? А с такого. В дорожную или громоздкую вещь перед передачей покупателю можно вставить GPS-маячок. А лучше два. Хитрость на случай, если некто заподозрит маячок и будет искать. Найдет один. Успокоится. И не станет искать второй.

Разумеется, маячок ставим без ведома получателя вещи. А что?! 209 ГК, п. 2. Пока я собственник вещи, могу делать что угодно. В том числе и маячки ставить. И говорить покупателю не обязан.

Если получатель окажется добросовестным, расплатится — тогда можно и рассказать. И добросовестно передать покупателю информацию о маячках. Где стоят, как работают, когда батарейки менять и т.д.

Наверно, покупатель еще и спасибо скажет. Потому что помимо вещи он получил еще и возможность следить теперь уже за своим имуществом. Если же покупатель ведет себя недобросовестно — слил имущество, не расплатился и т.д. — маячки помогут найти и вернуть.

!!

**Будьте крайне осторожны с GPS-маяками. У нас государство все никак не определится, попадают маяки в товар под ст. 138.1 УК или нет — «незаконные производство, приобретение и (или) сбыт специальных технических средств, предназначенных для негласного получения информации».**

!!

То привлекают к уголовной ответственности<sup>1</sup>. То не привлекают — когда вмешался президент<sup>2</sup>. Поэтому прежде чем покупать маячок, изучите практику, посоветуйтесь со специалистом по уголовным делам».

---

<sup>1</sup> См. статью «Москвич получил условный срок за покупку GPS-трекера», источник: <https://www.m24.ru/articles/kriminal/14122016/124946>

<sup>2</sup> См. статью «Прокуратура извинилась перед фермером, которого судили за GRS-трекер для теленка», источник: [https://www.znak.com/2018-04-11/prokuratura\\_izvinilas\\_pered\\_fermerom\\_kotorogo\\_sudili\\_za\\_grs\\_treker\\_dlya\\_telenka](https://www.znak.com/2018-04-11/prokuratura_izvinilas_pered_fermerom_kotorogo_sudili_za_grs_treker_dlya_telenka)

### 23.1.2. Отступное вместо залога

Если предыдущая схема «живет» в купле-продаже, то эту можно применить в любом договоре... если у должника есть что взять. И если должник согласен отвечать вещью.

История из жизни. За околицей год так 2006. Или седьмой... за давностью лет точно не помню. Купцу понадобились деньги. В банк как-то не с руки. Долго и нудно, и бумаг много, и процент высокий. А деньги нужны срочно. Купец решил занять у другого купца: «Выручи на месяц, перекручусь — отдам».

Другой может помочь... Но, как и всякий умный кредитор, хочет гарантий. Заемщик предлагает: «А я тебе на месяц свой джип оставляю. Не расплачусь — он твой». Кредитор согласился.

Бумаг получилось мало. Два договора. Договор займа и... нет, не залог. Соглашение об отступном. Если помните, ст. 409 ГК: «по соглашению сторон обязательство может быть прекращено предоставлением отступного — уплатой денежных средств или передачей иного имущества». В том числе автомобиля. Также должник оставил кредитору весь пакет документов на автомобиль: ПТС, договор о покупке, инструкцию, паспорт ТС и т.д.

Что в бумагах. Договор займа: должник получил 1 000 000 руб. на полтора месяца под дружеский процент — 5% годовых, обязуется вернуть в срок. Соглашение об отступном:

а) Должник передает кредитору автомобиль.

б) Кредитор держит авто в своем гараже. И только. Владеет, но не пользуется.

в) Если должник рассчитается в срок — должник забирает автомобиль, а соглашение теряет силу.

г) Если не рассчитался — в последний день срока возврата денег право собственности на автомобиль переходит к Кредитору. Автоматически. Без лишней писанины типа акта сдачи-приемки. Конечно, передача права собственности на автомобиль прекращает обязательство должника вернуть занятые деньги и проценты. Никто никому ничего не должен.

Если интересно чем кончилось, то кончилось хорошо. Через месяц должник отдал долг и забрал джип. Все счастливы. Но нас с вами интересует юридическая изнанка схемы. Кто более-менее

учил право, мог бы сказать купцам: «Парни! Какое отступное! Да у вас тут заклад чистой воды! Зачем так извращаться? Не проще было сделать договор залога и не мучиться?!»

Заклад?! Фактически — да. Юридически — нет. В учебниках часто пишут: «Различают залог без передачи и с передачей заложенного имущества залогодержателю. Как правило, предмет залога не передается залогодержателю. Во владении залогодателя всегда остаются недвижимые вещи. Оставленным у залогодателя считается также имущество, переданное им на время во владение или пользование третьему лицу. **Если движимые вещи переданы залогодержателю, то такой вид залога именуют закладом**»<sup>1</sup>.

А вот что говорили практики: «**Нам приходилось даже слышать мнения о том, что внесудебный порядок обращения взыскания является “мертворожденным”**»<sup>2</sup>.

Вот зачем «так извращаться». Если сделать через залог, на выходе — «головняк» с «обращением взыскания на имущество». Это же в суд идти, тратиться на юристов, что-то там кому-то доказывать. А у нас цель другая: передать имущество кредитору. Быстро. Без судов и волокиты. Через отступное.

В старом Постановлении Пленума Верховного Суда РФ № 6, Пленума ВАС РФ № 8 от 01.07.1996 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой ГК РФ», в ныне отмененном пункте 46, высшие суды вроде как воспротивились: «Действующее законодательство не предусматривает возможность передачи имущества, являющегося предметом залога, в собственность залогодержателя». Но следом написали:

«Всякие соглашения, предусматривающие такую передачу, являются ничтожными, **за исключением тех, которые могут быть квалифицированы как отступное** или новация обеспеченного залогом обязательства».

Бизнес намек понял. Какой залог?! Не, ваша честь. У нас тут заем (поставка, подряд, любой другой договор) и отступное. Вот ви-

<sup>1</sup> *Иванчак А.И.* Гражданское право Российской Федерации: Общая часть. — М.: Статут, 2014. — Тема 11, глава 3.2.

<sup>2</sup> *Слущкий А.А.* Оценка предмета залога при внесудебном порядке обращения взыскания // Банковское кредитование. 2010. № 3. С. 22–31.

## РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРОМ

дите — написано черным по белому: ОТСТУПНОЕ. И суды соглашались. Пример:

«Суды первой и апелляционной инстанций сделали правомерный вывод о том, что соглашение об отступном не является соглашением об обращении взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке и, следовательно, не должно соответствовать требованиям статьи 349 ГК РФ и статьи 55 Закона об ипотеке, а также пункту 3.1 Договора об ипотеке.

Воля сторон по соглашению об отступном направлена на передачу Недвижимого имущества в собственность Банка с целью прекратить заемные обязательства предпринимателя Перовской Н.В.». (Постановление ФАС Северо-Западного округа от 16.04.2010 по делу № А44-3447/2009)

К чему «грузу» древнейшей историей. Схема с отступным может помочь и сейчас. Да, сейчас, после серьезной правки ГК, можно сделать договор залога с внесудебным порядком обращения взыскания. Если что, сможете относительно просто и быстро сграбастать имущество в собственность:

«Если залогодателем является лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, соглашением между залогодателем и залогодержателем может быть также предусмотрено, что реализация заложенного имущества осуществляется путем: оставления залогодержателем предмета залога за собой, в том числе посредством поступления предмета залога в собственность залогодержателя, по цене и на иных условиях, которые определены указанным соглашением, но не ниже рыночной стоимости» (ст. 350.1 ГК, п. 2).

НО!!! Есть же еще ст. 349 ГК. Которая говорит, в частности: «взыскание на предмет залога может быть обращено только по решению суда в случаях, если: <...> предметом залога является имущество, имеющее значительную историческую, художественную или иную культурную ценность для общества».

Схема с отступным позволяет обойти эту неудобную норму. Да и через отступное все равно быстрее.

### 23.1.3. «Вилка» в договоре

Тут игра не с переходом права, а с видом имущества, которое может получить кредитор. Я с этим столкнулся давно... Задолго до

того, как в кодексе появились нормы об альтернативных и факультативных обязательствах (ст. 308.1 и 308.2). И уже тогда эта схема работала.

Пример из практики «вышки»: «Условие договора инвестирования о праве инвестора осуществлять инвестирование как путем прямого денежного финансирования, так и выполнением подрядных работ или оказанием услуг по строительству не противоречит законодательству и означает наличие у инвестора альтернативного обязательства, исполняемого согласно статье 320 ГК РФ по его выбору». (*Постановление Президиума ВАС РФ от 08.02.2011 № 13970/10 по делу № А46-18723/2008*)

Из моей практики. Читаю договор. Вижу странное условие: «Арендная плата по договору столько-то, раз в месяц, тыдым-тыдым-тыдым. Однако если Собственник потребует продукцию, производимую Арендатором, Арендатор обязан эту продукцию предоставить. Стоимость продукции идет в зачет арендной платы за расчетный месяц, если превысит — считается авансом за следующий».

Спрашиваю, что это и зачем. Мне говорят: «Наш арендатор — ИП «Мебельщик». У него там мастерская. Бизнес простой: купил доски — наделал мебели — продал — прибыль. Мы у него пару раз мебель покупали. А потом подумали — зачем платить? Пусть идет в счет аренды».

Позже столкнулся с подобным в сельском бизнесе. Ростовщик эдаким коварным змием увивается вокруг фермера: «Хочешь миллион? А полтора? По глазам вижу, хочешь. Конечно, тебе же запчасти к технике покупать. Семена. Прочую утварь. А не на что...

Помочь? Могу дать денег. Покупай, что надо. Готовься к посевной. Кстати, что сеять-то будешь? Пшеница или подсолнечник, еще не определился? Ладно. Меня устраивает. Тогда так.

Сейчас, весной, я даю тебе миллион рублей. А осенью я же у тебя на этот миллион заберу... что у тебя там вырастет. Меня устроит и пшеница, и подсолнечник. Или что-то одно. Заберу по честной рыночной цене. Рыночную цену определим по ценам ТПП (торгово-промышленная палата)... минус четверть. Ага, со скидкой 25% от рыночной. Думал, в сказку попал?! Я не меценат. Тоже хочу заработать».

## РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРом

Здесь, как видите, кредитор сразу закладывает в договор условие — «вилку»: отдай мне либо А (пшеница), либо Б (подсолнечник). Хорошая страховка. Если пшеница не взойдет, не беда. Заберем подсолнечник. И наоборот: если не взойдет подсолнечник, возьмем пшеницу.

Эта схема дает кредитору еще одно неочевидное, но очень серьезное преимущество: если должник не сможет или не захочет исполнить договор, кредитор взыщет абстрактные убытки. Как правило, большие. Больше, чем проценты по займу — если те же самые отношения оформить через договор займа. Подробно и с цифрами см., в частности, Постановление 15ААС от 04.06.2010 № 15АП-3601/2010 по делу № А53-26685/2009.

### 23.1.4. ОБРАТНАЯ КУПЛЯ-ПРОДАЖА

Другие названия схемы — «обеспечительная купля-продажа», «обратный выкуп». В двух словах: продаем имущество с условием, если условие наступит — выкупаем обратно. То есть я продал вам вещь, право перешло к вам. Но в силу договора, если что грянет, вы обязаны продать мне вещь обратно. Зачем нужно, как пишут в доктрине:

«такой способ позволяет кредитору без обращения взыскания на предмет обеспечения и дополнительных издержек получить возмещение, выраженное в имуществе, переданном по сделке обеспечительной купли-продажи»<sup>1</sup>.

Может, и позволяет... Мне кажется, проще, быстрее и надежнее пройти по схеме «отступное вместо залога». Но мало ли. Вдруг вам пригодится. Тем более что в корпоративных сделках иногда одна из сторон дает другой право на обратный выкуп. Или — лишает такого права. Пример:

«Как показывает анализ условий договора, воля сторон при его заключении была направлена на переход спорных акций в собственность от продавца к покупателю, что впоследствии произошло после внесения записи в реестр.

---

<sup>1</sup> Давлетова А.Р., Лескова Ю.Г. К вопросу о пределах свободы заключения непоименованного договора // Власть Закона. 2014. № 2. С. 34 — 43.

При этом, исходя из буквального толкования условий договора, у продавца в течение определенного времени сохранена возможность обратного выкупа ценных бумаг, то есть имеет место совокупность двух сделок купли-продажи, признаки которой отражены в статье 454 ГК РФ». (Постановление ФАС Дальневосточного округа от 07.06.2005 № Ф03-А51/05-1/1423)

В том деле речь шла об операциях РЕПО. Согласен, особый и отдельный случай, но тут важно понять саму идею: по аналогии, в других договорах, тоже можно самим договором установить право обратного выкупа вещи. На какой-то срок. Для каких-то своих целей.

Словом, подумайте. Надо оно вам или нет. Если да, советую изучить труды практиков. Из раннего: статья «Обеспечительная купля-продажа: теория и практика», Асриянц А., «ЭЖ-Юрист», 2006, № 48.

Из позднего: «Тематический выпуск: Отдельные инструменты вложения средств в деятельность юридического лица: выгоды, риски, практические советы» под ред. А.В. Брызгалина, «Налоги и финансовое право», 2015, № 6. Есть в К+.

## 23.2. Ключ от сейфа

Вторая группа схем укладывается в общую канву:

- 1) вы и другая сторона закладываете нечто в сейф (как правило — деньги, реже — вещи);
- 2) один ключ от сейфа — у вас, второй — у партнера; сейф можно открыть только ДВУМЯ ключами;
- 3) заперли сейф на два ключа;
- 4) вы исполняете свое обязательство;
- 5) другая сторона, приняв от вас исполнение, отдает вам свой ключ;
- 6) вы открываете сейф и забираете содержимое.

### 23.2.1. МЕТАЛЛИЧЕСКИЙ КЛЮЧ

Схема родом из сделок с недвижимостью. Допустим, вы решили купить квартиру. Разумно опасаетесь «кидка» продавца. Вы заключаете два договора. Один с банком — на предмет аренды сейфа

## РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРОМ

(банковской ячейки). Другой — с продавцом, купля-продажа (ДКП), «привязанная» к аренде сейфа.

Далее, по ДКП вы с продавцом закладываете деньги в сейф. Потом сдаете документы в Росрестр для регистрации перехода права собственности. Когда документы возвращаются с гос. регистрации и право перешло к вам, отдаете продавцу второй ключ. Всё.

Схема хотя и родом из сделок с недвижимостью, но в последнее время встречается, как ни странно, и в корпоративных сделках. Пример:

«Согласно пункта 1.4–1.7 данного договора покупатель по предварительной договоренности с продавцом размещает сумму в размере 10 000 000 руб. в банковскую ячейку в присутствии продавца, после заключения договора стороны в течение трех дней проводят сверку всех активов, а затем при согласовании приложений по указанным активам стороны ПОДПИСЫВАЮТ ДОГОВОР КУПЛИ-ПРОДАЖИ 2/3 ДОЛИ В УСТАВНОМ КАПИТАЛЕ ООО «Орловское», передают документы на регистрацию, и в день получения документа, подтверждающего переход права собственности на указанную долю от продавца к покупателю, последний передает продавцу 10 000 000 руб.». (Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 04.05.2016 № Ф10-1445/2016 по делу № А09-11601/2015)

Схему иногда ругают: «...что сейчас происходит в России — это каменный век. Передача денег в наличной форме как передовой опыт, значит, надо хранить деньги в ячейках, и тому подобные глупости.

Как раз с этой целью в ГК и вводится понятие публичного депозитного счета, который будет опосредовать расчеты в этой сфере. То есть это понятная, прозрачная и, главное, безопасная система расчетов для всех лиц, для всех участников»<sup>1</sup>.

Однако у этого «каменного века» есть огромный плюс. И вот почему схема до сих пор жива и востребована. Банк обычно не знает, что в сейфе<sup>2</sup>. Сколько там денег. И что там вообще лежит.

---

<sup>1</sup> Конференция «Рынок движимого и недвижимого имущества — новые задачи нотариата» // Бюллетень нотариальной практики. 2012. № 6. С. 2–48.

<sup>2</sup> И это незнание банк продает как услугу. Пример из рекламы одного крупного банка: «Полная конфиденциальность вложений: кроме вас и ваших доверенных лиц, никто не знает, что хранится в банковском сейфе».

**А значит, банк не может «заморозить» деньги на основании ФЗ от 07.08.2001 № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма»!!! Или — отказать в проведении операции. А то бывали, знаете ли, печальные случаи:**

«30.07.2014 года ООО «Альтера» представило в Банк платежное поручение № 483 в целях перечисления на счет ООО «Далитэкс» денежной суммы в размере 1 580 000 руб. с назначением платежа «Оплата по договору № ДП-Д-АЛ от 24.09.2013 за лесопroduкцию», в т.ч. НДС (18%) 241 016 руб. 95 коп.

22.05.2014 Банком в адрес ООО «Альтера» направлен запрос № 18/390 о необходимости предоставления документов, в том числе подтверждающих цели и характер деловых отношений с контрагентами (резиденты/нерезиденты).

В ответ на запрос № 18/390 в адрес банка 25.07.2014 ООО «Альтера» представило только договор поставки от 24.09.2013 № ДП-Д-АЛ (без приложений к договору) с товарными накладными, счетами-фактурами на 1002 листах.

Банк отказал в исполнении платежных поручений от 24.07.2014 № 483 и от 30.07.2014 № 483, что послужило основанием для обращения истца в арбитражный суд с настоящим иском заявлением.

Частично удовлетворяя заявленные требования, суды первой и апелляционной инстанций обоснованно исходили из того, что, представив на запрос Банка неполный пакет запрошенных документов, общество фактически уклонилось от исполнения правомерного требования Банка, которое согласуется с целями противодействия легализации денежных средств и не выходит за пределы полномочий, предоставленных кредитным организациям». (*Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 06.07.2015 № Ф04-20985/2015 по делу № А45-17654/2014*)

Второй плюс схемы — если другая сторона договора не исполнит договор, но каким-то мошенническим путем получит доступ к сейфу и умыкнет деньги, **очень велика вероятность: отвечать за мошенника будет банк.**

Логично. Поскольку сейф находится в банке, то за сохранность сейфа отвечает банк. А значит, заключая с вами договор аренды сейфа, банк словно дает поручительство за сохранность вашего добра в сейфе.

#### РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРОМ

От чего банки, мягко говоря, не в восторге. Банки отчаянно отбрыкиваются. Пишут в договорах аренды сейфа всякие лукавые формулировки типа: «мы не отвечаем за сохранность содержимого».

Но, как гениально подметил Деннинг: «столкнувшись со злоупотреблениями мощью — сильный против слабого — оговорки мелким шрифтом — судьи делали все что могли, чтобы обуздать сильного».

Пред судьями все еще стоял идол — «Свобода Договора». А сами судьи стояли на коленях перед этим идиолом, молились на него, но уже держали под мантиями тайное оружие. Это оружие судьи вонзали в спину идола. **Это оружие называется "толкование договора"**». (Дело *George Mitchell (Chesterhall) Ltd. v Finney Lock Seeds Ltd.* [1982] EWCA Civ 5 (29.09.1982))

Наши суды сделали далеко не все, что могли... Но практика по сейфам вторит английской. Как вам:

«Пунктом 4.4 договора, заключенного между сторонами, предусмотрено, что названный банк не несет ответственности за сохранность содержимого ячейки в случае отсутствия признаков вскрытия и проникновения в ячейку и помещение, в котором она хранится, а также в случае наступления обстоятельств непреодолимой силы».

**Вместе с тем указанный договор не содержит прямых указаний о наличии или отсутствии ответственности банка за содержимое ячейки (вонзили и провернули)...** Между тем судебные инстанции пришли к выводу об отсутствии оснований для удовлетворения иска Прибыткова А.С. в силу отсутствия доказательств факта помещения указанных им денежных средств в индивидуальную сейфовую ячейку. Судебная коллегия находит данный вывод судебных инстанций ошибочным». (Определение Верховного Суда РФ от 07.12.2010 № 78-В10-31<sup>1</sup>)

---

<sup>1</sup> Также см. Постановление президиума Московского городского суда от 10.12.2010 по делу № 44г-232, Апелляционное определение Нижегородского областного суда от 01.12.2015 по делу № 33-12265/2015, Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 25.03.2014 № 33-3670/2014 по делу № 2-6401/2013 и т.д.

!!

**Осторожней с ячейками. В последнее время очень часто деньги из ячейки крадут... сами работники банков. Выбирайте надежный банк с хорошим именем.**

**При закладке денег в ячейку можно составить и акт с продавцом — «такого-то числа заложили столько-то денег в банк такой-то, номер ячейки эдакий», и снять закладку на видео — хотя бы на телефон.**

!!

Печальная практика:

- 1) <https://www.rbc.ru/society/23/11/2017/5a16802e9a79477d31dbeb23?from=main>
- 2) [http://www.banki.ru/forum/?PAGE\\_NAME=read&FID=38&TID=57128](http://www.banki.ru/forum/?PAGE_NAME=read&FID=38&TID=57128)
- 3) <https://www.rbc.ru/society/11/01/2018/5a570d219a7947325fd6df23>

### **23.2.1.1. От металлического — к бумажному**

Вначале было: «один ключ от сейфа у вас, второй — у партнера; сейф можно открыть только ДВУМЯ ключами». Оба ключа из металла.

Потом банки стали делать один ключ металлическим, другой — «бумажным». Ключ только у вас. Но в силу договора аренды сейфа банк обязан открыть сейф и позволить продавцу забрать содержимое, если продавец предоставит в банк... скажем, договор купли-продажи с отметкой Россреестра о переходе права к покупателю. Или письмо покупателя: «сделка прошла, дайте ему доступ к сейфу». Или — покупателя собственной персоной.

Вот, другой крупный банк предлагает и такую услугу: «Аренда индивидуальной сейфовой ячейки двумя арендаторами. Применяется для проведения сделок купли-продажи имущества .... С оформлением совместного доступа к сейфовой ячейке двух арендаторов. Не требует определения арендаторами перечня документов, необходимых для доступа к сейфу. **Доступ к сейфу осуществляется одновременно двумя арендаторами».**

### 23.2.2. Бумажный ключ

По-настоящему бумажный ключ будет без аренды сейфа. Без закладки «налика». Но опять через банк, и опять по особому договору с банком. По этому договору вы переводите в банк деньги — и не можете снять. А вторая сторона получит деньги только после того, как исполнит основной договор — который вы обеспечиваете этой схемой — и представит в банк документы об исполнении. Какие именно — прописано и в основном договоре, и в договоре с банком.

Да, получается «виртуальный сейф»... Основные минусы схемы:

1) будь вы хоть трижды белый и пушистый, подозрительный банк, действуя по извечному «лучше перебдеть, чем не добдеть» может заморозить деньги по ФЗ-115. Доказывай потом, что ты не верблюд, что деньги получены честно. Рано или поздно, может, и докажете. Но к тому времени сделка, скорей всего, сорвется.

2) ОГРОМНЫЙ РИСК ПОДДЕЛКИ. Угу, партнер «представит в банк документы об исполнении», получит деньги... А потом выяснится: документы нарисованы в фотошопе. Или еще как-то подделаны...

Поэтому в доктрине предупреждают: «исполняющий банк не может и не должен выяснять, соответствуют ли фактические обстоятельства содержанию документов бенефициара, например, отгружен ли товар, надлежащего ли он качества и т.п.

Кроме того, банки не обязаны производить экспертизу представленных документов, чтобы установить их подлинность. **Если подделку этих документов нельзя обнаружить путем простого зрительного восприятия, все негативные последствия возлагаются на плательщика**<sup>1</sup>.

Печальный пример по последнему абзацу — *Постановление ФАС Уральского округа от 04.08.2005 № Ф09-3619/04-СЗ по делу № А34-8213/03. Практика против банков: Постановление ФАС Московского округа от 12.04.2005, 19.04.2005 № КГ-А40/2774-05, Постановление ФАС Центрального округа от 17.12.2008 № Ф10-73/07 по делу № А62-1177/2007 Постановление ФАС Северо-Западного округа от 19.10.2012 по делу № А56-50275/2011.*

<sup>1</sup> Комментарий к ГК РФ, части второй» (постатейный), (под ред. С.П. Гришаева, А.М. Эрделевского) (Подготовлен для системы КонсультантПлюс, 2007), к ст. 871 ГК.

В жизнь схему «бумажный ключ» можно претворить тремя способами. Как говорил выше, по особому договору с банком. Первый способ/договор — аккредитив (ст. 567—873 ГК), давняя классика. Недавно добавились еще два. Номинальный счет (ст. 860.1—860.6 ГК) и эскроу (ст. 860.7—860.10 ГК).

### 23.2.2.1. Куда копать дальше

Об аккредитиве написаны горы книг и статей. По эскроу — гора чуть меньше, но тему в доктрине обдумывают года так с 2008. И, доложу я вам, хорошо проработали.

По номинальному счету трудов мало. Так, жалкий холмик. И хотя судебной практики пока нет, но общее представление составить можно. Не вижу смысла повторять написанное другими (аккредитив и эскроу) и гадать на кофейной гуще (номинальный счет). Если вам интересна схема с бумажным ключом, изучите:

#### 1) Аккредитив.

- *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Договоры о передаче имущества: книга 2. — М.: Статут, 2002). См. глава 1, раздел 3. «Расчеты по договору купли-продажи (в аспекте взаимоотношений с банками)»
- *Буркова А.* Некоторые вопросы практики торгового финансирования // Банковское право. 2010. № 3. С. 6—8.
- *Карпекин М.В.* Использование аккредитивов во внутрисоссийских расчетах // Расчеты и операционная работа в коммерческом банке. 2010. № 3. С. 52—62.
- *Федоранич С.* Вторая жизнь аккредитива // ЭЖ-Юрист. 2013. № 5.

#### 2) Эскроу.

- *Руденко Е.Ю.* К вопросу об ограничении права распоряжаться денежными средствами, находящимися на счете эскроу // Власть Закона. 2015. № 2. С. 125—130.
- *Моргачева М.Е.* Правовые различия конструкции договора эскроу и его аналогов по праву России // Вестник арбитражной практики. 2015. № 2. С. 22—27.
- *Агельшин Р.Н.* Особенности правовой квалификации сделок эскроу в современном российском праве // Банковское право. 2016. № 3. С. 16—19.

## РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРОМ

- *Донцов А.Н., Маловатский А.В.* Тренды в структурировании и ценообразовании сделок на рынке M&A в России. Обзор изменений в ГК РФ и корпоративное законодательство // Закон. 2016. № 5.

### 3) Номинальный счет.

- *Эргелевский А.М.* О новых видах договоров банковского счета // СПС КонсультантПлюс. 2014.
- *Белицкая А.В.* Понятие и правовые основы проектного финансирования // Юрист. 2015. № 11.

Все есть в К+.

## 23.2.3. ЭЛЕКТРОННЫЙ КЛЮЧ

Сейчас появились отношения и договоры, о которых не то что во времена Рима — даже 20 лет назад никто не слышал. К примеру, договор «о проверке юзабилити (удобства использования) сайта». Договор на разработку дизайна. Договор размещения баннеров на портале. Договор о продвижении некоего продукта или услуги в соцсетях. Подряд на разработку скриптов. И много чего еще.

В договорах XXI века возможна интересная схема с электронным ключом. Простая, как лом. И такая же эффективная. Допустим, фирма заказала художнику нарисовать картинку для рекламы. Предлагают стандарт: 50% — аванс, 50% — как нарисуешь.

Перевели аванс. Художник нарисовал. Думает, отправлять или нет. Договора в бумаге нет. Художник в Мордоре. Где Заказчик — неизвестно. Кто заказчик — тоже неизвестно. Переговоры шли по переписке. Стороны познакомились где-то в недрах всемирной Сети. На какой-то доске объявлений. Сами уже не помнят где.

Художник понимает: «Могут кинуть». Отошлешь — а в ответ «Большое спасибо!». Махнут рукой на прощанье. И не видать творческой натуре денег, как политикам — совести. И художник страшется так.

Плод трудов — 10 нарисованных картинок — архивирует в 10 файлов. На каждый файл ставит разный пароль. Хороший такой паролитце. Матерый. Символов на 40. В разных регистрах. Без очевид-

ного смысла и логики<sup>1</sup>. И отправляет архивы («сейфы») Заказчику по эл. почте. Заказчик:

— Не открывается.

— Назовите три цифры в диапазоне 1-10.

— Ну, 3-5-6. Все равно не открывается. Пароль какой-то просит. Что я делаю не так?!<sup>2</sup>

— Все вы делаете правильно. Вот вам пароль от файлов 3, 5, 6. Скопируйте из письма, и когда запросит пароль, вставьте. Как в ворде.

— О! Заработало. Открылось. А где остальные пароли?

— Посмотрели? Работа устраивает?

— Да нормально вроде... Красиво.

— Переводите остаток. Придут деньги — вышлю остальные пароли.

Заказчик переводит. Потому что понимает: художник не знал и не мог знать, какие «цифры в диапазоне 1-10» назовет Заказчик. Мог назвать любые. Если бы назвал другие — скажем, 1-6-8 — художник бы выслал другие пароли. От других файлов. И в тех файлах были бы другие картинки. Итоги работы — а не какой-то мусор. Иначе вся схема теряет смысл.

А значит, работа сделана. Более того, работа сдана Заказчику. Иначе говоря: работа прислана в «сейфах» («запароленные» файлы), а ключи (пароли) от «сейфов» — не все. Пока Заказчик не заплатит, воспользоваться чужим трудом не сможет. Вот в чем сила и прелесть схемы.

В теории Заказчик может взломать сейфы. Привлечь спецов-криптографов (расшифровщики). Подтянуть мощности суперкомпьютеров. Рано или поздно подберут/взломают/обойдут. Но — **НЕВЫГОДНО:**

1) на взлом уйдет самое малое полгода и 2) по деньгам обойдется явно дороже, чем заплатить художнику. А если Заказчик умен и понравилась работа, будет и третий довод в пользу «честно заплатить»: не плюй в колодец. Художник может пригодиться на будущее.

---

<sup>1</sup> Зарисовка из жизни. Заказчики и тупят, и говорят так, как привыкли... «жечь в комментах».

<sup>3</sup> Как придумывать сложные пароли — см. «Чему до сих пор не учат на юрфаке: электронные джунгли».

## **РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРОМ**

Если хорошо рисует за скромную копейку, сдает работу в срок — зачем ссориться?! Этому вашему интернету без году неделя — по меркам истории человечества. А раздолбайство и косорукость фрилансеров уже стали притчей во языцех. Сейчас обидишь по деньгам, сэкономилшь рубль. Потом отдашь сто на поиски нового, толкового исполнителя.

Эту схему можно применить, в принципе, в любом договоре, где: 1) итог работ или услуг можно сдать в электронном виде и 2) возможна сдача итогов по частям. К примеру, старый добрый договор подряда на разработку дизайна интерьера.

Помните, как кинули дизайнера в главе 15.2? Ага, разработал, отправил по электронике, в ответ получил «спасибо». Кое, как известно, на хлеб не намажешь. В стакан не нальешь. Жене не отдашь.

Что можно сделать лучше? Капитан Очевидность снова с нами. «Бьем» дизайн-проект на несколько кусочков, кусочки — в файлы, файлы — в архив, на архив — пароль. И — шлем Заказчику. «Назовите три цифры...»

Минус схемы, увы, А) — есть; Б) — очевиден. Попробуйте-ка применить эту схему к аренде «недвижки». Или к договору поставки чугунных болванок. Увы, не работает. До пересылки чугунных болванок по эл. почте прогресс пока еще почему-то не добрался. Так что схема хорошая, но в классических договорах на материальную вещь не работает.

Хотя... Есть исключения. 1) Поставка оборудования, 2) поставка (разработка) программ для ЭВМ.

### **23.2.3.1. «Закладки»**

Опять вспоминаем главу 15.2: «Если бы программисты уповали только на закон и договор, на том бы все и закончилось. Но не тут-то было. Дальновидные программисты подстраховались уловкой. Через неделю после даты окончательного расчета программа перестала работать. При запуске выводила на экран надпись: "за вами должок; реквизиты такие-то". И Заказчику пришлось платить».

То же самое делают и с оборудованием. Производитель или оптовик устанавливает в оборудование «закладку». Либо аппаратный



#### РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРОМ

Таким образом, суд решил, что приложение является вредоносным, и постановил, что Жуков виновен в 11 преступлениях в соответствии с ч. 1 ст. 273 УК (создание и распространение программы, заведомо приводящей к несанкционированному блокированию информации).

Однако он свою вину не признал и считает, что дело сфабриковано, а встроенные в ПО механизмы — это лишь вполне обоснованная защита от несанкционированного использования»<sup>1</sup>.

*Audiat et alterapars.* Да будет выслушана другая сторона. Позиция защиты:

«Суд признал программу Жукова "СЛВ-Зарплата" вредоносной, поскольку она (программа) частично перестает работать по окончании срока лицензии.<...> Ограничение функций программы по истечении срока лицензии судья объявил заведомо приводящим к несанкционированному блокированию информации в соответствии с формулировкой статьи 273 Уголовного кодекса РФ.

<...> На самом деле функциональные ограничения в программе не только не приводят к блокированию информации, но и вообще никоим образом информацию не затрагивают. Безусловно, в ходе работы программа Жукова осуществляет определенные действия с информацией, как и любая компьютерная программа. Но все эти действия санкционированы, поэтому о вредоносности не может быть и речи.

Что же касается экспертизы, показавшей вредоносность программы Жукова, то в ней эксперт любые функциональные ограничения называет блокированием информации. За такое понимание блокирования эксперту заплатили 140 тысяч рублей. Полагаем, что с таким же успехом у него можно было бы купить заключение о том, что Земля квадратная.

Несмотря на убедительные доводы в защиту Жукова, несмотря на мнение специалистов, судья вынес обвинительный приговор по делу. Полагаем, что это решение носит заказной характер, что есть влиятельные лица, заставившие судью вести дело к обвинительному исходу, невзирая ни на что. Об этом явно свидетельствуют

---

<sup>1</sup> Статья «Программиста Вячеслава Жукова в Магадане осудили за защиту собственных прав», источник <http://debri-dv.com/article/3408>, автор неизвестен.

многочисленные нарушения закона судьей в ходе процесса». (тот же источник)

В сети эту историю обсуждали долго и всесторонне. См., в частности, тут <http://linuxforum.ru/post/119808>, тут <https://www.exler.ru/blog/item/8859/> и тут <https://habrahabr.ru/post/284568/> Из второго источника интересен «разбор полетов»... похоже, сделанный кем-то из участников событий:

«По результатам обсуждения дела Жукова значительная часть интернет-сообщества пришла к двум выводам:

1. Пользователи не знали, что программа имеет срочную лицензию на год, то есть налицо обман.

2. Программа по окончании срока лицензии искажает информацию и имитирует сбой, что ужасно».

И третий, очень поучительный вывод, пометки и курсив — мои:

«У компании-разработчика отдельного юриста никогда не было. Поэтому юридически договора были слабые. Для разработчика всегда первоочередной задачей было хорошо делать свою работу (поставить качественный продукт). **Привлечение юриста и разработка лицензионного договора были второстепенной задачей.** В договорах стоял срок, но что означал этот срок, в самих договорах не разъяснялось.

В старых договорах слов типа «правообладатель не разрешает использование программы после окончания срока договора» нет. Однако, как я уже сказал, клиентам разработчик все разъяснял, поэтому никакого непонимания с их стороны не было. (*Угу, все как всегда: на бумаге — одно, на деле — другое.*)

Для бухгалтеров вполне естественно, что программа предназначена для определенного года и только для него. Людям же не знакомым с порядком работы, со спецификой бухгалтерских программ может показаться наличие обмана в том, что в договоре нет явного объяснения, что означает срок договора.

Еще один слабый момент — то что договора называются «на сопровождение». Дело в том, что вместе с программой разработчик также предоставлял все обновления к ней на срок договора.

Решили назвать это «сопровождением» или «внедрением и сопровождением» (в разных договорах по-разному). В результате возникло мнение (уже сейчас в интернет-сообществе, а не среди

#### РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРОМ

клиентов!), что разработчик заключает договора на обслуживание программы на год, а сама программа предоставляется на самом деле навечно.

Но это не так. Все пользователи знали, что программа предназначена для работы с данными того года, законодательству которого соответствуют ее алгоритмы, в следующем году работать на этой программе нельзя.

Для расчетов по зарплате в следующем году нужно заключать новый договор. Для бухгалтеров это вполне естественно. Никакого обмана не было. «Вина» разработчика в том, что **вовремя не пригласил юриста, чтобы формализовать все в тексте договора. — ВОТ С ЭТОГО И НАДО БЫЛО НАЧИНАТЬ!!!**

Еще момент — договоры практически не менялись 15 лет, с начала 90-х годов. Никто не жаловался, никто не обращался в арбитраж. С клиентами всегда были хорошие отношения.

Поэтому были сосредоточены на том, что казалось более важным. На доработке программного продукта под бесконечные изменения законодательства. **Приведение договоров к достойному виду казалось не столь важным делом. Ну и поплатились.**

Не без вмешательства конкурентов (про заинтересованных лиц есть отдельная страница на сайте) было организовано уголовное преследование за «вредоносные» программы. В 2008-м году для составления договоров был приглашен юрист и в договорах было явно прописано право использования на срок договора. При этом переход на новые договора прошел безболезненно, как раз потому что суть взаимоотношений НЕ ИЗМЕНИЛАСЬ: программа предназначалась для работы в определенном году и до 2008-го года, и после»<sup>1</sup>.

Я не могу сформировать мнение по делу. Пересказ дела в сети — это Шалапин в пересказе. Как в старом анекдоте: «Мне Паваротти не понравился: картавит, в ноты не попадает...» — «О, вы были на концерте Паваротти?» — «Нет, мне Рабинович по телефону напел».

Вот-вот. Нельзя делать выводы по столь туманным и противоречивым данным. Без вдумчивого анализа материалов дела...

---

<sup>1</sup> Источник <https://habrahabr.ru/post/284568/> Автор — некто, представившийся сыном Жукова, комментарии курсивом и пометки — мои.

И вот тут-то вспыхивают красные сигналы тревоги. Первый: крайне быстро «почил в бозе» (закрылся) сайт в поддержку Жукова <http://delozhukova.ru/> Вместе со всеми материалами дела. Второй: в сети нет текста решения по делу. Нигде.

Такая же пустота была по делу РПЦ о торговле в храме. Решение<sup>1</sup> практически невозможно найти. Такая же пустота была по делу Леонова против Шевченко<sup>2</sup>.

Отсюда, подозреваю: 1) есть какая-то сила, которой не выгодно огласка дела Жукова; 2) уголовное дело вполне могло быть «заказухой» конкурентов; 3) нельзя говорить о незаконности закладок в принципе. *Una hirundo non facit ver.* Одна ласточка весны не делает.

Одно дело ничего не решает. Уже начинает потихоньку складываться российская практика добросовестного использования «закладок» (пример оговорки — в конце главы). Узкие специалисты по «компьютерному праву» поддерживают: «если пользователь не знал об ограничениях использования программы на момент ее установки, то действия разработчика ПО могли бы квалифицироваться по ст. 159 УК РФ (мошенничество). **Если же пользователь знал, то состава преступления тут нет**»<sup>3</sup>.

Статья 273 УК, п. 1, по которой привлекли Жукова, говорит об ответственности только за несанкционированное блокирование: «создание, распространение или использование компьютерных программ либо иной компьютерной информации, заведомо предназначенных для несанкционированного уничтожения, блокирования, модификации, копирования компьютерной информации или нейтрализации средств защиты компьютерной информации».

<sup>1</sup> Решение Хамовнического районного суда г. Москвы от 10 июля 2012 года, председательствующий Кананович И.В., дело № 2-1933/12. Исчезало с источников. И появлялось, но только потому, что проигравшие стабильно и целенаправленно выкладывали решение куда только можно. Не дали замолчать.

<sup>2</sup> Оно же «пыльное дело». <http://www.vsedela.ru/index.php?topic=1582.0> — пока еще висит тут. Там интересно не столько это решение, сколько второй судебный акт об отказе во втором иске. Вот его нет нигде. А там, как говорят проигравшие:

«Представители известного кардиохирурга Юрия Шевченко получили определение Замоскворецкого суда об отказе в иске к Владимиру Гундяеву (патриарху Кириллу) о незаконном обогащении. Из документа следует, что судиться с патриархом — значит, злоупотреблять правом». Цитирую по тому же источнику.

<sup>3</sup> Руководитель юридической компании «Интернет и Право» Антон Серго, источник [https://traditio.wiki/Дело\\_Жукова](https://traditio.wiki/Дело_Жукова)

#### РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРОМ

Отсюда, мне представляется, исполнитель вправе поставить «закладку» в компьютерную программу или оборудование, если четко, ясно и добросовестно описал в Договоре:

- 1) саму «закладку» — что заложили;
- 2) условия — когда и после чего сработает «закладка»;
- 3) какое обязательство Заказчика обеспечивает «закладка»;
- 4) последствия — что ждет Заказчика, если сработает «закладка» Исполнителя;
- 5) обязательство Исполнителя отключить «закладку». БЕСПЛАТНО;
- 6) правовую природу «закладки».

-----  
7) необязательно, но тоже можно: обязательство Исполнителя передать власть над «закладкой» — Заказчику.

Пример:

«10. Дополнительная гарантия Исполнителя.

10.1. Заказчик дает Исполнителю санкцию на дополнительное средство обеспечения исполнения обязательств Заказчика по Договору. В программе, обеспечивающей работу Насоса, есть специальный контрольный блок (далее — «СКБ»).

10.2. Если Заказчик нарушит срок оплаты, предусмотренный пунктом таким-то Договора, или — не полностью исполнит обязательство по оплате, автоматически включается СКБ.

СКБ приостанавливает работу Насоса на срок, необходимый Заказчику, чтобы полностью рассчитаться с Исполнителем. Исполнитель не возмещает Заказчику убытки, если такие возникли у Заказчика из-за простоя.

10.3. После исполнения Заказчиком обязательства по оплате Исполнитель обязан в течение пяти рабочих дней:

1) выслать Заказчику код и инструкции для отключения СКБ — чтобы Насос мог работать;

2) передать Заказчику инструкции по включению СКБ, чтобы Заказчик мог в будущем сам пользоваться СКБ для защиты своих интересов — в частности, от кражи Насоса третьим лицом, иного неправомерного изъятия и т.д., как Заказчик сочтет нужным.

Исполнитель не вправе требовать дополнительной оплаты за исполнение обязательств, возникающих из данного раздела Договора.

10.4. При составлении данного раздела Договора стороны исходили из:

1) ст. 14 ГК<sup>1</sup> — СКБ позволяет Исполнителю защитить свое право на получение денег по Договору, при этом приостановку Насоса с помощью СКБ стороны считают соразмерным способом защиты указанного права Исполнителя;

2) СКБ и право Исполнителя пользоваться СКБ для защиты права на получение денег по Договору — иной способ обеспечения исполнения обязательств, который стороны вправе установить и установили согласно ст. 329 ГК, п. 1».

В этом примере «закладка» относительно безобидная: не расплатился за вещь — вещь перестала работать. Блокировка информации в смысле УК? Быть может, но — санкционирована Заказчиком. Потому в самом начале и сказано: «Заказчик дает Исполнителю санкцию». Поэтому такая «закладка», думаю, не повлечет «уголовки». **Предостерегаю: не ставьте вредоносные «закладки».** Которые «уничтожают или модифицируют» информацию Заказчика. Здесь вас договор от УК, скорей всего, не спасет.

Если ставите безобидную «закладку», очень тщательно и скрупулезно расписывайте в договоре ответственность Исполнителя за последствия работы «закладки». В примере выше сие прописано коротко, одним штрихом: «Исполнитель не возмещает Заказчику убытки, если такие возникли у Заказчика из-за простоя».

А если убытки возникнут у третьего лица? А если... много тут «если». Думаете, почему гиганты — «Крупнотвердые», «Груша» и т.д. — на несколько страниц прописывают в договоре ответственность за возможный ущерб от их программ?! Правильно. Чтобы снять с себя ответственность.

Поэтому не ленитесь. **Если используете «закладку», расписывайте в договоре как можно подробнее.**

В заключение, как обещал, пример добросовестной «закладки» из чужой практики. Из типового договора одного крупного русского разработчика ПО. Быть может, кому пригодится:

<sup>1</sup> Можно было бы еще вспомнить и ст. 45 Конституции, п. 2: «Каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом». Но для договора и так хватит.

## РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРОМ

«Лицензиат вправе, в качестве применения обеспечительных мер по надлежащей и своевременной оплате Конечным пользователем вознаграждения за предоставленную ему Лицензию, применять технические меры, связанные с установлением в ключе ПО ограниченных сроков использования ПО.

Лицензиат, применяя данные меры, гарантирует, что работоспособность ПО будет восстановлена после погашения Конечным пользователем задолженности (включая штрафные санкции), в срок не позднее 5 (Пяти) рабочих дней с момента поступления денежных средств на расчетный счет Лицензиата, путем предоставления нового ключа для полнофункционального использования ПО».



### ДОМАШНЕЕ ЗАДАНИЕ

---

Вспомните главу 15.2. Если по договору должен быть создан объект интеллектуальной собственности, возможна принципиально другая схема отношений и защиты. Через «не заплатил — утратил право». Подумайте, можно ли применить эту схему к программе для ЭВМ.

Причем так, чтобы вообще уйти от понятия «закладка». Что вы, что вы — никаких «закладок»! Мы продали вам простое право сроком на год. Не расплатитесь — утратите право. Программа перестанет работать. О чем мы вас честно предупредили на 100500-й странице лицензионного соглашения...

К слову, именно так оберегает свои интересы некий... «Мелкий» монополист. Который еще и «мягкий». Никаких «закладок». «Двери» просто перестают открываться... Подумайте, возможен ли такой подход с учетом нашего права и практики.

---

## 23.3. «Вписка» третьего лица

Третья группа схем. Эти схемы знал еще древний Рим. Поручительство, залог, гарантия и т.д. Общая суть: если не исполнил один (должник), исполнит другой (поручитель).

Всё хорошо и здорово. На бумаге. В жизни, в современной русской практике... пойдя сподвигни третье лицо поручиться/дать за-

лог/независимую гарантию. Народ у нас традиционно бегаёт от ответственности. А институт юрилиц, как мы помним, придуман именно для ухода от ответственности.

Поэтому директора обычно заключают договор на фирму, а сами в коммерческие отношения — ни ногой. Логика: «Дать поручительство как физлицо по тому или иному договору за свою фирму? Вы что, шутите?!»

Как дети малые, право слово... Если что, фирму можно слить. А самому — выйти сухим из воды. Прикрывшись: «юрлицо не отвечает по обязательствам участников, а участники — по обязательствам юрлица».

А если я дам поручительство, это же отвечать придется. Как «физику». И не уставным капиталом, а ВСЕМ имуществом (исключения см. ст. 446 ГК). Фу-фу-фу, не дам я вам поручительство!».

В «сухом остатке»... поручительство, залог и гарантию прилежно учат на юрфаке. Да. Доктринально это полезные и работающие схемы. Классика права. А на практике выпускники не могут применить эти схемы. Потому что купцы категорически не хотят брать на себя доп. ответственность.

Чему на юрфаке не учат — поручительство может быть дано в обход воли купца.

Тайно.

### **23.3.1. СКРЫТОЕ ПОРУЧИТЕЛЬСТВО**

Не знаю, кто придумал эту схему. Но понимаю, зачем. Повальный бег от ответственности достал многих. И купцы, и «договорники» отчаянно хотят, чтобы обязательства исполнялись.

Готовы пойти на многое. В том числе на лукавство в договоре. Опять риторический вопрос: если сторона подписала договор не читая, кто дурак? Подписавший или подсунувший на подпись?

Схема, на мой взгляд, не вполне добросовестная, но — рабочая. Итак. Как вам условие договора поставки: **«физическое лицо, подписавшее договор от имени покупателя, считается солидарно обязанным вместе с покупателем, признается его поручителем и обязуется отвечать в том же объеме в пределах срока действия долгового обязательства».**

#### РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРОМ

Каково?! Нет, вы вдумайтесь. Оцените коварство! Договор двух «юриков». Один подсовывает на подпись другому договор поставки. С коварной формулировкой. Другой сдуру подписывает.

И получается, к примеру: «ООО «Меррик» (Поставщик) и ООО «Гномы» (Покупатель) в лице директора Грисбана.... ВСЁ. Директор Грисбан как физлицо стал поручителем по обязательству юрлица ООО «Гномы» оплатить товар. Если что, отвечают солидарно.

Если директор не наемный работник, а участник общества, то принцип «юрлицо не отвечает по обязательствам участников, а участники — по обязательствам юрлица» порван в клочья. Если директор наемный работник, но не участник — тоже хорошо. Еще один поручитель всегда кстати.

Чем мне категорически не нравится схема с тихушным поручительством: может пострадать невинный. Не директор. И не участник. А обычный человек. Далекий от игр купцов.

Как водится в крупных фирмах, многие стандартные договоры, в том числе и на шестизначные суммы, подписывают работники. По доверенностям. Портрет обычного «менеджера» среднего звена всем хорошо знаком. Зарплата 20 000—30 000. Ипотека на 30 лет<sup>1</sup>. Жена с грудным ребенком. Денег в обрез. Живет от зарплаты до зарплаты. Еле концы с концами сводит.

О праве менеджер думает редко. Если вообще. Договоры читает по диагонали. Что будет, если такой вот заурядный исполнитель проглядит коварную оговорку? Сам того не сознавая, поручится за фирму? Скажем, на пару миллионов?!

Ничего хорошего. И отвечать, увы, придется. Пример формулировки выше я взял из судебного дела. Там, правда, влетел участник общества. Но все равно. Капкан с тупым металлическим лязгом захлопнулся. И как ни вой, как ни бейся — не вырвешься. Цитирую:

«Договор поставки подписан <данные изъяты> ООО «Оберон ДВ» Тимофеевым Н.Г., который является единственным участником

---

<sup>1</sup> Это еще не вечер. Бывает и хуже, в стократ хуже. А как вам ипотека на 75 лет?! ЕСТЬ. Новейшая придумка российских банков. См. к примеру: «Российские банки стали предлагать кредиты на покупку жилья со сроком выплаты до 75 лет. Платежи по такому кредиту меньше, и, если что, его погасят дети и внуки». Источник: <https://www.bfm.ru/news/332970> Добро пожаловать в рабство...

данного общества. Требование истца о погашении задолженности Тимофеевым Н.Г. не исполнено.

<...> Договор поставки № от ДД.ММ.ГГГГ, содержащий элементы договора поручительства, был добровольно подписан со стороны покупателя ООО «Оберон ДВ» <данные изъяты> Тимофеевым Н.Г., соответствует требованиям закона по форме и содержанию, сторонами согласованы все существенные условия договора, четко выражены его предмет и воля сторон. Текст договора является ясным, не влечет многозначного толкования.

Природа договора, его правовые последствия в виде возникновения у Тимофеева Н.Г. солидарных с обществом обязательств перед поставщиком отвечать за исполнение условий договора покупателем, очевидно следуют из договора, ошибиться в толковании которого невозможно.

Лица, подписавшие договор, выразили свое полное согласие со всеми его условиями, в том числе и в части поручительства. В протоколе возражений лицо, подписавшее договор от имени покупателя — Тимофеев Н.Г., не возражал против содержания пункта п. 11.3 договора поставки.

На основании изложенного судебная коллегия приходит к выводу о том, что договор поручительства между ООО «ЭРКОНПРОДУКТ» и Тимофеевым Н.Г. является заключенным и влечет соответствующие обязательства». (*Апелляционное определение Хабаровского краевого суда от 01.07.2015 по делу № 33-4048/2015*)

Ладно, если бы один случай. Но дел несколько. Не то чтобы сильно много... Но можно говорить о сложившейся практики. И практика та складывается не в пользу поручителей.

Наоборот. Сколько ни кричи в суде «окрутили бедного юношу рожи разбойничьи, кредиторские, обманули, развели!!!» — пощады не будет. По крайней мере, пока еще ни один поручитель не вырвался из капкана оговорки.

Вот еще одно дело. Формулировка в договоре: «Согласно п. 5.5 договора физическое лицо, подписавшее договор от имени покупателя, обязуется в течение 5 лет с даты подписания договора быть поручителем перед поставщиком и нести солидарную ответственность вместе с покупателем всех своих обязательств по Договору и всех его

#### РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРОМ

приложений, включая обязательства по оплате, товара, процентов за пользование чужими денежными средствами, начисленной неустойкой, убытками. Максимальный размер ответственности поручителя ограничивается тремя миллионами рублей».

Позиция поручителя... глас вопиющего в пустыне: «Т. считал, что данное положение Договора не отвечает требованиям закона и поэтому является ничтожным. Он являлся только законным представителем ООО «Электротехника», подписантом договора поставки, тогда как договор поручительства с ООО «Цифровые системы» он не заключал и не принимал на себя обязанности поручителя».

Безжалостный суд: «Разрешая спор и отказывая в удовлетворении встречных исковых требований Т. о признании договора поставки в части п. 5.5 недействительным, о признании договора поручительства незаключенным, суд обоснованно пришел к выводу о том, что данные требования не подлежат удовлетворению, поскольку стороны свободны в заключении договора, в связи с чем Т., подписывая договор поставки оборудования № \*\*, тем самым принял на себя обязанности поручителя, что не нарушает требований закона и не нарушает его права». (*Апелляционное определение Московского городского суда от 28.01.2016 по делу № 33-3540/2016*)

Заметили странность?! В обоих случаях спор возник из предпринимательской деятельности. Хотя поручитель в капкане и «физик», но договор поставки, обеспеченный поручительством — типичный купеческий договор между двумя «юриками», заключен в ходе предпринимательской деятельности. По идее, спор должен рассматривать арбитраж. Однако оба дела рассмотрели суды общей юрисдикции. Ошибка?!

Нет. Есть позиция «вышки»: «иски, предъявляемые кредитором одновременно к должнику — юридическому лицу (или индивидуальному предпринимателю) и поручителю — физическому лицу в случае, когда договор поручительства заключен физическим лицом, являющимся единственным учредителем (участником) общества или иным лицом, контролирующим деятельность общества, должны рассматриваться судом общей юрисдикции. В соответствии с ч. 1

ст. 150 АПК РФ производство по таким искам в арбитражных судах прекращается по делу в целом»<sup>1</sup>.

А значит, оговорка о тихушном поручительстве дает кредитору еще одно преимущество. Если участник общества зарегистрирован в одном городе, а фирма этого участника — в другом, то... Статья 29 ГПК, п. 10: «выбор между несколькими судами, которым согласно настоящей статье подсудно дело, принадлежит истцу». Кредитор подаст иск в тот суд, куда ему ближе/выгоднее/есть адм. ресурс.

Так-то. Увы, не все схемы отношений — белые. Не все и строятся на взаимной выгоде. Иные и на обмане...

## 23.4. «ПЕРЕКИДКА» ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

Еще одна схема. Стоит особняком. Если предыдущая — серая, то эта — черная. Практикуют... всякие недобросовестные дельцы. **НА ПРАКТИКЕ НЕ ПРИМЕНЯЙТЕ!!! ТОЛЬКО ДЛЯ ОЗНАКОМЛЕНИЯ — ЧТОБЫ ВАС ТАК НЕ «РАЗВЕЛИ»!!!**

Как вы думаете, зачем в длинном договоре, в самом конце, куда не всякий добирается, формулировка:

«15.1. Замена стороны в Договоре. Компания Атлантида (далее — "Компания") вправе в любое время передать ВСЕ свои права и обязанности по Договору третьему лицу, на что Пользователь заранее согласен. Замена стороны не влечет изменение (расторжение, прекращение) Договора. На место Компании в Договоре становится третье лицо (правопреемник), которому Компания передала все свои права и обязанности по Договору. При этом Компания как первоначальный должник освобождена от обязательств по Договору. По обязательствам, возникшим из Договора, в случае замены стороны будет отвечать только третье лицо, которому Компания передаст все свои права и обязанности по Договору. Вместе с правами и обязанностями Компания также вправе передать персональные данные Пользователей, а также иную информацию (базы данных и так далее) и право распоряжения ими в соответствии с Договором. Пользователь не обладает правом на замену сторо-

<sup>1</sup> Обзор судебной практики ВС РФ № 1, утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 04.03.2015, пришло из Постановления Президиума ВАС РФ от 13.11.2012 № 9007/12 по делу № А40-63017/11-23-510.

#### РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРОМ

ны в Договоре и не может заменить себя на третье лицо. Отступление от этого правила возможно только с письменного согласия Компании (в бумажном виде). Согласие на возможную замену стороны в Договоре Пользователь выразил, заключив Договор — в силу данного пункта. Для замены стороны не требуется составления иных документов между Компанией и Пользователем. Вместе с тем, Компания уведомляет Пользователя о замене стороны в порядке, установленном разделом 7 Договора».

Понятно, для чего. Чтобы в случае чего «перекинуть» обязательства на «зомби» (однодневку), а самим уйти на дно. А чтобы кредиторам веселее жилось, могут поставить «зомбака» из далекого офшора. Панама, Зимбабве, Афганистан — чем дальше, тем лучше. И договор подчинить какому-то экзотическому праву — того же Зимбабве.

Жаль, но в принципе наше право позволяет включить в договор оговорку о... «перекидке». Во-первых, после реформы ГК закон прямо разрешает менять сторону в договоре. Ст. 392.3. так и называется — «Передача договора». Там:

«В случае одновременной передачи стороной всех прав и обязанностей по договору другому лицу (передача договора) к сделке по передаче соответственно применяются правила об уступке требования и о переводе долга».

Во-вторых, и до реформы можно было сделать замену стороны. Если одновременно соблюдены требования и об уступке права, и о переводе долга. Поясню. В любом договоре есть определенные права и обязанности каждой стороны, так? А значит, если хотим поменять сторону в договоре, мы должны передать и права, и обязанности по договору от одной стороны (старый должник) — третьему лицу (новый должник, становящийся на место старого). Тогда и будет замена стороны.

Чтобы передать право по договору (уступить требование), согласие должника по общему правилу не нужно (ст. 388 ГК). Чтобы перевести долг («перекинуть» свое обязательство на нового должника), нужно согласие кредитора. Иначе — договор о переводе ничтожен:

«Перевод должником своего долга на другое лицо допускается с согласия кредитора и при отсутствии такого согласия является ни-

чтожным. Если кредитор дает предварительное согласие на перевод долга, этот перевод считается состоявшимся в момент получения кредитором уведомления о переводе долга» (ст. 391 ГК, п. 2).

Как видите, закон допускает возможность дачи предварительного согласия. Вот в черных схемах кредитора и разводят. Чтобы тот сразу в договоре дал предварительное согласие на перевод долга (замену стороны).

В доктрине говорят о том же: «Правила § 2 главы 24 ГК РФ о переводе долга не исключают возможности заключить договор о переводе долга, который возникнет в будущем, равно как и включить в основной договор условие о даче кредитором в конкретном обязательстве предварительного согласия на возможный перевод долга»<sup>1</sup>.

Чем чревато, вы видели... Эта схема еще и хороший пример, как извращенный мозг может превратить, казалось бы, безобидную возможность закона — в черную схему. Будьте настороже. Желающих проехаться на чужом горбу традиционно хватает.

## **23.5. ВСПОМОГАТЕЛЬНЫЕ СХЕМЫ**

Помимо основных схем — ключ, «вилка», вписка третьего лица и т.д., есть несколько дополнительных. На случай, когда мы рассчитываем: основное обязательство должник (другая сторона) еще худо-бедно исполнит, но вот неустойку (ЗОУ, компенсацию, и т.д.) должник может и не заплатить. Банально нет денег...

Но есть товар. О чем кредитору известно заранее. К примеру, вы покупаете кирпич для стройки очередного офиса. Были на заводе. Кирпича — валом. Заводчане честно говорят: «Бери хоть сейчас. «Самовывоз» устроит. Мы вам еще и погрузим бесплатно. И скажем: «спасибо, кормилец». Потому что живых денег у завода нет. На дворе очередной кризис. Народ кирпич берет, но не платит».

Понимая, что кирпич вы с большой долей вероятности получите, лучше заложить в договор не «0,1 процент за каждый день просрочки от суммы непоставленного товара», а: «десять кирпичей за каждый день просрочки». Можно еще и «за каждый случай брака

---

<sup>1</sup> Бычков А. О переводе долга // ЭЖ-Юрист». 2015. № 15.

## РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРОМ

Поставщик платит неустойку в размере... два кирпича за один бракованный».

Схема сия зовется:

### 23.5.1. «НЕУСТОЙКА ВЕЩЬЮ»

«Неустойка вещью», иногда — «натуральный штраф», «пеня в натуральном выражении», «имущественная неустойка» и т.д. Удивлены? Понимаю. Все мы с институтской скамьи привыкли: неустойка — это либо процент от суммы долга раз в период, либо разовый штраф. Но это всегда деньги.

Судьи тоже привыкли. И поначалу решительно отказывали в исках: «Пунктом 5 соглашения стороны предусмотрели ответственность ЗАО «Им. Тельмана» за просрочку исполнения обязательства в размере 0,2 тонны фуражной пшеницы за каждый день просрочки.

Установив, что указанный пункт противоречит ст. 330 ГК РФ, предусматривающей определение неустойки только в денежной сумме, суд апелляционной инстанции правомерно, в соответствии со ст. ст. 168, 422 ГК РФ признал его ничтожным. <...> постановление законно, обоснованно и отмене не подлежит». (*Постановление ФАС Уральского округа от 30.10.2001 № Ф09-2090/2001-ГК по делу № А34-136/2001*, также *Постановление ФАС Северо-Западного округа от 17.08.1999 № 1330* и т.д.).

Почему так? Статья 330 ГК, п. 1: «неустойкой (штрафом, пеней) признается определенная законом или договором денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности в случае просрочки исполнения». Суды слишком формально толковали закон. «Раз в кодексе сказано — денежная сумма, значит только деньги; товар или вещь неустойкой быть не могут».

Однако уже в те годы встречалась и противоположная позиция, в основе — свобода договора: «...между сторонами 9 июня 2000 г. было подписано соглашение, в соответствии с которым колхоз обязался погасить долг в количестве 102829 кг семян подсолнечника, а также оплатить неустойку в связи с несвоевременным выполнением обязательств в размере 30% от суммы долга в натуральном исчислении, а всего 133677 кг семян подсолнечника.

Поскольку погашение долга своевременно не было произведено, истец просит дополнительно взыскать неустойку в натуральном выражении.

В соответствии со ст. 309 ГК РФ обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями договора. За несвоевременное выполнение обязательства согласно ст. 330 ГК РФ стороны могут установить ответственность.

**Поскольку в данном случае договором и соглашением стороны определили ответственность за невыполнение обязательств в натуральном выражении, суд правильно обязал ответчика погасить задолженность в натуре.** (*Постановление ФАС Поволжского округа от 18.09.2001 № 3559/01-2*).

Со временем эта позиция возобладала. Точку в споре поставил ВАС: «...установление в договоре условия, предусматривающего в случае нарушения должником обязательства передачу не денег, а иного имущества в пользу кредитора, не противоречит закону». (*Постановление Пленума ВАС РФ от 22.12.2011 № 81 «О некоторых вопросах применения статьи 333 ГК РФ», пункт 7*).

Недавно этот пункт отменили — Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7. Но сам принцип остался. «Переселился» в п. 60 названного «плenums». Суть та же... но написали более мудрено:

«Если в качестве неустойки в соглашении сторон названо иное имущество, определяемое родовыми признаками, то, учитывая, что в силу положений статьи 329 ГК РФ перечень способов обеспечения исполнения обязательств не является исчерпывающим, к подобному способу обеспечения обязательств применяются правила статей 329—333 ГК РФ (пункт 1 статьи 6 ГК РФ)».

В переводе на русский: закладываете в договор условие о «неустойке вещью», можно.

## 23.5.2. АВТОМАТИЧЕСКОЕ УВЕЛИЧЕНИЕ ЦЕНЫ

Многие до сих пор работают по старым болванкам договоров. Поэтому если вам предлагают на подпись договор с формулировкой «в случае неоплаты покупателем товара в установленный срок цена

#### РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРОМ

товара увеличивается на 0,1 процента стоимости за каждый день просрочки», не удивляйтесь.

То эхо темных годин, когда суд мог по своему почину — или по немотивированному ходатайству ответчика — снизить неустойку по ст. 333 ГК. Попытка объехать суд на кривой кобыле: «это у нас не неустойка, а автоматическое условие об удорожании товара, снижать нельзя, суд не может менять цену договора!».

Тем более что закон позволяет: «изменение цены после заключения договора допускается в случаях и на условиях, предусмотренных **договором**, законом либо в установленном законом порядке» (ст. 424 ГК, п. 2).

Но суд так просто не проведешь. В ответ сторонам «прилетало»: «...условие об изменении цены товара может ставиться в зависимость от объективных причин, в случае возникновения обстоятельств, предусмотренных договором, которые связаны непосредственно с изготовлением товара, его обращением и так далее.

