

А. Н. Толкачев

ОФИСНАЯ



АНТОЛОГИЯ

КОММЕРЧЕСКИЙ ДОГОВОР



От идеи до исполнения
обязательств



с CD-дискom
внутри!



Андрей Толкачев

**Коммерческий договор. От идеи
до исполнения обязательств**

«Автор»

Толкачев А. Н.

Коммерческий договор. От идеи до исполнения обязательств /
А. Н. Толкачев — «Автор»,

Настоящее издание предлагает юридический анализ содержания и структуры различных коммерческих договоров с точки зрения поиска выигрышной позиции для бизнеса. При этом рассматриваются не только вопросы составления, заключения, изменения, расторжения договоров, но и проблемы, связанные с неисполнением договорных обязательств, а также пути решения подобных проблем. Теоретический материал сопровождается примерами из судебной практики и рекомендациями по достижению успеха в самых различных ситуациях. Книга адресована в первую очередь руководителям организаций и корпоративным юристам.

© Толкачев А. Н.

© Автор

Содержание

Список сокращений и принятых обозначений	5
Раздел 1	6
1. Сделка	6
2. Электронная сделка	8
3. Договор	10
4. Функции договора	11
5. Виды договоров, применяемых в коммерческой деятельности	13
6. Предварительный договор	15
7. Договор в пользу его участников и в пользу третьего лица	16
8. Публичный договор	17
9. Договор присоединения	18
10. Система коммерческих обязательств	20
Раздел 2	22
1. Проблема определения отношений по реализации товаров	22
2. Признаки реализационного договора	24
3. Договор поставки	25
4. Договор мены	27
5. Договор товарного кредита	29
Раздел 3	32
1. Принципы договора	33
2. Преддоговорная работа	36
3. Содержание договора	38
4. Форма договора	42
5. Оформление договора	43
6. Способы заключения договора	44
Раздел 4 Профилактика неплатежей	50
1. Установление принципов и выбор формы безналичных расчетов	51
2. Организационные действия	52
3. Договорные действия	55
Раздел 5	56
1. Правовые подходы к оформлению коммерческих контактов	56
Конец ознакомительного фрагмента.	57

Андрей Николаевич Толкачев

Коммерческий договор. От идеи до исполнения обязательства

Список сокращений и принятых обозначений

АПК РФ – Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ

ГК РФ – Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая – от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ; часть вторая – от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ; часть третья – от 26 ноября 2001 г. № 146-ФЗ; часть четвертая – от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ)

КоАП РФ – Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ

НК РФ – Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая – от 31 июля 1998 г. № 146-ФЗ; часть вторая – от 5 августа 2000 г. № 117-ФЗ)

ТК РФ – Трудовой кодекс Российской Федерации от 30 декабря 2001 г. № 197-ФЗ

УК РФ – Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ

Вестник ВАС РФ – Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации

ФАС – Федеральный арбитражный суд

п. – пункт (пункты) в соответствующем контексту числе и падеже

подп. – подпункт (подпункты) в соответствующем контексту числе и падеже

ст. – статья (статьи) в соответствующем контексту числе и падеже

Раздел 1

Выбор договора

Путь в тысячу лет начинается с первого шага.
Лао-Цзы

1. Сделка

Изменение отношения к сделке

Отношения в бизнесе дают результат только в том случае, если заключена сделка. Причем не все так однозначно, поскольку, с одной стороны, сделка – это новые контакты, а с другой – это новые обязательства, которые необходимо выполнять.

Практика показывает, что нередко переговоры предпринимателей завершаются без заключения сделки в силу того, что многие предприниматели до сих пор придерживаются некоторых стереотипов, а именно:

- сделку нужно готовить;
 - предлагать заключить сделку при первом знакомстве – преждевременно;
 - при заключении сделки должны быть учтены все условия (включая все права, обязанности, форс-мажорные обстоятельства и ответственность);
 - если контрагент придирается к отдельным условиям – значит не хочет с нами работать;
 - протоколировать любой успех на переговорах – значит уличать себя в неуверенности.
- Эти стереотипы существуют в России не одну сотню лет!

ПРИМЕР

В повести русского писателя В.А. Соллогуба «Тарантас» описана подобная ситуация. Так, один из купцов следующим образом комментирует применение расписки за полученные для контрагента деньги:

«... – Расписку! – закричал он. – Расписку! Да если бы он от меня потребовал расписку, я бы ему его же деньгами рожу раскроил. Слава богу, никак уж пятый десяток торгую, а этакого еще со мной срама не было.

– У нас, в торговом деле, такой-с, этак-с сказать, политики не употребляется вовсе. Одного слова достаточно. Канцеляриями-то, изволите видеть, заниматься некогда».

Как видно, устная сделка ассоциировалась с престижем и репутацией купца, в то время как письменная – выказывала недоверие.

Между тем в настоящее время определение *сделки в сфере предпринимательства* дано в Гражданском кодексе РФ – это действия индивидуальных предпринимателей и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей.

Таким образом, сделка не только создает отношения, но и способна их прекратить.

Форма коммерческой сделки

В отношениях юридических лиц между собой и с гражданами, за исключением сделок, требующих нотариального удостоверения, сделка должна совершаться в простой письменной форме (ст. 161 ГК РФ). Это правило означает допущение как совместного документа, так и обмена документами, подписанными в одностороннем порядке.

С появлением в России Федерального закона «Об электронной цифровой подписи» (2002 г.) участники гражданского оборота (в том числе предприниматели) вправе заключать сделки в форме электронных документов.

2. Электронная сделка

Электронный документ – это документ, в котором информация представлена в электронно-цифровой форме (ст. 3 Федерального закона «Об электронной цифровой подписи»). Если исходить из Закона об информации, то электронный документ является разновидностью информационного ресурса. С экономической точки зрения электронный документ представляет собой новый тип товара, образующий рынок высоких технологий, имеющий определенную цену и требующий правовой охраны. Электронные документы (в том числе программы для ЭВМ и базы данных) не имеют физической амортизации при наличии моральной.

Обязательным реквизитом электронного документа является электронная цифровая подпись, которая предназначена для защиты данного документа от подделки. Электронная цифровая подпись создается в результате криптографического преобразования информации с использованием закрытого ключа электронной цифровой подписи и позволяет идентифицировать владельца сертификата ключа подписи, а также установить отсутствие искажения информации в электронном документе. Владелец сертификата ключа подписи как физическое лицо вправе подписывать электронные документы.

Сертификат ключа подписи – это документ на бумажном носителе или электронный документ с электронной цифровой подписью уполномоченного лица удостоверяющего центра (лицензированного юридического лица).

В обороте электронных документов законом предусмотрена обязательная сертификация средств электронной цифровой подписи, результатом которой является выдача сертификата средств электронной цифровой подписи (документа на бумажном носителе).

Данный сертификат обязательно включает в себя открытый ключ электронной цифровой подписи, т. е. уникальную последовательность символов, соответствующую закрытому ключу электронной цифровой подписи (ключу, известному только владельцу сертификата и предназначенному для создания электронной цифровой подписи). Соответственно, символы открытого ключа электронной цифровой подписи предназначены для подтверждения подлинности электронной цифровой подписи в электронном документе.

Согласно статье 6 Федерального закона «Об электронной цифровой подписи» сертификат ключа подписи находится в реестре удостоверяющего центра и содержит следующие сведения:

- уникальный регистрационный номер сертификата ключа подписи, даты начала и окончания срока действия сертификата ключа подписи, находящегося в реестре удостоверяющего центра;

- фамилию, имя и отчество владельца сертификата ключа подписи или псевдоним владельца;

- открытый ключ электронной цифровой подписи;

- наименование средств электронной цифровой подписи, с которыми используется данный открытый ключ;

- наименование и местонахождение удостоверяющего центра, выдавшего сертификат ключа подписи;

- сведения об отношениях, при осуществлении которых электронный документ с электронной цифровой подписью будет иметь юридическое значение.

В случае необходимости в сертификате ключа подписи на основании подтверждающих документов указываются должность (с указанием наименования и места нахождения организации, в которой установлена эта должность) и квалификация владельца сертификата ключа подписи, а по его заявлению в письменной форме иные сведения, подтверждаемые соответствующими документами.

Все участники информационных систем (т. е. лица, состоящие в договорных отношениях с удостоверяющими центрами) имеют свободный доступ к реестру сертификатов ключей подписи и право получать сертификат ключа подписи.

Итак, электронный документ содержит информацию в электронно-цифровой форме, удостоверен электронной цифровой подписью владельца, а владелец документа, получив сертификат ключа подписи, хранит в тайне закрытый ключ электронной цифровой подписи, позволяющий владельцу создавать свою электронную цифровую подпись.

Таким образом, предприниматели вправе совершать письменные, нотариальные (в случаях, специально установленных законодательством, или когда требуется подтвердить полномочия сторон), с государственной регистрацией (в случаях, специально установленных законодательством) и электронные сделки.

3. Договор

Все сделки между двумя и более лицами являются договорами.

Согласно пункту 1 ст. 420 ГК РФ *договор* представляет собой соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей. Однако не всякое соглашение – это договор. Договором признается лишь соглашение, вытекающее из намерения участников породить те или иные гражданско-правовые последствия. Поэтому можно утверждать, что всякий договор может быть признан соглашением, но не всякое соглашение может быть признано договором. Таким образом, *contractus consensus contrahitur* (договор скрепляется соглашением).

Гражданско-правовой договор юридически закрепляет отношения между партнерами, в которых выражена их единая воля. Кроме того, договор придает этим отношениям характер обязательств, которые защищаются силой закона.

РЕКОМЕНДАЦИЯ!

Термин «договор» употребляется в гражданском (в т. ч. коммерческом) праве в различных значениях, а именно:

- наиболее распространенный вид сделок;
- юридический факт, лежащий в основе обязательства;
- само договорное обязательство;
- документ, в котором закреплен факт установления обязательственного правоотношения.

Поэтому для практических целей важно определять, в каком именно из приведенных значений употребляется термин «договор» в той или иной норме Гражданского кодекса РФ.

Договор подчиняется общим для всех сделок правилам. К обязательствам, возникающим из договора, применяются общие положения об обязательствах, если иное не предусмотрено общими правилами о договорах и правилами об отдельных видах договоров (п. 2, 3 ст. 420 ГК РФ).

4. Функции договора

Понимание функций договора ведет к его более эффективному использованию. *Договор относится к уникальным правовым средствам*, в рамках которых интерес каждой стороны в принципе может быть удовлетворен лишь в совместном удовлетворении интересов всех сторон. Это и порождает взаимный интерес участников в заключении договора и его надлежащем исполнении.

Договор – это форма коммуникаций, имеющая свою область целеполагания, применения, согласования, отношений и обязательств.

В то же время в бизнес-отношениях сторонам часто приходится идти на компромисс и в этом случае договор выступает средством уступок, т. е. *договор – это форма взаимочета разнообразных интересов сторон и третьих лиц*. Именно поэтому договор способен обеспечить такие организованность, плановость и стабильность в экономическом обороте, которых невозможно добиться с помощью административно-правовых средств.

Договор – это оперативное и гибкое средство связи между производством и потреблением, изучения потребности и немедленного реагирования на запросы участников рынка. В силу этого именно договорно-правовая форма способна обеспечить необходимый баланс между спросом и предложением, насытить рынок теми товарами, в которых нуждается потребитель. Договор позволяет участникам экономического оборота отчуждать излишние или ненужные им материальные ценности, получая взамен их соответствующий денежный или товарный эквивалент.

Договор обеспечивает эффективный обмен произведенными и распределенными материальными благами в случае изменения потребностей участников экономического оборота.

Помимо вышеуказанного, каждая сторона в договорном сотрудничестве пытается занять оптимальное положение. С этой целью предприниматели проводят маркетинг сделки, т. е. осуществляют комплекс действий, направленных на получение выгод от сделки, заключаемой в данный момент, с возможной ориентацией на установление долгосрочных взаимовыгодных отношений между партнерами. В этом случае *договор – это оформление занятой сторонами позиции*.

Установленные качества договора с неизбежностью обуславливают усиление его роли и расширение сферы применения в условиях рыночной экономики. Вместе с тем эффективное использование договора возможно лишь при наличии экономических интересов и соблюдении принципов договорного права.

Возможна и такая ситуация: в договор, заключенный по всем правилам, умышленно вносятся условия ограничения конкуренции, блокирования участия кого-либо на рынке. Так возникают соглашения о совместных действиях на рынке, противоречащие антимонопольному праву.

Наконец, практика знает немало случаев, когда договор умышленно заключается вопреки закону и принципам рыночной экономики. В этом случае договор является инструментом в мошеннических операциях. Например, клиенту предлагают найти и сдать в аренду недвижимость, в то же время предметом договора является оказание информационных услуг. В итоге обязательство по предоставлению объекта в аренду не будет исполнено, но клиенту объяснят, что информация предоставлена и, следовательно, договор выполнен.

В подобных случаях следует обращаться в прокуратуру, поскольку действия исполнителя подпадают под статью 159 УК РФ, согласно которой хищение чужого имущества или приобретение права на чужое имущество путем обмана или злоупотребления доверием классифицируется как мошенничество.

ПРИМЕР. М.П. ЧЕХОВ «РЕВЕРС» (ОТРЫВОК)

«– Позвольте рекомендоваться, я судебный следователь 2-го участка... мы с Вами как-то встречались у Немыцких.... Видите ли что... Против Вашей супруги вручат иск по обвинению ее в мошенничестве... Это очень серьезное обвинение.

Семенов остолбенел.

– Она взяла напрокат в музыкальном магазине Крузе рояль, – продолжал судебный следователь, – и заложила его в ссудной кассе купца Мартынова. Каким-то образом Крузе узнал об этом и доказал свое право на рояль... Когда я мог бы допросить Вашу супругу?»

