



Артем Георгиевич Карапетов
директор Юридического института «М-Логос»,
доктор юридических наук

В первой части статьи, опубликованной в прошлом номере журнала, излагаются основные аргументы в пользу и против сугубо компенсационной защиты, в рамках которой вещные, договорные, корпоративные и иные гражданские права защищаются исключительно иском о возмещении убытков. Во второй части статьи общие выводы, сделанные в первой части, применяются к проблематике выбора оптимальной модели защиты договорных прав.

Ключевые слова: защита гражданских прав, обязательство, возмещение убытков, договор

Модели защиты гражданских прав: экономический взгляд¹

Окончание. Начало читайте в «Вестнике экономического правосудия РФ» № 11 за 2014 г.

IV. Модели защиты договорных прав

Предлагаем читателю краткую экспозицию тех выводов, к которым описанная в первой части статьи модель оптимального выбора средств защиты приводит в отношении проблем защиты договорных прав — темы, наиболее близкой автору настоящей статьи.

Наша задача состоит в том, чтобы попытаться оценить экономическую эффективность соответствующих инструментов защиты и смоделировать воздействие их доступности кредитору на поведение потенциальных нарушителей договора.

¹ Автор выражает свою глубокую признательность за высказанные замечания и комментарии к проекту данной статьи А.А. Павлову, Р.С. Бевзенко, А.В. Томсинову, С.Л. Будылину, К.А. Усачевой и А.Г. Архиповой.

1. Модель полной компенсационной защиты в договорном праве

Полное возмещение убытков должником

Когда речь заходит о возмещении убытков из договора, сразу же обостряется вопрос о природе самой компенсации. Что есть компенсация убытков? Традиционно выделяют две основные формы возмещения договорных убытков. Первая состоит в том, что должник возмещает кредитору те потери, который тот понес в надежде на исполнение договора (так называемый негативный интерес, или *reliance damages*). В результате такого возмещения кредитор восстанавливает свое экономическое благосостояние, каким оно было до заключения договора, по модели, близкой к той, что имеет место при деликтной ответственности (восстанавливается нарушенный преддоговорный статус-кво). Вторая заключается в том, что должник уплачивает в качестве убытков такую сумму, которая должна поставить кредитора в то положение, в котором он находился бы, если бы договор был надлежащим образом исполнен (так называемый позитивный интерес, или *expectation damages*). При этой форме возмещения статус-кво не восстанавливается, а кредитор переносится в такое экономическое состояние, в которое он попал бы в результате надлежащего исполнения договора. В рамках такого расчета убытков кредитор может, в частности, взыскать с должника упущенную выгоду, которую кредитор намеревался извлечь в результате исполнения договора.

В истории гражданского права эти две формы расчета убытков за нарушение договора находились в постоянном конфликте. Одни юристы исходили из того, что возмещение позитивного интереса несовместимо с компенсационной природой ответственности, так как оно не возмещает имущественные потери кредитора в буквальном их смысле, а обеспечивает скорее карательную функцию. Мнения, ставящие под сомнение компенсационный характер защиты позитивного интереса или вовсе отказывающие признавать допустимость такой санкции, высказывались некоторыми средневековыми теологами (Каetan Тиенский²), современными экономистами (М. Ротбард³), философами права (Дж. Рац⁴), американскими (Л. Фуллер и У. Пердью⁵) и английскими теоретиками договорного

² См.: Cajetan. *Commentaria to Summa theologiae, supra note 134, at II-II. Q.88, a. 1; Q.113, a.1* (цит. по: Gordley J. *Contract Law in the Aristotelian Tradition* // Benson P. (ed.). *The Theory of Contract Law. New Essays*. New York, 2001. P. 327).

³ См.: Ротбард М. *Этика свободы* (2008). Гл. 14. URL: <http://libertynews.ru/node/508>. Ротбард пишет, что возникшие на основе договора ожидания кредитора правом защищаться не должны, так как воля и свобода должника неотчуждаемы. Если должник передумал исполнять договор, кредитору не остается ничего иного, кроме как смириться с этой превратностью судьбы, и не стоит рассчитывать ни на получение обещанного по суду, ни на взыскание денежного эквивалента обещанного. Единственным исключением является ситуация, когда нарушение договора будет влечь кражу собственности контрагента (например, когда должник уже получил от кредитора имущество и отказывается платить).

⁴ См.: Raz J. *Promises in Morality and Law* // 95 *Harvard Law Review*. 1982. P. 927 ff.

