

УДК 347.44

***ПРЕДЕЛЫ СВОБОДЫ ДОГОВОРА ПРИ ЗАКЛЮЧЕНИИ ДОГОВОРОВ
ВОЗМЕЗДНОГО ОКАЗАНИЯ УСЛУГ***

Плужникова А.А.

*Институт управления в экономических, экологических и социальных системах
Южный Федеральный университет
Таганрог, Россия*

Аннотация

В статье рассматриваются современные подходы теории и правоприменительной практики к свободе договора и ее пределам, а также даются рекомендации по формированию содержания договора возмездного оказания услуг с учетом пределов свободы договора.

Ключевые слова: свобода договора, пределы свободы договора, договор возмездного оказания услуг, пределы свободы договора возмездного оказания услуг.

***LIMITS OF FREEDOM OF THE CONTRACT AT THE CONCLUSION OF
AGREEMENTS
RENOVATION OF SERVICES***

Pluzhnikova A.A.

*Institute of Management in Economic, Environmental and Social Systems,
South Federal University,
Taganrog, Russia*

Annotation

The article deals with modern approaches of theory and law enforcement practice to freedom of contract and its limits, as well as gives recommendations on the formation of the content of the contract for provision of paid services, taking into account the limits of freedom of contract.

Keywords: freedom of contract, the scope of freedom of contract, the contract for provision of paid services, the scope of freedom of contract for provision of services.

Развитие гражданских правоотношений ведет к тому, что содержание свободы договора претерпевает изменения. Об этом свидетельствует правоприменительная практика.

Свобода договора рассматривается в научной литературе в различных аспектах: как проявление конституционных принципов, как особый принцип

гражданского права, как элемент правоспособности, как субъективное гражданское право [5].

Представляется, что свободу договора необходимо рассматривать как определенную характеристику отдельного элемента гражданской правоспособности – способности заключать договоры. В связи с частноправовым характером гражданских правоотношений, их основанности на автономии воли участников отношений, участники гражданских правоотношений при реализации гражданской правоспособности свободны в решении вопроса, реализовывать свою правоспособность или нет (вступать в гражданские правоотношения или нет) и каким образом ее реализовывать. Это касается и других элементов правоспособности – способности создавать юридические лица, способности наследовать и завещать имущество и т.д. Свобода реализации правоспособности является одним из приемов регулирования гражданских правоотношений.

Учитывая особую роль договоров в гражданских правоотношениях, прежде всего как юридических фактов, порождающих эти отношения, а также как децентрализованных регуляторов отношений, свобода договора стала одним из основных идей гражданского права, характеризующей гражданское право как отрасль права, позволяющую свободно решать вопрос о вступлении в отношения, регулируемые гражданским правом, и свободно регулировать эти отношения.

Свободе договора посвящена ст. 421 Гражданского кодекса РФ. Анализируя эту статью, исследователи выделяют три элемента свободы договора: 1) свобода в решении вопроса заключать договор или нет; 2) свобода в выборе вида договора; 3) свобода в определении условий договора [2, с. 153].

Вместе с тем, существуют попытки расширения этого перечня и выделения таких самостоятельных элементов свободы договора как свободы выбора контрагента по договору [3, с. 429], свободу выбора формы договора [6; 7], свободу выбора места и времени заключения договора, а также порядка его заключения, свободу установления срока действия договора [4, с. 101], свободу уступки прав по договору и перевода долга, свободу расторжения договора по соглашению сторон, свобода распространения действия заключенного договора на отношения сторон, сложившиеся до заключения договора, свобода определять условия договора путем отсылки к примерным условиям, свобода заключить предварительный договор, свобода указать в договоре третье лицо, которому будет производиться исполнение по договору [5], свобода выбора модели консенсуального или реального договора [7].

Однако представляется, что лишь свободу в выборе контрагента по договору и, возможно, свободу в выборе места и порядка заключения договора можно отнести к элементам свободы договора в том ее значении, которое использует законодатель, а именно в значении свободы заключения договора. В связи с этим, например, свобода уступки прав по договору и перевода долга, свобода расторжения договора по соглашению сторон, свобода распространения

действия заключенного на отношения сторон, сложившиеся до заключения договора не характеризуют вопрос заключения договора.

Такие предлагаемые элементы свободы договора, как свобода установления срока действия договора, определения условий договора путем отсылки к примерным условиям, заключения предварительного договора, указания в договоре третьего лица, которому будет производиться исполнение по договору, следует, как представляется, отнести к такому элементу свободы договора, как свобода в определении условий договора, они являются лишь частными случаями этого элемента.

Подобное можно сказать про свободу выбора времени заключения договора: думается, что она является проявлением свободы в решении вопроса заключать договор или нет.

Что касается свободы выбора формы договора, то, учитывая требования действующего законодательства, следует высказать мнение, что стороны не свободны в выборе формы договора, т.к. закон устанавливает определенные правила о том, какие виды формы существуют, какие договоры необходимо заключать в простой письменной и нотариальной форме, содержит последствия несоблюдения этих правил. Получается, что свобода выбора формы договора предусмотрена лишь для тех случаев, когда закон разрешает заключать договоры в устной форме (следует признать, что таких случаев немного).