Названным положением договора определен порядок исчисления денежной суммы, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства по своевременному внесению оплаты за товар, **в связи с чем положения пункта 5.2 договора следует расценивать как соглашение о неустойке**». (Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 28.07.2009 № Ф04-4470/2009(11702-А27-4) по делу № А27-15484/2008-1. Также см. Постановление ФАС Поволжского округа от 25.01.2010 по делу № А55-1053/2009 и Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 07.12.2005 № Ф08-5802/2005 по делу № А32-10888/2005-42/206<sup>1</sup>)

В наше время автоматическое увеличение цены договора можно использовать разумно и добросовестно, «в зависимости от объ-

---

<sup>1</sup> Еще показательно Постановление ФАС Центрального округа от 05.08.2009 по делу № А54-5112/2008/С17 — там Истец попытался взыскать и неустойку, и удорожание товара. По двум инстанциям прошло... А кассация жестко спустила Истца с небес на землю: «действия истца в части взыскания штрафных санкций по п. 4.1 Договора с одновременным увеличением договорной цены, предусмотренной п. 5 приложения от 14.04.2008 № 2 к Договору, направлены на привлечение покупателя к двойной ответственности за одно и то же нарушение обязательства, что следует расценивать как злоупотребление правом со стороны истца, не допустимое в рамках ст. 10 ГК РФ. <...> судебные акты по настоящему делу подлежат отмене, а дело — направлению на новое рассмотрение в суд первой инстанции».

ективных причин». К примеру, в договор поставки можно заложить условие: если покупатель не оплатил в срок предыдущую партию товара, то продавец вправе увеличить цену следующей партии на 10% (или выше, как договоритесь).

Наоборот, на стороне покупателя: если поставщик поставил товар не в срок, следующую партию товара поставщик обязан поставить со скидкой в 10% (или ниже, как договоритесь).

Даже если суд сочтет такое условие неустойкой, то вряд ли откажет в иске. Не те времена. Сейчас правит бал свобода договора. Поэтому всегда читайте договоры до конца. И смотрите, что подписываете.

### **23.5.3. Автоперевод на предоплату**

Частый гость в поставке. Договор предусматривает поставку нескольких партий товара. Привычная схема по оплате: 50 на 50. Но. С оговоркой: если покупатель просрочит оплату хотя бы одной партии на 10 и более дней (иной срок), поставка следующей — только по 100%-й предоплате. Здесь подводных камней нет. Нормальное, разумное условие договора. Пользуйтесь на здоровье.

## **23.6. Что день грядущий нам готовит**

Биллу Гейтсу приписывают слова: «В будущем на рынке останутся два вида компаний: те, кто в интернете, и те, кто не у дел». Как в воду глядел. Сейчас всё четче вырисовываются черты будущей схемы отношений.

Простой. Универсальной. Понятной. Не требующей день и ночь учить право. Придумывать хитрые страховки. Платить большие деньги юристам. А самое главное, фундаментальный принцип в основе схемы: «кидок» не выгоден; кинул — потерял бизнес, остался без кормушки.

Представьте себе некий сайт в сети Интернет. Виртуальную торговую площадку. Вы регистрируетесь как продавец, покупатель, исполнитель (работ/услуг)... Смотря чем собираетесь заниматься. У каждого участника торгов есть история дел: какие договоры с кем и сколько заключал, на какие суммы, отзывы партнеров, сколько лет на площадке и т.д.

## РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРОМ

Соответственно, думая что-то купить, вы видите вторую сторону как на ладони. А вторая сторона видит вас. Если продавец хапнет аванс и не исполнит договор, покупатель напишет разгромный отзыв — «кидала! остерегайтесь!». Несколько плохих отзывов, и продавца изгонят с площадки. Всё, остался без кормушки.

Будет ли продавец мухлевать, зная о последствиях? Конечно, нет. Отнюдь. Продавец будет честно работать на доброе имя. Потому что доброе имя и километровый список хороших отзывов — лучшая приманка новых покупателей.

Покупатель связан той же схемой. Если платит в срок, если честь по чести принимает товар, не злоупотребляет по гарантии, то продавцы, видя доброе имя и хорошие отзывы других продавцов об этом покупателе, рады вести дела. И дают поблажки — скидки, отсрочки платежа, льготную доставку и прочие ништяки.

Все тихо. Спокойно. Быстро. Без «кидков», судов и юристов.

Это не фантастика. А самое что ни на есть ближайшее будущее. На Западе по такой схеме не первый год работает знаменитая всепланетная барахолка E-bay. У нас нечто подобное... По торговле — Алиб, <https://www.alib.ru/>, крупнейший книжный рынок в рунете. По оказанию услуг — «Фриланс ру», <https://www.fl.ru/>.

Думаю, со временем больше юрищ будут строить отношения через такие площадки. Уж очень манит простая и эффективная схема отношений. Где на первом месте стоит не договор и крючкотворство, а добросовестность, доброе имя и верность слову<sup>1</sup>.

Сухо юридически выходит, что исполнение обязательств сторон в этой будущей схеме обеспечено всего двумя «дубинами»: А) угроза потерять доброе имя; и Б) как следствие, утрата или сильное сокращение бизнеса (потеря других клиентов). Заметьте, без всякого права: поручительство, гарантия, залог и т.д.

Ничего не напоминает? А мне напоминает. «Черные» договоры.

### 23.6.1. ЧЕРНОЕ И БЕЛОЕ

Помните, упоминал в главе 3.12? Черные договоры. Все по понятиям, «и плеванто на законо». Договоры, прямо запрещенные за-

---

<sup>1</sup> Из западных трудов и мыслей по теме см. *Гандини, Алессандро*. Репутационная экономика: понимание высококвалифицированного труда в цифровом обществе. — Лондон: Палгрейв Макмиллан, 2016.

коном. Мы часто слышим по телевизору. У одних изъяли крупную партию наркотиков. Другие попались на продаже оружия. Третьи разрабатывали вирусы на продажу. Четвертые еще что-то мутили.

Меня эта чернь заинтересовала как любопытная аномалия... в договорном праве?! Вдумаемся. «Изъяли крупную партию наркотиков». Наркотики везли на продажу. Не вмешайся власть, скорей всего, благополучно бы довезли. И продали.

А почему везли? Значит, была какая-то договоренность продавца и покупателя. Назовем вещи своими именами. Договоренность = договор. Конечно, право шипит-заливается: «Фу-фу-фу, договор ничтожен, договора — нет, сторон — за решетку».

Стороны говорят «угу» и... исполняют договор. Зная, что нарушают закон. Зная, что за лихие проделки можно и сесть. А почему исполняют?! Случись что, в суд не пойдешь<sup>1</sup>. Выходит, договор вроде как есть, а судебной защиты — нет. Но вопреки всему, договор исполняется. Зная, что защиты — и пощады! — не будет.

Еще раз: почему?! Тут в белом, 100% законном договоре, частенько «кидают». Судебная защита и угроза суда/расходов/банкротства помогают далеко не всегда. А черный договор почему-то исполняют без привычных средств. Как так?! Научно говоря, чем и как обеспечено исполнение обязательств по черному договору?!

В свое время составлял экзаменационный тест для студентов. Бал там такой вопрос. «Средства обеспечения исполнения обязательств — это:

- 1) неустойка, залог, удержание, поручительство, гарантия, задаток и другие способы, предусмотренные законом или договором;
- 2) поручение, аренда, хранение, агентство;
- 3) облигация, вексель, чек, платежное поручение.
- 4) бейсбольная бита, утюг, топор, паяльник и т.д.».

Если вы думаете, будто черные договоры обеспечивают четвертым пунктом, то — уже НЕТ. Так было раньше, но не сейчас. Сей-

---

<sup>1</sup> Вы не поверите, но иногда ходят. Жили-были два «работника ножа и топора, романтики с большой дороги». Грабили встречных-поперечных. Как-то раз один хапнул добычу и не поделился. Второй побежал... в суд. Справедливости восхотел, извольте видеть. Вот интересно, чем думал?! На что рассчитывал?! Легендарное дело *Everet v Williams* [1725]. Чем кончилось — см. «Английское право», 2-е издание, глава 9.3.1. Договор о преступлении.

#### РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРОМ

час главное средство обеспечения — схема отношений. Построенная на взаимной выгоде. Такая же, как на электронных площадках.

С теми же «дубинами»: А) угроза потерять доброе имя; Б) как следствие, утрата или сильное сокращение бизнеса... и лишь в последнюю очередь и в очень редких случаях — насилие или угроза насилия: «не исполнишь — покалечим; а то и похороним»<sup>1</sup>.

Ограничусь одним примером. «Я столкнулся с этой изощренной схемой, когда работал вместе с Интерполом и полицией Бразилии по делам о кражах кредитных карточек в Латинской Америке.

В лачугах за Рио-де-Жанейро организованные группы киберпреступников продавали DVD-диски с программами (*для кражи денег с карточек*) и десятками тысяч номеров кредитных карточек, а также подробной информацией о собственниках карточек.

Начинающие киберпреступники продавали эти диски другим преступникам, оптовикам — скидка. **Вместе с партией шел договор, где покупателя заверяли: как минимум 80% ворованных номеров карточек «живые», или «мы вернем деньги». Бразильцы также предоставляли другим преступникам (покупателям) номера телефонов своей техподдержки — на случай, если покупателю будет сложно разобраться с программами (и украсть деньги с чужой карточки).** «Господин, а вы пробовали перезагрузить компьютер?»<sup>1</sup>

Таким образом, основное средство защиты стороны в черном договоре — не право и насилие, а схема отношений. **ВЫГОДНОСТЬ.** Почему бы не учесть этот, пускай и сомнительный, опыт? В белом договоре? Если, помимо схемы отношений, на вашей стороне будет и право, и судебная защита — еще и лучше.

---

<sup>1</sup> Пример из нашей доктрины: «В связи с тем что отсутствует третья сторона, к которой партнеры по коррупционной сделке могли бы апеллировать в случае спора, такие контракты являются рискованными, особенно если не ожидается совершения дальнейших сделок или если задействованы крупные суммы.

Существует три пути смягчения этих рисков. Можно подбирать партнеров по коррупционной сделке по критериям, отличным от экономических, полагаясь на семейные, этнические, религиозные или социальные связи (*опять защита через схему отношений*). Можно установить социальные нормы («воровская честь») (свое право).

И, наконец, можно возложить контроль и обеспечение обязательного выполнения контрактов на преступную организацию, использующую угрозы и насилие. Эти варианты способствуют тому, что коррупция становится очень латентной». Макаров А.А., Чупров В.М. Административно-правовые и экономические проблемы противодействия коррупции в органах власти и управления // Административное и муниципальное право. 2010. № 6. С. 49–55. Курсив мой.

## 23.7. Линейка

В юридическом мире к защите своих интересов через схему отношений относятся... по-разному. Очень показателен случай: «У меня конфликт был со студентом, очень серьезный конфликт. Дипломная работа «Договор купли-продажи недвижимости». Академия отправляет студента на практику в риелторскую фирму. Больше половины диплома посвящено тому, как класть деньги в ячейку и брать деньги из ячейки.

Начинаю объяснять, что к гражданскому праву это не имеет никакого отношения, на что студент мне говорит: «Извините, Вы меня направили на практику в риелторскую фирму, я в дипломе отразил сложившуюся практику. Почему Вы считаете, что мой диплом написан неправильно?»

В общем, все, что удалось, — хоть как-то минимизировать эту риелторскую часть в дипломе, посвященном договору купли-продажи, но исключить полностью я не смог. Студент сказал: «Извините, это моя практика, я наработал, я теперь знаю — спасибо, что меня академия этому научила»<sup>1</sup>.

На мой взгляд, тут сшиблись две крайности. Преподаватель уповает на право и только на право. Студенту милее защита через схему отношений (ключ от сейфа) — и бог с ним, с правом. Что понарилось, то и расписал.

Истина, как всегда лежит, посередине. Из своего и чужого опыта я бы свел и измерил оба подхода так:

*Новичок.* Схема отношений? Не, не слышал. Это мы не проходили, это нам не задавали. В договор новичка схема отношений попадет в одном случае: если была в той болванке, откуда новичок содрал договор. Обычно схема «50 на 50».

*Погмастерье.* Уже понимает: право правом, но лучше написать договор так, чтобы у другой стороны было поменьше возможностей «кинуть». Пытается как-то подстраховаться — в основном через право и формулировки в договоре.

---

<sup>1</sup> Гудман, Марк. Преступления будущего. — Нею-Йорк: Doubleday. — Глава «ООО "Преступление" — организационная схема, подраздел «изошренная матрицы преступления». Курсив мой.

#### РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРом

*Мастер.* Страхуется и через право, и через схему отношений.

*Легенда.* То же самое, но обладает даром придумывать новые схемы отношений. А также новые страховки в старых схемах. Подчас экзотические. Иногда — белые, пушистые и безобидные. К примеру, схема с паролем от архива с файлом и GPS-маячки в имуществе. А иногда весьма сомнительные с позиций права и морали...

Все-таки приведу пару примеров. Целей две: 1) чтобы вы знали: есть и такие страховки. Некоторые юристы/купцы/прочие беспринципные люди пользуются. 2) Еще раз добро пожаловать в дивный мир русского бизнеса. Чтобы вы понимали, как у нас в стране порой дела делаются... Особо подчеркиваю: примеры из ЧУЖОЙ практики.

!!

**Ни в коем случае не практикуйте!!!**

!!

Итак:

1) «Ах, «не гарантийный случай»?! Вот пленочка. Где вы с секретаршей... милуетесь. Или меняйте по гарантии, или — отправим вашей жене».

2) «Приятно, когда долги отдают в срок. Мы держим слово. Вот ваше письмо. А вот пепельница... Зажигалка у вас есть, не предлагаю. Что? Ну, как вам сказать... Наверно, вы правы. Наверное, мы перестарались. Может, и в самом деле не стоило заставлять вас писать заведомую ложь. Что вы якобы вербовщик некой запрещенной в РФ организации. Но сработало же! Зато как мы вас эффективно «замотивировали»: не вернете деньги — письмо уйдет... «куда следует». Вместе с нашим заявлением о том, что вы пытались нас завербовать. Но не ушло же. Вы расплатились. Вернули долг и проценты. Мы довольны. Понадобятся еще деньги — дайте знать. Можем занять еще... на тех же условиях».

Еще раз повторюсь: и купцы, и «договорники» отчаянно хотят, чтобы обязательства исполнялись. Бег от ответственно-

---

<sup>1</sup> Статья: Слушания «По общественной экспертизе ст. 8.1 проекта ФЗ № 47778-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую ГК РФ, а также в отдельные законодательные акты РФ» // Нотариус». 2012. № 6.

сти «достал» всех. Люди готовы пойти на многое, чтобы обязательства исполнялись. Вот и пускаются во все тяжкие... В том числе на экзотические страховки, «не дружащие» с УК.

## 23.8. СВОДИМ В СИСТЕМУ

Напоследок сведем наши знания в систему. Нарисуем схему:

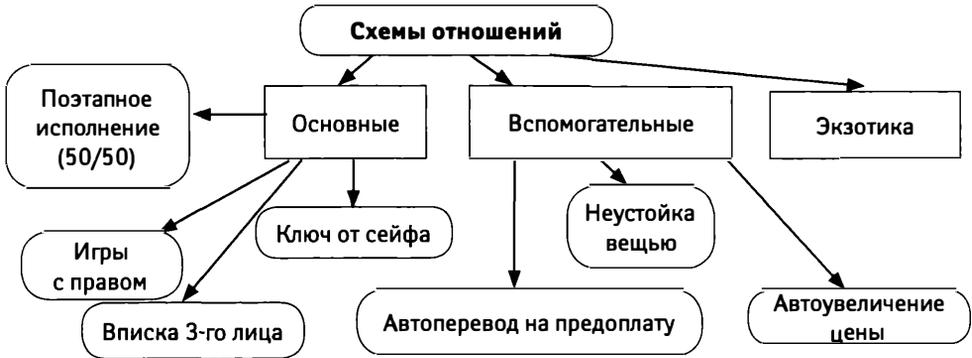


Схема 10. Схемы отношений



# [24]

## ПОДПИСЫВАЕМ ДОГОВОР

*Да вы что????!! Вообще ничего не понимаете? У вас ни в одном договоре нет даты рядом с подписью! Вместо генерального какой-то менеджер по доверенности. Нет ни слова об убытках. ВСЕ! ВСЕ Ваши договора фиктивны! И вообще, молодой человек. Сначала бы закон посмотрели, вы ж юрист!*

***Налоговая учит юриста составлять договоры...***

**Е**ще раз вспомним схему 1 «Работа с договором», из главы 2.1. Дальше по схеме: «составляем проект договора = перевод схемы отношений с делового на юридический — война правок — подписание — исполнение — жизнь после договора».

«Составляем проект». По важности и величине тянет даже не на отдельную главу... А на целый раздел. Будет дальше, раздел 5. «Войну правок» подробно описал в книге «Чему до сих пор не учат на юрфаке: электронные джунгли», см. главу 4.6. «Война правок» и 4.7 «Развод» в правке. Этюд в синих тонах».

Поэтому переходим к этапу «подписание». Казалось бы, чего проще. Если всё на переговорах согласовали-проговорили, составили проект, то дело в шляпе. Подписали и успокоились. Всё?!

НЕТ. Если вы не подстраховались через исполнение, как я вам рассказывал в главе 20.9, «исполнение исцеляет договор», если вы не сподвигли вторую сторону дать вам что-то по договору, пускай и мизер... Могут такие черти повыскакивать — долго будете креститься/отбиваться.

Представьте себе. Судье принесли на рассмотрение очередное, «сто пятьсотое», дело. Вроде бы всё как всегда, банально, как предвыборные обещания: «ответчик занял денег, вот расписка, не вернул, просим взыскать».

Судья листает дело... и не находит расписку. Странно. В приложении к иску указана. За номером 4. Листает еще раз. Под номером четыре в деле красуется... чистый лист. А под номером пять — заключение эксперта. Где:

«Заключением эксперта ФБУ Тульская лаборатория судебной экспертизы Министерства юстиции РФ Р.М.Ю. № <...> от <...> 2013 года установлено, что рукописный текст расписки от <...> 2012 года от имени Д. на сумму <...> рублей выполнен Д.

Подпись от имени Д., расположенная в вышеуказанной расписке, выполнена самим Д. Также из данного заключения следует, что поступившая на исследование расписка от ... 2012 года представляет собой лист бумаги белого цвета с рукописным текстом и подписями, выполненными бесцветным красящим веществом».

Поняли, что произошло? Ответчик подписал расписку, грубо говоря — договор займа, исчезающими чернилами. Что особо отметил суд: «...расписка в получении суммы займа была написана Д. с использованием исчезающих чернил». (*Апелляционное определение Тульского областного суда от 31.10.2013 по делу № 33-2744. Аналогичное дело — Определение Липецкого областного суда от 08.04.2013 по делу № 33-820а/2013*)

## **24.1. ИСЧЕЗАЮЩИЕ ЧЕРНИЛА**

Редко, но встречаются в практике. Ладно, если заем между двумя «физиками». Но «юрики» тоже не дремлют. То протокол об административном правонарушении исчезающими чернилами подпишут — Постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 13.04.2016 по делу № А05-11747/2015. То промысловый журнал ведут чернилами-невидимками — Постановление ФАС Северо-Западного округа от 23.12.2013 по делу № А05-2774/2013. То еще какую пакость учинят...

В смысле пакостей с исчезающими чернилами наиболее опасны векселя, договор поручительства и независимая гарантия. А также любой договор, где нет явного встречного исполнения — передачи вещи или денег.

Берем поручительство. В начале нулевых практика клонилась в сторону: поручительство дают бесплатно. Мне кажется, пошло из:

#### РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРОМ

«нет в праве — нет на свете». И толкования недалеких юристов: «поскольку в ГК прямо не сказано, что поручитель вправе дать поручительство за деньги, то — не может». Увы, до сих пор многие считают, будто поручительство может быть только бесплатным... а если платное, то это уже гарантия.

Подход в корне ошибочный. И поверхностный.

Во-первых, еще в нулевые была ст. 423 ГК, п. 3 — любой договор предполагается возмездным, если из закона, иных правовых актов, содержания или существа договора не вытекает иное. А значит, поручительство — особенно между купцами! — вполне себе может быть возмездным.

Во-вторых, свобода договора. Захотели дать поручителю вознаграждение — дали. Как сказал один предприниматель в те годы: «Мы так договорились, и идите вы лесом с вашей доктриной и замными построениями».

В-третьих, здравый смысл: ну зачем брать на себя чужой риск бесплатно?! Если есть кнут, должен быть и пряник. Вознаграждение поручителя. И современная практика идет верным путем:

«<...> поскольку договор поручительства вступает в силу с момента уплаты заемщиком вознаграждения поручителю (пункт 3.1 договора), а денежные средства в качестве вознаграждения в сумме 500 000 руб. были переведены заемщиком на счет фонда 18.07.2012, суд пришел к обоснованному выводу, что срок действия договора поручительства начался с момента уплаты вознаграждения поручителю — 18.07.2012 и истекает 18.07.2017». (*Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 07.07.2015 № Ф04-20636/2015 по делу № А46-13619/2014*)

Как видим, поручительство может быть платным или нет — как договоритесь. Если бесплатное и поручитель подписал договор исчезающими чернилами — жди беды. Если платное и поручитель получил — и принял! — хоть мизерную награду... ура, прошло исполнение. Если нормал но провели по документам, это исполнение исцелит договор.

С независимой гарантией, особенно в виде гарантийного письма, такой номер не пройдет. Тогда? Простой и очевидный выход. Пусть гарант подпишет письмо при вас. ВАШЕЙ ручкой. И не толь-

ко гарант. Советую всегда и везде подсовывать другой стороне свою, пусть неказистую, но верную ручку. Чтобы потом не было сюрпризов.

## 24.2. «А КАКОЙ РУЧКОЙ ПОДПИСЫВАТЬ? МОЖНО ЧЕРНОЙ?»

«А какой ручкой подписывать? Можно черной?» — любит спрашивать руководство. Речь идет не о виде ручки (шариковая, гелевая, перьевая, дверная). А о цвете чернил. Из личного опыта — лучше синий.

Почему так. У нас в стране очень распространен «синдром вахтера». Каждая мелкая сошка мнит себя большим начальником. И показывая куцую властенку, норовит цепляться ко всему. По поводу и без.

То ли от природной склонности. То ли от жизни тяжелой. То ли вы своим присутствием забиваете сигналы с Венеры. Всяко бывает. Причин и тараканов в голове у вахтера может быть много. И когда эти тараканы «набИгают» на вас...

Помню, стороны подписали договор черными чернилами. Так «вахтер» из Росреестра завернул: «Это у вас ксерокопия!». В другой раз налоговая отказалась принять доверенность с «черной» подписью: «Подделка!» — «А ничего, что печать юрица синяя?» — «Меня не проведешь! Вы поставили печать на ксерокопию!».

С синими чернилами как-то поспокойнее. На моей памяти не цеплялись.

### 24.2.1. ГЕЛЕВАЯ ИЛИ ШАРИКОВАЯ

Некоторые банки требуют подпись непременно шариковой ручкой. К примеру, «Глобус-банк», пункт 2.4: «Держатель Карты обязан подписать Карту шариковой ручкой при ее получении в присутствии сотрудника Банка, а также расписаться в получении Карты и конверта с ПИН-кодом».

Это требование проскакивает иногда и в «нормативке», и в творчестве ведомств. К примеру: «Бланки процессуальных докумен-

#### РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРОМ

тов должны заполняться разборчиво шариковой ручкой (с наполнителем черного, синего или фиолетового цвета) либо с использованием печатающего устройства»<sup>1</sup>.

Требуют многие. Но не многие знают, ЗАЧЕМ. И что будет, если писать гелевой. Расхожее заблуждение, иногда попадающее в практику (см. подчеркнутую фразу):

«Представленный истцом суду апелляционной инстанции выполненный гелевой ручкой (**исключающей возможность проведения почерковедческой экспертизы**) договор передачи денежных средств и предметов мебели 1999 года также не может быть принят в качестве доказательства по делу». (Апелляционное определение Свердловского областного суда от 27.05.2015 по делу № 33-6817/2015)

Еще: «Отсутствие заявленного с его стороны ходатайства о проведении судебной экспертизы по сроку давности оспариваемого соглашения не является упущением, поскольку провести исследование документа, исполненного гелевой ручкой, не представляется возможным». (Апелляционное определение Омского областного суда от 15.05.2013 по делу № 33-2955/2013)

**НИЧЕГО ПОДОБНОГО.** Если попадете в схожую переделку, не сдавайтесь. **Можно провести экспертизу документа, написанного — или подписанного — гелевой ручкой. Можно установить, кто писал — чей почерк.** Нормальный эксперт — установит<sup>2</sup>. Но вот **КОГДА** писал — тут пока наука буксует. Отсюда, наверно, и пошел миф о невозможности экспертизы... Пример:

«Решить вопрос о том, выполнена ли рукописная подпись от имени П. на расписке от \*\*\* года **раньше или позже** нанесения на лист бумаги текста расписки, в том числе линии подстрочного подчеркивания, пересекающейся с подписью, экспертам также не представилось возможным, поскольку красящее вещество для ге-

---

<sup>1</sup> Приказ МВД России от 02.03.2009 № 185 (ред. от 22.12.2014) «Об утверждении Административного регламента Министерства внутренних дел Российской Федерации исполнения государственной функции по контролю и надзору за соблюдением участниками дорожного движения требований в области обеспечения безопасности дорожного движения» (Зарегистрировано в Минюсте России 18.06.2009 № 14112, п. 36).

<sup>2</sup> См. к примеру, Апелляционное определение Московского городского суда от 08.04.2013 № 11-0017, Определение Московского областного суда от 14.10.2010 по делу № 33-19577/2010.

левых ручек и красящее вещество (чернила) для струйных принтеров имеют различную вязкость и степень проникновения в толщу бумаги, нельзя исключить влияние указанных свойств на реальную картину (искажение) последовательности их нанесения вследствие взаимопроникновения материалов письма штрихов на участках их пересечения, в силу чего необходимо проведение моделирования прямой и обратной картины пересечений с использованием материалов аналогов.

Так как в распоряжении эксперта отсутствовала коллекция материалов письма для выполнения модельных (экспериментальных) пересечений штрихов, дальнейшее исследование участков пересечений штрихов подписи от имени П. и печатной линии строки для подписи (линия подстрочного подчеркивания) не проводилось». (*Апелляционное определение Московского городского суда от 16.02.2015 по делу № 33-2643*)<sup>1</sup>

Практический вывод ясен. Если вы добросовестная сторона, подписывайте шариковой. А подписи гелевой, особенно на сомнительном документе, пусть наводят вас на мысли об играх с датой подписания. То же относится и к перьевой ручке с чернилами на основе спирта:

«Период нанесения подписей Воробьевой А.В. и Воробьева Н.С. определить не представляется возможным, поскольку подписи выполнены с использованием редко встречающегося пишущего прибора, заправленного спиртовыми чернилами, высыхающими через короткое время после их нанесения на бумагу». (*Постановление 17ААС от 27.04.2016 № 17АП-17411/2015-ГК по делу № А60-28277/2015*)

## **24.3. СЛИШКОМ КОРОТКАЯ ПОДПИСЬ**

Из одной буквы. Или двух. Или еще какой закорючки-загогулины. Опасна, так как от такой подписи легко отпереться. «Не, не моя, ничего не подписывал». Увы, экспертиза не поможет. Пример:

---

<sup>1</sup> Апелляционное определение Владимирского областного суда от 18.07.2012 по делу № 33-2023/12, Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 20.04.2012 по делу № А15-881/2010.

## РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРОМ

«Комментируя свое заключение в судебном заседании по рассмотрению апелляционной жалобы, эксперт <ФИО> пояснил, что исследуемая подпись очень короткая, состоит из одной буквы, какой-либо точный результат дать не представляется возможным». (*Апелляционное определение Верховного Суда Республики Хакасия от 16.09.2014 по делу № 33-1647/2014 г.*<sup>1</sup>)

Понятно: если у вашего партнера короткая подпись — насторожитесь. Но что делать-то? Заставить расписаться длиннее, с расшифровкой? А вдруг не захочет? «Я всегда так расписываюсь, вот паспорт, смотрите».

И тут мы подходим к фундаментальному вопросу. Витает в воздухе уж много лет:

### 24.4. КАК РАСПИСЫВАТЬСЯ В ДОГОВОРЕ?

Как в паспорте или как угодно? И — должен ли?! Над этим — казалось бы, простым — вопросом много лет ломают головы юристы нашей многострадальной страны<sup>2</sup>...

Вопрос очень значим. И для договорной работы, и для судебной. Пример: «Оставляя исковое заявление без движения, судья исходил из того, что заявление подано в суд без соблюдения требований ст. 131 — 132 ГПК РФ, а именно подпись П.Н.ВА. в поступившем исковом заявлении не соответствует подписи П.Н.ВА. в копии паспорта, приложенной к иску, доверенности, выданной на представление ее интересов ООО «Эскалат», что вызвало у суда сомнения в личном подписании П.Н.ВА. искового заявления».

Судебная коллегия не соглашается с указанными выводами суда первой инстанции, поскольку суд не обладает специальными

---

<sup>2</sup> В редких случаях эксперт и по одной букве устанавливал — «его подпись, его!» См. Определение Московского городского суда от 20.07.2011 по делу № 33-22473.

<sup>1</sup> См., в частности: *Сысоева Л.* Подпись как средство защиты прав личности // *Защита и безопасность.* 2005, № 2; *Эргелевский А.М.* ПАРАФ НЕ ПОДПИСЬ! // *Домашний адвокат.* 2008. 22 с.; *Богун И. А.* Пробелы в законодательном регулировании понятия «подпись человека» // *Актуальные проблемы гуманитарных и естественных наук.* Москва. 2016. № 2–3. С. 166–169; *Зинковский М.А.* Присвоение бизнеса (рейдерство) или иных активов третьих лиц: финансово-правовые схемы, методы противодействия, основы безопасности // *Юрист.* 2011. № 13. С. 19–2. и т.д.

познаниями, позволяющими сделать вывод о несоответствии подписи П.Н.ВА. в поступившем исковом заявлении подписи П.Н.ВА., содержащейся в приложенной к исковому заявлению копии паспорта, копии доверенности. Соответственно, вывод судьи о том, что исковое заявления подписано не П.Н.ВА., не может быть признан законным». (*Апелляционное определение Новосибирского областного суда от 08.09.2016 по делу № 33-9774/2016*)

### **24.4.1. Для начала, что такое подпись?**

**Мое мнение, подпись — уникальный символ, выражающий волю человека с целью создать права и обязательства в материальном мире.**

Бегло обосную. Если помните, «договором признается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей» (ст. 420 ГК). А при толковании договора должна быть «выяснена действительная общая воля сторон с учетом цели договора» (ст. 431 ГК).

Заключая договор, я выражаю свою волю: «да, я согласен заключить договор на этих условиях — которые в тексте на бумаге». Моя воля — это то, что внутри меня. Мои мысли. Как эти мысли могут быть выражены вовне? Перейти из мира моего воображения — во внешний мир? И как вторая сторона, не владея телепатией, может узнать мои мысли? Ага, «телепаты в отпуске», миелофон еще не изобрели, все плохо и запущенно...

Мою волю другая сторона — и весь прочий бранный мир — может узнать только от меня. Если я «перетащу» мысль из своей головы — во внешний мир. Как? Словом — устный договор, акцепт словом, я говорю: «Да, согласен». Делом (акцепт действием) — я киваю и бегу исполнять договор. Письмом — я ставлю некий символ на договоре. Скромно царапаю на последнем листе какой-то символ.

Неважно какой. Важно: вот этот символ-закорючка суть выражение моей воли. Именно моей. Действуя разумно и добросовестно, я хочу, чтобы этот символ-закорючка был однозначно связан со мной. Чтобы вторая сторона и весь мир могли понять, что это именно моя воля — а не чья-то.

### 24.4.2. Как в ПАСПОРТЕ

Нормативной базы аж целое одно «Описание бланка паспорта гражданина РФ», утверждено Постановлением Правительства РФ от 8 июля 1997 г. № 828, где в п. 8:

«В верхней части второй страницы бланка паспорта размещены по центру выполненные офсетным способом печати слова "Российская Федерация", ниже — слова "Паспорт выдан", "Дата выдачи", "Код подразделения", "Личный код", "Личная подпись"».

Всё! Что такое личная подпись, какую силу имеет — в законе вы не найдете. Однако нас с вами такие мелочи не остановят. Подход «нет в законе — нет на свете» не для нас. Отталкиваясь от определения из прошлой главы, а также исходя из принципа разумности и добросовестности, я считаю: если человек хочет выразить волю вовне и создать права и обязательства (себе и другой стороне), человек должен расписываться так, как в паспорте. Чтобы другая сторона могла сверить подпись человека с паспортом. И быть спокойной: он это, он! Иной подход — бег от ответственности. А потому неприемлем.

Второй сильный довод в пользу этой позиции — обычай. Статья 5 ГК, п. 1 говорит нам: «Обычаем признается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской или иной деятельности, не предусмотренное законодательством правило поведения, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе».

Как разъясняет «вышка»: «подлежит применению обычай как зафиксированный в каком-либо документе (опубликованный в печати, изложенный в решении суда по конкретному делу, содержащему сходные обстоятельства, засвидетельствованный Торгово-промышленной палатой РФ), так и существующий независимо от такой фиксации»<sup>1</sup>.

Не знаю как вы, дорогой читатель, но я часто сталкивался, когда требуют расписаться в получении денег именно так, как в паспорте.

---

<sup>1</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», п. 2.

При выдаче дебетовой карточки, когда получаешь в банке деньги и т.д.<sup>1</sup> А раз так, можно говорить о давно и прочно сложившемся ОБЫЧАЕ. Идущем еще с советской поры...

Потому в деловом мире и во всех правовых отношениях смело требуйте подпись на договоре (ином обязывающем документе), как в паспорте. Если будут спорить, обоснование я вам дал.

Уточню на всякий случай. Да, с целью создать права и обязательства в материальном мире человек должен расписываться, как в паспорте. Во всех же остальных случаях волен подписываться, как угодно.

Эти случаи — когда человек подписывает документ или бумажку, заведомо не влекущую прав или обязательств. К примеру, ваш автограф на статье в газете. Поскольку не создает прав и обязательств, подписывайтесь, как угодно. Хоть елочку нарисуйте. Хоть смайлик. Ваше право.

## **24.5. ГДЕ ПОДПИСЫВАТЬ ДОГОВОР?**

Вроде всё просто и понятно. Конечно, в конце договора! Там и место заботливо оставлено. В последнем разделе: «Адреса, реквизиты и подписи сторон».

Обидно, но, если поднять типовые болванки в том же К+, вы косвенно подтвердите эту обманчивую и ошибочную мысль. В типовых болванках не делают графы для подписи на КАЖДОМ листе.

А зря. Практика кишит случаями подмены листов в договоре, как старая кухня — тараканами. Навскидку:

«Объективно исследовано апелляционной инстанцией и заявление Банновой Л.И. о том, что ответчиком подменен первый лист указанного договора. Путем сопоставления листов спорного договора с листами договоров от 01.06.2000, 03.07.2000 судебной коллегией установлено, что при замене листов не образуется единое целое, поскольку пункты договоров не совпадают». (Постановление ФАС Дальневосточного округа от 26.12.2006, 19.12.2006 № Ф03-А24/06-1/4375 по делу № А24-319/03)

---

<sup>1</sup> И не только я. См., к примеру: <http://forum.klerk.ru/archive/index.php/t-444890.html>

#### РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРОМ

Если одна сторона подменила листы, а вторая потеряла свой подлинник договора — хана: «Ссылаясь на подмену истцом первого листа договора аренды № 2 от 02.07.1997 как основание отсутствия договорных отношений, ответчик должен был доказать данный факт.

Таким доказательством мог бы быть подлинный экземпляр договора ответчика. Однако последний его не представил в связи с утратой. Поэтому факт подмены суд обоснованно счел недоказанным». (Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 23.07.1998 по делу № А82-28/98-Г/7)

Вывод очевиден. **Всегда и сами подписываем каждый лист договора, и сподвигаем другую сторону подписать каждый лист.** Если артачитесь, можете сослаться на недавнюю практику «вышки»:

«Удовлетворяя требования истцов в части признания недействительным договора залога, суд апелляционной инстанции согласился с доводами истцов о том, что сторонами не соблюдена письменная форма договора, так как Шихавцовой О.А. подписан только последний лист договора, а не каждый из его листов.

Между тем, исходя из норм действующего законодательства, **проставление подписей на каждом листе документов, содержащих более одного листа, не требуется, если указанный документ прошит и скреплен удостоверительными надписями с печатями, что исключает замену частей этого документа**». (Определение Верховного Суда РФ от 04.03.2014 № 18-КГ13-203) Соответственно, **если документ не прошит — подписываем каждый лист.**

Я бы вам не советовал прошивать и подписывать на шпильке. Когда вы подписываете каждый лист, вы ненавязчиво понуждаете вторую сторону расписываться несколько раз. Если что, у вас будет больше образцов подписи для эксперта. Так что **обязательно подписывайте каждый лист.**

Иначе:

«...из содержания представленных сторонами текстов брачных договоров суд установил, что при его заключении отсутствовала общая воля сторон на изменение указанных в нем правоотношений;

суд установил различное смысловое значение представленных сторонами текстов договора, отсутствие их подписей на 1-й стра-

нице договора. С учетом этого суд пришел к выводу о том, что брачный договор является ничтожным как противоречащий закону (ст. 168 ГК РФ)». (Определение Московского городского суда от 10.11.2010 по делу № 33-34840)

### 24.5.1. Матчасть

Технически делаем так. Верхний колонтитул договора, обычно курсивом: *«договор такой-то с такой от такого-то числа, стр. 1 из 5»*. И так — на каждом листе. Стр. 2 из 5, стр. 3 из 5 — и далее. Даже древние текстовые редакторы типа «Крупнотвердый Ворд» выпуска 2002 г. позволяют «автоматом» вставлять надписи в колонтитулы. А также нумеровать страницы в формате «один из столько-то».

В нижнем колонтитуле, тоже курсивом: *«место для подписи и расшифровки подписи сторон»*. На КАЖДОМ листе договора. К примеру:

Заказчик ...../...../  
Исполнитель ...../...../

В самом договоре пишем: «Договор составлен в двух экземплярах, на пяти листах. Подписан каждый лист».

### 24.5.2. Один за другого

Лично столкнулся в одном из своих первых дел. Яркие остались воспоминания... КФХ (крестьянско-фермерское хозяйство<sup>1</sup>) «Колхозник» и Банк «Дом-невест» заключили договор.

Ну, о чем можно договариваться с банком?! Конечно, о выдаче кредита. Банк выдал. Колхозники не вернули. В суде глава хозяйства начал кричать: «Не моя подпись на договоре! Даешь экспертизу!».

Ладно. Провели. К превеликому удивлению банка, эксперт выдал: «Подпись на договоре таком-то учинена не этим, а иным,

---

<sup>1</sup> Подробнее см. Федеральный закон от 11.06.2003 № 74-ФЗ (ред. от 23.06.2014) «О крестьянском (фермерском) хозяйстве».

## РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРОМ

неустановленным лицом». Причем — однозначный вывод, не вероятностный. «Не он», и точка.

Банк в недоумении. Как?! Вызывают на ковер директора филиала. Который подписал злосчастный договор от имени банка. Дергают и трясут сотрудников филиала — кто был? кто видел? кто что помнит?

Совместными усилиями таки докопались до истины. Колхозники пришли подписывать договор всем хозяйством-семьей, впятером. Пока глава хозяйства заговаривал зубы директору филиала, вместо главы документы быстренько подписал кто-то другой. То ли сын, то ли брат, то ли сват. Так и не установили.

Да и не принципиально. Банк выдал кредит по «безналу» — перечислил на счет КФХ. С пометкой в платежке «выдача кредита по договору такому-то». Колхозники одно время платили проценты — тоже «безналом», на счет банка, с пометкой «оплата процентов за кредит». Все. Исполнение исцелило договор. Но только потому, что прошла защита через исполнение.

А если нет? Если, допустим, заём «физика» у «физика», передача денег «наличком». И за заемщика расписался сын-брат-сват? Тогда? Да ничего хорошего. «Я не я, и подпись не моя». Заемщик бы денег не вернул.

То же самое может быть, если представитель юрлица принял в оплату вексель партнера. А в графе «подпись векселедателя» расписался не директор, а... Пускай, уборщица — всё, влетели. То же самое будет в любом договоре, где вы не подстраховались через «исполнение исцеляет договор». С большой долей вероятности. Так что «следите за руками». Смотрите, чьи руки подписывают договор. Чья подпись на договоре.

### 24.6. «А ПЕЧАТЬ СТАВИТЬ?»

Было как-то в ходе выездной проверки. Дама из налоговой презрительно смотрит на договор... как кошка надохлую мышь. И следом «блеснула» эпохальными знаниями права: «А это не договор! На нем печати нет!».

Ох... Поди объясни этой дуре: даже по старому праву единственный документ, на котором закон требует и подпись, и печать...

какой? Помните? Верно. Доверенность. Ставить печать на договоре закон не обязывает. Что по старому праву, что по новому.

Насчет «ставить печать = обычай делового оборота» писал в главе 4.2, не буду повторяться, продолжу вот куда. **Не ставьте печать поверх подписи.** И партнера предупредите. Пусть ставит печать РЯДОМ, но не поверх подписи.

Иначе может кончиться так: «...**поверх подписей были нанесены оттиски печати, что также делает невозможным проведение экспертизы давности**». (Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 22.03.2012 по делу № А46-23498/2009)

Практики единодушны. Печать на договоре — не обязательство, но очень желательная страховка. Дает вам дополнительные козыри в суде.

Раз: «По обычаям делового оборота официальная круглая печать заверяет подпись ограниченного, уполномоченного на то круга лиц организации, что регулируется локальными актами.

**Наличие круглой печати на подписи указанного лица полностью подтверждает полномочия лица на подписание документации и ее легитимность**». (Постановление ФАС Московского округа от 07.09.2012 по делу № А40-12335/11-25-76)

Два: «...оспаривая подписи лица в указанных документах, ответчиком не оспорена подлинность оттиска печати организации, подтверждающей подпись руководителя, а также **не заявлено о выбытии печати из распоряжения Общества в результате утраты, противоправных действий третьих лиц, а также о нахождении печати в свободном доступе либо неправомерного ее использования**, при отсутствии ходатайств по проверке подлинности оттиска печати, что свидетельствует об одобрении ответчиком действий лиц, подписавших документы, и соответствует обычаям делового оборота». (Постановление Арбитражного суда Московского округа от 27.05.2015 № Ф05-5916/2015 по делу № А40-107120/14)

## 24.7. ПОСЛЕСЛОВИЕ

Краткое, но важное. Все описанное применимо и к документам по исполнению договора! На этом этапе тоже хватает любителей

поиграть... с короткими подписями. Исчезающими чернилами. Прочими опасными бирюльками.

Поэтому, когда подписываем документ по договору — скажем, товарную накладную, акт сдачи приемки и т.д., — бдим и смотрим в оба. И ручку свою подсовываем (шариковую), и подпись с паспортом сверяем, и заставляем печать ставить. Применяем все те же страховки, что и при подписи договора.

И напоследок: **НИКОГДА не пишите договор на фирменном бланке своей фирмы!!!** Иначе сразу понятно, КТО составлял проект договора. И против кого толковать, если что-то не ясно (принцип «contra proferentem», т.е. «против вписавшего»). Но если вторая сторона распечатала ваш проект договора на своем фирменном бланке, можно и подписать...



# [25]

## ИСПОЛНЯЕМ ДОГОВОР

*Свадьба. Все счастливы. Желают здоровья молодым. Настрой на добро и светлое будущее. Тут встает какая-то зануда... и давай нудить:*

*«Брачный договор заключили? Перечень имущества составили? С кем останутся дети после развода, гудами?! Размер алиментов согласовали? А если завтра один из вас помрет, завещания написали?»*

*Поставьте себя на место молодых. Хочется нагеть зануде на голову тазик с салатом. Или запустить чем-то тяжелым...*

*Вот потому купцы не любят юристов. Купцы нороят поскорее исполнить договор и получить прибыль. Даже если договора нет на бумаге.*

*А мы, юристы, досадная помеха. Тормоз бизнеса. Как в автомобиле. Купец — двигатель, юрист — тормоз. Но поскольку без тормозов ездить страшно, то нас все-таки терпят.*

*Мудрость просветленных<sup>1</sup>*

**П**ереговоры позади. Договор подписали. Принялись исполнять. Чего ждать? Чего опасаться? Исходная посылка для постижения дзена, общее правило: **в любом договоре одна сторона всегда что-то передает другой**. А другая, получив что-то от нас, потом или одновременно что-то передает нам.

Так, в договоре купле-продаже вы передали аванс, другая сторона передала вам товар, вы передали остаток. В подряде — вы полу-

---

<sup>1</sup> Саму идею в общих чертах давным-давно сформулировал Хвалея Владимир Владимирович. Дословно не помню. Пересказал, как понял, запомнил и прочувствовал. Можете считать цитату «формулой Хвалея — Оробинского».

## **РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРОМ**

чили аванс, выполнили работы, передали — опять передача! — итог работ заказчику, заказчик передал вам остаток денег.

То же самое и в возмездном оказании услуг. И в аренде — вы передали имущество, вам каждый месяц — или как договоритесь — передают арендную плату, а после — возвращают ваше имущество. И в займе — передали деньги, а вам потом передают проценты, а после — возврат основного долга.

Конечно, из общего правила есть исключения. Есть договоры, где нет материальных объектов, которые стороны гоняют туда-сюда. Поручительство, залог, договор о передаче исключительного права на книгу и т.д.

Но нас с вами сейчас интересует общая тенденция: договор = всегда взаимная передача чего-то. И вот тут-то начинается «треш, угар и Израиль». Большинство дрызг, судов, раздоров и расходов выскочили именно из-за «косяков» на стадии передачи.

Первый и наиболее частый:

### **25.1. ДОГОВОР ЗАКЛЮЧАЛ — ОДИН (УМНЫЙ), ИСПОЛНЯЛ — ДРУГОЙ (...МЕНЕДЖЕР)**

Вечная классика. Поставщик ООО «Двери Му» привез партию дверей покупателю ПАО «Древние Зодчие». Кладовщик пересчитал двери. По количеству сходится. Спокойно подписал накладные.

Через пару недель двери повезли устанавливать на стройку. Распаковали. И тут-то выяснилось: двери есть, а дверных ручек и доводчиков — нет. Пишут претензию поставщику — доведи!

Поставщик тычет пальцем в договор:

«Покупатель обязан принять готовые изделия, подписать товарную накладную в течение 3 (трех) дней с момента предоставления поставщиком — или предоставить мотивированный отказ от подписания.

При обнаружении в ходе приемки изделий недостатков составляется акт, подписываемый обеими сторонами. В акте указываются все выявленные недостатки и сроки их устранения. После устранения поставщиком всех выявленных недостатков покупатель подписывает товарную накладную».

Говорит: «вовремя не проверили — сами дураки, ничего доводить не буду». Покупатель докупает ручки и доводчики у третьего лица. И подает на эту сумму иск об убытках к Поставщику.

Суд читает договор. Приходит к: «факт подписания накладной покупателем означает, что поставленный товар осмотрен покупателем с целью определения его количества и комплектности, а также на предмет обнаружения явных недостатков, и у покупателя отсутствуют претензии к исполнению поставщиком принятых на себя обязательств».

Всё. Отказ в иске. Покупатель проиграл. Как ни бился потом по второй инстанции, решение устояло<sup>1</sup>.

Как так получилось? Во всех подобных делах «фильм ужасов» идет по одному сценарию. Кладовщик (иной приемщик) до приемки читал договор? Нет. А почему? Потому что «это не входит в мой функционал».

А раз не входит, то и договора у кладовщика нет. Договоры традиционно хранятся в юротделе. Юристов на приемку товара обычно не приглашают — опять «не мой функционал!».

Системные пороки организации работы на фирме? Да. Можно ли устранить? Дополнить функционал? Обязать приемщика читать договор? Обязать юриста присутствовать при приемке?

В теории управления — хорошо. На практике — оба решения могут не спасти. Если обязать приемщика читать договор, то... Во-первых, лень. Не всякий будет прилежно читать порядок приемки по каждой поставке. «Да че тут читать, они у нас все одинаковые!». Во-вторых, приемщик — не юрист. Даже если прочтет, может и не понять, что кроется за той или иной формулировкой договора.

Или за пустотой. В договоре может быть и не прописано «подписал накладные без замечаний — принял товар надлежащего качества/комплекта и т.д.», или «после подписания накладных товар считается принятым по количеству и качеству, или что-то подобное.

Но именно такой принцип давно и прочно сложился в практике. См. Определение Верховного Суда РФ от 03.03.2015 № 308-ЭС14-

---

<sup>1</sup> Названия сторон я, как всегда, изменил. А сам спор слегка упростил, чтобы кратко передать суть. Увы, читатель... Это всамделишнее судебное дело. См. Постановление 15ААС по делу № А53-25525/2014 от 21 февраля 2015 года.

## РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРОМ

8235 по делу № А32-38591/2013, Определение Верховного Суда РФ от 11.07.2016 № 307-ЭС16-7809 по делу № А05-2379/2015 и т.д.

Откуда, спрашивается, простому кладовщику (менеджеру, ино-му приемщику) — без юридического образования и практики — знать о ТАКИХ тонкостях?! Увы, в наше время разрухи и упадка о «тонкостях» знает еще и не всякий юрист... Качество образования упало СТРАШНО.

Тогда? Дергать юриста на приемку каждой партии? Хороший выход. Для малого бизнеса. Но не для среднего/крупного, где в день проходят сотни поставок. Может, взять несколько юристов и посадить рядом с приемщиком?

Громоздко. Есть более простое решение. Через договор. Добавить оговорку, скажем: «Подписание накладных без замечаний не лишает покупателя права в течение месяца со дня приемки товара предъявлять Продавцу любые претензии, в том числе по качеству, количеству, комплекту, ассортименту и прочим характеристикам принятой продукции».

Или: «Подписание накладных не считается доказательством принятия товара без замечаний и отсутствия претензий». Или что-то подобное, на ваше усмотрение. Главное: принцип «подписал накладные без замечаний — принял товар надлежащего качества/комплекта и т.д.» **МОЖНО ИСКЛЮЧИТЬ ДОГОВОРОМ.** А зная лень, недалёковидность и безграмотность большинства исполнителей, то и нужно.

Ошибка исполнителя возможна всегда. Вы можете составить прекрасную схему отношений. Перенести схему на бумагу. Составить простой и понятный договор. Будет крайне обидно, если все пойдет прахом из-за какого-то безвестного и безмозглого менеджера.

Поэтому закладывайте оговорки, страховки, длинные периоды проверки, гарантийный срок, оговорки о постгарантии и т.д. **Всегда пробуйте исключить договором возможные «косяки» исполнителей.**

### 25.1.1. Особый порядок приемки

Частный случай «заклучал — один, исполнял — другой». Некий кабинетный теоретик изучил практику, подумал: «приемка по накладной — опасный примитив; заложу-ка я более надежную

схему». И прописал в договоре особый порядок приемки. К примеру: «покупатель назначает для приемки товара комиссию в составе кладовщика, юриста, технического директора, это «трио бандуристов» составляет акт о приемке товара, и лишь тогда товар считается принятым».

«Конец немного предсказуем». Пятница. Вечер. Смеркалось... Поставщик привез товар. Техдиректор куда-то срулил еще в обед. Юрист — в арбитраже. На месте только кладовщик. Договор, как всегда, не читал. Проверил товар. Спокойно принял. Подписал накладные.

Все, капкан захлопнулся. Вы получили товар надлежащего количества/качества и т.д. — никаких претензий.

Пример: «...грузополучателем в нарушение установленного порядка полномочная комиссия не создана, приемка не проводилась, соответствующие документы не представлены, а привлечение для проведения приемки поступившей продукции вместо комиссии грузополучателя каких-либо иных лиц или экспертов контрактом не предусмотрено.

...суд первой инстанции пришел к законному и обоснованному выводу об отсутствии у истца материального права на взыскание убытков, причиненных недопоставкой товара в размере 51 680 руб.». (*Постановление Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 27.09.2010 по делу № А57-168/2010*)

Еще: «Ссылка ООО "Надежда" на подписание им акта приема-передачи объекта основных средств от 04.02.2008 с отметкой о необходимости замены двигателя не может быть принята во внимание, поскольку, во-первых, в соответствии с этим актом **заклучение о необходимости замены двигателя могла сделать только комиссия по приемке товара, а такая комиссия не создавалась,**

во-вторых, отметка о необходимости замены двигателя не исключает для ООО «Надежда» необходимости представления доказательств, с достоверностью подтверждающих факт поставки бульдозера с определенными недостатками». (*Постановление Огиднадцатого арбитражного апелляционного суда от 24.11.2011 по делу № А55-7226/2011*)

Отсюда. Чем мудрить с особым порядком, который вряд ли кто будет читать, тем более — соблюдать, лучше ставьте оговорку о



только если вы это предусмотрите в договоре<sup>1</sup>. Формулировки выше для того и созданы... И лучше бы тем формулировкам кануть в лету. Вслед за прошлым веком.

Догадываетесь, почему? Верно. Заставить рядового исполнителя прочесть и понять обычный договор на пару листов — уже трагедия. А уж требовать поднимать Инструкции, соблюдать описанный там порядок... и вовсе непосильная задача.

Поэтому смело вычеркивайте из договора замшелые Инструкции. Пишите свой простой и понятный порядок приемки товара.

Тут есть еще одна интересная тонкость. Многие любят тулить Инструкции в договор только потому, что «у нас так принято». От зашоренности мозга и стандартности мышления. Тулят все, но мало кто хотя бы читал эти Инструкции. Еще меньше — единицы — знают Инструкции досконально.

Часто провожу опыт на семинарах. Спрашиваю: кто слышал про Инструкции? Лес рук. А кто читал? Лес тотчас редеет. Остается хорошо если четверть рук... Поэтому. Если:

- 1) вы на противоположной стороне баррикад;
- 2) другая сторона жестко продавливает свой проект договора;
- 3) в договоре «привязка» к Инструкциям;
- 4) вопрос стоит ребром: «или так, или никак»;
- 5) камень преткновения только в Инструкциях, а все остальное

подходит —

тогда можно и согласиться. Если, конечно, вы сразу сядете зубрить Инструкции. А после будете лично сопровождать исполнение договора. С Инструкциями наперевес. Тогда вы получаете дополнительный козырь.

Если дело дойдет до спора по договору, выиграет тот, кто: А) исполнял договор в соответствии Инструкцией; и Б) грамотно офор-

---

<sup>1</sup> Постановление Пленума ВАС РФ от 22.10.1997 № 18 «О некоторых вопросах, связанных с применением Положений Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре поставки». Инструкции написаны под договор поставки. Но некоторые мудрецы делают применение замшелых инструкций и в подряде, и в оказании услуг, и где только можно.

В частности, по подряду см. Постановление ФАС Поволжского округа от 12.03.2014 по делу № А57-1446/2013, Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 02.08.2016 № Ф09-7184/16 по делу № А47-9755/2014, Постановление ФАС Дальневосточного округа от 19.03.2013 № Ф03-660/2013 по делу № А73-9446/2012 и т.д.

## РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРОМ

мил исполнение (создал доказательства) — как предусмотрено Инструкциями. То есть тот, кто изначально лучше ЗНАЛ и применял Инструкции. Примеров — валом:

«Несмотря на то, что пунктом 4.4 договора купли-продажи приемка продукции по качеству предусмотрена в порядке, установленном Инструкцией П-7, ответчиком не соблюден данный порядок.

Представленные ЗАО «ТопПром» доказательства в обоснование поставки ему некачественной продукции судами не приняты во внимание в связи с несоответствием их требованиям Инструкции П-7.

Довод заявителя об отсутствии у него обязательства по оплате продукции ввиду неполучения оригиналов удостоверений качества обоснованно отклонен судами со ссылкой на нормы статьи 486 ГК РФ.

При таких обстоятельствах исковые требования ОАО «Шахта «Полосухинская» удовлетворены правомерно». (*Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 17.06.2010 по делу № А27-19445/2009*. Также см. *Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 19.07.2016 № Ф09-7210/16 по делу № А76-16234/2015*, *Постановление ФАС Поволжского округа от 14.10.2009 по делу № А57-2457/2009* и т.д.).

## 25.2. БЕЗДУМНО ПРИНЯТЬ ИСПОЛНЕНИЕ

Три хрестоматийных случая.

*Первый*: принять исполнение без проверки; «Ну поставщик же сказал "всё хорошо", что тут проверять!».

*Второй*: проверить, найти недостатки, но сдуру подписать документ "всё хорошо, претензий не имею", заботливо подсунутый другой стороной.

*Третий*: проглядеть коварную формулировку в акте, накладной, ином передаточном документе.

По сложившейся практике документы на передаваемую вещь (работу, услугу, благо, право — все, что вы получаете по договору) составляет — кто? Да. Передающая сторона. И, конечно, составляет так, чтобы сузить круг ваших возможных претензий. В идеале — исключить вообще.

Да, опять бег от ответственности. Поэтому коварные формулировки в накладных и актах, иногда еще мелким шрифтом — обычное дело. Со столь же обычным итогом. Заказчик пробует взыскать с Подрядчика неустойку за просрочку исполнения. Подрядчик прикрывается актом. В акте — одна из древнейших формулировок, разработана еще юристами СССР:

**«Работы выполнены в полном объеме, в установленные сроки и с надлежащим качеством. Стороны претензий по качеству и объему выполненных работ друг к другу не имеют».** Коротко. Ясно. Просто. Как выстрел... И так же смертельно:

Суд: «Учитывая, что в вышеуказанном акте приема-передачи, подписанном руководителями обеих сторон, стороны констатировали факт отсутствия каких-либо нарушений договорных обязательств со стороны исполнителя, следовательно, предъявление к исполнителю требования о взыскании неустойки является неправомерным».

*(Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 03.04.2008 № Ф04-1976/2008(2351-А70-39) по делу № А70-6309/2007. Также см. Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 30.06.2016 № Ф09-5010/16 по делу № А60-34180/2015<sup>1</sup>).*

«Для полного счастья» суды иногда трактуют формулировку «претензий не имею» ну очень расширительно:

«В акте сдачи-приемки выполненных работ от 13.12.2010 на сумму 1 100 000 руб. указано, что ответчик (заказчик) не имеет претензий по качеству выполненных истцом работ.

Подписание ответчиком данного акта с такой формулировкой свидетельствует о выполнении истцом обязательств по договору, о

---

<sup>1</sup> В актах с «физиками» пишут схожую формулировку: «Финансовых, юридических, имущественных претензий по вышеуказанной квартире (иному имуществу) стороны друг к другу не имеют». Что иногда удается перешибить: «формулировка акта приема-передачи не исключает гарантированного ФЗ от 30 декабря 2004 г. № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов» права на взыскание неустойки за нарушение установленного договором срока передачи объекта долевого строительства.

Основанием для взыскания неустойки является факт нарушения обязательства со стороны застройщика, указанный факт установлен судом в ходе рассмотрения дела, в связи с чем обоснованно удовлетворены требования о взыскании неустойки». *(Апелляционное определение Московского городского суда от 14.01.2014 по делу № 33-494. Также см. Апелляционное определение Верховного Суда Чувашской Республики от 15.06.2015 по делу № 33-2645/2015).*

## РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРом

передаче ответчику надлежаще оформленной документации (результата работ), о наличии для ответчика потребительской ценности в отношении переданной документации и о желании ответчика воспользоваться результатом выполненных истцом работ». (Постановление ФАС Поволжского округа от 25.12.2012 по делу № А57-6316/2012)

Если проглядели формулировку из серии «претензий не имею», исполнителю (передающей стороне) можно предъявить что-то разве что по гарантии... Если, конечно, в договоре нет какой-то особой страховки.

Еще придется рыть практику, тянуть доп. обоснования, к примеру: «такая формулировка не исключает предъявления к застройщику претензий по качеству строительства, если претензии относятся к скрытым дефектам, однако нарушение установленных договором сроков к подобным дефектам не относится». (Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 24.04.2008 № Ф08-1682/2008, Ф08-1682/2008/1 по делу № А53-12753/2007-С2-32)

Ладно. Беда ясна, как бороться?

### 25.2.1. За старую гвардию

Я много шипел в адрес «менеджеров», сиречь нынешних нерадивых исполнителей. Увы, такова общая тенденция. Но буду объективным. Есть и добросовестные исполнители. Мало. В масштабе страны — ничтожно мало. Но — есть.

Старая гвардия. Как правило, работники торговли с большим опытом. Битые жизнью, начальством и потребителями. Умные. Осторожные. Именно эти «гвардейцы» придумали встречные формулировки — берите на вооружение! (таблица ниже).

Встречная формулировка — новая формулировка в накладной (ином передаточном документе), которую пишет принимающая сторона вместо формулировки исполнителя. Разумеется, в пользу принимающей стороны.

Технически оформить можно тремя способами.

1) Вычеркнули и написали сверху, если не влезло — на поле рядом. Опытный приемщик обязательно допишет рядом с исправлениями древнюю формулу: «исправленному верить». Подпишется под

исправлениями сам. И потребует подписать (заверить исправления) передающую сторону. Уговорит — замечательно. Нет — и так хорошо. Теперь уже никто не вякнет: «Ну вы же приняли без замечаний».

2) Если документы пришли по электронной почте, правим электронный вариант. При приемке даем документы на подпись в своей редакции. Без всяких «исправленному верить».

3) Полная переделка акта (иного передаточного документа).

Сравните и прочувствуйте формулировки сторон... ага, высокое искусство «тянуть одеяло на себя»:

№	Формулировка сдающего (исполнитель, подрядчик, продавец и т.д.)	Встречная формулировка принимающего (заказчик, покупатель и т.д.)
1.	«Работы выполнены в полном объеме, в установленные сроки и с надлежащим качеством. Стороны претензий по качеству и объему выполненных работ друг к другу не имеют».	«Выполненные работы <u>видимых недостатков</u> не содержат. Подписание акта не лишает Заказчика права предъявлять любые претензии Подрядчику в порядке и сроки, установленные договором».
2.	«Претензий по количеству, качеству и комплектности Товара Покупатель не имеет».	«Товар принят по количеству. Качество, комплектность и ассортимент будут проверены в срок, предусмотренный пунктом таким-то договора № сязкого-то»
3.	«Передаваемое оборудование соответствует требованиям, указанным в Спецификации (Приложение № 1 к Договору)»	«Оборудование получено без видимых механических повреждений, в невскрытой упаковке. Оборудование принято по количеству. Работоспособность и соответствие оборудования договору и спецификациям будет установлена в ходе пуско-наладочных испытаний, предусмотренных пунктом таким-то договора № сязкого-то»
4.	«При приеме товара по количеству и внешнему виду недостатков не выявлено».	«При приеме товара по количеству недостатков не выявлено. При проверке по качеству явный брак не выявлен».
5.	«Все работы по монтажу и пусконаладочные работы выполнены в полном объеме, Покупатель к качеству и комплектности оборудования претензий не имеет. Все обязательства по договору поставки оборудования выполнены в полном объеме».	«Комплектность и количество поставленного оборудования соответствует договору. На день проведения пусконаладочных работ оборудование функционирует удовлетворительно».

## РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРОМ

Общую идею вы поняли. Нельзя писать «все обязательства выполнены», «претензий не имею» и т.д. Ни в коем случае!!! Будьте объективны. Пишите, как есть. Исходя из здравого смысла, добросовестной житейской логики, осторожности... И договора.

Так, если оборудование работает сегодня, в день пуска — не значит, что оно будет работать завтра. Поэтому разумно и осторожно написать, как есть: работает на день пуска. Кто знает, что будет завтра?! Вдруг «заключит»/сломается/взорвется.

Также разумно предвидеть: фразу «все обязательства по договору поставки оборудования выполнены в полном объеме» или похожую судья-формалист запросто истолкует как «исполнено все, в том числе. и обязательство по гарантии». И останемся мы без гарантии. Нет уж, спасибо. Вычеркиваем.

### 25.2.2. ЗАЩИТА ДОГОВОРОМ

Защита через встречные формулировки хороша... Если принимает разумный, думающий человек. Или — если в приемке участвует дотошный юрист. Слишком много «если»...

Мое мнение об уровне современных исполнителей вы слышали. Увы, это не только мое мнение. Коллеги поддерживают. Зная общий курс на вырождение всего и вся, в том числе права<sup>1</sup>, немногие уцелевшие светлые головы думают, как бы нам подстраховаться в договоре. От возможных «косяков» исполнителя.

Удачные наработки:

Раз. «Договор может быть изменен, если стороны подпишут о том письменное дополнительное соглашение. Иные документы, связанные с исполнением Договора (акты сдачи-приемки, накладные и т.д., далее — «иные документы»), не могут менять Договор, а также ухудшать положение стороны Договора.

Условия, формулировки и содержание иных документов не лишают сторон прав, возникших из Договора, а также из законодательства.

<sup>1</sup> Много написано. Из недавнего и интересного — см. статью «Проблема примитивизации гражданского права России» // Закон. 2015. № 5. С. 58–64. Автор — Иванов А.А. Тот самый. Бывший председатель «вышки».

В частности, формулировка «претензий по количеству, качеству и комплектности Товара Покупатель не имеет» (или аналогичная) не лишает Покупателя права предъявлять Поставщику любые претензии (по качеству, количеству, комплектности) в течение десяти рабочих дней со дня приемки Товара».

Два. «7.1. Поставщик передает товар Покупателю по товарной накладной (иному подобному документу, далее — «передаточный документ»).

