

ОТЗЫВ ОФИЦИАЛЬНОГО ОППОНЕНТА НА ДИССЕРТАЦИЮ

ТИМУРА ГЕННАДЬЕВИЧА ОЧХАЕВА

"ИЗМЕНЕНИЕ И РАСТОРЖЕНИЕ ДОГОВОРА В СВЯЗИ СУЩЕСТВЕННЫМ ИЗМЕНЕНИЕМ ОБСТОЯТЕЛЬСТВ"

27 августа 2015 года

г. Москва

Диссертационное исследование Т.Г. Очхаева посвящено актуальной теме, значение которой особенно важно в настоящее время. Значительная неустойчивость социально-экономического развития страны требует от хозяйствующих субъектов адекватной организации своей деятельности на рынке с учетом постоянных изменений обстоятельств хозяйствования. Изменения обстоятельств, носящие существенный характер, требуют адаптации согласованного порядка взаимоотношений и регулирования условий хозяйствования для обеспечения их экономической эффективности.

Применительно к гражданско-правовому договору существенное изменение обстоятельств в период его действия является хорошо известной и, по сути, "классической" проблемой договорного права. Ее острота обусловливается тем, что признание факта влияния изменившихся обстоятельств на договора создаёт вызов базовому принципу обязательности исполнения договора. Поэтому поиск оптимального подхода, позволяющего, с одной стороны, обеспечить соблюдение договорной дисциплины, а с другой защитить интересы сторон, нарушенные существенным изменением обстоятельств, является сложной задачей, которая всякий раз требует её нового прочтения с учётом конкретно-исторической специфики.

При заключении практически каждого договора стороны, как правило, исходят из существования определенных обстоятельств, в виду и вследствие которых они вступают в договорные отношения. Такие обстоятельства включают в себя представления сторон о выгоды для себя того или иного договора на основании соотношения встречных имущественных предоставлений и представлений о внешних обстоятельствах, предполагая наличие которых, стороны совершают договор. Между тем практическое исполнение договора всегда может оказаться значительно более обременительным вследствие изменения обстоятельств, вызванных причинами, которые неподконтрольны сторонам договора, и не могут быть ими разумно предусмотрены на стадии его заключения.

Проблема изменения обстоятельств после заключения договора обладает универсальным значением, затрагивая практически любой вид договоров. Данная проблематика особенно актуальна для долгосрочных договоров.

Адаптация к изменению обстоятельств является одной из основных функций всякого гражданско-правового договора.

Положения в Гражданском кодексе РФ (ст.451), впервые закрепившие для российского законодательства возможность изменения или расторжения договора в связи с существенным изменением обстоятельств, поставило множество вопросов теоретического и практического характера. Несмотря на почти 20-летнюю историю применения ст. 451 ГК РФ в условиях как минимум трёх "волн" российских кризисов (1998, 2008-2009 и 2014 - 2015 гг.), её нормативные положения практически не претерпели никаких серьёзных изменений с момента принятия, однако по-прежнему требуется серьёзное обсуждение данного вопроса для должного осмысления опыта её

применения российскими судами, учёта международного и зарубежного опыта. Это необходимо для выработки дальнейших рекомендаций как для правоприменителя, так и для участников гражданского оборота.

Автором детально рассмотрены в исторической ретроспективе на основе анализа значительного массива новейших правовых исследований, включая значительное количество иностранных источников, подходы к проблематике существенного изменения обстоятельств в зарубежных правовых порядках, как в странах континентального, так и общего права, а также в негосударственных сводах частного права (Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА, Принципы европейского договорного права, Модельные правила европейского частного права). Особое значение обособлено уделено германскому правовому порядку как в силу того, что с 2002 года обязательственное право Германии было модернизировано и включило в себя специальные положения об учёте изменения обстоятельств, так и в силу той особой исторической роли, который он сыграл в развитии доктрины изменения обстоятельств, а также его влияния на русскую правовую мысль.