Так же следует отнестись к свободе в выборе реальной или консенсуальной модели договора: представляется, что такой свободы не существует, исходя из предусмотренных законом конструкций реальных или консенсуальных договоров. Исключения составляют лишь некоторые виды договоров, которые в соответствии с Гражданским кодексом могут иметь модель как реального, так и консенсуального договора (даже в этом случае выбор модели может зависеть от определенных условий), например, договор финансирования под уступку денежного требования, договор дарения, договор хранения.

Представляется, что все элементы свободы договора можно классифицировать в зависимости от функции, которую выполняет договор:

- 1) элементы свободы договора, характеризующие договор как основание возникновения гражданских правоотношений;
- 2) элементы свободы договора, характеризующие договор как регулятор гражданских правоотношений.

К первой группе можно отнести такие элементы свободы как свобода в решении вопроса заключать ли договор, свобода в выборе контрагента по договору. Ко второй группе следует отнести свободу в определении вида и условий договора.

Проблема пределов свободы договора должна рассматриваться, как минимум, с двух сторон. С одной стороны, следует признать, что свобода договора не безгранична. Существует объективная потребность в ее ограничении

в целях защиты публичных интересов, интересов слабой стороны договора, интересов кредиторов [2, с. 159].

С другой стороны, практика показала, что суды часто формально применяют нормы обязательственного права и тем самым необоснованно посягают на свободу договора, а также на такой принцип (формально не провозглашенный Гражданским кодексом РФ, но имплицитно содержащийся во многих нормах), как принцип стабильности гражданского оборота, гражданских правоотношений (или частный вариант такого принципа – стабильности гражданского договора).

С этим связана практика признания договоров незаключенными или отдельных условий договоров незаконными по причинам несоответствия их определенным императивным нормам права.

Пределы свободы договора можно анализировать применительно к отдельным элементам свободы договора. Свобода в решении вопроса заключать договор или нет не действует в случаях, предусмотренных законом, в частности, когда предусмотрено обязательное заключение договора хотя бы для одной стороны. Это касается публичных договоров, заключение которых является обязательным при осуществлении определенных видов деятельности. Причем, признание договора публичным можно рассматривать и как ограничение свободы в выборе контрагента по договору, т.к. по ст. 426 Гражданского кодекса РФ обязанность заключать такой договор действует в отношении любого, кто обратится с просьбой такой договор заключить. Подобно правилам о публичном договоре реализуется обязанность заключения договора субъектом, занимающим доминирующее положение на рынке.

Закон предусматривает и такие случаи обязательного заключения договора, которые могут рассматриваться одновременно как ограничения свободы выбора вида договора – это случаи, когда закон обязывает лицо реализовать имущество, которое не может ему принадлежать, реализовать акции или доли в уставном капитале, перешедшие к обществу. В данном случае предусмотрена и обязанность заключения договора, и обязанность заключить именно договор, предусматривающий переход права собственности (права требования) к другому лицу.

Пределами свободы в решении вопроса заключать ли договор и какой вид заключать являются и нормы об обязательном заключении договоров страхования гражданско-правовой ответственности для многих субъектов (автовладельцев, арбитражных управляющих, оценщиков и др.).

Обязанность заключения договора может быть связана с тем, что сами стороны приняли на себя обязательство заключить договор, например, в рамках предварительного договора, в рамках договора об организации перевозок, в рамках объявления конкурса на право заключения договора.

Рассмотренные пределы свободы в решении вопроса заключать договор или нет могут быть применены и к договорам возмездного оказания услуг. Так, некоторые договоры оказания услуг признаны законом публичными договорами: это договор перевозки транспортом общего пользования, договор оказания услуг

связи, если абонент является физическим лицом, договор оказания медицинских услуг, договор оказания гостиничных услуг, договор страхования жизни и здоровья, договор банковского вклада, если вкладчик является физическим лицом.

Свобода выбора контрагента по договору также имеет пределы, обозначенные выше (применительно к обязанности заключить договор с каждым, кто обратится). Кроме того, закон предусматривает в ряде случаев преимущественное право на заключение договора, в этом случае одна из сторон договора обязана заключить договор с лицом, обладающим таким преимущественным правом, если он выразит свое намерение заключить договор. Примеры таких прав: преимущественное право на заключение договора аренды на новый срок у арендатора, надлежащим образом исполнявшего свои обязанности по договору, преимущественное право акционеров, владеющих голосующими акциями, на приобретение дополнительно выпускаемых акций, распространяемых по открытой подписке и др.

Свобода в выборе вида договора заключается в возможности выбора из существующих типов и видов договоров, заключение нетипичных (непоименованных) договоров, заключение смешанных договоров.

Особой проблемой, о чем свидетельствует и судебная практика, являются непоименованные договоры. Суды признают таковыми, например, договор инвестирования, договор на использование отдельного конструктивного элемента (части) недвижимой вещи (здания, сооружения) в том числе для установки или размещения рекламы.