⁵ Этому вопросу Л. Фуллер и У. Пердью посвятили опубликованную в середине 1930-х гг. статью, которая по настоящее время является чуть ли не самой цитируемой в американской науке статьей по договорному праву. В ней авторы поставили под сомнение примат правила о возмещении позитивного интереса (*expectation damages*) в договорном праве и выдвинули тезисы в пользу того, что основной формой договорной ответственности должно быть возмещение негативного интереса (*reliance damages*). См.: Fuller L.L., Perdue W.R. *The Reliance Interest in Contract Damages (parts 1 & 2)* // 46 *Yale Law Journal*. 1936–1937. P. 52, 373 ff.

права (П. Атийя⁶). Некоторые из них не шли настолько далеко, чтобы призывать полностью отказаться от защиты позитивного интереса⁷, но ставили под сомнение компенсационную природу этой формы договорной ответственности.

По сути, идея о неприемлемости защиты ожиданий кредитора приводила к размыванию границы между деликтным и договорным правом с точки зрения объема компенсационной защиты⁸. В основе этой идеи лежит представление о том, что компенсационная природа договорной ответственности проявляется только в гарантии покрытия реального ущерба, вызванного доверием к обещаниям должника. Сторонники такого подхода отмечают, что только такая форма договорной ответственности отвечает критерию коррективной (коммукативной) справедливости и принципу предотвращения вреда (*harm principle*), основополагающей идее современного либерального консенсуса, столь ярко представленной в работе Дж. Ст. Милля. Напомним, что согласно принципу предотвращения вреда свобода одного лица может быть легитимно ограничена обществом и государством только тогда, когда она причиняет вред другому лицу⁹. Когда нет вреда, а есть лишь расстроенные ожидания, нет и оснований для ограничения свободы должника передумать исполнять свои обязательства и применения к нему в этом случае аппарата принуждения. По мнению сторонников защиты негативного интереса, взыскание убытков, ставящих кредитора в положение, в котором он находился бы, будь договор исполнен, вручает кредитору денежный эквивалент того, что у него никогда не было, и поэтому компенсацией в буквальном смысле не является¹⁰.

В то же время на настоящий момент доминирующей позицией в праве всех известных нам стран является признание приоритета защиты позитивного интереса при нарушении договорных прав. Этот подход разделяется классической европейской цивилистической догматикой, законодательством и судебной практикой всех известных нам стран¹¹, большинством сторонников экономического анализа права¹², большинством теоретиков договорного права¹³, российскими дореволюционными

⁶ Atiyah P.S. *Essays on Contract*. Oxford, 2001. P. 158–178.

⁷ Например, Дж. Рац, отказываясь считать возмещение позитивного интереса компенсационной санкцией, все же видит основание для защиты позитивного интереса в предотвращении не вреда конкретному кредитору, а «институционального вреда» практики договорных отношений. См.: Raz J. *Op. cit.* P. 934.

⁸ Основным сторонником теории поглощения договорной ответственности за счет ответственности деликтной во второй половине XX в. был английский теоретик договорного права П. Атийя. См.: Atiyah P.S. *Op. cit.* P. 40–42.

⁹ См.: Mill J.S. *On Liberty*. London, 1974. P. 141–162.

¹⁰ Fuller L.L., Perdue W.R. *The Reliance Interest in Contract Damages (part 1)* // 46 *Yale Law Journal*. 1936. P. 53, 56.

¹¹ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)* / ed. by C. von Bar and E. Clive. Munich, 2009. P. 944 ff.

¹² См.: Birmingham R. *Breach of Contract, damage Measures, and Economic Efficiency* // 24 *Rutgers Law Review*. 1970. P. 284–286.

¹³ См., напр.: Benson P. *The Unity of Contract Law* // Benson P. (ed.). *Op. cit.* P. 137; Friedman D. *The Performance Interest in Contract Damages* // 111 *Law Quarterly Review*. 1995. P. 628 ff; Barnett R.E. *A Consent Theory of Contract* // 86 *Columbia Law Review*. 1986. P. 304; Smith S. *Towards a Theory of Contract* // Horder J. (ed.). *Oxford Essays in Jurisprudence Fourth Series*. Oxford, 2000. P. 126; Scanlon T.M. *Promises and Contracts* // Benson P. (ed.). *Op. cit.* P. 93 ff; Fried C. *Contract As Promise: A Theory of Contractual Obligation*. Cambridge, Mass. 1981. P. 17.

ми¹⁴ и современными цивилистами¹⁵ и даже теми теоретиками частного права, которые ставят во главу угла принцип коррективной справедливости¹⁶. В рамках Проекта реформы ГК РФ, принятого Госдумой РФ в первом чтении в 2012 г., этот подход к расчету убытков за нарушение обязательства прямо отражен в предлагаемой новой редакции ст. 393 ГК¹⁷.