7.2. Поставщик не вправе писать в передаточном документе формулировки (условия, оговорки, дописки, исправления и т.д.), которые:

1) лишают Покупателя возможности предъявлять претензии Поставщику по качеству, количеству, комплектности Товара, а также иные претензии к Поставщику;

2) умаляют или ограничивают права Покупателя по сравнению с Договором;

3) лишают Покупателя того или иного права, предусмотренного Договором или законом;

4) иные недобросовестные формулировки.

К примеру, формулировка «претензий по количеству, качеству и комплектности Товара Покупатель не имеет», «все обязательства по договору исполнены надлежащим образом» и подобные.

7.3. Если Поставщик нарушит пункт 7.2 Договора, формулировка считается одновременно: ничтожной, не написанной, не подлежащей применению».

Три. «Подписание акта сдачи-приемки Объекта без замечаний не является отказом от претензий. Заказчик вправе предъявлять Подрядчику в пределах гарантийного срока любые претензии, связанные как с качеством выполненных работ, так и с материалами, и с прочими характеристиками Объекта.

Подрядчик обязан выполнить требования, указанные в претензиях Заказчика, за свой счет и в разумный срок. Если иное письменно не согласовано сторонами, разумный срок = один календарный месяц со дня получения претензии. Данный пункт договора не может быть изменен актом сдачи-приемки (ином документом к договору)».

## РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРОМ

Светлых голов мало. Поэтому такие вот защитные оговорки в практике редки... Тем не менее считаю, что «защиту от дурака» (нерадивого исполнителя) лучше поставить. Хуже точно не будет. А в суде может и помочь.

Еще раз: судьи — формалисты. Подход суда почти всегда: «что написали в договоре, то и есть «действительная воля сторон»». А раз так, то если защитная оговорка (из договора) скрестит шпаги с коварной формулировкой (из передаточного документа), победит оговорка из договора.

По крайней мере, в теории...

### 25.3. Исполнить не тому

История из жизни. Истец готовится к суду. Направляет копию иска Ответчику. Следом звонит Ответчику. Предлагает, как водится: «Заплати по-хорошему, без суда — меньше отдашь».

Ответчик прочел иск. Обомлел. «Нет, но какова наглость!». И — бегом к юристу. Тот тоже обомлел: «Я о таком только слышал. Думал, байки... Ан нет. И впрямь бывает... Ладно. Отпишемся». Написали письмо. Отправили Истцу.

С тех пор об Истце ни слуху ни духу. Иск в суд так и не попал. Ответчик «убил» дело в зародыше. Одним письмом. С вескими доводами. Что было в том письме? А вот что. Дословно, хотя и немного «порезано»:

«Если вы считаете, что ООО «Скот», ИНН ..... произвело для меня какие-то работы, то будьте любезны, предоставьте акты по форме КС-2 и справки о стоимости выполненных работ по форме КС-3, а также журнал учета выполненных работ КС-6 — который, кстати, должен быть согласован с Заказчиком.

Отсутствие этих документов влечет отказ в удовлетворении требования об оплате работ. Пример из практики: .... (Постановление ФАС Московского округа от 28.03.2011 № КГ-А40/1855-11 по делу № А40-22042/10-50-148)

О том, что вы фактически не выполняли работы, свидетельствует сам Акт. В Акте нет расшифровки. Нет состава работ. Нет вида работ. Нет стоимости каждого вида работ. Что служит дополнительным основанием для отказа в удовлетворении ваших требо-

ваний. О чем тоже есть сложившаяся судебная практика, в т.ч. и нашего округа: Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 23.08.2006 № Ф08-2811/2006 по делу № А61-56/2005-6.

В завершение обращаю ваше внимание на два обстоятельства.

С позиций гражданского права, попытка взыскать деньги за невыполненные работы, во-первых — неосновательное обогащение, во-вторых — злоупотребление правом. И то и другое — самостоятельные основания для отказа в иске.

С позиций уголовного права — мошенничество. Если вы будете и дальше пытаться неосновательно обогатиться за мой счет — пожалуйста, рада буду видеть вас в арбитраже. Но также буду вынуждена обратиться в полицию. А также в налоговую инспекцию.

Не знаю, как оценит ваши действия полиция, но ФНС, проверяя деятельность вашей организации, наверняка найдет много интересного. Что чревато уже не мошенничеством, а другими статьями УК РФ...

Кроме того, я не буду молчать. Согласно Конвенции ООН, каждый имеет право свободно высказывать мнение. Я и выскажу. О вашем недобросовестном подходе к ведению дел узнают ВСЕ.

Хотите в арбитраж — пожалуйста. Готова судится с вами вплоть до ВАС и второго пришествия. Дело идет на принцип: ни копейки человеку, который ничего не сделал.

Предлагаю еще раз подумать о последствиях, о репутации — вашей репутации, а также о том, что лихие девяностые остались позади. И финты, которые могли у вас проходить раньше, сейчас принесут больше вреда, нежели пользы».

Что произошло в том деле. Ответчик надумал отремонтировать помещение. Нашел Подрядчика (Истца). Заключили договор подряда. Исполнили. Ответчик честно принял и оплатил работы... НО КОМУ?!

В договоре и акте сдачи-приемки Подрядчик — ООО «Скот», ИНН такой-то. Деньги за выполненные работы получил представитель ООО «Скот». Под расписку. В расписке тоже ООО «Скот» — НО С ДРУГИМ ИНН!!! Скажем «здрасьте!» старому знакомцу — двойнику.

Если не знать о движении денег, если смотреть только на договор и акт, выходит: Подрядчик выполнил работу, сдал по акту,

#### РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРОМ

а Заказчик не заплатил. Деньги-то отданы фирме с другим ИНН. Другому лицу. Не пойми кому. Значит, формально Подрядчик денег не получил. И рад штурмовать суд: «Обидели! не заплатили! взыщите!».

А фактически Подрядчик придумал эту схему. И с самого начала шел на «кидок». Что выяснилось в тот же вечер, как мне на стол легли документы. Помните главу «проверка друг друга»? Вот. С того и начал.

Проверил этих... скотов. Лепота и загляденье! У обеих фирм один и тот же директор. Он же единственный учредитель (участник). Он же подписал договор и акт. «Ой, палюсь-палюсь...» Поняв схему, хватило одного удара (письма), чтобы разнести планы Истеца вдребезги и пополам.

Знаете что? Повезло. А если бы Истец был умнее? Если бы вместо двойника был призрак? Или если бы «скоты» были не на одну морду, а отличались? Другой директор, участники, адреса? «Кидок» мог бы и пройти.

Мораль сей басни:

1) в ходе исполнения договора может появиться двойник или призрак;

2) если вы приняли исполнение от стороны в договоре, а свое обязательство исполнили призраку (двойнику), жди беды. «Надлежащая» сторона договора выкатит иск: «А теперь плати еще раз!»;

3) если вы исполняли первым и исполнили обязательство призраку (двойнику) — допустим, выдали аванс — пиши пропало. Плакали ваши денежки.



#### ДОМАШНЕЕ ЗАДАНИЕ

Нам тогда повезло. Отбились. Но фортуна, знаете ли, дама переменчивая. Не всем благоволит. Места в книге мало, поэтому две грустные истории о тех, кому не повезло — изучите сами.

Постановление ФАС Поволжского округа от 11.07.2006 по делу № А55-34638/05-7 и Постановление ФАС Московского округа от 23.07.2014 № Ф05-6496/14 по делу № А40-31379/13-43-292. А, и третья. Про наших коллег — Постановление ФАС Северо-Западного округа от 13.09.2010 по делу № А56-44018/2009.

## 25.4. «Нож в спину»

От другой стороны договора. Мимоходом я рассказал про этот «кидок» в «Чему до сих пор не учат на юрфаке: электронные джунгли». Исповедь шаловливого юриста из главы 6.2:

«По теме — все договоры, имеющие штрафные санкции или иные «раздражительные факторы» — подписываем ненадлежащим лицом (людьми, которые живут за 2 км от нас). А также первичку к ним.

А также акты сверки. А также доверенности на получение товара. И подписи, удостоверяющие получателей товара, — тоже. И еще многое другое... Даже гарантийные письма. Ну, шоб у контрагента вообще ни одной подписи не было реальной. Ну так... профилактика... на всякий случай».

Понимаете? С договором всё хорошо. Волчья яма опять на стадии исполнения договора. Другая сторона заведомо идет на «кидок». Как понять, хотят кинуть или нет? Согласен, сложно. Поэтому советую:

1) Если передаете (получаете) по договору что-то крупное/дорогое/очень ценное для вашей фирмы, езжайте передавать (принимать) исполнение сами. Группой. В составе как минимум трех человек: водитель, безопасник (или менеджер, кладовщик — смотря кто у вас есть в штате), юрист. Обязательно с порога требуйте проставить печать на командировочных.

2) Если товар везут к вам — тоже встречайте группой. Тщательно проверяйте документы на груз (услугу, работу), полномочия представителей той стороны, сличайте подписи с паспортами и договором.

3) Если есть сомнения — НЕ ИСПОЛНЯЙТЕ. Требуйте, чтобы прибыл не представитель по доверенности, а лицо, подписавшее договор.

### 25.4.1. ЗАЩИТА ДОГОВОРОМ

Можно еще подстраховаться вот как. Добавьте в договор раздел о полномочиях. Что-то вроде:

## РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРОМ

### «7. Полномочия

7.1. Сторона Договора отвечает за действия своих работников. Сторона Договора обязана обеспечить своих работников полномочиями, необходимыми для исполнения Договора от имени стороны. Поэтому при исполнении Договора стороны установили принцип: **если физлицо при исполнении Договора представилось от имени исполняющей стороны, считается, что это физлицо обладает всеми необходимыми полномочиями;** причем независимо от наличия доверенности, просрочена доверенность или нет, какая печать стоит на доверенности — круглая, квадратная, треугольная и т.д.

7.2. Если Заказчик своевременно не обеспечил своего водителя (иного работника) полномочиями на приемку товара — это проблема Заказчика, а не Исполнителя. В силу данного раздела Договора, в таком случае водитель (иной работник) вправе принимать товар от Исполнителя без каких-либо дополнительных документов, в т.ч. и без доверенности.

7.3. Если при приемке товара Заказчик выявил недостатки, а у товароведа Исполнителя (иного работника) нет доверенности на подписание акта, в силу данного раздела Договора товаровед (иной работник) обладает всеми необходимыми полномочиями для подписания акта.

7.4. Если после приемки товара выяснится: от имени стороны выступило физлицо без полномочий (самозванец, мошенник, и т.д.), то, если приемка товара произошла по адресу Исполнителя, указанному в Договоре, считается, что обязательство Исполнителя по передаче товара выполнено надлежащим образом, а товар передан именно Заказчику.

*Примечание.* Стороны включили этот пункт в Договор, т.к. знают: мошенническое получение товара может произойти только в случаях, если злоупотребит Заказчик или если Заказчик должным образом не обеспечит защиту информации об отношениях сторон, Договоре, месте приемки и прочих условиях. А значит, вина Заказчика презюмируется и возложение на Заказчика ответственности за этот риск правомерно, разумно и добросовестно.

Данный пункт Договора также выступает заранее заключенным соглашением о возмещении потерь. Заказчик обязан возместить

потери Исполнителя от мошеннических действий третьих лиц (в частности, вручение товара неуполномоченному лицу) в размере стоимости товара путем оплаты этого товара — как если бы товар был надлежащим образом получен Заказчиком.

7.5. Применение принципа, сформулированного в п. 7.1 Договора, не ограничивается пунктами 7.2 и 7.3 Договора. Принцип применим всегда, в том числе и при согласовании макета, если есть сомнения в полномочиях.

7.6. Под работниками в Договоре и в данном разделе стороны понимают физических лиц, которые выполняют указания той или иной стороны Договора на основании трудового договора, или — на основании гражданско-правового договора оказания услуг (иного гражданско-правового договора).

Также стороны помнят, что отсутствие трудового договора в письменной форме не влечет отсутствие (незаключенность) договора: «трудовой договор, не оформленный в письменной форме, считается заключенным, если работник приступил к работе с ведома или по поручению работодателя или его представителя» (ст. 67 ТК РФ).

7.7. Любая печать — надлежащая. Если на Договоре или любом документе к Договору (макет, акт и т.д.) сторона поставит вместо круглой печати иную печать — квадратную, треугольную, с надписью «для договоров», иной надписью — такая печать считается имеющей силу круглой. Т.е. как если бы стояла круглая печать стороны».

Сразу и честно: опытная разработка. Много раз закладывали в договоры. И я, и коллеги по цеху. Купцам нравятся. Коллеги говорят: «Интересно. Смело. Лучше так, чем никак. Посмотреть бы, что будет в суде...». До суда пока не дошли. Проверить практикой не удалось. Пока.

Потому и говорю — «опытная разработка». Хотите — «заточите» под свои нужды и пользуйтесь на здоровье. Хотите — придумайте что-то свое. Дело хозяйское. Мое мнение вы знаете: любая защита кстати, и лучше опытная и спорная, чем никакой.

## 25.5. ЗАКЛЮЧЕНИЕ. ПОВСЕДНЕВНАЯ ЖИЗНЬ

Во второй книге «Чему все еще не учат на юрфаке. Как думает юрист. Стратегии мышления», в главе три «Умение применять право в реальной жизни» я писал:

«Увы, очень многие юристы живут по принципу «пришел домой — повесил работу на вешалку вместе с фуражкой». То есть на работе человек юрист, а вне работы — обыватель. Право и закон для такого «юриста» существуют в каком-то другом измерении. С повседневной жизнью не связано...

На работе человек право еще как-то худо-бедно применяет, вне работы — никак. Живет то ли «по понятиям», то ли вообще не пойми как. Кто застрял на этом этапе — навсегда останется новичком/подмастерьем».

Еще раз вернусь к этой теме — в связке с «кидками» при исполнении договора. В последнее время пошла какая-то нездоровая волна. Если вы покупаете товар или услугу как «физик», вам тотчас — до того, как товар передан/услуга оказана! — подсовывают на подпись нечто с формулировкой «претензий не имею, всё хорошо».

Да. В наши дни старательно «разводят» на «бездумно принять исполнение». **На каждом шагу**<sup>1</sup>.

Покупаешь телевизор. Заплатил. Получил чек. Оформляем документы на доставку. И тут от тебя требуют подписать документ: «осмотрел, всё хорошо, претензий по доставке не имею». При том, что телек еще на складе! Обещают привезти на дом в следующий понедельник.

Идешь к врачу. Дорогая клиника. С именем. Платишь за консультацию. А тебе сразу подсовывают договор и акт: «претензий не имею, всё хорошо, а если что-то не хорошо, то это побочные эффекты, за кои клиника не отвечает».

---

<sup>1</sup> И не только в нашей стране. См., в частности, *Бигельман Мартин*. Лики обмана: дела и уроки из жизни борца с мошенниками. — Нью-Йорк: Джон Уайлли и Сыновья, 2013; *Масси Роберт*. Людей «разводят» на каждом шагу. — Нью-Йорк: *Harper Collins Publishers Ltd.*, 2007; *Акироф Джордж, Шиллер Роберт*. На лоха: экономика «разводов и обмана». — Принстон: издательство университета Принстон, 2015.

Привозят трубы для ванны. Доставка до подъезда. «Ты, это, слышь, подписывай быстрее, нам еще пять точек объехать надо. Ты подпиши накладную, потом дома проверишь. Звони, если че».

Спасение:

- 1) воля и желание применять право в обыденной жизни; и
- 2) безмозглые исполнители.

В случае с телеком я вычеркнул из накладной «претензий не имею, всё хорошо». Кассир даже не почесалась. Ей начальство сказало: должна быть подписана бумажка, иначе а-та-та по попе. Бумажка подписана? Да.

Все. Кассир считает: задание выполнено. А что клиент там почеркал и что-то дописал, я даже читать не буду — мне за это не платят, в функционал не входит, и вообще, что вы ко мне прицепились. То же самое было и в клинике.

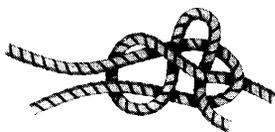
С трубами получилось веселее. У меня есть практика и работы в торговле, и приемки товара. Да, я тоже выходец из старой гвардии. И весь мой жизненный опыт говорит: если при приемке на тебя давят/торопят, принимать надо ВДВОЙНЕ тщательно. Что-то не то. Скорей всего, хотят всучить фуфло.

Я тщательно осмотрел каждую трубу. Каждый кран. Каждую муфточку. На попытки торопить — жесткое «не смогли нормально выстроить график доставки — ваши сложности; сколько хочу, столько и принимаю».

Вроде всё нормально... Таки принял товар. А когда подписывал накладную, вписал «видимых недостатков не имеет». Передающая сторона взвыла: «Это же документ! Нельзя дописывать!». Я не стал спорить. Дописал: «Хамское обслуживание». Не люблю, когда на меня давят и торопят. Считаю сие хамством и неуважением к покупателю.

Общий вывод: бег от ответственности и попытки подсунуть вам коварную бумажку можно преодолеть: 1) вдумчивым чтением бумажек; и 2) желанием не дать себя обделить; и 3) готовностью отстаивать свое мнение. Также на вас работает лень исполнителя, умноженная на «это не мой функционал».

Будьте юристом ВСЕГДА. А не только на работе.



# [26]

## ЖИЗНЬ ПОСЛЕ ДОГОВОРА

— Значит, есть жизнь после смерти.

— Ещё как есть! Правда, такая, что не гай бог...

*Сериал «Сверхъестественное»*

**И**так, договор исполнен. Обе стороны получили, что хотели. Если нет? Если исполнила только одна сторона? А вторая приняла исполнение... и заявила отказ от договора. Всё, договора нет, мы вам ничего не должны. Читайте ст. 453 ГК, п. 4, и не задавайте глупых вопросов: «стороны не вправе требовать возвращения того, что было исполнено ими по обязательству до момента изменения или расторжения договора, если иное не установлено законом или соглашением сторон».

Бред, но в практике и не такое встречается. Эхо времен, когда в ГК не было четких ответов на вопрос «так что у нас после договора?». А вопросов было много. К примеру, можно ли начислить договорную неустойку за пределами срока договора?

Возьмем оказание услуг. У вас договор. Вы оказали услугу в начале года. По договору вам обязаны заплатить до 1 марта. Заплатили аж в декабре. Срок договора истек 1 августа. До 1 августа — пока договор действовал — вы вправе взыскать неустойку, тут всё понятно. Но вправе ли вы взыскать за период с августа по декабрь, т.е. ПОСЛЕ договора?!

Одни суды решали так, другие эдак. Точки над «е» расставила «вышка». Постановление Пленума ВАС РФ от 06.06.2014 № 35 «О последствиях расторжения договора», в обиходе — «35-й пленум». Там — ответы почти на все типичные вопросы.

В том числе: «неустойка, установленная на случай неисполнения или ненадлежащего исполнения указанной обязанности, начисляется

до даты прекращения этого обязательства, то есть до даты расторжения договора» (но!!! если вы предусмотрите в договоре свое право на неустойку после договора, взыщете и после договора).

Потом и кодекс «допилили», дополнили ст. 453 ГК, п. 4, абзацем: «...когда 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 (глава 60), если иное не предусмотрено законом или договором либо не вытекает из существа обязательства» (*ответ на бредовую позицию из начала; если передали, но не получили ничего взамен — истребуйте как неосновательное обогащение; нет халявы*).

Если вы раньше особо не задумывались, «есть ли жизнь на Марсе», т.е. после договора, какие могут быть последствия и обязательства, то... Прежде чем читать дальше, изучите «35-й пленум».

Теперь о том, чего в «пленуме» нет...

## 26.1. ДОБРОСОВЕСТНОСТЬ ПОСЛЕ ДОГОВОРА

Итак, договор исполнен. Обе стороны получили, что хотели. Гарантия истекла. Все? В подавляющем большинстве случаев — да... но есть исключения.

Представьте себе. Вы арендовали помещение. В центре города. Под магазин. Год арендовали. Два. Три. Всегда платили вовремя. У вас прекрасные отношения с собственником. Тишь да гладь...

Откуда ни возьмись грянул очередной кризис. Доллар скакнул до небес. Продажи в вашем магазине упали втрое. Прибыль щупает дно. Выручки едва хватает на зарплату работникам. Аренду платить нечем...

Идете к собственнику. Как дальше жить будем?! Собственник предлагает рассрочку. Собственник готов скинуть 20% платы до конца года — только не уходи! где я сейчас нормального арендатора найду!?

Увы, вам и это не по карману. При скудных продажах вы потянете от силы 30% былой платы. И «коммуналку». Собственник

#### РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРОМ

разводит руками и говорит: «Нет, господа. Так не пойдет. В убыток себе работать не буду».

Ну, нет так нет. Подписали «допнег», расторгли договор аренды, расстались друзьями. Как вам казалось...

Вы нашли помещение на окраине. Далековато, но условия прекрасные. Тамошний собственник очень рад арендатору: «Полгода мучимся, сдать не можем; заходи, заходи! по деньгам решим, не вопрос!».

Решили. Договорились. Переехали на новое место. Далековато, но постоянные покупатели найдут. А чтобы легче искалось, уезжая, вы повесили на дверь старого магазина маленькое объявление: «Магазин "Настольные игры" переехал туда-то по такому-то адресу, новый телефон такой-то, будем рады вас видеть на новом месте!».

Через пару дней были по делам в центре, проходили мимо старого места — объявления нет. Содрано. Ладно, вешаем снова. Еще через пару дней — опять содрано. Вы опять повесили.

Тем же вечером — звонок. Высвечивается... знакомый номер. «Так, господа. Уехали так уехали. Договор расторгнут. Отношения закончились. Еще раз увижу у себя на двери вашу объяву — заявлю в полицию. Понятно?!».

К удивлению собственника, следующий разговор был не в полиции. А в суде. Арендатор вклеил собственнику иск «об обязанности не чинить препятствия» и «о позволении оставить объявление на месте на срок, который суд сочтет разумным» (как-то так).

Первая инстанция отказала в иске. Договор расторгнут. Все обязательства прекращены. Всё. Вторая и третья поддержали... А четвертая отменила всё к чертовой матери и удовлетворила иск. Одновременно создали новую норму права: стороны и после исполнения договора обязаны вести себя добросовестно. О чем наши теоретики верно пишут: «...по введенной Имперским верховным судом Германии доктрине постдоговорной ответственности»<sup>1</sup>.

Да. Эта история произошла в Германии. Пересказываю, как слышал на одном семинаре от коллег из Мордора. Отсюда и «как-то

---

<sup>1</sup> Бudyлин С.Л. Деликт или нарушение договора? Заверения и гарантии в России и за рубежом // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2016. № 3. С. 96 – 133; № 4. С. 52 – 111.

так» выше: точно подробности не известны. Да и не важны. Важен сам принцип, тезисно:

- 1) после договора тоже могут быть обязательства;
- 2) обязательства могут быть, даже если договор расторгнут доп. соглашением, где стороны прекратили всё и вся;
- 3) эти обязательства могут быть обеспечены принудительной силой государства (суда).

Казалось бы, к чему нам немецкая практика? А к тому, что наши, по всегдашней привычке утягивать у тевтонов новинки цивилистики, благополучно скопировали этот принцип в наше право. Приходи, кума, любуйся:

«При установлении, исполнении обязательства **и после его прекращения** стороны **обязаны действовать добросовестно**, учитывая права и законные интересы друг друга, взаимно оказывая необходимое содействие для достижения цели обязательства, а также предоставляя друг другу необходимую информацию» (ст. 307 ГК, п. 3).

Если проиграть этот казус с позиций нашего права... В теории, случись эта история у нас... А наверняка бывало. Скорей всего, до суда не доходило... Но если бы дошло, дело можно было бы выиграть и без немецких наработок.

Позиция: 1) да, договор — все; 2) но есть обычай: при переезде вешаем объявление; 3) само по себе маленькое объявление не влечет затрат для собственника; 4) поскольку ст. 307 ГК предусматривает не только обязательство — действие, но и бездействие — «воздержаться от определенного действия», просим суд:

- обязать собственника не срывать объявление в течение разумного срока;
- определить этот разумный срок на основании ст. 6, п. 2 ГК: «при невозможности использования аналогии закона права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости».

На практике, конечно, лучше, когда в законе прописано. И так приятно, когда кто-то, отставший от жизни, кричит: «В кодексе такого нет! Покажите, где написано!» — а вы открываете кодекс и показываете. Поэтому наши правильно скопировали.

## 26.2. ВАМ ЧТО-ТО НУЖНО ОТ ДРУГОЙ СТОРОНЫ

Из истории с объявлением можно вывести общую закономерность: вопрос о «жизни после договора» встанет, если вам что-то вдруг понадобилось от другой стороны. А срок договора истек. Или — договор расторгнут.

Можно предвидеть, понадобится или нет? Можно. Всегда или почти всегда. Можно подстраховаться договором? Увы, не всегда...

В аренде — да. В самом деле, что стоит согласовать на переговорах условие: «При расторжении Договора Арендатор вправе оставить на входной двери Помещения объявление о своем новом адресе (далее — «объявление»). Собственник обязан обеспечить сохранность объявления на срок 30 дней со дня расторжения Договора. Собственник не вправе требовать с Арендатора вознаграждение за исполнение данного обязательства».

Собственник, скорей всего, согласится. Не так уж и обременительно.

А в других договорах? Если взять не аренду, а поставку? Оборудования? Или компьютерной программы? Прикинем... Допустим, вам под заказ разработали некую программу. Для нужд вашего предприятия. Срок бесплатного сопровождения и гарантии — год.

Исполнитель прилежно установил программу. Целый год дорабатывал под вас. Вводил новые возможности. Отлавливал/исправлял ошибки. «Затачивал» интерфейс под ваши капризы: «нет, я хочу черные кнопки на серебряном фоне! а здесь цветочек нарисуйте!» и т.д.

Таки доделали. Работает. Устраивает. Год работает. Два. И тут «Крупнотвердые» выпускают новую операционную систему. «Двери 11». Как всегда, старую — «Двери 10» — уже не купишь. Весь мир, плюясь и матерясь, добровольно-принудительно переходит... Кто на «двери», кто на «линукс», кто еще куда.

Допустим, ваша программа не работает ни под «11-ми дверями», ни под «линуксом». Договор с разработчиком к тому времени давно почил в бозе (истек). А если бы и действовал, вряд ли бы помог: в договоре нет обязательства портировать программу под другую «операционку». Только разработать под «Двери 10», наладить/отладить. Исполнитель и разработал.

Что делать? Идти по закону? Предъявить исполнителю иск по ст. 307 ГК? По аналогии с объявлением? Вряд ли пройдет. Одно дело просить суд оставить маленькое объявление на двери. Исполнение обязательства «не трогай бумажку» не влечет для исполнителя особых затрат и не требует спецподготовки.

И совсем другое — заставить переделать программу под новую операционную систему. Задача на порядок сложнее. Надо сначала новую «операционку» достать, изучить, выяснить, почему не работает. И лишь потом переделывать. Мне кажется, суд, исходя из принципа добросовестности, не взвалит на Исполнителя это бремя. По крайней мере, бесплатно... А если вы готовы платить, то судебный процесс лишен смысла. Имея исходники, можно нанять другого исполнителя. Пушай переделывает. Или «напрячь» своих программистов.

Теперь возьмем пример с редкой запчастью. Вы купили... допустим, сенокосилку с вертикальным взлетом (любое сложное и редкое оборудование). За пару лет пару раз чинили по гарантии... Угу, нет непоколебимой техники. Но в целом покупкой довольны. По закону подлости, ровно через неделю после конца гарантии косилка сломалась всерьез.

Допустим, мы точно знаем, что сломалось. Пишем на завод. В ответ: «снято с производства, покупайте новую». Ага, вот щаз шнурки погладим и побежим. Мы не первый год на свете живем. По жизни часто сталкивались с простой закономерностью: запчасть к вещи ВСЕГДА стоит дешевле, чем новая вещь. Где-то 10—30% от цены вещи.

К примеру, если компьютер стоит 1000 баксов и сгорела материнская плата, то новая «материнка» вам обойдется в 100—300 баксов. А новый комп — в тысячу. Конечно, разумно и добросовестно купить новую «материнку» (запчасть к вещи), чем новую вещь (комп).

Допустим, деталь для сенокосилки стоит 5000 баксов. А новая косилка — 30 000 «зелени». Стоит ли складывать руки? Нет. При таких ставках однозначно стоит судиться с производителем (поставщиком, дилером — кто нам продал эту косилку).

Штатный юрист есть. А значит, юристам за суд платить не надо. Только гос. пошлина. Проиграем — не шибко обеднеем. Даже если

#### РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРОМ

придется платить представительские той стороне. Выиграем — замечательно. Сэкономим 25 000 — если удастся отжать деталь у производителя.

Ладно, держаем. Подаем иск по 307-й ГК. Что будет в суде?! Ох, и сложный вопрос... Если удастся доказать недобросовестность производителя: «Ваша честь! Они злонамеренно сняли с производства детали для техники, чтобы продавать новую технику и недобросовестно зарабатывать», — быть может, и выиграем...

Это не фантастика. МОЖНО доказать недобросовестность. Архисложно, но можно. В голову приходят самое малое два способа. Первый. Добросовестный. Не все следят за языком. Работники производителя вполне могли в каком-то интервью или там блоге обмолвиться: «на запчастях много не поднимешь, а вот мы сейчас обрубим поддержку, запустим новую серию, и пусть покупают, куда они нафиг денутся с подводной лодки».

Второй. Не вполне добросовестный. Найти бывшего работника той фирмы. Который работал в период продажи или после. И получить от него доказательства: старая техника снята с производства только для того, чтобы продавать новую и навариваться. Какие доказательства и как получить...

Так, достаточно. Подробнее расписывать не буду. Не хочу портить себе карму и учить вас недобросовестному поведению. Но чтобы вы знали и были готовы к сюрпризам: такие финты встречаются в практике.

К примеру, новый директор отказывается подписать накладные на поставленный товар. Или акты сдачи-приемки. Что делает ушлый купец? «Заносит» недавно уволившемуся сотруднику. А тот подписывает всё что нужно. БУДЬТЕ НАЧЕКУ. Схема довольно распространённая.

Ладно, недобросовестность доказали. Но даже если суд готов встать на вашу сторону, есть еще один «затык». Статья 398 ГК. Заявляя иск об обязанности передать деталь, вы просите суд обязать ответчика передать индивидуально-определенную вещь.

Суд может удовлетворить такой иск, если доказано: вещь ЕСТЬ у Ответчика. А Ответчик, гад такой, конечно, будет петь: «С производства сняли, вещи (детали) у нас нет, уже три года не выпускаем, исполнить невозможно, просим в иске отказать».

И здесь последнее слово за судом. Суд либо согласится с Ответчиком и откажет вам в иске... Либо, если хорошо убедите, удовлетворит ваш иск. Основания: «никто не вправе извлекать...»

И поехали, будет что-то вроде:

«...решение в окончательном виде будет изготовлено через пять рабочих дней. Просите пояснить? Пожалуйста. Ответчик, вы — завод. Раньше вы эти детали делали. Подтверждено материалами дела. Сейчас вы запустили новую серию. О чем сами написали в отзыве. Значит, производственные мощности у вас остались. Суд считает, возможность изготовить деталь не утрачена. Тем более, вы не доказали отсутствие возможности изготовить. Вот изготовьте и передайте Истцу.

Далее, суд не согласен с Истцом, который считает деталь индивидуально-определенной вещью. Из материалов дела следует: раньше вы, ответчик, эти детали выпускали СЕРИЯМИ. А значит, деталь, которую просит передать Истец, — вещь, определенная родовыми признаками.

Следовательно, применим п. 23 Пленума № 7<sup>1</sup>: «...отсутствие у должника того количества вещей, определенных родовыми признаками, которое он по договору обязан предоставить кредитору, **само по себе не освобождает его от исполнения обязательства в натуре**, если оно возможно путем приобретения необходимого количества товара у третьих лиц (пункты 1, 2 статьи 396, пункт 2 статьи 455 ГК РФ)».

Ваш довод — «статья 398 ГК РФ не обязывает должника изготовить вещь при ее отсутствии у должника» — противоречит сложившейся судебной практике. Посмотрите на досуге Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 16.06.2011 по делу № А67-6477/2010 и похожие дела.

Кроме того, я считаю, Истец совершенно правильно заявил об астренте. Чтобы, как пишет ВС, «побудить должника к своевременному исполнению». Поэтому ищите деталь на складе или делайте заново — как хотите.

---

<sup>1</sup> Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств».

#### РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРОМ

Я, конечно, снизил размер астрента. Два миллиона в день за просрочку исполнения решения, как просил Истец, это чересчур. Противоречит принципам «справедливости, соразмерности и недопустимости извлечения выгоды из незаконного или недобросовестного поведения», как велит нам ст. 308.3 ГК.

В практике встречаются разные суммы — Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 30.06.2016 № 02АП-3001/2016 по делу № А29-9760/2013 — 5000 руб. в неделю, Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 15.12.2015 № 15АП-18357/2015 по делу № А53-17769/2015 — твердая сумма, полмиллиона и т.д.

С учетом обстоятельств дела и цены детали считаю, 100 000 руб. — примерно треть цены детали — за каждую неделю просрочки разумно и справедливо. Кроме того, у вас есть еще месяц, пока решение вступает в силу. Вполне можно успеть сделать деталь и передать Истцу».

Вывод: если вам что-то нужно от другой стороны после договора, то судебное дело отнюдь не 100% выигрышно. Вряд ли вы в суде получите желаемое. Поэтому **старайтесь вести дела так, чтобы, если что-то нужно после договора, это что-то можно было бы получить от кого-то еще. Другого поставщика, подрядчика и т.д.**

Конечно, дальновидные договорники стараются страховать договором. Думаете, от хорошей жизни в договоре — особенно в ВЭД — встречаются формулировки:

«Покупателю должны быть доступны для приобретения комплектующие изделия или запасные части на протяжении не менее 5 (пяти) лет со дня доставки товаров — по каждому заказу на поставку.

Если комплектующие планируются к снятию с производства, Продавец направляет о том письменное уведомление Покупателю как минимум за 9 (девять) месяцев до даты снятия с производства. Продавец обеспечивает Покупателя комплектующими по меньшей мере на срок 24 (двадцать четыре) месяца с даты снятия комплектующих с производства».

Увы, договор не всегда панацея. Допустим, мы предвидим риск «нужно после договора». Закладываем в договор гарантию 10 лет.

Или: последоговорное обязательство передать запчасть (портировать программу, оказать услугу и т.д.).

И толку?! За 10 лет другая сторона сто раз может уйти на банкротство. Ликвидироваться. Слиться через реорганизацию с «зомби». Увы, если мертв не только договор, но и сторона — ВСЁ. Ни по закону, ни по договору ничего не получишь. Поэтому всегда «на берегу» думайте о запасных вариантах: а если сольются? где брать запчасти? и т.д.

## 26.3. «ВОССТАНЬ!»

Допустим, год назад ваши «эффективные менеджеры» заключили некий договор. Наверно, чтение снижает эффективность, поэтому договор подписали не читая. Без согласования с юристами. В редакции партнера. Который, разумеется, полностью «натянул одеяло на себя». С драконовскими неустойками и прочими санкциями. Шаг влево, шаг вправо — расстрел.

Когда договор увидели вы, вновь принятый юрист, вас чуть Кондратий не хватил: «Как вы могли такое подписать?!». Начальство успокаивает: «Да ладно, что вы. Договор отработан. Все сроки вышли. Пронесло».

Ах, пронесло?! Как вы думаете, что будет, если кто-то из этих «эффективных» товарищей сдуру отправит этому поставщику заявку на поставку очередной партии чего-то? Если еще и аванс оплатит...

То же самое может быть и в оказании услуг. Положим, юридических. Вы плохо расстались с юристами. Еле-еле расторгли договор, отбились/откупились. Потом понадобилась консультация. А исполнитель возьми да и направь заявку с описанием вопроса по привычному адресу.

Если в обоих случаях в заявке есть ссылка на «мертвый» договор... а если еще и прошла оплата (иное исполнение)... то — поздравляю! Вы воскресили мертвеца! Договор «ожил».

И опять связывает стороны щупальцами-условиями-санкциями. Почувствуйте себя доктором Франкенштейном... до прихода толпы крестьян с факелами (разъяренного начальства).

#### РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРМ

Пример «воскрешения»: «несмотря на истечение срока действия контракта от 11.02.2002 № КО/СИЛВЕР-11/02/02, обязательства по нему продолжали действовать, поскольку поставки производились на условиях, согласованных сторонами в указанном контракте, стороны выразили волю на продолжение договорных отношений по нему и на обозначенных в нем условиях посредством совершения фактических действий.

Во всех платежных документах указан единый транзитный валютный счет, который стороны согласовали в контракте от 11.02.2002 № КО/СИЛВЕР-11/02/02, основанием платежа везде указан данный контракт, которым определено родовое наименование товара (пиломатериал хвойных пород), общее количество всей совокупности поставок (100 000 руб./м).

...В связи с этим довод истца о том, что приложения № 1 – 40 контракту от 11.02.2002 № КО/СИЛВЕР-11/02/02 следует считать самостоятельными разовыми сделками купли-продажи, судом кассационной инстанции отклоняется, поскольку противоречит материалам дела и установленным судами по делу обстоятельствам». (Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 24.11.2011 по делу № А33-13303/2010)

Еще: «...после направления покупателем в адрес поставщика уведомления от 01.03.2013 № 01/03/12 И-1 о расторжении Договоров стороны фактически продолжали исполнять условия Договоров: поставщик продолжал осуществлять поставку товара, а покупатель принимал товар по приложению № 2 к Договору № 171/1 вплоть до 09.04.2013.

При таких обстоятельствах суд апелляционной инстанции пришел к обоснованному выводу о том, что после направления покупателем уведомления от 01.03.2013 № 01/03/12 И-1 стороны фактическими действиями выразили свою волю на продолжение отношений по Договорам № 171/1 и № 65-ж и, следовательно, оснований считать данные договоры расторгнутыми с 01.03.2013 не имелось.

...Поскольку взыскание штрафа, предусмотренного пунктом 6.5 Договоров, возможно лишь с одновременным расторжением договора, а апелляционным судом установлено, что Договоры не были расторгнуты покупателем в одностороннем порядке, следует признать

правомерным вывод апелляционного суда о том, что **требования истца о взыскании с ответчика штрафа в размере 6 380 381 руб. не подлежат удовлетворению**». (Постановление ФАС Северо-Западного округа от 25.03.2014 № Ф07-1822/2014 по делу № А56-40155/2013. Также см. *Определение Верховного Суда РФ от 02.07.2015 № 305-ЭС15-2415 по делу № А40-28123/2014* — там воскресили договор аренды)

«Воскресший» договор опасен не только правовыми рисками, но и финансовыми. Если воскрес договор за прошлый год, то и исполнять его придется по прошлогодним ценам. Что выгодно только одной стороне.

Если же цена в договоре указана отсылкой — допустим, «согласно прейскуранту на сайте нашей юридической фирмы», тоже не сахар. Опять одна сторона проигрывает. Вы думали пройти по старым ценам, а вам насчитают по новым. Поэтому:

## 26.4. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Хороший договорник думает не только о том, как мы будем исполнять договор, но и о загроб... э... о «задоговорной жизни». О том, что после. Если вам интересна эта тема, дополнительно изучите опыт других... «Франкенштейнов».

Постановление ФАС Уральского округа от 15.05.2014 № Ф09-2055/14 по делу № А60-25260/2013, Постановление ФАС Центрального округа от 09.12.2013 № А62-1223/2013, Постановление ФАС Московского округа от 29.05.2014 № Ф05-4703/14.

# РАЗДЕЛ 5.

## КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

По схеме 1 из главы 2.1, если помните такую, этап «составляем проект договора = перевод схемы отношений с делового на юридический». Вы когда-нибудь задумывались? Иск и договор соотносятся как прошлое и будущее. В иске вы из настоящего описываете события прошлого. И требуете что-то взыскать в настоящем.

А в договоре вы описываете будущее. Если *а*, то *б*. Если одно, то другое. Если нарушил — неустойка. Если не исполнил — заранее оцененные убытки. Сплошные «если». Ничего не напоминает?!

Да. Извечный вопрос фантастов: «что будет, ЕСЛИ?!» Будущее не определено. Будущее может быть одно, другое, третье. И всё это вы прописываете в договоре. И когда вы пишете договор, вы пишете будущее. Цели:

- 1) расписать **РАЗНЫЕ** варианты будущего;
- 2) перевести схему отношений с русского делового — на юридический<sup>1</sup>;
- 3) заложить в договор схему отношений так, чтобы договор было выгодно исполнить;
- 4) написать договор просто и ясно. А не так, как обычно: «договор пришлось читать с другим юристом — не помогло; он тоже не понял».

**КТО** пишет проект договора? Вы или юрист другой стороны? Конечно вы! Если вы пишете проект, а другая сторона читает и спорит — замечательно. У вас стратегическое преимущество. Вы играете на своем поле. И играете в нападение. Вам не надо обосновывать

---

<sup>1</sup> Коллеги из США считают сие не только целью, но и отдельным навыком. Причем главным и основополагающим навыком хорошего «договорника». См. Тина Старк. Составляем договоры: как и почему юристы делают свое дело. США, Нью-Йорк, издательство Уолтерс Клуверс, 2014 г., гл. 1, часть 3 и 4. В целом, согласен.

свое виденье. Вам не надо обосновывать, как, что и почему вы написали в договоре.

А юрист, которому достанется в работу ваш проект, автоматически вынужден играть в защите. Ему сложнее. Ему придется писать протокол разногласий. И обосновывать возражения. Ему придется искать «крючки» в вашем проекте — а не наоборот.

Также на вашей стороне чужая лень. Если проект делаете вы, коллеге с той стороны всегда проще согласиться с вами. Чем спорить и продавливать свою редакцию. Психология, однако.

**КАК** написать договор. Не первый год смотрю, кто и как пишет договор. Основных методик три:

1) *по типовой болванке* — берем болванку и «затачиваем» под свои нужды;

2) *по ГК* — переписываем с ГК в договор;

3) *с нуля* — с чистого листа.

Новичок или подмастерье пользуются либо первой методикой, либо второй — но не третьей. Мастер использует все три, идет от третьей методике — к первой, плюс учитывает судебную практику.

Хотя когда как, в зависимости от задачи. Если нужно составить простенький договор на небольшую сумму, может особо не напрягаться. Взял типовую болванку — но свою, не из базы! — быстро поправил, и готово. Даже не глядя в кодекс. А что, вчера смотрел, ничего не поменялось. Тут бы поосторожней. Самоуверенность многих сгубила. В т.ч. и мастеров.

Легенда — уровень мастера, но постоянно добавляет и пробует что-то новое. Постоянно шлифует и копит впрок свои, уникальные формулировки. Доводит до совершенства. Изучает опыт заморских коллег. Смотрит, как та или иная оговорка работает в практике других стран. Читает труды. Отслеживает новинки.

Я вижу путь мастера так. Вы поняли задачу. Вам ясно, чего хотят стороны, какой договор писать. Сели и написали. С чистого листа (*метод 3*). Широкими мазками. Как на духу. Потом проверили себя по ГК (*метод 2*).

Как проверять. Открываем кодекс в левом окне, договор — в правом. Читаем статьи кодекса. Сравниваем с договором — всё ли

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

учли? все ли прописали? может, что добавить? Идете по ГК, статья за статьей.

Давайте на примере аренды. Составили мы договор. Открываем главу 34 Кодекса. Идем по порядку. Ст. 606 ГК — предмет договора. Расписан? Да, подробнее. Едем дальше.

Ст. 609 ГК, форма и государственная регистрация договора аренды. Письменную форму мы, конечно, соблюли. Но. Предмет договора — «недвижка». Стороны хотят заключить договор на пару лет. А там — как пойдет.

От 609-й прыгаем к 651-й, п. 2 «договор аренды здания или сооружения, заключенный на срок не менее года, подлежит государственной регистрации и считается заключенным с момента такой регистрации». Вроде ничего не поменялось...

По уму, конечно, надо регистрировать договор. Но, как водится, стороны не хотят лишних хлопот и расходов. Обивать пороги рег. органа купцы считают моветоном. Говорят, ставь обычную схему обхода: «11 мес. + автопродление, количество продлений бесконечно».

Опасно. Вы знаете: «вышка» воюет с этой схемой еще с начала нулевых. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 11.01.2002 № 66, «Обзор практики разрешения споров, связанных с арендой», пункт 3:

«Срок действия договора аренды здания (сооружения), определенный с 1-го числа какого-либо месяца текущего года до 30-го (31-го) числа предыдущего месяца следующего года, в целях применения пункта 2 статьи 651 Кодекса признан равным году».

Если написать, как хотят стороны, суд вполне может признать договор заключенным на год. И — всё. «Договор не заключен».

Примеров хватает: «...договор аренды от 01.01.2003 № 40 подлежал государственной регистрации. Надлежащих доказательств того, что данный договор был зарегистрирован, материалы дела не содержат. На основании изложенного суды пришли к правильному выводу о том, что указанный договор аренды является незаключенным». (Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 10.05.2012 по делу № А82-4468/2011)

Тогда? Если поставить не 11 месяцев, а... скажем, девять? А там, как всегда — «автопродление, количество продлений бесконечно»?

Изучаем практику. Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 14.04.2016 № Ф08-1728/2016 по делу № А63-9528/2015, Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 19.08.2011 по делу № А79-9768/2010, Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 27.01.2014 по делу № А10-1571/2013 — РАБОТАЕТ! Схема проходная.

И автопродление тоже работает. «Арбитражный суд пришел к выводу о том, что при продлении договора аренды здания, заключенного на срок менее одного года, на такой же срок после окончания первоначального срока аренды отношения сторон регулируются новым договором аренды, который не подлежит государственной регистрации в силу пункта 2 статьи 651 ГК». (*Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 16.02.2001 № 59*)

Точно работает? А вдруг незаметно подкрался какой-нибудь пленум ВС? Роем практику. Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 18.12.2014 № Ф02-6112/2014 по делу № А78-3522/2014, Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 05.08.2013 по делу № А32-9752/2012, Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 10.06.2015 № Ф04-19729/2015 по делу № А27-13010/2014). Вроде всё чисто. Автопродление работает. Без гос. регистрации и вылета на незаключенность.

Хорошо. Возвращаемся назад и идем дальше по кодексу. 611-я статья — арендодатель предоставляет нам имущество со всеми «принадлежностями и относящимися к нему документами». Есть такое. Принадлежности — микроволновка, стенд для презентаций, обогреватель и прочие офисное оборудование расписано в приложении 1 к договору.

612-я, насчет недостатков имущества. Заказчик говорит, помещение осмотрел, все устраивает... Угу, а за пожарные риски кто отвечает? Если завтра выяснится, что помещение не соответствует каким-то требованиям противопожарной безопасности или там нормам гигиены, а Арендатор, он же наш Заказчик, подписал акт «помещение принял в надлежащем состоянии, претензий не имею», кого оштрафуют?

Ст. 38 Федерального закона от 21.12.1994 № 69-ФЗ (ред. от 23.06.2016) «О пожарной безопасности» говорит: «ответственность

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

за нарушение требований пожарной безопасности в соответствии с действующим законодательством несут собственники имущества». А также: «лица, уполномоченные владеть, пользоваться или распоряжаться имуществом, в том числе руководители организаций». В переводе на русский: арендатор.

Суды разъясняют: «таким лицом (*ответственным за «пожарку»*) может быть как арендодатель, так и арендатор. **Стороны в договоре аренды могут сами урегулировать вопрос об объеме обязанностей в области обеспечения правил пожарной безопасности, следовательно, к ответственности за нарушение этих правил должно быть привлечено лицо, которое не выполнило возложенную на него обязанность**». (*Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 22.04.2015 № Ф01-1307/2015 по делу № А79-6163/2014*)

Берем блокнот. Пишем: «вопросы к заказчику». Первый — «кто будет отвечать за пожарку?». Написали. Идем дальше по кодексу.

613-я. Права третьих лиц на арендованное имущество. Ничего опасного.

614-я. Изменение арендной платы. Учли в договоре, может меняться раз в год не более чем на 10%.

615-я — арендатор обязан использовать имущество по назначению. Есть в договоре, прописано в п. 1.3, после предмета: назначение имущества — для размещения и работы офиса Арендатора. Пойдет.

616-я — содержание имущества. Кто и когда проводит текущий ремонт, а кто капитальный. Не расписали в договоре. По умолчанию, в силу 616-й, капитальный ремонт — на собственнике, текущий — на арендаторе. Нормально. Устраивает. Быть по сему.

617-я — сохранение договора в силе при изменении сторон. Тоже устраивает. 618-я, субаренда... ничего интересного. 619-я и 620-я — одностороннее расторжение договора. Вот здесь — меняем. Дописываем в договор раздел «заключительные положения». И там вместо судебного порядка, как установлено этими двумя статьями, ставим внесудебный порядок. С уведомлением за месяц. Так удобнее и эффективнее.

621-я. Преимущественное право заключения договора аренды на новый срок. Будь мы на стороне арендодателя, можно было бы

исключить. Но поскольку мы на стороне арендатора, выгодно, чтоб у нас было преимущественное право заключить договор на новый срок. Поэтому в договоре ничего не пишем. Пусть действует 621-я. И тогда у нас есть преимущественное право.

622-я. Возврат арендованного имущества. Зная, как собственники иногда бегают от принятия имущества, дописываем... скажем, в обязательства арендодателя:

«3.1.8. После истечения срока действия Договора Собственник обязан принять Помещение у Арендатора. О чем стороны составляют акт, далее — Акт. При отказе Собственника от подписания Акта:

1) акт составляет Арендатор в одностороннем порядке; и

2) арендатор отмечает в Акте: «Собственник от подписи отказался»; и

3) помещение считается возвращенным Собственнику в надлежащем состоянии в день, когда Акт будет направлен Собственнику по почте; и

4) поскольку Собственник уклонился от подписания Акта, Собственник не вправе предъявлять претензии Арендатору по качеству возвращенного Помещения, а также по качеству оборудования и иных предметов, возвращенных Собственнику вместе с Помещением».

623-я... Хватит. Идею вы поняли. Идем по кодексу. Сравниваем договор с кодексом, смотрим, чего не хватает, чего не учли, что бы еще дописать. Очень полезная методика даже для мастера/легенды. Помимо договора, вы проверяете, не изменилось ли что в кодексе. А если изменилось, не беда. Поправим договор. Учтем изменения.

Далее, в итоге у вас: 1) полусырой договор; и 2) вопросы к Заказчику. Задаем вопросы Заказчику. Что хочет? На что готов пойти? Как распределить риски? Очень часто вопросы из блокнота тянут за собой повторные переговоры.

Пусть так. На вопросы вам ответили. Вы доделали договор. Теперь поднимите пару типовых болванок (*метод 1*). Что там народ пишет такого, чего нет у вас? Всё ли вы учли? Если вам кажется, будто всё — отдохните и займитесь чем-то другим. Утром проверьте на свежую голову — найдете много нового.

## **РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР**

Дополнительно, учтите судебную практику. Подумайте, из-за чего чаще всего спорят стороны именно по этому договору? Всё ли вы учли? Проверьте еще раз. Дайте почитать другому юристу. Всё? Вот теперь шлем проект Заказчику.

Это — общая канва работы над проектом договора. Далее, через принципы и не только, я расскажу еще подробнее, как что делать, писать, за чем следить и как себя проверять.



# [27]

## ОСНОВНЫЕ ПРИНЦИПЫ «ДОГОВОРОСТРОЕНИЯ»

*И вот громоздятся груг на грута существительные в  
косвенных падежах, да все больше отглагольные:*

*«Процесс развития движения за укрепление сотруд-  
ничества».*

*«...С полным ошеломления удивлением участвовал он  
мгновение назад в том, что произошло...». Это не приду-  
мано! Это напечатано тиражом 300 тысяч экземпляров.*

*Слышишь, видишь, читаешь такое — и хочется сно-  
ва и снова бить в набат, взывать, умолять, уговаривать:*

***б е р е г и с ь к а н ц е л я р и т а!!!***

***Нора Галь, «Слово живое и мертвое»<sup>1</sup>***

*Я советовал вам: «не используйте глинные слова» и  
«не используйте глинные предложения». Другие говорят:  
«не используйте многозначные жаргонные слова и словес-  
ные искажения». Какой совет вам по душе?*

***Альфред Деннинг, «Завершающая глава»<sup>2</sup>***

**Н**а страницах книги вы видели много формулировок. Моих и чужих. Хороших и разных. А теперь разберу «по косточкам». Как именно писать формулировки в договоре.

---

<sup>1</sup> Международные отношения. — 5-е изд., доп. — М.: 2001. ISBN 5-7133-1078-7. Есть в сети в открытом доступе. <http://www.vavilon.ru/noragal/slovo2.html> — тут. Если не читали, обязательно прочтите.

<sup>2</sup> Деннинг, Альфред. Заключительная глава. — Оксфорд: издательство университета Оксфорд, 2005.

## 27.1. «ЧЕМ ПРОЩЕ, ТЕМ ЛУЧШЕ»

Альфа и омега, главный и основополагающий принцип хорошего договорника. Начало начал. И конец концов. У вас всегда есть выбор. Вы можете вернуть предложение на пол-листа. С «тяжелыми» деепричастными оборотами. Страдательным залогом. Кучей иностранных слов. И прочим мусором. Пример:

«Стороны согласились, что начиная с даты определения точного значения площади Помещения в соответствии с учетно-технической документацией, выданной органами технической инвентаризации по результатам замеров, проводимых после завершения строительства при вводе Здания в установленном порядке в эксплуатацию, согласно п. 1.3. Договора, сумма Постоянной составляющей Арендной Платы/Постоянной составляющей Платы, предусмотренной в пункте 4.1.1., может отличаться от суммы Арендной платы, подлежащей уплате за предыдущие оплачиваемые месяцы аренды, до даты изменения площади Помещения».

А можете передать ту же мысль коротко и ясно:

«На день заключения Договора площадь Помещения рассчитана примерно. Как только станет известна точная площадь Помещения, в течение десяти рабочих дней с того дня, Арендодатель обязан:

- 1) сделать перерасчет арендной платы за прошлые периоды по точной площади;
- 2) если после перерасчета выяснится переплата, зачесть переплату в счет будущей арендной платы;
- 3) впредь выставлять все счета и прочие платежные документы исходя из точной площади.

Пункт применим не только к арендной плате, но и ко всем платежам по Договору, "привязанным" к площади Помещения».

Почему важно писать просто? Причин несколько. Во-первых, как вы помните из главы 19.6.1, чем проще написан договор, тем сложнее признать его кабальной сделкой или сделкой под влиянием заблуждения или оспорить по иному основанию.

Во-вторых, сложный и мудреный договор, полный заумных формулировок, может обернуться против вас. Вы закладывали один смысл. А суд найдет ДРУГОЙ. Или откажется применить то или иное условие договора. Потому что не поймет, что же там написано.

Ладно, сложные формулировки. Суд и простые толкует так, как сторонам и не снилось. К примеру, формулировка: «все споры, возникающие из настоящего договора и в связи с ним, могут быть рассмотрены Токийским окружным судом, юрисдикцию которого все заключившие настоящий договор стороны прямо обязуются признавать».

Казалось бы, просто и ясно. Ан нет. Знаете, как истолковал суд?!

Вот так: «Из буквального толкования названного условия договоров от 21.05.2002 не следует, что все споры, вытекающие из указанного договора рассматриваются **только** Токийским окружным судом; формулировка данного условия может означать лишь возможность обращения одной из сторон договора в названный суд.

Таким образом, возвращение Арбитражным судом Красноярского края искового заявления по основанию неподсудности дела данному суду сделано при неправильном применении указанных норм процессуального права и неприменении норм материального права, подлежащих применению (статья 431 ГК РФ)». (*Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 08.02.2011 по делу № А33-13302/2010*, пометки мои)

Еще пример: «... формулировка «он (*спор*) разрешается в порядке, установленном законодательством страны, на территории которой зарегистрирована сторона, обратившаяся за разрешением спора» не позволяет сделать вывод о том, что под «порядком» стороны имели в виду компетенцию конкретного арбитражного суда РФ.

Поэтому оснований считать, что условие пункта 3.2 договора от 29.08.2005 № 2/290805 следует понимать как соглашение о передаче настоящего спора на рассмотрение Арбитражного суда Новосибирской области, у суда не имелось». (*Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 09.10.2008 № Ф04-6319/2008(13638-А45-8) по делу № А45-3801/2008*)

А вот как суд отнесся к формулировке посложнее:

«Учитывая, что условие договора о начале производства работ в соответствии с пунктом 4.2 договора определено как день, следующий за днем после выполнения ряда условий: подписания договора обеими сторонами, передачи по акту строительной площадки, пере-

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

дачи документации, необходимой для выполнения работ, перечисления авансового платежа;

указанные формулировки не позволяют определить точную дату совершения всех указанных действий, суд считает, что договор подряда является не заключенным, на что обоснованно указано в тексте первоначального иска». (*Постановление ФАС Московского округа от 28.03.2011 № КГ-А40/2225-11 по делу № А40-37176/10-141-319*. Ага, перемудрили и вылетели на «договор не заключен».)

Отсюда вывод: **если хотите, чтобы суд истолковал договор так, как замыслили вы, — пишите ПРОСТО.**

Буду объективен. На Западе юристы тоже любят заворачивать «километровые» предложения. Последствия — те же, что у нас. Было шикарное дело *Houlahan v Australian and New Zealand Banking Group Ltd (1992) 110 FLR 259*.

Насколько я понимаю, два поручителя обязались отвечать перед банком за исполнение некоего обязательства. Подписали типовой договор банка. В суде встал вопрос: поручители отвечают за весь долг? Или — в части 10 000 долларов?

Суд читает договор. Видит формулировку об ответственности поручителя... а там, мама дорогая! Цитирую решение: «предложение на 57 (!!!) строк, сплошь туманный юридический жаргон».

Суд пробует вникнуть в формулировку. Не выходит. Суд допрашивает стороны. С тем же успехом: «формулировка настолько сложная, что ни поручители, ни сотрудники банка не поняли, под чем подписываются; в какой части отвечают поручители».

Юрист банка в суде тоже читал формулировку. Тоже не понял. Суд: «в ходе заседания установлено: поручители не читали договор, подписали не глядя; а если бы и прочли, вряд ли бы поняли».

А раз так, то... В решении этого нет. Но насколько понимаю, суд применил принцип «*contra proferentem*» — «против вписавшего». Суд истолковал формулировку против банка. Решил: «поручители отвечают в части 10 000 долларов». А не за весь долг<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Бат Питер, Кастрл Ричард. Современное юридическое письмо: гид по ясному языку. — 2-е изд. — Кембридж: Издательство университета Кембридж, 2006. — С. 45–46.

Логика суда понятна и справедлива. Кто готовил проект договора? Банк. Кто придумал формулировку? Банк. Вот пусть и отвечает. Банк после этой истории поменял формулировку в типовом договоре. Теперь она написана ясно. «Пока гром не грянет...»

В-третьих, зачем писать договор просто, — договор должен быть понятен исполнителю. В самом деле, а кто будет исполнять договор?! Обрадую. Не юристы. Не руководители. А те самые «эффективные менеджеры». Ставшие притчей во языцех.

Если договор написан просто, еще можно ждать: менеджер прочтет. Быть может, поймет. Поставьте себя на место обычного простого менеджера. Простой менеджер читает договор и видит, допустим:

«Проданный товар может быть заменен последующим после оплаты реализованного, если не отозван» — *ну как? все понятно?!*

2) «Договор является бессрочным и заключается на 3 (три) года» — *так бессрочный или на три года?!*

3) «Применимым является действующее на момент заключения договора гражданское право РФ, в части, не противоречащей настоящему договору» — *хорошо хоть не уголовное.*

4) «Гарантийный срок начинает течь с момента вручения товара поставщиком в указанное покупателем место» — *стесняюсь представить, какое место может указать покупатель...*

Увы, дорогой читатель. Это не мои придумки. Это — живые фразы из живых договоров. За 15 лет практики, знаете ли, собрал целую коллекцию. Уродцев. Паноптикум. «Монстрятник», если хотите. Буду щедро делиться. Чтобы вы не повторяли чужих ошибок. И не плодили чудовищ.

В-четвертых, купеческое преимущество. Представьте себе. Некий могучий вельможа надумал заключить договор. Разослал коммерческое предложение — нужно то-то и то-то, кто почем предложит? Соглашусь на лучшие условия.

Четверо прислали сложный договор на многих листах, пока прочтешь — поседеешь. Пятый прислал простой договор. На один лист. Кого выберет вельможа? Капитан Очевидность снова с нами: чьи условия просты и понятны, того и выберет.

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

В-пятых, перевод на чужой язык. Мало кто из юристов думает в эту сторону. Но. Вы разработали хороший типовой договор. Ваше руководство несколько лет работает по этому договору. Всё здорово. Всё хорошо. Вас носят на руках...

Недолго музыка играла. Потом появляется иностранец. Хочет купить тот же товар (услугу). Руководство по привычке сует типовой договор. Иностранец говорит: в целом устраивает; но давайте сделаем на двух языках. Руководство соглашается.

Неважно, кто переводил. Ваш переводчик или партнера. Но фразу типа «стороны согласились, что начиная с даты определения точного значения площади Помещения в соответствии с учетно-технической документацией, выданной органами технической инвентаризации по результатам замеров, проводимых после... тыдым-тыдым-еще-на-пол-листа»... пойдя еще переведи.

Во сто крат хуже, если в русском оригинале какое-то важное условие написано через двойное отрицание. К примеру: «Поставщик **не** отвечает за действия третьих лиц, приведшие к порче товара, если **не** мог такие действия предвидеть».

Если переводчик «потеряет по дороге» хотя бы одно «не» ... Вам несдобровать. Представьте, если в переводе станет: «Поставщик отвечает за действия третьих лиц, приведшие к порче товара, если **не** мог такие действия предвидеть». Ага, расхлебывай потом последствия.

А если в договоре еще пропишут приоритет редакции на чужом языке... Как обычно: «при толковании договора приоритет имеет текст на английском (ином) языке». Доказывай потом, что вы имели в виду совсем другое.

Или. Оговорка: «Подрядчик ни при каких обстоятельствах не возмещает Заказчику ущерб от действий третьих лиц». Переводчик не понял и перевел так: «Подрядчик при любых обстоятельствах возмещает Заказчику ущерб, причиненный третьими лицами».

Чудесно... Из «косяков» перевода родилась оговорка о возмещении потерь («подушка безопасности»). К «радости» Подрядчика. Если это добро вылезет в суде, то пребольно цапнет за... филейные части.

Еще раз: **чем проще, тем лучше**. Чтобы условие договора было:

- 1) понятно всем;
- 2) понято **ОДИНАКОВО**;
- 3) уцелело при переводе;
- 4) написано кратко и ясно.

Как прийти к такому уровню просветления. Рассказываю.

## 27.2. КОРОТКИЕ ПРЕДЛОЖЕНИЯ. ПРАВИЛО 3+10

Значит: 3 строки в абзаце, не более 10 слов в предложении. Пример вы держите в руках. Посмотрите, КАК написана книга. Короткие предложения. Короткие абзацы.

Я всегда стараюсь делать абзац на три-четыре строки. А предложение — не больше десятка слов. Потому-то и легко читать. Ну, не обязательно так уж досконально. Можно делать и 4 строки в абзаце. И слов 11 — 12 в предложении. Но. Чем сильнее вы отходите от правила, тем сложнее читать ваши формулировки<sup>1</sup>.

Наблюдал за коллегами. Поначалу все пишут длинно и долго. Я не исключение. Как вспомню, что писал в первых договорах... Краснею. Что-то вроде: «2.1. По направляемому электронной почтой запросу Исполнителя о получении информации, документов, дополнительных материалов и (или) оборудования Заказчик в срок не позднее 5 (пяти) рабочих дней с момента доставки сообщения дает соответствующие разъяснения, информацию, документы, материалы и (или) оборудование по форме, указанной Исполнителем в запросе».

С годами практики приходишь к простоте. Краткости. Ясности. Сейчас бы я ту же мысль передал так:

«2.1. Исполнитель вправе направить Заказчику запрос. В запросе Исполнитель может просить у Заказчика:

<sup>1</sup> Ричард Уайдик: «Мы пишем восемь слов, где можно обойтись двумя. Мы выражаем простые и обычные мысли загадочным и туманным языком. В погоне за точностью впадаем в словоблудие. Пытаемся объяснить — и увязаем в подробностях. **Наши предложения запутаны, оговорка на оговорке, слепят глаза и холодят разум читателей**». Книга «Простой язык для юристов». Цитирую по книге *Tunnicliffe Pamela*. Азы юридического письма для начинающих юристов. — Нью-Йорк: МакГроу/Ирвин, 2008. — С. 104.

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

- 1) информацию;
- 2) документы;
- 3) дополнительные материалы;
- 4) оборудование;

5) нечто другое, если это нечто нужно Исполнителю, чтобы выполнить заявку Заказчика.

2.2. Исполнитель вправе направить запрос Заказчику как устно, так и письменно. А также по электронной почте.

2.3. Исполнитель направляет запрос по адресу Заказчика (указан в разделе Договора «Адреса и реквизиты сторон»).

2.4. Заказчик обязан ответить на запрос Исполнителя. Срок ответа — пять рабочих дней со дня получения запроса».

Интересно, да? Если мерить линейкой по листу договора... Первая формулировка занимает меньше места на бумаге. Но пока дочитаешь — уснешь. Вторая места занимает больше. А читается в разы легче. Потому что построена по правилу 3+10.