Представляется, что разрешая споры, вытекающие из непоименованных договоров, суды должны исходить именно из позиции свободы договора и презумпции того, что стороны, выбрав заключение договора, не предусмотренного законом, не желали распространять на него правила о какомто типичном договоре. Следовательно, их отношения должны регулироваться общими нормами о договорах, сделках, обязательствах и самим договором. В данном случае суды не должны применять аналогию закона (т.е. применять по аналогии правила о схожих договорах), которую следовало бы признать нарушением свободы договора (воли сторон на заключение договора, не предусмотренного законом).

Однако есть примеры применения судами к таким договорам правил о других договорах по аналогии. Представляется, что это может быть допустимо только в интересах защиты слабой стороны, публичных интересов (т.е. только для достижения тех целей, которыми ограничивается вмешательство государство в свободу договора).

Частично эта позиция нашла закрепление в новом п. 2 ст. 421

Гражданского кодекса РФ в редакции Федерального закона от 8 марта 2015 г.: «К договору, не предусмотренному законом или иными правовыми актами... правила об отдельных видах договоров, предусмотренных законом или

иными правовыми актами, не применяются, что не исключает возможности применения правил об аналогии закона (пункт 1 статьи 6) к отдельным отношениям сторон по договору» [1]. К сожалению, в законе не нашла отражение позиция ВАС РФ о пределах применения судами к непоименованным договорам норм о других договорах по аналогии закона, т.к. само по себе применение таких норм является ограничением договорной свободы.

Применительно к договорам возмездного оказания услуг проблема непоименованных договоров, как представляется, не возникает. Система договорных типов, закрепленных Гражданским кодексом РФ, построена в отношении договоров возмездного оказания услуг по следующему принципу: Гражданский кодекс РФ путем закрепления в самостоятельных главах выделяет отдельные типы договоров об оказании определенных видов услуг (например, перевозка, поручение, страхование и т.д.), а также самостоятельный договорный тип – договор возмездного оказания услуг, закрепленный главой 39 Гражданского кодекса РФ. Получается, что все договоры возмездного оказания услуг, которые не подпадают под регулирование других отдельных глав Гражданского кодекса РФ, являются договорами возмездного оказания услуг, подпадающими под регулирование главы 39. В перспективе отдельные виды договоров возмездного оказания услуг могут сформировать отдельные договорные типы, как например, планируется в проекте закона о внесении изменений в Гражданский кодекс РФ применительно к договору перевода денежных средств без открытия банковских счетов.

Возможность заключения смешанных договоров также характеризует свободу договора. Среди таких договоров можно найти примеры договоров возмездного оказания услуг, например, весьма распространенный в банковской практике договор на расчетно-кассовое обслуживание, который включают в себя элементы договора банковского счета и (в связи с тем, что по договору оказываются и другие услуги) договора возмездного оказания услуг, регулируемого главой 39 Гражданского кодекса РФ.

Рассматриваемый элемент свободы договора – свобода выбора вида договора – также имеет определенные законом пределы, ряд из которых был рассмотрен выше. Кроме того, определенный вид договора является правовой формой осуществления какой-либо деятельности, поэтому на выбор вида договора могут влиять ограничения правоспособности гражданина или юридического лица, выражающиеся в запрете осуществлять какую-либо деятельность или наличие определенных условий для ее осуществления. К таким случаям относятся лицензирование, обязательное членство в саморегулируемых организациях, запрет на осуществление определенного вида деятельности как санкция за совершение преступления или административного проступка и др.

Представляется наиболее актуальным с точки зрения теории и правоприменительной практики вопрос о пределах свободы договора в определении условий договора. Актуальность представляют следующие аспекты: 1) ограничение свободы императивными нормами; 2) ограничение

свободы необходимостью действовать добросовестно; 3) недопустимость необоснованного признания договоров незаключенными, если стороны не соблюдают формальные моменты при определении условий договора. Рассмотрим эти аспекты подробнее.

Настоящий этап развития теории и судебной практики о видах норм договорного права можно охарактеризовать как смену парадигмы в понимании императивных и диспозитивных норм. Именно формальный подход к толкованию норм договорного права приводит к необоснованному ограничению свободы договора и подрыванию стабильности договора. Дело в том, что оказывается, императивность или диспозитивность той или иной нормы Гражданского кодекса РФ – во многом случайность, которая объясняется тем, что при их разработке не обращалось внимания на причины императивности или диспозитивности той или иной нормы. Современные исследователи считают нонсенсом то, что в российском Гражданском кодексе большинство норм договорного права носят императивный характер.

Поворотной точкой в развитии договорного права называют Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ «О свободе договора и ее пределах», в котором отражена идея судебного определения характера нормы с учетом телеологического подхода. Высший Арбитражный суд РФ предлагает поменять подходы к определению понятий императивной и диспозитивной нормы. Главный субъект, который будет определять эти понятия – суд. Причем речь идет только о нормах, определяющих права и обязанности сторон договора. Теперь суд должен толковать такую норму с учетом ее существа и целей, которые преследовал законодатель, ее устанавливая.