Такой подход означает, что договорное обещание создает для кредитора не просто ожидание или надежду, а полноценное имущественное право. Нарушение этого права путем неисполнения обещания по своим последствиям равнозначно причинению вреда вещным или иным абсолютным правам. Впрочем, глубинное политико-правовое обоснование приоритета защиты позитивного интереса — вопрос не из простых. Мы его в рамках настоящего исследования анализировать не будем, а примем за данность. Соответственно, когда далее речь будет идти о модели полной компенсационной защиты договорного права, мы будем иметь в виду такое возмещение, которое защищает в том числе и позитивный интерес и вручает кредитору денежный эквивалент обещанного должником (включая упущенную выгоду)¹⁸.

¹⁴ См.: *Гражданское уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения. Т. 2 / под ред. И.М. Тютрюмова. СПб., 1910. С. 249.*

¹⁵ См.: *Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. 3-е изд. М., 2011. С. 646.*

¹⁶ Э. Вайнриб, пожалуй, самый известный современный апологет коррективной справедливости как базовой, системообразующей идеи частного права, примиряет идею возмещения позитивного интереса с принципом коррективной справедливости с кантианских позиций, объясняя договорное правопритязание кредитора как притязание на обещанное положение вещей. Подрыв последнего должником, отступающим от договора, лишает кредитора того, что у него уже есть. Тем самым Вайнриб пытается разрешить дилемму, обозначенную Фуллером и другими сторонниками защиты негативного интереса. См.: *Weinrib E.J. Corrective Justice. Oxford, 2012. P. 148–156.*

¹⁷ *Предлагается внести в п. 2 ст. 393 ГК РФ норму следующего содержания: «Возмещение убытков в полном размере означает, что в результате их возмещения кредитор должен быть поставлен в то положение, в котором он находился бы, если бы обязательство было исполнено надлежащим образом».*

¹⁸ При этом нужно иметь в виду, что защита одного лишь негативного интереса в договорном праве встречается, но применяется в основном только в тех случаях, когда договор признается недействительным, например в связи с обманом, насилием, угрозой или введением в заблуждение. В российском законодательстве имеется ряд упоминаний о том, что признание сделки недействительной сопрягается с правом одной из сторон требовать взыскания убытков (п. 6 ст. 178, п. 4 ст. 179 ГК РФ), но при этом ГК не уточняет, какой интерес будет защищать взыскание убытков в такой ситуации. Очевидно, что в данном случае взыскание позитивного интереса невозможно, так как недействительная сделка не порождает правовых эффектов: ни обязательств должника, ни ожиданий кредитора. Все, что на что может рассчитывать потерпевший (например, жертва обмана, насилия или угрозы) при признании сделки недействительной в такой ситуации, — это восстановление того его экономического положения, которое имело место до момента совершения сделки. Такое восстановление происходит в форме возмещения расходов, понесенных одной из сторон в процессе переговоров и исполнения договора, а также в некоторых случаях и убытков в виде утраченной возможности заключить альтернативную сделку. Этот подход принят в большинстве известных нам стран (см.: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). P. 556 ff.*). Этот же подход применяется в большинстве стран и при взыскании убытков в случае недобросовестного поведения одной из сторон на стадии переговоров (так называемая *преддоговорная ответственность*), если в его результате сделка вовсе не была заключена (например, предоставление ложных преддоговорных заверений, ведение переговоров без реальной цели его заключить и т.п.). *Ibid.* P. 273, 276 ff. В Проекте реформы ГК РФ, принятом Госдумой в 2012 г. в первом чтении, именно такой подход к расчету убытков отражен в ст. 434.1, согласно которой в наше позитивное право предлагается ввести режим ответственности за недобросовестное ведение переговоров.

Переходя к анализу этой конвенциональной формы компенсационной защиты договорных прав, следует сразу же отметить, что мы в корне не согласны с развиваемой некоторыми американскими сторонниками экономического анализа договорного права теорией эффективного нарушения договора (*efficient breach theory*), согласно которой во имя поощрения эффективных нарушений право должно ограничивать доступные кредитору средства защиты исключительно иском о возмещении убытков (причем лишь предвидимых нарушителем при заключении договора) и не приветствуются любые сверхкомпенсационные взыскания¹⁹ или иски об исполнении обязательства в натуре.