5. Виды договоров, применяемых в коммерческой деятельности

Законодательством установлено, что перечень гражданско-правовых договоров является открытым. Таким образом, любой участник гражданского оборота (в том числе предприниматель) вправе заключать договор, не названный, а следовательно, не урегулированный в законодательстве. Но при этом важное практическое значение имеет деление договоров на отдельные виды, что позволяет их участникам конструировать разные модели договорных отношений.

Договоры в зависимости от соотношения прав и обязанностей участников обязательства можно разделить на *двусторонние и многосторонние*. Главенствующее положение в гражданском праве занимают двусторонние договоры.

Двусторонние договоры характеризует, прежде всего, встречная направленность и противоположность интересов, которая отсутствует в многосторонних договорах. Примером двустороннего договора может служить договор купли-продажи, в котором одна сторона, продавец, обязана передать имущество, а другая сторона, покупатель, – принять это имущество.

Примером *многостороннего договора* являются договоры о совместной деятельности, о создании простого товарищества. Такие договоры заключаются довольно редко.

В зависимости от порядка заключения и момента возникновения прав и обязанностей сторон в обязательстве различаются *консенсуальный, реальный и формальный договоры*.

Консенсуальный (от лат. консенсус – соглашение) является договор, для заключения которого достаточно только соглашения сторон (например, купля-продажа – ст. 457 ГК РФ).

Реальным (от лат. res – вещь) считается договор, для заключения которого помимо соглашения сторон необходима фактическая передача имущества, являющегося предметом договора (например, перевозка – п. 2 ст. 785 ГК РФ).

Формальным именуется договор, для заключения которого требуется оформление договора по предписанной законом форме: письменной или нотариальной (например, рента – ст. 584 ГК РФ, дарение – ст. 574 ГК РФ, продажа предприятия – ст. 560 ГК РФ). И консенсуальный, и реальный договор может быть формальным.

Для дальнейшего рассмотрения темы необходимо прибегнуть к анализу статьи 423 ГК РФ, которая предусматривает разделение всех договоров в зависимости от имущественного представления на две категории – *возмездный и безвозмездный*. По *возмездному договору* имущественному представлению одной стороны соответствует имущественное представление другой. В *безвозмездном договоре* имеет место одностороннее имущественное представление, например в договоре дарения. Возмездные договоры являются общим правилом для гражданского права, а безвозмездные составляют исключение.

Особое место в гражданско-правовых отношениях занимает договор, основанный на доверительном отношении сторон друг к другу – *фидуциарный* (от лат. fiducia – сделка, основанная на доверии) договор.

Примерами такого договора могут служить договоры поручения, агентирования, комиссии (ст. 971 ГК РФ), основные положения которых содержат специальные нормы, подчеркивающие лично-доверительные отношения сторон.

В зависимости от того, насколько очевидны основания возникновения самого договора, договор может быть *каузальным* (от лат. causa – причина) или *абстрактным*.

Каузальный договор предполагает четкое и ясное обозначение правовой цели, которую он преследует (например, договор купли-продажи). Действительность такого договора зависит от законности и достижимости цели.

Абстрактный договор не зависит от основания и действителен в любом случае, если соблюдена форма (например, банковская гарантия – ст. 370 ГК РФ).

В зависимости от того, насколько известны заранее, при заключении договора, размер, пропорция и предмет встречного обязательства, договор может быть *коммутативным* (от лат. *commutare* – менять, переменять) или *алеаторным* (от лат. *alleator* – азартный игрок). При заключении *коммутативного договора* размер, пропорция и предмет взаимных обязательств определены конкретно (например, мена – ст. 567 ГК РФ).

При заключении *алеаторного договора* предмет и характеристики взаимных обязательств известны не полностью и зависят от условия, заранее знать которое не представляется возможным или затруднительно (например, лотерея, игра, пари – ст. 1063 ГК РФ).

В зависимости от характера порождаемых договором юридических последствий необходимо различать такие договоры, как *окончательный* и *предварительный* (ст. 429 ГК РФ).

Целью *окончательного договора* должно стать прекращение всех обязательств. Целью *предварительного договора* является заключение основного договора в будущем. Отличием предварительного договора является то, что такой договор заключается в форме, установленной для основного договора, либо – в любом случае – в письменной форме. Зачастую перечисленные факторы отсутствуют в таких известных в предпринимательской сфере документах, как *соглашение о намерении* или *гарантийное письмо*, и, следовательно, эти документы не аналогичны по юридической силе предварительному договору.

6. Предварительный договор

Предварительный договор порождает для сторон обязательство заключить договор в будущем о передаче имущества, выполнении работ или оказании услуг (основной договор) на условиях, предусмотренных предварительным договором.

Содержание предварительного договора должно включать в себя:

существенные условия основного договора (п. 3 ст. 429 ГК РФ);

срок, в пределах которого должен быть заключен основной договор; при отсутствии указания о таком сроке он предполагается равным одному году с момента заключения предварительного договора (п. 4 ст. 429 ГК РФ).

РЕКОМЕНДАЦИЯ!

Нельзя устанавливать срок, в который стороны обязуются заключить основной договор, в зависимости от обстоятельства, относительно которого неизвестно, наступит оно или нет (например, «сдача помещения в эксплуатацию...» от «оформления документов на здание...»).

ИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ

ОАО «Городской молочный завод» и ООО «Эталон&К» подписали предварительный договор от 25 ноября 2002 г., по условиям которого в будущем стороны обязуются заключить договор аренды имущества. В пункте 4 названного соглашения стороны предусмотрели, что до даты заключения договора аренды истец обязуется в срок до 1 января 2003 года сдать помещение в эксплуатацию и подготовить проект основного договора аренды.

Обязательства, предусмотренные предварительным договором от 25 ноября 2002 г., прекратились в силу пунктов 4, 6 ст. 429 ГК РФ, поскольку стороны в течение одного года с момента заключения предварительного договора не заключили и не предприняли мер к заключению основного договора.

Довод о неправильном истолковании судом статьи 157 ГК РФ отклоняется судом третьей инстанции в силу следующего. Согласно пункту 1 названной статьи сделка считается совершенной под отлагательным условием, если стороны поставили возникновение прав и обязанностей в зависимость от обстоятельства, относительно которого неизвестно, наступит оно или нет. Таким образом, отлагательное условие должно быть связано с обстоятельством, не зависящим от воли сторон. Заключение основного договора стороны поставили в зависимость от действий истца по сдаче помещения в эксплуатацию (постановление ФАС Волго-Вятского округа от 5 июля 2005 г. № А28-10224/2004-284/17).

АКТУАЛЬНО!

Практика применения предварительного вида договоров в основном связана с внешней торговлей, но он явно недооценен участниками правоотношений и применяется в самых разных сферах деятельности. Особенно уместно заключение предварительного договора, когда наличие обещаний со стороны одного из партнеров необходимо формализовать.

7. Договор в пользу его участников и в пользу третьего лица

Договор, заключенный в пользу его участников, предполагает, что право требовать исполнения договора принадлежит только его участникам.

Договором в пользу третьего лица признается договор, в котором стороны установили, что должник обязан произвести исполнение не кредитору, а указанному или не указанному в договоре третьему лицу, имеющему право требовать от должника исполнения обязательства в свою пользу, поскольку иное не предусмотрено законом, договором и не вытекает из существа обязательства (ст. 430 ГК РФ). Например, если арендатор заключил договор страхования арендованного имущества в пользу его собственника (арендодателя), то право требования выплаты страхового возмещения при наступлении страхового случая принадлежит арендодателю, в пользу которого и заключен договор страхования¹.

В законе впервые указано на необязательность обозначения конкретного третьего лица. Важно только то, чтобы в договоре было указано, что он заключается в пользу третьего лица.

С момента, когда третье лицо заявило должнику о своем намерении воспользоваться правом по договору, стороны не могут изменить или расторгнуть заключенный договор без согласия третьего лица (п. 2 ст. 430 ГК РФ).

Таким образом, договор в пользу третьего лица создает право требования для лица, не участвовавшего в заключении договора, причем это право может сосуществовать с правом требования лица, заключившего договор, однако одновременно эти требования заявляться не могут. В некоторых случаях право требования третьего лица исключает заявление требования лицом, заключившим договор.

Например, договором в пользу третьего лица является договор перевозки груза, где третье лицо – грузополучатель (ст. 785 ГК РФ). Его право требования к перевозчику в одних случаях (при полной утрате груза) не исключает заявления такого же требования со стороны грузоотправителя, заключившего договор, а в других (частичная несохранность груза, просрочка доставки) – исключает его.

Иногда по договору в пользу третьего лица это лицо несет и некоторые обязанности. Так, грузополучатель по договору перевозки, имея право требовать выдачи груза перевозчиком, в то же время обязан принять прибывший в его адрес груз и уплатить соответствующие провозные платежи и сборы.

Если третье лицо отказалось от права, предоставленного ему по договору, то лицо, заключившее договор, может воспользоваться этим правом, если это не противоречит закону, договору или существу обязательства (п. 4 ст. 430 ГК РФ).

Должник по договору в пользу третьего лица может выдвигать против требования третьего лица все вытекающие из договора возражения, как предусмотренные общими правилами обязательственного права (например, при невозможности исполнения, за что должник не отвечает), так и вытекающие из условий договора (несоблюдение его предписаний, ненаступление требуемых обстоятельств и т. д.).

¹ Гражданское право: Учебник / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: ПРОСПЕКТ, 1998. – Ч. 1. – Гл. 25.

8. Публичный договор

Публичным договором признается договор, заключенный коммерческой организацией и устанавливающий ее обязанности по продаже товаров, выполнению работ или оказанию услуг, которые такая организация по характеру своей деятельности должна осуществлять в отношении каждого, кто к ней обратится (розничная торговля, перевозка транспортом общего пользования, услуги связи, энергоснабжение, медицинское, гостиничное обслуживание и т. п.).

Природа публичного договора предполагает наложение на участвующую в нем коммерческую организацию запретов, указанных в статье 426 ГК РФ, а именно:

коммерческая организация не вправе оказывать предпочтение одному лицу перед другим в отношении заключения публичного договора, кроме случаев, предусмотренных законом и иными правовыми актами (п. 1 ст. 426 ГК РФ);

цена товаров, работ и услуг, а также иные условия публичного договора устанавливаются одинаковыми для всех потребителей, за исключением случаев, когда законом и иными правовыми актами допускается предоставление льгот для отдельных категорий потребителей (п. 2 ст. 426 ГК РФ);

отказ коммерческой организации от заключения публичного договора выполнить для потребителя соответствующие работы при наличии возможности предоставить ему соответствующие товары и/или услуги не допускается. При необоснованном уклонении коммерческой организации от заключения публичного договора потребитель вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор (п. 3 ст. 426 ГК РФ).

Условия публичного договора, нарушающие названные запреты, считаются ничтожными (п. 5 ст. 426 ГК РФ).

При разрешении споров по искам потребителей о понуждении коммерческой организации к заключению публичного договора необходимо учитывать, что бремя доказывания отсутствия возможности передать потребителю товары, выполнить соответствующие работы, предоставить услуги возложено на коммерческую организацию.

Разногласия сторон по отдельным условиям публичного договора могут быть переданы потребителем на рассмотрение суда независимо от согласия на это коммерческой организации.

Коммерческая организация, необоснованно уклоняющаяся от заключения договора, должна возместить потребителю причиненные этим убытки (п. 4 ст. 445 ГК РФ). К отношениям по публичному договору (розничная купля-продажа, энергоснабжение, прокат, бытовой и строительный подряд, банковский вклад, страхование, хранение и т. д.) с участием гражданина помимо общих положений и норм о договорах соответствующего вида применяются законы о защите прав потребителей и принятые в соответствии с ними иные правовые акты Российской Федерации.

9. Договор присоединения

Интересный способ заключения договора предусмотрен статьей 428 ГК РФ для **договора присоединения**, в котором содержание соглашения, достигаемого сторонами, формируется волей стороны, предложившей данный договор. Условия договора должны определяться одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могут быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом.

Присоединившаяся к договору сторона вправе потребовать расторжения или изменения договора, если договор присоединения не противоречит закону и иным правовым актам, но лишает эту сторону прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида, исключает или ограничивает ответственность другой стороны за нарушение обязательств либо содержит другие явно обременительные для присоединившейся стороны условия, которые она исходя из своих разумно понимаемых интересов не приняла бы при наличии у нее возможности участвовать в определении условий договора (п. 2 ст. 428 ГК РФ).

В то же время возможность расторжения или изменения по требованию потребителя заключенного договора присоединения ограничена определенными пределами. Эти пределы зависят от того, знала ли (должна ли была знать) присоединившаяся сторона, на каких условиях она заключает договор. Если обременительные или иные невыгодные для нее условия были ей известны или должны были быть известны до заключения договора, то заявленное ею требование о расторжении или прекращении договора подлежит оставлению без удовлетворения (п. 3 ст. 428 ГК РФ).

ПРОБЛЕМА!

При заключении договоров присоединения порой возникает проблема, когда компания-монополист или доминирующая на рынке компания навязывает свои условия партнерам. Особенно часто такие случаи можно наблюдать в отношениях предприятий коммунального, теплового хозяйства, городской застройки, архитектуры, водоснабжения, т. е. в случаях отсутствия конкуренции. На самом деле механизмы защиты прав присоединившейся и дискриминируемой стороны есть, и реализовать их можно, обращаясь в антимонопольные органы, поскольку речь идет о недобросовестной конкуренции.