Автор обосновано указывает, что признание и применение на практике доктрины об учёте в договоре изменения обстоятельств является общераспространённой тенденцией, справедливо выделяет ряд общих квалифицирующих признаков для применения способов правовой защиты в случае наступления существенного изменения обстоятельств (С.65-66). Такие общие нормативные решения позволили, несмотря на разные юридико-технические различия правовых порядков, разработать на международном уровне в негосударственных сводах частного права общее модельное регулирование изменившихся обстоятельств, затрудняющих исполнение договора. Данные наработки были также использованы в отечественном праве.

Общей тенденцией для российского правового порядка является достаточно ограничительный подход судов к применению положений ст. 451 ГК РФ. Вместе с тем отсутствие четких и устоявшихся критериев и методик вызывает значительные сложности применения данных положений на практике, что обоснованно позволяет автору прийти к заключению об отсутствии единства подходов к применению судами соответствующих положений закона (С. 55-56) за исключением явных случаев, которые очевидно не являются существенным изменением обстоятельств в значении ст. 451 ГК РФ (С. 57-59, 61).

Судебные дела о существенном изменении обстоятельств традиционно рассматриваются в качестве наиболее сложных дел факта и права. Комплексный характер правовой деятельности по адаптации договора к существенному изменению обстоятельств предполагает использование результатов междисциплинарных исследований на конкретно-научном уровне для целей правовых исследований. Поэтому совершенно оправданно обращение автора к анализу выводов теории реляционных договоров, экономико-правового подхода и поведенческого (бихевиорального) экономического подхода в праве (этот аспект очевидно задает новизну исследования) для моделирования оптимального регулирования проблемы существенного изменения обстоятельств применительно ко всем его аспектам - (1) предвидимости изменений сторонами договора, (2) уровню нарушения договорного равновесия, (3) чрезвычайному и непреодолимому характеру внешних изменений, (4) распределению рисков в договоре.

Необходимость учёта таких аспектов организации сторонами своей правовой деятельности как оптимизация транзакционных издержек, поведенческие ограничения рационального выбора и стремления максимизировать прибыль, "ретроспективный детерминизм" и т.п. (С. 69-80), действительно позволяют создать более полную и реалистичную картину поведенческого взаимодействия сторон на момент заключения

договора и в некоторой степени помочь в прояснении действительной воли сторон применительно к тому, как они намеревались управлять риском изменения обстоятельств в договоре.

Анализ влияния существенно изменившихся обстоятельств на исполнение договоров подтверждает, что даже для наиболее опытных и подготовленных в организационно-правовом отношении участников рынка практически невозможно предвидеть конкретные последствия рисков и полностью организовать управление ими на стадии заключения договора.

С учётом этого, центральной проблемой является формирование методологии применения широко сформулированных норм и стандартов положений о существенном изменении обстоятельств.

Автором детально проанализированы элементы п. 2 ст. 451 ГК РФ с учётом практики их судебного применения и всестороннего анализа их места в механизме правового регулирования. Именно их анализ является ядром проблемы того, как должны применяться нормы о существенном изменении обстоятельств, так как, на наш взгляд, значение п. 1 ст. 451 ГК РФ по сути сводится к установлению презумпции того, что любое изменение обстоятельств не является существенным, пока должником не доказан существенный характер изменений согласно п. 2 ст. 451 ГК РФ. Попытки придать самостоятельное значение п. 1 ст. 451 ГК РФ непродуктивны, так как приводят к введению правовых фикций и чрезмерному усложнению правовой конструкции, опыт применения которой уже сейчас демонстрирует вызывающее сожаление различие подходов на практике.

Заслуживает поддержки формулирование автором пролегоменов к определению принципов оценки судом предвидимости сторонами существенного изменения обстоятельств с опорой как на объективные стандарты поведения на соответствующем организованном рынке (С. 89-90), так и учёта договорной практики соответствующих контрагентов (С. 91). Непредвиденный характер изменения обстоятельств определяется исходя из объективного характера того, что было бы разумно предвидимо стороной, действующей в соответствии со стандартами организованного рынка, а не только того, что было бы предвидимо конкретной стороной в договоре. Соответственно, стандарты распределения рисков определяются не только исходя из природы, формулировок и целей сторон в договоре, но прямо связаны с соответствующими торговыми обычаями, обычной отраслевой торговой практикой и заведенной практикой взаимоотношений сторон, что позволяет создать правильный контекст для применения соответствующих гибких стандартов ст. 451 ГК РФ.