Последовательное претворение в жизнь этой теории приводит к идее о том, что ничего предосудительного в неисполнении договора вовсе нет, так как само обязательство должника было, по сути, альтернативно: должник по своему выбору может либо исполнить то, что входит в предмет договора, либо откупиться, возместив убытки кредитора²⁰. Одним из первых близкий взгляд на последствия нарушения договора выдвинул более 100 лет назад знаменитый американский судья О.У. Холмс²¹.

Сторонники экономического анализа первой волны, включая Р. Познера, одного из основоположников этого направления в правовой науке, поддерживали теорию эффективного нарушения договора и видели в ней экономическое объяснение принятого в классическом англо-американском праве негативного отношения к карательным договорным неустойкам и искам об исполнении договора в натуре²². Р. Познер пишет, что даже если нарушение является умышленным, оно отнюдь не всегда заслуживает порицания, так как должник мог нарушить договор из-за того, что обнаружил, что его исполнение оказалось более ценным для кого-то другого. В таких случаях, по мнению Р. Познера, эффективность будет обеспечиваться, если должнику будет позволено выйти из договора, будучи готовым возместить кредитору убытки. Соответственно, если бы право разрешало взыскивать с должника больше, чем убытки кредитора, такие эффективные нарушения предотвращались, что, по его мнению, было бы нежелательным²³.

Следствием такого подхода, если проводить его последовательно, в долгосрочной перспективе будет деморализация договорных отношений и подрыв этики верности слову, которая лежит в основе социальных норм, структурирующих поведение участников оборота. Никто не может четко определить, в какой степени весь современный рыночный оборот строится на такого рода социальных нормах межличностного доверия и честности, эволюционно укоренившихся в культуре, в какой степени они снижают трансакционные издержки, предотвращая обращение к столь дорого-

¹⁹ См.: Posner R.A. *Let Us Never Blame a Contract Breaker* // 107 *Michigan Law Review*. 2008–2009. P. 1356.

²⁰ *Ibid.* P. 1350.

²¹ См.: Holmes O.W. *The Path of the Law* // 10 *Harvard Law Review*. 1897. P. 462. О некоторых различиях в воззрениях Холмса на счет природы договорных обязательств и теории договора как источника альтернативного обязательства, ставшей впоследствии ассоциироваться с его именем, см.: Perillo J.M. *Misreading Oliver Wendell Holmes on Efficient Breach and Tortious Interference* // 68 *Fordham Law Review*. 2000. P. 1085 ff.

²² См.: Posner R.A. *Economic Analysis of Law*. 2nd ed. New York, 1977. P. 88–89; Birmingham R. *Op. cit.* P. 284. См. также: Polinsky A.M. *An Introduction to Law and Economics*. 3rd ed. New York, 2003. P. 33–36, 69.

²³ См. его решение по делу *Patton v. Mid-Continent Sys.*, 841 F.2d 742 (7th Cir. 1988).

стоящему регулятору поведения, как право. Но трудно спорить с тем, что роль этих факторов колоссальна. Попытки деконструировать эту деловую мораль могут быть очень опасны с точки зрения долгосрочных последствий развития экономики²⁴.

Общество, которое не основано на доверии, обречено на упадок, и трудно представить себе развитие экономики в стране, в которой считается нормой неисполнение договорных обязательств²⁵. Социальный капитал (в форме межличностного доверия) очень легко растерять, но крайне трудно накопить. Окончательное закрепление в праве идеи о том, что нарушать договор допустимо тогда, когда должник готов возместить убытки кредитору, в долгосрочной перспективе может оказать разрушающее воздействие и на эти социальные нормы. Последствия такой эрозии деловой морали, в основе которой столетиями лежала идея святости договора и аморальном характере неверности своему слову, и подрыва институциональных условий обеспечения межличностного доверия труднопредсказуемы²⁶. Хотя бы поэтому договорное право не должно проводить в жизнь теорию эффективного нарушения, пропагандировать идею о целесообразности осуществления нарушения договора и, соответственно, не должно стремиться принципиально ограничивать права пострадавшего от нарушения договора кредитора лишь взысканием компенсационных убытков.