ФЕДЕРАЛЬНЫЙ ЗАКОН

«О защите конкуренции»

(извлечение)

Статья 10. *Запрет на злоупотребление хозяйствующим субъектом доминирующим положением*

1. Запрещаются действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта, результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц, в том числе следующие действия (бездействие):

- 1) установление, поддержание монопольно высокой или монопольно низкой цены товара;
- 2) изъятие товара из обращения, если результатом такого изъятия явилось повышение цены товара;
- 3) навязывание контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора (экономически или технологически не

обоснованные и (или) прямо не предусмотренные федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента Российской Федерации, нормативными правовыми актами Правительства Российской Федерации, нормативными правовыми актами уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами требования о передаче финансовых средств, иного имущества, в том числе имущественных прав, а также согласие заключить договор при условии внесения в него положений относительно товара, в котором контрагент не заинтересован, и другие требования);

4) экономически или технологически не обоснованные сокращение или прекращение производства товара, если на этот товар имеется спрос или размещены заказы на его поставки при наличии возможности его рентабельного производства, а также если такое сокращение или такое прекращение производства товара прямо не предусмотрено федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента Российской Федерации, нормативными правовыми актами Правительства Российской Федерации, нормативными правовыми актами уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами;

5) экономически или технологически не обоснованные отказ либо уклонение от заключения договора с отдельными покупателями (заказчиками) в случае наличия возможности производства или поставок соответствующего товара, а также в случае, если такой отказ или такое уклонение прямо не предусмотрены федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента Российской Федерации, нормативными правовыми актами Правительства Российской Федерации, нормативными правовыми актами уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами;

6) экономически, технологически и иным образом не обоснованное установление различных цен (тарифов) на один и тот же товар, если иное не установлено федеральным законом;

7) установление финансовой организацией необоснованно высокой или необоснованно низкой цены финансовой услуги;

8) создание дискриминационных условий;

9) создание препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим хозяйствующим субъектам;

10) нарушение установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования.

Отдельные виды договоров, например такие как договор лизинга, договор о депозитарном обслуживании, регулируются специальными нормативными актами.

10. Система коммерческих обязательств

Речь идет о собирательном термине, обозначающем целую категорию договоров, объединенных общими признаками и образующих систему коммерческих обязательств. Применение данного термина означает, что в таких обязательствах участвуют только предприниматели и только ради получения прибыли.

Коммерческий договор – это возмездный гражданско-правовой договор, в котором сторонами или одной из сторон выступают предприниматели, заключенный в коммерческих целях и влекущий за собой возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей в сфере предпринимательской деятельности.

В гражданском праве выработана *система коммерческих договоров* по отдельным видам экономических отношений (ст. 454—1109 ГК РФ). Данную систему составляют:

реализационные договоры на возмездную передачу имущества в собственность (поставка, мена, товарный кредит);

договоры по передаче имущества во владение и/или пользование (аренда, прокат, лизинг, доверительное управление);

договоры предоставления услуг (информационный, консалтинговый, рекламный, юридический, страховой, транспортный, складское хранение товаров и т. д.). Данная группа договоров включает также посреднические договоры (комиссия, коммерческая концессия, коммерческое агентирование) и представительские договоры (коммерческое представительство). Систематическое оказание услуг является деятельностью, не имеющей вещественного результата;

договоры выполнения работ (научно-исследовательский, проектный, изыскательский, строительный, маркетинговый, оценочный, аудиторский и т. д.);

договоры о совместных действиях или деятельности (простое товарищество, финансово-промышленная группа, возможны также договоры о консорциуме, холдинге);

финансовые договоры (банковский счет, вклад, кредит, заем, факторинг);

договоры по передаче прав на объекты интеллектуальной собственности (уступка патента, коммерческая концессия, лицензионное соглашение, авторский договор). Возможен также договор по передаче исключительных прав (дистрибутив);

договоры по обеспечению основных обязательств (зalog, ипотека, задаток, поручительство и банковская гарантия, имущественное страхование).

Содержащийся в Гражданском кодексе РФ и специальном законодательстве (например, Федеральный закон «О финансовой аренде (лизинге)») перечень видов договоров не является исчерпывающим.

Экономическая жизнь и деловой оборот всегда шире закрепленных в законодательстве правовых форм². Поэтому стороны вправе заключить *смешанный (комплексный) договор*, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами, а также иной договор, не предусмотренный законодательством (например, дистрибьюторский договор). Комплексный договор достаточно актуален в предпринимательской сфере, где отношения отличаются интенсивностью и многообразием, но не всегда удобен в случае возникновения спора, когда необходимо выявлять определенный вид обязательств.

ПРОБЛЕМА!

Соединение различных нормообразующих факторов в одном правоотношении порождает проблемы его регулирования и толкования. Суды,

² См.: Якушев В.С. Гражданский кодекс России (часть вторая) – продолжение формирования рыночного законодательства (общая правовая характеристика) // Российский юридический журнал. – 1996. – № 2.

как правило, к отношениям сторон по комплексному договору применяют в соответствующих частях правила о договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре, если иное не вытекает из соглашения сторон или существа смешанного договора. Но бывают случаи, когда невозможно совокупное применение к комплексному договору правил о соединенных в нем обязательствах.

Причины данной проблемы кроются в том, что, во-первых, возможно возникновение противоречий норм одного договорного института нормам другого. В связи с этим, естественно, возникает проблема, какие положения приоритетны.

Во-вторых, нередко соединение элементов различных договоров исключает применение «родных» норм об этих договорах, требует применения общих положений о договоре и изменения диспозитивных норм. Например, самостоятельные отношения хранения существуют по одним правилам, а попав в «перевозочный контекст» договора перевозки, требуют особого регулирования.

Поэтому в том случае, когда сочетание различных системных признаков в одном правоотношении приобретает устойчивый и систематический характер, сторонам необходимо локализовать обязательства для более точного и оперативного их рассмотрения.

Раздел 2

Реализационный договор

Do ut des – «даю, чтобы ты дал»
(формула римского права)

1. Проблема определения отношений по реализации товаров

Товарно-денежный характер отношений экономического оборота предполагает, что реализация товара должна осуществляться с учетом разных факторов, в том числе комплекса маркетинга, рыночных факторов, производимых затрат на производство и продвижение товара на рынке. Такие затраты, в свою очередь, определяются с учетом существующего на данный момент в обществе соотношения между спросом и предложением. Правильный учет спроса и предложения и выявление на их основе общественно необходимых затрат на производство и продвижение товара могут быть осуществлены только в результате достигнутого соглашения, в котором могут участвовать товаропроизводитель, поставщик и потребитель. Формой такого соглашения и выступает договор как выражение общей воли товаропроизводителя и потребителя.

Реализация товаров проходит на основе реализационного договора как объединяющего фактора этого типа отношений. Конкретно реализация товаров проводится на основании разных видов реализационных договоров, таких как поставка, мена и товарный кредит.

Реализацией товаров, работ или услуг организацией или индивидуальным предпринимателем признается соответственно передача на возмездной основе (в том числе обмен товарами, работами или услугами) права собственности на товары, результатов выполненных работ одним лицом для другого лица, возмездное оказание услуг одним лицом другому лицу, а в случаях, предусмотренных Налоговым кодексом РФ, передача права собственности на товары, результаты выполненных работ одним лицом для другого лица, оказание услуг одним лицом другому лицу на безвозмездной основе (ст. 39 НК РФ).

Место и момент фактической реализации товаров, работ или услуг определяются в соответствии с частью второй Налогового кодекса РФ. Не признается реализацией товаров, работ или услуг:

осуществление операций, связанных с обращением российской или иностранной валюты (за исключением целей нумизматики);

передача основных средств, нематериальных активов и/или иного имущества организации ее правопреемнику (правопреемникам) при реорганизации этой организации;

передача основных средств, нематериальных активов и/или иного имущества некоммерческим организациям на осуществление основной уставной деятельности, не связанной с предпринимательской деятельностью;

передача имущества, если такая передача носит инвестиционный характер (в частности, вклады в уставный (складочный) капитал хозяйственных обществ и товариществ, вклады по договору простого товарищества (договору о совместной деятельности), паевые взносы в паевые фонды кооперативов);

передача имущества в пределах первоначального взноса участнику хозяйственного общества или товарищества (его правопреемнику или наследнику) при выходе (выбытии) из

хозяйственного общества или товарищества, а также при распределении имущества ликвидируемого хозяйственного общества или товарищества между его участниками;

передача имущества в пределах первоначального взноса участнику договора простого товарищества (договора о совместной деятельности) или его правопреемнику в случае выделения его доли из имущества, находящегося в общей собственности участников договора, или раздела такого имущества;

передача жилых помещений физическим лицам в домах государственного или муниципального жилищного фонда при проведении приватизации;

изъятие имущества путем конфискации, наследование имущества, а также обращение в собственность иных лиц бесхозяйных и брошенных вещей, бесхозных животных, находки, клада в соответствии с нормами Гражданского кодекса РФ;

иные операции в случаях, предусмотренных Налоговым кодексом РФ.

2. Признаки реализационного договора

Реализационный договор можно определить как тип коммерческих договоров, объединенных следующими общими признаками:

договор является взаимным и возмездным;

предметом договора является реализация товаров между участниками коммерческой деятельности;

договор заключается в письменной форме;

основные виды реализационного договора определены Гражданским кодексом РФ, а именно: поставка, мена, товарный кредит.

Рассмотрим особенности этих договоров.

3. Договор поставки

Для точного определения договора поставки лучше провести сравнительный анализ договора поставки с договором розничной купли-продажи.

Договор поставки – это консенсуальный, возмездный, двусторонне обязывающий, коммерческий, реализационный договор.

Договор поставки имеет следующие квалифицирующие признаки:

договор регламентирует отношения, складывающиеся между профессиональными участниками имущественного оборота;

сторона, продающая товары (поставщик), – это специальный субъект, т. е. юридическое лицо или гражданин-предприниматель, осуществляющее предпринимательскую деятельность по производству или закупкам соответствующих товаров (особенности субъектного состава);

покупатель – лицо, имеющее намерение использовать приобретаемый товар в предпринимательской деятельности или в иных целях, не связанных с личным, семейным, домашним или иным подобным использованием;

товар должен быть произведен либо приобретен поставщиком;

товары передаются покупателю в обусловленный срок или сроки, а если товары поставляются отдельными партиями – в пределах установленного периода поставки (особенности существенных условий договора).

Договор розничной купли-продажи – это публичный, реальный, возмездный, двусторонне обязывающий договор.

По договору розничной купли-продажи:

продавец (физическое или юридическое лицо) осуществляет предпринимательскую деятельность по продаже товаров в розницу;

покупатель – любое лицо, как физическое, так и юридическое;

предмет договора – товар, предназначенный для использования, не связанного с предпринимательской деятельностью.

ПРИМЕЧАНИЕ

Если покупателем по договору является физическое лицо, то к отношениям сторон по договору субсидиарно применяются правила Закона Российской Федерации «О защите прав потребителей» и принятых в соответствии с ним нормативных актов. Для отдельных способов розничной торговли применяются правительственные акты, например Правила продажи товаров по образцам.

Квалифицирующие признаки договора розничной купли-продажи:

из содержащегося в статье 493 ГК РФ правила о моменте, с которого договор розничной купли-продажи считается заключенным, можно сделать вывод, что этот договор, в отличие от обычного договора купли-продажи (п. 1 ст. 454 ГК РФ), в общем случае является реальным (п. 2 ст. 433 ГК РФ). Так, выдача чека, с которой статья 493 ГК РФ связывает момент заключения договора, подтверждает факт оплаты товара, т. е. для заключения договора необходима уплата цены товара. Поэтому содержанием договора розничной купли-продажи по общему правилу является обязанность продавца передать покупателю оплаченный в момент заключения договора товар, причем уплата цены одновременно означает достижение соглашения о цене товара как одним из существенных условий договора розничной купли-продажи;

существенным условием договора розничной купли-продажи является цена товара (п. 2 ст. 494 ГК РФ);

цена и иные условия публичного договора, каковым является договор розничной купли-продажи, устанавливаются одинаковыми для всех покупателей (п. 2 ст. 426 ГК РФ);

установленный в пункте 1 ст. 498 ГК РФ состав необходимой информации, которая должна быть предоставлена покупателю, является исчерпывающим;

при отсутствии в договоре розничной купли-продажи специального указания о месте доставки товара местом доставки предполагается место жительства гражданина (ст. 20 ГК РФ) или место нахождения юридического лица (ст. 54 ГК РФ). Если сведения, позволяющие определить место доставки товара, в договоре вообще отсутствуют, он должен быть признан незаключенным;

покупатель вправе потребовать лишь такую информацию о товаре, которая является необходимой в связи с особенностями данного товара, что может быть конкретизировано в нормативных актах. Всегда необходимой является информация о цене товара. Продавец обязан предоставить достоверную информацию о товаре;

в случае спора в связи с недостатками приобретенного товара (п. 4 ст. 495 ГК РФ) бремя доказывания факта непредоставления продавцом необходимой информации о товаре и причинной связи между этим обстоятельством и возникновением недостатков возлагается на покупателя.

РЕКОМЕНДАЦИЯ!

Для определения круга правоотношений, регулируемых договором поставки, существенное значение имеет разъяснение Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ, согласно которому при квалификации правоотношений участников спора суды должны исходить из признаков договора поставки, предусмотренных статьей 506 ГК РФ, независимо от наименования договора, названия его сторон либо обозначения в тексте документа способа передачи товара. При этом под целями, не связанными с личным использованием, следует понимать в том числе приобретение покупателем товаров для обеспечения его деятельности в качестве организации или гражданина-предпринимателя (оргтехники, офисной мебели, транспортных средств, материалов для ремонтных работ и т. п.). Однако в случае, если указанные товары приобретаются у продавца, осуществляющего предпринимательскую деятельность по продаже товаров в розницу, отношения сторон регулируются нормами о розничной купле-продаже (§ 2 гл. 30 ГК РФ)³.

³ Пункт 5 постановления Пленума ВАС РФ от 22 октября 1997 г. № 18 «О некоторых вопросах, связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре поставки» (Вестник ВАС РФ. – 1998. – № 3. – С. 23).