Диссертант обоснованно использует сформулированный в правовой литературе стандарт существенности нарушения договорного равновесия (баланса интересов сторон) в качестве основополагающего и доказывает необходимость обеспечения, восстановления и поддержания баланса интересов сторон договора в условиях экстренных чрезвычайных изменений (С. 110).

Существо проблемы состоит не в том, насколько существенно изменились обстоятельства, из которых исходили стороны, а как существенно изменились их договорные обязательства. Для определения существенного изменения обстоятельств по ст. 451 ГК РФ оптимальным представляется использование «объективной» терминологии, определяющей существенное изменение обстоятельств как нарушения равновесия договорных обязательств, выражающегося в значительном изменении стоимости исполнения. Оценка нарушения равновесия справедливо должна включать как "целевой" элемент договора, так и количественное формулирование общего уровня нарушения

договорного равновесия, исчисленное в денежном выражении. Как справедливо подчеркивает автор, такая защита договорного равновесия ничего не имеет общего с простым обеспечением эквивалентности и равноценности встречных имущественных предоставлений по договору (С. 100- 103). Речь прежде всего идёт о защите того баланса (конфигурации) предоставлений, о котором договорились стороны, и который может быть восстановлен применительно к новым реалиям – т.е. о том, каким образом организована и обеспечена «экономическая синаллагма» договора.

Высокий уровень неопределенности критерия предвидения сторонами изменения обстоятельств может быть значительно снижен в ходе анализа рисков в договоре. Риск в отношении существенного изменения обстоятельств выступает как добровольное признание (допущение) стороной в договоре определенного развития событий и его последствий, вызванных изменившимися обстоятельствами. Автор подверг разбору и убедительной критике возможность определения "преимущественного носителя риска", сформулированной представителями "экономического анализа права", и показал её ограниченную эвристическую роль для целей оценки принятий на себя стороной риска изменения обстоятельств в договоре (С. 112-116). Обоснованным представляется довод автора в поддержку позиции, что отсутствие адаптационных условий в договоре не может однозначно рассматриваться в качестве принятия риска изменения обстоятельств (С. 120-121).

Следует также полностью поддержать позицию автора о том, что адаптация договора к изменившимся обстоятельствам сторонами является его наиболее оптимальным решением, а судебное изменение более предпочтительным по сравнению с расторжением (С. 124, 147-150). Исследования свидетельствуют о ведущей роли в адаптации договоров, прежде всего адаптации двусторонней, которая осуществляется в ходе переговоров самих сторон договора. Это объясняется тем, что двусторонняя адаптация основывается на сотрудничестве и сохранении доверия сторон, особенно в долгосрочных договорных отношениях, она организует другие способы проведения адаптации, включая судебную адаптацию договора.

Принцип исключительности изменения договора судом, закрепленный в п. 4 ст. 451 ГК РФ является чрезмерно жестким. Попытка законодателя заранее связать суд ограничением его права изменить договор не может быть признана оправданной. Суд должен основываться на выборе того необходимого решения - изменение или расторжение договора, - которое является разумным в конкретной ситуации и не должен быть в этой связи заранее чем-нибудь ограничен.

Необходимость в гибком регулировании, поддержании сотрудничества и договорных отношений сторон, приведении договора в соответствие с изменением обстоятельств находят свое нормативное выражение в закреплении в гражданском законодательстве принципов добросовестности и честной деловой практики, сохранения договора и его адаптации в случае существенного изменения обстоятельств. Эти принципы характеризуются как «новое измерение» договорного права. Они получили отражение в новейших кодификациях гражданского права.

Так, если принцип добросовестности ранее означал лишь строгое и безусловное исполнение договорных обязательств, то в новейшее время данному принципу было придано новое содержание - противоречащим добросовестности признается такое изменение договорного баланса, вызванное изменениям обстоятельств, которое значительно нарушает баланс договорных представлений сторон и выходит за рамки принятых рисков по договору. Несмотря на уменьшение роли принципа добросовестности как потенциального основания для адаптации из-за ее прямого регулирования, он рассматривается как средство восполнения судом договорных положений в случае

существенного изменения обстоятельств, оценки добросовестности переговоров и изменения обстоятельств.