Так, если норма содержит явно выраженный запрет на изменение ее соглашением сторон, она является императивной. Однако для таких норм предусмотрена возможность ограничительного толкования, «односторонней императивности». «В частности, суд может признать, что данный запрет не допускает установление сторонами только условий, ущемляющих охраняемые законом интересы той стороны, на защиту которой эта норма направлена».

Если норма не содержит прямого запрета на изменение ее соглашением сторон, она может быть императивной, если соответствует критериям императивности, указанными в Постановлении, или диспозитивной, если отсутствуют эти критерии. Определяет это суд, «исходя из целей законодательного регулирования».

Критерии императивности, определенные в Постановлении: 1) норма является императивной, если это необходимо для защиты особо значимых охраняемых законом интересов (интересов слабой стороны договора, третьих лиц, публичных интересов и т. д.); 2) если это необходимо для недопущения грубого нарушения баланса интересов сторон; 3) если императивность нормы вытекает из существа законодательного регулирования данного вида договора.

Если норма содержит прямое указание на возможность предусмотреть иное соглашением сторон, она диспозитивная, но суд может ограничить ее

диспозитивность («может истолковать такое указание ограничительно, то есть сделать вывод о том, что диспозитивность этой нормы ограничена определенными пределами, в рамках которых стороны договора свободны установить условие, отличное от содержащегося в ней правила»).

Безусловно, изложенный подход к определению природы норм договорного права повышает риск неопределенности при заключении договора, расширяет пределы «судебного усмотрения». Особенно на первом этапе применения такого подхода существует наиболее высокий уровень правовой неопределенности.

Обратимся к вопросу ограничения свободы определения договорных условий необходимостью действовать добросовестно. Речь идет о недопустимости включения в договор несправедливых условий.

Проблема несправедливых условий договора находит отражение в Гражданском кодексе РФ, например, при регулировании договоров присоединения (ст. 428). Согласно п. 1 ст. 428 договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом.

Суть правил о договоре присоединения заключается в том, что «присоединившаяся к договору сторона вправе потребовать расторжения или изменения договора, если договор присоединения хотя и 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 Гражданского кодекса РФ).

Договор присоединения – частный случай проблемы несправедливых условий договора, которые могут появиться и в других договорах. Под несправедливыми договорными условиями понимаются условия, являющиеся явно обременительными для одной из сторон и существенным образом нарушающие баланс интересов сторон [8, п. 9]. Кроме того, в научной литературе используется похожий термин – недобросовестные условия, под которыми понимают такие условия, которые объективно противоречат интересам одной из сторон или целью которых является создание существенного неравноправия сторон [7].

Высший Арбитражный Суд РФ предлагает три варианта решения вопроса о несправедливых условиях:

- 1) применить к ним правила о договоре присоединения, т.е. изменить или расторгнуть договор по требованию ущемленной стороны. Эта позиция теперь закреплена в Гражданском кодексе (норма вступает в силу с 1 июня 2015 г.): в

п. 3 ст. 428 указано, что правила о договоре присоединения «подлежат применению также в случаях, если при заключении договора, не являющегося договором присоединения, условия договора определены одной из сторон, а другая сторона в силу явного неравенства переговорных возможностей поставлена в положение, существенно затрудняющее согласование иного содержания отдельных условий договора.

2) применить правила п.4 ст. 1 ГК РФ (никто не вправе извлекать преимущество из своего недобросовестного поведения), т.е. слабая сторона договора вправе заявить о недопустимости применения несправедливых договорных условий на основании ст.10 ГК РФ;

3) слабая сторона вправе заявить о ничтожности таких условий по ст.169 Гражданского кодекса РФ.

Таким образом, можно констатировать усиление вмешательства суда в соглашение сторон (проблема судебного интервенционизма в договор). Признавая необходимость судебного вмешательства в договор, необходимо найти баланс между двумя ценностями – справедливостью и стабильностью договора. При решении вопроса о несоответствии условий договора требованиям закона, суды должны исходить из цели сохранения, а не аннулирования обязательств. Представляется не допустимым признание договора незаключенным в связи с отсутствием в нем каких-либо существенных условий или их неверного определения, если стороны уже исполнили договорные обязательства или существует возможность восполнить пробел в соглашении сторон.

Далее в статье излагаются рекомендации по учету современных подходов в теории и правоприменительной практики при формировании содержания договора возмездного оказания услуг, т.е. при определении его условий. При этом, как сказано выше, наиболее актуальными является рассмотрение вопроса о формировании условий договора возмездного оказания услуг с учетом изменившихся подходов к пониманию правовой природы норм договорного права, с учетом недопустимости включения в договор несправедливых условий, а также с учетом недопустимости произвольного вмешательства суда в договор (направленность на стабильность обязательств).