Стороны, заключая договор, желают именно исполнения, а не денежного эквивалента²⁷. Если бы они действительно хотели бы иного, то могли легко согласовать в договоре альтернативное обязательство на стороне должника. Тот факт, что это на практике происходит крайне редко, причем и в тех странах, в которых кредитору широко доступен иск об исполнении обязательства в натуре (Франция, Германия, Голландия и т.п.), говорит о том, что кредитор при заключении договора делает имплицитный выбор в пользу исполнения, а не предоставления денежного суррогата, а должник также на это соглашается. В этом плане теория эффективного нарушения, в основе которой лежит предположение о равноценности для кредитора исполнения договора в натуре и его денежного суррогата, основана на неверном предположении о том, чего желают стороны на самом деле. Как отмечают американские авторы, опросы среди предпринимателей показывают, что большинство из них считает умышленное нарушение договора аморальным и предпочитают более не сотрудничать с компанией, замеченной в таком поведении (особенно если нарушение совершается с целью не избежать непропорциональных расходов, а извлечь дополнительную выгоду)²⁸. Мы не ошибемся, если

²⁴ См.: Mackaay E. *Law and Economics for Civil Law System*. Cheltenham, 2013. P. 486.

²⁵ См.: Brun P. *Le droit de revenir sur son engagement // Droit & Patrimoine*. 1998. P. 79, 86 (цит. no: Rowan S. *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance*. Oxford, 2012. P. 51). Близкий тезис выдвинул против теории эффективного нарушения в американском праве Дж. Перилло (см.: Perillo J.M. *Op. cit.* P. 1105).

²⁶ Аналогичные аргументы см.: Kogelenberg M. van. *Motive Matters! An Exploration of the Notion «Deliberate Breach» and Its Consequences for the Application of Remedies*. Cambridge, 2013. P. 160–164.

²⁷ См.: Eisenberg M.A. *Actual and Virtual Specific Performance // 93 California Law Review*. 2005. P. 1007.

²⁸ См.: Baumer D., Marschall P. *Willful Breach of Contract for the Sale of Goods: Can the Bane of Business be an Economic Bonanza? // 65 Temple Law Review*. P. 165. См. также.: Wilkinson-Ryan T., Hoffman D. *Breach is for Suckers // 63 Vanderbilt Law Review*. 2010. P. 1013 ff. Подробнее об этих и других исследованиях на сей счет см.: Kogelenberg M. van. *Op. cit.* P. 66–68.

предположим, что в российской деловой практике ситуация принципиально не отличается.

Но самое главное — теория эффективного нарушения игнорирует описанную нами выше проблему систематической недокомпенсации в силу сложностей в доказывании. Все, что было выше написано про экономическую неэффективность иска о взыскании убытков в условиях хронической проблемы недокомпенсации и структурный провал этой санкции в роли стимула к соблюдению гражданских прав, в полной мере применимо и к ситуации с нарушением договорных обязательств. Не сильно преувеличивая, можно сказать, что добиться взыскания всех возникающих в связи с нарушением контракта убытков (особенно упущенной выгоды) в российских судах по сложности задачи сродни всем подвигам Геракла, вместе взятым.

Соответственно, даже в результате взыскания убытков среднестатистический кредитор оказывается в положении не вполне идентичном тому, в котором он оказалась бы, если бы договор был исполнен надлежащим образом²⁹. Его положение ухудшается, и критерий эффективности по Парето не соблюдается. Это связано и с тем, что (а) интерес кредитора в исполнении мог быть не сугубо материальным или исполнение могло иметь для него труднодоказуемую в суде субъективную ценность; (б) взыскание возникающих у него косвенных и отдаленных убытков невозможно; (в) при доказывании некоторых видов убытков кредитору пришлось бы раскрывать свою коммерческую тайну; (г) имеются просто объективные сложности в доказывании некоторых видов убытков (в первую очередь упущенной выгоды) с точки зрения релевантного стандарта доказывания. Соответственно, в таких случаях недокомпенсации будет не только систематически нарушаться критерий эффективности по Парето, но должники получают стимулы осуществлять как эффективные, так и абсолютно неэффективные нарушения договоров³⁰.

Радует, что в последние годы теория эффективного нарушения и идея ограничивать права кредитора только иском о взыскании убытков начинают терять сторонников в американской правовой науке³¹ по мере того, как все очевиднее становится возникающая в рамках модели обычной компенсационной защиты проблема патологической недокомпенсации кредиторов. Как недавно было отмечено, простая версия теории эффективного нарушения сейчас в США потеряла поддержку

²⁹ Kogelenberg M. van. *Op. cit.* P. 167–168.

³⁰ См.: Gesen H., Hardy R. *Is the System of Contract Remedies in the Netherlands Efficient from a Law and Economics Perspective?* // Smits J., Haas D. and Heslen G. *Specific Performance in Contract Law: National and Other Perspectives*. New York, 2008. P. 295; Mahoney P.G. *Contract Remedies: general* // Geest G. de (ed.). *Contract Law and Economics*. Cheltenham, 2011. P. 165.