4. Договор мены

Реализуя стратегию упрощения торговых связей, предприниматели могут использовать товарообмен. Однако при этом следует помнить, что конструкция договора мены подходит не для всякого обмена.

Договор мены (ст. 567–571 ГК РФ) является консенсуальным, возмездным, двусторонне обязывающим (п. 1 ст. 567 ГК РФ).

Предметом договора мены является товар.

Пункт 2 ст. 567 ГК РФ предусматривает субсидиарное применение к договору мены правил о купле-продаже, если это не противоречит правилам главы 31 ГК РФ и существу мены. Сходство правовой природы купли-продажи и мены наглядно проявляется в указании (п. 2 ст. 567 ГК РФ) на признание каждой из сторон договора мены продавцом товара, который она обязуется передать, и покупателем товара, который она обязуется принять в обмен. Квалифицирующим признаком договора мены служит передача товаров именно в собственность другой стороне. Если имущество передается во владение или пользование, то в этом случае нет основания для признания сделки меной.

Учитывая установленную в пункте 1 ст. 568 ГК РФ презумпцию равноценности подлежащих обмену товаров, типичный договор мены можно представить как сочетание двух договоров купли-продажи с одинаковой ценой и сроками ее уплаты, где вытекающие из этих договоров встречные денежные обязательства полностью прекращены зачетом (ст. 410 ГК РФ).

Например, фактически предприниматели меняют товары на услуги, работы, результаты интеллектуальной деятельности посредством двух встречных договоров и зачетом погашают обязательства.

В пункте 2 ст. 568 ГК РФ конкретизированы обязанности сторон нетипичного договора мены, т. е. договора, в соответствии с которым обмениваемые товары признаются неравноценными. Если диспозитивное правило пункта 1 ст. 568 ГК РФ, согласно которому расходы на передачу и принятие обмениваемых товаров осуществляются в каждом случае стороной, несущей соответствующие обязанности, применяется в отношении любого договора мены, то в случае нетипичного договора мены сторона, обязанная передать товар, цена которого ниже цены товара, предоставляемого в обмен, должна оплатить разницу в ценах.

По существу неравноценный договор мены представляет собой смешанный договор (п. 3 ст. 421 ГК РФ), в котором есть признаки как мены, так и купли-продажи. Такого рода договор можно было бы квалифицировать не только как договор мены с элементами купли-продажи, но и как договор купли-продажи с элементами мены. Пунктом 2 ст. 568 ГК РФ законодатель вносит определенность в этот вопрос, делая выбор в пользу договора мены.

Правило статьи 569 ГК РФ, согласно которому при несовпадении установленных в договоре мены сроков передачи обмениваемых товаров к исполнению обязательства по передаче товара стороной, которая должна сделать это после исполнения аналогичной обязанности другой стороной, применяются правила о встречном исполнении обязательств (ст. 328 ГК РФ), означает, в частности, что обязательства сторон по договору мены являются взаимно обусловленными и эта сторона вправе приостановить исполнение своего обязательства либо отказаться от его исполнения независимо от наличия оснований ответственности другой стороны и, при их наличии, потребовать возмещения убытков.

Статья 570 ГК РФ определяет момент перехода права собственности на обмениваемые товары в договоре мены иначе, чем в договоре поставки.

Специфика договора мены состоит в следующем:

одномоментный переход права собственности на обмениваемые товары к сторонам договора мены после исполнения ими обязательств передать соответствующие товары. Нужно учесть, что эта норма диспозитивна и распространяется лишь на движимое имущество.

Момент исполнения обязанности продавца передать товар по договору мены и момент перехода риска случайной гибели товара должны определяться по правилам статей 458, 459 ГК РФ;

сторона, у которой третьей стороной изъят полученный по договору мены товар, при наличии оснований, указанных в статье 461 ГК РФ, вправе потребовать от другой стороны возврата переданного ей товара и возмещения убытков (ст. 576 ГК РФ).

Как известно, товары можно обменять и по договору поставки. Для этого часть долга плательщика перед поставщиком можно в качестве отступного возместить товаром, т. е. с одной стороны – товар, а с другой – деньги и товар в любой пропорции. Тогда возникает вопрос о том, в какой ситуации предприниматели выберут именно договор мены для фиксации своих торговых отношений.

Ситуация 1. Одна сторона не доверяет другой и, выполняя свои обязательства, ожидает стопроцентного выполнения условий договора от партнера. Если партнер что-либо нарушит, то согласно статье 570 ГК РФ стороны не получают право собственности на обмениваемые товары, а значит, никто из них не сможет продать товар. Это позволит вернуть товар от ненадлежащего партнера по договору обратно.

Ситуация 2. Руководитель (работающий по найму) одного из предприятий решил передать дорогостоящее оборудование в контролируемую им фирму под предлогом, что оно не окупается. Поскольку его фирма не располагает соответствующими средствами, то заключается договор мены данного оборудования на другое, цена на которое по документам несколько завышена. Таким образом, фактически сделка для предприятия невыгодна, так как в результате сделки на предприятие поступит оборудование, пользующееся меньшим спросом, менее перспективное и, следовательно, более дешевое (исходя из рыночных цен). Такая сделка представляет собой «вывод активов».

5. Договор товарного кредита

Из-за наличия в названии данного договора слова «кредит» его часто путают с финансовым кредитом. В чем разница?

Финансовый кредит – это банковский кредит, связанный с передачей денег в заем.

Товарный кредит – это передача одной стороной товара в заем другой стороне без участия банка.

АКТУАЛЬНО!

На рынке нередко возникает ситуация, когда организации-товаровладельцы испытывают проблемы затоваривания и находятся в поиске новых путей продвижения товара на рынок.

Вместе с тем организациям с хорошими каналами реализации товаров часто приходится сталкиваться с проблемой пополнения оборотных средств путем временного заимствования сырья, материалов и иных материально-производственных запасов.

Для этих целей одна сторона (заимодавец) может передать другой стороне (заемщику) материальные ценности в натуральном виде (т. е. вещи, определенные родовыми признаками).

Если взглянуть на те признаки, которые отличают товарный кредит от других видов заемных обязательств, тогда можно увидеть его самоценность как особой формы коммерческих отношений.

Сначала рассмотрим *отличия товарного кредита от коммерческого кредита*.

Товарный кредит представляет собой самостоятельную сделку заемного типа, а коммерческий кредит – специальное условие какого-либо коммерческого договора о предварительных расчетах. Хотя не исключено, что коммерческий кредит может быть оформлен как сделка о предоставлении предоплаты.

Кроме того, *отличие договора товарного кредита от договора коммерческого кредита заключается в различии существенных условий.*

Для договора коммерческого кредита существенными условиями являются предмет, указание цены товара и сроков его оплаты. Если данные условия отсутствуют, такой договор будет считаться незаключенным.

Для договора товарного кредита эти условия несущественны. Указание цены носит рекомендательный характер. Существенными условиями договора товарного кредита являются предмет (наименование и количество товара) и проценты. Стороны могут установить в договоре в качестве существенного условия право кредитора в одностороннем порядке расторгнуть договор в случае несвоевременного погашения товарного кредита заемщиком (например, при задержке оплаты более чем на 10 календарных дней).

Учитывая долгосрочный характер отношений товарного кредита, стороны иногда ошибочно определяют предмет договора без указания конкретного вида, сорта и количества товара (например, в договоре указывается: «продукты питания»). Это является нарушением требований о существенном условии. Количество и ассортимент товаров нужно определять какими-либо другими документами (чаще всего спецификациями или дополнениями к договору). В договоре необходимо в этом случае указать, что данные документы являются неотъемлемыми частями настоящего договора.

Торговая организация имеет возможность согласовывать в договоре необходимые ей условия о качестве, ассортименте, комплектности приобретаемых товаров в соответствии с правилами о договоре купли-продажи (ст. 822 ГК РФ) и требовать от кредитора строгого соблюдения этих правил.

Договор товарного кредита следует отличать от договора займа. Проведем сравнительный анализ двух договоров.

ТАБЛИЦА 1

Сравнение договора товарного кредита и договора займа

Договор товарного кредита	Договор займа
1. <i>Консенсуальный договор</i> (момент заключения договора — его подписание). Факт передачи товара не влияет на момент заключения договора	1. <i>Реальный договор</i> (момент заключения договора — это передача денежных средств или других вещей, являющихся предметом этого договора). Даже при условии достижения соглашения по всем существенным условиям договора он не будет считаться заключенным до момента фактической передачи денежных средств или вещей заемщику
2. <i>Двусторонний договор</i> : после его заключения обе стороны имеют как права, так и обязанности	2. <i>Односторонний договор</i> : у залемодавца после его заключения имеется только право требования вернуть заем, а у заемщика — только обязанность по его возврату
3. <i>Возмездный договор</i> : договор может быть безвозмездным только в том случае, если на это прямо указано в договоре	3. <i>Безвозмездный договор</i> : если по договору займа передаются вещи (товары) согласно пункту 3 ст. 809 ГК РФ. Договор может быть возмездным только в том случае, если в договоре специально оговорено условие о его возмездности
4. <i>Коммерческий договор</i> . Сфера применения — коммерческая деятельность	4. <i>Некоммерческий договор</i> , если в договоре не установлено иное. Сфера применения Гражданским кодексом РФ не ограничена

Порядок заключения договора товарного кредита регулируется статьей 822 ГК РФ. Организации, заключающие договоры на условиях товарного кредита, должны обращать особое внимание на формирование условий договоров, так как несоблюдение элементарных правил может привести к серьезным негативным последствиям для обеих сторон.

Нужно обратить внимание, что в обязанности заемщика входит необходимость вернуть в оговоренные с ним сроки товарно-материальные ценности точно такого же рода и качества, поскольку в противном случае такие отношения могут быть квалифицированы как бартерные, т. е. вытекающие из договора мены.

К дополнительным условиям отнесены: общий срок действия договора, цена и сумма договора, размер и порядок выплаты процентов за пользование товарным кредитом, ответственность сторон за неисполнение или ненадлежащее исполнение договора и др.

Договор товарного кредита может быть целевым, т. е. предусматривать целевое использование кредита. В этом случае торговая организация обязана использовать кредит только на те цели, которые определены договором. При этом товары, передаваемые в кредит, по условиям договора могут предоставляться заемщику отдельными партиями.

Если торговая организация нарушит предусмотренную договором обязанность целевого использования кредита, кредитор может отказаться от дальнейшего кредитования организации и не представлять последующие партии товара. Если договором не предусмотрена передача целевого товарного кредита, заемщик использует материальные ценности, полученные по договору товарного кредита, по собственному усмотрению (в производственных целях, для реализации на сторону и др.).

Сумма процентов и порядок их выплаты определяются договором (п. 1 ст. 809 ГК РФ). Если сумма процентов договором не установлена, их размер определяется ставкой банковского процента, которая действует по местонахождению торговой организации.

Поскольку проценты по договору товарного кредита начисляются на стоимость передаваемого товара, в договоре товарного кредита рекомендуется указать цену товара на момент его передачи. В противном случае невозможно будет определить сумму процентов, подлежащих уплате кредитору.

Кроме процентов за пользование товарным кредитом предусмотрена возможность наложения на организацию штрафных санкций в виде процентов за просрочку возврата суммы

товарного кредита (п. 1 ст. 811 ГК РФ). Штраф исчисляется со дня, когда сумма товарного кредита должна была быть возвращена, до дня ее фактического возврата кредитору. Уплата штрафа производится независимо от уплаты процентов за пользование товарным кредитом.

Однако у товарного кредитора в условиях нестабильной экономики могут возникнуть проблемы, связанные с риском неплатежей, вызванные как недобросовестностью партнеров, так и их банкротством. В целях снижения финансовых рисков можно рекомендовать товарным кредиторам, использующим эту форму на регулярной основе, разработать следующие внутренние организационно-распорядительные документы:

- инструкцию о порядке выдачи товарного кредита с указанием на список документов от заемщика для предоставления ему товарного кредита;

- заявку на предоставление товарного кредита;

- положение о предоставлении товарного кредита оптовым покупателям;

- положение о предоставлении товарного кредита розничным организациям;

- список компаний, имеющих сомнительную кредитную историю (т. е. нарушающих условия о кредитах).

Кредитор-товаровладелец должен учитывать ряд факторов:

- сведения о торговой фирме, историю работы с ней (объемы и количество поставок, аккуратность расчетов), значимость клиента, срок его работы на рынке, занимаемую долю рынка;

- возможное обеспечение товарного кредита (залог, поручительство, банковская гарантия, страхование, аккредитив), данные о наличии недвижимости, а также предполагаемые параметры кредитования – лимит по объемам, сроки, годовые процентные ставки;

- предполагаемый месячный оборот торговой организации-покупателя по товару, получаемому от организации-продавца, который составляет определенную величину, установленную в Положении о предоставлении товарного кредита.

Практика показывает, что во избежание финансовых рисков первый кредит предоставляется, как правило, на сумму не более 50 % объема поставки и на срок не более одной недели. Сумма кредита не должна превышать 20 % месячного оборота клиента. В дальнейшем по мере наработки кредитной истории параметры кредита смягчаются. А в случае просрочки оплаты кредита условия товарного кредита становятся более жесткими (уменьшаются срок и лимит, увеличивается процентная ставка).

После рассмотрения всех представленных документов для получения товарного кредита товарный кредитор издает приказ об установлении лимитов кредитования покупателя, размеров предоплаты и процентной ставки.

Использование в повседневной практической деятельности предложенных выше документов, связанных с оформлением товарного кредита, позволит организациям – поставщикам товаров избежать негативных последствий, связанных с предоставлением товарного кредита.

Раздел 3

Заключение договора

Пока не рассыплешь зерна, не снимешь жатвы...
Саади

Договор может быть заключен только тогда, когда в нем учтены принципы договорного права.

1. Принципы договора

В гражданском праве выработаны определенные принципы, на которых должны базироваться стороны при заключении договора.