Итак, при формировании содержания договора возмездного оказания услуг прежде всего необходимо провести анализ норм о данном договорном типе и виде, а если какой-либо вопрос не урегулирован данными нормами, то целесообразно проанализировать и общие нормы о договорах, обязательствах, сделках. Цель этого анализа заключается в уяснении того, какие нормы, регулирующие правоотношения сторон по данному договору, являются императивными, а значит, их нельзя будет изменить соглашением сторон, в противном случае такое соглашение будет недействительным, а какие – диспозитивными. Последние можно изменить соглашением сторон, наличие

воли сторон договора на изменение правила, содержащегося в диспозитивной норме, зависит от конкретных обстоятельств.

В качестве примера можно рассмотреть договор возмездного оказания услуг, подпадающий под регулирование главы 39 Гражданского кодекса. В рамках настоящей работы не представляется возможным проанализировать нормы обо всех типах договоров оказания услуг.

Напомним, что норма права, регулирующая права и обязанности сторон договора, может иметь следующие варианты формулировок:

- 1) норма сформулирована как императивная и содержит прямой запрет на возможность ее изменения договором;
- 2) норма сформулирована как императивная, но не содержит прямого запрета на возможность ее изменения договором.
- 3) норма сформулирована как диспозитивная.

Рассмотрим нормы, содержащие явно выраженный запрет на изменение их соглашением сторон. При этом явно выраженный запрет на изменение нормы дает возможность сделать вывод о том, что она является императивной, и стороны не вправе предусматривать своим соглашением иной вариант поведения.

Понятие явно выраженного запрета следует признать оценочным понятием. Примеры формулировок «явно выраженного запрета» даются в Постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ: «в норме предусмотрено, что такое соглашение ничтожно, запрещено или не допускается, либо указано на право сторон отступить от содержащегося в норме правила только в ту или иную сторону, либо названный запрет иным образом недвусмысленно выражен в тексте нормы» [8, п. 2].

Если рассматривать нормы, содержащие явно выраженный запрет на изменение ее соглашением сторон, то следует отметить, что таких норм, относящихся к правам и обязанностям сторон договора, не много. В частности, глава 39 Гражданского кодекса не содержит таких правил. Обратившись к ст. 702-739, регулирующим отношения подряда и бытового подряда (эти нормы применяются субсидиарно к договорам возмездного оказания услуг), можно найти примеры таких норм.

Это п. 2 ст. 731, регулирующий права и обязанности сторон договора бытового подряда, которые должны применяться и к договорам возмездного оказания услуг, заказчиком по которым выступает гражданин, а услуга предназначена удовлетворять бытовые или другие личные потребности заказчика: «Заказчик вправе в любое время до сдачи ему работы отказаться от исполнения договора бытового подряда, уплатив подрядчику часть установленной цены пропорционально части работы, выполненной до уведомления об отказе от исполнения договора, и возместив подрядчику расходы, произведенные до этого момента в целях исполнения договора, если они не входят в указанную часть цены работы. Условия договора, лишаящие

заказчика этого права, ничтожны». Последнее предложение и является явно выраженным запретом на изменение данной нормы.

Представляется, что таким прямым запретом можно признать и формулировку п. 4 ст. 723 Гражданского кодекса РФ: «Условие договора подряда об освобождении подрядчика от ответственности за определенные недостатки не освобождает его от ответственности, если доказано, что такие недостатки возникли вследствие виновных действий или бездействия подрядчика», из чего мы можем сделать вывод, что закон запрещает включать в договор условие об освобождении подрядчика (исполнителя в договоре возмездного оказания услуг) от ответственности, предусмотренной ст. 723, если подрядчик (исполнитель) виновен в возникновении недостатков.

Однако и для норм «с явно выраженным запретом на изменение» существует возможность ограничительного толкования, «односторонней императивности» с учетом целей законодательного регулирования. В качестве примера можно привести норму общей части обязательственного права, содержание которой до последнего времени являлось предметом научных дискуссий и разных подходов в правоприменительной практике.

Речь идет о ст. 310 Гражданского кодекса РФ, которая допускает согласование в договоре права на одностороннее изменение или односторонний отказ от договора только в случаях, когда договор заключается в связи с осуществлением обеими его сторонами предпринимательской деятельности. С учетом высказанного мнения Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ, цель данной нормы состоит в защите слабой стороны договора. Следовательно, «подразумеваемый в ней запрет не может распространяться на случаи, когда в договоре, лишь одна из сторон которого выступает в качестве предпринимателя, право на одностороннее изменение или односторонний отказ от договора предоставлено стороне, не являющейся предпринимателем» [8, п. 2]. Этот справедливый подход нашел отражение в Гражданском кодексе РФ (п. 2 ст. 310) в редакции Федерального закона от 8 марта 2015 г. [1]

Рассмотрим второй вид норм, когда норма сформулирована как императивная, но не содержит прямого запрета на изменение ее соглашением сторон. Если обратится к анализу норм договорного права вообще и права, регулирующего возмездное оказание услуг в частности, то можно сделать парадоксальный (с точки зрения диспозитивного характера гражданского права и принципа свободы договора) вывод о том, что таких норм большинство.