³¹ См.: Farber D. *Reassessing the Economic Efficiency of Compensatory Damages for Breach of Contract* // 66 *Virginia Law Review*. 1980. P. 1443 ff; Schwartz A. *The Case for Specific Performance* // 89 *Yale Law Journal*. 1979. P. 271 ff; Ulen T. *The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies* // 83 *Michigan Law Review*. 1984. P. 358 ff; Shavell S. *Specific Performance versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis* // 84 *Texas Law Review*. 2006. P. 831 ff; Kronman A.T. *Specific Performance* // 45 *University of Chicago Law Review*. 1978. P. 351 ff; Linzer P. *On the Amorality of Contract Remedies — Efficiency, Equity, and the Second Restatement* // 77 *Columbia Law Review*. 1981. P. 111 ff; Friedmann D. *The Efficient Breach Fallacy* // 18 *Journal of Legal Studies*. 1989. P. 1 ff; MacNeil I.R. *Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky* // 68 *Virginia Law Review*. 1982. P. 968; Eisenberg M.A. *Op. cit.* P. 975 ff; Dodge W. *The Case for Punitive Damages in Contract* // 48 *Duke Law Journal*. 1999. P. 666–670.

среди большинства ученых, работающих в рамках методологии экономического анализа права³².

Тем не менее тезис о необходимости ограничения прав кредитора исключительно иском об убытках и, соответственно, поощрения эффективных нарушений продолжает звучать в литературе. Сторонники идеи о защите договорных прав исключительно в рамках режима *Liability rule* сейчас используют куда более изощренные теории, которые, впрочем, никак не могут привести к внятному и убедительному решению проблемы систематической недокомпенсации кредитора. Например, Р. Познер, продолжая отстаивать принцип эффективного нарушения, делает некоторые оговорки о допустимости сверхкомпенсационных взысканий применительно к оппортунистическим нарушениям договора и признает легитимность сверхкомпенсационных неустоек, но в целом защищает идею о том, что основным средством защиты на случай нарушения договора должен быть иск о взыскании компенсационных убытков. Он в своих выводах опирается на малоубедительный, на наш взгляд, тезис о том, что суды в большинстве случаев могут достаточно точно определить размер убытков кредитора и проблема систематической недокомпенсации не возникает³³. Такой подход нам представляется в корне ошибочным.

В условиях, когда пострадавший от нарушения договора кредитор ограничен лишь правом на взыскание убытков, должнику слишком часто оказывается выгоднее не исполнять свои обязательства, чем соблюдать их. Это происходит в силу того, что ожидаемые издержки неправомерного поведения (возможные убытки кредитора, умноженные на процент вероятности их взыскания и фактического исполнения судебного решения) выглядят зачастую крайне незначительными по сравнению с ожидаемой выгодой должника от оппортунизма. В результате оборот дестабилизируется не столько за счет нарушений действительно эффективных, сколько за счет огромного числа нарушений неэффективных, попирающих договорные права кредитора без серьезных для него шансов на получение полной компенсации.

Безусловно, фактор репутационного давления и расчет на совесть должника (интернализированные им социальные нормы честного поведения) нередко оправдывают себя. Но очень часто эти внеправовые инструменты нормирования поведения контрагентов не срабатывают, а право свою регуляторную функцию исполнить оказывается не в состоянии. А при развитии в социальной морали идеи о приемлемости нарушений договора хватка и этого внеправового регуляторного инструмента значительно ослабевает.

В связи с этим приходится признать, что в ситуации, когда у кредитора в арсенале средств защиты есть лишь иск о полной компенсации своих убытков, право не создает институциональных условий для соблюдения договорной дисциплины и развития стабильного и предсказуемого оборота. Правовое значение обязательства значительно девальвируется, и в итоге возрастают риски оппортунизма и возникновения некомпенсируемых потерь контрагентов. Последние закладываются в цены, которые в итоге платят все участники оборота, в том числе и те, которые

³² См.: Klass G. *Efficient Breach // The Philosophical Foundations of Contract Law* / ed. by G. Klass, G. Letsas, P. Saprai. 2013. URL: <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2194&context=facpub>.

³³ См.: Posner R.A. *Economic Analysis of Law*. 8th ed. New York, 2011. P. 149, 162–163, 322–323.

не склонны к оппортунистическому поведению и настроены на соблюдение стандартов честных деловых практик и верности слову³⁴. Высокие риски нарушений договорных обязательств, негативные последствия которых кредитор возместить с большой степенью вероятности не сможет, означают и высокую долю премии за риск в цене контрактов. И чем долгосрочнее и значительнее контракт, тем выше риски того, что возникнут серьезные некомпенсируемые убытки, и, соответственно, тем выше эта премия. По сути, происходит кросс-субсидирование: честные участники оборота платят более высокую цену, оплачивают некомпенсируемые издержки своих контрагентов от нарушений договоров, допускаемых отдельными оппортунистами.