Принцип свободы договора (закреплен в качестве общего принципа в ст. 1 ГК РФ и в качестве специального – в ст. 421 ГК РФ). Именно «свобода договора» является основополагающим условием заключения договора.

Проявление свободы договора в конкретной договорной практике имеет для сферы гражданского оборота ряд важных аспектов.

Участники гражданских правоотношений свободны в решении вопроса о заключении договора. Понуждение к заключению договора не допускается, за исключением случаев, когда обязанность заключить договор предусмотрена Гражданским кодексом РФ, законом или добровольно принятым обязательством (п. 1 ст. 421 ГК РФ). В настоящее время случаи, когда обязанность заключить договор установлена законом, встречаются редко. Как правило, это имеет место тогда, когда заключение такого рода договоров соответствует интересам как всего общества в целом, так и лица, обязанного заключить такой договор. Например, в соответствии с пунктом 1 ст. 343 ГК РФ залогодатель или залогодержатель в зависимости от того, у кого из них находится заложенное имущество, обязан, если иное не предусмотрено законом или договором, застраховать за счет залогодателя заложенное имущество. Кроме того, в законодательстве предусмотрена обязательность для поставщиков, обладающих монополией на производство отдельных видов продукции, заключения договоров на поставку продукции для федеральных государственных нужд.

Свобода выбора партнера при заключении договора. Так, если залогодатель или залогодержатель в силу закона обязан заключить договор страхования заложенного имущества, то за ним сохраняется свобода выбора страховщика, с которым будет заключен договор страхования.

Свобода участников гражданского оборота в выборе вида договора. В соответствии с пунктами 2 и 3 ст. 421 ГК РФ стороны могут заключить договор:

предусмотренный законом или иными правовыми актами;

не предусмотренный законом или иными правовыми актами;

смешанный договор, т. е. состоящий из элементов нескольких различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами.

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. Так, например, суд применил правила о договорах хранения и правила о договорах имущественного найма к договору, по которому один гражданин оставил другому на хранение пианино, разрешив им пользоваться в качестве платы за хранение.

Свобода в формулировании условий договора. В соответствии с пунктом 4 ст. 421 ГК РФ условия договора определяются по усмотрению сторон, кроме случаев, когда содержание соответствующего условия предписано законом или иными правовыми актами. В случаях, когда условие договора предусмотрено нормой, которая применяется постольку, поскольку соглашением сторон не установлено иное (диспозитивная норма), стороны могут своим соглашением исключить ее применение либо установить условие, отличное от предусмотренного в ней. При отсутствии такого соглашения условие договора определяется диспозитивной нормой. Например, пунктом 2 ст. 616 ГК РФ установлена обязанность арендатора производить за свой счет текущий ремонт, если иное не установлено законом или договором. Если для отдельных видов аренды законом не установлено иное, то стороны при заключении договора аренды

могут прийти к соглашению о том, что текущий ремонт будет производить за свой счет арендодатель, а не арендатор, как это предусмотрено пунктом 2 ст. 616 ГК РФ.

Стороны договора свободны установить для регулирования своих взаимоотношений правила, отличающиеся от тех, которые предусмотрены диспозитивными нормами права, а следовательно, определить свои права и обязанности (п. 4 ст. 421 ГК РФ). Именно свобода договора лежит в основе определения сторонами своих прав и обязанностей, выражающихся в содержании договора. Гражданские права и обязанности, порождаемые, изменяемые или прекращаемые договором, составляют содержание обязательственного отношения, возникающего из договора.

Принцип свободы договора заставляет участников совершенствовать свои профессиональные знания и опыт в области договорного права.

Принцип «Conventio facit legem» – соглашение создает право. Если в договоре нет признанных прав какой-либо стороны, то это не соглашение, поскольку принцип нарушен. Такая конструкция юридически несостоятельна – обязательства не возникают, а, следовательно, договорные отношения отсутствуют.

Принцип учета экономически обоснованных интересов сторон – это принцип адекватности договора его экономической сущности: в договоре стороны должны стремиться к балансу своих экономических интересов и обеспечения публичных интересов. Для этого управление экономическим риском осуществляется договорными инструментами.

Принцип добросовестности – стороны действуют из благих побуждений относительно друг друга и конкурентов. В этом случае объяснение: «Мы обманули, потому что это бизнес» – суд не примет.

ПРИМЕР

Как говорит о коммерсантах герой повести В.А. Соллогуба «Тарантас»:

«– ...У вас только одна выгода настоящей минуты в глазах, и притом каждый думает только о себе отдельно, опасаясь товарищей и не заботясь об общей пользе. Вы только одно имеете в виду: как бы купить подешевле и продать подороже. В частной жизни вы пяти копеек не возьмете у незнакомого, а в торговом деле вы немилосердно обкрадываете родного брата. Честность у вас раздваивается на два понятия: в первом обман у вас называется обманом, во втором – барышом. Таким образом, торговля делается нередко грабительством, а не разменом...»

Принцип учета и уважения достигнутых соглашений – это принцип так называемого «спасения договора». Pacta sunt servanda – договоры должны соблюдаться. Недопустимо признание договора незаключенным по формальным основаниям и недопустимо прекращение договора в одностороннем порядке, за исключением случаев, указанных в Гражданском кодексе РФ.

Принцип учета неблагоприятного стечения обстоятельств подразумевает необходимость принимать как освобождение от ответственности обстоятельства непреодолимой силы и добросовестно пересматривать условия договора в случаях, когда изменение обстоятельств делает договор бессмысленным для одной или обеих сторон.

Принцип справедливости договора применяется как защита интересов слабой стороны путем императивных ограничений, касающихся содержания договора. Существование императивных норм обусловлено необходимостью защиты публичных интересов или интересов слабой стороны договора. Например, в целях защиты интересов потребителей цена товаров, работ и услуг, а также иные условия публичного договора устанавливаются одинаковыми для всех потребителей (п. 2 ст. 426 ГК РФ).

Принцип неизбежности ответственности. Кредитор вправе требовать уплаты неустойки, определенной законом, независимо от того, предусмотрена ли такая обязанность. Если такая форма ответственности, как неустойка, не установлена в договоре, то она применяется по закону (ст. 332 ГК РФ).

Принцип выбора адекватного способа правовой защиты. В случае, когда надлежащее исполнение затруднено, Гражданский кодекс РФ предлагает способы прекращения обязательств: отступное, новация, зачет встречных требований и т. д.

Принцип стабильности условий. К договорам применяется следующее общее правило – «закон обратной силы не имеет», что, несомненно, придает устойчивость гражданскому обороту. Если после заключения договора принят закон, устанавливающий обязательные для сторон иные правила, 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 (п. 2 ст. 422 ГК РФ). Это значит, что последующие изменения в законодательстве не могут изменить условий заключенных договоров. Вместе с тем потребности дальнейшего развития гражданского оборота могут натолкнуться на такие препятствия, которые заложены в условиях заключенных договоров. В целях преодоления этих препятствий пунктом 2 ст. 422 ГК РФ предусмотрена возможность изменения условий уже заключенных договоров путем введения обязательных для участников договора правил, обратная сила которых установлена законом. Иные правовые акты не могут действовать с обратной силой в отношении заключенных договоров.

К обязательствам, возникающим из договора, применяются общие положения об обязательствах, если иное не предусмотрено общими правилами о договорах и правилами об отдельных видах договоров (п. 2 и 3 ст. 420 ГК РФ).

Принцип заключения договора, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами. Единственное условие, требующееся для признания такого договора действительным, заключается в том, что его содержание не должно противоречить общим принципам и положениям гражданского права.

2. Преддоговорная работа

Преддоговорная работа включает следующие аспекты:

определение готовности компании в плане организационного и технического исполнения договорной работы;

проверка юридической чистоты объекта сделки. Товар должен иметь документальное подтверждение и легальное происхождение;

проверка правоспособности контрагента и его представителей;

анализ системы отношений и проекта сделки;

составление проекта договора и сопутствующих документов (накладных, актов, спецификаций);

экспертиза проекта договора, представленного контрагентом;

проверка полномочий лица, подписывающего договор.

Преддоговорная работа должна начинаться с определения готовности компании в плане организационного и технического исполнения договорной работы.

Саму договорную технику юридические агентства и торговые компании, активно применяющие коммерческие договоры на практике, разделяют на следующие виды:

1) техника моделирования (конструирования) договоров, включающая: модели, схемы, образцы договоров и другие юридико-технические средства, применение которых обеспечивает полный охват, логику, согласованность и взаимосвязь различных договорных отношений (см. разделы 1, 6, 9);

2) техника изложения условий договора, применяемая для построения элементов контента договора исходя из различения существенных, обычных и случайных условий, определяемых законодательством и соглашением сторон. Грамотное применение данной техники позволяет создать ясную для сторон договорную ситуацию (см. раздел 5);

3) техника оформления договорной документации, предусматривающая фиксацию содержания отдельных положений договора, приложений и отдельных документов, включенных в договор (вплоть до преддоговорной переписки), в определенной документальной форме (см. п. 5 раздела 3);

4) техника толкования договоров, состоящая в необходимости уяснения смысла договора и его отдельных положений, которые достигаются в первую очередь применением способов и приемов толкования нормативных актов (см. раздел 8).

ПРОБЛЕМА!

О сложности работы в рамках преддоговорных отношений говорит тот факт, что в экономической науке возникла теория транзакционных издержек, которая занимается исследованием и оптимизацией затрат, понесенных контрагентами в процессе формирования условий договора⁴.

Самый простой путь к сокращению транзакционных издержек лежит через повышение имиджа участников сделки (что создает «репутационный капитал» и «репутационную ответственность»), развитие очевидных преддоговорных экономических интересов, повышение преддоговорной дисциплины и ответственности сторон в ходе контактов, предшествующих заключению договора, нахождению оптимальных форм и содержания преддоговорного процесса, в том числе применению таких документов, как соглашения о намерениях (обоюдно подписывается) и гарантийное письмо (односторонне подписывается) между участниками торгового оборота.

⁴ См.: Коуз Р. Фирма, рынок и право. – М.: Дело, 1993.

Эти документы должны обеспечить правовые гарантии снижения преддоговорных рисков, таких как риски обмана, отказа от продолжения сотрудничества, навязывания кабальных условий и т. д.

В любом случае преддоговорная ответственность (например, за отказ от заключения договора без оснований после годичного периода переговоров) может быть осуществлена в виде обязывания недобросовестного участника возместить убытки добросовестной стороне преддоговорных отношений. Такой правовой механизм принуждения может быть запущен опять же в случае, если какие-либо предшествующие сделки в период обсуждения и подготовки основного договора были заключены.

Для договора поставки в статье 507 ГК РФ установлен особый порядок. Речь идет о последствиях получения оферентом сообщения адресата оферты, содержащего предложение согласовать отдельные условия, включенные в оферту. Получив такое предложение, оферент должен в течение тридцати дней с момента его поступления или в иной срок, установленный в законе или в достигнутом соглашении, принять меры по согласованию соответствующих условий или письменно уведомить другую сторону об отказе от заключения договора. В противном случае оференту придется возместить убытки, которые им причинены уклонением от согласования договорных условий⁵.

⁵ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая. – М.: Статут, 1999.

3. Содержание договора

Договор считается заключенным, если между сторонами в требуемой в соответствующих случаях форме достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора (ст. 432 ГК РФ).

Содержание гражданско-правового договора составляют условия, на которых при соблюдении принципов договорного права достигнуто соглашение сторон.

Когда речь идет об условиях договора, то при разрешении конкретной ситуации по общему правилу следует руководствоваться теми правовыми актами, которые действовали в момент заключения договора, даже если в последующем такие акты утратили силу или были изменены.

По своему юридическому значению все условия делятся на *существенные, обычные и случайные*.

Существенными признаются условия, которые обязательны и достаточны для заключения договора. Для того чтобы договор считался заключенным, необходимо согласовать все его существенные условия. Договор не будет заключен до тех пор, пока останется несогласованным хотя бы одно из его существенных условий. Поэтому важно четко определить, какие условия для данного вида договора являются существенными. Таким образом, отсутствие хотя бы одного из существенных условий в договоре означает, что такой договор не заключен. Например, договор страхования невозможен без определения страхового случая.

Кроме того, отсутствие одного существенного условия может привести к тому, что договор одного вида переходит в договор другого вида. Например, если в договоре товарного кредита не указать существенное условие о процентах, то он становится договором поставки с рассрочкой платежа.

Круг существенных условий зависит от особенностей конкретного договора. Так, цена земельного участка, здания, сооружения, квартиры или другого недвижимого имущества является существенным условием договора купли-продажи недвижимости (п. 1 ст. 555 ГК РФ), хотя для обычного договора купли-продажи цена продаваемого товара существенным условием не считается (п. 1 ст. 485 ГК РФ).

На практике, зачастую подписав какое-либо соглашение, стороны начинают его исполнять, не удостоверясь в наличии всех существенных условий. Стороны такого договора наивно полагают, что поскольку соглашение парафировано подписями и печатями, значит, оно действует. Например, в торговой практике стороны заключают так называемый «рамочный договор», в котором отсутствуют наименование, количество и цена товара (существенные условия договора поставки). Можно ли признать такой договор действительным? Нет. Заметим, что участники при этом полагают, что между ними действует договор купли-продажи.

Для того чтобы правильно составлять договор, необходимо знать, какие условия относятся к числу существенных.

Итак, к существенным законодательство относит следующие категории условий:

о предмете договора (п. 1 ст. 432 ГК РФ). Без определения того, что является предметом договора, невозможно заключить ни один договор.

Так, не является заключенным договор купли-продажи, если между покупателем и продавцом не достигнуто соглашение о товаре, который будет продан в соответствии с данным договором. Причем необходимость включать в договор условие о количестве конкретного товара, имеющего определенное наименование, можно обосновать самым элементарным соображением: без этого условия договор становится «ни о чем».