Автор верно указывает, что необходимость всемерного поддержания договорных отношений, особенно имеющих долгосрочный характер, и защиты взаимного доверия сторон в договоре получила правовое выражение в признании современной правовой теорией положения о сохранении и поддержке договора ("благоприятствование договора") договора (*favor contractus*) в качестве важного принципа договорного права, непосредственно вытекающего из требований добросовестности (С. 137).

Принцип поддержки договора основан на необходимости защитить добросовестные стороны, вступающие в договорные взаимоотношения, стимулировать доверие сторон друг к другу, исключить недобросовестное поведение, обеспечить поддержание договорных отношений везде, где это только возможно, за счет уменьшения неопределенности при заключении договора и преимущественной защиты исполнения договора по сравнению с его расторжением. Закрепление данного принципа в национальных правовых порядках и международных сводах договорного права основано на понимании того важнейшего положения как обычных, так и долгосрочных отношений, что несмотря на недостатки, которые могут возникнуть в процессе заключения договора, обычно в интересах обеих сторон договора сделать все возможное для сохранения договора, чем расторгнуть его и обратиться за альтернативным рыночным исполнением.

В этой связи важной тенденцией развития регулирования изменившихся обстоятельств является ее продолжающаяся переориентация, по удачному выражению Л. Тракмана, «с ограниченной роли в качестве концепции освобождения от ответственности за неисполнение к потенциально более полезной функции как доктрины способов правовой защиты» для обеспечения адаптации. В правовых исследованиях отмечается перемещение центра тяжести с материально-правовых аспектов признания существенного изменения обстоятельств в сторону процедурного и процессуального определения его последствий за счет развития способов и стандартов адаптации договора.

Заслуживает в связи с этим поддержки позиция автора о необходимости прямого регулирования обязанности сторон в ст. 451 ГК РФ вести переговоры по адаптации договора в дополнении к общей обязанности по ведению добросовестных переговоров в настоящее время непосредственно закреплённых прямо в ГК РФ (ст. 434.1) из-за специфики ситуации и особого риска недобросовестного поведения в этой ситуации (С. 137 – 139).

Недостатком действующей редакции п. 3 ст. 453 ГК РФ является то, что суд не вправе изменить или расторгнуть договор с определенной даты. В результате, обязательства считаются измененными или прекращенными с момента вступления в законную силу решения суда об изменении или расторжении договора. Данное положение в значительной степени снижает возможности суда адаптировать договор к изменившимся обстоятельствам. Поэтому обоснованным представляется необходимость расширения судебных полномочий по изменению и расторжению договора (ретроспективного, перспективного и смешанного) в условиях изменения обстоятельств, что разделяется диссертантом (С. 158, 217).

Представляет научную ценность выводы автора применительно к разграничению нормативного содержания положений о существенном изменении обстоятельств применительно к правовым институтам невозможности исполнения и непреодолимой силы (С. 193 -203).

При этом, работа имеет ряд спорных моментов и недостатков, на которые необходимо обратить внимание.

Центральное место в вопросе учета изменившихся обстоятельств занимает договор, который является не просто объектом приведения в соответствие с изменившимися обстоятельствами, но прежде всего средством для этого, будучи по своей природе ненормативным правовым регулятором.

Договор как правовое средство и прежде всего как соглашение сторон не сводим ни к сделке, ни к правоотношению, ни к сделке-правоотношению: механическая сумма частей никогда не воспроизводит органический эффект целостности, что особенно верно исходя из мощного регулятивного потенциала договора. Прежде всего на основе самого договора возможно эффективное разворачивание способов и реализация средств адаптации самого договора. Несмотря на использование результатов междисциплинарных исследований, автор в основном опирается преимущественно на традиционный нормативно-догматический анализ правового института изменения или расторжения договора в связи с существенным изменением обстоятельств.