Итоговое мнение о характере таких норм следует делать с учетом того, соответствует ли эта норма критериям императивности (тогда она будет императивной) или нет (тогда она будет диспозитивной). При этом необходимо использовать телеологический подход, т.е. учитывать цели законодательного регулирования. Напомним, что критериями императивности являются: 1) необходимость защиты особо значимых охраняемых законом интересов (интересов слабой стороны договора, третьих лиц, публичных интересов и т.

д.); 2) недопущение грубого нарушения баланса интересов сторон; 3) существо законодательного регулирования данного вида договора.

Представляется, что норма п. 1 ст. 779 Гражданского кодекса РФ об обязанности заказчика оплатить услуги, хотя и не содержит явного выраженного запрета на возможность ее изменения, является императивной нормой, что следует именно «из существа законодательного регулирования данного вида договора»: договор, регулируемый главой 39, назван договором возмездного оказания услуг, что предполагает обязательное наличие встречного предоставления со стороны заказчика в виде оплаты услуг.

Примерами норм, которые содержат такой критерий императивности, как «недопущение грубого нарушения баланса интересов сторон», как представляется, можно признать нормы п. 2 ст. 704 (об обязанности подрядчика нести ответственность за ненадлежащее качество предоставленных им материалов и оборудования, а также за предоставление материалов и оборудования, обремененных правами третьих лиц), п. 2 ст. 706 (об обязанности подрядчика нести перед заказчиком ответственность за убытки, причиненные участием субподрядчика в исполнении договора, в случае привлечения субподрядчика в нарушение условий договора), ст. 713 (об обязанности подрядчика экономно и расчетливо использовать предоставленный заказчиком материал; о праве подрядчика требовать оплаты выполненной им работы, если результат работы не был достигнут или оказался некачественным по причинам, вызванным недостатками предоставленного заказчиком материала); ст. 714 (об ответственности подрядчика за несохранность предоставленного заказчиком имущества, оказавшегося во владении подрядчика в связи с исполнением договора подряда), п. 1 ст. 715 (о праве заказчика во всякое время проверять ход и качество работы, выполняемой подрядчиком и обязанности не вмешиваться в деятельность подрядчика), п. 2 ст. 718 Гражданского кодекса РФ (о праве подрядчика требовать уплаты указанной в договоре цены с учетом выполненной части работы в случаях, когда исполнение работы по договору подряда стало невозможным вследствие действий или упущений заказчика).

Они сформулированы как императивные и должны в итоге таковыми признаваться, т.к. предоставление права на изменение этих норм сторонам договора приводит к грубому нарушению баланса интересов сторон. Можно обратить внимание на то, что большинство таких норм содержат правила об ответственности или иных негативных последствиях, связанных с нарушением договора одной из сторон.

Еще один критерий императивности, а именно «необходимость защиты особо значимых охраняемых законом интересов (интересов слабой стороны договора, третьих лиц, публичных интересов и т. д.)» присутствует, например, в такой норме, как норма п. 2 ст. 721, а также многих нормах о бытовом подряде параграфа 2 главы 37, появление которого (параграфа) само по себе служит защите интересов слабой стороны договора (гражданина-потребителя).

Так, в п. 2 ст. 721 содержится правило о том, что если законом, иными правовыми актами или в установленном ими порядке предусмотрены обязательные требования к работе, выполняемой по договору подряда, подрядчик, действующий в качестве предпринимателя, обязан выполнять работу, соблюдая эти обязательные требования. Скорее эта норма направлена на защиту интересов слабой стороны (по сравнению с профессионалом-предпринимателем) и, возможно, публичных интересов, связанных с необходимостью включения в оборот качественных результатов работ.

Среди норм о бытовом подряде можно выделить в качестве примеров норму п. 1 ст. 731 о том, что подрядчик не вправе навязывать заказчику включение в договор бытового подряда дополнительной работы или услуги, а заказчик вправе отказаться от оплаты работы или услуги, не предусмотренной договором, и нормы ст. 732 об обязанности подрядчика предоставить заказчику информацию о предлагаемой работе.

Следовательно, все указанные выше нормы, сформулированные как императивные, но не содержащие явно выраженного запрета на их изменение соглашением сторон, содержат критерии императивности, в связи с чем необходимо сделать вывод об императивном характере этих норм.

Обратимся к нормам, которые не содержат явно выраженного запрета на установление соглашением сторон условия договора, отличного от предусмотренного в них, и в которых отсутствуют критерии императивности. Эти нормы должны рассматриваться как диспозитивные. В таком случае отличие условий договора от содержания данной нормы само по себе не может служить основанием для признания этого договора или отдельных его условий недействительными.

Примеры таких норм, которые имеют или могут иметь отношение и к договорам возмездного оказания услуг, приведены в самом Постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ «О свободе договора и ее пределах». Следовательно, по этим нормам можно сделать однозначный на сегодняшний день вывод о диспозитивном характере этих норм, несмотря на то, что закон их формулирует как императивные (т.е. без оговорки «если иное не предусмотрено соглашением сторон»).