К примеру, не является заключенным договор поручения, если между сторонами не достигнуто соглашение о том, какие юридические действия поверенный должен совершить от имени доверителя и т. д.;

условия, прямо названные в нормативных правовых актах как существенные для соответствующего вида договора. Так, в соответствии с пунктом 1 ст. 339 ГК РФ в договоре о залоге должны быть указаны предмет залога и его оценка, существо, размер и срок исполнения обязательства, обеспеченного залогом. В нем должно также содержаться указание на то, у какой из сторон находится заложенное имущество;

условия, прямо не названные в нормативных правовых актах как существенные, но являющиеся необходимыми для соответствующего вида договора. Необходимыми, а стало быть, и существенными для конкретного договора считаются те условия, которые выражают его природу и без которых он не может существовать как данный вид договора. Например, договор простого товарищества немыслим без определения сторонами общей хозяйственной или иной цели, для достижения которой они обязуются совместно действовать;

все условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение. Это означает, что по желанию одной из сторон в договоре существенным становится и такое условие, которое не признано таковым законом или иным правовым актом и которое не выражает природу этого договора. Так, требования, которые предъявляются к упаковке продаваемой вещи, не отнесены к числу существенных условий договора купли-продажи действующим законодательством и не выражают природу данного договора. Однако для покупателя, приобретающего вещь в качестве подарка, упаковка может быть весьма существенным обстоятельством. Поэтому, если покупатель потребует согласовать условие об упаковке приобретаемого товара, оно становится существенным условием договора купли-продажи, без которого данный договор не может быть заключен.

РЕКОМЕНДАЦИЯ!

Применительно к договорным моделям, не предусмотренным Гражданским кодексом РФ или другими правовыми актами, существенными должны признаваться только предмет, условия, являющиеся необходимыми для данного договора, а также те, относительно которых по требованию одной из сторон должно быть достигнуто соглашение. И только для прописанных в Гражданском кодексе РФ (другом правовом акте) договоров действует в полном объеме статья 432 ГК РФ, определяющая существенные условия. Таким образом, различие состоит в том, что для не предусмотренных в Гражданском кодексе РФ или другом правовом акте договоров не действует правило о признании существенными для них условий, расцениваемых соответствующим образом законом или иными правовыми актами⁶.

В отличие от существенных, *обычные условия* не нуждаются в согласовании сторон. Перенесение обычных условий в договор необязательно и значения не имеет, поскольку обычные условия предусмотрены в соответствующих нормативных актах и автоматически вступают в действие в момент заключения договора. Это не означает, что обычные условия действуют вопреки воле сторон в договоре, так как они основываются на соглашении сторон. Только в данном случае соглашение сторон выражается в самом факте заключения договора данного вида. Предполагается, что если стороны достигли соглашения заключить конкретный договор, то тем самым они приняли и условия, которые содержатся в законодательстве об этом договоре. При заключении, например, договора аренды автоматически вступает в действие условие, предусмотренное статьей 211 ГК РФ, в соответствии с которым риск случайной гибели

⁶ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. и др. Комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей / Под ред. В.Д. Карповича. – М., 1995.

или случайного повреждения имущества несет его собственник, т. е. арендодатель. Если обычные условия содержатся в императивных нормах, то они неизменно действуют для участников договора, а если в диспозитивных – то стороны могут включить в содержание договора пункты, отменяющие или изменяющие обычные условия. Так, при заключении договора аренды стороны могут договориться о том, что риск случайной гибели или случайного повреждения имущества несет арендатор, а не арендодатель.

К числу обычных условий возмездных договоров следует относить цену в договоре, если иное не указано в законе и иных правовых актах. В соответствии со статьей 424 ГК РФ, если в договоре не определена цена, по которой оплачивается исполнение договора, то в предусмотренных законом случаях применяются цены (тарифы, расценки, ставки и т. п.), устанавливаемые или регулируемые уполномоченными на то государственными органами. 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.

К числу обычных условий следует относить также примерные условия, разработанные для договоров соответствующего вида и опубликованные в печати, если в договоре имеется отсылка к этим примерным условиям. В случае отсутствия такой отсылки в договоре примерные условия применяются к отношениям сторон в качестве обычаев делового оборота, если они отвечают требованиям, предъявляемым гражданским законодательством к обычаям делового оборота (ст. 5 и п. 5 ст. 421 ГК РФ). Примерные условия могут быть изложены в форме примерного договора или иного документа, содержащего эти условия (ст. 427 ГК РФ). Примером такого документа, содержащего примерные условия договора о залоге недвижимого имущества (ипотеки), может служить приложение к распоряжению заместителя Председателя Совета Министров РФ от 22 декабря 1993 г. № 96-рз, опубликованное в Вестнике Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (1994, № 3).

Условия договора определяются по усмотрению сторон, кроме случаев, когда содержание соответствующего условия предписано законодательством. Таким образом, к обычным условиям относятся именно те, которые не нуждаются в согласовании, предусмотрены в нормативных актах и автоматически вступают в действие в момент заключения договора. Как правило, договор заключается на обычных условиях, однако стороны могут включить в содержание договора условия, отменяющие или изменяющие обычные условия, если они определены диспозитивной нормой закона.

Случайные условия не указаны в законе, эти условия изменяют либо дополняют обычные условия. Такие условия указывают на случай, который стороны предусматривают в своем правоотношении. Но это не условия о какой-либо случайности.

Случайные условия включаются в текст договора по усмотрению сторон. Их отсутствие, так же как и отсутствие обычных условий, не влияет на действительность договора. Однако в отличие от обычных случайные условия приобретают юридическую силу лишь в случае включения их в текст договора. В отличие от существенных отсутствие случайного условия лишь в том случае влечет за собой признание данного договора незаключенным, если заинтересованная сторона докажет, что она требовала согласования данного условия. В противном случае договор считается заключенным и без случайного условия. Так, если при согласовании условий договора купли-продажи стороны не решили вопрос о том, каким видом транспорта товар будет доставлен покупателю, договор считается заключенным и без этого случайного условия. Однако если покупатель докажет, что он предлагал договориться о доставке товара воздушным транспортом, но это условие не было принято, договор купли-продажи считается незаключенным.

Иногда в содержание договора включают права и обязанности сторон. Между тем права и обязанности сторон составляют содержание обязательственного правоотношения, основан-

ного на договоре, а не самого договора как юридического факта, породившего это обязательственное правоотношение. Некоторые авторы относят к числу существенных также те условия, которые закреплены в императивной норме закона⁷. Но эти условия вступают в действие автоматически при заключении договора без предварительного их согласования. Поэтому их следует относить к числу обычных условий договора. Трудно согласиться также с мнением о том, что цена является существенным условием всякого возмездного договора⁸. Отсутствие цены в тексте договора в настоящее время, как правило, если иное не указано в законе, не ведет к признанию его незаключенным. В этом случае действует правило пункта 3 ст. 424 ГК РФ о цене, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные товары, работы или услуги. Если не принимать во внимание этот факт, стирается всякая грань между существенными и обычными условиями.

РЕКОМЕНДАЦИЯ!

Учитывая законодательную неопределенность в выборе существенных условий договора, сторонам бесспорно лучше под заголовком «Существенные условия» установить перечень тех условий, которые они считают существенными. Это облегчит как выполнение договора, так и операции по передаче прав третьим лицам. А главное, упростит ситуацию принуждения должника к выполнению своего обязательства и принятию на себя ответственности.

В целях экономической целесообразности и необходимости соблюдения условий сделки представитель фирмы должен согласовать условия сделки с компетентными лицами, в том числе порядок оплаты – с руководителем подразделения, форму расчетов – с бухгалтером, товародвижение – с отделом сбыта.

⁷ См.: *Белякова А.М., Братусь С.Н., Гендзехадзе Е.Н. и др.* Гражданское право / Под ред. П.Е. Орловского и С.М. Корнеева: В 2-х т. – М., 1969. – Т. 1.

⁸ См.: *Брагинский М.И., Витрянский В.В. и др.* Комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей / Под ред. В.Д. Карповича.

4. Форма договора

Для заключения договора необходимо согласовать все его существенные условия в требуемой в подлежащих случаях форме (п. 1 ст. 432 ГК РФ). Поскольку договор является сделкой, к его форме применяются общие правила о форме сделок. В соответствии с пунктом 1 ст. 434 ГК РФ договор может быть заключен в любой форме, предусмотренной для совершения сделок, если законом для договоров данного вида не установлена определенная форма. Если стороны договорились заключить договор в определенной форме, он считается заключенным после придания ему установленной формы, хотя бы законом для договоров данного вида такая форма не требовалась.

Так, договор аренды между гражданами на срок до одного года может быть заключен в устной форме (п. 1 ст. 609 ГК РФ). Однако если стороны при заключении данного договора условились, что он будет заключен в письменной форме, то до придания договору письменной формы он не может считаться заключенным.

Если согласно законодательству или соглашению сторон договор должен быть заключен в письменной форме, он может быть заключен путем составления одного документа, подписанного сторонами, а также путем обмена документами посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору (п. 2 ст. 434 ГК РФ). Законом, иными правовыми актами и соглашением сторон могут устанавливаться дополнительные требования, которым должна соответствовать форма договора (совершение на бланке определенной формы, скрепление печатью и т. п.) и предусматриваться последствия несоблюдения этих требований (п. 1 ст. 160 ГК РФ). Если такие дополнительные требования не установлены, стороны при заключении договоров вправе произвольно определять его реквизиты и их расположение в письменном документе. Поэтому порядок расположения отдельных пунктов договора в письменном документе никак не влияет на его действительность.

Некоторые компании для своих партнеров нередко применяют ими утвержденную (и потому неизменную) форму договора (в виде типовых бланков), но неизменную с их точки зрения. Бланковая форма позволяет более оперативно и правильно оформить письменный договор, сужая круг обсуждаемых сторонами вопросов. При этом следует учитывать два обстоятельства:

отступления от установленной в бланке последовательности расположения внутренних реквизитов договора не влияют на действительность заключенного договора, если в этом документе согласованы все его существенные условия;

незаполнение сторонами одной из граф типового бланка, если эта графа не касается существенного условия договора, или внесение в него каких-либо дополнений или изменений не ведут к признанию договора незаключенным или недействительным (ничтожным).

От типовых бланков, призванных лишь облегчить процесс оформления письменного договора, необходимо отличать типовые договоры, утверждаемые Правительством РФ в случаях, предусмотренных законом (п. 4 ст. 426 ГК РФ). Условия таких типовых договоров являются обязательными для сторон, и их нарушение ведет к признанию ничтожными либо внесенных изменений или дополнений, либо всего договора в целом.

5. Оформление договора

Договор (как и любой документ) требует должного оформления, с тем чтобы избежать всякого рода осложнений при его реализации, снизить риски признания его недействительным или риски его возможной фальсификации. Для этого существует ряд правил, которые следует неукоснительно соблюдать:

договор, текст которого можно уместить на двух страницах, следует делать с оборотом на одном листе;

если у договора более двух страниц, то каждую из них следует парафировать (т. е. указать Ф.И.О. и подписи лиц, уполномоченных на его заключение), все страницы следует пронумеровать, прошнуровать и скрепить печатями обеих сторон на обороте последней страницы;

документы, подтверждающие полномочия представителей сторон, следует скрепить вместе с основным текстом договора;

любые сделанные в тексте дополнения и/или исправления следует оговорить, удостоверяя эти оговорки подписями и печатями сторон (например, в печатном тексте оставлены пропуски для вписывания отдельных данных и сведений, соответственно все это требует заверения от обеих сторон в каждом случае, чтобы исключить несогласованные дописки, сделанные кем-либо в одностороннем порядке);

относительно тех изменений и дополнений, которые будут внесены в процессе исполнения договора, следует сделать оговорку при их оформлении.

6. Способы заключения договора

Первый способ: «оферта – акцепт»

Договор заключается разными способами. Первый способ заключения договора наиболее традиционный и распространенный: одна сторона направляет оферту, а другая – акцептует. В статье 435 ГК РФ указаны требования, предъявляемые к оферте. Оферта должна:

- быть адресована одному или нескольким конкретным лицам;
- быть достаточно определенной;
- выражать намерение лица, сделавшего предложение, заключить договор с адресатом;
- содержать существенные условия договора;
- быть адресной. Иначе говоря, из нее должно быть ясно, к кому именно она обращена.

Но этих требований недостаточно. В связи с тем, что оферта безотзывна (за исключением случаев, когда в ней предусмотрено иное или адресат получил оферту вместе с отказом отправителя от нее), в ней рекомендуется указывать срок для отзыва оферты и срок для акцепта, что сделает позицию отправителя более устойчивой и определенной.

Следует обратить внимание, что закон не указывает обязательное упоминание слова «оферта» в самой оферте.

ВЫВОД

При наличии вышеуказанных условий адресат получит оферту, даже если она окажется в форме гарантийного письма или поздравительной открытки.

Напомним, что для договора поставки в статье 507 ГК РФ установлен особый порядок. Речь идет о последствиях получения оферентом сообщения адресата оферты, содержащего предложение согласовать отдельные условия, включенные в оферту. Получив такое предложение, оферент должен в течение 30 дней с момента его поступления или в иной срок, установленный в законе или в достигнутом соглашении, принять меры по согласованию соответствующих условий или письменно уведомить другую сторону об отказе от заключения договора. В противном случае оференту придется возместить убытки, которые им причинены уклонением от согласования договорных условий⁹.

Публичная оферта. В розничной торговле при оказании бытовых услуг населению применяется *публичная оферта*, т. е. заключение договора с каждым, кто отзовется на предложение. Особым случаем публичной оферты является положение, установленное пунктом 2 ст. 494 ГК РФ, поскольку здесь воля продавца заключить договор с любым, кто отзовется, предполагается выраженной достаточно явно уже из самого факта размещения товаров в месте их продажи независимо от указания цены и других существенных условий.