Известно, что обеспеченный кредит обычно стоит заемщику на несколько порядков дешевле кредита необеспеченного и соответствующая разница в процентных ставках отражает различное качество кредиторского риска. То же самое мы наблюдаем и применительно к любому договору, исполнение обязательств по которому отсрочено во времени. Когда у кредитора по обычному коммерческому договору нет возможности согласовать эффективные средства обеспечения, он оказывается в положении банка, который готов выдать необеспеченный кредит под высокий процент, но никогда не сделает этого (если он не враг себе) под более низкий процент.

Но наличие этого высокого процента (или завышенной с учетом высокого уровня риска цены любого иного договора) не означает, что все желающие заключить соответствующий договор смогут себе это позволить. Многие потенциальные контрагенты просто будут вынуждены воздержаться в силу того, что сделка по такой цене не будет влечь для них улучшение по Парето (т.е. она не будет экономически эффективной). Для экономического развития ситуация, когда потенциал для совершения множества взаимовыгодных сделок не реализуется, означает удар по его перспективам. Напомним, что развитие экономики в рыночной парадигме происходит именно за счет ежедневного совершения автономными участниками оборота миллионов таких взаимовыгодных сделок, обеспечивающих эффективное распределение ресурсов, капитала, труда и продуктов производства, т.е. перенос их в руки тех, кому они наиболее ценны в настоящее время.

Когда говорят о крайне недружественной институциональной среде для реализации долгосрочных и капиталоемких инвестиционных проектов и просто ведения честного бизнеса в нашей стране, имеют в виду прежде всего именно отсутствие правовых гарантий. А эта защищенность предпринимателя проявляется в том числе и в наличии уверенности в том, что партнеры будут исполнять свои обязательства. В той степени, в которой право (а в силу невовлеченности в эту сферу права публичного — именно частное договорное право) в принципе способно влиять на институциональную защищенность контрактных обязательств, оно способно влиять и на темпы и качество экономического развития в целом. Безусловно, доля дисфункции договорного права и фактора незащищенности кредиторов перед лицом оппортунистического поведения должников в общем объяснении плохой институциональной среды для развития экономики в нашей стране куда менее значительна, чем доля проблем, вытекающих из функционирования системы защиты прав собственности, а также права публичного. Но игнорировать этот фак-

³⁴

См.: Walt S. *Penalty Clauses and Liquidated Damages* // Geest G. de (ed.). *Op. cit.* P. 181.

тор ни в коем случае не стоит. Большие проблемы возникают из множества мелких неприятностей. И если каждая из них будет казаться не настолько значительной в сравнении с масштабом проблемы в целом, чтобы ею серьезно заниматься, то решить большую проблему будет невозможно.

Описанная «неприятность» могла бы не быть столь острой, если бы условно честные, осторожные и осмотрительные участники оборота могли бы надежно донести до своих потенциальных партнеров это знание о своих качествах и отделить себя от лиц нечестных, неосторожных и неосмотрительных. Но в реальности заключение договоров происходит, как правило, в условиях информационной асимметрии, когда контрагенты не могут точно определить надежность друг друга. Экономическая жизнь и правовая система выработали множество реальных инструментов решения этой проблемы (например, средства обеспечения обязательств, бюро кредитных историй, инвестиции в бренд и деловую репутацию и т.п.). Но они отнюдь не решают проблему полностью и во всех случаях. Далеко не всегда у контрагента имеется ликвидное имущество, которое он может заложить, а даже если оно и имеется, далеко не всегда трансакционные издержки по согласованию таких средств обеспечения окупаются выгодой от этих дополнительных гарантий. Изучение же кредитной истории доступно далеко не на всех рынках и не позволяет однозначно судить о риске нарушения потенциальным контрагентом своих обязательств в будущем, хотя, безусловно, и позволяет несколько более точно определить данный риск. Иначе говоря, отделить «хороших» контрагентов, риск нарушения договора которыми невысок, от «плохих», указанный риск применительно к которым значителен, потенциальный их партнер с абсолютной точностью не может. В итоге он вынужден учитывать в цене, по которой он готов заключить договор, усредненное значение риска.