И заметили? Как-то легче ложится на душу. В смысл «въезжаешь» сразу. Сам. Без дерганья коллег: «Лен, че они тут накрутили?!» Без звонков юристу партнера: «Батенька, что вы хотели сказать?».

Пускай договор у вас займет чуть больше места. Но если вы следуете правилу 3+10, вас легко читать. И другие читатели воспринимают ваш договор как понятный и короткий. Даже если договор о десяти листах...

Заморские коллеги тоже заметили: если не следить за собой, если писать, как на душе, «по умолчанию», то... человек склонен «накручивать» длинные предложения<sup>1</sup>.

Но. Если сознательно следить за собой. Если писать и переписывать. Снова и снова. Работать на краткость, а не словоблудие. Тогда с годами приучаешь писать себя короткими, ясными предложениями.

Еще пример. Болванка: «Арендодатель предоставляет Арендатору во временное владение и пользование строительные машины (далее — техника) в соответствии с актом приема-передачи техники, являющимся неотъемлемым приложением к Настоящему Договору (Приложение № \_\_\_), в котором указаны: адрес передачи

<sup>1</sup> Гарнье, Брайан. Юридическое письмо простым языком, текст с упражнениями. — Чикаго: издательство университета Чикаго, 2001. — С. 18.

техники, название, марка, модель, другие характеристики техники, ее комплектация (оборудование, запасные части, документация, паспорта технических средств и т.п.), а Арендатор обязуется производить оплату арендной платы в сумме такой-то по реквизитам Арендодателя, указанным в Настоящем Договоре».

Ох... «Смешались в кучу кони, люди...» Перепишем по-человечески:

«Собственник передает Арендатору во временное владение и пользование строительные машины (далее — «Техника»). Арендатор обязан принять Технику. Арендатор обязан платить Собственнику арендную плату — в порядке и на условиях Договора. Собственник передает Арендатору Технику по акту сдачи-приемки (далее — «Акт»). Форма Акта согласована в Приложении 1 к Договору». Всё!!!

Спрашивается, зачем расписывать «название, марка, модель, другие характеристики техники тыдым-тыдым-растудым»? Мы установили свою форму Акта. Там все важные характеристики Техники. Предмет договора определен. Что именно получит арендатор — ясно.

А сколько и когда заплатит, читай дальше. В разделе «порядок оплаты». Всему свое место. Не надо тащить все условия в предмет договора. Тем более — в одно длиннущее предложение.

Совет вдогонку. Иногда долго мучаешься. Думаешь: как попроще написать эту сложную формулировку? И так пробуешь, и сяк. Ан нет. Не выходит у мастера каменный цветок...

А ларчик открывается просто. Имя тому ларцу... Гражданский кодекс.

Смотрите. Допустим, жуткая формулировка: «При передаче Поставщиком предусмотренного настоящим Договором Товара в ассортименте, не соответствующем Договору и (или) заявке Покупателя, Покупатель вправе отказаться от его принятия и оплаты, а если он оплачен, — потребовать заменить Товар, не соответствующий условию об ассортименте, Товаром в ассортименте, предусмотренном Договором и заявкой, или возврата уплаченных денежных сумм».

Вчитайтесь. Ничего не напоминает? Верно. Ст. 468 ГК, п. 2. Сравните. Очень коряво и криво «передрали»:

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

«Если продавец передал покупателю наряду с товарами, ассортимент которых соответствует договору купли-продажи, товары с нарушением условия об ассортименте, покупатель вправе по своему выбору:

- принять товары, соответствующие условию об ассортименте, и отказаться от остальных товаров;
- отказаться от всех переданных товаров;
- потребовать заменить товары, не соответствующие условию об ассортименте, товарами в ассортименте, предусмотренном договором;
- принять все переданные товары».

Заметили?! Да. В законе написано ПРОЩЕ. Чем какой-то бездарь накропал в типовой болванке... Вчитайтесь еще раз. Статья закона написана... По принципу 3+10!!!. И — нормально! По сравнению с ужасом из типовой болванки — образчик простоты и краткости.

Совпадение? Нет. Думаю, среди разработчиков кодекса были люди с той же философией: 1) чем проще, тем лучше; и 2) если хотим, чтобы люди читали и соблюдали закон, пишем просто. Иначе не поймут. (с договорами точно так же)

Отсюда совет. Иногда можно не изобретать велосипед. **Не можете придумать проще, чем в кодексе — берите из кодекса.** Он не обидится.

Также прошу помнить. Обычно не стоит переписывать ГК в «русском» договоре. Когда обе стороны из РФ. Но если у вас ВЭД-договор... Тогда хоть весь кодекс перепишите, но чтобы все важные условия были в Договоре. Особенно если применимо чужое право.

### 27.2.1. Чувство юмора и действительность

Если общались с технарями, вам расскажут старую байку. Будто студент написал в дипломной работе: «поскольку до сюда не дочитают, сердечник трансформатора делаем из дерева».

Версий — уйма. Своя в каждом вузе: «выпиливаем турбину из цельного куска дерева, все равно читать никто не будет», «ставим подшипник Мебиуса», «будем считать, у человека два серд-

ца», «примем число "пи" равным пяти, иначе расчеты не сходятся, а искать ошибку лень» и т.д.

Думаете, гуманитарии в стороне?! В частности, мы? Юристы? Если бы! У нас тоже есть чувство юмора. И бывает, юрист высмеивает длинное предложение... в самом длинном предложении. В «живом» договоре. Как вам:

«12.1. Сторона освобождается от ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение своих обязательств по настоящему Договору, если такое неисполнение вызвано форс-мажорными обстоятельствами, возникшими после подписания настоящего Договора.

12.2. «Форс-мажорные обстоятельства» означают чрезвычайные и непредотвратимые при данных условиях обстоятельства. К таким обстоятельствам относятся, в частности, забастовки (обычные, предупредительные, а также «итальянские»), наводнения, засуха, оползни, сели, обвалы, снежные лавины, пожары, в том числе неконтролируемые лесные, землетрясения, ураганы, смерчи, торнадо, цунами, войны (локальные, международные, несправедливые и справедливые), военные действия на суше, на воде, в воздухе и под землей, не исключая военных действий в космосе и за его пределами, оккупация, вступление жидо-масонского заговора в финальную стадию развития, террористические акты, а также иные проявления экстремизма, в том числе случаи массового разжигания социальной, расовой, национальной и религиозной розни, а также случаи экстремальных проявлений антисемитизма, семитизма, фашизма, нацизма, дебилизма, сексизма и эйджизма, геноцид и экоцид, чума, в том числе бубонная, оспа, туляремия, геморрагическая лихорадка и лихорадка Эбола, коллективный ботулизм, а также палочка Коха, повышение солнечной и геомагнитной активности вдвое и более по сравнению со среднемесячными показателями по субъекту Российской Федерации, издание органами государственной власти и муниципальными органами нормативных актов, противоречащих здравому смыслу и элементарной логике, неконтролируемое вторжение инопланетных захватчиков, а также нападение роботов-убийц, зомби-педофилов и слизней-трупоедов, групповой и/или индивидуальный суицид участников договорных отношений, в том числе вызванный резкими головными болями с внезапным воз-

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

никновением ауры и/или фактом воздействия на лобовые доли неизвестных психотропных излучателей, подтвержденным справкой участкового милиционера, а также тотальный и всеобъемлющий апокалипсис и/или Рагнарёк»<sup>1</sup>.

Шутки шутками, но **длинные предложения опасны: можно спрятать что угодно**. Хорошо, если безобидная шутка. А если нет?! Если спрятано условие, которое даст стороне преимущество? Скажем, оговорка о скрытом поручительстве?!

Пример «игры в прятки». Прочтите формулировку. Подумайте, что спрятал договорник за дымовой завесой длинного предложения:

«Настоящая гарантия не распространяется на Оборудование, которое вышло из строя либо получило дефекты в течение «Гарантийного срока» вследствие: воздействия химических реактивов либо других активных веществ; неосторожного использования, приведшего к механическим повреждениям или нарушению целостности защитных покрытий; нарушения защитных пломб; действий персонала, исключая персонал Подрядчика, представителей фирмы-производителя и третьей стороны, назначенной Подрядчиком, которой Подрядчик передал свои гарантийные обязательства; нарушения Заказчиком инструкции фирмы-изготовителя по установке и эксплуатации Оборудования; повреждений в результате пожара, грозы, наводнения, нашествия вредителей или случайных повреждений, а также действий третьих лиц; использование измененного программного обеспечения, повлекшее за собой функциональные сбои; длительного перебоя в электроэнергии, повлекшее выход из строя Оборудования».

А спрятал он вот что. Вчитайтесь в слова: «и третьей стороны, назначенной Подрядчиком, которой Подрядчик передал свои гарантийные обязательства». Поняли, зачем? Верно. Чтобы потом «соскочить» с гарантии. Заменить себя на зомби-«однодневку».

Отсюда еще одно сильное преимущество правила 3+10. Если вы пишете договор по правилу 3+10, такой договор не только легко читать. Поди там что-нибудь спрячь! Предложения короткие. Все на виду. Если другая сторона пробует что-то тишком добавить в договор, сразу видно.

---

<sup>1</sup> Не мое. Автор неизвестен. Найдено на просторах интернета.

## 27.3. В МЕРУ ПРОСТЫЕ СЛОВА

Следующая черта хорошего договора. И хорошего договорника. Тонкая грань. Со временем нащупываешь. Чувствуешь... Сравните три фразы:

- 1) «Должник обязан вернуть Кредитору бабло»;
- 2) «Должник обязан вернуть Кредитору деньги»;
- 3) «Должник производит возвращение Кредитору денежных средств».

Первая режет ухо. И глаза. Слишком просто...Третья — перекокс в другую сторону. Слишком казенно. Обычно везде пишут «денежные средства». Обосновывают: «потому что так в Кодексе!».

Однако если почитать Кодекс, то там, кроме казенного «денежные средства», очень часто встречается простое слово «деньги». К примеру, ст. 130, п. 2: «вещи, не относящиеся к недвижимости, включая **деньги** и ценные бумаги, признаются движимым имуществом».

Ст. 227-я: «**деньги**, вырученные от продажи найденной вещи, подлежат возврату лицу, уполномоченному на ее получение»  
Статья 235-я: «обращение по решению суда в доход РФ **денег**, ценностей, иного имущества». А также ст. 140, ст. 302, п. 3, ст. 307, п. 1. и т.д.

Поэтому смело пишите «деньги», а не «денежные средства».

Из частного случая выведем общее правило: **любое громоздкое выражение (из нескольких слов) старайтесь заменить одним словом**. К примеру, читаем в начале типовой болванки: «стороны заключили настоящий договор, именуемый в дальнейшем везде по тексту «настоящий договор» о нижеследующем...». Грамотный договорник повыкидывает лишнее. Перепишет так: «стороны заключили настоящий договор, далее — «Договор», на предмет...». Все.

Еще пример, пункт договора: «Бенефициаром является организация \_\_\_\_\_ (наименование), зарегистрированная в качестве юридического лица «\_\_» \_\_\_\_\_ г. государственным органом \_\_\_\_\_ (наименование), код

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

по ОКПО \_\_\_\_\_, ИНН \_\_\_\_\_, № корреспондентского счета \_\_\_\_\_, открытого в банке \_\_\_\_\_, КПП \_\_\_\_\_».

То же самое можно написать проще: «Бенефициар: ООО «Грегори» (ИНН 1234567)». И всё! А остальные реквизиты, как обычно, в конце договора.

Еще пример, возьмем несколько условий договора:

«1.1. Исполнитель по заданию Заказчика принимает на себя обязательство оказывать услуги по сбору, вывозу и ликвидации твердых бытовых отходов, указываемых Сторонами в заявке Заказчика (Приложение № \_\_\_\_ к настоящему Договору), с территории Заказчика, находящейся по адресу: \_\_\_\_\_, а Заказчик обязуется оплачивать эти услуги.

2.1.1. Собрать, вывозить и ликвидировать твердые бытовые отходы по заявкам Заказчика в соответствии с условиями настоящего Договора.

3.2. Оплата услуг производится Заказчиком в течение \_\_\_\_\_ (\_\_\_\_\_) банковских дней с момента получения выставленного Исполнителем счета и после подписания уполномоченными представителями обеих Сторон Акта об утилизации твердых бытовых отходов».

Видим. Из пункта в пункт кочует оборот «твердые бытовые отходы». Что стоит заменить одним словом — ТБО? Конечно, с расшифровкой. И переписать просто и ясно:

«1.1. Исполнитель оказывает Заказчику услуги: собирает, вывозит и уничтожает твердые бытовые отходы (далее — «ТБО»). Заказчик обязан оплатить услуги Исполнителя в порядке, установленном Договором.

1.2. Исполнитель оказывает услуги по заявке Заказчика. Заказчик вправе подать заявку Исполнителю в любой форме — электронное письмо, телефонный звонок, СМС и т.д.

1.3. Если иное не установлено в Заявке, Исполнитель:

а) собирает ТБО по адресу Заказчика (указан в разделе Договора «Адреса и реквизиты сторон»); и

б) вывозит ТБО на городскую свалку (или в иное место, куда разрешает закон); и

в) уничтожает ТБО в порядке, установленном законом.

3.2. Заказчик оплачивает услуги Исполнителя через три рабочих дня после подписания акта об уничтожении ТБО».

А как у них? Да так же. Давно и многие призывают: «пишите просто, юридический жаргон — слова, понятные только другому юристу и то не всегда, — заменяйте на обычные, простые слова»<sup>1</sup>.

### 27.3.1. ИЗБЕГАЙТЕ ИНОСТРАННЫХ СЛОВ

Есть старая, заскорузлая беда. О ней почти полвека назад писала Нора Галь: «Американизмы вторгаются сейчас чуть ли не во все языки мира, особенно в западноевропейские. Вместе с модными новинками, рекламой, фильмами, джазом импортируется и модный жаргон.

Как сообщали газеты, французское правительство, например, приняло закон о защите языка, о запрещении включать во французский язык новые англицизмы. Во Франции год от году растет тревога всех, кому дорог родной язык.

Она прорывается и в переведенном у нас романе Ж.-Л. Кюртиса "Молодожены". Героиня романа, некая дамочка, так и сыплет американскими словечками и оборотами. «Этот незаконнорожденный жаргончик один ученый профессор окрестил „франглийским“, тщетно надеясь тем самым убить его в колыбели», — пишет автор.

Находятся и у нас дамочки обоего пола, которые уже сварганили такой же незаконнорожденный жаргончик наподобие франглийского — какой-то, черт его знает, амрусский — и из пижонства или по недомыслию щеголяют им на каждом шагу. Но зачем же нам этот жаргон пополнять, давать ему доступ в газету, в журнал, в книгу, зачем же его узаконивать?!» (*дополню: и зачем этот жаргон тащить в договор?!*)

Совсем плохо, когда человек тащит в договор слово из чужого языка... не зная смысла слова. Потом читаем и плачем: «Детали, изготовленные Подрядчиком с отклонениями размеров от чертежа сверх допуска, оформляются сторонами актом дефекации. Под-

<sup>1</sup> Хай, Руперт. Юридический английский. — 2-е изд. — Оксон: Рутледж-Кавендиш, 2009. — С. 4.

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

рядчик переделывает изготовленные с отклонениями от чертежа детали за свой счет в течение 10 дней с момента составления акта дефектации».

Угу... Какой-то сиволапый договорник спугал «дефектацию» с «дефектацией». Выставил себя на посмешище. И знаете что? Пронесло. Могло быть во сто крат хуже. Вот, другой написал в предмете договора: «подрядчик принимает на себя обязательство выполнить штукатурные и сопутствующие работы (05-Plastering)». Знаете, чем кончилось?! Смотрите: «...учитывая, что судопроизводство в арбитражном суде ведется на русском языке, а в контракте предмет договора обозначен иностранным словом «05-Plastering»;

в судебных актах не указано, каким образом суды установили, что предметом договора являются штукатурные работы (решение), штукатурные и сопутствующие им работы (постановление апелляционного суда), а также какие правила из предусмотренных статьей 431 ГК РФ применялись судами при толковании этого существенного условия договора подряда, какие доказательства исследовались...». (...отменить все судебные акты по делу, направить дело на новое рассмотрение — Постановление ФАС Московского округа от 12.09.2008 № КГ-А40/7354-08 по делу № А40-62552/07-51-416)

Если бы тот договорник написал предмет по-русски, четко и ясно, дело бы не пошло «на второй круг». Суд бы рассмотрел быстрее. Истец быстрее бы получил решение. А у ответчика было бы меньше времени для... ухода от долга, вздумай ответчик себя вести недобросовестно. Да и судебные расходы были бы меньше... Теперь понимаете, как опасны иностранные слова в русском договоре?!

Без иностранных слов легко обойтись. Приносят вам, к примеру:

«Продавец несет ответственность за все недостатки Товара, которые возникли после передачи его Покупателю, если причина их существовала до этой передачи и Покупатель предъявил рекламацию не позднее шести месяцев со дня приемки Товара».

Перепишите хотя бы так:

«Продавец отвечает за недостатки Товара, если:

1) причина недостатков возникла до передачи Товара Покупателю; и

2) Покупатель предъявил Продавцу претензию о недостатках не позднее шести месяцев со дня приемки Товара».

Еще пример: «Рекламации в отношении количества и качества результата работ могут быть заявлены Заказчиком Подрядчику в течение пяти банковских дней с момента отгрузки результата работ».

Лучше: «Заказчик вправе предъявить Подрядчику претензии по качеству (количеству, иным свойствам работ) в течение пяти рабочих дней с даты приемки. Заказчик вправе предъявлять эти претензии, даже если Заказчик подписал акт приемки без замечаний».

Все заметили? «Рекламации» и «банковские дни» — понятно. А еще? А еще я заменил «отгрузку». Зачем? Было в свое время несколько любопытных дел. Там весь спор шел вокруг: «что такое отгрузка?» и «когда отгрузку считать законченной?». См., к примеру Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 25.09.1997 № Ф04/1206-367/А45-97 по делу № А45-3237/97-КГ/157.

Поэтому если выкинуть «отгрузку» и написать простое и понятное «в течение пяти рабочих дней с даты приемки», то и спорить уже не о чем. И я считаю, это одна из целей хорошего договорника: составить договор так, чтобы всё было ясно и понятно, а спорить — не о чем.

## 27.3.2. Простые и ясные названия сторон в договоре

Принцип «в меру простые слова» применим и к названию сторон в договоре. Но есть и другой подход. Упоминал выше: «потому что так в Кодексе!».

Наследство предшественников. Прошлого поколения юристов. Советской закалки. Времен замшелого буквоедства. Страха хоть на йоту отступить от буквы закона. Приверженцы подхода называют стороны в договоре, как в кодексе.

Если пишут договор займа, называют стороны «заемщик» и «займодавец». В аренде — «арендатор» и «арендодатель». В поставке — «покупатель» и «поставщик». И так далее.

Какое-то разумное зерно в этом подходе есть. В теории, если мы назвали стороны «продавец» и «покупатель», то и суду, и проверяющим, и нашей бухгалтерии, и прочим исполнителям сразу ясно:

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

тут договор купли-продажи. А не подряд или там оказание услуг. На практике, вы помните: «суть договора определяется не названием договора и сторон, а природой отношений».

Со временем юристы заметили: в некоторых договорах подход «как в кодексе» неуместен; вы запутаете и себя, и исполнителя. Лучший пример — договор уступки права (требования), по-научному — цессия. Если следовать подходу «как в Кодексе», то стороны должны называться «цедент» и «цессионарий».

Однако даже почти во всех типовых болванках стороны названы иначе. Не так, как в Кодексе. Не «цедент» и «цессионарий», а «старый кредитор» и «новый кредитор». Отход от «как в Кодексе»? Да, причем давний. Встречается еще в болванках середины девяностых. А почему отошли?

Главная причина: так проще и понятней для не-юристов. Дополнительная: начальство гоняло нашего брата в хвост и в гриву: «Какой-такой цедент? Неси Кодекс. Что написано? Читаем вместе.

«Право (требование), принадлежащее кредитору на основании обязательства, может быть передано им другому лицу по сделке (уступка требования) или перейти к другому лицу на основании закона». Ну и где здесь «цедент»? Написано «кредитор», вот и пиши в договоре «кредитор». Ох уж эти юристы... Вечно все усложняют!»

Названия «старый кредитор» и «новый кредитор» прижились еще и потому, что даже если следовать пути «так в Кодексе!», можно написать по-другому. Просто. В том же Кодексе есть более простые названия сторон.

Откройте, к примеру, ст. 388 ГК. Читаем: «уступка требования кредитором (цедентом) другому лицу (цессионарию) допускается, если она не противоречит закону». Ага, по тексту одно название — понятное всем, в скобках — «профессорское».

Один раз отступили — и пошло. В договорах займа вместо «заемщик» и «займодавец» все чаще читаем «должник» и «кредитор». В аренде — «арендатор» и... «собственник». В договоре с автором — не «лицензиат» и «лицензиар», а «издательство» и «автор». В кредитном договоре — не «кредитор» и «заемщик», а «банк» и «должник».

Такая практика — и верная практика, доложу я вам! — есть не по всем договорам, а по некоторым: 1) там, где сторон легко

спутать, или 2) где договор обычно длинный, пока пишет, может запутаться сам договорник. Тупо перепутать стороны. И на автомате написать, скажем, вместо «арендатор» — «арендодатель».

Кончиться может плачевно. Допустим, хочет написать «Арендатор вправе в любое время заявить односторонний внесудебный отказ от Договора». Перепутал. Написал «арендодатель». И наделили правом на внесудебный отказ Арендодателя!

Или, в другой раз, усталый договорник ошибся и написал: «Все споры по договору рассматривает суд по месту нахождения Лицензиара» — а надо было «Лицензиата»!!! И вышла подсудность не по Издательству, а по Автору. А автор — из другой страны. Чудесно... Вместо спора в суде РФ получил спор на Украине. Зная, что там сейчас творится, в тот суд можно не ходить вовсе.

Если бы тот договорник назвал стороны в договоре просто — «Автор» и «Издательство» — думаю, не оплошал бы. Когда стороны названы просто, легче следить, что выходит из-под пальцев. Даже когда ты устал, а начальство кровь из носу требует сделать на завтра. Вечное «надо было вчера, ночь еще длинная, успеешь».

Отсюда:

1) если названия сторон и так ясны обитателю этой галактики — Заказчик/Подрядчик, Продавец/Покупатель, Банк/Вкладчик — не изобретайте велосипед. Называйте, как в ГК;

2) если названия сторон похожи, а тем более начинаются с одной буквы — Арендатор/Арендодатель, Цедент/Цессионарий, Лицензиар/Лицензиат — МЕНЯЙТЕ!!! На простые и отличные друг от друга. Примеры выше да помогут.

### 27.3.2.1. «Сторона-1» и «Сторона-2»

Страшный капкан. Называйте стороны как угодно, но только не так! Избегайте любой ценой!!! Тут помимо риска «навесить» стороне не то право или обязательство, есть еще один. Спутать цифры.

Выстрадал на собственной шкуре. Взыскиваем долг. Долг купили по цессии (уступка права). Суд читает договор уступки:

«1. Сторона 1 передает стороне 2 право требования исполнения обязательства по оплате поставленного товара с ОАО «Нестеровско-Махновское» (ИНН 123456789) в сумме 309 310 (триста девять

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

тысяч девяносто) руб. 90 коп. Указанное денежное обязательство по оплате за поставленный товар возникло из договора поставки запчастей к сельхозтехнике № 136 от 07.04.2011 г.

...б. За полученное право требование сторона 2 платит стороне 1 120 000 (сто двадцать) тысяч рублей. Срок оплаты — 01.06.2012 г.».

Суд, ощерясь змеиной улыбкой: «Так, Истец. А теперь поясните суду, как это вы так умудрились долг — грубо говоря, 300 тысяч — купить за миллион с лишним?! Притворная сделка? Деньги туда-сюда гоняем? Обналичиваем?!»

Поняли?! Судья прочел фразу из п. 6 не как «сторона 2 платит стороне 1 сумму 120 000 руб». А «прилепил» номер стороны к сумме. И получил 1 120 000. Конечно, заподозрил неладное.

Хорошо, в договоре была расшифровка суммы прописью.

Хорошо, были доказательства оплаты.

Хорошо, судья попался опытный, думающий. Перенес заседание и потребовал объяснений.

На следующее заседание я привел директора, подписавшего тот злосчастный договор. Директор еще раз подтвердил суду: слова не удачно расположены, сторон надо было назвать как-то проще, отсюда и путаница.

Суд подумал-подумал... Спросил: «Вы профессионально занимаетесь скупкой долгов?» Я честно ответил: «Нет. У нас такие договора — редкость. Потому и накосячили». Фуууххх... Убедили... Но сколько нервов ушло...

Представьте, если бы суд рассмотрел это дело в упрощенном производстве? Без вызова сторон? Не разобрался бы и отказал в иске? Злоупотребление правом или по другому основанию... Вполне мог. Обжалуй потом до турецкой пасхи...

Не повторяйте чужих ошибок. Называйте стороны в договоре как угодно, но только не «Сторона-1», «Сторона-2».

## 27.4. «ГЛАГОЛОМ ЖЕЧЬ СЕРДЦА ЛЮДЕЙ»

«Глаголом жечь сердца людей» — первым дзен познал Александр Сергеевич Пушкин, стихотворение «Пророк», откуда и пришел сей принцип. Потомки иногда спорят на извечную тему: «что хотел сказать автор?»

Одни понимают как: «глагол — слово, глаголить — говорить». Другие так: «Глаголы вечной жизни. Господь даёт их из своего сердца, сердца, наполненного огнём вечной любви. Если такие глаголы попадают в руки служителя — тогда они 100% будут приносить огонь в потухшие и уставшие, обременённые невзгодами сердца. Во время проповеди таких глаголов приходит освобождение»<sup>1</sup>.

К договорам принцип «глаголом жечь» применим буквально: **пишите через глагол. Избегайте причастий, деепричастий, «казенных» существительных и прочего мусора.**

Слово Учителю. Обосновала за много лет до меня: «Не всякий пишущий способен глаголом жечь сердца людей. Но, казалось бы, всякий писатель к этому стремится. А для этого *глагол* — то есть *слово* — должен быть жарким, живым.

Быть может, самое действенное, самое взволнованное слово в нашем языке — как раз глагол. Быть может, не случайно так называется самая живая часть нашей речи.

Громоздкими канцелярскими оборотами жечь сердца, затронуть душу довольно трудно. Обилие существительных, особенно отглагольных, тяжелит и сушит речь. Фраза со многими косвенными падежами неуклюжа и неходочлива. Причастия и деепричастия, слова вроде *вращающиеся, находившиеся, выращиваемые* тоже не делают прозу благозвучной, ясной и никого не взволнуют.

...Есть такая болезнь — водобоязнь. А многие литераторы, увы, страдают *глаголбоязнью*. И неизменно шарахаются от глагола, от живой воды языка, предпочитая всяческую сухомятку»<sup>2</sup>.

Смотрите, что выходит на практике. Один юрист пишет стандартно, казенно:

«В случае невозможности выполнить заказ, Поставщик должен незамедлительно уведомить Покупателя в форме, позволяющей зафиксировать сообщение (письмо, телеграмма, факс, e-mail) о невозможности выполнения заказа полностью или частично с указанием причин невозможности исполнения.

В случае если в течение 24 часов с момента получения Поставщиком заказа Покупателя в адрес Покупателя не поступит сообщение

<sup>1</sup> См., к примеру, тут: <https://otvet.mail.ru/question/49716965>

<sup>2</sup> Галь, Нора. Слово живое и мертвое. — М.: Азбука-Аттикус, 2017. Глава «Жечь или сушить?».

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

от Поставщика о невозможности по каким-либо причинам выполнить заказ Покупателя, заказ считается принятым Поставщиком к исполнению.

В случае не уведомления Покупателя о невозможности выполнить заказ, Поставщик несет ответственность в соответствии с условиями данного Договора и действующего законодательства».

Другой написал то же самое, но через глагол:

«Если Поставщик не может исполнить заказ, Поставщик обязан немедленно уведомить Покупателя — любым доступным способом, по реквизитам Покупателя, указанным в Договоре. Если не уведомит, заказ принят Поставщиком; Поставщик обязан исполнить заказ. *Примечание:*

1) «немедленно» значит: в течение 24 (двадцати четырех) часов с минуты получения заказа;

2) в уведомлении Поставщик обязан указать причину невозможности исполнения заказа;

3) изменение цены Товара не считается невозможностью исполнения заказа».

Получилось проще и легче.

Еще пример, из аренды. В проекте договора собственник пишет: «Арендатор обязан обеспечить возмещение Арендодателю убытков из-за нарушения в нежилом помещении, водоснабжение, водоотведение и подачи электроэнергии по вине Арендатора». Ну как, всё понятно?!

Юрист Арендатора правит ошибки собственника. Так в протоколе разногласий и написал: «Привести пункт в соответствие с нормами русского языка. Изложить в редакции: «Арендатор возмещает Арендодателю убытки (реальный ущерб), если Арендатор своими виновными действиями причинил Арендодателю убытки» — и всё!»

Еще пример. В договоре оказания услуг читаем:

«Все споры и разногласия, которые могут возникнуть между Сторонами по вопросам, не нашедшим своего разрешения в тексте настоящего Договора, будут разрешаться путем переговоров. При не урегулировании в процессе переговоров спорных вопросов споры разрешаются в порядке, установленном действующим законодательством РФ по месту нахождения Истца».

Переписываем: «Все споры по Договору стороны решают путем переговоров. Если не решили, спор рассматривает Арбитражный суд по месту нахождения Истца». Пожалуйста! Коротко и ясно.

Еще... Хватит. Куда еще. И так вся книга написана в стиле «глагол в умелых руках».

## 27.5. ДЕЙСТВИТЕЛЬНЫЙ ЗАЛОГ

Смахнем пыль с учебника русского языка:

«Залог — грамматическая категория, которая указывает на отношение действия к субъекту и объекту этого действия.

Действительный залог показывает, что подлежащее обозначает предмет или лицо (группу лиц), которые производят действие, направленное на другой предмет или лицо: Комиссия рассматривает проекты; Лампа освещает комнату.

Страдательный залог показывает, что подлежащее обозначает предмет или лицо, подверженные действию со стороны другого лица или предмета: Проекты рассматриваются комиссией; Комната освещается лампой»<sup>1</sup>.

Договорники почему-то обожают безликие фразы в страдательном залоге.

«Товар поставляется» — *сам собой?!*

«Спор рассматривается» — *сам собой?!*

«На претензию отвечается в течение десяти рабочих дней» — *да, пишут и так.*

«Имущество возвращается из аренды с учетом нормального износа, предшествующего возвращению» — *блин... прям-таки возвращение блудного сына. Представляю... Темная ночь. Стук в дверь. На пороге — нечто: «Хозяин! Прими меня обратно! Это я, твое имущество! Я вернулась из аренды лютой!».*

Судьи тоже против: «Нельзя записывать так, как иногда бывает у судьи в решении: «Протокол велся судьей»: во-первых, лучше не формулировать предложение в страдательном залоге, во-вторых, не проявлять неуважение к себе»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Источник: <http://www.krugosvet.ru/enc/lingvistika/zalog-v-russkom-yazyke>.

<sup>2</sup> *Судаков Г.В., Матеров Н.В.* Язык арбитражного судопроизводства //Администратор суда. 2012. № 4. С. 19–26. (Н.В. Матеров — председатель 14ААС).

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

Если писать в действительном залоге, будет просто, звучно, ясно:

«Поставщик обязан поставить товар Покупателю»

«Спор рассматривает Арбитражный суд Авалонской области»

«Сторона обязана ответить на претензию в течении десяти рабочих дней»

«Арендатор обязан вернуть имущество Арендодателю в том же виде, в котором получил, с учетом нормального износа».

И еще. Заметил интересную закономерность: **в действительном залоге сложнее ошибиться**. Как вам такое условие договора, найди ошибки:

«Исполнитель предоставляет услуги "Заказчику" по тарифам и налогам, действующим в средствах массовой информации на момент оказания услуги. Оплата осуществляется списанием денежных средств с номера договора <так в оригинале! — В.О.> «Заказчика"».

Если писать в действительном залоге, хватит одной фразы: «Заказчик оплачивает услуги Исполнителя по тарифам, установленным Договором». Все. С налогами стороны как-нибудь и без договора разберутся. А что оплата по «безналу» — и так нормальная, сложившаяся практика. Не пиши на заборе: «забор», и так понятно.

**Используйте ДЕЙСТВИТЕЛЬНЫЙ залог.**

**Проще. Яснее. Короче. Меньше простора для ошибки<sup>1</sup>**

Еще формулировка в страдательном залоге: «Товар по количеству и качеству принимается в момент и в месте перехода права собственности на продукцию в соответствии с действующим законодательством».

Не правда ли, «всё ясно»?! Можно, конечно, поправить: «покупатель обязан при приемке товара проверить количество и качество товара», расписать про переход права... Но зачем?! Что эта формулировка несет такого, чего нет в Кодексе?

<sup>1</sup> То же самое вам посоветуют практически в любом труде по английскому праву — см. к примеру, *Рибиро Роберт*. Коммерческие договора: техники составления и прецеденты. — Лондон: *Thorogood Publishing Ltd*, 2005. — С. 11.

Покупатель и так обязан проверить товар. Право собственности и так переходит к покупателю в миг передачи товара в силу закона — если в договоре не прописано иное. Я даже править ничего не стал. Вычеркнул.

И тут мы подходим к следующему принципу:

## 27.6. Принцип ружья: НИЧЕГО ЛИШНЕГО

Обычно приписывают Станиславскому. Но если погуглить и разобраться, первым принцип сформулировал Антон Павлович Чехов: «Нельзя ставить на сцене заряженное ружье, если никто не имеет в виду выстрелить из него. Нельзя обещать.» (письмо А.С. Лазареву-Грузинскому. 1 ноября 1889 г.)

Чуть раньше, в беседе с Гурляндом, Чехов сказал то же самое без отрицаний. На мой взгляд, более четко и удачно: **«Если вы в первом акте повесили на сцену пистолет, то в последнем он должен выстрелить. Иначе — не вешайте».**

Применительно к договорам это значит: **в договоре не должно быть лишних, бесполезных, бессмысленных формулировок.** Если вы пишете в договоре формулировку, она должна работать. Всегда думайте: вот я сейчас напишу в договоре то-то. Зачем?! Что я достигну? А стоит ли?! Может, и так хорошо?

Еще раз, криком кричу: **ДУМАЙТЕ!!!** Из своего опыта и наблюдений считаю, большинство лишних формулировок родились:

1) договорник не включил мозг и не подумал: «а зачем я это пишу?», или

2) тупо содрал формулировку с типовой болванки — опять не подумав, ЗАЧЕМ.

В самом деле, как мыслящий человек мог написать: «настоящий договор действует при условии исполнения арендатором настоящего договора»? Шикарно... То есть если арендатор хотя бы на день просрочит с оплатой аренды — любое другое нарушение — все?! Кирдык договору?

Еще из аренды: «Арендатор несет имущественную ответственность в части выполнения всех условий настоящего договора».

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

Прелестно. Всех условий, говорите? И за условия, написанные для Собственника? Бред. По идее, арендатор отвечает только за себя. Но если так, зачем писать эту формулировку?! Арендатор и так отвечает за себя. В силу ГК.

Из другого договора: **«настоящий договор составлен на русском языке»**. Вот чем думали?! Да, договор на русском. Что очевидно из текста. Если написать «договор составлен на английском языке», он что, сам собой на английский переведется?! А если не написать, что изменится?!

Еще. «Настоящий договор может быть расторгнут по соглашению сторон». Конечно. Стороны в любую минуту могут сделать «допнег» и расторгнуть договор. Если не писать эту формулировку, что изменится? Да ничего.

Далее, «Поставка осуществляется путем выборки товара Поставщиком на своем складе». Ага. То есть Поставщик выбрал товар, сложил в уголок склада... и что, поставка произошла?! Без передачи товара Покупателю?!

Наверно, делали поставку «самовывоз». Поставщик готовит товар и складывает отдельно от остального товара, а Покупатель своим ходом приезжает-забирает. Но не продумали. Не описали нормально. Получилось черт-те что и сбоку бантик.

Каждый раз, когда мне кажется, будто я видел все ошибки в договорах, заказчики подкидывают что-то новое. Вот, недавно принесли: «сдача результата работ Заказчику осуществляется Подрядчиком в течение десяти погожих дней с момента начала работ».

Ох ты... Я думал, дни в договоре бывают рабочие и календарные — по ГК. У отдельных договорников еще и «банковские». А есть, оказывается, еще и «погожие». Интересно, как стороны будут считать погожие дни? По справкам с метеостанции?

Да и как определить, тот или иной день — погожий или нет? Допустим, с утра лил дождь. А к обеду распогодилось. Погожий день или нет?! Что мешало подумать «на берегу» и заложить календарные дни?! Ох, грамотеи...

Еще из недавнего. Долго «втыкал» в формулировку: «Поставщик не несет никакой ответственности за действия, регламентирующие хозяйственную деятельность Покупателя». Не просветлился. Что хотели стороны — загадка.

Долго медитировал над фразой: «Акт должен быть заверен мокрыми печатями и живой подписью представителей Покупателя и транспортной компании». Вообще-то, заверяют копии. А на подлиннике ставят печать. Любая печать, будь она трижды «мокрая» в миг простановки, через пару часов станет сухой. И как вы определите, мокрую печать поставила сторона или сухую?! А что за «живая подпись»? Быть может, у кого-то бывает «мертвая»?!

А как вам перл из аренды: «Арендодатель обязуется обеспечивать функционирование персонала Арендатора»?! Интересно, как? Кормить? Поить? Спать укладывать?

В другом договоре читаю: «Стороны обязаны своевременно уведомлять друг друга об изменении своей формы». Ага, если Подрядчик перейдет из твердой формы в газообразную, сразу уведомит Заказчика...

В третьем: «Стоимость услуг Исполнителя определяется по устному соглашению сторон, которое является неотъемлемой частью настоящего договора». Аудиозапись прилагаем?! Нет. Просто не подумали, как устное соглашение может стать частью письменного документа...

**ДУМАЙТЕ, что пишете. Не пишите бессмыслицу.**

## 27.7. НУМЕРАЦИЯ

Почему-то в русской традиции «договорописания» принято валить все до кучи. Юристы заворачивают длинные предложения. А потом сами же плачут над этой... свалкой. «Кто же знал, что суд так истолкует!».

Пример «свалки». Пункт договора: «8.2.7. В случае невозврата, утраты, порчи или иного ухудшения товарного вида кег — Очаково и баллонов — Очаково (за исключением условий естественного товарного износа) покупатель выплачивает их полную учетную стоимость в соответствии с п. 8.2.1 и 8.2.5 настоящего договора и НДС и уплачивает штраф в размере 20% стоимости невозвращенной в срок тары, в течение 10 банковских дней с момента выставления претензии».

Покупатель не вернул тару. Поставщик пошел в суд. Взыскивать штраф. И... отказ в иске. Почему? Договорник явно думал над

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

нашим любимым «можно предвидеть? можно предотвратить?». Правильно начал. Предвидел четыре случая. Пробовал предотвратить...

И вот тут напортачил. Свалил все четыре случая в один пункт договора. А пятый — проглядел. Оно и понятно, пойдя найди что-то на свалке, под грудями хлама. И, по закону подлости, произошел именно пятый случай.

В суде: «...Поскольку тара не была возвращена истцу в срок, истец на основании пункта 8.2.7 заявил требование о взыскании штрафа... В процессе рассмотрения дела судом первой инстанции (17.12.2014) ответчик возвратил истцу тару в полном объеме.

В связи с чем истец уточнил искимые требования и просил суд взыскать с ответчика только штраф в размере 10 000 руб. (в первоначальных требованиях истец просил взыскать также стоимость тары).

В соответствии с положениями статьи 431 ГК РФ, при толковании условий договора судом принимается во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений.

...Исходя из гипотезы (условия, при котором данное правило применяется к сторонам) пункта 8.2.7 договора, данный пункт применим в том случае, когда кеги не возвращены, утрачены, испорчены или ухудшили свой товарный вид (за исключением естественного товарного износа).

Согласно диспозиции (само правило поведения) пункта 8.2.7 покупатель выплачивает определенную сумму. Санкция пункта 8.2.7 договора определяет размеры выплаты. Словосочетание «невозвращенной в срок», на которое указывает заявитель, не нашло отражение в гипотезе пункта 8.2.7.

Исходя из пункта 4.1 договора, заказы могут совершаться ежедневно, за исключением воскресенья. То есть предполагается, что в рамках данного договора может быть несколько заказов (постоянный оборот). Соответственно, по какой-то из заявок тара (кеги) может быть и не возвращена в срок.

Апелляционный суд также учитывает, что рассматриваемым пунктом договора предусмотрен именно штраф, а не пеня, т.е. срок просрочки не имеет значения.

С учетом изложенного, из системного толкования пунктов договора не усматривается, что в данном случае подлежит уплате штраф ввиду несвоевременного возврата кег.

Кроме того, в рассматриваемом пункте договора использован соединительный союз «и»: «выплачивает полную стоимость и уплачивает штраф». То есть логическое толкование данного пункта также подтверждает вывод суда». (*Постановление 15ААС от 15.06.2015 № 15АП-7991/2015 по делу № А32-41969/2014*)

Я объясню чуть по-другому. Договорник предвидел четыре случая: 1) «невозврат»; 2) утрата; 3) порча; 4) иное ухудшение товарного вида. На самом деле случаев три, т.к. порча и ухудшение, если вдуматься, одно и то же.

Ладно, пусть четыре. Но. Есть и пятый случай: кеги возвращены, но с просрочкой. Вот его-то договорник и проглядел. Еще раз вникнем. Кеги у поставщика. Глазами договора это что? «Невозврат». Последствия? Штраф. Но!!! Штраф возможен, пока есть «невозврат». А покупатель возьми да и верни кеги — когда дело уж было в суде. Все, «невозврата» нет.

А что есть? Просрочка исполнения. Обязан был вернуть к одному числу, вернул к другому, позже. Нарушил условие договора «вернуть к такому-то числу»? Да. Последствия? Никаких. Договором именно этот случай не предусмотрен.

Почему? Думаю, свалив все до кучи, договорник решил, будто он учел возврат с просрочкой. Как видите — нет.

Хорошо. Критикуешь — предлагай. Что можно было сделать лучше? Использовать нумерацию. **В том-то и сила нумерации: позволяет четко раскладывать случаи — будущее! — по полочкам.** Тогда оговорка выглядела бы так, просто и ясно:

«5.1. Покупатель обязан вернуть тару Поставщику. Срок возврата — двадцать рабочих дней с даты получения товара. Штраф за просрочку — 20% от цены невозвращенной тары. Цена тары такая-то.

5.2. Покупатель обязан вернуть тару Поставщику в исправном состоянии, без ухудшения товарного вида.

1) Если Покупатель утратит тару, Покупатель возмещает Поставщику цену тары. Цена тары указана в п. 5.1. Договора. Покупатель обязан возместить цену тары в течение десяти рабочих дней со дня получения претензии Поставщика.

2) Если Покупатель вернет Поставщику испорченную тару (поврежденную, а также в ином ухудшенном состоянии) Покупатель

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

возмещает Поставщику цену тары — указана в п. 5.1. Договора. Пункт неприменим, если порча тары незначительна и вызвана естественным износом тары».

Почему так. В моем варианте Покупатель платит одинаковый штраф как при утрате, так и при повреждении. По уму, конечно, если тара повреждена, но можно починить, Покупатель должен возместить стоимость ремонта. То есть платит меньше, чем когда тара уничтожена.

Некоторые так и пишут: «должен заплатить цену тары соразмерно повреждениям» или «оплатить ремонт тары». Но если написать так, наверняка получишь спор по цене ремонта. Слышу как наяву: «Завысили! Не может эта бочка столько стоить! Разводят!!!»

Посему проще и эффективнее тупо прописать штраф. Без привязки к тому, насколько повреждена тара. Впрочем, не так уж тупо. Да, выходит: «плати за поврежденную, как за уничтоженную». Не вполне справедливо. Но, в то же время, не повредил — не плати. А значит, такой подход побуждает Покупателя беречь тару. Вот и пусть бережет.

Разберем еще одну... «свалку». Формулировка:

«Заказчик обязуется подписать акт выполненных работ (оказанных Услуг) в течение 5-ти (пяти) рабочих дней со дня их получения или посредством факсимильной связи, или в письменном виде предоставить Исполнителю обоснованный отказ в их подписании, в противном случае работы считаются выполненными в полном объеме и качестве».

Я когда прочел... Первая мысль была: «нам результат по факсу пришлют?!» Если бы речь шла об акте, было бы «его получения». Но сказано «их получения»... т.е. работ (услуг)?! Понятно, думали одно, написали другое. Я в протоколе разногласий переписал пункт так:

«Исполнитель направляет Заказчику Акт об оказанных услугах (далее — «Акт»). Исполнитель вправе направить Акт Заказчику курьером (с нарочным), по обычной или по электронной почте. Заказчик может подписать Акт в течение пяти рабочих дней после получения. При этом:

1) молчание Заказчика в ответ на полученный Акт не является согласием с качеством и прочими характеристиками Услуг; а также

2) в пределах гарантийного срока Заказчик вправе предъявлять Исполнителю претензии по качеству и прочим характеристикам Услуг — даже если Заказчик подписал Акт без замечаний».

Почему так. Во-первых, факс — архаизм. Редко где встречается. Из нынешнего поколения не все и знают, что за зверь такой. Во-вторых, конечно, я не только разложил «свалку» по полочкам. Но и «перетянул одеяло» на Заказчика. Вышло и проще, и понятнее, и в пользу клиента. А вы думали. Кто платит, того и бережем.

### 27.7.1. КОВАРНЫЕ СОЮЗЫ

Нумерация не только помогает вам «разгрести свалки», но и сглаживает коварство союзов. Видели в договорах «и/или»? Вот. Они, проклятые. Вообще, оборот «и/или» родился из:

1) лени — договорникам лень расписывать все возможные случаи;

2) привычки валить все до кучи;

3) незнания, чем обернется «и», а чем — «или»;

4) «глубокой любви» к родному языку.

Ну да по порядку.

**«И».** Когда и зачем нужен союз «и»? В теории, союз «и» связывает между собой однородные члены предложения, а еще — простые предложения в составе сложного. Соединительный союз. Потому что соединяет одно с другим.

В договоре, если между А — Б стоит союз «и», значит — должно быть одновременно А + Б. К примеру, «Поставщик обязан поставить арбузы **и** дыни». Значит, Поставщик должен поставить ОБА товара. Иначе обязательство по поставке не исполнено.

О чем суды пишут: «В контексте условий договора суд считает, что использование сторонами соединительного союза «и» означает, что при толковании **необходимо учитывать оба условия, соединенные данным союзом**». (Постановление Огиднадцатого арбитражного апелляционного суда от 12.07.2016 № 11АП-7984/2016 по делу № А55-3179/2016, также Постановление ФАС Московского округа от 26.07.2012 по делу № А40-68367/10-160-560)

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

Вы можете сказать мне: «Спасибо, Капитан Очевидность!». И будете НЕ правы. Если все так очевидно, почему суды обращают внимание на то, что с чем соединяет союз «и»? Да потому что договорники до сих пор ошибаются. Господи, как порой много зависит от одной буквы «И»... Сдуру поставленной не туда.

*Пример раз.* Не туда поставили букву «И» — не перешло право. «В пункте 1.1 договора стороны согласовали условие, согласно которому передаваемое право переходит от cedenta к цессионарию с момента подписания договора **и** акта приема-передачи документов.

Использование соединительного союза «и» свидетельствует о том, что для перехода права требования должны быть совершены оба действия, как подписание договора, так и акта передачи документов. Из п. 2.1 договора следует, что cedent должен был обеспечить подписание такого акта в течение пяти дней с момента подписания договора.

Доказательства подписания акта приема-передачи документов в материалы дела не представлены. Довод истца о том, что ответчик не требовал передачи документов, не может быть принят, так как право подлежит реализации по усмотрению правообладателя.

При отсутствии подписанного обеими сторонами акта приема-передачи документов, с учетом того, что по условиям договора моментом подписания данного акта определен момент перехода права требования, **право требования к цессионарию не перешло, а у cedenta не возникло право требовать оплаты за переданное право, предусмотренной договором**. (*Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 15.03.2012 № 15АП-477/2012 по делу № А53-13437/2011*)

*Пример два.* Поставили букву «И» — остались без неустойки. «Суд первой инстанции исходя из буквального содержания п. 2.3 договора аренды от 01.07.2011 № н/5-141 пришел к верному выводу, что использование соединительного союза «и» для согласованных сторонами двух условий выплаты арендатором неустойки, а именно: допущенной просрочки и не исполнения ранее наложенных штрафных санкций, влечет установление для взыскания неустойки совокупности двух названных условий. (*ара, А+Б*)

На основании чего требование истца о взыскании неустойки за нарушение сроков уплаты в июле 2011 за период с 26.07.2011 по

28.07.2011 (по предоплате за август) обоснованно оставил без удовлетворения, поскольку истцом не представлены доказательства «наложения» на ответчика и неисполнения им на момент предъявления указанного требования штрафных санкций». (Постановление Сеьмого арбитражного апелляционного суда от 02.08.2013 по делу № А45-29996/2012)

Нумерация позволяет вам ясно видеть, что вы с чем соединяете. И сколько условий достаточно. Оба? («И»). А может, только одно из двух (ИЛИ)? К примеру, вероломный Арендатор подсовывает вам формулировку:

«Арендатор отвечает за гибель (повреждение) имущества, только если имущество погибло (повреждено) в результате умышленных действий Арендатора **и** третьих лиц или действия непреодолимой силы».

Если оставить как есть, можно проглядеть подвох. А подвох опять в букве «и». В такой редакции пункта Арендатор будет отвечать за гибель имущества в двух крайне маловероятных случаях:

1) имущество погибло (повреждено) в результате действий и Арендатора, и одновременно третьих лиц — множественное число, т.е. нескольких третьих лиц!!!; да еще не просто действий, а умышленных действий — поди докажи; естественно, формулировка на руку Арендатору; а слово «только» в связке с остальным значит: в остальных случаях Арендатор не отвечает. Прекрасно!

2) второй случай — непреодолимая сила — в силу предлога «или» не зависит от первого. Тоже крайне маловероятно. Вряд ли грянет непреодолимая сила. И еще поди докажи, грянула или нет.

Видите, сколько можно наворотить всего одной буквой? Если поставить эту буквицу в выгодное вам место?!



## ДОМАШНЕЕ ЗАДАНИЕ

Самостоятельно изучите Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 16.01.2015 № Ф04-14496/2014 по делу № А45-9287/2014 и Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 04.09.2014 по делу № А33-15554/2013.

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

**«ИЛИ».** В практике давно разобрались: «употребление соединительного союза «или» доказывает, что для угрозы смешения **достаточно наличия хотя бы одного из перечисленных обстоятельств, а не их совокупности**». (Постановление ФАС Московского округа от 10.12.2010 № КГ-А40/14119-10 по делу № А40-161989/09-26-1177)

По существу, суд сделал верный вывод: «достаточно хотя бы одного». Но ошибся в названии союза. «Или» — разделительный союз. Отделяет одно от другого. Или «А», или «Б». Но не оба вместе.

Хорошо, есть правильная практика. Где союз «ИЛИ» верно назван именно разделительным союзом. См. Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 17.12.2015 № Ф02-7006/2015 по делу № А19-10928/2014, Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 26.09.2005 № Ф08-3912/2005, Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 25.06.2003 № А11-1357/2003-К2-Е-997 и т.д.

Союз «ИЛИ» дает нам возможность отделять одно от другого. Казалось бы, где тут можно накосячить? А вот, пожалуйста:

«В пункте 6.1 договоров участия в долевом строительстве от 07.10.2014, от 11.11.2014 предусмотрено, что участник вправе уступить свои права по договору третьему лицу только после уплаты им цены договора или одновременно с переводом долга с согласия Застройщика-инвестора на нового участника строительства. О переходе прав по настоящему договору Участник обязан в письменной форме уведомить Застройщика-инвестора в 10-дневный срок.

Суд первой инстанции посчитал, что из указанного пункта договоров следует, что договором установлен запрет для участника долевого строительства осуществлять уступку права требования по договору без письменного согласия застройщика.

Апелляционный суд не может согласиться с выводом суда первой инстанции в силу следующего.

**Союз «или» имеет смысл разделительного, до него изложено одно правило, после — другое.** То есть, в пункте 6.1 договоров участия в долевом строительстве от 07.10.2014, от 11.11.2014 предусмотрено, что «участник вправе уступить свои права по договору треть-

ему лицу только после уплаты им цены договора или одновременно с переводом долга с согласия Застройщика-инвестора на нового участника строительства.

О переходе прав по настоящему договору Участник обязан в письменной форме уведомить Застройщика-инвестора в 10-дневный срок». (Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 02.07.2015 по делу № А74-1939/2015)

Как видим, если вы употребили «или» в сложном предложении, велика вероятность получить спор по толкованию. А до суда — стороны могут по-разному понять смысл одного пункта. Поэтому лучше сразу писать просто и с нумерацией. Не валить все в одну кучу.

Для примера, перепишу формулировку выше:

«10.1. После того как Участник оплатит цену Договора, Участник вправе уступить право требования к Застройщику-инвестору третьему лицу. Застройщик-инвестор согласен на такую уступку. Дополнительное согласие не требуется.

10.1.1. Участник письменно уведомляет Застройщика-инвестора об уступке права в течение десяти рабочих дней со дня заключения договора об уступке.

10.2. Если у Участника есть долг перед Застройщиком, в частности, если Участник не полностью оплатил цену Договору, Участник может уступить право требования к Застройщику-инвестору третьему лицу только с согласия Застройщика-инвестора».

Все! Кстати, заметили? Формулировка получилась без союзов. **Вовсе. Да, нумерация в умелых руках позволяет обойтись без союзов вовсе.** А нет союзов — нет и «головняка» с толкованием. Еще пример:

«10.1. Исполнитель вправе отказаться от Договора (заявить односторонний внесудебный отказ) в любом из следующих случаев:

- 1) если Заказчик не выполняет принятых на себя обязательств;
- 2) если Судно не может прибыть на судоверфь в назначенное время (пункт такой-то Договора);
- 3) если в срок, установленный Договором, Заказчик не перечислил Исполнителю аванс».

Отсюда советую. **Если пользуетесь союзами, будьте ОЧЕНЬ внимательны. Не заворачивайте длинные предложения. Можете**

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

обойтись без союзов вовсе через «в любом из следующих случаев» или подобную фразу — обходитесь. Пользуйтесь нумерацией. Вам что, цифири жалко? Как шутил один хороший договорник: «Нумеруем все, что движется. А что не движется — пинаем и нумеруем».

«И/ИЛИ». Иногда еще пишут так «И(ИЛИ)». — **ИЗБЕГАЙТЕ!!!** Если уж поставили союз, то ОДИН. А не оба вместе. Иначе вы рискуете получить спор по толкованию. На тему «так «и» или «или»? Либо и вовсе: «что значит косая черта?!»

Я серьезно. Было и такое: «в пункте 9.1 при описании страхового риска используется конструкция «и/или» («...при наличии факта, что в ТС или ином доступном для третьих лиц месте не были оставлены ключи и/или регистрационные документы (свидетельство о регистрации ТС и/или паспорт ТС)»).

Использование такой конструкции допускает, что данный страховой риск включает в себя случаи, когда в транспортном средстве не были оставлены либо свидетельство о регистрации ТС и паспорт ТС (то есть оба документа), либо свидетельство о регистрации ТС или паспорт ТС (то есть один из них).

Таким образом, поскольку страхователем ключи и один из регистрационных документов был предъявлен страховщику, что допускается с учетом использования страховщиком союза «или» при формулировке страхового риска, событие является страховым случаем, предусмотренным пунктом 9.1 Правил.

Доводы апелляционной жалобы выражают несогласие с указанным толкованием условий договора, но они отклоняются, поскольку указанное выше толкование признается судом апелляционной инстанции правильным.

В настоящем случае косая черта употребляется как знак альтернативности. Союз «и» является разделительным и означает «и это, и то», союз «или» является разделительным и имеет значение «или это, или то». (*Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 13.10.2015 № 08АП-8745/2015 по делу № А46-3656/2015*)

Думаете, единичный случай? Если бы! См. Постановление Пятого арбитражного апелляционного суда от 28.08.2015 по делу № А51-1070/2015, Апелляционное определение Верховного Суда

Республики Башкортостан от 03.12.2015 по делу № 33-21492/2015, Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 13.03.2013 № 09АП-3932/2013 по делу № А40-124230/12-139-1191.

А как у них? Сочетание И/ИЛИ крепко отметили американский судья Фоулер, Верховный суд штата Висконсин: «...Янусообразная словесная чудовищность; ни слово, ни фраза; дитя мозга кого-то очень ленивого или очень тупого; кого-то, кто не в состоянии высказать точный смысл или настолько туп, что не ведает, о чем пишет». Дело *Employers Mutual Liability Insurance Co. v Tollefson*, 263 N.W. 376 at 377 (1935).

Англичанин сказал короче: «союз-ублюдок» (судья Саймон, дело *BonittovFuerstBros&Co. Ltd [1944] AC 75 at 82*).

Другой английский судья, Фаррел, столкнулся с этим ублюдком... и не знал, что делать. В завещании сказано: «оставляю поместье Маргарет Энн и/или Джону Ричардсу». Судья: «Сие может значить «оставляю все Маргарет», а если она умрет — тогда наследует Джон. Сие может значить «обоим поровну». Третий вариант — признать завещание полностью недействительным из-за неопределенности» (дело *ReLewis, GoronwyvRichards [1942] 2 AllE. R. 364 at 365<sup>1</sup>*).

Как видите, И/ИЛИ обоснованно не любят и в других странах.  
**ИЗБЕГАЙТЕ!!!**

## 27.8. «БЕРЕГИСЬ КАНЦЕЛЯРИТА!!!»

Дань памяти человеку, у которого я учился мастерству. Пускай и заочно. Итак, канцелярит — «самая распространенная, самая злокачественная болезнь нашей речи. Много лет назад один из самых образованных и разносторонних людей нашего века, редкостный знаток русского языка и чудодей слова Корней Иванович Чуковский заклеил ее точным, убийственным названием.

Статья его так и называлась "Канцелярит" и прозвучала она поистине как SOS. Не решаюсь сказать, что то был глас вопиющего в пустыне: к счастью, есть рыцари, которые, не щадя сил, сражаются

---

<sup>1</sup> Цитирую по: *Краббс, Винсент. Законотворчество. — Кавендиш, 1994. — С. 37.*

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

за честь Слова. Но, увы, надо смотреть правде в глаза: канцелярит не сдается, он наступает, ширится.

Это окаянный и зловредный недуг нашей речи. Суший рак: расстаются чужеродные, губительные клетки — постылые штампы, которые не несут ни мысли, ни чувства, ни на грош информации, а лишь забивают и угнетают живое, полезное ядро.

...Так что же он такое, канцелярит? У него есть очень точные приметы, общие и для переводной и для отечественной литературы.

Это — вытеснение глагола, то есть движения, действия, причастием, деепричастием, существительным (особенно отглагольным!), а значит — застойность, неподвижность. И из всех глагольных форм — пристрастие к инфинитиву.

Это — нагромождение существительных в косвенных падежах, чаще всего длинные цепи существительных в одном и том же падеже — родительном, так что уже нельзя понять, что к чему относится и о чем идет речь.

Это — обилие иностранных слов там, где их вполне можно заменить словами русскими.

Это — вытеснение активных оборотов пассивными, почти всегда более тяжелыми, громоздкими.

Это — тяжелый, путаный строй фразы, невразумительность. Несчетные придаточные предложения, вдвойне тяжеловесные и неестественные в разговорной речи.

Это — серость, однообразие, стертость, штамп. Убогий, скудный словарь: и автор и герои говорят одним и тем же сухим, казенным языком. Всегда, без всякой причины и нужды, предпочитают длинное слово — короткому, официальное или книжное — разговорному, сложное — простому, штамп — живому образу. Короче говоря, канцелярит — это мертвечина<sup>1</sup>.

Полностью согласен с Норой Галь и ее трактовкой, предложенной в «Слове живом и мертвом». Понимаю, нашему брату тяжело уйти от канцелярита. Многие формулировки в договорах пришли из законов. А там казенщины хватает. Да и чего греха таить, многие из

---

<sup>1</sup> Нора Галь — переводчик «Маленького принца». Единственный переводчик, в честь которой, за выдающееся мастерство... назвали планету. Легенда. Обязательно прочтите книгу! (Есть в Сети).

нас привыкли говорить — и писать! — сухим языком закона. Профессиональное-с...

Тем не менее, в договоре важно уходить от привычных штампов. Ради ЯСНОСТИ. Канцелярит — это мертвечина. И эта мертвечина опасна для договорника. Условие договора, написанное мертвечиной... мертво. Чем пользуются недобросовестные юристы.

### 27.8.1. Ясность ПРОТИВ тумана (КАНЦЕЛЯРИТА)

Сравните формулировки:

1) «В случае нарушения срока оплаты поставленного товара, Поставщик вправе взыскать неустойку в размере 0,1% от суммы задолженности за каждый день просрочки. Штрафные санкции, указанные в настоящем пункте, считаются начисленными с момента и в размере письменного признания предъявленной претензии (счета) либо с момента вступления в силу судебного решения». *(отборный канцелярит, я бы сказал — махровый)*

2) «В случае просрочки оплаты товара, Покупатель платит Поставщику неустойку в размере 0,1% от суммы долга за каждый день просрочки». *(просто и ясно<sup>1</sup>)*

Увы, в договор проникла первая формулировка. Покупатель вовремя не расплатился. Поставщик пошел взыскивать неустойку. Проиграл: «Исходя из буквального толкования п. 7.1 договора в соответствии со ст. 431 ГК РФ доказательств наступления обстоятельств, при которых возможно взыскание предъявленной неустойки, суду не представлено». *(Арбитражный суд г. Москвы, дело №А40-165090/2016-34-1446, решение от 22 ноября 2016 года)*. Если интересно, сумма неустойки на кону — 1 288 152,05 руб.

Другая мертвая формулировка: «В случае неправомерного удержания денежных средств или уклонения от их возврата любой из сторон эта сторона уплачивает другой стороне, помимо возврата невозвращенных вовремя денежных средств, неустойку в размере

<sup>1</sup> В Англии с малых лет студентов юрфака учат: «Фундаментальное правило № 1. Ясность. Пишите как можно яснее. Если выходит размыто (туманно), значит, вы недостаточно поняли вопрос или плохо обдумали». *Уэб Джуджан, Холланд Джеймс. Учим право. — 8-е изд. — Оксфорд: издательство университета Оксфорд, 2013. — С. 102.*

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

одной трехсотой действующей на день уплаты неустойки ставки рефинансирования ЦБ РФ».

Чем кончилось в суде: «...содержание пункта 8.4 Договора поставки № 470 от 10.07.2015 года не свидетельствует о достижении сторонами соглашения об оплате неустойки за просрочку оплаты за поставленный товар в соответствии со статьями 329, 330, 331 ГК РФ, так как стороны не определили, от какой суммы следует исчислять размер неустойки.

При этом в данном пункте договора не указано, что неустойка рассчитывается за каждый день просрочки. При таких обстоятельствах суд пришел к выводу о необоснованном расширительном толковании истцом содержания пункта 8.4 Договора.

На основании вышеизложенного, требование о взыскании неустойки, начисленной по договору в сумме 228 675,26 рублей, удовлетворению не подлежит». (*Решение Арбитражного суда г. Саратов от 30 августа 2016 года по делу №А57-6290/2016*. И увы, вторая инстанция этот вывод суда оставила в силе).

Уверен, эту мертвечину в договор затащил Покупатель. Причем — НАМЕРЕННО. Включаем системное мышление. В обоих делах были разные истцы (поставщики)... но один и тот же покупатель. В обоих делах проект договора готовил... Покупатель! Оба договора были заключены на торгах.

Где вторая сторона обычно в стесненных условиях. Не может предложить свою редакцию того или иного пункта. Чем и пользуются недобросовестные люди... Сводят все переговоры к опостылевшему: «либо подписывай как есть, в нашей редакции, либо — дверь там». Увы, есть такая практика...

И, наконец, в итоге формулировка сыграла именно в пользу Покупателя. Еще аналитики Древнего Рима задавали вопрос: *сui prodest?*! Кому выгодно? Конечно, Покупателю. Потому я и уверен: Покупатель намеренно вписал мертвую формулировку. Чтобы уйти от ответственности<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Все-таки есть на свете справедливость. А ошибаются все, даже самые умные. В первом деле Покупатель ушел от ответственности (неустойка). Вчистую. Во втором — Покупатель тоже отбился от неустойки... но не смог отбить второй удар.

Истец, помимо неустойки, заявил еще и проценты по 317.1 ГК. Покупатель не исключил эту статью договором. Проглядел, чем и воспользовался Истец. Таки отжал с Ответчика проценты по 317-й. С превеликим трудом. Во второй инстанции — см. Постановление 12ААС от 03 ноября 2016 года по делу № А57-6290/2016. Ну, хоть что-то.

Поэтому если видите договор, написанный отборной казенщиной — особенно пункты об ответственности! — **НАСТОРОЖИТЕСЬ**. Скорее всего, договор намеренно составлен так, чтобы:

- 1) другая сторона могла уйти от ответственности;
- 2) получить какое-то преимущество или право;
- 3) «навесить» вам дополнительные обязательства;
- 4) взвалить на вас дополнительную ответственность.