В настоящее время, когда участники оборота имеют возможность сами находить себе партнеров, в условиях все ужесточающейся конкуренции распространилась практика помещения различного рода приглашений к заключению договоров по радио, телевидению, в прессе и т. п., Гражданский кодекс РФ изменил свою позицию. Имеется в виду, что, отвечая этим потребностям, он признал офертой предложение, которое при соблюдении всех остальных требований – достаточной определенности и полноты – выражало волю заключить договор на указанных в предложении условиях с любым, кто отзовется.

⁹ См.: Беляев К.П., Горлов В.А., Захаров В.А. Общества с ограниченной ответственностью: правовое положение. – М.: Норма – Инфра, 1999.

К такой «публичной» оферте может быть отнесено сообщение в газете, по радио или телевидению о продаже точно указанных товаров, выполнении точно указанных работ, предоставлении строго определенных услуг оферента, готовности вступить на объявленных условиях в договор с любым желающим и др. С точки зрения законодателя, никакой разницы между такой публичной офертой и обычной, адресованной конкретному лицу нет. Имеется в виду, что все те последствия, которые вызывает обычная оферта, следуют и из публичной.

ВНИМАНИЕ!

Важно отличать оферту от рекламы!

Реклама – это информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке (ст. 3 Федерального закона «О рекламе»).

В пункте 1 ст. 437 ГК РФ содержится общая презумпция о том, что реклама и иные предложения, которые адресованы неопределенному кругу лиц, признаются только приглашением к оферте, но не офертой. При публичной оферте определенность во взаимоотношениях сторон зависит от характера предложения, а значит, снять неопределенность должен тот, кто обращается с предложением. Если он хочет выступить с офертой, ему надо прямо выразить это в предложении, не заставляя вторую сторону догадываться, что следует понимать под соответствующим извещением.

Акцепт – это полное и безоговорочное принятие предложения другой стороны. Акцепт может быть выражен либо в письменном ответе о принятии оферты, либо в совершении лицом, получившим оферту, в установленный для ее акцепта срок действия по выполнению указанных в ней условий договора (например, фирма, получившая коммерческое предложение или счет, перечисляет деньги в оплату за предложенный товар – это можно признать акцептом, а приход денег на счет оферента станет фактом заключения договора).

Процедура заключения договора будет завершена в момент получения лицом, направившим оферту, ее акцепта.

РЕКОМЕНДАЦИЯ!

Договор лучше заключать посредством конклюдентных действий.

Конклюдентные действия (concludo – заключаю, делаю вывод) – действия лица, выражающие его волю установить правоотношение (например, совершить сделку, заключить договор), но не в форме устного или письменного волеизъявления, а поведением, по которому можно сделать заключение о таком намерении. Путем совершения конклюдентных действий, в частности, заключается публичный договор.

Если отправитель оферты не уверен в том, что его предложение не изменится в ближайший срок, то он либо высылает оферту с указанием срока для ее отзыва, либо представляет такое коммерческое предложение, которое не содержит признаков оферты.

На практике, когда одна фирма предлагает другой проект договора, то при наличии признаков оферты этот проект и есть оферта, тогда другая сторона в случае подписания проекта акцептует оферту.

Отдельные ситуации при заключении договора.

Ситуация 1. Оферент после первой оферты посылает вторую с условиями, отличными от первой. Адресат вправе выбрать любую оферту и акцептовать ее.

Ситуация 2. Оферент решил изменить либо отменить оферту, тогда он может: отозвать ее по истечении срока для отзыва;

отправить отмену до первой оферты либо одновременно с ней. При указанных условиях оферта считается неполученной (ст. 436 ГК РФ).

Ситуация 3. Адресат не отвечает – молчание не является акцептом (ст. 438 ГК РФ). В случае молчания акцептанта или его безоговорочного отказа от акцепта каких-либо обязанностей у оферента не возникает.

Ситуация 4. Адресат присылает ответ со своими корректировками и/или дополнениями – это, безусловно, не будет акцептом, и документ можно признать новой (встречной) офертой (ст. 443 ГК РФ). Соответственно, лицо, приславшее первую оферту, теперь может выступить в роли акцептанта. Пока стороны будут обмениваться встречными офертами, договор не будет заключен. Если в оферте не определен срок для акцепта, договор считается заключенным при получении извещения об акцепте оферты в течение нормально необходимого для этого времени.

Ситуация 5. Адресат, при необходимости, может отменить свой акцепт, если оферент получит новое сообщение акцептанта до акцепта либо одновременно с ним, но не позже (ст. 439 ГК РФ).

Ситуация 6. В случаях, когда своевременно направленное извещение об акцепте получено с опозданием, акцепт не считается опоздавшим, если сторона, направившая оферту, немедленно не уведомит другую сторону о получении акцепта с опозданием (ст. 442 ГК РФ).

РЕКОМЕНДАЦИЯ!

Если сторона, получившая проект договора, не согласна с условиями и имеет возражения по ним, составляется протокол разногласий, о чем делается оговорка в договоре, и направляется другой стороне в двух экземплярах вместе с подписанным договором. В договоре обязательно делается отметка, что он направлен с протоколом разногласий. При отсутствии такой отметки изложенные в протоколе разногласия не имеют юридической силы. Другая сторона, получив подписанный договор с протоколом разногласий, может не ставить подпись, а отправить обратно свой протокол разногласий с подписанным договором.

ПРИМЕР ИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ

Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ в постановлении от 14 марта 2000 г. № 7446/99 решил направить спорное дело (прошедшее уже несколько судебных инстанций) между ЗАО «Роснабсервис» и ЗАО «Русская металлургическая компания» на новое рассмотрение в первую инстанцию Арбитражного суда Челябинской области.

Исследуемые обстоятельства:

1. Ответчик на направленную истцу оферту в виде проекта договора от 6 августа 1997 г. № 73/п получил ответ 9 марта 1999 года. В период между направлением оферты и получением ответа стороны вели переговоры о заключении другого договора от 1 декабря 1998 г. № 030-н-21/98 на поставку металлопродукции.

2. В платежном поручении от 30 ноября 1998 г. № 5 основанием для оплаты указан договор № 73/п, однако сумма платежа совпадает с суммой, установленной в договоре № 030-н-21/98.

3. Как видно из материалов дела, ЗАО «Роснабсервис» основывает исковые требования на заключенном с АО «Русская металлургическая компания» договоре от 6 августа 1997 г. № 73/п и дополнении № 1 к нему, спецификации от 6 августа 1997 г. № 325, акте сверки от 1 января 1998 г., гарантийном письме ответчика от 30 октября 1998 г.

При таких обстоятельствах, по мнению Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, с учетом положений статей 441, 442 ГК РФ суду следовало выяснить, можно ли считать договор от 6 августа 1997 г. № 73/п заключенным.

Второй способ: «заключение договора на организованных площадках»

Второй способ заключения договора зависит от того, на какой из организованных торговых площадок заключается договор (торги в форме аукциона или конкурса, товарная биржа, оптовая ярмарка).

Заключение договора на торгах проводится с лицом, выигравшим торги. Торги проводятся в форме аукциона или конкурса.

Аукционы – вид рыночной торговли, применяемый для эксклюзивных, редких товаров, когда продавец, максимально желая использовать преимущества конкуренции, проводит сбыт сравнительно ограниченного перечня товаров. Договор заключается с лицом, предложившим наиболее высокую цену.

Конкурсные торги (синоним понятию «тендер» (от англ. tender – торги), которое в российском законодательстве не используется) проводятся для того, чтобы получить возможность выбора наиболее адекватного предложения со стороны конкурсантов и заключить с победителем договор. Российское законодательство делит конкурсные торги на открытые (для всех желающих) и закрытые (для специально приглашенных участников), которые, в свою очередь, могут быть двухэтапными и с предварительной квалификацией. Различаются также государственные (федеральные, региональные, муниципальные), коммерческие и международные тендеры.

Например, на рекламном рынке широкое распространение получает способ заключения договоров на конкурсной основе. Особенностью установления отношений между участниками рекламного рынка становятся закрытые рекламные конкурсы, проводимые крупными рекламодателями. Гражданский кодекс РФ регулирует организацию торгов в форме закрытого публичного конкурса нормами статей 447–449, 1057–1061.

К публичному конкурсу, содержащему обязательство заключить с победителем конкурса договор, законодательство предъявляет следующие требования:

лицо (организатор торгов), объявившее публично о выдаче награды (в данном случае наградой становится заключение договора с победителем, в котором предоставляется право проведения рекламной кампании для того или иного клиента) за лучшее выполнение работы или достижение иных результатов, должно выдать обусловленную награду тому, кто в соответствии с условиями проведения конкурса признан его победителем;

объявление должно быть сделано не менее чем за 30 дней до проведения конкурса и содержать, по крайней мере, условия, предусматривающие существо задания, критерии и порядок оценки результатов работы или иных достижений, место, срок и порядок их представления, размер и форму награды, порядок и сроки объявления результатов конкурса и заключения договора;

для участия в конкурсе обязательно внесение задатка;

завершающей стадией конкурса является подписание протокола о результатах конкурса (в день его проведения), который имеет силу договора.

Публичный конкурс, проведенный с нарушением правил, установленных законом, может быть признан недействительным по иску заинтересованного лица.

Конкурсы организуют, как правило, для размещения государственных заказов, реализации крупных проектов в строительстве, по поставкам оборудования, по продаже акций крупных предприятий.

Механизм проведения конкурсных торгов в российских законах не проработан. Проблема заключается в следующем:

организаторами вводятся искусственные ограничения (например, в формулировке «к конкурсу допускаются только те, кто имеет опыт работы в нашем регионе»). Например, в одном из уральских городов при проведении тендера на страхование муниципального имущества организатор объявил, что предпочтение будет отдавать компаниям, участвовавшим в предыдущих городских программах по страхованию, хотя было известно, что городская администрация сотрудничала на страховом рынке только с одной фирмой;

рыночная информация о подготовительных расходах по участию в каждом конкретном конкурсе недостаточна и противоречива;

организаторы требуют от потенциальных контрагентов предоставить подтверждение своей финансовой состоятельности в форме банковской гарантии с перечислением денежной суммы на счет организатора. Фактически это замороженная на счете часть оборота фирмы. Если, одержав победу, фирма-участник отказывается выполнять условия договора, банк выплачивает эту сумму заказчику;

некорректная техническая спецификация в тендерных документах, двусмысленность формулировок и заведомо невыполнимые условия для большинства участников конкурса. Например, в 2003 году китайская госкомпания Shinghua Group (угольно-энергетический сектор) провела тендер на закупку шагающих экскаваторов. По итогам конкурса, в котором участвовал российский холдинг «Объединенные машиностроительные заводы» (ОМЗ), контракт достался его американскому конкуренту – фирме Busyrus. Российский холдинг проиграл, хотя имел некоторые неоспоримые преимущества перед Busyrus в ценовом и производительном сегментах;

сокрытие информации (отсутствие публичного приглашения, объявления в малоизвестных специализированных газетах, на ведомственных сайтах, нарушение сроков публикации объявлений).

При этом все без исключения приглашения к конкурсам, объявляемые госзаказчиком, по закону должны публиковаться только в одном издании – бюллетене «Конкурсные торги» (независимо от размещения такой информации где-либо еще). Но очень часто нарушается и это правило. Например, о некоторых своих тендерах МПС России сообщала в газете «Гудок»;

сокращение сроков подготовки предложений участниками.

Вполне объяснимы попытки крупнейших общественных объединений, например Российской ассоциации рекламных агентств (РАРА), предложить рекомендации по проведению конкурсов для участников рынка.

Например, компании, которые регулярно участвуют в конкурсах, проводят мониторинг закупочной деятельности заказчиков, изучают сотрудников, непосредственно отвечающих за процедуру закупок (квалификация, личные связи с конкурентами), а также информацию о проведенных ими тендерах, в частности статистике побед (кто именно и сколько раз в них побеждал), составу участников. Анализируются также сведения о судебных разбирательствах между участниками и организаторами тендеров.

ПРИМЕР УСПЕШНЫХ ПОДГОТОВИТЕЛЬНЫХ ДЕЙСТВИЙ ПОТЕНЦИАЛЬНЫХ КОНКУРСАНТОВ

Ежегодно в канун новогодних праздников мэрия Санкт-Петербурга проводит тендер на поставку праздничных детских наборов. В течение шести лет в нем побеждал только один участник – санкт-петербургский кондитерский комбинат «Азарт». Все попытки участников повлиять на решение конкурсной

комиссии путем улучшения качества продукции, расширения ассортимента, создания оригинального дизайна упаковки не давали результата. Но на Новый 2000-й год дети получили сладости, произведенные кондитерской фабрикой им. Самойловой. Что заставило городских чиновников изменить свой выбор?

В 1998 году фабрика была приобретена группой «Красный Октябрь». Ранее предприятием владела Kraft Jacobs Suchard. Кондитеры инициировали широкое обсуждение тендера в СМИ с привлечением властей города. Все это давало чиновникам понять, что конкурсная тема вышла за стены муниципалитета.

Компания, проигравшая в тендере, может попытаться опротестовать его итоги. На практике встречаются три основных способа обжаловать действия устроителей:

направить официальное письмо организатору торгов;

обжаловать решение тендерного комитета в Минэкономразвития России (на это министерство возложены функции контроля за правильной организацией торгов);

отстоять свои права в суде.

Хотя эффективность обращения в суд и реализация судебных решений в современной России достаточно спорны. В подобных делах решение в пользу истца выносится редко (один из известных примеров – компания Брынцалова, которая в 2001 году пыталась через суд отменить итоги открытого конкурса на поставку инсулина, проводимого Минздравом России, но получила отказ). А на рынках, участники которых основные объемы заказов получают на торгах, польза правовой защиты спорна вдвойне, так как уменьшается возможность приглашения на конкурсы, проводимые другими организаторами. И все же крупные фирмы, имеющие стабильную клиентуру, устойчивую репутацию, могут пойти на такой шаг.