Как указывает Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ ст. 475 Гражданского кодекса РФ о последствиях передачи покупателю товара ненадлежащего качества не исключает право сторон своим соглашением предусмотреть иные последствия названного нарушения (в том числе по-иному определить критерии существенности недостатков товара или дополнить те права, которые предоставляются данной статьей покупателю) [8, п. 3]. Указанные разъяснения могут иметь значение и при применении правил об оказании услуги ненадлежащего качества. Глава 39 таких норм не содержит, ст. 723 «Ответственность подрядчика за ненадлежащее качество работы» может применяться к правоотношениям возмездного оказания услуг с учетом

особенностей предмета договора, отличия услуг, носящих нематериальный характер, от овеществленного результата работ. Однако в целом необходимо говорить о том, что стороны договора вправе своим соглашением предусмотреть иные, чем в ст. 723, последствия нарушения обязанности оказать услугу надлежащего качества, т.к., предоставляя сторонам такое право, не нарушаются какие-либо особо значимые охраняемые законом интересы, это не приведет к грубому нарушению баланса интересов сторон и не противоречит существу законодательного регулирования данного вида договора (т.е. отсутствуют критерии императивности).

Следующее разъяснение касается именно главы 39 Гражданского кодекса РФ. Ст. 782, содержащее неравномерное распределение последствий одностороннего отказа от исполнения договора, неоднократно была предметом научных дискуссий и различных походов судебной практики. В настоящее время Высшим Арбитражным Судом РФ признано, что данная норма, хотя и сформулирована как императивная, не содержит критериев императивности, поэтому ее можно поменять соглашением сторон.

В частности, Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ указал, что положения ст. 782 Гражданского кодекса РФ, дающие каждой из сторон договора возмездного оказания услуг право на немотивированный односторонний отказ от исполнения договора и предусматривающие неравное распределение между сторонами неблагоприятных последствий прекращения договора, не исключают возможность согласования сторонами договора иного режима определения последствий отказа от договора (например, полное возмещение убытков при отказе от договора как со стороны исполнителя, так и со стороны заказчика) либо установления соглашением сторон порядка осуществления права на отказ от исполнения договора возмездного оказания услуг (в частности, односторонний отказ стороны от договора, исполнение которого связано с осуществлением обеими его сторонами предпринимательской деятельности, может быть обусловлен необходимостью выплаты определенной денежной суммы другой стороне) [8, п. 3].

Представляется, что для договоров возмездного оказания услуг будет иметь значение определение правовой природы нормы о сроках ст. 190 Гражданского кодекса РФ. Эта норма сформулирована как императивная, однако в ней отсутствуют критерии императивности, и никакие интересы не будут нарушать условие договора о том, что срок исполнения обязательств по договору стороны определяют иным образом, чем указано в самой статье (календарной датой, истечением периода времени, указанием на событие, которое должно неизбежно наступить). Например, срок исполнения обязательств по договору возмездного оказания услуг можно определить путем указания на действия заказчика или иных лиц (например, на внесение аванса заказчиком). Это же касается нормы о том, что период времени может определяться днями, месяцами, годами. Никакие критерии императивности не будут нарушены, если мы признаем данную норму, несмотря на ее формулировку, не допускающую возможности от нее отступить,

диспозитивной. Ничьи интересы не будут нарушены тем, что, например, в договоре возмездного оказания услуг связи срок определяется такими периодами времени, как минуты и секунды.

Казалось бы, не должен представлять особой сложности анализ норм, которые содержат прямое указание на возможность предусмотреть иное соглашением сторон, т.е. по своей формулировке являются диспозитивными нормами. Однако вывод о диспозитивности таких норм является лишь общим правилом. Суд может ограничить их диспозитивность («суд исходя из существа нормы и целей законодательного регулирования может истолковать такое указание ограничительно, то есть сделать вывод о том, что диспозитивность этой нормы ограничена определенными пределами, в рамках которых стороны договора свободны установить условие, отличное от содержащегося в ней правила» [8]). При этом суд должен указать, каким образом существо законодательного регулирования данного вида договора, необходимость защиты соответствующих особо значимых охраняемых законом интересов или недопущение грубого нарушения баланса интересов сторон определяют пределы диспозитивности этой нормы.

При формировании условий договора возмездного оказания услуг необходимо исходить из недопустимости включения в договор условий, которые впоследствии будут признаны несправедливыми. Это касается и тех ситуаций, когда договор возмездного оказания услуг является договором присоединения, и, с учетом современной судебной практики, договоров, заключаемых в другом порядке.