И эти «капканы» спрятаны в тени уродливого канцелярита.

Еще раз, вслед за Норой Галь, повторю: **БЕРЕГИСЬ КАНЦЕЛЯРИТА!!!**

Спросите: «Все типовые болванки в базах написаны канцеляритом, как быть?» Отвечу, как:

- 1) перерабатывать болванки под свои нужды — вплоть до полной переделки;
- 2) писать просто и ясно, как — берите мои примеры;
- 3) всегда думать, что и зачем ты пишешь в договоре, как оно будет работать на практике. Если будет.

Впрочем, последняя фраза — отдельный принцип:

## 27.9. ДУМАЙ О ПОСЛЕДСТВИЯХ

Вот написали вы очередной пункт договора. Спросите себя: «А что будет, если сторона (стороны) нарушат это условие? Последствия?». Если условие заведомо не дает стороне какое-то благо — зачем писать?! Или, если условие не исполнимо в принципе — тоже, зачем писать?!

Казалось бы, очевидно. Ан нет. Стороны до сих пор с паразитическим упорством тянут в договор всякий хлам. Заведомо нерабочий. К примеру: «Поставщик имеет право отказаться от настоящего Договора в случае неоднократного нарушения Покупателем условий настоящего Договора. В этом случае Поставщик имеет право в будущем не заключать с Покупателем таких договоров».

Право на отказ из-за неоднократных нарушений у Поставщика и так есть — 523 ГК. Да и у Покупателя — тоже. В силу той же статьи Кодекса. Если сторона будет неоднократно нарушать условия договора, что будет? Ничего такого, что было бы особо установлено

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

договором. Поскольку не установлено иное, сработает 523-я ГК. И все. Никаких особых последствий. А раз так, зачем писать?!

Второе предложение — «имеет право в будущем не заключать» — тоже ни о чем. Повторяет 421-ю статью ГК. У нас и так свобода договора. С кем хочу, с тем и заключаю. Поэтому отдельно прописывать это право в договоре нет смысла. Оно и так есть в силу закона. Смело выкидываем хлам — вычеркиваем формулировку.

Другой пример: «В случае, если стороны не пришли к единодушному согласию по изменению арендной платы, договор может быть расторгнут любой из них в одностороннем порядке с предупреждением второй стороны за один месяц».

Думаем о последствиях. Что будет, если не написать эту формулировку? Будет, как в Кодексе. А Кодекс не позволяет Собственнику отказаться от договора, если тот хочет повысить арендную плату, а Арендатор — против.

Во-вторых, по закону договор аренды может быть досрочно расторгнут только в особых случаях (ст. 619, ст. 620 ГК). И во всех этих случаях действует **судебный** порядок расторжения. Нельзя просто написать письмо и отказаться от договора. Нужно идти с иском в суд и просить суд расторгнуть договор. Долго и хлопотно...

Вот эту формулировку, в принципе, можно прописать в договоре. Формулировка несет благо: более простой и быстрый порядок расторжения договора. В принципе, так как в том виде, как формулировка написана в типовой болванке, она никуда не годится. «Дорабатываем напильником»:

«Если стороны не пришли к согласию по изменению арендной платы, сторона вправе расторгнуть договор в одностороннем внесудебном порядке; о чем предупреждает другую сторону не менее чем за месяц до расторжения. Собственник вправе увеличить размер арендной платы по Договору, но не чаще раза в год и не более чем на 10%».

Найди десять отличий! Шучу. Отличий три. Первое — добавил слово «внесудебном». Для чего. В оригинале это слово пропущено. А значит, пункт договора можно истолковать так: стороны установили дополнительный случай расторжения договора — не догово-

рились по изменению арендной платы, — но не изменили порядок. Поскольку явно не прописано внесудебное расторжение, значит, общий порядок — расторгаем через суд.

Теперь — прописано. Толкование в пользу «расторгаем через суд» исключено. Во-вторых, я вычеркнул «единодушное». Думаем о последствиях. Представьте себе. Вы держите в руках «допнег» к этому договору об увеличении арендной платы. Как понять, достигли стороны «единодушного согласия» или нет? Наверное, достигли. Раз подписали.

А если нет? Если потом арендатор будет кричать: «Кабальная сделка! Заставили!!! Согласие было, но не единодушное!»? Бред. Но я на своем веку повидал много бредовых исков. Так что Арендатор вполне может посудиться. Хотя бы нервы собственнику помотать напоследок.

Еще одна лазейка для спора не нужна. Поэтому «единодушное» вычеркиваем. Остается просто согласие. Вот это ясно. Есть «допнег» — есть согласие. Нет — не договорились. Теперь последствия нормальные, понятные и привычные.

В-третьих, добавил насчет «не чаще раза в год». Зачем? Чтобы учесть интересы обеих сторон. Собственника можно понять: инфляция, тарифы, налоги, кап. ремонт, прочие расходы на имущество. Поэтому арендная плата не может быть вечно одной и той же. Но чтобы не злоупотреблял и не увеличивал каждый месяц, ставим «заглушки» — не чаще раза в год и не более чем на 10%.

Думаю, теперь все понятно. Думайте о последствиях. Я бы еще дополнил принцип так: **можешь обеспечить исполнение того или иного пункта Договора — пиши; не можешь — не пиши.**

## 27.10. РАВЕНСТВО СТОРОН В ДОГОВОРЕ

Выше прозвучало: «чтобы учесть интересы обеих сторон». Расхожая ошибка начинающего договорника — «натянуть одеяло на себя». Вернее, на своего Заказчика.

Начинающий юрист составляет договор. Прилежно и добросовестно. Конечно, хочет обезопасить Заказчика-кормильца от всех мыслимых напастей. И на выходе получается «кособокий» договор.

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

У одной стороны — только права. У другой — только обязанности. Одна сторона отвечает за все на свете. Другая — ни за что. Заказчику по нраву. «Хороший договор составил. Молодец! Зачет!!! Продолжай в том же духе. Через годик получишь прибавку к зарплате». Юрист доволен...

А теперь смотрим на договор глазами юриста ТОЙ стороны. Вы бы пропустили «кособокий» договор? Разумеется, нет. У вас тоже есть Заказчик. Вы тоже отстаиваете хозяйские интересы.

И вы «заворачиваете» договор целиком: «Нет, господа, так не пойдет, вот наш проект договора, предлагаем рассмотреть, а то у вас как-то всё очень жестко, получается игра в одни ворота». Либо — пишете протокол разногласий.

Доходит до курьезов. Очень часто протокол разногласий выходит больше самого договора. Забавно видеть: договор на двух листах, протокол разногласий — на семи. Но самая клоунада начинается, если другая сторона сильнее в «договоростроении»; предвидит риски, которые автору проекту и не снились. Предвидит — и расписывает в договоре.

К примеру, Поставщик пишет: «за каждый день просрочки Покупатель выплачивает Поставщику пеню в размере 0,1% от суммы неоплаченной партии товара». И — всё. Вот и вся ответственность. Обеих сторон.

Проект читает юрист Покупателя. Справедливо негодует: «Почему только мы пеню платим? Почему Поставщик не отвечает, скажем, за просрочку поставки?! Кстати! А где срок поставки? Нету. В договоре не указан... Ах, так?! Вы еще и срок не указали? Ну, держитесь». И давай «тянуть одеяло на себя». Пошла писать губерния:

«5.1. За каждый случай недопоставки, просрочки поставки, а также поставки Товаров ненадежащего качества или комплектности Поставщик уплачивает Покупателю пеню. Размер пени — 0,5% от стоимости Товара, поставка которого произошла с нарушениями Договора. Поставщик платит пеню за каждый день просрочки — до дня исполнения обязательства по поставке надлежащим образом.

5.2. Уплата пени не освобождает Поставщика от исполнения обязательства в натуре.

5.3. Поставщик также обязан возместить Покупателю убытки — в части, не покрытой пеней. Надлежащими доказательствами размера убытков, причинно-следственной связи и прочих обстоятельств, важных для взыскания убытков, будут документы Покупателя. В т.ч. и документы, составленные Покупателем в одностороннем порядке. Срок возмещения убытков — пять рабочих дней со дня получения требования Покупателя о возмещении убытков».

Дальше начинается «гоняние мыша». Юрист Поставщика, получив протокол разногласий, с чем-то соглашается, что-то добавляет. Футболит протокол обратно Покупателю. Тот спорит с правкой Поставщика... И еще пару месяцев такого «футбола». Теперь понимаете, почему и у нас, и на Западе юристов называют «тормозами бизнеса»?!

Особо доставляет, если, пока юристы кидались протоколами, менеджеры сторон... исполнили договор. И удивленно говорят юристам: «Сколько можно переписываться?! Мы уже этот договор отработали».

Юристы выпадают в осадок. Оба. «Как — отработали?! Договора же нет! Существенные условия не согласованы!!!». Менеджер: «Ну, не знаю. Нам товар привезли. Деньги мы заплатили. А есть договор или нет — это вопрос к вам».

Отсюда. Если вы не «тянете одеяло на себя», а составили честный договор, где:

1) стороны более-менее равны; и

2) у каждого свой круг ответственности — понятно, кто за что и когда отвечает; и

3) умеренные штрафные санкции, без перегибов,

тогда вам гораздо проще согласовать проект с другой стороной. На согласование уйдет не пара месяцев, а несколько дней. А то и часов. Тем самым вы экономите свое и чужое время. А также сводите к нулю вероятность исхода «пока вы тут игрались, мы все поисполняли».

## 27.11. Всякому пункту свое место

Как вы думаете, имеет значение, где именно находится пункт в договоре? Удивитесь, но — ДА, ИМЕЕТ. Иногда — огромное. Как вам такая история.

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

В договоре: «6.7. Сверка расчетов производится ежемесячно; акт сверки расчетов формирует Заказчик и направляет Исполнителю, который обязан в течение 3 рабочих дней подписать акт сверки расчетов и вернуть его Заказчику». Заказчик не подписывает акт. Исполнитель пробует истребовать акт через суд... И получает удивительное решение:

«Отказывая в удовлетворении исковых требований Общества в указанной части, суды двух инстанций правомерно исходили из следующего. Как правильно указали суды, само по себе неподписание актов сверок (бухгалтерских документов) не является нарушением прав и законных интересов истца, подлежащих судебной защите.

Кроме того, **пункт 6.7 договора находится в разделе «Цена и порядок расчетов», а не в разделе об обязанностях ответчика (Заказчика по договору)».** (Постановление ФАС Поволжского округа от 27.12.2013 по делу № А72-6436/2013)

Каково?! Расскажи кто — не поверил бы. Но... вот постановление. Увы, приходится верить... Хотя и не хочется. Мое мнение, суд ошибся. В договоре сказано предельно четко: **«который обязан»**. Не «может», а — ОБЯЗАН. А значит, это — обязательство. И до фонаря, в каком разделе находится. Где написали, там и написали. Наш договор. Где хотим, там и пишем.

Увы, с судом приходится считаться. **Зная о выкрутасах судебной мысли, думайте, в какой раздел договора писать тот или иной пункт.** Вот вам еще один грустный пример. В отличие от первого, не курьез. Вполне здравое толкование. Поделом договорнику — не додумал. Читаем:

«Поводом для обращения истца в суд с иском о взыскании стоимости поставленного товара, платы за пользование коммерческим кредитом по пункту 5.2 договора и пени по пункту 5.3. договора (применение меры ответственности) послужило неисполнение ответчиком обязательств по оплате полученного товара.

Однако определяя правовую природу процентов, суды не учли, что в пункте 5.2 договора от 17.01.2014 названные проценты определены сторонами как проценты, взимаемые при нарушении обязательств из договора, **и упомянутый пункт договора находится в разделе договора «Ответственность сторон».**

В этой связи вывод судов о наличии оснований для удовлетворения иска нельзя признать соответствующим фактическим обстоятельствам дела и имеющимся в деле доказательствам». (*Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 29.11.2015 № Ф02-6451/2015 по делу № А58-1878/2015*)

В типовых болванках вы, наверное, встречали формулировку: «Названия разделов в тексте настоящего Договора приведены для удобства пользования текстом и не могут учитываться при толковании настоящего Договора и рассматриваться как что-то поясняющие или определяющие»<sup>1</sup>.

Теперь понимаете, от чего народ пытается защититься?! Да. От толкования условия договора с «привязкой» к названию раздела договора. Думаю, тщетно. НЕ СПАСЕТ. Во-первых, ст. 431-я ГК о толковании договора — императивная норма.

Напомню: «При толковании условий договора судом принимается во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений. Буквальное значение условия договора в случае его неясности устанавливается путем сопоставления с другими условиями и смыслом договора в целом».

Названия разделов = слова и выражения. А значит, можно «принять во внимание». И толковать пункт договора с учетом места пункта в договоре. Все по закону. Суды и толкуют. Порой — к превеликому удивлению сторон. Вспомним первый пример. И содрогнемся...

Во-вторых, слова «не могут учитываться при толковании настоящего Договора». Интересно, кто придумал формулировку... он сам понял, ЧТО написал?! Переведу на русский: «слышь, суд, мы тут договором установили свои правила толкования; ты толкуй, как мы велим; во!».

Суд хорошо посмеется. Ну, надо же. Стороны, вы меня еще почите договор толковать. Угу, вот прям щаз. Мантию поглажу и по скачу толковать, как вы хотите...

Что бы ни думали стороны, в каких бы эмпиреях не витали, суд истолкует по 431-й. В лучшем случае. В худшем — как в голову

---

<sup>1</sup> Формулировка, как всегда, родом из международных договоров. Там она иногда даже работает, см. *Фонтеин Марсель, Де Лу Филипп. Составляем международные договоры: анализ оговорок.* — Нью-Йорк: Транснационал Паблшерс, 2006. — С. 153.

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

взбредет. Но только не так, как велят стороны в оговорке о толковании.

Поэтому лучшая защита: **всякому пункту свое место**. Не мешайте сеledку с кирпичом. Если пишете об ответственности — то в разделе «Ответственность». А не в «Форс-мажоре». Если пишете о сроке действия — то в предмете или в конце договора, раздел «Срок действия». Если хотите навесить стороне что-то эдакое — создайте раздел «Особые условия». Думаю, понятно.



### ДОМАШНЕЕ ЗАДАНИЕ

---

Изучите Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 05.04.2011 по делу № А15-1180/2010, Постановление Арбитражного суда Московского округа от 26.02.2016 № Ф05-19520/2015 по делу № А40-88620/2014, Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 10.10.2013 по делу № А27-17824/2012, Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 10.02.2016 по делу № А56-26260/2015.

А, и еще Постановление Шестнадцатого арбитражного апелляционного суда от 10.02.2015 № 16АП-4907/2014 по делу № А63-7376/2014. Только там, в одном-единственном деле, суд решил:

«Месторасположение согласованного сторонами условия в тексте договора, равно как и наименование раздела договора, правового значения при толковании договора не имеют».

Угу, а все остальные преспокойно толкуют пункт с учетом места пункта в договоре.

---

## 27.12. Единство названий

Если вы для краткости назвали какое-то понятие одним словом, везде по тексту договора употребляйте именно это слово.

К примеру, чтобы не писать везде «настоящий договор», вы написали в предмете так: «заключили настоящий договор, далее — «Договор», о нижеследующем». Всё вы сделали правильно. Но теперь вы уже не можете написать далее в тексте договора «настоящий договор». Коль назвали «Договор», то везде и пишете — Договор.

Еще пример. Чтобы не расписывать каждый раз характеристики «недвижки», вы написали в договоре купли-продажи: «Дом такой-то с такой-то по адресу такому-то, площадь такая-то, далее — «Объект»».

Опять вы всё сделали правильно. Вы назвали дом — Объектом. И теперь, когда вы говорите в договоре про Объект, вам не надо каждый раз перечислять все характеристики дома. В итоге договор получится где-то на треть короче, чем если бы вы везде расписывали по сто раз характеристики дома.

Но у этой краткости есть обратная сторона. Если вы назвали дом — Объектом, то везде по тексту договора должно быть написано Объект. **Соблюдайте единство названий!** Иначе...

Допустим, где-то в договоре продажи дома притаился пункт: «за просрочку оплаты за переданное Помещение Покупатель уплачивает продавцу штраф в размере один процент за каждый день просрочки».

Допустим, договорник ошибся. Нарушил принцип единства названий. На «автомате» вместо «Объект» написал «Помещение» — хотя речь идет об одном и том же доме! Покупатель нарушил срок, но все-таки заплатил.

Продавец решил взыскать неустойку... Вполне может проиграть процесс из-за одной-единственной ошибки в единстве названий. Покупатель, скорей всего, займет позицию:

«Изначально я хотел купить Помещение. Потом подумал-подумал... И решил взять весь дом. А значит, у нас другой предмет договора — не Помещение, а весь дом. Потому и назван Объект. Пункт неприменим. Если бы я покупал помещение — тогда еще может быть. Но поскольку сменился предмет, пункт остался, наверно, от старого проекта».

И дополнит: «Неустойка за просрочку не входила в действительную волю сторон при заключении договора. Судя по термину «помещение», юрист Покупателя взял за основу болванку на коммерческую недвижимость. Там общепринят термин «Помещение». А у нас жилой дом.

Далее, договор готовил юрист продавца. Вот переписка. Из которой видно, кто предложил проект договора. Кроме того, обратите внимание, уважаемый суд: в переписке о неустойке — ни слова.

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

Это условие не было существенно для сторон. И не было согласовано. Также прошу применить принцип *contra proferentem* (против вписавшего) и истолковать непонятный пункт против стороны, сей пункт предложившей. Против Продавца. С учетом чего прошу в иске отказать».

Вполне может пройти. И останется Продавец без штрафа. Из-за одной малюсенькой ошибки. Обидно, да?!

С единством названий легко влететь и в названиях сторон. Смотрите. Начальство прожимает договорника: поставка — это для лохов, у нас будет дистрибьюторский договор. Во! Чтобы к понедельнику сделал.

Ну, тот и сделал. Взял за основу типовую болванку по поставке. Назвал стороны на заморский манер «дистрибьютор» (Поставщик) и «дилер» (Покупатель). Слегка «обработал напильником» под нужды начальства. В том числе добавил раздел о расширенной гарантии на товар.

В итоге получилось два раздела о гарантии. Обычная и расширенная. В разделе об обычной гарантии — все хорошо, термины едины, концы с концами сходятся. А в разделе о расширенной гарантии юрист по привычке написал «Поставщик».

Да еще и в редакции: «Расширенную гарантию предоставляет Поставщик или лицо, назначенное Дистрибьютором».

Явно хотел написать: «Расширенную гарантию предоставляет Дистрибьютор или лицо, назначенное Дистрибьютором». Но думал одно, а «на автомате» написал другое... Капкан захлопнулся.

Дистрибьютор, разумеется, вывернул описку в свою пользу: «Расширенную гарантию даем не мы, а производитель товара — Поставщик, от которого мы получаем товар; мы совместно с Поставщиком (производителем) назначили исполнителем по расширенной гарантии производителя; вот договор с Производителем — по расширенной гарантии все вопросы к нему». Все, приплыли. «Иск заявлен к ненадлежащему ответчику, в удовлетворении требований — ОТКАЗАТЬ».

Вот чем оборачивается разницей в названиях...

## 27.13. ПРИОРИТЕТ ПОИМЕНОВАННЫХ!

Этот принцип поможет вам, самое малое: 1) избежать ошибки в названиях; и 2) при толковании договора сразу направить пытлившую судейскую мысль в нужное вам русло.

Как мы с вами помним, договоры бывают двух видов: поименованные и непоименованные. Поименованные — прямо предусмотрены ГК, родом из седой старины, знакомые еще древнему Риму и Вавилону, всем привычны и понятны. Купля-продажа, аренда, подряд и т.д.

Мир не стоит на месте. С каждым годом появляется все больше договоров, неведомых предшественникам, о которых молчит Кодекс. Навскидку: договор на проведение аудита юзабилити (удобства использования) сайта, договор на проведение бенчмаркинга, договор франшизы, договор предоставления места на сервере, дистрибьюторский договор и т.д.

Договорник часто стоит на распутье:

*Налево пойдешь* — сделать непоименованный договор; или

*Направо пойдешь* — сделать поименованный договор, с привычной схемой отношений и понятными названиями сторон — но с поправками на изменившийся мир, а иногда и на экзотический предмет договора.

Идите направо. **Исходите из принципа «приоритет поименованных».** Предпочтите известный Кодексу договор — неизвестному. К примеру, если у вас, как у договорника из предыдущей главы, стоит выбор — сделать договор поставки (поименованный договор) или сделать дистрибьюторский договор (непоименованный) — делайте договор поставки. Даже если придется спорить с начальством.

Почему так. Во-первых, меньше вероятность напортачить с названиями. С привычными названиями — поставщик, покупатель, товар и т.д. — проще работать. Во-вторых, если дойдет до суда, то, видя перед собой договор поставки, судья подсознательно настроен применять нормы о поставке. А не об агентском или о поручении<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Как суды толкуют дистрибьюторский договор, см. к примеру, Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 12.02.2015 № 18АП-386/2015 по делу № А76-12997/2014, Постановление Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 30.07.2010 по делу № А14-8178/2009/268/29, Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 26.07.2010 по делу № А33-18245/2009.

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

Когда вы используете поименованный договор, пускай и с доработками, вы используете формализм и веру бумажке, прочно сидящую в головах судей: раз написано поставка, значит — поставка. Пока — и если! — другая сторона не докажет обратное.

Да, «суть договора определяется природой отношений, а не названием договора и сторон». Но если вы используете привычные названия договора и сторон в привычном поименованном договоре, в разы меньше вероятность, что суд полезет устанавливать «природу отношений». И дофилософствуется не пойми до чего. Истокует так, как вам и не снилось.

Поэтому идите проторенными тропами. **Берете за основу привычный и известный договор, а дальше — правьте и дорабатывайте с учетом специфики предмета, отношений сторон и своего интереса.**

### 27.14. НАИБОЛЕЕ ВЫГОДНЫЙ ДОГОВОР

К примеру, дочерняя организация хочет хранить свои данные на вашем сервере. Предлагают заключить договор размещения данных на сервере. В знак доверия и уважения, читай — лень самим, предлагают вам составить проект договора.

Думаем. Договор размещения данных на сервере... Договор вроде бы неизвестен ГК. Когда писали кодекс, никаких серверов еще и в помине не было. Выходит, предмет договора экзотический...

А по сути — ничего нового. Тот же договор хранения. Известный еще Гаю с Юстинианом. Только вещь, которую поклажедатель передает хранителю... Стоп. А вещь ли?! Данные. Циферки. Виртуальность чистой воды. Не имеют физической формы... Или имеют? Хранятся-то на жестком диске компьютера.

Теоретическая неоднозначность дает хорошему договорнику широчайший простор для маневра. Можно заключить договор хранения... Но тогда, скорей всего, придется отвечать за сохранность данных. Фундаментальный принцип договора хранения — хранитель отвечает за сохранность вещи. Иначе договор не имеет смысла.

Готовы мы взять на себя такую ответственность? Быть может, лучше сделать договор аренды места на сервере? По общему прави-

лу, в договоре аренды Собственник не отвечает за сохранность имущества Арендатора. Нам так выгоднее. Мы сдаем место. Виртуальное пространство. Делаем договор по аналогии с арендой «недвижки», как если бы мы сдавали помещение.

Данные по такой аналогии будут имуществом Арендатора. Случись что с данными — мы не отвечаем. Но. Если данные гибнут из-за нашего сервера (сбой, поломка, «вылетел» жесткий диск), тогда да, тогда мы в зоне риска.

Ничего. Распишем, что будет, если гибнет сервер — по нашему недосмотру. Что будет, если сервер гибнет из-за действий третьих лиц. И что будет, если гибнут или портятся данные — только данные, но не сервер — из-за действий третьих лиц. Тех же хакеров, допустим.

В принципе, хорошо. Получается старый добрый договор аренды, пускай и с экзотическим предметом. Поскольку в основе привычная аренда, договор будет понятен и нам, и суду, и той стороне. Легко растолковать даже самому упертому судье. Аналогия с арендой будет понятна любому.

Еще варианты? Да. Те же отношения можно оформить и третьим договором — возмездное оказание услуг по размещению данных на сервере. Чем-то похоже на оказание услуг по размещению рекламы.

Тоже относительно понятно. Мы даем место на сервере, храним свои файлы. Получается, мы оказываем услугу. А значит, пиши акты раз в месяц или там в квартал. А значит, может встать вопрос, надлежащим образом услуга оказана или нет. И следом, имела ли услуга потребительскую ценность.

Что еще... Разные последствия отказа от договора, как мы помним (ст. 782 ГК). Еще и ответственность отдельно пиши, кто за что и когда отвечает. В аренде как-то проще. И отказ от договора сложнее заявить, и акты оказания услуг не надо туда-сюда гонять, и вообще, собственник в лучшем положении.

Видите?! Один и тот же вопрос — хранение данных — можно оформить как минимум тремя разными договорами. Собственнику сервера выгоден договор аренды. А собственнику данных — договор хранения или оказания услуг.

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

Поэтому. Прежде чем делать договор, сперва подумайте: какой договор из известных Кодексу (поименованных) наиболее выгоден вашей стороне?! Вот его и пишите. Если вторая сторона тонкостей не понимает, если ей все равно, что аренда, что хранение, то... вы получите преимущество.

Огромное. Стратегическое. Если пройдет ваше видение общей канвы отношений — скажем, аренда вместо хранения — спор по частностям вторичен. Понятно, частности тоже решают много, спорьте, проталкивайте выгодные себе условия. Но главное: вы уже ведете вторую сторону по пути, выгодному вам.

### 27.15. Одна «картинка» стоит тысячи слов

Впервые столкнулся в нулевых. Заказчику нужно было сделать договор поставки товара в США. Просто поставка не пойдет. Заказчик настаивает: «сделайте мне обязательно дистрибьюторский договор».

Ладно. Хозяин — барин. Сделал. И был в том договоре пункт:

«14.2. За нарушение п. 8.2. Договора, а также в любом ином случае отчуждения товара по цене, превышающей РЦТ (рекомендуемая цена за единицу товара для Потребителя), Дистрибьютор выплачивает Поставщику ЗОУ (заранее оцененные убытки) в сумме разницы между фактической ценой, по которой товар продан, и РЦТ.

К примеру, если РЦТ по Договору равно 6 евро за одну единицу товара, а Дистрибьютор продал за 8, то размер ЗОУ в данном случае будет  $8 - 6 = 2$  евро. Эти два евро Дистрибьютор обязан выплатить Поставщику.

Если Дистрибьютор продал оптовика тысячу единиц товара по 8 евро за штуку, итого на 8000 евро, при этом РЦТ за штуку товара была 6 и партия по РЦТ должна стоить 6000, то Дистрибьютор возмещает Поставщику  $8000 - 6000 = 2000$  евро».

«Барин» сильно удивился. «А что, в договоре можно приводить примеры?!» Я несколько опешил от вопроса. Раньше как-то не думал... А почему нет? Законом не запрещено. «Конечно можно!».

Заказчик в сомнениях. Спросил то же самое у юристов заморского партнера. Те ответили: «Да, конечно!». Заказчик успокоился.

Я — нет. Мне стало интересно, а как у других. Кто-нибудь еще пользуется? Оказалось, да. Еще как.

С годами, сейчас понимаю: всему виной привычки да инерция мышления. Юристы старой закалки за десятилетия работы привыкли: договор — это всегда текст. Поэтому видеть на фоне этого текста «картинки»... ну, как-то непривычно. Но когда видят — не спорят. «Непривычно» плавно перетекает в: «а, раз так понятнее, пусть будет».

«Картинки» = любые наглядные изображения, помогающие понять суть договора. Или суть какого-то условия договора. К «картинкам» относятся:

- 1) схемы; см. пример в главе 3.7. и в 29.3
- 2) примеры; см. выше
- 3) формулы; см. ниже
- 4) таблицы. см. ниже

Потому-то я и пишу «картинки» в кавычках. «Картинка» в договоре не всегда картина в буквальном смысле слова. Иногда за «картинку» отдувается формула. Вроде и не совсем картина, но помогает исполнителю договора яснее понять суть, чем если просто описать словами. Пример:

«14.3. За нарушение п. 17.6 Договора Дистрибьютор выплачивает Поставщику ЗОУ в размере предполагаемого размера прибыли, полученной Дистрибьютором от нарушения п. 17.6 Договора. Размер прибыли стороны согласились считать по формуле:

$$A \times B = \text{ЗОУ}$$

где: А — одна треть от РТЦ, действующей на день заключения Дистрибьютором сделки с третьим лицом на предмет передачи товара;

В — количество товара, переданного Дистрибьютором третьему лицу;

ЗОУ — итоговый размер заранее оцененных убытков, которые Дистрибьютор в этом случае возместит Поставщику».

Таблицы как-то проще прижились в обороте. Обычно «запикивают» в приложение к договору. А почему бы и нет. Если так можно нагляднее передать, скажем, характеристики товара — спокойно рисуем таблицу.

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

Общий принцип очевиден: **если для «чем проще, тем лучше» нужно нарисовать «картинку» (схема, формула и т.д.) — РИСУЕМ.**

Казалось бы, всё очевидно. Этот подход уже лет десять прижился на практике. В договорах займа/кредита рисуют формулы расчета процентов — пример вы видели в гл. 19.9. А также в вашем договоре ипотеки — если брали. В договорах купли-продажи недвижимости и в аренде давно стало хорошим тоном рисовать схему помещения. В поставке оборудования в спецификациях часто рисуют таблицы с параметрами оборудования.

Подход-то прижился, но на юрфаке ему почему-то не учат. В русских книгах по договорам тоже почему-то не пишут «рисуйте картинки, так понятнее»<sup>1</sup>. Надеюсь, мы с вами заполним эту брешь. Книгой и практикой.

### 27.16. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Суды любят писать: «при выяснении действительной общей воли сторон с учетом цели договора она должна определяться **на момент заключения договора**, а не на момент его толкования». (*Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 31.03.2011 № 17АП-1619/2011-ГК по делу № А60-38468/2010*)

Знаете что? Мне кажется, определить волю сторон на день заключения договора... практически НЕВОЗМОЖНО. В самом деле. Директор поручил юристу составить договор. Юрист составил. Фирма несколько лет работает по этому договору. Потом — спор. По какому-то условию договора.

Составитель к тому времени уж давно уволился/спился/помер. Подписавший менеджер ничего внятного сказать не может: «наша

---

<sup>1</sup> А в английских — пишут. См. *Бут Питер, Касл Ричард*. Современное юридическое письмо: гид по ясному языку. — Кембридж: издательство университета Кембридж, 2006. — С. 191–199. Также *Рибиро Роберт*. Коммерческие договоры: техники составления и прецеденты. — Лондон: Thorogood Publishing Ltd, 2005. — С. 15.

<sup>2</sup> Подробнее см. в частности, *Эндрюс Нил*. Договорное право. — США, Нью-Йорк: издательство университета Кембридж, 2011. — Глава 14. А также «узкие» монографии — *Митчел Катрин*. Толкование договоров: противоречия современного права. — Англия, Оксон: издательство Рутледж-Кавендиш, 2007; *Картер Джон*. Толкование коммерческих договоров. — Оксфорд: Харт Паблишинг, 2013 и т.д.

типовая болванка, мы всегда по ней работали, особо не вникали, всегда всё было хорошо».

И? Как определить, так что же имели в виду стороны тем пунктом? Да никак. Поэтому разумнее английский подход: «толковать так, как понял бы договор разумный человек»<sup>2</sup>.

Но мы не в Англии... Единственный выход — **писать договор так, чтобы вопросов по толкованию не было. Простым и ясным языком. Короткими предложениями. Русскими, понятными словами. Нумеровать всё, что можно. Раскладывать на подпункты.**

Писать так, чтобы не о чем было спорить.

Принципы вам в помощь.

Удачи!



# [28]

## ВСПОМОГАТЕЛЬНЫЕ ПРИНЦИПЫ

*...у кого не уяснены принципы во всей логической полноте и последовательности, у того не только в голове сумбур, но и в делах чепуха.*

*Н. Г. Чернышевский*

*Если мы владем принципами, всякая творческая работа... идет правильным ходом, методически, давая в результате если не шедевры, то хорошие, достойные произведения.*

*В. Дюк*

**П**омимо основных принципов, есть и вспомогательные. Если основные помогают вам составить договор, то вспомогательные — отшлифовать... и проверить себя. Что у вас получилось? Все учли? Уверены?!

Проверьте себя. Отправная точка:

### 28.1. УЧТИ ПРАКТИКУ!

Допустим, вы делаете договор поставки. Спросите себя: из-за чего чаще всего судятся по этому договору?! Не гадайте на кофейной гуще. Подходите объективно. Поднимите судебную практику кассации вашего округа. Через базу арбитража или К+, как вам удобнее. Или почитайте готовую аналитику. Иногда суды выкладывают — за этот год мы рассмотрели столько-то споров, из них столько-то поставке, спорят в основном из-за тыдым-тыдым-тыдым.

Ваша задача: 1) понять, из-за чего чаще всего спорят по тому договору, который вы сейчас составляете; и — **главное!!!** — 2) **составить договор так, чтобы исключить спор.**

Еще раз, подходите объективно! Что сие значит. Слышали старый анекдот? Новичок/подмастерье уверен:  $2 \times 2 = 5$ . И спит спокойно. Мастер/легенда считает:  $2 \times 2 = 4$ . Но на всякий случай роет практику. Мало ли, вдруг что-то поменялось.

Вот это объективный подход. Поднять практику и посмотреть, что изменилось. А не надеяться на свой опыт/мысли/представления. Я, как и любой юрист с опытом, вам сразу назову основные «грабли», т.е. причины споров, в том или ином договоре:

- 1) в подряде почти все споры — не согласовали доп. работы;
- 2) в поставке — не согласовали порядок приемки товара, реже — требования к качеству товара;
- 3) в аренде — не согласовали повышение арендной платы, реже — не согласовали порядок возврата имущества;
- 4) в оказании услуг — не прописали в договоре, какой именно должна быть услуга, чтобы считаться «оказанной качественно». И — «подлежать оплате».

И так далее. Могу продолжить по любому договору. НО! ЭТО ВСЕ СУБЪЕКТИВНО. Это — голос знания. Голос опыта. Моего или другого юриста. А как говорят военные, «у аналитиков всегда опыт ПРОШЛОЙ войны».

Дзен — быть объективным. Быть готовым к современной войне. Поэтому смотрите практику. Она постоянно меняется. Что-то вчера было причиной спора, а сегодня эту дырку заткнули. Законом, но чаще — постановлением «вышки». Но могла появиться какая-то новая брешь... Угроза. Что-то такое, на чем одни сломали шею в суде, а вы, читая решение, можете учесть чужой опыт. Будьте мудрецом. Учитесь на чужих ошибках.

К примеру, долгое время существенным условием договора подряда считался срок. Нет в договоре срока — нет договора. Потом вдруг грянуло: «...требования гражданского законодательства об определении периода выполнения работ по договору подряда как существенного условия этого договора установлены с целью недопущения неопределенности в правоотношениях сторон.

Однако если подрядчик выполнил работы, а заказчик их принял, то неопределенность в отношении сроков выполнения работ отсутствует. Следовательно, в этом случае соответствующие сроки должны

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

считаться согласованными, а договор — заключенным». (*Постановление Президиума ВАС РФ от 08.02.2011 № 13970/10 по делу № А46-18723/2008*)

Поэтому. Хороший договорник не надеется на зигзаги практики и в случае с подрядом обязательно пропишет четкие сроки. Но хороший договорник ЗНАЕТ практику, знает, из-за чего чаще всего спорят. И составляет договор с поправкой на практику. Берет не только свой, но и чужой опыт. И отсюда строит договор.

### 28.2. «УТРО ВЕЧЕРА МУДРЕНЕЕ»

Да, читатель. Это не только русская мудрость, но и важный принцип работы над договором. Если вы день-деньской корпели над договором и к вечеру таки закончили... Не торопитесь слать заказчику!!! **ОБЯЗАТЕЛЬНО ВЫЧИТАЙТЕ УТРОМ**, на свежую голову<sup>1</sup>. Уверен, найдете много интересного.

Закономерность, проверенная годами: чем опытней договорник, тем меньше находок поутру. Но. Даже если у вас двадцать лет опыта с договорами. Даже если у вас внимательность прокачана до 80-го уровня... Что-то обязательно пролезет в договор.

Многokrатно проверено. В том числе на собственной шкуре.

Из недавней истории. Правил договор. «На автомате» написал комментарий: «договор разными шрифтами, че за колхоз». Договор преспокойно уехал заказчику. С комментарием.

Заказчик попался... дерганый. Осерчал. Давай названивать руководству — «что ваши юристы себе позволяют?!». Руководство читает. Улыбается. И, не подумав о дипломатии, говорит: «А что, правильно он вам написал». Заказчик серчает пуще прежнего. Насилу успокоили.

Это еще относительно невинная история. У других бывало хуже.

Типовой договор оператора с абонентом. Абонентов много. Договоров тоже предвидится много. Чтобы сэкономить, договор печатали в типографии. Напечатали 3 000 штук. Год проработали. Успели подписать где-то с тысячу.

---

<sup>1</sup> То же советуют и заморские коллеги: *Путман, Уильям*. Юридический анализ и письмо. — 3-е изд. — США: Дилмар, 2009. — С. 250, также 15. *Баст Кэрл, Хоукинс Марджи*. Основы правового анализа и письма. — 4-е изд. — США: Дилмар, 2009. — С. 290.

Все было хорошо, пока один внимательный абонент не нашел в договоре пункт: «в случае нарушения сроков оплаты с Абонента взыскивается неустойка в размере 0,1% за каждый день просрочки, а также что бы еще такого написать, а то как-то мало получается».

А через пару строк: «Оператор отвечает перед Абонентом только за прямой действительный ущерб и не более чем в размере абонентской платы за месяц тут подумать и дописать как бы нам вообще ни за что не отвечать ну нафиг этих физиков и зпп».

Если свести в систему, то... Читая договор поутру, вы найдете:

- 1) комментарии для себя; (*очень часто*)
- 2) ляпы в орфографии/правописании/пунктуации; (*тоже очень часто*)
- 3) ссылки в никуда; (*грешат новички/подмастерья*)
- 4) ошибки в праве. (*редко, в основном опять у новичков/подмастерьев*)

Как подстраховаться? Прежде всего, если пишете в договоре комментариев, отмечайте цветом. Я обычно заливаю красным. Либо, если ваш текстовый редактор не позволяет, ПИШИТЕ ВОТ ТАКЕНЫМИ БУКВАМИ. Чтобы в глаза бросалось. Или отметьте как-то иначе, но чтобы комментарий явно и сильно отличался от остального текста.

Далее, ляпы в орфографии/правописании/пунктуации. Есть одна любопытная особенность восприятия текста. Некоторые люди читают только первую и последнюю букву слова. А середину — угадывают. И если в середине ошибка, человек не замечает ошибку.

Если вам эту байку не рассказывали старшие товарищи, слушайте. Договор поставки. Покупатель всегда платил вовремя, но как-то раз просрочил на семь дней. Поставщик пишет... нет, не претензию, вежливое деловое письмо: спасибо, что заплатили, впредь, пожалуйста, без задержек.

В ответ приходит посылка. Большая. Тяжелая. Внутри: сопроводительное письмо... и два пенька. Свежеспиленных. Еще пахнут лесом. В письме: «Приносим извинения за просрочку. Мы люди обязательные и ответственные. Ответим за ненадлежащее исполнение обязательств по оплате. Направляем вам натурную неустойку согласно пункту такого-то договора. Объем больше, чем предусмо-

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

трено договором, так как мы не смогли высчитать 1% от предмета неустойки».

Директор Поставщика сильно удивился. Поднял договор. Читает пункт такой-то: «За просрочку оплаты по настоящему договору Покупатель, начиная с шестого дня просрочки, выплачивает Поставщику пеню в виде одного процента **пней** за каждый день просрочки от суммы долга».

Похожая ошибка: «Цена услуг Исполнителя по договору составляет двадцать тысяч **рулей**». Опять, ошибка всего в одной букве. Маленькая. Незаметная. Но коварная — легко проглядеть. Брøde невинная и без последствий...

Как знать. А если попадетсѧ Заказчик с чувством юмора? И вдобавок любитель русского языка? Скажем, фабрика игрушек? Ага, честно пришлет Исполнителю 20 000 рублей. От детских машинок.

Не такая уж и фантастика. Вполне может быть. После истории с претензией я уже ничему не удивляюсь. Если не слышали, гуглите по фразе: «претензия к банку весом в 12 тонн». Да. Было и такое.

**Лучшая страховка: распечатать договор и дать на вычитку местному «граммар-наци». Необязательно юристу. Достаточно любого внимательного человека. Читающего все буквы в слове. А не только первую и последнюю.**

Тут же еще какой подвох. Ворд и другие редакторы с проверкой орфографии показывают ошибки, если из-за ошибки слово написано неверно. Но если из-за ошибки вместо одного слова получилось другое, причем другое слово написано верно — пней вместо пеней! — то Ворд считает: всё хорошо, ошибки нет<sup>1</sup>.

А что смысл искажен, понять сей дзен электронному мозгу пока еще не по извилинам. Поэтому все важные договоры должен вычитывать живой человек. Причем не составитель договора, а другой. Со свежим, незамыленным взглядом.

Далее, ссылки в никуда. Бывают двух видов. 1) Ссылка на несуществующий пункт; 2) ссылка на несуществующий раздел. Забавно читать: «за нарушение данного пункта Арендатор уплачивает неустойку в размере, установленном п. 7.2. Договора» — а пункта 7.2

---

<sup>1</sup> То же самое и в Англии — см. Ублѧ, Лѧза. Юридическое письмо. — Кавендиш, 2005. — С. 109.

в договоре-то и нет. Или есть, но пункт совсем о другом — скажем, обстоятельства непреодолимой силы. Юрист Арендатора эту ошибку оставит. Еще и спасибо скажет.

Второй случай — отсылка к разделу, которого нет. Или есть, но о другом. «Все споры по договору стороны решают согласно разделу «разрешение споров»». А раздела нет. Или: «Поставщик принимает товар в порядке, установленном разделом 3 договора». Смотришь раздел три — а там порядок оплаты. О приемке товара — ни слова.

Редкая группа ошибок, потому что опытный договорник даже в самом усталом состоянии, не приходя в сознание, на последнем издыхании, но ссылки все равно проверит. Тут меньше нагрузка на внимательность. Но все равно, утром на свежую голову проверьте еще и ссылки.

И наконец, ошибки в праве. У мастера или легенды — редкость. Работая с договором, думаешь в основном о том, как перенести отношения сторон на бумагу, об исполнимости и о праве, чтобы работало и не противоречило. Поэтому с правом обычно всё хорошо. Но туда уходит все внимание. Потому-то, как тараканы из щелей, набегают ошибки из предыдущих групп.

У многих юристов руки на клавиатуре не успевают за полетом мысли. Точнее, голова думает одно, а руки пишут другое — «на автопилоте». Особенно если юрист устал, замотан, издерган. Можно серьезно напортачить. Написать что-то такое, от чего утром будет стыдно. Особенно если ошибку отловит другая сторона.

Другой стороне тоже тяжело. Морально. В самом деле, что можно сказать коллеге, когда читаешь чужой проект, а там:

«Ни одна из сторон не вправе передать свои права и обязанности по настоящему договору обеим сторонам».

«Лицо, купившее имущество по доверенности, обязано действовать в интересах имущества».

«Наличие обнаруженного в вагонах боя оформляется путем составления и подписания сторонами отдельного акта».

«При заключении договора Заказчик обязан представить доказательства своей правоспособности и права подписи договора представителем Исполнителя».

«Арендатор возмещает Арендодателю потери, возникшие в результате отложенной передачи Помещения Арендатором, а также

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

все требования любого следующего арендатора, потерпевшего в результате задержки».

Сказать можно только одно: ВСЕГДА вычитывайте договор на свежую голову!!!

### 28.3. «Одна голова хорошо, а две лучше»

Если вам кажется — даже после вычитки поутру — будто с договором всё хорошо и распрекрасно, не обольщайтесь. Дайте почитать договор другому юристу.

Думаю, замечали. Юристы разных специализаций по-разному подходят к договору... И даже по-разному читают договор!

«Корпоративщик» — с начала. Кто от нас? Кто от той стороны? Полномочна ли сторона подписывать договор? Нет ли ограничений в корпоративных документах?

«Финансовик» — с середины. А что у нас в порядке расчетов? Кто кому когда что платит? Чем платит? Как «в английский банк»?! Люди, вы что?! Да нас налоговая и финмониторинг наизнанку вывернут!!!

«Судебник» — с конца. Какой суд рассматривает споры по договору? А он вообще в природе есть? (проверил). Ага, есть. Ладно. Кто больше рискует? Кто пойдет в суд? Наверно, мы. Тут поставка, оплата 50 на 50. Первую-то половину денег мы получим, а вторую?!

Хорошо, как отвечает Покупатель за просрочку? Что у нас в разделе «ответственность»? Так, стандартная неустойка... стоп-стоп-стоп. В смысле «право на неустойку возникает лишь при доказанности вины Покупателя справкой ТПП и при отсутствии вины третьих лиц в неисполнении обязательств Покупателя»?! Блин, и где они такую траву берут... Не, в таком виде не пропущу. (Засел писать протокол разногласий.)

Каждый спец видит свое. Каждый заходит в темную комнату (договор) со своим инструментом (специализация). И пытается этим инструментом познать договор. Один светит привычным фонариком. Видит капканы под ногами. Всё?!

Второй идет с прибором ночного видения (ПНВ). Нашел еще одну ловушку. Поперек комнаты натянута веревка. Заботливо покрашена в черный цвет. Сливается с тьмой и темным полом. Задень —

рванет граната. С фонариком — не найдешь. А в зеленом сумраке ПНВ — отчетливо видна. Материал «фонит». Слегка испускает свет.

Увы, капканы не «фонят». Из другого материала. Второй проглянул капканы на полу.

Третий припер дорогуший тепловизор пятого поколения. И?! Благополучно проглядел и капканы, и веревку. Не излучают тепло. Потому не видны. Но, к удивлению предшественников, таки нашел еще одну ловушку! На кресле, под пледом, свернулась калачиком и мирно поживает... змея. С фонариком и в ПНВ не видна — плед мешает. Но поскольку змеи излучают тепло, хоть и немного, то видна в тепловизор.

Вот почему все серьезные договоры советуем вычитывать вдвоем. А то и втроем. Кстати, если интересно, технари этот метод применяли еще в советские времена. Все расчеты по серьезным инженерным проектам — дом, мост, корабль и т.д. — всегда вычитывала и проверяла ДРУГАЯ команда специалистов.

Иногда можно проверять не только договор в целом, но и отдельные формулировки. К примеру, недавно прислали на вычитку договор поставки. Залип на фразе: «Поставка осуществляется в количестве, кратном упаковке». Это как?! Спросил двух коллег — люди, как вы понимаете эту фразу?! Получил два разных мнения.

Ага, единого понимания нет... А значит, формулировка — туман. Так не пойдет. Нужно внести ясность. Поправить? Я дочитал договор до конца. Включил принцип «ничего лишнего». Подумал: если не править, а просто выкинуть формулировку из договора, что изменится? Прочитал договор еще раз. Понял: от формулировки ни холодно ни жарко. Выкидываем.

## **28.4. ГЛАЗАМИ ИСПОЛНИТЕЛЯ**

Английские коллеги советуют: если вы составили договор, дайте почитать ребенку. Если поймет — хорошо. Если нет — дорабатывайте. На мой взгляд — экстрим и фантастика... Но кому охота — пробуйте. Ваше право.

Предложу более мягкий вариант. Проверен на... «эффективных менеджерах». Итак, у вас готов договор. Вам кажется: всё просто и

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

понятно. Не обольщайтесь. Юристу с вашим знанием и опытом, может, и понятно. А обычному, рядовому исполнителю?! Которому, кстати, исполнять ваш договор?!

Будем объективны. Проверим. Берем ближайшего свободного «менеджера». Даем прочесть договор. Потом говорим: «Ставь себя на место исполнителя. Ты в договоре — на стороне покупателя. Когда тебе должны привезти товар? Если не привезут, что делать? Хорошо, допустим, привезли вовремя. Как будешь принимать? На что смотреть? Если чего-то не хватает, как себя поведешь? Если что-то испорчено и пахнет дохлятиной, твои действия?! Какие документы должны приехать с товаром?» — и так далее.

Если потенциальный исполнитель, прочитав договор, внятно ответит на ваши вопросы — у вас добротный и жизнеспособный договор. Если нет — дорабатывайте.

Еще раз: если вам кажется, будто ваш договор прост, как рублевая монетка — это ваше субъективное мнение. Можно легко впасть в самообман. Юристы, особенно кто хорошо учил теорию, любят сыпать мудрено-научными оборотами. Типа «абсолютное правоотношение», «корреспондирующие обязанности», «фрустрация исполнения».

Иногда доходят до редких терминов вроде «синалагматические обязательства» или там «темпоральный разрыв в динамике обязательства». Тут и юрист не сразу поймет, о чем речь... А простой исполнитель?!

Угу, а теперь представьте договор, написанный таким вот научным языком. Уверен, юрист будет считать (субъективно), что его договор — простой и легкий, всем всё понятно.

В то время как для остальных обитателей сей галактики (объективно) его договор — китайская грамота, тайна за семью печатями, какая-то заумная и заунывная тарабарщина. Но юрист-то свято уверен в своей правоте!!!

Вы поняли. Хотите объективно понять, плох ваш договор или хорош? Понятен — или как всегда? Читаем — или читаем, но только с другим юристом 80-го уровня просветления? **Дайте вычитать не только другому юристу, но и обычному исполнителю.** И, когда вычитает, поспрошайте: а здесь как? а тут ты что делать будешь?

а этот пункт тебе ясен? Да, что-то типа зачета по исполнению договора.

## **28.5. ЗАКЛЮЧЕНИЕ**

Когда пишете договор, почувствуйте себя не юристом на зарплате. А творцом будущего. Быть может, это чувство даст вам новые мысли. Или более внимательный поход к работе. А может, просто прибавит сил. В любом случае, после этой книги вы будете смотреть на договоры другими глазами.



# [29]

## ДОГОВОР ПОД МИКРОСКОПОМ

*Телескоп уменьшает мир, микроскоп — увеличивает.*

*Роберт Оппенгеймер*

**Е**сли пороетесь в СПС, перешерстите сотню-другую типовых болванок, заметите общую закономерность. Структура обычного договора — любого, что аренда, что поставка, что оказание услуг! — почему-то всегда одна и та же:

Обычный договор	Договор штучной выделки
0. «Шапка».	0. "Шапка".
0.1. Название договора.	0.1. Название и вид договора.
0.2. Номер.	0.2. Номер.
0.3. Место.	0.3. Место.
0.4. Дата.	0.4. Дата.
0.5. Вводная.	0.5. Вводная.
1. Предмет договора.	1. Термины и определения.
2. Права и обязанности сторон.	2. Цели сторон. <i>(не всегда)</i>
3. Цена договора и порядок расчетов.	3. Гарантии и заверения. <i>(не всегда)</i>
4. Ответственность сторон.	4. Предмет договора.
5. Форс-мажор.	5. Механизм исполнения договора.
6. Конфиденциальность.	6. Права и обязанности сторон. <i>(не всегда)</i>
7. Прочие условия.	7. Цена договора и порядок расчетов.
8. Адреса, реквизиты, подписи.	8. Спец. раздел по специфике договора, один или несколько — <i>прием результата в погряде, прием товара в поставке, спец. раздел по гарантии и т.д.</i>
	9. Ответственность сторон.
	10. Невозможность исполнения. <i>(не всегда)</i>
	11. Разрешение споров.
	12. Интеллектуальная собственность. <i>(не всегда)</i>
	13. Действие договора.
	14. Прочие условия.
	15. Адреса, реквизиты, подписи.

Если вы много работаете с договорами, изредка к вам на стол попадают договоры штучной выделки. Скроенные, как хороший костюм, под тот или иной вопрос Заказчика. С годами разница между договором по типовой болванке и «штучным» всё более и более заметна...

И еще заметно: у обоих договоров есть общий КОСТЯК. Разделы, которые есть всегда — и в типовой болванке, и в договоре штучной выделки. «Шапка», «предмет», «ответственность», «реквизиты» и т.д.

Сейчас мы с вами пройдемся по разделам. Подумаем, что, почему и для чего пишут.

## 29.0. «ШАПКА»

Начало любого договора. Стандарт из типовой болванки:

### Договор возмездного оказания услуг № 420/15

г. Авалон

01.2017 г.

ЗАО «Иллюминати» в лице Моргана Эверетта, действующего на основании *(и пошло-поехало, кто с кем и на основании чего «заключили настоящий договор о нижеследующем»)*

### 29.0.1. НАЗВАНИЕ ДОГОВОРА

В типовых болванках обычно пишут просто «договор» ... и все. В договоре штучной выделки грамотный договорник обязательно пропишет и вид договора, и, хотя бы вкратце, хотя бы одним-другим словом, предмет.

Сравните:

1) Договор № 420/15.

2) Договор возмездного оказания услуг № 420/15.

3) Договор возмездного оказания услуг на обучение работников № 420/15.

Конечно, третий вариант — лучший. Почему? Представьте. Нужно срочно найти договор. Скажем, для бухгалтерии. Зная, как

## **РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР**

обычно фирмы хранят бумажные договоры, отчетливо представляю себе огромный скоросшиватель. На корешке: «оказание услуг 2015 г.» Вы устраиваетесь поудобнее за столом. И перерываете 100500 договоров в поисках одного нужного.

Вы читаете название договора в «шапке». Если из названия сразу не понятно, на оказание каких именно услуг договор, вам придется читать еще как минимум вводную — если известно, с кем заключен искомый договор.

Если не известно или если генеральный поставил задачу «поднимите все договоры на обучение работников», то искать вы будете долго. Тут уж придется в каждом договоре читать не только название и вводную, но и предмет. А если из названия договора сразу ясен предмет, то время на поиски сокращается раза так в три. Меньше читать. Быстрее найдете.

Точно так же и по остальным договорам. Можно назвать «договор поставки». А можно «договор поставки чугунных болванок» (указать, чего именно). Можно назвать «договор аренды», а можно назвать «договор аренды башенного крана» (сразу указать, какого имущества).

Я бы вам советовал. Неоднократно проверено на собственной шкуре. Правильное название экономит время на поиски... И еще один плюс. Если вы пишете письмо (претензия, заявка, требование по гарантии и т.д.) по договору другой стороне, то, когда изначально договор назван понятно, другой стороне тоже будет проще и быстрее найти договор у себя. И решить ваш вопрос.

Поставьте себя на место другой стороны. Одно дело — вам приходит «согласно договору № 7 вы обязаны» ... это что?! это где?! И другое: «согласно договору № 7 поставки запчастей для автомобиля вы обязаны...». Сразу понятно, чего от нас хотят.

### **29.0.2. НОМЕР ДОГОВОРА**

На мысли о поисках договора мне могут возразить — как?! У каждого договора есть номер. Есть реестр. По номеру всегда можно найти нужный договор!

Эх, ваши слова да богу в уши... В теории — да. Законом это не предусмотрено, обычай оборота, родом из СССР. Суть:

- 1) каждому договору присваивать номер;
- 2) вести отдельный журнал учета договоров (реестр, книгу договоров, на практике называют по-разному, далее — «журнал»);
- 3) в журнале кратко описывать предмет договора, сторон, сроки и прочее важное.

Если бы обычай соблюдали... Увы, во многих фирмах о журнале слыхом не слыхивали. Номер договора или ставят «от балды», или соглашаются с номером другой стороны. А то и не ставят вовсе.

По уму, конечно, лучше вести журнал. Можно и в электронном виде. А в последнее время появились и спец. программы для учета договоров. Которые не только учитывают договоры, но еще и следят за сроками.

Когда наступает срок исполнения — ваш или партнера — умная программа напоминает: «Внимание. Срок поставки истекает через три дня!». Или: «Срок оплаты истек. Пошла просрочка. Штрафные санкции такие-то». Удобно! Особенно в среднем и крупном бизнесе, где количество договоров идет на сотни. А то и на тысячи...

Хороший выход — ДВА номера в одном договоре. Как в примере выше — «№ 420/15». Первый номер — по вашему учету, в вашем журнале. Второй — по журналу другой стороны. Если обе стороны нормально ведут учет договоров, то по учету одной стороны номер будет один — у нас таких договоров уже 419, этот будет 420-м. А по учету другой стороны — другой. Вполне логично прописать в договоре оба номера.

**ВАЖНО.** Некоторые юристы пытаются привязывать вступление договора в силу к регистрации договора в юротделе (журнале). Кроме шуток, доводилось видеть формулировку: «договор вступает в силу в момент регистрации договора в юридическом отделе продавца».

Хотите посмотреть сами? Пожалуйста. Постановление Четвертого арбитражного апелляционного суда от 20.01.2011 по делу № А58-1328/10 и Постановление Четвертого арбитражного апелляционного суда от 29.04.2009 по делу № А19-3543/2007. Практики мало, но — есть.

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

Последствия формулировки. В худшем случае — незаключенность договора. В «лучшем» — «непонятки» с датой. Так когда у нас заключен договор? До исполнения или после?!

Может статься, вы исполнили обязательство, а юротдел другой стороны договор так и не зарегистрировал. Или зарегистрировал, но ПОСЛЕ вашего исполнения. Выходит, вы исполнили обязательство до того, как договор вступил в силу. Когда вы исполняли, договора не было. Всё. «Страховки» и выгодные вам условия договора неприменимы. Вылет на неосновательное обогащение.

Если увидите такую формулировку в договоре — РУБИТЕ.

### 29.0.3. Место

Заметили? Тянет сказать: «место заключения договора». А может, «место подписания договора»? Или «место исполнения договора»?! Погодите с выводами. Давайте поразмыслим.

Мы привыкли читать в договорах стандартное, допустим:

*г. Авалон*

*17.01.2017 г.*

Но что значит указанное место?! Вы когда-нибудь задумывались?! Думаем вместе. Мне кажется, привычка указывать некое место идет из внешнеэкономических договоров. Почему так? Потому что там место имеет значение!!!

Из старой практики:

«Касаясь права, применимого к существу спора, МКАС установил, что таковым является российское материальное право, в первую очередь ГК РСФСР 1964 г., действовавший на момент заключения контракта.

При этом арбитраж обратил внимание на то, что согласно ст. 566 этого Кодекса права и обязанности сторон по внешнеторговой сделке определяются по законам места ее совершения, если иное не предусмотрено соглашением сторон.

МКАС при этом установил, что в отсутствие соглашения сторон о применимом материальном праве контракт (как в русской, так и в итальянской версии) содержит указание на то, что он **подписан** в Москве.

В связи с таким указанием, отражающим согласованную волю сторон, по мнению арбитража, irrelevantно, где фактически контракт был заключен». (*Решение МКАС при ТПП РФ от 03.02.2000 по делу № 427/1997*)

В переводе на русский. Насколько я понимаю, фирма из РФ и фирма из Италии заключили договор. Забыли прописать применяемое право. В суде встал вопрос: так какое право регулирует отношения сторон по договору? РФ или Италии? Суд видит «шапку» договора, где было написано что-то вроде:

«г. Москва такая-та дата».

Суд, исходя из норм тогдашнего права — русского права! — решил, что это место = место совершения (подписания, заключения) договора. А раз место в РФ, то и применимо право РФ.

Хорошо. В ВЭД-договорах указание некоего места в шапке договора иногда может повлиять на отношения сторон — в частности, выбор применяемого права. А во внутреннем договоре?

Возьмем обычный договор поставки. Между фирмой из Екатеринбурга и фирмой из Краснодара. Договор заключен, как водится в наше техногенное время, по электронной почте. Место в шапке написано — «Краснодар».

Статья 444 ГК, место заключения договора, говорит нам: «если в договоре не указано место его заключения, договор признается заключенным в месте жительства гражданина или месте нахождения юридического лица, направившего оферту».

Значит, в зависимости от того, кто направил оферту, договор будет заключен либо в Екатеринбурге, либо в Краснодаре. И что с того?! Изменится применяемое право?! Нет, так как обе стороны — русские фирмы, созданы, зарегистрированы и «живут» в РФ и по праву РФ.

Быть может, если в «шапке» написать «Краснодар», изменится подсудность спора? Тоже нет. Действует общее правило: спор рассматривает суд по местонахождению ответчика. Одного слова «Краснодар» в «шапке» мало, чтобы изменить подсудность. От одного слова — без «крючка» в договоре! — подсудность не изменится.

Быть может, если в «шапке» написать «Краснодар», изменится место исполнения обязательства? Допустим, стороны забыли

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

согласовать порядок поставки — самовывоз или доставка силами продавца. Но написали в шапке «Краснодар» — место нахождения покупателя. А поставщик — в Екатеринбурге. Тогда?

Да тоже ничего. Поскольку стороны не согласовали иное, действует общая норма, ст. 316, место исполнения обязательства, «по обязательству передать товар или иное имущество, предусматривающему его перевозку, — в месте сдачи имущества первому перевозчику для доставки его кредитору». А также специальная — ст. 510 ГК, п. 1. И еще пункт 9 старых разъяснений «вышки»: «если договором не предусмотрено, каким видом транспорта и на каких условиях доставляется товар, и **в связи с этим выбор вида транспорта и условий доставки осуществляется поставщиком** (пункт 1 статьи 510 Кодекса), расходы по доставке распределяются между сторонами в соответствии с договором.

Если порядок распределения транспортных расходов по доставке товара договором не установлен, суд путем толкования условий такого договора должен выяснить действительную волю сторон с учетом практики их взаимоотношений». (*Постановление Пленума ВАС РФ от 22.10.1997 № 18 «О некоторых вопросах, связанных с применением Положений ГК РФ о договоре поставки»*)

Таким образом, что ни пиши, хоть Екатеринбург, хоть Краснодар, если дальше в договоре — пустота, то Поставщик в любом случае обязан поставить товар по месту нахождения Покупателя. А не в место, указанное в «шапке» договора.

Вывод?! Общее правило: **место, указанное в «шапке» договора, ни на что не влияет.** Исключения:

- 1) внешнеэкономический договор; *а также*
- 2) «крючок» в договоре. (в любом, в т.ч. и в «домашнем» — между российскими лицами).

«Крючок», в данном случае, — условие договора, отсылающее к месту, указанному в «шапке». И тогда — только за счет «крючка»! — место, указанное в «шапке» договора, **ВЛИЯЕТ** на права и обязанности сторон.

К примеру, «все споры по договору рассматривает суд города, указанного на первом листе договора». Более утонченный: «место исполнения договора указано в начале договора рядом с датой».

Еще тоньше, место + сразу «крючок», два в одном:

*«г. Авалон (место исполнения договора)*

*17.01.2017 г.»*

Понятно, куда идем? Верно. Сюда: «иск, вытекающий из договора, в котором указано место его исполнения, может быть предъявлен также в арбитражный суд по месту исполнения договора» (ст. 36 АПК, п. 4).

Помимо игр с подсудностью, могут быть и другие «крючки» с привязкой к месту в «шапке». К примеру, «бракованный товар Покупатель обязан отправить в любой сервисный центр Поставщика, находящийся в городе, который указан в начале договора (первый лист, левый верхний угол)».

**Будьте осторожны, всегда внимательно вычитывайте договор.**

Мое мнение: теоретически верно считать место в «шапке» местом заключения договора. Дань традиции. Однако на практике место заключения договора значения не имеет. Место исполнения — да. Но не заключения — если нет «крючка».

Также на практике явна и другая закономерность: место в «шапке» = обычно место нахождения стороны, предложившей проект договора. Или — место нахождения сильной стороны; «прожившей» договор в своей редакции.

Отсюда напрашивается простое и логичное, и в то же время жесткое решение. Если место заключения договора значения не имеет, исходя из принципа «ничего лишнего», может, ну его?! Не писать вовсе?

Тем более что в 21-м веке по некоторым договорам место заключения определить крайне сложно... Если вообще возможно. Представьте. Вы заказываете товар в интернет-магазине. Вы — в России. Сервер с сайтом магазина — на Кипре. «Юрик», собственник сайта — в Лондоне. Ну, и где у нас место заключения договора?<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Также см. *Лазарев Я.* Цифровая среда — новое поле для гражданского права // ЭЖ-Юрист. 2016. № 19. С. 10; *Рассолов И.М.* Актуальные проблемы организации и управления электронной торговлей и электронными платежами в свете нового российского законодательства // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 12. С. 2776—2781; *Пальцева М.В.* Способы заключения договора в сфере электронной торговли // Юрист. 2011. № 15. С. 23—25. и т.д.

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

Нет, даже не так. Первый вопрос — по какому праву определять, праву какой страны подчинен договор? Ага, и особенно весело, если на сайт забыли выложить электронный договор «заказывая у нас товар, вы соглашаетесь на такие-то условия».

Пробовал не писать место в «шапке». Кто-то из заказчиков согласился с моей логикой: что за место, непонятно, есть ли смысл писать, если ни на что не влияет, зачем?! А кто-то стоял на смерти: «традиция!», «так принято!», «все пишут — мы напишем» и прочие обывательские доводы.

Итого. Можете не писать — не пишите. Не смогли переубедить заказчика — пишите, но остерегайтесь «крючков». Думайте о последствиях.

### 29.0.4. ДАТА

С датой в «шапке» договора проще. Если по месту можно спорить — что это за место такое? — то по дате все понятно. Это у нас дата заключения договора. И вот тут-то начинается цирк с конями.