ПРИМЕР

Известен случай судебного разбирательства между всемирно известным разработчиком программного обеспечения в области распознавания документов ABBYY Software House и Госкомстатом России. В период подготовки к Всероссийской переписи населения 2002 года Госкомстат России объявил тендер на «разработку и сопровождение аппаратно-программного комплекса первичной обработки материалов».

Заказчик выбрал двухэтапную форму тендера, где на первом этапе оценивается качество предложений участников, а уже из отобранных вариантов отдается предпочтение тому, чьи условия выгоднее. Однако на первом же этапе из четырех компаний три, включая ABBYY, были дисквалифицированы, во второй тур вышел только «Крок». Арбитражный суд Москвы признал конкурс безальтернативным и удовлетворил иск ABBYY. Дополнительные доводы истца, которые судья также разделил, касались места и времени проведения конкурса – они попросту не были указаны.

Но заказчик так и не подписал контракт с ABBYY.

Раздел 4 Профилактика неплатежей

Профилактика неплатежей включает факторы верного выбора порядка и формы безналичных расчетов, а также организационные и договорные действия.

1. Установление принципов и выбор формы безналичных расчетов

Расчеты между сторонами должны быть эффективными и максимально соответствовать интересам участников. Как правило, предприниматели в своих договорах выбирают безналичные расчеты, поэтому участниками расчетных правоотношений являются: плательщик – банк плательщика – банк получателя – получатель.

Участники расчетов должны учитывать следующие принципы современной организации безналичных расчетов:

использование банковского (в основном расчетного) счета. Понятие правового режима расчетного счета включает в себя взаимоотношения банка и клиента, связанные с функционированием расчетного счета;

свобода выбора счетов в различных банках и форм безналичных расчетов;

банк осуществляет платежи по распоряжению клиента;

срочность платежа. Согласно Федеральному закону «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» сроки для безналичных расчетов составляют два операционных дня в пределах одного субъекта Российской Федерации и пять операционных дней в пределах Российской Федерации;

списание денежных средств со счета осуществляется на основании расчетных документов с наличием реквизитов, указанных в Положении о безналичных расчетах;

ограничение прав владельца счета на распоряжение находящимися на нем денежными средствами не допускается, за исключением случаев, предусмотренных законодательством (согласно ст. 857 ГК РФ это влечет наложение ареста на находящиеся на счете денежные средства и приостановление операций по счету). Правовому регулированию безналичных расчетов посвящены главы 45 и 46 ГК РФ и Положение Центрального банка РФ «О безналичных расчетах в Российской Федерации».

Организация безналичных расчетов между плательщиком и получателем денежных средств определяется договором и осуществляется путем:

перевода денежных средств с одного счета на другой;

зачета взаимных требований (взаимной задолженности).

К расчетам, проводимым путем зачета взаимных требований, относятся разовые (случайные) зачеты и периодические расчеты, которые в свою очередь подразделяются на клиринговые и неклиринговые. Клиринговые услуги наиболее применимы в России на рынке ценных бумаг и состоят в том, что клиринговая организация согласно статье 6 Федерального закона «О рынке ценных бумаг» осуществляет деятельность по определению взаимных обязательств (сбор, сверка, корректировка информации по сделкам с ценными бумагами и подготовка бухгалтерских документов по ним) и их зачету по поставкам ценных бумаг и расчетам по ним. Заметим, что клиринг – не российское изобретение (например, в США достаточно развита система межбанковского клиринга).

В бизнесе бывают случаи, когда фирма, нарушившая договор, скажем, «уходит» от ответственности, пользуясь тем, что денег на ее счете и дорогостоящего имущества в ее собственности нет.

Формами безналичных расчетов являются: платежное поручение, аккредитив, чек, инкассо. Если форму расчетов не соблюдать – банк не примет расчет. Другое дело, если избрать не ту форму расчетов, которая оптимальна для конкретной ситуации, то могут возникнуть такие неприятности, как неплатежи.

2. Организационные действия

Организационные действия включают:

создание в организации крупного уставного капитала и/или резервного фонда;
принятие на себя владельцами фирмы-плательщика (т. е. ее участниками) дополнительных обязательств по отношению к обязательствам фирмы (отражается в Уставе).

Создание в организации крупного уставного капитала и/или резервного фонда

Одним из важнейших критериев оценки финансового состояния коммерческой организации является ее собственный капитал, который состоит из уставного (складочного) капитала, уставного фонда унитарного предприятия, добавочного капитала, резервного капитала, нераспределенной прибыли и прочих резервов.

Уставный (складочный) капитал представляет собой зарегистрированную в учредительных документах совокупность вкладов (долей, акций по номинальной стоимости, паевых взносов) учредителей (участников) организации.

Уставный (складочный) капитал делится на доли, соответствующие вкладам учредителей. Но деление уставного (складочного) капитала на доли не ведет к возникновению отношений долевой собственности, так как собственником всего имущества юридических лиц (кроме унитарных предприятий и учреждений), в том числе и имущества, внесенного в уставный капитал, становится сама организация.

Поскольку в хозяйственных товариществах полные товарищи несут субсидиарную ответственность по обязательствам организации всем своим имуществом (кроме имущества, на которое согласно Гражданскому процессуальному кодексу РФ нельзя обращать взыскание), постольку складочный капитал в товариществах не является минимальной гарантией прав кредиторов. Хотя в учредительный договор товарищи могут внести изменения об увеличении уставного капитала.

В производственных кооперативах формируется паевой фонд, который образуется за счет паевых взносов. Член кооператива обязан внести к моменту государственной регистрации производственного кооператива 10 % паевого взноса. Затем остальная часть вносится в течение года после государственной регистрации. Оценка паевого взноса проводится при образовании кооператива по взаимной договоренности членов кооператива на основании сложившихся на рынке цен, а при вступлении в кооператив новых членов – комиссией, назначаемой правлением кооператива. Оценка паевого взноса, превышающего 250 минимальных размеров оплаты труда (МРОТ), должна быть подтверждена независимым экспертом. Размер паевого взноса устанавливается уставом кооператива (ст. 10 Федерального закона «О производственных кооперативах»).

В хозяйственных обществах уставный капитал определяет минимальный размер чистых активов общества, что можно рассматривать как условную гарантию прав кредиторов. Поэтому законодатель точно определил минимальный размер уставного капитала. Так, в соответствии со статьей 26 Федерального закона «Об акционерных обществах» минимальный размер уставного капитала открытого акционерного общества (ОАО) должен составлять не менее 1000 МРОТ, а закрытого акционерного общества (ЗАО) – не менее 100 МРОТ, установленного федеральным законом на дату государственной регистрации общества. Специальным законодательством для организаций некоторых видов деятельности (например, финансовых организаций) минимальный размер уставного капитала устанавливается, как правило, в увеличенном размере и с иными сроками его полной оплаты.

В законодательстве сформулированы требования к конкретному имуществу, которое реально способно удовлетворить интересы потенциальных контрагентов. Отсюда определенные ограничения, установленные при внесении в качестве вклада нематериальных активов. В любом случае вносимое имущество или иные права должны иметь конкретную ценность, а следовательно, иметь денежную оценку и быть охраноспособными.

Уменьшение и увеличение уставного (складочного) капитала производятся по результатам рассмотрения итогов деятельности организации за предыдущий год и после внесения соответствующих изменений в учредительные документы организации. Правила изменения размера уставного капитала определяются для организаций различных видов в Гражданском кодексе РФ и специальных законах. Так, в соответствии со статьей 90 ГК РФ «если по окончании второго или каждого последующего финансового года стоимость чистых активов общества окажется меньше уставного капитала, общество обязано объявить об уменьшении своего уставного капитала и зарегистрировать его уменьшение в установленном порядке. Если стоимость указанных активов общества становится меньше определенного законом минимального размера уставного капитала, общество подлежит ликвидации».

Законодательством предусматриваются гарантии прав кредиторов при уменьшении уставного капитала. Например, акционерное общество не вправе уменьшить свой уставный капитал, если в результате такого уменьшения его размер станет меньше минимального размера уставного капитала, определенного в соответствии с Законом об акционерных обществах на дату представления документов для государственной регистрации соответствующих изменений в уставе общества. Решение об уменьшении уставного капитала общества принимается общим собранием акционеров (ст. 29 Федерального закона «Об акционерных обществах»).

Кредиторы общества должны быть в письменной форме уведомлены об уменьшении уставного капитала общества не позднее 30 дней с даты принятия такого решения. Не позднее 30 дней с даты направления им уведомления кредиторы вправе потребовать от общества прекращения или досрочного исполнения его обязательств и возмещения связанных с этим убытков (ст. 30 Федерального закона «Об акционерных обществах»).

Порядок изменения размера уставного фонда и существующие при этом ограничения определены законодательством. Например, уменьшение и увеличение уставного фонда федерального государственного унитарного предприятия производится по решению учредителя, согласованному с органом исполнительной власти. Увеличение уставного фонда предприятия может быть произведено как за счет дополнительной передачи ему имущества учредителем, имеющихся активов, так и за счет прибыли, остающейся в распоряжении предприятия. В случае принятия учредителем решения об уменьшении уставного фонда предприятие обязано письменно уведомить об этом своих кредиторов¹⁰. В любом случае стоимость чистых активов предприятия не может быть меньше размера уставного фонда. Установлены также гарантии прав кредиторов при уменьшении величины уставного фонда (ст. 114 ГК РФ).

Принятие участниками общества с ограниченной ответственностью на себя дополнительных обязанностей и внесение этого в устав

Когда на участника возложены дополнительные обязанности, это отнюдь не означает автоматического появления у него каких-либо дополнительных прав, если только эти права не предусмотрены законом или уставом общества. На практике возложение дополнительных обязанностей сопровождается соответствующими компенсациями в виде материальных льгот и/или дополнительных прав (например, индивидуальное право на приоритетное приобретение

¹⁰ См. пункты 3.4, 3.5 Примерного устава федерального государственного унитарного предприятия, утвержденного распоряжением Мингосимущества России от 2 февраля 1999 г. № 151-р.

доли в уставном капитале от уходящего из общества участника, что повлечет для получателя льготы усиление его влияния на решения, принимаемые общим собранием).

Дополнительные обязанности могут возникнуть следующим образом:

дополнительные обязанности можно предусмотреть в уставе общества при его учреждении, а также возложить на всех участников общества по единогласному решению общего собрания;

возложение дополнительных обязанностей на определенного участника общества осуществляется по решению общего собрания, принятому большинством не менее 2/3 голосов от общего числа голосов участников общества, при условии, что участник, на которого возлагаются такие дополнительные обязанности, голосовал за принятие этого решения или дал на то письменное согласие¹¹.

ВНИМАНИЕ!

При этом необходимо учитывать, что дополнительные обязанности, возложенные на определенного участника общества, в случае отчуждения его доли (части доли) к приобретателю доли (части доли) не переходят.

Отчуждение доли участником с дополнительными обязанностями влечет за собой необходимость внесения изменений в устав общества, где эти дополнительные обязанности были определены. Поэтому нецелесообразно дополнительные обязанности определять в уставе, но лучше это сделать в отдельных решениях общих собраний, как допускает Федеральный закон «Об обществах с ограниченной ответственностью». Для обеспечения интересов третьих лиц целесообразно все решения общего собрания о возложении дополнительных обязанностей на определенного участника или на всех участников прилагать к уставу общества и заявить в соответствующем меморандуме о праве третьих лиц требовать предоставления такой информации, координирующей с обязанностью общества ее предоставить.

Дополнительные обязанности как одного, так и всех участников могут быть прекращены по единогласному решению общего собрания участников общества.

Согласно пункту 2 ст. 11 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» учредители общества несут солидарную ответственность по обязательствам, связанным с учреждением общества и возникшим до его государственной регистрации. Поскольку Федеральный закон «Об обществах с ограниченной ответственностью» прямо устанавливает солидарную ответственность для учредителей общества, то отсутствие указания на это в учредительном договоре не освобождает от нее учредителей.

Солидарная ответственность напрямую связана с солидарными обязанностями учредителей, которые, принимая решение об учреждении общества, сознательно берут на себя эти солидарные обязанности.

¹¹ См.: Беляев К.П., Горлов В.А., Захаров В.А. Указ. соч.

3. Договорные действия

Договорные действия включают:

использование в сделке способов обеспечения исполнения обязательств (см. раздел 6);
включение договорного условия о вступлении заключаемого договора в силу в случае поступления указанной денежной суммы на счет поставщика. Это означает, что до указанного юридического факта поставщик никаких действий предпринимать не обязан.

Раздел 5

Структура договора (на примере договора поставки)

1. Правовые подходы к оформлению коммерческих контактов

Договорные отношения регламентируются законодательством в основном диспозитивными нормами. К закону обращаются скорее в тех случаях, когда какой-нибудь аспект сделки не оговорен в контракте. Но многие не знают либо не воспринимают всерьез положение римского права: знание законов заключается не в том, чтобы помнить их слова, а в том, чтобы понимать их силу и смысл.

Подробное и точное составление договора снижает риск его ненадлежащего исполнения или неверного толкования.

Структура договора выстраивается в результате его правильного оформления и грамотного составления. *Структура договора* – это взаимосвязанный комплекс элементов договора, сформированный под определенную правовую цель.

Правильное оформление и грамотное составление договора – гарантия его выполнения, а недостаточное внимание к его элементам может повлечь негативные последствия для участников гражданского оборота. Договор в письменной форме может быть заключен путем составления одного документа (текст которого можно разделить на три части: преамбула, собственно текст договора, реквизиты и подписи сторон), а также путем обмена документами, в которых каждая сторона выразит свою волю.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.