Представляется, что потенциал работы как системного исследования значительно бы вырос за счёт прежде всего анализа договорных практик и моделей учёта сторонами изменившихся обстоятельств и изучения регулятивного потенциала договора как правового средства адаптации к изменению обстоятельств. Изучение специфики использования договора как правового средства регулирования хозяйственных связей прежде всего в российском коммерческом обороте, особенностей взаимодействия (в плане конфликта и сотрудничества) сторон в договорных отношениях в связи с изменением обстоятельств, затрудняющих исполнение, могло бы дать более чёткие ориентиры для разработки рекомендаций по оптимизации правового регулирования договора в аспекте его адаптации к изменившимся обстоятельствам. Осуществление "полевых" исследований и эмпирических обобщений не только судебной практики, но и данных договорной работы в России, являются, бесспорно, затратными и трудоёмкими. Однако именно их проведение как никогда требуются для понимания истинного положения дел в правовой работе и того, что действительно необходимо от нормативного регулирования для российской договорной практики – в их отсутствие приходится иметь дело с объектами "второго" рода и угадывать практические нужды.

При этом автор сам правильно подчёркивает, что всё правовое регулирование учёта изменившихся обстоятельств прежде всего должно быть нацелено на обеспечение его адаптации самими сторонами как наиболее оптимального решения (С. 124), но он концентрируется прежде всего на нормативном анализе положений закона прежде анализа практических проблем по исполнению и адаптации договоров, стоящих перед российскими участниками оборота, которые именно и должны задавать нормативную логику и способы её оптимизации, а не наоборот.

С учётом этого, анализ автором в третьем параграфе третьей главы (С. 204-215) соотношения нормативных положений существенного изменения обстоятельств ст. 451 ГК РФ и используемых в иностранной договорной практике условий о существенном отрицательном изменении выглядит несколько искусственно, как по причине прямого сопоставления разноуровневых - нормативных и договорных - положений (например, договорные условия о существенном отрицательном изменении вряд ли можно назвать правовым институтом) (С. 211), так и в силу отсутствия изучения аналогичных положений в российском праве и практике.

Как автор поясняет, это отчасти объясняется нередким использованием в процессе договорной работы в России адаптированных версий англо-американской модели существенного отрицательного изменения (С. 209). Кроме того, суды зачастую толкуют ограничительно в рамках существующих нормативных концепций изменений обстоятельств соответствующие договорные условия, которые как раз призваны отойти от применения

жёстких положений закона, при том, что прямое исключение соответствующих норм о существенном изменении обстоятельств и опора сторон на инициативное договорное регулирование затруднений могут привести к непредсказуемым результатам (С. 209-210).

С учётом этих обоснованных и интересных выводов, работа бы ещё больше выиграла при системном рассмотрении учёта изменения обстоятельств в договоре в виде взаимодействия договорного и нормативного регулирования данных вопросов за счёт рассмотрения правовых способов, стандартов, средств и процедур проведения адаптации договоров в целостной системе, включенной в механизм регулирования имущественного оборота.

Крайне осторожное признание судами норм об изменении обстоятельств, строгое толкование соответствующих доктрин и ограниченная возможность суда в целом адаптировать договор дополнительно диктует необходимость выработки прежде всего самими участниками коммерческого оборота соответствующих правил и процедур адаптации, создания для этого соответствующей правовой инфраструктуры прежде всего с учётом специфики ведения правовой деятельности на российском рынке.

Объём исследования очевидно не позволил детально оценить то, каким образом нормы о существенном изменении договора "работают" применительно к специальным группам договоров, и как они соотносятся со специальными положениями об изменении обстоятельств (например, ст. ст. 614, 709 ГК РФ, нормами законодательства о разделе продукции и т.д.), равно как и проанализировать существующий значительный массив международной арбитражной практике по данному вопросу.

Возражение вызывает утверждение автора о том, что совпадение ситуаций, которые являются одновременно и непреодолимой силой и существенным изменением обстоятельств возможно лишь в основном "теоретически" (С. 193-194). Существенное изменение обстоятельств может быть вызвано действием непреодолимой силы. В то же время круг оснований, влекущих существенное изменение обстоятельств, объективно шире, так как он включает в себя ситуацию затруднительности исполнения обязательств в отличие от невозможности, сопряженной с действием непреодолимой силы. В современной договорной практике широко распространены т.н. "современные" форс-мажорные оговорки, которые объединяют в себя спектр правовых решений всех ситуаций изменения обстоятельств, как в связи с физической и юридической невозможностью исполнения, так и из-за экономической невозможности исполнения.