Допустим, вы сделали договор. Поставили дату 17.01.2017 г. Ваш директор подписал. Отправил оба экземпляра договора на подпись другой стороне. Другая сторона подписала... Но рядом с подписью поставила дату, когда подписала — 01.02.2017 г. И вернула ваш экземпляр. Ну, так когда у нас заключен договор?! Семнадцатого или первого?!

Если у вас в договоре «плавающие» сроки, жди беды. Плавающий срок = «столько-то дней от заключения договора». К примеру, «поставщик обязан поставить товар в течение десяти рабочих дней со дня заключения договора».

Допустим, пункт вкрался в договор поставки, заключенный... то ли 17.01.2017 г., то ли 01.02.2017 г. Поставщик поставил товар 09.02.2017 г. Просрочил или нет? Если договор заключен 17-го, то да. Если первого, то — нет. Если 17-го — плати неустойку, возмещай убытки и т.д. Если первого — спи спокойно, товарищ дорогой, все хорошо.

Можно обосновать обе позиции. И неизвестно, кого поддержит суд. Лучший выход — не доводить до свистопляски с датами. Как?

Первый способ — договориться со стороной, чтобы подписала датой, которая стоит в «шапке».

Второй — четкие сроки. В смысле, не «плавающие», а четко заданные. Не «через столько-то дней», а «к такому-то числу». К примеру, «Поставщик обязан поставить товар до 07.02.2017 г.» — все. Если подпишет договор 01.02.2017 г., на срок поставки дата не влияет. Да, спор «так когда же заключен договор» останется — но теперь не принципиально.

И наконец, третий способ. В разделе «действие договора» или в подобном прописать: «Договор вступает в силу с 17.01.2017 г. — независимо от даты подписания сторонами».

**СОВЕТ.** Избегайте формулировок «договор вступает в силу в день подписания договора обеими сторонами» и подобных. Если один подписал раньше, а другой позже — выходит, день подписания обеими сторонами не наступил? А договор — не заключен?

Я загнул?! Быть может... Хотя... Зная наших судей, могут истолковать и так. Ладно, другой случай. Если обе стороны подписали без дат? И в «шапке» забыли указать дату? Тогда что? Если в договоре еще и «плавающие» сроки, вообще чудесно....

Осторожней с датами.

## 29.0.5. Вводная

Тут договорники по сей день допускают дикое количество... ну, не то чтобы ошибок. Скорее, ненужных нагромождений и архаики. Обычно в типовой болванке вводная выглядит так:

«ЗАО «Иллюминати», именуемое в дальнейшем «Заказчик», в лице председателя совета директоров Моргана Эверетта, действующего на основании Устава, с одной стороны, и ООО «Спецотряд 29», именуемое в дальнейшем «Исполнитель», в лице Генерального директора Джима Миллера, действующего на основании Устава, с другой стороны, совместно далее именуемые «Стороны», а по отдельности — «Сторона», заключили настоящий Договор о нижеследующем...»

Аж зубы сводит... Как написать проще:

«ЗАО «Иллюминати», далее — «Заказчик», в лице председателя совета директоров Моргана Эверетта, и ООО «Спецотряд 29»,

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

далее — «Исполнитель», в лице генерального директора Джима Миллера, заключили настоящий договор, далее — «Договор», на предмет...»

И ВСЁ!!! Суть та же. Но теперь вводная написана коротко. Изящно. Красиво. Удобно и легко читается.

Почему так.

1) «именуемое в дальнейшем «Заказчик»» и «далее — «Заказчик»». Одно и то же, но вариант «далее — «Заказчик»» — короче и легче читается.

2) «действующий на основании Устава» — ох и любят у нас эту фразу. Машинально копируют, куда только можно. А если вдуматься? В уставе прописывают виды и наименования органов юрлица. Откройте любой типовой устав. Прочтете что-то вроде:

«8.1. Единоличным исполнительным органом (ЕИО) Общества является директор.

8.2. Срок полномочий директора составляет пять лет и может продлеваться неограниченное число раз».

Ага, то есть у Общества ЕИО — директор, человек. А не управляющая компания. ЕИО называется именно директор — а не генеральный директор. В уставе юрлица НЕТ данных, кто именно директор. Эти данные — в случае с ООО — есть в решении участников общества. О назначении конкретного физлица директором.

Соответственно, если вам вдруг захочется указать, на основании чего действует сторона, то правильнее будет написать не устав, а корпоративный документ — откуда у подписывающего возникли полномочия.

К примеру, «ООО «Спецотряд 29», далее — «Исполнитель», в лице генерального директора Джима Миллера, действующего на основании решения участников № такой-то от сякого-то числа».

Если у нас нет решения (иного документа, откуда возникли полномочия) — допустим, не успели предоставить, — но вы тщательно проверили сторону, у нас есть выписка из ЕГРЮЛ, из которой видно — полномочия Миллера не истекли, то...

Зачем что-то еще писать в договоре? Сохраним выписку на память в папке с материалами преддоговорной проверки, и всё. Расписывать в договоре все эти документы, на мой взгляд, не стоит.

Можно обосновать и по-другому. Может ли в принципе у нас в РФ существовать юрлицо БЕЗ устава? Нет. А значит, в договоре двух «юриков» ЕИО всегда действует на основании устава. И отдельно писать «действует на основании устава» не стоит, «масло масляное».

Единственное исключение — когда договор подписывает не ЕИО, а представитель по доверенности. Тогда да. Тогда лучше вписать в договор реквизиты доверенности. Мало ли что. Как показывает практика, выписки из ЕГРЮЛ и корпоративные документы хранят бережно. И долго. А доверенности почему-то часто теряют. Можно еще подстраховаться и приложить к договору копию доверенности — заверенную той стороной. А почему бы и нет.

**СОВЕТ.** Не перегружайте вводную лишней информацией. Если много и долго расписывать, кто и на основании чего действует, можно выкрутиться вот как. Сделайте в договоре отдельный раздел — «Полномочия». В конце. Перед «Адреса, реквизиты, подписи сторон». И в «Полномочиях» спокойно и подробно распишите, кто и на основании чего действует.

3) Заметили? В болванке написано «Генерального директора» — с большой буквы, в правильной редакции — с маленькой. В болванках очень любят писать генерального с большой буквы.

Забавно видеть, когда порой в вводной указаны два генеральных, но один написан с большой буквы, а другой — с маленькой. Или написан так: «Генеральный Директор». Во. Наверно, так «генералистее». Солидней.

Помните принцип «корпоративщиков»?! **«Название органа юрлица во всех документах пишется так, как в уставе».** Соответственно, генерального директора пишем в договоре с большой буквы, только если он так написан в уставе. Если нет — с маленькой.

То же самое и с другими названиями ЕИО. Если ЕИО в уставе называется просто «директор», с маленькой буквы, то не надо придавать ему «дополнительное величие» в договоре и писать с большой.

4) «с другой стороны, совместно далее именуемые «Стороны», а по отдельности — «Сторона»». Ох ты... Этот штамп стал притчей во языцех еще в СССР. Многократно осмеян в тогдашних анекдотах.

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

Понимаю, читатель: вы, скорее всего, принадлежите к другому поколению. Рассказываю.

«Рабинович и Одесское пароходство заключили договор подряда. По договору Рабинович обязан покрасить пароход, а пароходство — заплатить сто рублей за результат работ. Рабинович покрасил. Заказчик принял работу. Расплатился. А на следующий день заметил: пароход покрашен только с одной стороны.

— Что за дела, почему половину работы не сделали?!

— Да вы шо, все по договору!

— А ну, покажите!

— Вот. Читайте: «Договор. Мы, Рабинович, с одной стороны, и Одесское пароходство, с другой стороны, обязуемся покрасить пароход»».

Если серьезно, за последние сто лет «сторона», «стороны» настолько вошло в быт, проросло корнями... отдельно расшифровывать не стоит. Все равно что писать на тарелке «это тарелка!». Или на заборе — «это забор!». Вы вполне можете употреблять обороты «сторона», «стороны» БЕЗ расшифровки. Вас поймет даже самый твердолобый судья.

5) «заключили настоящий Договор о нижеследующем» и «далее — «Договор»». Помимо повальной любви писать генерального с большой буквы, вторая мания начинающих договорников — называть договор по тексту договора «настоящий договор». Или «Настоящий Договор». Или «настоящий Договор». А в особо тяжелых случаях даже «НАСТОЯЩИЙ ДОГОВОР».

Как будто длинное и монументальное название добавит договору действительности. Или придаст договору дополнительную юридическую силу. А может, наделит договор сверхспособностями...

Разумнее, проще и короче назвать один раз во вводной настоящей договор — Договором. С большой буквы. А дальше везде ссылаться и писать просто — «Договор». Если посмотрите формулировке в книге, у меня всегда так. Чего и вам советуую.

### 29.0.5.1. Вводная с ИП

Будьте внимательны, если сторона в договоре — предприниматель. Народ по привычке пишет вводную, как для «юрика»... Не думая. Тупо. Выходит стыд и срам. Как вам: «Индивидуальный Предприниматель Песков Сергей Сергеевич в лице Пескова Сергея Сергеевича».

А то и: «Индивидуальный предприниматель Песков Сергей Сергеевич, именуемое в дальнейшем «Заказчик», в лице Директора Пескова Сергея Сергеевича, действующего на основании устава».

Ох уж эти сказочники... Ох уж эти сказки... Ну откуда у ИП устав?! С какого перепоя?! ИП — не юрлицо. Ну вот ни разу. Нет у него устава. Хоть ты тресни, нет. И директора тоже. И быть не может в принципе. По крайней мере, по праву РФ.

Правильно: «Индивидуальный предприниматель Песков Сергей Сергеевич, далее — «Заказчик» (или кто он там в договоре)». Всё.

## 29.1. ПРЕДМЕТ ДОГОВОРА

Казалось бы, чего проще. Напишите в этом разделе краткую суть ваших отношений по договору. И все. А прочие подробности — что, когда и на чем едет, кто кому и когда платит — в остальных разделах. На то они и нужны, эти разделы. Чтобы «каждому пункту — свое место». Ан нет...

Первая расхожая ошибка — свалить все до кучи. К примеру, так:

«Поставщик обязуется в установленные Договором сроки передавать в собственность Покупателю Товар, а Покупатель обязуется принимать и оплачивать Товар согласно Заявке, накладной и счета, подтверждающих факт продажи Товара и являющихся неотъемлемой частью настоящего Договора, а также передавать Поставщику доверенности и другие установленные законом документы, подтверждающие право работников Покупателя совершать от имени Покупателя все необходимые действия, связанные с приёмкой Товара, при этом данные документы должны быть представлены на каждое лицо, которое вправе совершать вышеуказанные действия,

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

при подписании Договора. До момента передачи данных документов Договор не вступает в силу».

Пока дочитаешь — заснешь. Я уже рассказывал, как писать коротко и ясно — см. основные принципы «договоростроения». Не буду повторяться. Умиляет другое. Даже когда стороны вроде познали дзен — в предмете пишем кратко суть, ура, мы просветлились! — даже в одном коротком предложении столько всего умудряются напороть... Увы, опять примеры из жизни... Опять смех сквозь слезы:

*«Предметом настоящего Договора является оказание Принципалом Агенту услуг»* — зашибись! А ничего, что и в ГК, и «несколько раньше» в римском праве — наоборот?! Агент служит принципалу. А не так, как у вас в договоре.

*«Поставщик передает Дилеру Товар свободным от прав третьих лиц и надлежащего качества»*. Поскольку слово «свободным» относится — опять коварный союз «и»! — также к качеству товара, то выходит: «Поставщик передает товар, свободный не только от прав третьих лиц, но и от надлежащего качества». То есть испорченный товар. Класс. Дилер будет счастлив получить кучу негодного хлама. Ура, товарищи!

*«Поставщик обязуется предоставить товар Покупателю надлежащего качества»* — шикарно... Стесняюсь спросить, по каким меркам Поставщик проверит надлежащее качество Покупателя? Размер груди? Объем мускулатуры? Знание договорного права?

*«Поставщик обязуется по заявке Покупателя приобрести и передать в собственность Покупателя продукцию, а именно арматуру марки такой-то, которая является неотъемлемой частью настоящего договора»*. Представляю себе договор... А к договору скотчем примотан пучок арматурных прутьев... А шо, неотъемлемая часть! Так бы и отправил.

К чему все это. Я верю, вам удастся в предмете договора кратко описать суть отношений сторон. Но не обманывайтесь краткостью. Внимательно вычитывайте и проверяйте. Если интересны мои наработки на тему «как просто и емко написать предмет договора», делюсь:

*Поставка:*

«1.1. Поставщик обязуется передать Товар в собственность Покупателя, а Покупатель — принять и оплатить Товар.

1.2. Поставщик поставяет Товар партиями, по заказу Покупателя. Наименование, ассортимент, количество, цену и прочие характеристики Товара стороны согласовывают в заказах.

1.3. Покупатель вправе направить заказ Поставщику любым способом — по телефону, по электронной почте, по СМС и т.д.»

*Оказание услуг:*

«1.1. Исполнитель оказывает Заказчику услуги, а Заказчик принимает и оплачивает эти услуги в порядке и на условиях Договора.

1.2. Услуги Исполнителя: изучение, обработка и осмысление информации, доступ к которой Исполнителю предоставляет Заказчик. После чего Исполнитель передает Заказчику результат услуг (аналитическое заключение, далее — «АЗ»).

1.3. Исполнитель обязан соблюдать режим коммерческой тайны (конфиденциальности) информации, доступ к которой Исполнитель получит по Договору».

*Аренда:*

«1.1. Собственник обязуется передать Арендатору за плату во временное владение и пользование (аренду) нежилое помещение (далее — «Помещение»). Арендатор обязуется платить Арендодателю арендную плату за пользование Помещением.

Характеристики Помещения: общая площадь \_\_\_\_\_ (\_\_\_\_\_) кв. м, кадастровый номер \_\_\_\_\_. Помещение расположено в здании с кадастровым номером \_\_\_\_\_ по адресу: \_\_\_\_\_, этаж \_\_\_\_, номер Помещения на поэтажном плане \_\_\_\_\_. Границы Помещения указаны на плане — см. Приложение №1 к Договору.

1.2. Цель использования Помещения: розничная торговля продуктами питания; деятельность кафе, баров и ресторанов.

1.3. Право собственности на Помещение подтверждено:

1) выпиской из Единого государственного реестра прав на недвижимое имущество и сделок с ним; а также

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

2) свидетельством о государственной регистрации права № \_\_\_\_\_ от \_\_\_\_\_. Копии обоих документов приложены к договору — см. приложение № 2.

1.4. Собственник заверяет Арендатора в том, что Помещение:

1) на день заключения Договора в споре или под арестом не состоит;

2) не является предметом залога;

3) не обременено правами третьих лиц;

4) соответствует требованиям стандартов, СНИПов, ГОСТов, технических регламентов и прочим требованиям законодательства;

5) не будет снесено органами государства (иными лицами) в период действия Договора.

1.5. Арендатор отвечает за порчу (гибель, иное ухудшение состояния Помещения, далее — «порча»), если порча произошла по вине Арендатора. Арендатор не отвечает за порчу Помещения, если порча произошла по вине третьих лиц или Собственника».

Примеры — только примеры. Не истина в последней инстанции. Не вечный шаблон на все времена. Да, сейчас я пишу так. Еще несколько лет, еще сотня договоров, еще опыт — и быть может, я напишу лучше. Короче. Понятней. Четче. То самое: «шлифует и копит впрок свои, уникальные формулировки. Доводит до совершенства».

Конечно, есть более простой путь. Можно изобрести шаблон. Или скопировать чужой. И пользоваться до конца жизни. Бездумно. Многие так и делают. Работает — и ладно. И так сойдет. Кому-то и так хорошо. Работает — и что напрягаться. Пока сходит.

Где-то вдали звонят колокола...

Пахнет морем и гнилью.

### 29.1.1. Истинная суть отношений

В разделе «предмет договора» мало кратко и ясно описать отношений сторон. Важно, чтобы совпадало с действительностью. А не так, как порой бывает: на бумаге — одно, а на деле и в головах сторон — хотя бы одной! — другое.

Пример. Стороны думают заключить договор подряда. На установку пожарной сигнализации. Подрядчик сует свою типовую болванку. Юрист Заказчика читает... и хватается за голову.

Предмет в договоре описан так: «Заказчик поручает, а Подрядчик принимает на себя обязательства по выполнению работ по установке и программированию Оборудования на Объектах недвижимости (далее — «Объект»), указанных в Приложении № 1 к настоящему Договору».

В Приложении № 1 — перечень Оборудования. Контрольная панель, клавиатура, какой-то «радиоканальный магнитный извещатель», беспроводной датчик движения, беспроводной датчик дыма, радиобрелок... и всё. А, ну еще адрес Объекта, где Подрядчик будет монтировать... что?!

Юрист трижды вычитал договор. Поднял счет на оплату аванса. Еще раз изучил Приложение № 1... Кажется, понял, где разводят. В бумагах нигде нет слов «пожарная сигнализация». Везде Оборудование.

Юрист точно знает, чего хочет Заказчик. Что в голове у Заказчика. Заказчик хочет получить по договору именно пожарную сигнализацию. А не груды загадочного «Оборудования». Заказчик думает: если подпишет договор, то получит сигнализацию. Подрядчик так и говорил.

Но мало ли кто что говорил!!! В договоре-то ДРУГОЕ!!!

А что в голове у Подрядчика? Судя по договору, такая вот пакостная схема: «Я вам смонтирую оборудование. А не пожарную сигнализацию. Как-то работать будет. Но если МЧС или еще какой проверяющий орган навесит вам штраф «пожарная сигнализация установлена не так» (не там, не соответствует какому-то ГОСТу и т.д.), я не при делах. Где вы мне и сказали, там я и смонтировал. И монтировал я именно оборудование, а не пожарную сигнализацию».

Юрист засучил рукава. Вперед! Приведем договор — начиная с предмета — в единство с действительностью. Пишет протокол разногласий:

«А) пункт 1.1. дополнить фразой: «Слово “Оборудование” здесь и далее означает: пожарная сигнализация, соответствующая требованиям законодательства и подзаконных актов, в т.ч. СНиПов, ГОСТов, технических условий и т.д.»

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

Б) добавить пункт 1.3. «Обязательства Подрядчика по выполнению работ считаются исполненными со дня передачи Заказчику по акту:

1) пожарной сигнализации; и  
2) технической, исполнительной документации на пожарную сигнализацию;

и

3) иной документации, требуемой законом и подзаконными актами».

В) добавить пункт 1.6: «Требования к Оборудованию:

«1.6.1. Устанавливаемое Оборудование (пожарная сигнализация), должно соответствовать закону и подзаконным актам. В частности:

1) Федеральный закон от 22.07.2008 № 123-ФЗ (ред. от 03.07.2016) «Технический регламент о требованиях пожарной безопасности»;

2) «СП 5.13130.2009. Свод правил. Системы противопожарной защиты. Установки пожарной сигнализации и пожаротушения автоматические. Нормы и правила проектирования» (утв. Приказом МЧС России от 25.03.2009 № 175);

3) «ГОСТ 32396-2013. Межгосударственный стандарт. Устройства вводно-распределительные для жилых и общественных зданий. Общие технические условия» (введен в действие Приказом Росстандарта от 22.11.2013 № 1677-ст);

4) Приказ МЧС РФ от 18.06.2003 № 315 «Об утверждении норм пожарной безопасности «Перечень зданий, сооружений, помещений и оборудования, подлежащих защите автоматическими установками пожаротушения и автоматической пожарной сигнализацией» (НПБ 110-03)» (Зарегистрировано в Минюсте РФ 27.06.2003 № 4836);

5) «СНиП 21-01-97\*. Пожарная безопасность зданий и сооружений» (приняты и введены в действие Постановлением Минстроя РФ от 13.02.1997 № 18-7);

6) иным обязательным документам и требованиям, не названным в Договоре».

1.6.2. Подрядчик обязан установить Оборудование (пожарную сигнализацию) так, чтобы соблюсти все обязательные требования

закона и подзаконных актов. В том числе и требования, перечисленные в предыдущем пункте Договора». Много чего еще написал тот юрист. Протокол разногласий получился длиннее самого договора...

Идею вы поняли. Никаких «мы напишем так, а на самом деле... ну, вы поняли». **Предмет договора должен отражать суть отношений сторон. Истинную суть. О чем договорились — то и на бумаге.** Никак иначе.

## 29.1.2. ПРЕДПОЧИТАЙТЕ ОБЪЕКТИВНЫЕ КРИТЕРИИ

В свое время одни товарищи написали предмет договора так: «...2 августа 1977 г. между Ч. и Оргкомитетом «Олимпиада-80» был заключен Договор на создание рисунка «Медвежонок», в соответствии с п. 1 которого «Организация» поручает, а «Автор» принимает на себя создание рисунка, изображающего забавного медвежонка, размером 310 × 470 мм, выполненного акварелью». (Определение Московского городского суда от 26.08.2010 по делу № 33-26881).

Нашли прореху? Да. Капкан прячется за словами «забавного медвежонка». А теперь представьте себе. Вы — автор. Вы нарисовали медвежонка. Пошли сдавать в эту... «Организацию». А приемщик вам и говорит: «Не, акт не подпишу. Твой медвежонок не забавный».

Или — принимает комиссия. Мнения разошлись. Одни кричат — забавный, берем! Другие недоумевают. Где он забавный? В каком месте? Да от этого «медведа» за версту разит скорбью вселенской.

Думаю, понятно. Не закладывайте в предмет договора субъективные критерии. Забавный, удобный, громоздкий, красивый и т.д. Ага, в договорах с дизайнерами часто пишут: «Исполнитель обязан создать красивый сайт». Или — «разработать удобный интерфейс пользователя».

Как понять, удобный он или нет, красивый или страшный?! Истина в глазах смотрящего (субъективна). Каждый видит по-своему. Если видящие разойдутся во мнениях, симпатичный мишка или нет, — кончится спором.

А суд тоже субъективен. И будет ломать голову, что же делать: экспертизу назначать? специалиста приглашать? А какого? Искус-

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

ствоведа? Или зоолога?! А как понять, разбирается ли эксперт в... забавности медведей? Есть ли у него такой опыт?! Кто знает, во сколько вам обойдутся экспертизы, какое решение вынесет суд, сколько инстанций впереди... Туман и неразбериха.

Избегайте субъективизма насколько это возможно. **Всегда предпочитайте объективные критерии.** И в предмете, и в прочих условиях договора. В большинстве случаев во всех классических договорах — купля-продажа, поставка, подряд и т.д. — можно описать предмет договора через объективный критерий.

К примеру, если вы напишете «подрядчик обязан вырыть глубокую яму под фундамент гаража». Это — субъективный критерий. ОШИБКА. Правильно: задать четкие, объективные параметры ямы. Через объективный критерий — размер: «Подрядчик обязан вырыть яму глубиной три метра, шириной два метра».

В идеале — еще и нарисовать план, засунуть план в приложение 1 к договору, а в плане нарисовать и яму, и место ямы на участке. Теперь вопросов нет. Вы описали предмет объективно.

Все понятно и очевидно?! Да. Но. Бывают случаи, когда объективно предмет договора описать архисложно. Если вообще возможно. Вернемся к «нарисуй забавного медвежонка». Как через объективные критерии описать в договоре «забавность»?

К тому же суды иногда говорят: «...в договор о создании авторского произведения не может входить условие о соответствии произведения какому-либо уровню художественной ценности и иным субъективным критериям зрителей и критиков, поскольку нормами права,

а также заключенными в соответствии с ними договорами регулируются отношения сторон по достижению согласованной ими цели. **Субъективные же оценки третьих лиц не могут быть предметом правового регулирования.** (Постановление ФАС Московского округа от 27.05.2009 № КГ-А40/4540-09 по делу № А40-45577/08-67-390)

Как быть, если предмет договора объективно описать невозможно? Пока знаю один способ:

- 1) описать предмет договора хоть как-то, как можно точнее; и

2) заложить в договор право Заказчика отказать в приемке результата работ по причине — «не нравится», «не забавный» или без причины вовсе; и

3) право на отказ уравновесить обязательством Заказчика выплатить Исполнителю разумную компенсацию за хлопоты. Размер, конечно, указываем в договоре.

### **29.1.3. ПИШИТЕ ДЛЯ ВСЕХ**

А не для узких специалистов. Как вам такой предмет договора. Договор возмездного оказания услуг... внезапно, бенчмаркинга. Что бы сие значило?! Ладно. Может, из предмета станет ясно. Читаем:

«1.2. Бенчмаркинг включает:

1) выявление существенных факторов, необходимых для бенчмаркинга;

2) сравнительный анализ выявленных факторов;

3) выработка рекомендаций по повышению эффективности деятельности Заказчика, направленной на удовлетворение потребительского спроса;

4) предложения по поиску новых потенциальных потребителей; (вариант для проектов и инвестиционных программ;

5) выработка рекомендаций по повышению инвестиционной привлекательности проектов (программ).)

1.3. При необходимости Исполнитель по письменному заданию Заказчика оказывает следующие дополнительные услуги:

1.3.1. Разработка внутрифирменной политики Заказчика по итогам сравнительного анализа.

1.3.2. Проведение дополнительных исследований по выбранным Заказчиком группам вторичных факторов.

1.3.3. Повторный сравнительный анализ по выбранным Заказчиком группам основных факторов. Выявление их генезиса.

1.3.4. Участие в составлении перспективных и текущих планов Заказчика.

1.3.5. Разработка стратегии пиар-кампании Заказчика с учетом бенчмаркинга».

Ну как? «Выявили генезис»? Что-то поняли? Я — нет. И другие читатели договора не поймут. А значит, придется тащить на ковер

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

исполнителя. Выяснить: 1) что вы тут написали?; и 2) что мешало сразу написать по-человечески?

В перспективе — переделка договора. Чтобы поняли другие — бухгалтерия, налоговая, аудиторы и т.д. Директор, наконец. А это время, дополнительная работа, согласования, прочие хлопоты.

Можно избежать. Если сразу написать по-человечески.

### 29.2. ТЕРМИНЫ И ОПРЕДЕЛЕНИЯ

Этот раздел — редкий гость в типовых болванках. Хотя... Практики отмечают: «Многие юристы даже на средних предприятиях уже понимают преимущества чёткого понятийного аппарата в договоре — и даже в кондовых договорах на поставку появляется раздел “Термины и определения”» (Михаил Перегудов, из переписки, цитирую с разрешения).

Не только он. Многие говорят. Да и сам вижу из практики: разделом пользуются всё чаще и чаще. Раздел идет в договоре либо перед предметом, либо сразу после. В этом разделе вы прописываете особые слова договора, сокращения, спец. термины и т.д. И тут же раскрываете значения всех этих слов. Да, «расшифровка» на понятном языке. А далее по тексту договора вы используете слова уже без расшифровки.

Зачем? Для краткости. Текст договора получается короче. И для удобства. Если в середине договора что-то непонятно, пролистай в начало, посмотри в разделе «термины и определения» — эдакий словарь договора. Удобнее и быстрее искать, чем когда расшифровка особых слов раскидана по всему тексту договора. Многостраничного.

Пример:

#### «1. Определения.

1.1. «Договор» — настоящий договор.

1.2. «Заявка» — документ, который Покупатель направляет Поставщику, предложение (оферта) поставить товар на условиях Договора.

1.2.1. Заявка, как и любой другой документ по Договору, может быть подана Поставщику по почте, а также по электронной почте.

Заявка должна быть подана по реквизитам Поставщика, указанным в Договоре.

1.3. «Товар» — медицинская техника и прочие изделия медицинского назначения. Может быть трех видов:

1) «Оборудование» — товар, предполагающий многократное использование; Оборудование в самом широком понимании, от скальпеля до рентгеновского аппарата.

2) «Расходники» — товар разового применения, предназначен для использования в составе Оборудования. К примеру, фотопленка для рентгеновского аппарата.

3) «Одноразовый товар» — хирургические салфетки, одноразовые шприцы, капельницы и прочий товар, рассчитанный на однократное применение ВНЕ Оборудования.

1.4. «ТСД» — товарно-сопроводительные документы, которые Поставщик прилагает к Товару при поставке. В комплект ТСД входят:

А) приемо-сдаточный документ (товарная накладная); и

Б) иные документы, предусмотренные законодательством, к примеру — сертификаты соответствия, регистрационные удостоверения и т.д.

1.4.1. В состав ТСД также входит Инструкция. «Инструкция» означает паспорт, руководство пользователя или иной аналогичный документ, в котором описаны правила пользования и эксплуатации Товара. Инструкция может быть составлена как производителем Товара, так и Поставщиком. Такая Инструкция считается надлежащей.

В случае противоречия между Инструкцией и Договором приоритет имеет Договор. К примеру, если в Инструкции гарантийный срок на Товар указан — двадцать лет, а в Договоре — два года, Покупатель вправе обращаться по гарантии к Поставщику только в течение двух лет.

1.6. «Счет» — счет к оплате за товар, который Поставщик выставляет Покупателю на основании и во исполнение Заявки Покупателя. В счет также включена стоимость доставки товара Покупателю. Счет — итоговый документ, где согласованы все существенные условия по поставке отдельной партии Товара.

1.7. «День приемки товара» — дата получения Товара Покупателем от Продавца по накладной. Или — по иному документу, свиде-

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

тельствующему о получении Товара. К примеру, по акту сдачи-приемки.

Подпись Покупателя на накладной или на ином документе, свидетельствующем о получении товара, подтверждает получение Покупателем вместе с Товаром полного пакета ТСД, включая Инструкцию, а также служит доказательством ознакомления Покупателя с Инструкцией.

1.8. «Спец. стандарт» — некий специфический стандарт (ГОСТ, СНиП, ТУ, РД, иной документ), установленный законом, подзаконным актом или иным актом (постановление, распоряжение, рекомендации, указание и т.д.) государственного или муниципального органа.

1.9. «Разумный срок» — пять рабочих дней».

Заметили? Раздел в примере назван короче — «Определения». Как вы думаете, почему? Рассказываю. Словосочетание «термины и определения» наши содрали с английской договорной практики. В оригинале — *«terms and definitions»*. Так говольно долго писали английские юристы.

Потом задумались. А не одно и то же ли?! И сейчас в современных английских договорах сей раздел зовется короче. Просто «definitions». То есть «определения». А наши по привычке всё штампуют «термины» и «определения».

Сколько я юристов спрашивал: 1) а чем отличается термин от определения»; и 2) есть ли юридически смысл разграничивать? — внятного ответа не получил. В основном говорят «ну ты спросил!» и «так принято!». Все как всегда...

Если вы поднимете хотя бы википедию с гуглом, то в русском языке «определение» — объяснение (формулировка), раскрывающее, разъясняющее содержание, смысл чего-нибудь. А «термин» — слово или словосочетание, точно и однозначно именуемое понятие и его соотношение с другими понятиями в пределах специальной сферы.

Заметна разница? Имеет значение? Ага, огромное. Поэтому смело называйте раздел «Определения». Коротко и ясно. Почему именно «Определения», а не «Термины»? Потому что «термины» = калька с *«terms»*.

Так в английском праве называются все условия договора, собирательное понятие. Подробнее см. «Английское право», глава 6.9. В русском же договоре этот раздел наиболее точно, без кальки и путаницы, лучше назвать «Определения».

Как видно из примера, в «Определениях» можно писать не только значения слов. Но и условия договора, относящиеся к тому или иному слову. Тоже удобно. Особенно в многостраничных договорах. **СОВЕТ.** Если определений в разделе у вас получилось много (больше двадцати) располагайте в алфавитном порядке.

### 29.3. ЦЕЛИ СТОРОН

В типовых болванках почти не встречается. Хотя тоже бывает, к примеру:

«1. Цель договора.

Целью настоящего договора является привлечение свободного капитала для развития и реализации инвестиционных программ Общества, осуществляемых в соответствии с его уставными задачами, обеспечения эффективного использования внесенных Инвестором денежных средств, получения прибыли (дохода) и достижения положительного социального эффекта».

Зря вынесли в отдельный раздел. Такую цель вполне можно было прописать в предмете договора и не городить огород с отдельным разделом.

Если же у сторон какая-то запутанная схема отношений, в предмет не помещается, тогда выносим в отдельный раздел — «Цели сторон». Если хорошо распишете, то, быть может, этот раздел «вытеснит» (заменит собой) раздел «Предмет договора». Пример:

**«2. Цели сторон:**

Заключая Договор, стороны преследуют следующие цели и заверяют друг друга о следующем:

2.1. Собственник желает сдать Помещение в аренду Арендатору и получить деньги (Арендную плату) от сдачи имущества (Помещения) в аренду.

2.2. Собственник заверяет Арендатора, что у Собственника есть реальная возможность:

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

1) изменить правовой режим Квартиры с жилого на нежилое, т.е. сделать из Квартиры — Помещение, недвижимость, подходящую для сдачи в аренду во всех смыслах — и юридическом, и фактическом; и

2) обеспечить Помещение Мощностью; и

3) обеспечить возможность использовать Помещение по Назначению; и

4) устранить иные препятствия, если есть, которые могут мешать Арендатору использовать Помещение по Назначению.

2.3. Арендатор, при условии, если Собственник исполнит заверения, данные выше, согласен принять Помещение в аренду и платить Арендную плату. Арендатор обязуется пользоваться Помещением не менее полугода с начала аренды. Начало аренды — день уплаты Арендатором первого платежа (Арендной платы).

2.4. Договор не является договором о совместной деятельности (простого товарищества). Однако стороны обязаны помогать друг другу для достижения общих целей, описанных в данном разделе Договора.

В частности, Арендатор обязан своими силами и за свой счет разработать проект и прочую документацию по монтажу Вытяжки. Собственник обязан своими силами и за свой счет согласовать эту проектную документацию в Архитектуре г. Эрикс (ином органе или органах), а также уладить прочие формальности.

2.5. Стороны ценят время друг друга, поэтому, пока Собственник меняет режим Квартиры с жилого на нежилое, Собственник обязан предоставить Арендатору доступ в Квартиру. Имея доступ, Арендатор делает Ремонт, чтобы привести Квартиру в соответствие с Назначением».

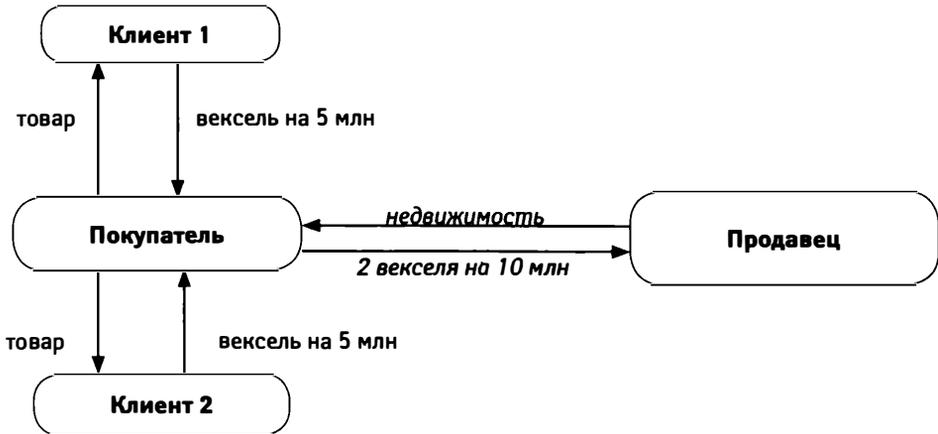
В принципе, если хорошо расписали цели, то раздел «Предмет договора» можно уже и не писать. И так всё ясно. Можно сказать, разделы взаимозаменяемы. Хотя иногда, по запутанным отношениям, делают оба — и «Предмет», и «Цели». Если для ясности вы рисуете схему, то схема так и просится в раздел «Цели сторон». Тут ей самое место. Пример:

### **«2. Цели сторон.**

2.1. Продавец продает Недвижимость Покупателю. Покупатель оплачивает Недвижимость путем передачи Продавцу Векселей. Век-

селя Покупатель получает от Клиентов взамен Товара, поставленного Покупателем — Клиентам.

Схема отношений сторон графически, для наглядности и полного взаимопонимания:



2.2. Схема отношений, описанная в предыдущем пункте Соглашения, устраивает Покупателя и всех остальных участников Соглашения. Стороны обязуются разумно и добросовестно исполнить Соглашение».

Заметил интересную особенность. Если в разделе «Предмет договора» заверения смотрятся инородным телом, как-то неуместно, то в раздел «Цели сторон» заверения вписываются прекрасно и естественно.

## 29.4. ГАРАНТИИ И ЗАВЕРЕНИЯ

Заверения мы с вами рассмотрели подробнее. Осталась всего пара тонкостей.

*Первая.* Если делаете заверения отдельным разделом, называйте раздел просто «Заверения». Фраза «Гарантии и заверения» — калька с английского «*representation and warranties*».

В русском праве теперь наконец-то появилось понятие заверений (431.2 ГК). Вот так и называйте: «Заверения», как в ГК — чтобы

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

при толковании сразу было понятно, это у вас отсылка к механизму заверений из Кодекса. Ага, для особо одаренных правоприменителей.

*Вторая.* Можно делать заверения не в отдельном разделе, а по-таенно, «раскидывать» по тексту договора. За примером далеко ходить не надо, вспоминайте из предыдущей главы: «Заключая Договор, стороны преследуют следующие цели и заверяют друг друга о следующем...» Так менее заметно.

Не все договорники идут в ногу со временем. Не все следят за поправками в ГК. Поэтому сторона вполне может проглядеть расставленный вами капкан. Не понять смысл и последствия слова «заверяют». Что вам, конечно, на руку.

### 29.5. ПРАВА И ОБЯЗАННОСТИ СТОРОН

Помню, еще когда я учился на юрфаке, юристы спорили: а писать ли вообще в договоре права и обязанности?! Одни говорили: пишем, как Кодекс требует, только существенные условия. Ну, еще пару спец. прав себе добавим — чтобы было, как мы хотим. И — хватит. Кому надо, откроет Кодекс, прочтет и разберется.

Другие говорили: нет, давайте перепишем все права из Кодекса. Исполнители Кодекс не читают. Да и Кодекс есть под рукой не у всех и не всегда. А так — в договоре всё есть. Исполнитель откроет договор, прочтет — и все поймет. Эх, мечтатели...

Позже, после вуза, встретил третий подход. Пишем «Механизм исполнения договора». Иногда этот раздел называют «Порядок исполнения договора». Или «Взаимодействие сторон».

Принципиальное отличие третьего подхода от первых двух — основной упор на: кто, когда и что исполняет. То есть не на права сторон как таковые, а на процесс исполнения договора ради общей цели. Права же и обязательства прицеплены «вторым вагончиком» к процессу.

Пример раздела «Права и обязанности» из болванки:

«2.1. Исполнитель обязуется:

2.1.1. В течение \_\_\_\_\_ с момента подписания Сторонами настоящего Договора представить Заказчику список лиц, ответствен-

ных за оказание услуг, предусмотренных п. 1.2 настоящего Договора.

2.1.2. До \_\_\_\_ числа месяца, следующего за отчетным, представлять Заказчику акт оказанных услуг, оригинал счета и надлежащим образом оформленный счет-фактуру.

2.2. Исполнитель вправе:

2.2.1. Запрашивать у Заказчика следующую информацию, необходимую для оказания услуг по настоящему Договору:

\_\_\_\_\_.

2.2.2. В целях оказания услуг по настоящему Договору пользоваться следующими данными без дополнительного запроса Заказчика об их предоставлении: \_\_\_\_\_.

2.2.3. Отказаться от оказания услуг в случае, если Заказчик поручает Исполнителю задание, выходящее за рамки полномочий Исполнителя. Отказ от оказания услуг должен быть обоснован и представлен не позднее \_\_\_\_\_ с момента получения задания Заказчика.

2.3. Заказчик обязуется:

2.3.1. Оплачивать услуги Исполнителя в порядке, сроки и на условиях, предусмотренных настоящим Договором.

2.3.2. Рассматривать и утверждать акты оказанных услуг и отчеты Исполнителя в течение \_\_\_\_\_ дней с момента их получения.

Если в срок \_\_\_\_\_ от Заказчика не поступит возражений относительно представленных Исполнителем акта и/или отчета, акт и/или отчет считаются утвержденными Заказчиком.

2.4. Заказчик имеет право осуществлять контроль за оказанием Исполнителем услуг по настоящему Договору. Пределы контроля Заказчика: \_\_\_\_\_».

А вот что будет, если описать права и обязанности через порядок исполнения:

## **«2. Порядок исполнения Договора.**

2.1. В течение 30 (тридцати) календарных дней после заключения Договора Заказчик предоставляет Исполнителю доступ к базе данных Шодан (далее — «База»). База — собственность Заказчика, хранится на компьютере Заказчика.

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

2.2. Фраза «предоставляет доступ к Базе» значит, что Заказчик любым способом передает Исполнителю:

1) коды доступа к Базе (логин, пароль); *и, если необходимо для доступа к Базе*

2) компьютерную программу для доступа к Базе (Клиентский Модуль); *и, если необходимо для доступа к Базе*

3) советы по установке Клиентского Модуля на компьютер Исполнителя; *и, если необходимо для доступа к Базе*

4) иную помощь (советы по настройке операционной системы, по мере возможности — дополнительные программы и т.д.).

2.3. Доступ к Базе считается предоставленным Исполнителю в день первого захода Исполнителя в Базу, т.е. когда Исполнитель, получив помощь от Заказчика, описанную в предыдущем пункте Договора, введет коды доступа и подключится к Базе.

Между тем:

1) В случае спора по вопросу «был ли у Исполнителя доступ к Базе», а также по вопросу «когда Исполнитель получил доступ к Базе», а также по прочим вопросам, надлежащими и допустимыми доказательствами этих обстоятельств будут документы Заказчика. В том числе и составленные Заказчиком в одностороннем порядке.

К примеру, акт доступа к Базе, составленный Заказчиком, распечатка «логов» (электронный журнал действий пользователей) с сервера (компьютера) Заказчика, и прочее.

2) Исполнитель получает ТОЛЬКО доступ к Базе, но не право собственности (иные права) на Базу. Правом собственности на Базу, а также иными правами на Базу обладает ТОЛЬКО Заказчик. То же самое относится и к информации в Базе.

2.4. Если в срок, указанный в п.2.1 Договора, Заказчик не сможет предоставить Исполнителю доступ к Базе (по любым причинам), Исполнитель вправе:

1) подождать некоторое время — на свое усмотрение; *или*

2) заявить односторонний внесудебный отказ от Договора.

Во втором случае Договор будет прекращен с даты получения Заказчиком уведомления о расторжении. При таком прекращении Заказчик не выплачивает Исполнителю фактические понесенные расходы (иное вознаграждение), а также не возмещает убытки.

2.5. Если Исполнитель получил доступ к Базе, тогда:

- 1) Исполнитель в удобное для себя время — хоть ночью, хоть днем — изучает (анализирует) информацию в Базе Заказчика; и
- 2) По итогам анализа Исполнитель пишет аналитическое заключение (далее — «АЗ»); и
- 3) Высылает АЗ Заказчику на электронный почтовый ящик, указанный в Договоре (раздел «реквизиты сторон»).

2.5.1. Заказчик вправе поручить Исполнителю, а Исполнитель обязан изучить, обработать и осмыслить информацию (т.е. проанализировать) по следующим направлениям деятельности Заказчика:

- 1) бизнес-процессы;
- 2) продажи в торговых точках сети Заказчика;
- 3) эффективность маркетинговых акций;
- 4) эффективность работы отделов, подразделений и компании Заказчика в целом;
- 5) формирование статистической и управленческой отчетности (ежемесячно, ежедневно, по запросу);
- 6) разработка и внедрение отчетности по контролю качества;
- 7) составление регламентов.

2.5.2. Дополнительно Заказчик также вправе поручить Исполнителю, а Исполнитель обязан оказать Заказчику следующие услуги:

- 1) аналитика и доработка сводных таблиц, функций, написание функций и макросов (скриптов);
- 2) разработка, оптимизация и внедрение новой системы внутренних расчетов;
- 3) выявление ошибок, неточностей в Базе, анализ причин их возникновения и способов их решения;
- 4) автоматизация внутренних расчетных процессов подразделений с помощью *VBA Excel* (макросы, надстройки), *Power BI*, составление автоматических двусторонних баз данных, анкет.

2.6. По итогам оказания услуг (аналитики) Исполнитель составляет АЗ в свободной форме. В АЗ Исполнитель, на основе проанализированной информации из Базы, дает Заказчику точные советы, которые помогут:

- 1) продавать товары (услуги) Заказчика с большей прибылью; или

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

2) лучше организовать логистику (движение товаров) Заказчика от места производства к конечным потребителям; *или*

3) получить Заказчику преимущество перед конкурентами; *или*

4) лучше организовать работу внутри филиалов, обособленных подразделений и прочих организационных структур Заказчика;

5) получить иное коммерческое преимущество.

2.6.1. Если Заказчик поручил Исполнителю оказать услуги, описанные в п. 2.5.2 Договора, Исполнитель после оказания таких услуг пишет отдельное АЗ, в котором описывает, что именно из п. 2.5.2 Договора он сделал, как работает результат услуги, какую коммерческую ценность приносит Заказчику.

2.7. Исполнитель обязан не ограничиваться информацией из Базы, но и анализировать информацию из Базы «в связке» с другой информацией, в т.ч. из открытых источников. **ПРИ ЭТОМ ИСПОЛНИТЕЛЬ ОБЯЗАН НЕ РАСКРЫВАТЬ ИНФОРМАЦИЮ ИЗ БАЗЫ ПЕРЕД ТРЕТЬИМИ ЛИЦАМИ.**

К примеру, Исполнитель может сравнить данные о продажах Заказчика с данными о продажах того же товара у конкурентов. И предоставить Заказчику АЗ с обоснованием, почему у конкурентов товар продается лучше и что можно сделать Заказчику, чтобы поднять продажи (сравнительный анализ).

К примеру, Исполнитель может посмотреть по открытым источникам, какой товар востребован на рынке, и, зная о производственных возможностях Заказчика, предложить Заказчику запустить производство похожего или лучшего товара.

2.8. Исполнитель вправе присылать Заказчику как одно АЗ в месяц, так и несколько — на свое усмотрение.

2.9. Цель Заказчика: получить ценную, легко усваиваемую, применимую на практике коммерческую информацию — для извлечения прибыли. Поэтому Исполнитель обязан писать АЗ простым, доступным РУССКИМ языком — без «казенщины» и научно-академической зауми. Четко, без «воды» и по существу. А не научный трактат, «оторванный» от жизни. Конечно, Исполнитель вправе

прилагать к АЗ схемы, графики, таблицы, диаграммы и прочие материалы».

Конечно, «маловато будет». В сложных договорах обычно есть оба раздела — и «Порядок исполнения», и «Права и обязанности сторон». Стратегия: в «Порядке исполнения» расписываем порядок и основные права, вытекающие из порядка. А в отдельном разделе «Права и обязанности» — дополнительные права сторон. На все возможные случаи: «что будет, если».

Вообще, все три подхода имеют право на жизнь. Опытный договорник поступает так. Если у нас простенький договор, обычно с немедленным исполнением — первый метод, «как Кодекс требует, только существенные условия, и пару спец. прав себе добавим».

Если для договора не столь важен процесс... Скажем, аренда. Там процессов, глобально, три. Передача имущества в аренду. Возврат имущества после аренды. Оплата арендной платы.

Все остальное время стороны думают над правами — как я могу использовать имущество, судьба улучшений, вправе ли я повесить рекламу и т.д. Здесь можно пойти по классическому пути и подробно расписать права в отдельном разделе.

Если для договора важен процесс... Скажем, подряд на десятизначную сумму с поэтапной сдачей работ. Тут во главу угла ставим процесс. Используем третий подход. Подробно расписываем процесс отношений сторон по каждому этапу. И права — в отдельный раздел. А то и разделы.

Другой пример — договор на создание интеллектуальной собственности. Тоже третий подход. Подробно расписываем процесс. Подробно расписываем права на этапе создания. Потом прописываем порядок сдачи и требования — объективные! — к итогу. А после расписываем второй раздел прав — у кого какие права на итог работ, и главное — когда эти права возникают. И у кого.

Когда пишете права и обязанности, помните о двух тонкостях.

### **29.5.1. Исполнимость права**

Первая — исполнимость права. Вы-то пропишете стороне то или иное право, но будет ли это право исполнимо на практике?! Прекрасный пример, как не надо писать — типовая форма «договор

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

поставки собак(и) для нужд таможенных органов» (Приказ ФТС России от 07.04.2009 № 635, разбивка на пункты моя).

Читаем:

«5.1. В случае обнаружения дефектов у собак(и), если эти дефекты не были оговорены Поставщиком, Заказчик вправе потребовать от Поставщика:

- а) соразмерного уменьшения цены приобретаемых(ой) собак(и);
- б) безвозмездного устранения дефектов в течение 7-ми дней».

А теперь думаем, как пункт б) будет работать на практике... А он не будет. Допустим, Заказчик — еще и сторону криво назвали, откуда в поставке Заказчик?! Заказчик — в подряде. В поставке — Покупатель.

Так вот, получил Покупатель собаку... допустим, слепую. И?! Как Поставщик будет «устранять дефекты»? Операцию делать? Искусственные глаза вставлять? А если Покупатель получил собаку без хвоста? Дверью прищемили или отгрызли где-то по дороге. Тогда что?! Поставщик отрастит калеке новый хвост? Или починит старый?

Я не цепляюсь. В юр. быте устранение дефектов всегда и везде значит: «починка вещи». А не замена вещи на новую. Если стороны в пункте «б» имели в виду замену вещи (собаки) на новую — так и надо было писать. Ан нет. Не подумали. Вот и получилась ахинея.

### 29.5.2. Язык прав и обязанностей

Вторая тонкость — как именно вы опишете право?! Сравните четыре формулировки:

1) «В случае нарушения Подрядчиком сроков выполнения работ Заказчик вправе потребовать от Подрядчика уплаты неустойки в размере 0,1% руб. за каждый день просрочки».

2) «В случае нарушения Подрядчиком сроков завершения этапов поэтапного графика выполнения работ Заказчик вправе потребовать и Подрядчик обязан выплатить неустойку за задержку по штрафной процентной ставке из расчета стоимости соответствующего этапа».

3) «Если Заказчик нарушит срок оплаты, установленный пунктом таким-то Договора, Заказчик обязан выплатить Подрядчику

неустойку. Размер неустойки: 0,07% от суммы долга за каждый день просрочки».

4) «Если Заказчик нарушит срок оплаты, установленный пунктом таким-то Договора, Заказчик может выплатить Подрядчику неустойку. Размер неустойки: 0,07% от суммы долга за каждый день просрочки».

Как вы думаете, есть ли разница?! Еще какая! Первая формулировка написана **«наделительным»** языком. Одна сторона договора наделяет другую неким правом. Но большой вопрос, сможет ли Заказчик этим правом воспользоваться... Не ясно, возникает ли у другого лица обязательство исполнить требование.

Потому-то во второй формулировке договорник и добавил слова «и Подрядчик обязан выплатить». Иначе может стать как в старом, еще дореволюционном анекдоте: «Имею я право? Да, имеете. А МОГУ?! Нет, не можете».

Наделительный язык опасен, так как формулировку на этом языке — к примеру, «вправе потребовать от Подрядчика уплаты неустойки» — не очень грамотный судья может истолковать так: «требуешь, ну и требуй себе на здоровье; у тебя есть право требования, но не более того; вторая сторона не обязана твое требование удовлетворять, договором не предусмотрено; во взыскании неустойки — отказать».

Доктринально — бред. Доктринально, если одна сторона «вправе», то другая — «обязана». И пока еще никому не отказали. Единственный раз, когда суд думал о тонкостях формулировок, истолковал в пользу истца, хотя и отметил «условность»:

«Указание в п. 10.10. договора на право арендодателя взыскать штраф/неустойку, означает, что договором установлено не безусловное возникновение у арендатора обязанности уплатить штраф/неустойку за неосуществление страхования, а только при условии реализации арендодателем права применить соответствующие меры ответственности, т.е. потребовать их уплаты». (*Постановление ФАС Московского округа от 05.12.2011 по делу № А40-148436/10-23-1220*)

Да, пока еще никому не отказали. Но кто знает, что будет завтра?! Вдруг попадется какой-то дурной судья. Со своим видением доктрины. Или вовсе без доктрины в голове. Ага, и обжалуй потом

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

до скончания века... Вполне может быть. Особенно — в судах общей юрисдикции.

Чтобы исключить лазейку толкования «требуешь — ну и требуй себе на здоровье», юристы по обе стороны океана, независимо друг от друга, придумали **повелительный** язык. Им-то и написаны вторая и третья формулировки.

Здесь четко видно: одна сторона вправе, а другая — ОБЯЗАНА (во второй). В третьей изящнее: просто «обязан». То есть вторая сторона обязана, а первая — подразумевается! — вправе. Поэтому вторая и третья формулировка создают БЕЗУСЛОВНОЕ обязательство лица уплатить неустойку.

Четвертая формулировка написана **условным языком**. Ага, «могу копать, могу не копать». Могу выплатить, а могу и нет. В договоре редко пишут, от чего зависит условие. Вернее, от КОГО. От чьей воли. Разумеется, от воли стороны, которая может.

И формулировку с «может заплатить» суд, скорее всего, истолкует так: на усмотрение стороны; это право стороны, а не обязанность. Формулировка ни разу не безусловная. Для того-то в незапамятные времена и придумали условный язык: чтобы одна сторона была обязана, а другая... «может».

*Как по жизни.* Из наблюдений... Новичок и подмастерье о языках не заморачиваются. Пишут кто во что горазд, кто как привык. Используют языки хаотично, не думая о последствиях.

Мастер использует два языка, повелительный и условный — и точно знает, для чего пишет одну формулировку повелительным языком, а другую — условным. Легенда свободно «говорит» на всех трех языках.

Не зарюсь на «легендарность», но вот пример:

«5.1. Новый Кредитор обязан оплатить Старому Кредитору цену уступки, указанную в п. 1.1. Договора, в срок до 01.05.2017 г. Оплата должна быть сделана одним платежом. Днем оплаты считается день поступления денег на счет Старого Кредитора.

5.2. Старый Кредитор может передать Новому Кредитору документы, подтверждающие право требования Долга, если без передачи этих документов Новый Кредитор не может воспользоваться правом требования долга. В частности, документы:

1) подлинники договоров, указанных в п. 2.1. Договора — договор подряда №042 от 07.04.2016 г., договор подряда № 43 от 11.04.2016 г., договор цессии от 02.02.2015г.;

2) заверенные Старым Кредитором копии товарных накладных и универсальных передаточных документов (УПД), подтверждающие поставку товара по обоим договорам поставки;

3) заверенные Старым Кредитором копии платежных поручений Должника о частичной оплате товара по договорам поставки.

5.3. Новый кредитор вправе требовать передачи документов только после оплаты цены уступки.

5.4. Право требования Долга переходит к Новому Кредитору через десять рабочих со дня оплаты цены уступки. Для подтверждения перехода права к Новому Кредитору не требуется составления каких-то дополнительных документов. Достаточно Договора и платежного поручения об оплате цены уступки».

Как видите, пункт 5.1. написан повелительным языком, 5.2 — условным, 5.3. — наделятельным, 5.4. — опять повелительным. Переходит, а «не может перейти» или там «вправе требовать передачи права».

Обобщая, советую так.

*В нападении.* Когда пишете договор, обязанности другой стороны описывайте повелительным языком. Чтобы сторона была обязана БЕЗУСЛОВНО. А вот над своими обязанностями думайте. Пишите так, чтобы оставить себе свободу для маневра, если партнер подведет. Если исполняете вторым — как Старый Кредитор в примере выше — можете и через условный язык. Если используете наделятельный язык, думайте, кого и каким правом наделяете, кто и когда сможет воспользоваться правом — а сможет ли?!

*В защите.* Знание языков высвечивает обман в договоре, что твой рентген. **Когда читаете чужой договор, всегда следите за языком. Когда и на каком языке говорит договорник другой стороны. Думайте, почему!!!**

К примеру, почему вначале он повелевал, использовал повелительный язык — вы безусловно обязаны оплатить за товар... А как дошло до гарантии, вдруг заговорил на условном?! «Поставщик может предоставить гарантийное обслуживание, если...». Разумеется,

чтобы вы безусловно заплатили, а он — при желании — «съехал» с гарантии.

### 29.6. ЦЕНА ДОГОВОРА И ПОРЯДОК РАСЧЕТОВ

На страницах книги вы видели много примеров, как правильно расписать порядок расчетов. Заострю внимание лишь на одной важной мысли. Все на той же. ДУМАЙТЕ. И внимательно проверяйте, что вы пишете. Классические ошибки:

1) «Условия оплаты: платеж вносится Заказчиком в форме предоплаты в размере столько-то рублей. Исполнитель осуществляет оказание услуг по договору только после внесения предоплаты в размере, указанном в настоящем пункте. Факт оказания услуг Исполнителем означает, что предоплата произведена в полном объеме, и служит доказательством внесения предоплаты».

Во-первых, не указан срок, когда должна быть внесена предоплата. Как вы помните из главы 15.3, если Заказчик не заплатит, то Исполнитель не сможет обязать Заказчика заплатить через суд. Во-вторых, заключительное предложение пункта — бред сивой кобылы.

2) «Срок начала работ определяется с момента появления на расчетном счете предоплаты» — *а тут не только срок оплаты, но и срок производства работ не согласован.*

3) «Оплата работ по данному договору осуществляется путем перечисления Заказчиком денежных средств на расчетный счет Исполнителя или внесением наличных денежных средств в кассу Исполнителя в порядке и размерах, установленных законодательством». *Шикарно! Ничего, что размер оплаты за ту или иную работу законодательством не установлен?*

4) «Оплата услуг по охране имущества производится Заказчиком ежемесячно путём перечисления указанных в Расчете стоимости платы за охрану (Приложение 1) денежных сумм на расчётный счёт Исполнителя до 5 числа последующего месяца на основании выставленного счёта, акта выполненных работ в течение 10 (десяти) банковских дней после получения счета». *Заказчик прочел три раза, но так и не понял, когда же платить.*

## 29.7. СПЕЦИАЛЬНЫЙ РАЗДЕЛ ПО СПЕЦИФИКЕ ДОГОВОРА

Спец. раздел по специфике договора, один или несколько — прием результата в подряде, прием товара в поставке, спец. раздел по гарантии и т.д. В типовых болванках этого раздела обычно нет. В договоре штучной выделки обычно подробнее расписывают, кто, как и когда исполняет договор. Примеры вы видели, в том числе автоприемка. Поэтому — прописывайте.

## 29.8. ОТВЕТСТВЕННОСТЬ СТОРОН

В типовом договоре обычно ни о чем — «в соответствии с действующим законодательством». Я подробно рассказал, как обеспечить свой интерес — ЗОУ, «плата за выход», возмещение потерь, неустойка и т.д. Пользуйтесь.

Как снизить свою ответственность — на то есть исключаящие и ограничивающие оговорки. Подробно расписал в «Английском праве» — см. главу 5.11 «Оговорки в русском праве. Ужас в пригоршне праха».

Далее,

## 29.9. ФОРС-МАЖОР

Еще одна странная традиция русского «договоростроения». Даже в договор купли-продажи лопаты или там оказания услуг по мойке полов, т.е. в любой простенький договор, обязательно надо запихнуть раздел — иногда на полдоговора! — о непреодолимой силе. Традиция-с. Типовое клише:

«5. Непреодолимая сила (форс-мажор).

5.1. Стороны освобождаются от ответственности за неисполнение обязательств по договору, если оно явилось следствием обстоятельств непреодолимой силы, а именно: стихийных бедствий, военных действий, блокады, запрещения экспорта и импорта. В этих случаях сроки исполнения обязательств по договору отодвигаются соразмерно времени действия этих обстоятельств.

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

5.2. Сторона, для которой стало невозможным исполнение обязательств по договору, должна немедленно, однако не позднее трех дней с момента их наступления и прекращения, сообщить другой стороне в письменной форме (в оригинале, по факсу, по электронной почте) о наличии и прекращении действия обстоятельств, воспрепятствовавших выполнению договорных обязательств.

Неуведомление или несвоевременное уведомление о наступлении данных обстоятельств лишает стороны права ссылаться на них. Наличие форс-мажорных обстоятельств должно быть подтверждено удостоверением правомочных на выдачу соответствующих удостоверений органов власти в местах нахождения Исполнителя и Заказчика.

5.3. Если указанные обстоятельства будут действовать более двух месяцев, то каждая из сторон вправе отказаться от договора, и в этом случае ни одна из сторон не имеет права требовать от другой стороны возмещения убытков».

Ох... Исходим из принципа «ничего лишнего». Что будет, этот раздел не писать? Ничего особенного. Действует ст. 401 ГК, п. 3, где, по сути, всё то же самое: «Если иное не предусмотрено законом или договором, лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, то есть чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств».

К таким обстоятельствам не относятся, в частности, нарушение обязанностей со стороны контрагентов должника, отсутствие на рынке нужных для исполнения товаров, отсутствие у должника необходимых денежных средств».

А теперь сопоставим раздел о форс-мажоре с принципом «думай о последствиях» — если условие неисполнимо в принципе — тоже, зачем писать?! Так вот. По данным К+, за последние 20 лет на непреодолимую силу в суде ссылались 20 830 раз. По крайней мере, столько было дел, где проскакивали ссылки на 401-ю, п. 3. Знаете, сколько раз удалось успешно доказать влияние непреодолимой силы и уйти от ответственности?

Аж целых **ТРИ** раза. Всего-навсего. Перечислю поименно:

1) дело о падении вертолета из-за непреодолимой силы (внезапный порыв ветра) (*Постановление ФАС Московского округа от 16.01.2007 № КГ-А40/13264-06-П по делу № А40-23134/04-61-266*. Определением ВАС РФ от 10.05.2007 № 5061/07 отказано в передаче в Президиум ВАС РФ для пересмотра в порядке надзора)

2) « ...решением Комиссии по чрезвычайным ситуациям и пожарной безопасности администрации Архангельской области от 01.03.2008 «О мерах безопасности на льдах Белого моря» с 01.03.2008 было запрещено проведение работ, связанных с нахождением людей на льдах Белого моря. Это подтверждает имеющаяся в материалах дел надлежащим образом заверенная копия решения.

<...> Оценив данные документы, суд первой инстанции признал, что ответчик доказал невозможность надлежащего исполнения обязательства по спорному договору по мотиву невозможности проведения членами экспедиции зверобойной кампании на льду Белого моря». (*Постановление ФАС Северо-Западного округа от 31.07.2012 по делу № А05-1033/2011*. Определением ВАС РФ от 29.11.2012 № ВАС-15614/12 отказано в передаче дела № А05-1033/2011 в Президиум ВАС РФ для пересмотра в порядке надзора данного постановления.)

3) Дело о потопе в Сочи. Заказчик заявил иск к подрядчику о взыскании убытков. А именно: «...оборудование, расположенное в нижней части подземного перехода, затоплено дождевой водой в результате наводнения, случившегося 25.06.2015. В ходе обследования выявлены следующие нарушения технического состояния оборудования: выход из строя (замыкание) микросхем; полный выход из строя плат управления и аккумуляторных батарей; полный выход из строя плат силовых реле управления двигателей поручней.

В целях восстановления и ремонта оборудования администрация заключила с третьим лицом муниципальный контракт от 22.09.2015 на сумму 2 930 275 рублей и оплатила по нему соответствующий ремонт.

Полагая, что ненадлежащее исполнение обществом обязательств по муниципальному контракту привело к убыткам в размере стоимости восстановительного ремонта, администрация направила в адрес исполнителя претензионное письмо от

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

17.11.2015 № 7472 с требованием о возмещении ущерба в сумме 2 930 275 рублей.

....Из материалов дела видно, что 25.06.2015 в г. Сочи введен режим чрезвычайного положения, данное обстоятельство подтверждается справкой исполняющего обязанности главы администрации Адлерского внутригородского района города Сочи от 07.07.2015 № 475.

Согласно акту комиссионного обследования от 27.06.2015, составленному с участием представителей обеих сторон контракта, подъемные платформы с наклонным перемещением для инвалидов, расположенные в нижней части подземного перехода, затоплены водой в результате наводнения. Устройства для откачки дождевых вод в подземном переходе не работали, приямки с насосом для откачки воды также оказались затопленными.

<...> Суды пришли к обоснованному выводу о том, что повреждение оборудования является следствием наводнения, а не нарушения ответчиком обязательств по контракту, в связи с чем правильно отказали в иске». *(Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 11.10.2016 № Ф08-6648/2016 по делу № А32-3777/2016)*

Отсюда вопрос: стоит ли переводить бумагу и расписывать форс-мажор, если в суде вряд ли пройдет?! Отказной практики — валом. Ограничусь парой примеров:

«Вместе с тем действующим законодательством и условиями контрактов не предусмотрено освобождения исполнителя-поставщика от ответственности вследствие кризисных явлений в мировой экономике, повлекших неисполнение обязательств контрагентами должника и отсутствие на рынке нужных для исполнения товаров.

Неблагоприятные экономические условия осуществления предпринимательской деятельности являются частью предпринимательского риска коммерческой организации и не могут служить основанием для освобождения ее от ответственности за неисполнение обязательства». *(Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 08.06.2011 по делу № А18-348/2010)*

«Понятие непреодолимой силы содержится в пункте 3 статьи 401 ГК РФ, под которой понимаются чрезвычайные и непредотвратимые при данных условиях обстоятельства.