Проведя анализ материалов судебной практики, можно сформулировать рекомендации о том, какие условия не следует включать в договор под угрозой последующего признания их незаключенными. Можно выделить группы таких условий:

1) условия, усиливающие ответственность слабой стороны (возложение на нее дополнительных видов ответственности, не предусмотренных законодательством по умолчанию; увеличение объема обязательства на случай нарушения договора; право сильной стороны уменьшить объем встречного предоставления в связи с допущенными должником нарушениями; лишение нарушившего договор должника права требовать возврата ранее переданного им кредитору в счет выполнения договора имущества; условие о начислении процентов на проценты (сложные проценты) при просрочке исполнения денежного обязательства);

2) условия, смягчающие правила об ответственности сильной стороны (установление виновной ответственности сильной стороны с учетом безвиновной ответственности слабой; расширение оснований, освобождающих сильную сторону от ответственности; условие об ограничении ответственности должника-предпринимателя только случаями умышленного нарушения

договора; условие о том, что он не отвечает за неисполнение обязательства вследствие нарушений, допущенных его контрагентами по иным договорам);

3) условия о несправедливом цене (несправедливых процентах) в договоре, существенным образом отличающихся от рыночной цены (процентов);

4) условие о несправедливом размере неустойки, существенным образом превышающей среднерыночный размер процентов;

5) условия о несправедливых последствиях надлежащего исполнения обязательств сильной стороной, например, условия о бонусе в связи с надлежащим исполнением;

6) условия, выражающие заранее выраженное согласие присоединившейся стороны какие-либо действия другой стороны, на которые по закону необходимо получать ее согласие (согласи на уступку прав, перевод долга);

7) условия, определяющие судьбу договорного обязательства (условия, предоставляющие права по одностороннему изменению или расторжению договора стороне, использующей стандартные условия; обязанности слабой стороны договора, осуществляющей свое право на односторонний отказ от договора, уплатить за это денежную сумму, которая явно несоразмерна потерям другой стороны от досрочного прекращения договора);

8) условия, связанные с порядком разрешения споров (условия, устанавливающие сложный и дорогостоящий претензионный порядок; рассмотрение споров в третейском суде).

При выяснении вопроса о том, является ли данное условие несправедливым, необходимо учитывать, что в случае неясности условий договора, толкование их судом будет осуществляться в пользу контрагента стороны, которая подготовила проект договора либо предложила формулировку соответствующего условия. При этом, пока не доказано иное, предполагается, что такой стороной было лицо, являющееся профессионалом в соответствующей сфере, требующей специальных познаний (например, банк по договору кредита, лизингодатель по договору лизинга, страховщик по договору страхования и т. п.) [8, п. 11].

В завершении хотелось бы остановиться на существенных условиях договора возмездного оказания услуг, отсутствие соглашения по которым может привести к признанию договора незаключенным. Вопрос о перечне объективно существенных условий договора возмездного оказания услуг является дискуссионным. Представляется, что объективно существенным условием договора возмездного оказания услуг, регулируемого главой 39 Гражданского кодекса РФ, является только условие о предмете договора.

Дискуссионность вопроса связана с тем, что к договору возмездного оказания услуг применяются правила о договоре подряда, для которого определение начального и конечного срока выполнения работ является существенным условием. Суды долгое время признавали договоры возмездного

оказания услуг незаключенными, когда в них не был определен начальный и конечный сроки оказания услуг.

Сейчас позиция судов поменялась, ведь в силу ст. 783 ГК РФ общие положения о подряде применяются к договору возмездного оказания услуг, если это не противоречит ст. 779 - 782 ГК РФ, а также особенностям предмета договора возмездного оказания услуг. Из существа договора возмездного оказания услуг усматривается, что сроки оказания услуг не являются его невосполнимым условием, т.к. к соответствующим отношениям сторон могут быть применены общие положения ГК РФ о гражданско-правовых договорах и обязательствах (в частности, п. 2 ст. 314 ГК РФ). Отсутствие согласованного сторонами условия о сроках оказания услуг само по себе не влечет признания договора возмездного оказания услуг незаключенным [9, п. 8].

Даже если единственное существенное по закону условие договора возмездного оказания услуг сторонами не согласовано, но договор полностью исполнен до этого, тогда договор следует считать заключенным. В качестве подтверждения можно привести позицию Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, касающуюся договора подряда: «Если работы выполнены до согласования всех существенных условий договора подряда, но впоследствии сданы подрядчиком и приняты заказчиком, то к отношениям сторон подлежат применению правила о подряде», а также: «Если стороны не согласовали какоелибо условие договора, относящееся к существенным, но затем совместными действиями по исполнению договора и его принятию устранили необходимость согласования такого условия, то договор считается заключенным» [9, п. 7].

Библиографический список

1. Федеральный закон от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации».
2. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: в 2 кн. Кн. 1: Общие положения. 2-е изд., испр. М., 2000.
3. Гражданское право: в 2 ч. Ч. I: учебник / под ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева (автор главы - Н.Д. Егоров).
4. Ершов Ю.Л. Принцип свободы договора и его реализация в гражданском праве России: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2001.
5. Кратенко М.В. Злоупотребление свободой договора: частноправовые и публично-правовые аспекты. М.: Волтерс Клувер, 2010. СПС «Гарант».
6. Татаркина К.П. Форма сделок в гражданском праве России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2009.
7. Щетинкина М. Ю. Реализация и ограничение действия принципа свободы договора. Автореф. дисс....к.ю.н. М., 2009.
8. Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах».

9. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25 февраля 2014 г. № 165 «Обзор судебной практики по спорам, связанным с признанием договоров незаключенными».