Могут быть ситуации, которые одновременно являются и непреодолимой силой, и вести к существенному изменению обстоятельств. В данном случае выбор должником правовых средств зависит от того, намерена ли сторона освободиться от ответственности за неисполнение либо желает пересмотреть или расторгнуть договор. Кроме того, адаптация договора с переформатированием сотрудничества по нему, а не только освобождением от ответственности, например из-за невозможности исполнять долгосрочный договор из-за санкций, может предполагать кумулятивное применение соответствующих положений, может потребоваться для сторон такого договора. Имело бы смысл специально рассмотреть эти аспекты.

Как представляется, автор несколько преувеличивает значения критерия предвидимости в оценке признания наличия существенного изменения обстоятельств и без соответствующих оснований не считает правильным рассматривать данный критерий через призму распределения рисков в договоре (С. 83-84), при том, что далее сам вынужден признать, что оценка предвидимости существенного изменения обстоятельств неизбежно связано с оценкой "являлось ли наступление события элементом обычного ...риска" (С. 91).

На самом деле критерий предвидимости не дает возможности уяснить намерения сторон и их возможность контролировать риски при исполнении договора. С практической точки зрения все события можно рассматривать как так или иначе предвидимые, так как в целом можно исходить из того, что коммерсанты должны быть в состоянии анализировать и предвидеть грядущие события. С другой стороны, имеются определенные когнитивные пределы человеческого предвидения. При этом последующий анализ событий на основе оценки предвидимости третьими лицами будет всегда неадекватен тому, из чего в действительности предварительно исходили стороны при заключении договора.

Даже введение объективного критерия предвидимости не позволяет скорректировать недопустимо высокий уровень судебного усмотрения по данному вопросу, который затрудняет применение положений об изменении обстоятельств. Поэтому представляется необоснованным чрезмерное акцентирование внимания на вопросах предвидения изменения обстоятельств, так как стороны хотя и могут ожидать неблагоприятного развития событий, но все же надеются на то, что ситуации затруднения исполнения не произойдет.

Обоснованным представляется основное внимание уделить тому, имели ли стороны в виду такое развитие событий и являлось ли оно частью нормального риска, который распределен между ними в договоре. Оправданность такого подхода вытекает из большей определенности при анализе распределения риска изменения обстоятельств в договоре, чем это было бы в том случае, если бы суд встал слишком решительно на зыбкую почву оценки предвидимости изменений.

Упрёк автору можно сделать более широкое чем необходимо увлечение им иностранной терминологией при наличии известных и определённых понятий на русском языке, а также игнорирование использования давно согласованных в русской правовой литературе терминов иностранных правовых понятий, таких, например, как "неосуществимость" ("непрактичность" у автора) применительно к термину "impracticability" (С. 45, 46, 48) и т.д. (см., например: Единообразный торговый кодекс США: Пер. с англ. /Серия: Современное зарубежное и международное частное право.- М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996.С. 94).

Тем не менее, указанные моменты никоим образом не колеблют нашей высокой оценки работы диссертанта, который проанализировал огромный массив материала, сформулировал зрелые, достоверные и обоснованные выводы, дал отличные практические предложения по совершенствованию законодательства, с которыми необходимо согласиться.

Диссертация соответствует критериям, установленным Положением о присуждении учёных степеней от 24.09.2013 № 842, а её автор заслуживает присуждения степени кандидата юридических наук по специальности 12.00.03 – гражданское право, предпринимательское право, семейное право, международное частное право.

Контактная информация А.Г. Дудко:

Хоган Лавеллз (Си-Ай-Эс)
Бизнес-центр "Саммит"
Россия, 125009, г. Москва,
ул. Тверская 22, 9 этаж,
Т: +7 495 933 3000
Ф: +7 495 933 3001
alexei.dudko@hoganlovells.com

27 августа 2015 г.

Алексей Коприлов
Дзгво

Free



Административный координатор московского филиала компании "Хоган Лавеллз (Си-Ай-Эс)" Д.В. Анисимова