Иными словами, обстоятельства, которые стороны не могли предвидеть и предотвратить. Невыплата средств из бюджета на указанные в нем цели не относится к таким обстоятельствам». (*Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 24.12.2009 по делу № А27-5495/2009*)

### 29.9.1. Форс-мажор: последствия

Даже если вы каким-то чудом докажете — да, была непреодолимая сила, была! — что вам это даст?! Многие ошибочно думают: доказали непреодолимую силу — хана договору, никто никому ничего не должен. Ничего подобного!

Что в типовых болванках, что в 401-й ГК сказано — вчитайтесь: «стороны освобождаются **от ответственности** за неисполнение обязательств по договору, если оно явилось следствием обстоятельств непреодолимой силы».

От ответственности, а не от исполнения обязательства в натуре!!! Обязательство всё равно придется исполнять. Или как-то договариваться с той стороной, чтобы отстала — к примеру, дать отступное.

Кроме того, непреодолимая сила спасет сторону в лучшем случае от убытков и неустойки. Но если в договоре «сидит» компенсация по ст. 310 или возмещение потерь по 406.1, эти нормы будут работать. Потому что не мера ответственности, а компенсация/возмещение, другая правовая природа.

**Пример.** ООО «Двери в Ленг» (Покупатель) заключили договор с ИП Лесопильниковым (Поставщик) на предмет поставки леса. Как любят на Руси, 100% предоплата. Покупатель заплатил. Поставщик отправил бревна. Бревна спокойно плыли к Покупателю на барже. Ничто не предвещало... И тут на баржу упал метеорит. Баржа пошла ко дну со всем грузом. «Она утонула».

Поставщик говорит: всё, договора нет. Покупатель возражает: погоди-погоди. Да, товар погиб. Согласны, вмешалась непреодолимая сила. Но эта сила не властна над договором. Мы не будем предъявлять убытки — всё понимаем. Но обязательство по поставке осталось. Будь любезен, поставляй.

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

Если Поставщик будет настаивать на своем — договора нет, ничего не знаю — Покупатель может заявить отказ от договора... и взыскать предоплату как неосновательное обогащение!

Ну, и чем помог сторонам раздел «Форс-мажор» в договоре?! Освободил Поставщика от обязательства возместить Покупателю убытки/неустойки. Да. Но понес ли убытки Покупатель? Если нет — допустим, Покупатель брал лес впрок, про запас — то Покупатель особо-то и не пострадал. И в лучшем положении, чем Поставщик. Покупатель в любом случае не прогадает: либо получит бревна, либо вернет деньги.

А Поставщик? Попросту говоря, ВЛЕТЕЛ. Потерял партию товара. И теперь должен либо поставлять новую, либо вернуть деньги. Тот ли это итог, который хотели стороны, когда писали раздел о непреодолимой силе?!

Если цель была правильно распределить риски и, случись что, выйти на «никто никому ничего не должен», то нужно было идти другим. Не через непреодолимую силу, а через невозможность исполнения.

### 29.9.2. Невозможность исполнения

Почему-то все фанатеют с непреодолимой силы, но мало кто помнит: в кодексе помимо 401-й есть и другая статья. 416-я. Прекращение обязательства невозможностью исполнения. Пункт 1:

«Обязательство прекращается невозможностью исполнения, если она вызвана наступившим после возникновения обязательства обстоятельством, за которое ни одна из сторон не отвечает».

**Невозможность исполнения, в отличие от непреодолимой силы, прекращает обязательство.**

А если грамотно пропишете, то и освободит от ответственности. И очень часто форс-мажор и невозможность исполнения соотносятся как причина и следствие. Пример, как может работать.

ЗАО «Иллюминати» (Покупатель) и ООО «Шариф индастрис» (Поставщик) заключили договор поставки уникального лекарства — праксиса. Договор дящийся, т.е. поставка товара партиями. Пускай сто капсул раз в месяц.

Лекарство во всем мире делает только Поставщик. Новейшая разработка, сложнейшая технология, редкое сырье и т.д. Случись что, у другого Поставщика не купишь. Случилось. Неизвестные террористы уничтожили лабораторию Поставщика.

Стороны встретились. Подняли договор. А там, допустим:

«5. Невозможность исполнения.

5.1. Невозможность исполнения считается наступившей, если наступит хотя бы одно из следующих обстоятельств:

- 1) Запрет производства праксиса законодательным актом; *или*
- 2) Удорожание сырья на 50 или более процентов; *или*
- 3) В праксисе будут обнаружены побочные эффекты, выяснится, что лекарство опасно для человека; *или*
- 4) Уничтожение предприятия Поставщика по производству праксиса из-за стихийного бедствия, войны, террористического акта, революции и т.д.; *или*
- 5) Иные обстоятельства, влекущие невозможность исполнения Договора.

5.2. Невозможность исполнения влечет одновременно следующие последствия:

А) Договор прекращен, а также прекращены все права и обязательства сторон по Договору (за исключением права, предусмотренного п. 5.3. Договора); *и*

Б) Поставщик не возмещает Покупателю убытки, в т.ч. упущенную выгоду; *и*

В) Если у Поставщика остался неосвоенный аванс Покупателя, т.е. Поставщик получил деньги Покупателя, но из-за невозможности исполнения не смог Исполнить Договор — поставить очередную партию праксиса, аванс возврату не подлежит.

5.3. Дополнительная гарантия Покупателя. Если из-за невозможности исполнения Поставщик не вернул Покупателю аванс (пункт 5.2. Договора, подпункт В), Покупатель получает преимущественное право заключить с Поставщиком новый договор на льготных условиях — если Поставщик когда-нибудь сможет преодолеть невозможность исполнения.

К примеру, если Поставщик построит новое предприятие по производству праксиса взамен уничтоженного. "Льготные условия" значит: право Покупателя заключить новый договор с Поставщиком по цене на 20 (двадцать) процентов ниже рыночной».

Вот. Думаю, теперь понимаете, почему в типовых болванках — непреодолимая сила, а договорах штучной выделки — невозможность исполнения. Или и то и другое вместе, но тщательно расписаны последствия. Потому что стороны думают, как расходиться, кто кому что платит... Или не платит. Как в примере выше.

### 29.9.3. ЗАБАВНЫЕ ОШИБКИ

Грамотный договорник всегда различает непреодолимую силу и невозможность исполнения. А новички путают и пишут откровенную ахинею. Великолепный пример из недавней истории:

«8.2. Стороны договорились также отнести к обстоятельствам непреодолимой силы решения Президента РФ, Правительства РФ, а также государственных и муниципальных органов, деятельность которых может привести к ограничению возможности исполнения Договора».

Идея сама по себе хороша. Да, от власти можно ожидать чего угодно. Но если вмешается власть и «ограничит возможность исполнения договора» — то это будет невозможность исполнения. А не форс-мажор.

Да, действия власти можно трактовать как непреодолимую силу, но это — ПРИЧИНА. А итогом этой причины (следствием) станет как раз невозможность исполнения. Поэтому в данном случае надо было не приравнивать поступки власти к непреодолимой силе, а расписывать последствия через невозможность исполнения. Как в примере с праксисом.

И думать, и честно согласовать на переговорах с той стороной: «Вот запретит власть нам договор исполнять или поставит предмет договора вне закона. Что делать будем? Как расходиться?». Согласовали условия, прописали в договоре — и всё у вас хорошо и понятно.

**В сотый раз: думайте, что и для чего вы пишете. И какие будут последствия, если грянет то или иное событие.**

А то иногда такое встречаешь... Из новейших находок: «к обстоятельствам непреодолимой силы относятся неадекватное поведение рубля по отношению к доллару». *Интересно, как определять неадекватность...*

Или: госконтракт на поставку. Читаем и веселимся:

«11.1. В случае возникновения непредвиденных обстоятельств по не зависящим от сторон причинам, влияющим на выполнение условий настоящего Контракта, решение о дальнейшем выполнении обязательств по нему принимает Арбитражный суд г. Москвы.

11.2 Сторона, которая не может исполнить свои обязательства по обстоятельствам, указанным в п. 11.1, уведомляет в течение 3 (трех) рабочих дней со дня наступления указанных обстоятельств другую сторону, которая в течение 15 (пятнадцати) рабочих дней обращается в Арбитражный суд г. Москвы.

Несвоевременное уведомление о непредвиденных обстоятельствах лишает соответствующую сторону права на освобождение от исполнения обязательств по настоящему Контракту».

Помесь бобика со свиньей... Очередная. Смешали форс-мажор с арбитражной оговоркой. Не подумали. Вот интересно, какой иск должна заявить сторона на основании этих формулировок? «О принятии решения о дальнейшем выполнении обязательств по договору?» Или «Об установлении факта непредвиденного обстоятельства?». Арбитраж в таком иске откажет. С мотивировкой: «ненадлежащий способ защиты нарушенного права». Или имелся в виду иск о расторжении договора по ст. 450 ГК, п. 2?! Загадка...

#### **29.9.4. «Ад или потоп»**

Напоследок еще одна особенность непреодолимой силы. Статья 401 ГК, единственная норма в кодексе о форс-мажоре, ДИС-ПОЗИТИВНАЯ. Начинается с фразы «Если иное не предусмотрено законом и договором...».

Что открывает хорошему договорнику широчайший простор для творчества. Если стороны предвидят — непреодолимая сила может наступить, — **можно исключить непреодолимую силу оговоркой в договоре.**

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

Пример:

«5.4. Оговорка «Ад или потоп» (*Hell or high water clause*). Стороны признают, что Договор будет исполнен на территории Непризнанной Республики. Где неспокойно, где идет необъявленная война, а также бывают гражданские волнения. Кроме того, есть, а также могут быть прочие обстоятельства, затрудняющие исполнение Договора. Поэтому:

**1) ДОГОВОР ДОЛЖЕН БЫТЬ ИСПОЛНЕН В ЛЮБОМ СЛУЧАЕ.**

Исполнитель не вправе ссылаться ни на форс-мажор (обстоятельства непреодолимой силы), ни на невозможность (затруднительность) исполнения Договора. Эти обстоятельства не освобождают Исполнителя ни от обязательств по Договору, ни от ответственности за неисполнение.

2) Благотворитель и Получатель не возмещают Исполнителю убытки, если Исполнитель понес убытки в связи с исполнением Договора.

3) Благотворитель и Получатель не возмещают Исполнителю убытки, если Исполнение Заявки обошлось Исполнителю дороже, чем согласовано в Заявке».

Суды любят напоминать сторонам о доктрине: «Юридическая квалификация обстоятельства как непреодолимой силы возможна только при одновременном наличии совокупности ее существенных характеристик: **чрезвычайности и непредотвратимости**.

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. Чрезвычайность имеет в основе объективную непредотвратимость. При этом ссылки на наличие события недостаточно, сторона обязана доказать, что было невозможно разумно избежать или преодолеть его последствия»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Постановление ФАС Московского округа от 24.04.2013 по делу № А40-101734/12-35-952. Также см. Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 11.11.2016 № Ф02-5837/2016 по делу № А58-7139/2014, Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 11.11.2016 № Ф02-5837/2016 по делу № А58-7139/2014, Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 27.09.2016 № Ф06-13136/2016 по делу № А65-1643/2016, Постановление Президиума ВАС РФ от 21.06.2012 № 3352/12 по делу № А40-25926/2011-13-230.

Подход «договор должен быть исполнен в любом случае» (исключить форс-мажор договором) вполне соответствует доктрине. Если нам известно: такое-то событие может наступить, наступило или продолжается — к примеру, война в беспокойной республике — то «выпадает» чрезвычайность. И доктринально это уже не форс-мажор. А раз так, здраво и разумно исключить договором предвидимое обстоятельство из перечня непреодолимой силы.

## 29.10. Конфиденциальность

Или пишем нормально (совковые ритуалы КТ), или не пишем вообще. «Ничего лишнего». Если читаете чужой договор, **внимательно вычитывайте разделы «Конфиденциальность» и «Форс-мажор»**. Недобросовестные договорники любят закладывать сюда «крючки».

Расчет на то, что обычно эти разделы мало кто читает. Вот и прячут... всякое. Типа «независимо от конфиденциальности Подрядчик вправе в одностороннем порядке изменить срок выполнения работ».

А отдельные «уникумы» еще и пакостят в договоре. Был забавный случай. Менеджер, чтобы подсидеть своего же директора, написал в «Конфиденциальности» что-то вроде: «стороны обязуются хранить в тайне сумму вознаграждения, полученную руководителем Заказчика от Подрядчика за заключение договора именно с ним» (читай — откат). Потом этот раздел попался на глаза собственнику бизнеса. Вылетели оба — и менеджер, и директор.

## 29.11. Разрешение споров

В типовых болванках любят писать: «Все споры по настоящему договору рассматриваются в установленном законом порядке». Или там: «Все споры по настоящему договору рассматриваются арбитражным судом в установленном законом порядке».

Спрашивается: зачем?! Опять применим принцип «ничего лишнего». Если не написать такую формулировку, что будет? Да ничего. Действует закон, общее правило подсудности, ст. 35 АПК. Коммерческий спор рассмотрит арбитражный суд по месту нахождения

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

(регистрации в ЕГРЮЛ) Ответчика. Поэтому от формулировки из типовой болванки ни холодно ни жарко.

Между тем закон — ст. 37 АПК — разрешает вам менять общее правило. Если вы напишете в разделе договора «Разрешение споров», скажем: «Все споры по договору рассматривает суд по месту нахождения Истца» — вы измените общее правило. И теперь ваш спор будет рассматривать суд по месту нахождения Истца. А не Ответчика, как в законе.

Можно еще веселее. Допустим, одна сторона договора находится в Авалоне. Другая — в Мордоре. Договорник пишет: «Все споры по договору рассматривает Арбитражный суд Лемурийской области».

Или — другой области. Причем область та никак не связана ни со сторонами, ни с местом исполнения договора. Находится у черта на куличках. Хорошо хоть в РФ. Будет такое условие договора иметь силу?

Да. Будет. Закон позволяет менять, научно говоря, «территориальную подсудность». И раз вы договорились судиться в определенном суде, вы связаны договором. Где написали, там и будете судиться.

Конечно, не все так однозначно. Есть исключения. Но я сейчас о другом. Раздел «Разрешение споров» нужен, чтобы писать какие-то особые условия о разрешении споров. А не для тупого копирования 35-й статьи АПК. **Если вас устраивает суд по месту нахождения Ответчика, раздел «Разрешение споров» не нужен.**

Исключений два.

Первое. Если вы захотите заложить в договор какой-то особый порядок обмена претензиями или увеличить срок ответа на претензию. К примеру, «досудебный претензионный порядок обязателен, срок ответа на претензию — шестьдесят дней» (а не тридцать, как по закону — ст. 4 АПК, п. 5). Тогда да, пишете.

Второе — договор с юрлицом из другого государства, т.е. ВЭД-договор. **ОБЯЗАТЕЛЬНО** пишете, какой суд рассматривает дело. Подробнейше. Вплоть до адреса.

### 29.11.1. По Истцу

Когда НЕ устраивает суд «по месту нахождения Ответчика»? Во-первых, если думаем: у другой стороны есть административный ресурс в суде. Коль дойдет до суда, суд вряд ли будет скорым и беспристрастным. Тем более — справедливым.

Во-вторых, если стороны находятся в разных концах страны. Кому охота ездить в суд за тридевять земель? Предвидя расходы и командировки, стороны на переговорах «тянут одеяло на себя». Каждая хочет прописать в договоре суд своей области.

Отсюда и родилась оговорка «Все споры по договору рассматривает суд по месту нахождения Истца». Вроде бы компромисс. Итог торга. Золотая середина. Если у вас к нам претензии — вы идете в свой суд. Если у нас к вам — мы идем в свой. Вроде честно и справедливо...

Но у оговорки есть один серьезный изъян. Можно получить ДВА процесса в разных концах страны. Как? Смотрите. Допустим, сторона из Мордора заявила иск о взыскании долга по договору поставки. В договоре — подсудность по Истцу. Сторона подала иск в Арбитражный суд г. Мордора.

Вторая сторона хитрит. Вместо того чтобы подать встречный иск в тот же суд, подает отдельный иск — скажем, о признании договора незаключенным — в суд... своей области. А что. В этом-то иске вторая сторона — истец. Вот и подала в суд по истцу. Вот и получилось два процесса в разных судах.

Как избежать. Пример из поставки, пишем так: «Споры по Договору рассматривает Арбитражный суд по месту нахождения Истца. Подача иска одной стороной «связывает» другую, т.е. если Покупатель подал иск к Поставщику в суд по месту нахождения Покупателя, Поставщик может предъявить встречный иск или иной иск только в суд по месту нахождения Покупателя».

### 29.11.2. Типовые ошибки

Как можно «накосячить» в разделе «Разрешение споров». Наиболее частая ошибка — ссылка на суд... А суда НЕТ. Мыслимо ли?! Да запросто. К примеру, юрист Исполнителя пишет в договоре:

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

«при недостижении согласия между Сторонами споры разрешаются в Арбитражном суде г. Сыктывкара». На что юрист Заказчика, давясь от смеха, отвечает: «Такого суда не существует. Есть Арбитражный суд Республики Коми». И прав.

Порой такие ошибки доходят до суда. Оседают в анналах практики: «...согласно пункту 7.2 названного договора в случае невозможности разрешения разногласий сторон путем переговоров они подлежат рассмотрению в арбитражном суде города Краснодара. Однако, во-первых, такой суд не существует...». (*Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 11.04.2014 по делу № А32-15002/2013*) Поэтому когда видите в договоре название суда — проверьте, есть ли такой суд.

Вторая типичная ошибка — скрестить арбитражную оговорку с третейской. Помесь ежа и ужа. К примеру: «Если спорный вопрос не будет урегулирован между сторонами, то он передается на разрешение арбитража, который будет иметь место в Арбитражном Суде города Москвы в соответствии с арбитражными правилами этого Суда. Решения Арбитражного Суда являются окончательными и обязательными для обеих сторон». *То есть в апелляцию, кассацию и ВС хода нет?! Аж два раза... Ну нельзя перекрыть договором право на обжалование в вышестоящие инстанции. Как бы ни хотелось.*

Третья типичная ошибка — добавить в арбитражную оговорку что-то из совсем другой оперы. Ответственность. Права. Что-то еще. И получить на выходе нечто несусветное. Опять делюсь из коллекции:

1) «При недостижении Сторонами согласия по возникшим спорам в процессе переговоров, все споры, возникшие в период действия Договора, разрешаются в арбитражном суде по месту нахождения Покупателя или Продавца, по выбору Покупателя или Продавца».

2) «За нарушение условий Договора Стороны несут ответственность, установленную решением Арбитражного суда г. Москвы в соответствии с действующим законодательством Российской Федерации».

3) «Все споры и разногласия, не разрешаемые путем переговоров, подлежат разрешению в арбитражном порядке Тверской области».

4) «В случае недостижения Сторонами соглашения в результате переговоров, спор рассматривается в порядке, установленном законодательством Российской Федерации, после чего передается на рассмотрение в Арбитражный суд г. Москвы».

5) «Права Покупателя по настоящему Договору защищены действующим законодательством РФ, Арбитражным судом г. Москвы и стратегической целью Поставщика развивать партнерские отношения на долгосрочную перспективу».

### 29.11.3. Осторожней с подведомственностью

Прошу помнить. Наше право позволяет играть с подсудностью. Но не с подведомственностью. Разделом «Разрешение споров» нельзя передать коммерческий спор в суд общей юрисдикции.

Наоборот тоже нельзя. Нельзя передать спор «физиков» или спор «физика» и «юрика» — скажем, потребительский — в арбитраж. А жаль... В некоторых областях нашей необъятной в СОЮ такой ад крошечный... волокита, тупость, хамство и т.д. Стороны и рады бы судиться в арбитраже. Руки так и чешутся вписать в договор оговорку на арбитраж.

Только в арбитраже почему-то против. Посылают так: «Из содержания норм о подведомственности (глава 4 АПК) следует, что подведомственность спора определяется законом и **не может изменяться договором**». (*Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 30.05.2013 по делу № А53-31833/2012*. Также см. *Постановление Арбитражного суда Московского округа от 03.11.2015 № Ф05-16394/2015 по делу № А40-75242/15*, *Определение Верховного Суда РФ от 23.11.2010 № 18-В10-66* и т.д.).

## 29.12. ДЕЙСТВИЕ ДОГОВОРА

В типовых болванках обычно пишут недолго думая: «Договор действует до момента полного исполнения сторонами всех обязательств по нему».

Я бы вам не советовал. Последствия могут быть... отвратительными. В стародавние времена с такой формулировкой можно было вылететь на незаключенность договора:

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

«Пунктом 4.1 договора подряда от 03.10.2000 предусмотрено, что договор вступает в силу с момента подписания сторонами и действует до окончания работ, но не позднее 25 декабря 2000 года, а в части обязательств по оплате до полного их выполнения.

Данный пункт договора содержится в разделе 4 договора, поименованном «срок действия договора». Из буквального толкования данного пункта договора следует, что стороны предусмотрели срок действия договора, а не конкретные сроки выполнения работ.

Таким образом, договор от 03.10.2000 следует считать незаключенным в связи с отсутствием существенных условий». (Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 28.11.2001 № А74-2109/01-К1-Ф02-2834/01-С2)

Или — получить другой срок: «Условие спорного договора о сроке его действия до полного выполнения сторонами обязательств не соответствует статье 190 ГК, поскольку зависящее от воли сторон исполнение обязательств не может быть признано событием, которое должно неизбежно наступить.

В соответствии с пунктом 3 статьи 425 Кодекса законом или договором может быть предусмотрено, что окончание срока действия договора влечет прекращение обязательств сторон по договору. Договор, в котором отсутствует такое условие, признается действующим до определенного в нем момента окончания исполнения сторонами обязательства. Спорным договором исполнение обязательства по поставке пшеницы установлено не позднее 10.07.2003».

(и действует договор до этой даты, а не до загадочного «момента полного исполнения», Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 24.02.2004 № Ф08-469/2004 по делу № А32-15377/2003-32/346)

Сейчас в Кодекс добавили ст. 327.1 «Обусловленное исполнение обязательства». Там: «Исполнение обязанностей, а равно и осуществление, изменение и прекращение определенных прав по договорному обязательству, может быть обусловлено совершением или несвершением одной из сторон обязательства определенных действий либо наступлением иных обстоятельств, предусмотренных договором, в том числе полностью зависящих от воли одной из сторон».

Теперь формулировка «до исполнения обязательств» будет работать...

Другой вопрос, ЧЕМ такая работа обернется.

Пример. Люди заключили договор подряда. Не прописали нормальные сроки. Отделались формулировкой «до исполнения обязательств». Заказчик оплатил аванс. Подрядчик приступил к работе. Часть сделал... А на остальное «забил». Бросил работу на полдороге и успокоился. Заказчику ждал, ждал... Потом ринулся в суд. Взыскивать аванс.

Отказ в иске — по трем инстанциям. Именно из-за формулировки «до исполнения обязательств». Вот почему: «Пунктами 17.1 спорных договоров предусмотрено право заказчика в одностороннем внесудебном порядке расторгнуть договор в определенных договорами случаях.

В соответствии с пунктом 18.4 договоров уведомление о расторжении договоров в одностороннем порядке направляется в письменной форме.

На основании пункта 18.7 договоров срок действия спорных договоров устанавливается с даты их подписания до полного исполнения сторонами обязательств по договорам.

Из материалов дела судом было выяснено, что подрядчик обязательства по спорным договорам выполнял ненадлежащим образом, часть работ им не была выполнена.

Вместе с тем, как верно указывалось судом, неисполнение подрядчиком обязательств по выполнению работ, в силу данных правовых норм и условий договора, является основанием для отказа заказчика от договора в одностороннем порядке и не может быть основанием для взыскания перечисленного аванса.

В нарушение статьи 65 АПК РФ истцом не представлено в материалы дела доказательств, свидетельствующих о расторжении спорных договоров по соглашению сторон, либо надлежащий отказ истца или ответчика от договора.

При таких обстоятельствах суды пришли к обоснованному выводу о том, что договоры подряда, на основании которых возник спор, являются действующими. При действующих договорах требование о взыскании перечисленного аванса удовлетворению не под-

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

лежит, поскольку на стороне подрядчика сохраняется обязанность по исполнению их условий в части выполнения работ.

В этой связи в удовлетворении исковых требований судом было отказано правомерно». (Постановление ФАС Дальневосточного округа от 30.05.2014 № Ф03-1988/2014 по делу № А73-12704/2013)

У других то же самое случилось в поставке — см. Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 05.02.2016 № Ф06-4768/2015 по делу № А12-38573/2014. У третьих... хватит. Риски, думаю понятны.

Если мало, поднимите Постановление ФАС Центрального округа от 08.10.2013 по делу № А68-7905/2012 — там оговорку «до исполнения» написали в поручительстве. Посмотрите, чем обернулось... Намекну: поручитель вышел сухим из воды. Исключительно из-за оговорки «до исполнения».

### 29.12.1. Три срока

В хорошем договоре нет формулировки «до исполнения». Есть и четко прописаны три группы сроков:

1) срок действия договора; (*от и до, начальный и конечный сроки*)

2) сроки исполнения обязательств сторон; (*кто что КОГДА делает*)

3) сроки исполнения обязательств ЗА договором (*гарантия, ответственность, конфиденциальность, и т.д.*).

Для примера берем тот же подряд. Первую группу сроков прописываем так.

«Договор вступает в силу 01.02.2017 г. — независимо от даты подписания» — (начало действия договора). «Договор действует до 30.12.2017 г., при этом истечение срока не прекращает обязательства по Договору» — конечный срок.

Пишем вторую группу сроков: «Заказчик обязан перечислить Подрядчику аванс до 10.02.2017 г. Подрядчик обязан построить и сдать Заказчику Объект до 01.06.2017 г. Заказчик обязан окончательно рассчитаться с Подрядчиком в течение десяти рабочих дней со дня приемки Объекта без замечаний».

Третья группа сроков: «Гарантийный срок на Объект три года. Отсчет срока — со дня приемки Объекта Заказчиком без замечаний. Истечение срока действия Договора не прекращает гарантий-

ное обязательство Подрядчика. Истечение срока действия Договора не освобождает Подрядчика от обязательства заплатить Заказчику неустойку. Кроме того, расторжение (прекращение) Договора по любым основаниям не освобождает Подрядчика от: 1) гарантийного обязательства; и 2) обязательства оплатить Заказчику неустойку, установленную Договором».

Вот теперь всё просто и ясно.

Вы можете спросить: почему в этом примере все сроки — точные, а один, срок окончательного расчета, — «плавающий»? Зная обыкновение Подрядчиков срывать сроки, нормальный договорник не будет ставить здесь четкий срок — скажем, Заказчик обязан оплатить работу Подрядчика до 10.06.2017 г.

Иначе суд может счесть: поскольку обязательство по оплате не поставлено в зависимость от приемки работ, то обязательства сторон не встречные; плати; и пофиг, сделал Подрядчик работу или нет, качественно или нет.

Да, в теории возможен иск Подрядчика об оплате криво-косо сделанной работы. Подрядчик-то считает: «Всё хорошо, мы всегда так делали, всех устраивало». И в суд идет с: «Не привередничай, принял — плати».

Нет уж, спасибо, не надо нам такого счастья. Поэтому срок окончательного расчета всегда желательно ставить в зависимость от того, сделана работа или нет, оказана услуга или нет, поставлен товар или «как всегда».

## **29.12.2. Длющийся договор**

Выше мы с вами думали о сроках применительно к разовому договору. По которому вы один раз что-то купили (продали) или построили — и разбежались.

А если договор длительный? По терминологии кодекса, «рамочный»? Предполагающий многократные отношения? К примеру, та же поставка по заявкам? Или оказание услуг по требованию? Как тут быть?

Да почти так же. Отличия маленькие. Опять будут три группы сроков. Но в первой группе сроков — действие договора, от и до — к дате «до» прибавится оговорка об автопродлении.

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

Что-то вроде «Договор действует до 01.01.2018 г. Если за месяц до окончания срока действия Договора сторона не заявит односторонний внесудебный отказ от Договора, Договор автоматически продлен еще на год. Количество продлений не ограничено».

Вторая группа сроков тоже никуда не денется. Но в делящемся договоре эту группу волей-неволей приходится описывать через «плавающие» сроки. К примеру, «Поставщик обязан поставить товар в течение трех рабочих дней после получения заявки Покупателя». И «Покупатель обязан оплатить товар через пять рабочих дней после приемки».

Как видите, описание сроков изменилось, но сам подход — четко прописываем, кто что и когда делает — остался неизменным. Третья группа сроков — что происходит с обязательствами после расторжения Договора, а также после одностороннего отказа — не меняется.

Все так же, как в разовом договоре: гарантия столько-то, отсчет срока от даты получения товара, гарантия в силе и после «смерти» договора», а расторжение (отказ) не освобождает от ответственности.

### 29.12.3. Сроки и санкции

Тут мы подходим к давнему и спорному вопросу: можно ли взыскать неустойку (иные санкции) после расторжения договора? В старой практике иногда проскакивало:

«...судебной коллегией признается ошибочной позиция суда первой инстанции о том, что с ответчика может быть взыскана договорная неустойка за неисполнение обязательств за период времени после расторжения договора, поскольку, как правильно указано апелляционным судом, после расторжения договора обязательства сторон в силу пункта 2 статьи 453 ГК РФ прекращаются и его условия не могут применяться к последующим отношениям», (Постановление ФАС Поволжского от 09.06.2009 по делу № А65-21874/2008)

Сейчас по-другому: «...согласно пункту 68 постановления Пленума ВС РФ от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений ГК РФ об ответственности за нарушение обязательств» окончание срока действия договора не влечет прекращение всех

обязательств по договору, в частности обязанностей сторон уплачивать неустойку за нарушение обязательств, если иное не предусмотрено законом или договором (пункты 3 и 4 статьи 425 ГК).

Таким образом, **выводы судов о невозможности начисления договорной неустойки после прекращения действия договоров за нарушения, допущенные ответчиком в период их действия, являются неправомерными и не соответствующими нормам действующего законодательства**». (Постановление Арбитражного суда Московского округа от 04.08.2016 № Ф05-9652/2016 по делу № А40-174272/2015. См. также Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 31.10.2014 по делу № А81-299/2013)

Как видите, практика меняется. А судьи могут ошибаться. Поэтому «на всякий пожарный» лучше прописать в Договоре формулировку: «Расторжение (прекращение) Договора по любым основаниям не освобождает Подрядчика от... (неустойки, ЗОУ, возмещения потерь, что там у вас в Договоре)». Хороший договорник надеется не на переменчивую практику, а на свой договор.

## 29.12.4. Дни и моменты

Слово Учителю:

«Если книга — все равно, написанная по-русски или на русский язык переведенная, — пестрит иноплеменными словами, это всегда плохо. Но есть среди них особенно злобедные, пронырливые и настырные слова, слова-паразиты, от которых поистине отбою нет.

Они не несут никакой информации, не прибавляют ничего нового. Это — всевозможные факты, **моменты** и иже с ними. В 99 случаях из 100 их можно выбросить без малейшего ущерба для фразы. Словесная труха эта отвратительно засоряет речь, сушит мысль и чувство, искажает образ, живых людей с их горем и радостью обращает в манекены.

...Кстати, *момент* — это своего рода пробный камешек, лакмусовая бумажка, по которой легко отличить переводчика (и вообще литератора) неопытного либо зараженного канцеляритом.

Мы давно забыли, что и *секунда*, *минута* тоже слова западноевропейского происхождения: они стали у нас своими, обыденными.

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

В моменте же и сейчас есть призывк официальности, газетности: *данный, текущий* сочетается с ним привычнее, чем *роковой*.

Пушкин покинул своего героя «в минуту злую для него». А многие наши писатели всюду, где, смотря по смыслу и настроению, можно и нужно сказать *время, минута, секунда, миг, час, мгновенье, тотчас же, с той поры, отныне, до тех пор*, обходятся одним и тем же способом...» — */пишут «момент», других слов не знают/*. (Нора Галь, «Слово живое и мертвое») (комментарий в конце жирным курсивом — мой)

Наш ГК испещрен «моментами», как стена старого храма — трещинами. «С момента внесения соответствующей записи в государственный реестр», «право собственности у приобретателя вещи по договору возникает с момента ее передачи, если иное не предусмотрено законом или договором», «договор вступает в силу и становится обязательным для сторон с момента его заключения» и т.д.

Оттуда «моменты» и попадают в типовые болванки. Опять по принципу «ну так же в Кодексе написано!». Один пишет в договоре «право собственности на Товар переходит к покупателю в момент приемки Товара по накладной». Другой: «право собственности на Товар переходит к покупателю в день приемки Товара по накладной».

Вроде все привыкли. Вроде одно и то же... или нет?! Многие и вовсе считают слова «момент» и «день» синонимами — применительно к договорам. А так ли?!

Что интересно, в ГК уйма «моментов», но нет определения слова «момент». Лезем в словарь. По Ушакову, «момент = кратчайший отрезок времени, миг, мгновение». То же самое у Ожегова. В других словарях можно найти определения «временная точка» и «бесконечно малая величина времени».

Значит, академически «момент» и «день» не одно и то же. Момент — более точное понятие, чем день. Если в договоре написать «договор заключен 22.01.2017», мы укажем день. Если написать «договор заключен 22.01.2017 в 10:30» — вот тогда мы укажем именно момент. Нужна ли такая точность? И всегда ли можно установить момент на практике?

Возьмем условие договора: «право собственности на Товар переходит к покупателю в момент приемки Товара по накладной». Кладовщик пишет в накладной «товар получил 22.01.2017», расписался. Все как обычно, как испокон веков.

И? Как узнать момент получения? Из накладной — никак. Если получатель поставил только дату — но не время, — момент установить невозможно. А раз так, стоит ли писать в договоре «момент», если на практике все равно этот момент не узнаешь?

Вот потому многие считают «момент» и «день» синонимами. Хотя грамотнее, конечно, исходить из «момент с точностью до минуты все равно не установим, потому пишем день». «В день поставки товара», «в день передачи вещи» и т.д.

Перефразируя Учителя, скажу так: «В 98 случаях из 100 вместо *момента* смело пишем *день*, а не *момент*». НО!!! Я знаю два исключения — те самые 2%, — когда разница между «днем» и «моментом» имеет огромное значение. И последствия.

*Первый случай* — договор купли-продажи источника повышенной опасности (автомобиль, мотоцикл и т.д.). Представьте себе. Вы купили машину на авторынке. Днем. А вечером к вам нагрянула полиция: «Вы сбили ребенка, пройдите».

Вы понимаете: скорее всего, сбил ребенка продавец — утром по пути на рынок. Но в договоре-то указан только день!!! Вот и доказывай теперь, что ДТП произошло ДО того, как вы стали собственником; что за рулем были не вы, а нерадивый продавец. Если бы вы указали в договоре (или в акте приемки-передачи автомобиля) не день, а момент — с точностью до минуты, вам гораздо проще было бы доказать свою правоту.

(Похожая практика — Апелляционное определение Ставропольского краевого суда от 28.06.2016 по делу № 33-4365/2016, Апелляционное определение Московского городского суда от 10.05.2016 по делу № 33-7998/2016, Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 15.10.2015 № 33-19834/2015.)

*Второй случай* — сдача исполнительного листа в банк. Если сдаем из рук в руки, опытный юрист всегда требует от сотрудника банка: «Одной даты мало! Напишите на моем экземпляре, во сколько получено». И сотрудник пишет момент принятия листа: «Получено 01.02.2018 г. в 10:40». А не просто день, как обычно.

Почему здесь важен момент. Если написать просто «получено 01.02.2018 г.», то банк может предупредить клиента: «На вас пришел лист, срочно выводите деньги!». Клиент отблагодарит банк и выведе-

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

дет деньги<sup>1</sup>. А Банк потом будет делать невинные глаза и говорить: лист получен вечером, а клиент — почувствовал, наверно! — еще утром забрал деньги.

Все. Во всех остальных случаях момент с точностью до минуты значения не имеет.

*Пища для ума.* Хотя... Наверно, есть и третий случай. Из области теорий... Считайте домашним заданием. Подумайте на досуге. Мне кажется, момент может иметь значение еще и в договоре оказания медицинских услуг.

Допустим, человеку внезапно понадобилась срочная операция. Родственники привезли человека в частную клинику. Подписали договор на лечение. Где, как всегда, указан только день.

Через час больной умер.

Дальше, наверно, возможны две позиции:

1) Родня усопшего: «Вы вовремя не прооперировали — платите» (скажем, возмещение за смерть кормильца); *против*:

2) Клиника: «Нашей вины нет, вы слишком поздно привезли, успеть было невозможно».

Мне кажется, если бы клиника указала в договоре момент заключения, то усилила бы свою позицию. Понятно, время прибытия можно установить и по-другому — журнал учета, камеры видеонаблюдения... Но, зная нашу медицину, не всегда возможно.

И подумайте еще вот о чем. Если есть три случая, где момент имеет значение, может, есть и другие? Четвертый? Пятый? Шестой? Подумайте через призму работы со своими договорами. Может, именно вашей фирме важно указывать время в договоре с точностью до секунды... С учетом специфики вашего бизнеса.

---

<sup>1</sup> Это давняя практика. См. статья: Новые положения законодательства об исполнительном производстве (Гладышев С.И.) («Журнал российского права», № 8, 1998). Бывало и похуже: «...недобросовестные банки — должники, которые стали просто «терять» переданные им исполнительные листы даже при наличии у них возможности их исполнить». Шичанин А.В., Гривков О.Д. Проблема неисполнения должником судебных решений заложена в самой системе исполнительного производства // Адвокат. 1999. № 9.)

## 29.13. ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ

Этот раздел есть далеко не всегда. Даже в договоре штучной выделки. А зря. Сейчас, даже если ваш бизнес банальное купи-продай, можно легко напороться на «чужую интеллектуалку» ...

### 29.13.1. Чужое право

Главная цель этого раздела договора: защитить вас, если вы — с подачи другой стороны договора — нарушите чужое право на интеллектуальную собственность (право третьего лица).

Системно, это риск юридического статуса товара. В схеме 6 «Опасности» скрыт за вопросительными знаками. Рассматриваю здесь, в отдельном разделе, чтобы изучить вопросы «интеллектуалки» в одной главе.

Представьте. Вы — розничный торговец. Покупаете товары у поставщика и перепродаете «физикам» в своем магазинчике. Торгуете всякой мелочевкой — канцтовары, книги, диски...

Вдруг неожиданно-негаданно прилетает иск какого-то «физика»: «Ответчик продает мой учебник, мне ничего не платит, договор не заключал, Ответчик нарушил мое исключительное право автора на произведение (учебник), на основании ст. 1301 ГК прошу взыскать компенсацию в размере 3 000 000 рублей». Ого...

Смотрим кодекс. По той статье размер компенсации «от десяти тысяч рублей до пяти миллионов рублей», точную сумму определит суд — на свое усмотрение. Необязательно три миллиона... Тут важна не сумма, а вопрос — почему вы должны отвечать за грехи поставщика?! И — должны ли?!

Вы купили партию учебников по договору поставки. Вы думали — «Все будет хорошо». Правильно думали, исходили из закона: «Продавец обязан передать покупателю товар свободным от **любых** прав третьих лиц» (ст. 460 ГК, п. 1). Но вышло вот как.

Допустим, суд удовлетворит иск автора — к вам. Присудит компенсацию. Сможете ли вы потом взыскать эту компенсацию как убытки с поставщика? По идее, да. «Напакастил — отвечай». Право автора нарушил Поставщик — если издал книгу без согласия автора. По идее, с поставщика и спрос. Почему должны страдать вы?

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

Чтобы не страдать, думайте «на берегу», защитите себя договором. Как одни наши старые знакомые в истории с учебниками:

«Как усматривается из материалов дела и правомерно установлено Арбитражным судом г. Москвы, 17.02.2010 ООО «ТД «Школьник» и ООО «Руссбланкоиздат» заключили Договор поставки № 32/99, в соответствии с условиями которого ООО «ТД «Школьник» поставило истцу издание: «Литература. Большой справочник для школьников и поступающих в вузы», выпущенный ООО «Дрофа».

Суд первой инстанции установил, что Решением Мещанского районного суда г. Москва от 02.03.2012 установлено, что поставленный ООО «ТД «Школьник» товар контрафактный: нарушает права и законные интересы третьего лица — автора произведения, правообладателя исключительных прав Кузина С.П.

Вместе с тем суд первой инстанции правомерно установил, что, поскольку данное издание продавалось на основании договора комиссии между ООО «Руссбланкоиздат» и ООО «ТЦ Комус» (*еще раз здравствуйте*) последней организации-комиссионеру, Кузиным был заявлен иск комиссионеру — ООО «ТЦ Комус».

С комиссионера ООО «Руссбланкоиздат» — ООО «ТЦ Комус» — Кузиным С.П. взыскано по исполнительному листу **20 000** рублей, возмещенные истцом — организацией-комитентом как убытки ООО «ТЦ Комус». <...>

Таким образом, в результате поставки по Договору № 32/99 от 17.02.2010 ООО «ТД «Школьник» контрафактного товара, ООО «Руссбланкоиздат» понесло убытки в размере 20 000 рублей.

В соответствии со ст. 393 ГК РФ должник обязан возместить убытки, причиненные неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательств. Доводы заявителя жалобы о том, что суд должен был применить статью 460 ГК РФ и что вина ответчика истцом не доказана, подлежит отклонению, поскольку Арбитражный суд г. Москвы правомерно указал на то, что пунктом 3.11 Договора поставки № 32/99 от 17.02.2010 г. предусмотрено, что **поставщик (ответчик) гарантирует, что поставляемые им товары не наруша-**

ют прав и законных интересов третьих лиц, в частности прав на объекты интеллектуальной собственности, и в случае нарушения настоящего пункта поставщик несет полную материальную ответственность, а вина ответчика доказана вступившим в законную силу Решением Мещанского районного суда г. Москва от 02.03.2012 года и материалами дела». (Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 24.03.2014 № 09АП-6168/2014-ГК по делу № А40-71307/2013)

Оговорка об интеллектуальной собственности в том деле написана хоть и коряво — «гарантирует», «материальная ответственность» — тем не менее сработала. У вас теперь достаточно знаний, чтобы написать красивую оговорку самому — дополните свой договор.

Также обязательно допишите что-то вроде:

«3.6. Если Товар так или иначе связан с объектами интеллектуальной собственности третьего лица, далее — «Объекты», Поставщик обязан:

1) предоставить Покупателю право на использование Объектов;

и

2) передать Покупателю вместе с Товаром документы, разрешающие Поставщику, а также и Покупателю, использовать Объекты.

3.7. Если Поставщик узнает, что поставляемые по Договору товары нарушают право третьего лица на Объекты, Поставщик обязан НЕМЕДЛЕННО уведомить о том Покупателя любым доступным способом».

Зачем нужно. В примере с учебниками нарушенное право на «интеллектуалку» нашел автор. Получилось гражданское дело. Если найдет прокурор (иной контролирующей орган), будет «административка». По статье 7.12 или 14.10 КоАП. Пример:

«Согласно пункту 5.2 названного договора поставщик гарантирует, что поставляемые товары не нарушают прав и законных интересов третьих лиц, в частности прав на объекты интеллектуальной собственности. <...>

В ходе проверки административным органом установлен и зафиксирован в протоколе об административном правонарушении от

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

14.07.2011 № 070751 факт хранения и предложения к продаже водки «Застолье», на которой использовалось наименование места происхождения товара «Русская водка».

Разрешения правообладателя на использование места происхождения товара «Русская водка» у ООО «Макси» не имеется, что им не оспаривается.

Таким образом, суд первой инстанции обоснованно установил, что в действиях общества имеется состав административного правонарушения, предусмотренного статьей 14.10 КоАП РФ.

Вместе с тем, как правильно указано судом первой инстанции, **указанный договор не предусматривает обязанность поставщика информировать покупателя о наличии прав на объекты интеллектуальной собственности, предоставлять покупателю документы, подтверждающие наличие таких прав.**

...При таких обстоятельствах суд первой инстанции пришел к обоснованному выводу о наличии вины общества в совершении вмененного ему правонарушения». (*Постановление 14ААС от 08.11.2011 по делу № А13-7232/2011*)

Соответственно, если вы предусмотрите в договоре обязанность поставщика извещать, то от проверяющих органов отбиваться будет легче.



### ДОМАШНЕЕ ЗАДАНИЕ

---

Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 20.10.2016 № 07АП-9101/2016 по делу № А45-4588/2016.

А также решение первой инстанции по тому делу. Там покупатель весьма оригинально «повесил» риск административного штрафа на поставщика.

Дословно: «согласно п. 8.8 договора (в редакции дополнительного соглашения № 3) в случаях, если поставляемый товар был признан уполномоченным государственным органом не соответствующим требованиям законодательства РФ, на поставщика ложится обязательство по возмещению вреда, причиненного имиджу покупателя, в размере 50 000 рублей за каждый случай причинения вреда».

Изучите дело.

## 29.13.2. СЛУЧАЙНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ

Не удивляйтесь, если в договоре оказания услуг или подряда вы прочтете что-то вроде:

«10. Защита интеллектуальной собственности.

10.1. «Инструменты» — результаты интеллектуальной деятельности Исполнителя, а также третьих лиц, подконтрольных Исполнителю, которые Исполнитель использует для оказания услуг Заказчику.

10.2. Правом собственности и прочими правами на Инструменты обладает Исполнитель, независимо от того, подлежат Инструменты охране по праву РФ или нет. К Инструментам, в частности, относятся: идеи, методы, модели, шаблоны, болванки, ноу-хау, технологии, программное обеспечение, организационные наработки и прочее (открытый перечень).

10.3. Все права на Инструменты принадлежат Исполнителю. Если в ходе исполнения Договора и оказания услуг Заказчику будет создан новый инструмент в смысле, определенном в п. 10.1 и 10.2. Договора, тогда: все права на новый инструмент возникают у Исполнителя и принадлежат Исполнителю — даже если инструмент создан с использованием наработок, задания, информации, данных и прочих материалов Заказчика.

10.4. Исполнитель вправе применять Инструменты как при оказании услуг Заказчику, так и при оказании услуг третьим лицам, а также использовать Инструменты для иных целей, в том числе коммерческих.

10.5. После окончательного расчета по Договору, если инструмент создан с использованием материалов Заказчика, Исполнитель по требованию Заказчика может передать Заказчику неисключительное право на Инструмент».

Как вы думаете, зачем и почему написан этот раздел? Ну, зачем — очевидно из текста. А вот почему... Рассказываю. Интеллектуальную собственность можно создать двумя путями. Целенаправленно и случайно. И у этих двух путей разный правовой режим.

Целенаправленно — вы заключили договор, явно и сознательно предусматривающий создание интеллектуальной собственности —

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

к примеру, базы данных. Тут все просто, действует ст. 1296 ГК, п. 1 — и сразу понятно, к кому уйдет право на итог трудов создателя:

«Исключительное право на программу для ЭВМ, базу данных или иное произведение, созданные по договору, предметом которого было создание такого произведения (по заказу), принадлежит заказчику».

Но если в договоре был ДРУГОЙ предмет, а исполнитель случайно создал интеллектуальную собственность... Тогда, с огромной вероятностью, исключительное право будет принадлежать исполнителю.

Допустим, вы заключили договор на обработку данных. Вы передали исполнителю бумажный архив. По договору Исполнитель должен:

- 1) оцифровать данные из архива; и
- 2) оформить данные в алфавитном порядке; и
- 3) вернуть бумажный архив; и
- 4) передать оцифрованные данные вам в виде вордовских документов, один файл на каждую букву алфавита. К примеру, в файле на букву «П» — поставщики, на букву «С» — счета.

Исполнитель все прилежно сделал. Но. Исполняя договор, мимоходом, для удобства, создал программу: закидываешь туда сканы документов, а дальше программа сама распознает текст, создает вордовские файлы и раскладывает по алфавиту.

Внимание, вопрос: кто собственник программы? Ответ: Исполнитель. Почему? Потому что если вы прямо не оговорили в договоре иное, действует ст. 1297 ГК, п. 1:

«Исключительное право на программу для ЭВМ, базу данных **или иное произведение**, созданные при выполнении договора подряда либо договора на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских или технологических работ, которые прямо не предусматривали создание такого произведения, **принадлежит подрядчику (исполнителю)**, если договором между ним и заказчиком не предусмотрено иное.

В этом случае заказчик вправе, если договором не предусмотрено иное, использовать созданное произведение в целях, для достижения которых был заключен соответствующий договор, на усло-

виях простой (неисключительной) лицензии в течение всего срока действия исключительного права без выплаты за такое использование произведения дополнительного вознаграждения. При передаче подрядчиком (исполнителем) исключительного права на производство другому лицу заказчик сохраняет право использования произведения».

На юрфаке вас могли учить по старым учебникам. И по старой редакции ст. 1297 ГК. В те годы эта статья применялась только к договору подряда или договору на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских или технологических работ.

Специалисты по «интеллектуалке» верно писали: нормы этой статьи, «по сути, находящиеся на «задворках» действующего законодательства и очень редко применяемые на практике»<sup>1</sup>.

Однако сейчас картина иная. Я недаром подчеркнул выше фразу «или иное произведение». Да. Теперь, в новой редакции, ст. 1297 применима к ЛЮБОМУ договору, если в ходе исполнения случайно создана интеллектуальная собственность. И Гаврилов прав: «сфера применения существующих норм расширяется очень значительно, тысячекратно»<sup>2</sup>.

Поэтому если предвидите: вторая сторона договора в ходе исполнения может создать интеллектуальную собственность, договоритесь на переговорах, чья это будет собственность, т.е. кто и какими правами будет обладать.

Пример в начале главы — «все права у Исполнителя». А вот как может написать Заказчик:

**«11. Интеллектуальная собственность.»**

11.1. Стороны предвидят: в ходе исполнения Договора могут быть созданы результаты интеллектуальной деятельности, а также возникнуть интеллектуальные права. Поэтому стороны установили общие правила:

1) если в ходе исполнения Договора будут созданы результаты интеллектуальной деятельности, правом собственности на эти результаты обладает Заказчик; *а также*

<sup>1</sup> Гаврилов Э.П. Право на интеллектуальную собственность: новеллы, внесенные Федеральным законом от 12 марта 2014 года № 35-ФЗ в главу 70 ГК РФ // Хозяйство и право. 2014. № 9. С. 86 – 98.

<sup>2</sup> Там же.

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

2) если в ходе исполнения Договора возникает интеллектуальное право, оно возникает у Заказчика; возникает сразу, в миг создания; без составления каких-либо дополнительных документов.

11.2. Исполнитель вправе получить с Заказчика вознаграждение. А именно, однократное вознаграждение за каждый результат интеллектуальной деятельности, права на которые возникли у Заказчика на основании Договора. Размер однократного вознаграждения равен 100 (сто) российских рублей».



### ДОМАШНЕЕ ЗАДАНИЕ

Если вам кажется, что всё просто и очевидно, то есть любопытное дело. Изучите Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 31.05.2010 № 09АП-9999/2010-АК по делу № А40-64483/09-76-279.

Там Заказчик, суд и налоговая всем миром пытались понять, так что же создано по договору? Интеллектуальная собственность или нет? Второй вопрос: можно ли было превратить творение исполнителя в интеллектуальную собственность, если бы стороны иначе составили договор?!

## 29.14. ПРОЧИЕ УСЛОВИЯ

В типовых болванках этот раздел договора больше всего напоминает чулан. Кладовку. Или балкон. Куда прижимистые хозяева стянули весь домашний хлам. Ага, исходя из НЕ правового принципа «вдруг когда-нибудь пригодится».

Средь гор хлама попадаются и полезные вещи... А что-то и опасно. Поэтому я бы разложил формулировки раздела «Прочие условия» по трем «полкам»: бесполезные, полезные, опасные.

### 29.14.1. БЕСПОЛЕЗНЫЕ

Удобнее свести в таблицу. И развалить, исходя из принципов «ничего лишнего» и «думай о последствиях»:

1	«Настоящий Договор может быть расторгнут по основаниям и в порядке, установленным действующим законодательством Российской Федерации».	Опять написали на заборе: «забор».
2	«В случае реорганизации какой-либо Стороны ее права и обязанности по настоящему Договору переходят к правопреемнику».	А что, возможны варианты?! В силу закона у нас и так универсальное правопреемство. Все права и обязанности и так перейдут к правопреемнику. Причем и без указания на то в Договоре.
3	«В случае перевода текста Договора и любого Приложения к нему на иностранный язык преимущественную силу будет иметь текст на русском языке».	Явно содрали с ВЭД-договора, и содрали криво. Оговорка о приоритете редакции договора на одном языке над другим звучит иначе. В договоре между русскими лицами, без иностранцев, оговорка ни на что не влияет.
4	«Все уведомления и извещения, связанные с исполнением настоящего Договора, направляются Сторонами письмом с уведомлением о вручении либо вручаются соответствующей Стороне с нарочным».	Эта оговорка, в теории, исключает современные средства связи: электронная почта, СМС. Вчерашний день. Архаика.
5	«Договор составлен на русском языке».	А мы-то думали — на китайском...
	«В случае противоречия Договора условиям других соглашений Сторон действуют условия, согласованные Сторонами позднее».	И так ясно: если стороны потом заключили «допнег» к договору, то договор действует с учетом «допнега» и приоритет — у условий «допнега», т.е. более поздних.
6	«Ни одна из Сторон не вправе без письменного согласия другой Стороны передавать свои <u>обязательства</u> по настоящему Договору третьему лицу».	Формулировка бесполезна, т.к. если сторона захочет передать обязательство = замена должника = только с согласия другой стороны, иначе кирдык в силу закона: «Перевод должником своего долга на другое лицо допускается с согласия кредитора и при отсутствии такого согласия является ничтожным» (ГК, ст. 391, п. 2).
7	«Ни одна из Сторон не вправе без письменного согласия другой Стороны передавать свои <u>права</u> по настоящему Договору третьему лицу».	Запрет на цессию (передачу права, продажу долга). Теперь — бесполезное условие.

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

Да, я считаю запрет на цессию бесполезным. Раньше, еще пару лет назад, эта формулировка работала. Сейчас — нет. Пункт 3 ст. 388 ГК разрешает уступку требования, даже если уступка запрещена договором:

**«Соглашение между должником и кредитором об ограничении или о запрете уступки требования по денежному обязательству не лишает силы такую уступку и не может служить основанием для расторжения договора, из которого возникло это требование, но кредитор (цедент) не освобождается от ответственности перед должником за данное нарушение соглашения».**

И пошла практика: **«...Как правильно указано судами обеих инстанций, несмотря на то что стороны предусмотрели в контракте ограничение уступки требования, вытекающего из этого обязательства, необходимостью согласия на то другой стороны договора, однако нарушение такого ограничения влечет только следствие в виде возможной ответственности кредитора перед должником, но оно не лишает силы саму уступку такого требования.**

Таким образом, является правомерным вывод судов, что **нарушение условий контракта об ограничении или о запрете уступки требования по денежному обязательству, связанному с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, не является основанием для признания договора цессии недействительным».** (Постановление Арбитражного суда Московского округа от 24.08.2016 № Ф05-12143/2016 по делу № А41-50059/2015. Такая же позиция — Постановление Арбитражного суда Московского округа от 09.08.2016 № Ф05-11345/2016 по делу № А40-190096/2015, Постановление Арбитражного суда Московского округа от 18.07.2016 № Ф05-9168/2016 по делу № А40-135252/2015 и т.д.)

Если короче: **«Заключение договора цессии без согласия ответчика не влечет (недействительность) ничтожность данного договора и не лишает его силы».** (Постановление Арбитражного суда Московского округа от 19.08.2016 № Ф05-10737/2016 по делу № А40-53003/2015)

Теперь о полезных формулировках.

## 29.14.2. ПОЛЕЗНЫЕ

1) *«Все изменения, которые вносятся в настоящий договор, считаются действительными, если они оформлены в письменном виде, подписаны уполномоченными на то лицами и заверены печатями обеих сторон (при их наличии)».*

Цели формулировки: А) не дать изменить договор устной договоренностью — особенно важно в ВЭД; Б) не дать изменить договор конклюдентными действиями — т.е. действиями сторон по ходу исполнения договора.

То же самое можно написать проще и точнее. Хотя бы так: «Договор может быть изменен только письменным дополнительным соглашением» — ВСЁ!

2) *«Если одно или несколько условий Договора становятся недействительными, это не влияет на действительность остальных условий Договора и действительность Договора в целом».*

Цель: если суд признает договор недействительным в какой-то части, то остальные условия договора «выживут». Спросите, зачем расписывать, если есть 180-я ГК? Рассказываю.

Таки да, есть ст. 180 ГК. Которая говорит нам: «недействительность части сделки не влечет недействительности прочих ее частей, если можно предположить, что сделка была бы совершена и без включения недействительной ее части».

Но **КТО** будет предполагать?! Конечно, суд. А если суд предположит что-то не то? Мало ли что в судейский мозг взбредет. Вдруг признает договор недействительным в целом?!

Нет уж, спасибо. Мы хотим спасти договор — чтобы хоть часть условий устояла. Потому и пишем формулировку. Чтобы суд не предполагал, а ясно видел из договора: недействительность нескольких пунктов не «хоронит» весь договор.

3) *«Со дня подписания настоящего Договора все предшествующие переговоры, переписка, соглашения по предмету настоящего Договора теряют юридическую силу».*

или:

*«Настоящий договор определяет полный объем договоренности между сторонами и подразумевает, что не существует более никаких*

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

*других договоров или договоренностей, письменных или устных, действующих между сторонами».*

Обе формулировки, а также подобные, преследуют одну цель: не дать «заползти в договор» чему-то из переговоров и переписки. Защита от заверений. А может, еще и спасет от преддоговорной ответственности.

Хорошего договорника такая формулировка насторожит: «Наверно, обещали одно, а в договоре — другое. А почитаю-ка я еще раз переписку. Поговорю с нашими переговорщиками. Все ли прописали в договоре? Может, что-то изменили/упустили/исказили?!» Верный метод. Берите на вооружение.

4) «Договор составлен в двух экземплярах, по одному для каждой стороны». Долго считал это формулировку бесполезной. Потом грянуло одно дело. Кредитор взыскивал долг с должника и поручителя.

Поручитель припер в суд экземпляр договора с подмененным вторым листом. Изменил всего один пункт — срок поручительства. На более короткий. Достаточно, чтобы орать: «Срок поручительства истек, не отвечаю!».

Кредитор: «Погодите. Вот, в моем экземпляре и... Ответчик, покажете свой? Спасибо. Вот, ваша честь. В этих двух экземплярах сказано: «договор составлен в двух экземплярах, поручитель копию договора получил». КОПИЮ! А не подлинник. Третьего экземпляра договора в природе нет, не было и быть не может. Никого не обвиняю, но это указывает: экземпляр Поручителя — фальшивка».

Суд: «О фальсификации доказательства заявите?». Кредитор: «Я-то заявлю, но даст ли Поручитель экземпляр договора на экспертизу?» Поручитель: «Нет! Это вы дали мне экземпляр договора! Сами дали подделку, а я отвечай!» Суд: «Понятно. Тогда рассматриваю по имеющимся доказательствам». И рассмотрел. И благополучно взыскал долг и с должника, и с поручителя.

### 29.14.3. ОПАСНЫЕ

Увы, раздел «прочие условия» зачастую механически и бездумно сдирают с типовой болванки. ЗРЯ. Среди типовых формулировок есть и опасные. В частности:

1) *«В случае противоречия Договора условиям других соглашений Сторон действуют условия, согласованные Сторонами в Договоре (вне зависимости от того, подписаны они собственноручно или электронной подписью)».*

Ага, т.е. «допником» договор изменить нельзя. Будет забавно, если стороны вопреки этому пункту таки заключат доп. соглашение к договору. Исполнят. А потом заспорят, действительно соглашение или нет.

2) *«Экземпляры договора имеют равную юридическую силу».* А могут иметь не равную?! Может отличаться текст договора, но не юридическая сила. И кстати, ради интереса, а в чем мерить юридическую силу? В килограммах? Попугаях? Кадрах в секунду?

Шучу. Но. Было другое дело. Коллеги рассказывали. Как-то так вышло, что у сторон оказались два подлинника договора, слегка отличающиеся по тексту. В экземпляре Истца был раздел о договорной неустойке, а в экземпляре Ответчика — нет. Почему-то.

В обоих экземплярах договора была формулировка «имеют равную юридическую силу». Суд: раз так, то все равно, каким экземпляром руководствоваться. И вынес решение по экземпляру Ответчика — «в иске о взыскании неустойки отказать».

Редчайший случай. Суд, я считаю, неправ. Но что случилось единожды, может повториться. Поэтому не советую вам писать «имеют равную юридическую силу». Чревато-с.

3) *«Прекращение действия настоящего Договора влечет за собой прекращение обязательств Сторон по нему, но не освобождает Стороны Договора от ответственности за его нарушения, если таковые имели место при исполнении условий настоящего Договора».*

Зло в начале, подчеркнутая фраза. Формулировка опасна, т.к. может лишить вас гарантии. Или иного права, предусмотренного договором.

4) *Текст Договора охраняется авторским правом, исключительные права сохранены за Исполнителем. Заказчик и третьи лица не вправе использовать текст Договора или его охраняемые части в других договорах, а также не вправе осуществлять любое иное использование текста Договора, кроме как в целях исполнения Дого-*

вора и только когда такое использование текста Договора или его частей необходимо».

Шедевр! Во-первых, договор не книга, не статья, не программа для ЭВМ. К объектам интеллектуальной собственности вряд ли относится<sup>1</sup>. Формулировка уже бесполезна.... Но еще и вредна.

Из формулировки однозначно следует, КТО составлял проект договора. Исполнитель. А значит, в случае спора по толкованию иного условия договора суд вполне может применить принцип *contra proferentem* — против вписавшего. И толковать против Исполнителя.

## 29.15. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В принципе, все. Я искренне пытался передать вам знания и опыт. Надеюсь, чему-то вы от меня научились. Что-то осело. Что-то почерпнули. Я знаю, многие читают мое скромное творчество запоем. На одном дыхании. Так что, если за окном забрезжил рассвет и вы удивляетесь — как?! уже утро?! — сие нормально.

Оборотная сторона: если вы «проглотили» книгу за ночь, вашему разуму будет сложно принять столько новой информации СРАЗУ. Сие тоже нормально. Поэтому держите книгу под рукой, как справочник. Перечитывайте. Что-то сможете применить здесь и сейчас. На что-то потребуется время. Особенно на навык «чем проще, тем лучше».

Развивайтесь.

Все придет со временем.

---

<sup>1</sup> «Для признания произведения объектом авторского права оно должно отвечать следующим требованиям: содержать признак новизны и признак оригинальности. При этом признак новизны означает, что данное произведение как результат творческой деятельности является неожиданным и ранее никем не достигался, новизна должна присутствовать как для автора, так и для остальных лиц. Признак оригинальности означает, что произведение является уникальным, не повторяющимся, существенно отличающимся от других». (Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 11.07.2008 № Ф09-4849/08-С6, постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 20.07.2007 № Ф05-5554/2007, Постановление СИП от 25.08.2014 по делу № А12-18806/2013 и т.г.)



# [30]

## Эпилог

*Нет человека, который был бы как Остров,  
сам по себе, каждый человек есть часть  
Материка, часть Суши;  
и если Волной снесет в море береговой Утес,  
меньше станет Европа,  
и если смоем край Мыса и разрушит  
Замок твой и Друга твоего;  
смерть каждого Человека умаляет и меня,  
ибо я един со всем Человечеством,  
а потому не спрашивай никогда, по ком звонит  
Колокол; он звонит и по Тебе.*

*Джон Донн, «Молитвы», 17-е стихотворение*

*«Но как-то в марте шум дождя ночного  
Взбудрил мне память, где царила мгла,  
И я припомнил, словно сон береговой,  
Ряд башен, а на них — колокола.  
И вновь раздался, звукам ливня вторя,  
Знакомый звон — со дна гнилого моря!»*

*Говард Лавкрафт, из сонета «Колокола»*

### 30.1. «По ком звонит колокол...»

Первый звонок раздался в пятидесятых годах прошлого века. Тихий. Еле слышный. «Ничто не предвещало...» Некий Алан Тьюринг опубликовал статью «Может ли машина мыслить?».

Во второй раз звон двух колоколов слился воедино. США: «Юридическая фирма *Baker & Hostetler* наняла на работу Росса — первого юриста на основе искусственного интеллекта от IBM. Он будет работать в команде из 50 специалистов, которые занимаются делами, связанными с банкротством.

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

Росс был разработан компанией IBM на базе суперкомпьютера *Watson*. В *Baker & Hostetler* он возглавит отдел по делам банкротства, в котором на данный момент работает 50 сотрудников. Как утверждают в фирме, робоюриста начали использовать практически сразу после того, как он был выпущен IBM.

ИИ-юрист может читать и понимать письменную речь, строить гипотезы, а также проводить исследования, собирать информацию, делать выводы и сопровождать их юридическими документами, например ссылками на прецедент в законе. ИИ-юрист постоянно следит за изменениями в законах и прецедентами из судебной практики.

Он легко ориентируется в массивах информации и отбирает только самое главное, при этом специально ищет материалы, написанные наиболее простым языком. Также Росс постоянно обучается на собственном опыте и при частом использовании работает быстрее и эффективнее».

Англия: «Международная юридическая фирма *Reed Smith* запустила в своем лондонском офисе пилотную программу, в рамках которой начала использовать в работе технологии искусственного интеллекта. Об этом сообщает *Law Gazette*».

И, наконец, третий звонок. Громко. Оглушительно. РЯДОМ. «Сбербанк сократит около 3 тыс. рабочих мест из-за робота-юриста. Об этом заявил зампред правления банка Вадим Кулик. "Буквально в четвёртом квартале мы запустили робота-юриста, который может сам писать исковые заявления. Это один из примеров работающих роботов", — приводит слова Кулика РИА Новости.

Он отметил, что в 2017 году Сбербанк планирует сократить порядка 3 тыс. рабочих мест в связи с запуском робота. Юристам предложат пройти переобучение, но не все смогут избежать увольнений. "Соответственно, эти люди попали в программу переобучения. Мы их будем разделять: как мы их можем переобучить, где мы можем их применить. И если мы их не сможем применить, начнут сокращения", — добавил Кулик.

Ранее глава Сбербанка Герман Греф заявил, что через пять лет 80% всех решений банк будет принимать автоматически с помощью искусственного интеллекта».

Журналисты, конечно, путаются в понятиях. А моя душа введливого профессионала требует внести ясность. Во всех трех случаях речь идет не о роботе-юристе. А об искусственном разуме. О компьютерной программе. Умной. Способной анализировать судебную практику, читать законы, составлять иски... и ДОГОВОРЫ.

Догадываетесь, по ком звонит колокол?!

## 30.2. КЛАДБИЩЕ ПРОФЕССИЙ

А перенесемся-ка на краткий миг из XXI века в XVII. Скажем, в Лондон. Идем по улице. Вокруг грязь, крысы, отбросы, помои, толпа нищих в лохмотьях<sup>1</sup>. Глаза застилает туман и мелкий, вечно моросящий дождь. Но даже воде не под силу смыть запах... От зловонья аж скулы сводит.

Изредка толпу оборванцев пронзает кто-то из благородных. Сытый. Пахнет духами. В добротной одежде. На коне. При мече. И толпа почтено расступается, пропуская вельможу. Поговорим? Господин хороший, позвольте спросить?

Нас осмотрели с головы до пят. В холодных самоуверенных глазах лениво текут спокойные мысли: что за наглецы? одеты чудно, но прилично... иностранцы?... у спросившего золотое кольцо на пальце... обручальное?... пальцы холеные... явно не из обслуги... на книжника похож. Ладно. Поговорим.

— Слушаю?!

— Скажите пожалуйста, как вам удастся так прекрасно выглядеть?

— Ну, одежду шьет портной. Хороший. Из дорогих. Стирает — прачка. Свою не держу, приходящая. Гладит — горничная. Своя. Сушит — на печке. Печкой ведает печник. Плохо прогреет — выпорю на конюшне. Еду готовит кухарка. И, отмечу, хорошо готовит. Ем и не толстею. Лошадь холит конюх....

---

<sup>1</sup> Я не преувеличиваю. Скорее, преуменьшаю... Подробнее см. *Грей Дрю*. Тени Лондона: темная сторона викторианского города. — Англия: Континиум, 2010.; *Грин Дэвид*. Столица бедняков: Лондон и закон о бедных, 1790—1870. — Англия: Эшгейт, 2010.; *Шор Хитер*. Преступные миры Лондона, 1720—1930, история общества и культуры. — Англия: Палгрейв Макмилиан, 2015.

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

Можно продолжить, главное мы услышали. В XVII веке, чтобы поддерживать себя в чистоте, на одного вельможу работали пять простолюдинов: прачка, горничная, печник, кухарка, конюх. Кто беднее — экономил. Обходился горничной, кухаркой и прачкой, но принцип оставался тот же: одного человека обслуживали несколько других людей.

А сейчас? Способен ли человек обслужить себя сам? Да, конечно. Почему? Потому что автоматизация. Неумолимая поступь прогресса... Прачку заменила стиральная машинка. Горничную — пылесос, с недавних пор еще и роботы-уборщики. Печника — система центрального отопления, в частных домах — котел. На смену кухарке пришла газовая печь, микроволновка, пароварка. А также замороженные продукты и прочая снедь быстрого приготовления. Конюха — автомастерская.

Хорошо. А что стало с этими профессиями? Вымерли?! Не совсем... но ПОЧТИ. На грани вымирания. Прачки остались в крупных гостиницах. Горничные и кухарки — в гостиницах, а еще в богатых семьях. Где постоянно надо много готовить и обстирывать многочисленную родню. Конюхи — на ипподромах и в поместьях современных вельмож-олигархов.

Ага. Значит, можно вывести закономерность: автоматизация не убивает ту или иную профессию полностью, но РЕЗКО сокращает количество рабочих мест. Насколько резко? Где как. Скажем, у печников — на 95%, у конюхов — на 90, у горничных — на 80%...

Цифры примерные, можно спорить, но общая закономерность безусловна, мрачна и однозначна: после автоматизации львиная доля тружеников вымершей профессии остается на улице. Без привычной работы<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Если вам кажется, будто я нарисовал мрачную картину... То западные исследователи рисуют еще мрачнее. См. *Куртцвел Рей*. Век духовных машин: когда компьютер превзойдет разум человека. — США: Пингвин, 1999.; *Мак Чинси Роберт, Николс Джон*. Люди, готовьтесь! Бой против экономики без работы и демократии без граждан, 2016.; *Форд Мартин*. Нашествие роботов: технология и угроза будущего без рабочих мест. — США, Нью-Йорк: Бейсик Букс, 2015.; *Кин Том*. Техножуть: конец частной жизни, как зарабатывают на сокровенном. — США, 2014.; *Паренти Майкл*. Демократия для немногих. — 9-е изд. — США, Бостон: *Wadsworth, Cengage Learning*, 2011; *Саскинг Ричард и Даниель*. Будущее профессионалов: как технология преобразит работу экспертов. — Англия: издательство университета Оксфорд, 2015.

### 30.3. Восьмой удар колокола

Из мрачных дум следует еще один вывод. Отрадный. Да, большинство канет в небытие... но кто-то уцелеет. Как конюх при олигархе или прачка в семье профессора. Кто?

Ответ кроется в природе автоматизации. До полноценного искусственного разума еще относительно далеко — лет двадцать. Хорошего, думающего, творческого и находчивого юриста пока еще заменить невозможно. ПОКА.

А обычного, серого — вполне. Если вы который год кряду сидите на одной работе. Если вы изо дня в день, из года в год делаете одно и то же — скажем, копируете типовые болванки, меняя лишь реквизиты... Если, приходя домой, вы вешаете на крючок право вместе с шапкой... Если вы узнаете о новых статьях и возможностях из протокола разногласий юриста той стороны... А после все равно продолжаете опять клепать типовые болванки...

Вслушайтесь. Эхо третьего удара еще витает. Отголоски еле слышны... Колокол звонит по ВАМ.

Не все потеряно. Это у нас на Руси в монастырях колокол бил трижды — будил спящих монахов на службу. В Англии, на флоте, колокол звонил восемь раз. Восьмой удар значил конец вахты.

У вас еще есть время. Подумать о жизни, о своем месте в жизни. И уцелеет ли это место под натиском бездушного, искусственного разума. ДУМАЙТЕ. УЧИТЕСЬ. РАЗВИВАЙТЕСЬ.

Но не откладывайте на завтра. Да, время еще есть. Но мало. Очень мало. Колокол уже бьет вовсю. И восьмой удар колокола в английском значит не только конец вахты. Есть и ДРУГОЕ значение. Смерть.

Искренне надеюсь, читатель: на кладбище профессий не будет вашей могилы.

### 30.4. Послесловие

Помните мою шкалу оценки юристов? Новичок, подмастерье, мастер, легенда. Думаю, вымрут 95% процентов новичков и подмастерьев. Но даже когда все заполнят роботы, что-то руками-ногами все равно делать придется.

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

Проверить за электронным разумом. Настроить. Обновить типовую болванку. Поправить формулу расчета неустойки. Какая-то простая юридическая работа останется — уровня «принеси-подай, иди лесом, не мешай». Но будет ее настолько мало, что новичкам/подмастерьям вряд ли найдется место в этом техногенном раю... Или аду?

Другое дело, и другая делянка — сложные вопросы права. Договоры штучной выделки. ВЭД. Авторское право. Корпоративное. И прочие сферы, где нужен живой юрист. Желательно 80-го уровня. Куда электронный мозг пока не добрался.

Есть и третья... «грядка». Вопросы, которые никто в здравом уме не доверит компьютеру. Чтобы не оставлять улики. Отмывание денег, заносы, налоговые схемы и прочие темные дела. Я вам категорически не советую... но объективно, всегда есть люди, готовые стать под знамена тьмы.

Кто-то — по призванию. А кто-то — по нужде. Сердце не камень. Мораль и принципы, увы, не железные. И тают под голодными взглядами жены и детей... Противно и пакостно. Но так тоже было. И будет. Один из самых из самых страшных вопросов в жизни мужчины: «Папа! Что мы сегодня будем есть?»...

Работы для мастеров станет меньше. Но ненамного. Думаю, где-то процентов на 30. Иными словами, выживут семеро из десятка. Легендарные юристы выше сей мирской суеты... Но тех юристов — раз, два и обчелся. Хорошо, если человек двадцать на всю страну. Эти в деньгах не потеряют...

Но, слыша отголоски колоколов со дна гнилого моря, легенды будут грустить. И сокрушаться: везде проклятые железяки, из кого растить смену?! Больно чувствовать себя живым динозавром в мире машин... И выродившегося народа.

Искренне желаю вам стать мастером. Если хватит сил и упорства, то и легендой. Постройте себе и близким достойное будущее. Жму руку. Удачи!

## 30.5. Постскрипtum

Мне тяжело далась эта книга. Времени ушла БЕЗДНА. Не знаю, напишу ли я что-то еще или нет... Лады. Пусть будет, как всегда.

Идем по римскому «глас народа — глас Божий». Говорите и помогайте. Что значит:

1. *Говорите.* Если понравилось, черкните пару строк на **slava420@inbox.ru** Любая обратная связь, критика, советы. Пишите, буду рад. От ваших откликов также зависит, будет ли продолжение, новая книга или что-то еще.

Если вы хотите, чтобы я описал какую-то редкую, малоизученную тему — пишите. Если смогу, если прожил и прочувствовал, если у меня есть этот опыт... быть может, напишу. Если нет или не смогу — отвечу.

Многие читатели пишут: «Я не ожидала ответа», «Удивлен, что вы ответили», «О! этот ящик еще жив?!». А мне странно: зачем бы я давал ящик, если не собираюсь отвечать?! Так что буду рад вашим письмам. Не обещаю ответить вот прямо сразу, но рано или поздно — обязательно.

2. *Помогайте.* Мы не на Западе. Я не получаю процент с каждой проданной книги. Но. От продаж зависит решение издателя, будет следующая книга или нет. Поэтому если книга понравилась и хотите «продолжения банкета», у вас есть возможность подтолкнуть издателя.

Как? Просто. По мере сил, прямо или косвенно, повышайте продажи. Купите несколько экземпляров книги — себе и друзьям (подругам). А что, хороший подарок. Как для юриста или руководителя, так и для любого мыслящего, интересующегося человека. Если покупали книгу в интернет-магазине, оставьте отзыв. Обсуждайте книгу на форумах/с коллегами и т.д. Тогда, совместными усилиями, будет и продолжение.

## 30.6. Доска почета

Еще раз, дорогие читатели. Вам, господа и дамы, отдельное спасибо. Спасибо всем, кто читает мои книги. Но некоторых, кто чем-то удивил, просветлил, помог или запомнился автору, я хочу поблагодарить отдельно и особо.

1) **Алексей Боровиков.** Читает мои книги. По должности. Редактор. Хороший труд обычно воспринимают как что-то само

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

собой разумеющееся... Я тоже сначала так думал... Но после многих книг начинаешь понимать, как важна и тяжела работа редактора. И сколько этой работы... Дай Бог, выпустим что-то еще. С вами приятно работать, батенька. Вы — лучший.

**2) Петр Шилов.** Практик из Мордорской области с очень живым, гибким и нестандартным умом. Всегда приятно слышать ваше оригинальное мнение по тому или иному вопросу. Спасибо.

**3) Александр Слободенюк.** Прекрасный IT-специалист. Спасибо за помощь по тех. вопросам. Увы, не все еще поняли: именно эти специалисты станут новыми владыками мира. Если юристов и прочих профессионалов заменят роботы, компьютеры, программы и искусственный разум, то и власть будет в руках тех, кто правит машинерией.

**4) Илья Богун.** Человек с прекрасным академическим мышлением. Блестящий теоретик. Спасибо! С вами всегда интересно обсуждать «темные пятна» доктрины. Практику. А также потаенные тропки права — направления, которые намеренно не разрабатывают в науке.

**5) Надежда Рябцева.** Редко встретишь «договорника» с таким огромным опытом работы. Спасибо! Всегда приятно делиться с вами мыслями и обсуждать разные экзотические формулировки.

**6) Лев Назаров.** Спасибо за взгляд на право глазами современного студента. Спасибо за помощь и поддержку.

**7) Максим Меркулов.** Безусловная победа в номинации «самый далекий отзыв». Спасибо, что прочли мою книгу в далекой Швейцарии.

Счастливо. Дай Бог, еще встретимся.

## 30.7. Список книг

Русские источники приводил в сносках. Заморские выношу в отдельный список:

1. *Деннинг, Альфред.* Свобода в рамках права (*Freedom under the law*). — Лондон: Stevens & sons limited, 1949.

2. *Деннинг, Альфред*. Заключительная глава. — США: издательство университета Оксфорда, 2005. / Alfred Thompson Denning, «The Closing Chapter», Oxford University Press, USA, 2005.

3. *Гандини, Алессандро*. Репутационная экономика: понимание высококвалифицированного труда в цифровом обществе. — Соединенное королевство: Палгрейв Макмилиан, 2016. / Alessandro Gandini, «The Reputation Economy: Understanding Knowledge Workin Digital Society», Palgrave Macmillan, United Kingdom.

4. *Басоглу, Басак*. Влияние финансовых кризисов на связывающую силу договоров — повторные переговоры, отказ от договора, пересмотр договора. — Швейцария: Спрингер, 2016./ Baak Baolu «The Effectsof Financial Crisesonthe Binding Forceof Contracts — Renegotiation, RescissionorRevision», Springer International Publishing Switzerland, 2016 г.

5. *Гарнье, Брайан*. Юридическое письмо простым языком, текст с упражнениями. — США: издательство университета г. Чикаго, 2001. / Bryan A. Garner "Legal writing in plain English: a text with exercises", Printed in the United States of America, The University of Chicago Press, 2001 г.

6. *Джессоп, Боб*. Государство: прошлое, настоящее, будущее. — Англия, Кембридж: Полити, 2016. / Bob Jessop, "Thestate: past, present, future" UK, Cambridge, Polity Press.

7. *Крабби, Винсент*. Законотворчество. — 2-е изд. — Англия: Кавендиш, 1994 г. / Vincent Crabbe, "Legislative Drafting", published in Great Britain 1993 by Cavendish Publishing Limited, reprinted 1994.

8. *Гарри о нарушении обязательства хранить тайну: защита тайной информации / коллектив авторов*. — 2-е изд. — Англия: издательство университета Оксфорда, 2012. / "Gurrgy on breach of confidence: The Protection of Confidential Information", second edition, Oxford University Press, 2012.

9. *Битсон, Джек, Бурроус, Эндрю, Картурайт, Джон*. Договорное право Ансона. — 29-е изд. — Англия: издательство университета Оксфорда, 2010. / J. Beatson, A. Burrows, and J. Cartwright "Anson's law of contract", 29th Edition, Oxford University Press, Printed in Great Britain.24. *Баст, Кэрол, Хоукинс, Марджи*. Основы правового анализа и письма. — 4-е изд. — США: Дилмар, 2009. / Carol M. Bast,

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

Margie Hawkins «Foundations of Legal Research and Writing», Fourth Edition, USA, Delmar, Cengage Learning.

10. *Гудри, Джеймс, Тейлор фон Мехрин, Артур.* Введение в сравнительное частное право: тексты, дела, материалы. — Англия: издательство университета Кембридж, 2006. / "An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings, Cases, Materials James Gordley, Arthur Taylor von Mehren/ Cambridge University Press, 2006 г.

11. *Зак, Джеральд.* Обман в фин. отчетности. Стратегии для поиска и расследования. — США, Нью-Джерси: Джон Уайлли Сын-овья, 2013. / Gerard M. Zack, "Financial Statement Fraud: Strategies for Detection and Investigation", United States of America, Published by John Wiley & Sons, Inc., Hoboken, New Jersey.

12. *Картер, Джон.* Толкование коммерческих договоров. — Англия, Оксфорд: Харт Паблишинг, 2013. / John W. Carter, "The Construction of Commercial Contracts", Great Britain, Oxford: Hart Publishing.

13. *Броводски, Доминик, Эспиноза, Мануэль, Тигеман, Клаус.* Регулирование корпоративной уголовной ответственности. — Швейцария: Спрингер, 2016. / Dominik Brodowski, Manuel Espinoza delos Monteros dela Parra, Klaus Tiedemann, "Regulating Corporate Criminal Liability", Springer International Publishing Switzerland.

14. *Келли, Дэвид, Холмс, Энн, Хайвард, Руфь.* Коммерческое право. — 5-е изд. / "Businesslaw: Fifth Edition", David Kelly, Ann Holmes, Ruth Hayward — издательство Cavendish Publishing, 2005 г.

15. *Келли, Дэвид, Слэппер, Гарри.* Правовая система Англии. — 15-е изд. — Англия: Routledge, 2014. / The english legal system, Fifteenth Edition, 2014–2015", Gary Slapper and David Kelly, Fifteenth edition published 2014 by Routledge.

16. *Грин, Дэвид.* Столица бедняков: Лондон и закон о бедных, 1790–1870. — Англия: Эшгейт, 2010. / David R. Green, "Pauper capital: London and the Poor Law", 1790–1870, England, Published by Ashgate Publishing Limited, 2010 г.

17. *Акироф, Джордж, Шиллер, Роберт.* Налюха: экономика «развод» и обмана. — США: издательство университета Принстон, 2015. / George A. Akerlof, Robert J. Shiller "Phishing for Phools: the economics of manipulation and deception", Princeton University Press, 2015.

18. *Уикс, Джон Ф.* Экономика одного процента: как общепринятая экономика служит богатым, затуманивает правду, искажает политику. — Лондон: Anthem Press, 2014. / John F. Weeks "Economics of the 1%: How Mainstream Economics Serves the Rich, Obscures Reality and Distorts Policy", London, Anthem Press, 2014.

19. *Уэб, Джулиан, Холланд, Джеймс.* Учим право. — 8-е изд. — Англия: издательство университета Оксфорда, 2013. / Julian Webb, James Holland "Learning legal rules", Eighth Edition, Printed in Great Britain by Bell & Bain Ltd, Glasgow, Oxford University Press, 2013 г.

20. *Грей, Дрю.* Тени Лондона: темная сторона викторианского города. — Англия: Континуум, 2010. / Drew Gray "London's Shadows: The Dark Side of the Victorian City", Great Britain, Continuum.

21. *Мартин, Жаклин, Стори, Тони.* Познаем уголовное право. — 5-е изд. — Англия: Рутледж, 2015. / Unlocking criminal law, 5th edition, Jacqueline Martin, Tony Storey, Routledge, 2015.

22. *Эллиот, Катрин и Квин, Франсис.* Обязательства из причинения вреда. — 8-е изд. — Англия: Pearson Education, 2011. / «Tort Law, eighth edition» Catherine Elliott & Frances Quinn.

23. *Митчел, Катрин.* Толкование договоров: противоречия современного права. — Англия, Оксон: Рутледж-Кавендиш, 2007. / Catherine Mitchell, «Interpretation of contracts: Current controversies in law», First published 2007, by Routledge-Cavendish, United Kingdom, Охон.

24. *Баст Кэрл, Хоукинс, Марджи.* Основы правового анализа и письма. — 4-е изд. — США: Дилмар, 2009. / Carol M. Bast, Margie Hawkins «Foundations of Legal Research and Writing», Fourth Edition, USA, Delmar, Cengage Learning.

25. *Адамс, Кеннет А.* Руководство по стилю договора. — США: ABA Publishing, 2013. / «Manual of style for contract drafting» Kenneth A. Adams, USA, ABA Publishing, 2013 г.

26. *Спрингер, Кеннет, Скот, Джоэли.* Докопаться до истины: тактика для защиты активов вашей фирмы от мошенников, аферистов и самозванцев. — США: Пирсон Эдукейшн, 2011. / Kenneth S. Springer, Joelle Scott, "Digging for disclosure: Tactics for Protecting Your Firm's Assets from Swindlers, Scammer and Imposters", USA, Pearson Education, Inc.

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

27. *Хуг, Кристофер*. Игра в «найди крайнего»: спихивание ответственности, бюрократия и самосохранение в правительстве. — США: издательство университета Принстон, 2011. / Christopher Hood, "The Blame Game: Spin, Bureaucracy, and Self-Preservation in Government", USA, Princeton University Press.

28. *Убли, Лиза*. Юридическое письмо. — Англия: Кавендиш, 2005. / Lisa Webley "Legalwriting", Printed and bound in Great Britain, Cavendish Publishing.

29. *Валлах, Лэнс*. Защищаем клиентов от обмана, недостатка знаний и мошенничества. — США, Нью-Джерси: Джон Уайлли Сын-овья, 2010. / Lance Wallach, "Protecting Clients from Fraud, Incompetence and Scams", United States of America, Published by John Wiley & Sons, Inc., Hoboken, New Jersey.

30. *Форд, Мартин*. Нашествие роботов: технология и угроза будущего без рабочих мест. — США, Нью-Йорк: Бейсик Букс, 2015. / Martin Ford, "Rise of the Robots: Technology and the Threat of a Jobless Future", Printed in the United States of America, published by Basic Books, a Member of the Perseus Books Group.

31. *Паренти, Майкл*. Демократия для немногих. — 9-е изд. — США, Бостон: Wadsworth, Cengage Learning, 2011. / Michael Parenti, "Democracy for the Few", 9-th edition.

32. *Фурмстон, Майкл*. Сборник практики по договорам строительного подряда Поувела, Смиата и Фурмстона. — 5-е изд. — США: John Wiley & Sons Ltd, 2012. / Michael Furmston "Powell-Smith and Furmston's building contract casebook", 5th ed., John Wiley & Sons Ltd, 2012.

## 30.8. Путь Договорника

И еще раз здравствуйте! Тому, кто дочитал до сюда, посвящается. Традиционный скрытый раздел. «Пасхальное яйцо». Да! Но не какая-то дурацкая шутка. А насквозь полезный дзен.

Вы когда-нибудь думали, куда вас заведет путь Договорника? Где окажетесь, если долго и вдумчиво работать с договорами?! Поделюсь своими наблюдениями... Теперь уже не за договорами и правом. А за людьми, которые пишут договоры. Подумайте над схемой:

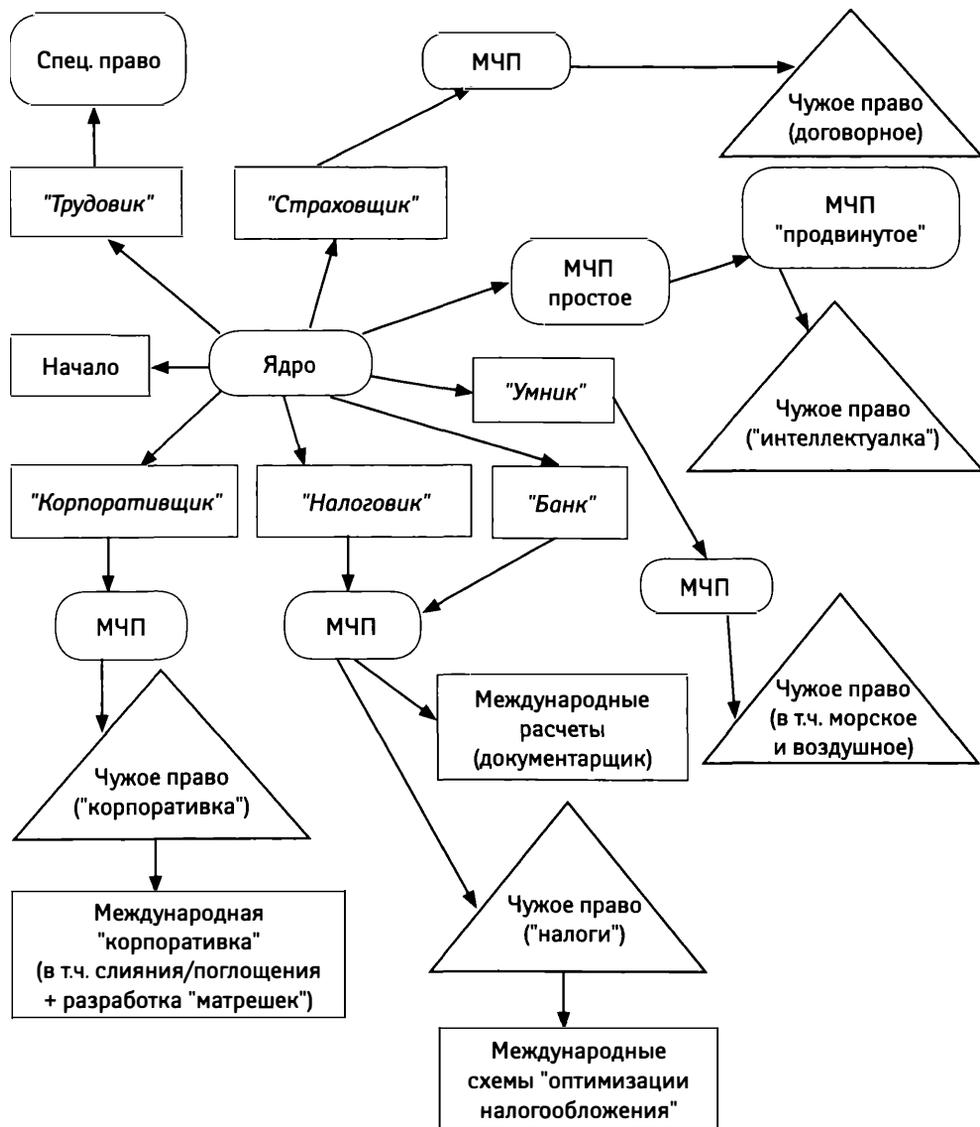


Схема 11. Путь Договорника

Как в настольной игре. Все начинают с одной клетки. А дальше каждый выбирает свой путь. Где и чем кончится — неизвестно. Хотя... см. схему еще раз. В принципе, в общих чертах таки можно сказать, чем кончится тот или иной путь.

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

Все начинают с юрфака. Все учат «ядро» — основы «договоростроения». Основные договоры — купля-продажа, оказание услуг, подряд, аренда. Кто хуже, кто лучше...

Дальше — развилка. Учим не только ядро, но и другие дисциплины. Трудовое право. Налоговое. Банковское. Финансовое. Помимо учебы, есть и работа. Но главное — есть душа. У каждого человека. И даже у юриста...

К чему лежит душа + что больше нравится + где работаем = выбор пути. Кто-то освоил ядро и сказал: «Да ну вас лесом. Слишком у вас всё сложно, у цивилистов. Вот трудовые отношения — во! Все просто и понятно. А главное: шаг влево, шаг вправо — «НИЗЯ!»».

Человек занимается трудовым правом. Выбирает путь «договорника-трудолика». И? Освоит в совершенстве трудовое право. В перспективе, освоит и спец. право — особые нормы права РФ о приеме на работу иностранцев. Наверно, всё. Дальше только доктрина и научные изыскания.

Второй путь. Человек после вуза устроился юристом в страховую. Прекрасно знает ЯДРО, но вселенная — вот же окаянная гамзилка! — всегда посылает то, к чему ты НЕ готов. Чтобы ты, зараза такая, развивался...

Бывший студент сталкивается с договором страхования. Ага, а еще и с правилами страхования своей компании — 50 листов мелким шрифтом (восьмым, если быть точным). Чему на юрфаке ни разу не учили.

Вы справились. Разобрались. И пошли дальше. Освоили страховое право РФ. Плавно дошли до «Оговорок института Лондонских страховщиков». А это уже МЧП (международное частное право) чистой воды. Причем — редкое. Специализированное. Куда из русских юристов мало кто доползал.... И еще меньше тех, кто понимал. Но вы идете дальше. Потихоньку начинаете разбираться с морским страхованием. А там и на воздушное посматриваете... Еще десять лет такими темпами, и вы — легенда.

Третий путь. А вам нравится ядро! Вам по сердцу поставка, аренда, оказание услуг. Классические договоры. И вы можете внести в каждый договор что-то новое. Оговорку. Подход к ответственности. Видение.

На десятом году практики право родных осин изучено вдоль и поперек, наискось и по диагонали. Как-то поднадоело. Хочется чего-то... большего?! нового?! другого?! Весьма кстати подворачивается «простой ВЭД». Договор с иностранным «юриком», но те согласны на право РФ. Единственное, требуют прописать в договоре ссылки на какой-то «Инкотермс—2010». Это что? Это где? Нашли. Разобрались. Составили договор. Вроде прошло.

Прошло еще лет несколько. Инкотермсом вас уже не напугать — знаете, разобрались. Но теперь сторона категорически против русского права. Хочет, чтобы отношения шли по «Венской конвенции о договорах купли-продажи», а применяемое право — английское.

И вы «курите» венскую конвенцию. Вы пытаетесь составить договор так, чтобы до английского права не дошло. Чтобы всё было просто и понятно — в конвенции и договоре всё есть, английское право — по остаточному принципу. И у вас получается.

А дальше вы начинаете учить чужое право. Английское. Или — другое. Что по сердцу и чаще встречается... Вскоре вы переходите последний рубеж. Вам уже под силу составить договор по чужому праву. От и до. Без переводчика. Вы всерьез думаете получить второе или третье образование ТАМ.

Все хорошо, но родные смотрят как-то косо. Особенно когда на простой вопрос «А почему выключили свет?» вы глубокомысленно отвечаете: «Если отключили свет, люди не бегут к юристу. Не пытаются понять, кто виноват. Ну, случилось и случилось. Люди сглаживают экономические потери, отработывают завтра — за сегодня. Здравый подход. Закон да поддержит»<sup>1</sup>.

Родные крутят пальцем у виска, а вы повторяете старый дзен: «На пути к просветлению главное не шизануться»... и задумываетесь. Не слишком ли я увлекся правом? Быть может, пора уделить время семье?

Четвертый путь. «Умник». Он же — специалист по интеллектуальной собственности. После «ядра» вас поглотила интеллектуальная собственность. И договоры 21-го века. Сначала вы разобрались

---

<sup>1</sup> Дело *Spartan Steel and Alloys Ltd. v Martin & Co (Contractors) Ltd.* [1972] EWCA Civ 3 (22 June 1972), <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1972/3.html>

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

с нашим правом. Потом ломали голову над сложными вопросами: сайт в сети Интернет — это произведение? программа для ЭВМ? Что-то еще? Написали пару монографий, выиграли несколько судов. Хочется еще. Хочется идти дальше.

Вы изучили международные конвенции в области авторского права и промышленной собственности. Потом настал черед чужого права и договоров с иностранцами. И под занавес вы присматриваетесь к доктрине. Почему авторское право защищает только форму, а не содержание? Говорите, иначе придется пересматривать всю доктрину? Так давайте! И вы «даете». Засаживаетесь за ФУНДАМЕНТАЛЬНЫЙ труд.

Пятый путь... Шестой... Седьмой... Сотый... Всё ваше. Все пред вами. Идите. ТОРИТЕ. Прокладывайте. Дерзайте.

Помните про «стрелы в спине первопроходца»?! Так вот, в последователей тоже стреляют. Будьте готовы. Будут подставы. Будут выстрелы в спину. И самое обидное, будут ошибки. Ваши и не только. Будут срачи и поиски крайних.

Еще будут завистники. Капканы. Волчьи ямы. Ловушки. Да, «жизнь не раз окунала в кровищу лицом»<sup>1</sup>... Да, быть может, будет тяжело. Иногда невольно. **ДЕРЖИТЕСЬ**. Идите. Пусть маленькими шажками, но — идите. Лучше двадцать раз по разу, чем ни разу двадцать раз. Идите.

### ДОЙДЕТЕ!

*Вот теперь — все.*

33. Гудман, Марк. Преступления будущего. — США: Doubleday, 2015. / Marc Goodman «Future Crimes», published in the United States by Double day, 2015.

34. Бигельман, Мартин. Лики обмана: дела и уроки из жизни борца с мошенниками. — США: Джон Уайлли и Сыновья, 2013. / Biegelman, Martin T. "Facesoffraud : cases and lessons from a life fighting fraudsters / Martin T. Biegelman", printed in the United States of America, 2013 by John Wiley & Sons, Inc.

---

<sup>1</sup> Семенова, Мария. Волкодав. — М.: Азбука, АСТ, 2002.

35. *Фонтеин, Марсель, Де Лу, Филипп.* Составляем международные договоры: анализ оговорок. — США: Транснационал Паблшерс, 2006. /Marcel Fontaine, Filip De Ly, "Drafting international contracts: An Analysis of Contract Clauses", USA, Transnational Publishers, Inc.

36. *Эндрюс, Нил.* Договорное право. — США, Нью-Йорк: издательство университета Кембридж, 2011. / Neil Andrews, "Contract Law", USA, published in the United States of America by Cambridge University Press, New York.

37. *Туппир, Памела.* Азы юридического письма для начинающих юристов. — США: издательство Мак Гроу / Ирвин, 2008. / Pamela R. Tepper "Basic Legal Writing for Paralegals" Second Edition, USA, Published by McGraw-Hill / Irwin, a business unit of The McGraw-Hill Companies, Inc., New York, 2008.

38. *Бут, Питер, Касл, Ричард.* Современное юридическое письмо: гид по ясному языку. — Англия: издательство университета Кембридж, 2006. / Peter Butt, Richard Castle "Modern legal drafting: A Guide to Using Clearer Language", Second Edition, United Kingdom, Cambridge University Press.

39. *Масси, Роберт.* Людей «разводят» на каждом шагу. — Англия: Harper Collins Publishers Ltd., 2007. / Robert Massi "People gets crewed all the time".

40. *Рибейро, Роберт.* Коммерческие договора: техники составления и прецеденты. — Англия, Лондон: "Thorogood Publishing Ltd", 2005. / "Commercial contracts: drafting technique sand precedents" Robert Ribeiro.

41. *Ричард Саскинд, Даниель.* Будущее профессионалов: как технология преобразит работу экспертов. — Англия: издательство университета Оксфорд, 2015 /Richard Susskind, Daniel Susskind "The future of the professions: how technology will transform the work of human experts", United Kingdom, Oxford University Press.

42. *Мак Чинси, Роберт, Николс, Джон.* Люди, готовьтесь! Бой против экономики без работы и демократии без граждан", 2016. / Robert W. McChesney, John Nichols "People get ready: the fight against a jobless economy and a citizenless democracy" USA, Published by Nation Books, A Member of the Perseus Books Group, New York.

## РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР

43. *Хай, Руперт*. Юридический английский. — 2-е изд. — Англия, Оксон: Рутледж-Кавендиш, 2009. / Rupert Haigh, "Legal English", Second Edition, England, Oxon, Routledge-Cavendish.

44. *Куртцвел, Рей*. Век духовных машин: когда компьютер превзойдет разум человека. — США: Пингвин, 1999. / Ray Kurzweil, "The age of spiritual machines when computers exceed human intelligence", USA, New York, Published by the Penguin Group.

45. *Пагжет, Саймон*. Досье на мошенника: срываем маску, чтобы защититься и обнаружить мошенничество. — США, Нью-Джерси: Джон Уайлли и Сыновья, 2015. / Simon Padgett, "Profiling the Fraudster: Removing the Mask to Prevent and Detect Fraud", United States of America, Published by John Wiley & Sons, Inc., Hoboken, New Jersey.

46. *Старк, Тина*. Составляем договоры: как и почему юристы делают свое дело. — США, Нью-Йорк: Уолтерс Клуверс, 2014. / Tina L. Stark, "Drafting Contracts: How and Why Lawyers Do What They Do", Second Edition, Published by Wolters Kluwer Law & Business in New York.

47. *Голдстеини, Том, Либерман, Джетро*. Руководство юриста по грамотному письму. 2 изд. — США: Издательство университета Калифорнии, 2002. / «The lawyer's guide to writing well, 2-nd edition», Tom Goldstein and Jethro K. Lieberman, University of California Press, Ltd. Berkeley / Los Angeles / London, 2002.

48. *Кин, Том*. Техножуть: конец частной жизни, как зарабатывают на сокровенном. — США, 2014. / Thomas P. Keenan, Technocreep: The Surrender of Privacy and the Capitalization of Intimacy, USA, Greystone Books Ltd, Published by arrangement with OR Books, New York.

49. *Путман, Уильям*. Юридический анализ и письмо. 3-е изд. — США: Дилмар, 2009. / William H. Putman "Legal Analysis and Writing", Third Edition, USA, Delmar, Cengage Learning.

50. *Лафье, Уильям*. Юр. лица и вина: провал доктрины уголовной ответственности юр. лиц. — США: издательство университета Чикаго, 2008. / William S. Laufer, "Corporate bodies and guilty minds: The Failure of Corporate Criminal Liability", Printed in the United States of America, The University of Chicago Press, Chicago, 2008 г.

51. *Шикаира, Фабио*. Юридические труды как источник права. — Бразилия, Рио-де-Жанейро: Спрингер, 2013. / Fabio P. Shecaira "Legal Scholarship as a Source of Law", Brazil, Riode Janeiro, Springer, ISBN 978-3-319-00428-0

52. *Вайберт, Фрэнк*. Приход неизбранной демократии и новое разделение властей. — Англия: издательство университета Кембридж, 2007 / Frank Vibert, "The Rise of the Unelected Democracy and the New Separation of Powers", UK, Cambridge University Press.

53. *Шор, Хитер*. Преступные миры Лондона, 1720—1930 история общества и культуры. — Англия: Палгрейв Макмилиан, 2015. / Heather Shore, «London's Criminal Underworlds, c. 1720. — c. 1930 A Social and Cultural History», United Kingdom, Palgrave Macmillan.

54. *Мак Кендрик, Эван*. Договорное право: тексты, дела и материалы. — 5-е изд. — Англия: издательство университета Оксфорд, 2012. / Ewan McKendrick "Contract Law: Text, Cases and Materials", Fifth Edition, United Kingdom, Oxford University Press.

55. *Дунани, Элмир, Фостер, Чарльз*. Составление документов. — 2-е изд. — Англия, Лондон: Cavendish Publishing Limited, 2001. / "Drafting, 2nd ed" (Legal skills series) Elmer Doonan, Charles Foster, Cavendish Publishing Limited, London, 2001.

(С) Оробинский Вячеслав Владимирович, 2011 – 2018 гг.

# СОДЕРЖАНИЕ

<b>РАЗДЕЛ 1. НАЧАЛА НАЧАЛ</b> .....	3
[1] ПРЕЛЮДИЯ.....	3
1.1. Пролог.....	3
1.2. Предостережения.....	4
1.3. Ученики и Учителя.....	10
1.4. Место в системе.....	10
[2] ОБЩАЯ СХЕМА РАБОТЫ С ДОГОВОРОМ.....	14
2.1. Схема.....	14
2.2. Полнота.....	14
2.3. Риски самого простого договора.....	16
2.4. Проверка стороны.....	17
2.5. Сильная сторона договора.....	18
2.6. И кто сильнее?!.....	19
2.7. Внедоговорные рычаги давления.....	22
2.8. Первые итоги.....	27
[3] ГЛУБИНА «ПОГРУЖЕНИЯ».....	29
3.1. Сколько денег на кону.....	29
3.2. Расчеты.....	31
3.3. Предмет договора.....	33
3.4. Кто по ту сторону баррикад?.....	37
3.5. Логистика.....	37
3.6. Природа отношений.....	42
3.7. Игроки, т.е. участники отношений.....	44
3.8. Сила стороны в договоре.....	48
3.9. Договор внутри одной страны — или «с уходом за кордон».....	48
3.10. Опасность договора для сторон.....	50
3.11. Потайной интерес стороны.....	53
3.12. Пицца для размышлений.....	55
<b>РАЗДЕЛ 2. ПЕРВЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ ПО ДОГОВОРУ</b> .....	60
[4] ПРЕДЛОЖЕНИЕ.....	60
4.1. Почему не оферта?!.....	60
4.2. Внезапный акцепт.....	62
4.3. Классический пример.....	63
4.4. Современная практика.....	65

4.4.1. Риски.....	66
4.4.2. Тенденции.....	67
4.4.3. Отдельное минное поле .....	67
4.5. Внезапный акцент в ВЭД.....	68
4.6. Защита от внезапного акцента .....	69
4.7. Место в системе.....	70
<b>[5] ПРОВЕРКА ДРУГ ДРУГА .....</b>	<b>71</b>
5.1. «Призрак».....	72
5.1.1. Чем опасны «призраки» .....	75
5.2. «Двойник».....	77
5.2.1. Уникальные признаки юрлица.....	79
5.2.2. «Двойники» в интернете.....	81
5.3. «Зомби».....	82
5.3.1. «Армия тьмы» .....	84
5.3.2. «Зомби-апокалипсис» .....	88
5.3.3. Штрихи к портрету мертвеца, тезисно .....	89
5.4. Инструкция по проверке.....	93
5.4.1. Первый этап. Проверка юридического статуса .....	94
5.4.2. Второй этап. Фактический статус .....	99
5.4.3. Третий этап. Деятельность .....	102
5.4.3.1. Арбитраж.....	103
5.4.3.2. Суды общей юрисдикции (СОЮ).....	107
5.4.3.3. «Приставы» .....	108
5.4.3.4. Слава (репутация).....	109
5.4.4. Четвертый этап. «Внутренняя кухня» проверяемого.....	115
5.4.4.1. Типовой пакет .....	116
5.4.4.2. Что к чему и почему.....	117
5.4.4.3. Документы и страхи.....	119
5.4.4.4. Проверка ЕИО.....	121
5.4.4.4.1. Внутренние документы и ЕГРЮЛ.....	123
5.4.4.4.2. О чем молчит ЕГРЮЛ.....	128
5.4.4.4.3. Директор под микроскопом .....	130
5.4.4.4.4. Проверка учредителей (участников).....	132
5.4.4.4.4.1. Русские матрешки.....	133
5.4.4.4.4.2. «Самые травоядные из травоядных» .....	135
5.4.4.5. Проверка финансовой деятельности.....	137
5.5. Оформляем итоги проверки.....	138
5.5.1. Пример заключения .....	139
5.5.2. Стиль заключения .....	144

## СОДЕРЖАНИЕ

5.6. Виноватые и крайние .....	145
5.6.1. Другой сценарий .....	146
5.7. Кто проверяет .....	147
5.8. Иные формы «юриков» .....	149
5.8.1. Суть юрлиц .....	150
5.9. Заключение о разумно-деловой цели договора (далее — Заключение РДЦ) .....	152
5.9.1. Заключение РДЦ и бизнес-план .....	153
5.9.2. Истоки .....	155
5.9.3. Советы по Заключению РДЦ .....	155
5.9.4. Заключение РДЦ против «спорщиков» .....	157
5.10. Постскриптум .....	159
<b>РАЗДЕЛ 3. ОСНОВНОЙ ЭТАП: ПЕРЕГОВОРЫ</b> .....	<b>160</b>
[6] НЕ ДОГОВОРИЛИСЬ, НО ПОТРАТИЛИСЬ (РИСК 1) .....	164
6.1. Не договорились, но потратились (добросовестно) .....	164
6.1.1. Другой способ .....	166
6.2. Не договорились, но потратились (недобросовестно) .....	167
6.2.1. Первый путь .....	167
6.2.2. Второй путь .....	170
6.3. Правовая природа заверения .....	174
6.3.1. Применим ли институт заверений, если основной договор не был заключен? .....	176
6.4. Будущая практика .....	177
<b>[7] ОБСТОЯТЕЛЬСТВО ИЗВНЕ. ОБЩАЯ СТРАТЕГИЯ И ИНСТРУМЕНТЫ (риск 2) .....</b>	<b>179</b>
7.1. Что может «вылезти»? .....	179
7.2. Договор .....	180
7.3. Договор под условием .....	183
7.4. Предварительный договор .....	186
7.5. Предварительный договор + особые условия .....	191
7.6. Прошое и будущее предварительного договора .....	194
7.7. Опцион .....	198
7.8. Иной договор .....	202
<b>[8] БРАК, НЕДОСТАТКИ, Б/У (обстоятельство извне, свойство товара-1) .....</b>	<b>204</b>
8.1. Классическая защита .....	205
8.2. Классика + односторонний отказ .....	207

8.3. Как устанавливать факты.....	210
8.4. Устанавливаем факты с помощью третьего лица.....	215
[9] «НЕ ПОДХОДИТ ПО СТАНДАРТУ» (обстоятельство извне, свойство товара-2).....	219
9.1. Бездна стандартов.....	220
9.2. На стороне продавца .....	222
9.3. На стороне покупателя.....	223
9.4. Стандарт и порядок приемки.....	223
9.5. Как упростить себе жизнь .....	226
[10] «НЕТ ДОКУМЕНТОВ» (обстоятельство извне, свойство товара-3).....	230
10.1. Виды документов .....	230
10.2. Правовые документы.....	231
10.3. Технические документы .....	231
10.4. Знай свой товар .....	235
10.5. Ужасы подряда.....	236
10.5.1. Причины .....	237
10.5.2. Защита .....	239
10.6. Куда развиваться дальше .....	241
[11] ТОВАР (УСЛУГА) БЕЗ ТЕХНИЧЕСКОЙ ПОДДЕРЖКИ (обстоятельство извне, свойство товара-4).....	243
11.1. Программы .....	243
11.2. Оборудование.....	247
11.3. Защита .....	249
11.4. Прочие капканы .....	252
11.4.1. Ясность гарантии .....	253
11.4.2. Исполнимость условий гарантии .....	254
[12] АРЕСТ И ЗАЛОГ (обстоятельства извне, юридический статус товара).....	257
12.1. Арест.....	257
12.1.1. Последствия ареста .....	259
12.1.2. «С русского на русский» .....	261
12.1.3. Создаем добросовестность .....	262
12.1.4. Когда могут арестовать товар? .....	264
12.1.4.1. Первый и второй случай ареста товара .....	266
12.1.4.2. Третий случай.....	271
12.1.4.3. Четвертый случай.....	272
12.2. Залог .....	273

## СОДЕРЖАНИЕ

12.2.1. Прошлое .....	274
12.2.2. Настоящее .....	275
12.2.3. Залог. А это что?! .....	277
12.2.4. Создаем добросовестность. Опять .....	278
12.2.5. Реестр залогов .....	281
12.2.5.1. Реестр залогов. Не только авто! .....	282
12.3. Дополнительная защита через договор .....	283
12.3.1. От бреда — к дзену .....	284
[13] РИСКИ ОТ ГОСУДАРСТВА (обстоятельства извне) .....	288
13.1. Товары изъяло государство (прямо) .....	288
13.2. Договорная защита .....	292
13.2.1. Отказ от договора и право на возврат денег + убытки .....	293
13.2.2. Возмещение потерь — без отказа от договора .....	295
13.2.2.1. Убытки и возмещение потерь. Особенности .....	297
13.2.3. Убытки из заверений .....	299
13.3. Товар изъяло государство (косвенно) .....	301
13.3.1. Договорная защита .....	302
13.4. Скачки валюты .....	306
13.4.1. Матчасть .....	308
13.4.2. Виды валютных оговорок .....	311
13.4.2.1. Условные единицы .....	311
13.4.2.2. Косвенная оговорка .....	312
13.4.2.3. Цена в рублях + выход по курсу .....	317
13.4.2.4. Альтернативная оговорка .....	318
13.4.3. Валютная оговорка в трудовом договоре .....	318
13.4.3.1. Грустная философия напоследок .....	323
13.5. Инфляция .....	327
13.5.1. Виды «договорной» инфляции .....	328
13.5.2. «Долгий» договор. Подряд .....	328
13.5.3. «Долгий» договор. Аренда .....	329
13.5.4. «Долгий» договор. Иные договора .....	332
13.5.5. Долгое неисполнение .....	334
13.6. Новый закон .....	337
13.6.1. Три исключения .....	339
[14] СМЕНА ВЛАСТИ	
(обстоятельство извне, судьба партнера-1) .....	342
14.1. «В ущерб интересам фирмы» .....	343
14.2. Защита .....	345
14.3. Крупная и с заинтересованностью .....	347

14.4. Типичные ошибки.....	349
14.5. Работа над ошибками .....	352
14.6. Как лучше.....	356
14.7. Комментарии.....	363
<b>[15] КАПРИЗ ПАРТНЕРА</b>	
(обстоятельство извне, судьба партнера-2) .....	364
15.1. Отказ от договора до исполнения (действием).....	364
15.1.1. Плата за выход.....	369
15.1.2. Правовая природа платы за выход.....	372
15.2. Отказ от договора после вашего исполнения.....	377
15.2.1. Защита. Стратегия.....	381
15.2.2. Защита. Тактика. Механизмы «автоприемки» услуг/работ.....	385
15.2.2.1. «Не успел — пролетел».....	385
15.2.2.2. «Подписывай с оговорками».....	389
15.2.2.3. «Забирай своим ходом».....	391
15.3. Отказ от договора до исполнения (бездействием).....	392
15.3.1. Доктрина против практики .....	394
15.3.2. Договорная защита.....	398
<b>[16] БАНКРОТСТВО ПАРТНЕРА</b>	
(обстоятельство извне, судьба партнера-3) .....	401
16.1. Скрытый враг.....	401
16.2. Последствия .....	402
16.3. Знай своего врага.....	405
16.4. Предпочтительная сделка.....	405
16.4.1. Предпочтительная сделка. Месяц.....	407
16.4.2. Маленькая, обычная хозяйственная сделка.....	408
16.4.3. РВИ, и тотчас исполняй.....	410
16.4.4. Предпочтительная сделка. Полгода.....	412
16.5. Подозрительные сделки. Неравноценная.....	414
16.6. Подозрительные сделки. Вредоносная.....	416
16.7. Серая магия .....	418
16.8. Черная магия .....	419
16.9. Ужасы грядущего.....	421
<b>[17] УКРАЛИ ИНФОРМАЦИЮ (риск 3).....</b>	<b>422</b>
17.1. «Уж сколько их упало в эту бездну...» .....	422
17.2. Тьма.....	424

## СОДЕРЖАНИЕ

17.3. Архаика и современность.....	425
17.4. Блуждая в потемках... ..	428
17.5. Другой скрытый враг.....	434
17.6. Первобытные ритуалы.....	436
17.7. Шаманские пляски .....	438
17.7.1. Истоки ритуалов .....	440
17.8. Без ритуалов.....	441
17.9. Тьма сгущается.....	444
17.10. Свет во тьме .....	446
17.11. Практика .....	449
17.12. Разбор полетов .....	452
17.13. Слияние .....	455
17.14. Другие способы защиты .....	457
17.14.1. Защита тайной .....	459
17.15. Ад.....	461
17.15.1. Зыбкий выход .....	465
17.15.2. Путь самурая .....	466
17.16. Темные века. Постскрипtum.....	467
[18] ДОГОВОР С ТРЕТЬИМ ЛИЦОМ «ЧЕРЕЗ ВАШУ ГОЛОВУ» .....	469
18.1. Вывихи практики.....	471
18.2. Типовые ошибки.....	474
18.3. Работа над ошибками .....	478
18.3.1. «Каждая капля моего пота стоит денег».....	480
18.3.2. «Разбор полетов» .....	487
18.3.2.1. Стратегия.....	487
18.3.2.2. Тактика.....	493
18.3.3. Защита от дурака.....	495
18.4. Особенности работы с «физиками».....	496
18.5. Агентский договор.....	500
18.5.1. Немного доктрины .....	501
18.5.2. Преимущества агентского.....	504
18.5.2.1. Неопределенный срок.....	505
18.5.2.2. «Выхода нет!» .....	507
18.5.2.3. Другие последствия отказа.....	508
18.5.2.4. Простой порядок сдачи действий агента (читай — «услуг») .....	510
18.5.2.5. Наручники для сторон .....	512
18.5.3. Посредник на стороне покупателя.....	515

18.5.3.1. Способности и схемы.....	517
18.5.3.2. «Запасной парашют» .....	519
18.5.3.3. Более простые схемы и формулировки.....	521
18.5.3.4. Другая защита.....	522
18.5.4. Особенности агентского договора с «физиком».....	524
18.6. Прочие договоры с посредниками. Поручение .....	526
18.6.1. Сужен предмет, «непонятки» с действиями .....	526
18.6.2. Простой выход из договора. И вряд ли вы закроете эту дверь... ..	527
18.6.3. Скучная практика .....	529
18.6.4. Личное исполнение .....	529
18.6.5. Прочие отличия, вывод и гимнастика для ума.....	530
18.7. Неименуемое.....	533
18.8. Новые горизонты.....	534
[19] ВВОД В ЗАБЛУЖДЕНИЕ.....	536
19.1. Лики обмана .....	538
19.2. Матчасть. Самообман и добросовестное заблуждение.....	539
19.3. Комментарии.....	540
19.4. Последствия и тонкости.....	548
19.5. Договорная защита.....	552
19.5.1. Чем проще, тем лучше .....	554
19.5.2. Тактика.....	555
19.5.3. Уловки и подробности .....	557
19.5.3.1. Курьез .....	559
19.5.4. Тайное стало явным.....	560
19.5.4.1. Практикум.....	561
19.5.4.2. Что можно сделать лучше .....	563
19.6. Обман .....	566
19.6.1. Предмет доказывания и практика.....	567
19.6.2. Выводы и советы.....	569
19.6.3. Практикум .....	570
19.7. Иные средства защиты.....	576
19.8. Послесловие. Сомнения в устоях.....	578
19.8.1. Тернистая дорога к справедливости.....	581
[20] «АКЦЕПТ СЛОВ».....	584
20.1. Не только купля-продажа .....	586
20.2. Виртуальный договор.....	588
20.3. «Разовая сделка».....	589

## СОДЕРЖАНИЕ

20.4. Распутье.....	590
20.5. НЕТ халяве.....	592
20.6. Зачем рушат договоры.....	594
20.7. Последствия.....	596
20.7.1. Цирк с конями.....	598
20.8. Исключения.....	600
20.9. Защита через исполнение.....	603
20.10. Особый риск. Утрата договора.....	604
20.11. А как у них?!.....	605
[21] ПРОТОКОЛ СТАЛ ДОГОВОРОМ.....	607
21.1. Основной, предварительный, или — ничего.....	609
21.2. Защита и нападение.....	611
21.3. Дьявольское изобретение.....	611
21.3.1. Практические советы.....	615
21.3.2. Мысли.....	617
21.4. Как у них.....	619
[22] ПРОЧИЕ РИСКИ.....	622
22.1. Что-то из переговоров «заползло» в договор.....	622
22.2. Вход в переговоры с целью сорвать (затянуть) другой договор/проект.....	624
22.3. Заключение.....	628
<b>РАЗДЕЛ 4. ОСТАЛЬНЫЕ ЭТАПЫ РАБОТЫ С ДОГОВОРОМ.....</b>	<b>629</b>
[23] СХЕМА ОТНОШЕНИЙ.....	629
23.1. Игры с правом собственности.....	630
23.1.1. Право не переходит.....	630
23.1.2. Отступное вместо залога.....	632
23.1.3. «Вилка» в договоре.....	634
23.1.4. Обратная купля-продажа.....	636
23.2. Ключ от сейфа.....	637
23.2.1. Металлический ключ.....	637
23.2.1.1. От металлического — к бумажному.....	641
23.2.2. Бумажный ключ.....	642
23.2.2.1. Куда копать дальше.....	643
23.2.3. Электронный ключ.....	644
23.2.3.1. «Закладки».....	646
23.3. «Вписка» третьего лица.....	654
23.3.1. Скрытое поручительство.....	655
23.4. «Перекидка» обязательств.....	659

23.5. Вспомогательные схемы.....	661
23.5.1. «Неустойка вещь» .....	662
23.5.2. Автоматическое увеличение цены.....	663
23.5.3. Автоперевод на предоплату .....	665
23.6. Что день грядущий нам готовит .....	665
23.6.1. Черное и белое.....	666
23.7. Линейка .....	669
23.8. Сводим в систему.....	671
[24] ПОДПИСЫВАЕМ ДОГОВОР .....	672
24.1. Исчезающие чернила.....	673
24.2. «А какой ручкой подписывать? Можно черной?».....	675
24.2.1. Гелевая или шариковая .....	675
24.3. Слишком короткая подпись.....	677
24.4. Как расписываться в договоре?.....	678
24.4.1. Для начала, что такое подпись?.....	679
24.4.2. Как в паспорте.....	680
24.5. Где подписывать договор?.....	681
24.5.1. Матчасть.....	683
24.5.2. Один за другого.....	683
24.6. «А печать ставить?» .....	684
24.7. Послесловие .....	685
[25] ИСПОЛНЯЕМ ДОГОВОР.....	687
25.1. Договор заключал — один (умный), исполнял — другой (...менеджер).....	688
25.1.1. Особый порядок приемки.....	690
25.1.2. Замшелые инструкции .....	692
25.2. Бездумно принять исполнение .....	694
25.2.1. За старую гвардию .....	696
25.2.2. Защита договором .....	698
25.3. Исполнить не тому.....	700
25.4. «Нож в спину».....	703
25.4.1. Защита договором .....	703
25.5. Заключение. Повседневная жизнь.....	706
[26] ЖИЗНЬ ПОСЛЕ ДОГОВОРА .....	708
26.1. Добросовестность после договора .....	709
26.2. Вам что-то нужно от другой стороны .....	712
26.3. «Восстань!» .....	717
26.4. Заключение.....	719

## СОДЕРЖАНИЕ

<b>РАЗДЕЛ 5. КАК СОСТАВИТЬ ДОГОВОР</b> .....	720
[27] ОСНОВНЫЕ ПРИНЦИПЫ «ДОГОВОРОСТРОЕНИЯ».....	727
27.1. «Чем проще, тем лучше».....	728
27.2. Короткие предложения. Правило 3+10.....	733
27.2.1. Чувство юмора и действительность.....	736
27.3. В меру простые слова.....	739
27.3.1. Избегайте иностранных слов.....	741
27.3.2. Простые и ясные названия сторон в договоре.....	743
27.3.2.1. «Сторона-1» и «Сторона-2».....	745
27.4. «Глаголом жечь сердца людей».....	746
27.5. Действительный залог.....	749
27.6. Принцип ружья: ничего лишнего.....	751
27.7. Нумерация.....	753
27.7.1. Коварные союзы.....	757
27.8. «Берегись канцелярита!!!».....	763
27.8.1. Ясность против тумана (канцелярита).....	765
27.9. Думай о последствиях.....	767
27.10. Равенство сторон в договоре.....	769
27.11. Всякому пункту свое место.....	771
27.12. Единство названий.....	774
27.13. Приоритет поименованных!.....	777
27.14. Наиболее выгодный договор.....	778
27.15. Одна «картинка» стоит тысячи слов.....	780
27.16. Заключение.....	782
[28] ВСПОМОГАТЕЛЬНЫЕ ПРИНЦИПЫ.....	784
28.1. Учти практику!.....	784
28.2. «Утро вечера мудренее».....	786
28.3. «Одна голова хорошо, а две лучше».....	790
28.4. Глазами исполнителя.....	791
28.5. Заключение.....	793
[29] ДОГОВОР ПОД МИКРОСКОПОМ.....	794
29.0. «Шапка».....	795
29.0.1. Название договора.....	795
29.0.2. Номер договора.....	796
29.0.3. Место.....	798
29.0.4. Дата.....	802
29.0.5. Вводная.....	803
29.0.5.1. Вводная с ИП.....	807

29.1. Предмет договора .....	807
29.1.1. Истинная суть отношений .....	810
29.1.2. Предпочитайте объективные критерии .....	813
29.1.3. Пишите для всех .....	815
29.2. Термины и определения .....	816
29.3. Цели сторон .....	819
29.4. Гарантии и заверения .....	821
29.5. Права и обязанности сторон .....	822
29.5.1. Исполнимость права .....	827
29.5.2. Язык прав и обязанностей .....	828
29.6. Цена Договора и порядок расчетов .....	832
29.7. Специальный раздел по специфике договора .....	833
29.8. Ответственность сторон .....	833
29.9. Форс-мажор .....	833
29.9.1. Форс-мажор: последствия .....	837
29.9.2. Невозможность исполнения .....	838
29.9.3. Забавные ошибки .....	840
29.9.4. «Ад или потоп» .....	841
29.10. Конфиденциальность .....	843
29.11. Разрешение споров .....	843
29.11.1. По Истцу .....	845
29.11.2. Типовые ошибки .....	845
29.11.3. Осторожней с подведомственностью .....	847
29.12. Действие договора .....	847
29.12.1. Три срока .....	850
29.12.2. Длющийся договор .....	851
29.12.3. Сроки и санкции .....	852
29.12.4. Дни и моменты .....	853
29.13. Интеллектуальная собственность .....	857
29.13.1. Чужое право .....	857
29.13.2. Случайная собственность .....	861
29.14. Прочие условия .....	864
29.14.1. Бесплезные .....	864
29.14.2. Полезные .....	867
29.14.3. Опасные .....	868
29.15. Заключение .....	870
[30] ЭПИЛОГ .....	871
30.1. «По ком звонит колокол...» .....	871

## **СОДЕРЖАНИЕ**

30.2. Кладбище профессий.....	873
30.3. Восьмой удар колокола .....	875
30.4. Послесловие.....	875
30.5. Постскриптум.....	876
30.6. Доска почета.....	877
30.7. Список книг.....	878

Популярное издание



ОРОБИНСКИЙ Вячеслав Владимирович

**ЧЕМУ НЕ УЧАТ НА ЮРФАКЕ  
ТАЙНЫ ДОГОВОРА... И НЕ ТОЛЬКО**

Ответственные редакторы: *А. Боровиков*  
Выпускающий редактор *Г. Логвинова*  
Технический редактор *Ю. Давыдова*

Формат 70x100 1/16. Бумага офсетная.  
Тираж 4000 экз. Заказ № 8855

ООО «Феникс»  
344011, Россия, Ростовская область,  
г. Ростов-на-Дону, ул. Варфоломеева, 150.  
Тел. (863) 261-89-59, тел./факс 261-89-50  
Сайт издательства: [www.phoenixrostov.ru](http://www.phoenixrostov.ru)  
Интернет-магазин: [www.phoenixbooks.ru](http://www.phoenixbooks.ru)

Изготовлено в России  
Дата изготовления: 09.2018.  
Изготовитель: АО «Первая Образцовая типография»  
филиал «УЛЬЯНОВСКИЙ ДОМ ПЕЧАТИ»  
432980, Россия, Ульяновская обл.,  
г. Ульяновск, ул. Гончарова, 14



*Издательство*  
**ЕНИКС**

344011, г. Ростов-на-Дону,  
ул. Варфоломеева, 150  
Тел.: (863) 261-89-50;  
[www.phoenixrostov.ru](http://www.phoenixrostov.ru)

- ◆ Около 100 новых книг каждый месяц.
- ◆ Более 6000 наименований книжной продукции собственного производства.

#### ОСУЩЕСТВЛЯЕМ:

- ◆ Оптовую и розничную торговлю книжной продукцией.

#### ГАРАНТИРУЕМ:

- ◆ Своевременную доставку книг в любую точку страны, **ЗА СЧЕТ ИЗДАТЕЛЬСТВА** ж/д контейнерами.
- ◆ **МНОГОУРОВНЕВУЮ** систему скидок.
- ◆ **РЕАЛЬНЫЕ ЦЕНЫ.**
- ◆ Надежный **ДОХОД** от реализации книг нашего издательства.

### **ТОРГОВЫЙ ОТДЕЛ**

344011, г. Ростов-на-Дону, ул. Варфоломеева, 150

#### **Контактные телефоны:**

Тел.: (863) 261-89-53, 261-89-54, 261-89-55  
261-89-56, 261-89-57, факс. 261-89-58

#### **Начальник Торгового отдела**

***Аникина Елена Николаевна***

Тел.: (863) 261-89-53, [torg153@aaanet.ru](mailto:torg153@aaanet.ru)

Мы заключаем договоры на каждом шагу. Сел в автобус — заключил один договор. Купил поесть — заключил другой договор. Сходил в кино — третий. Многие, став юристами, переносят бытовой и бездумный подход на все договоры, в том числе и на предпринимательские. Результат — плачевный. Как же этого избежать?

Как планировать сделку до договора, проверять потенциальных партнеров, чтобы не подписать контракт с мошенниками?

Как продумывать договор так, чтобы исполнителям было отчетливо ясно, что и когда делать? А не как обычно: «Заключал — умный, исполнял — менеджер».

Как составлять договор так, чтобы его можно было прочесть и понять без другого юриста?

Как распутать «узелки», обнаружить и обезвредить «крючки» и «мины» в договоре — хитрые пункты, которые некоторые юристы прячут в договоре, чтобы при случае использовать против вас?

Новая книга серии «Чему не учат на юрфаке» раскроет все тайны договора... и не только!



**«Мозг должен быть включен всегда и у всех. Думаем, господа, думаем! Если мы заключаем договор, мы думаем, как этот договор будет исполнен. Сможем ли вообще исполнить? А если сможем, то выгодно ли нам такой договор заключать?»**

ISBN 978-5-222-30930-8



9

785222 309308

 phoenix\_book

 **ЕНИКС**