В результате возникают условия для феномена так называемого ухудшающего отбора (*adverse selection*). Для «хороших» контрагентов предложенная цена с учетом среднего риска может оказаться слишком высокой: ведь на самом деле риск в его конкретном случае куда ниже, но кредитор это оценить в полной мере не может из-за информационной асимметрии. А что подразумевается под низким риском? Это зачастую означает, что данный контрагент соблюдает стандарты честной деловой практики и не готов нарушать свои обязательства во имя краткосрочной выгоды. Для такого контрагента цена с учетом премии за средний риск часто воспринимается как неоправданно завышенная и не отвечающая его экономическим интересам. В итоге многие из таких «хороших» контрагентов воздерживаются от заключения договора, и возможность эффективной сделки блокируется. В то же время для «плохих» контрагентов с высоким риском нарушения заложенная в цену средняя величина риска куда чаще представляется вполне приемлемой. Такого рода участники оборота, готовые на грубое оппортунистическое поведение, часто играют в короткую и не заботятся о своих долгосрочных интересах, предпочитая извлекать сверхприбыль от нечестного поведения здесь и сейчас. Соответственно, рентабельность их бизнеса часто выше и позволить себе такую цену они в состоянии, особенно если они заранее знают, что будут склонны нарушить свои обязательства по этому договору. В итоге доля «плохих» контрагентов растет и в пуле контрактов предпринимателя часто оказывается непропорционально высокой. В результате количество случаев нарушения договорной дисциплины становится еще большим. Оценка среднего уровня риска растет, а вместе с ней становится больше и премия за риск, закладываемая в цену, что еще сильнее увеличивает

долю «плохих» контрагентов. Постепенно «плохие» контрагенты вытесняют «хороших», равно как плохие подержанные машины вытесняют качественный автомобильный секонд-хенд. Экономисты называют этот случай ухудшающего отбора рынком «лимонов»³⁵.

Безусловно, полное вытеснение добросовестных участников оборота с рынка не произойдет никогда в силу целого ряда факторов. Но проблема действительно существует и напрямую влияет на состояние договорной дисциплины и развитие экономики.

Если бы правовая система обеспечивала высокую вероятность компенсации потерь, возникающих в случае нарушения обязательств, риск некомпенсируемых потерь был бы значительно ниже и соответствующая премия за риск в ценах товаров, работ, услуг и капитала — соразмерно меньше. Это сокращало бы деструктивное экономическое влияние феномена ухудшающего отбора и снижало бы преимущества нечестных деловых практик, создавая условия для формирования стандартов честного бизнес-поведения в отношении заключаемых контрактов.

Российскому праву (частному и процессуальному) в связи с этим предстоит сложнейшая задача — повысить эффективность защиты прав кредиторов средствами классического для частного права иска о взыскании убытков. В этих условиях начало реализации в российской судебной практике идеи о том, что суд не вправе отказать в иске об убытках из-за недоказанности их размера, как уже отмечалось, может сыграть важную позитивную роль. Но это задача сложнейшая и вряд ли реализуемая в полной мере в ближайшей перспективе. В такой ситуации обостряется вопрос о достаточности сугубо компенсационной защиты прав кредитора по договору.

Напоследок следует заметить, что если мы признаем неадекватной теорию эффективного нарушения, то это определяет и некоторые выводы применительно правового режима взыскания убытков. Например, сейчас достаточно остро встал вопрос о введении в наше договорное право такого ограничителя суммы взыскиваемых убытков, как критерий их предвидимости (*foreseeability of damages*). Этот критерий известен праву Франции, Англии, США, многих других стран, а также Венской конвенции 1980 г. о договорах международной купли-продажи, Принципам международных коммерческих договоров УНИДРУА и Проекту общей системы координат европейского частного права (*Draft Common Frame of Reference*, далее — *DCFR*)³⁶. Его

³⁵ *Проблему ухудшающего отбора (adverse selection) на примере рынка подержанных автомобилей (так называемого рынка лимонов) наиболее ярко продемонстрировал нобелевский лауреат Дж. Акерлоф. См.: Акерлоф Дж. Рынок «лимонов»: неопределенность качества и рыночный механизм (1970) // THESIS. 1994. Вып. 5. С. 91–104.*

³⁶ *Сравнительно-правовой анализ критерия предвидимости убытков см.: Ferrari F. Comparative Ruminations on the Foreseeability of Damages in Contract Law // 53 LA. L. Rev. 1992–1993. P. 1257–1269. Анализ актов международной унификации договорного права и практики рассмотрения споров по данному вопросу см.: Афанасьев Д.В. Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ: критерий предвидимости убытков при международной купле-продаже товаров // Убытки и практика из возмещения / отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2006. С. 541–561. Историю возникновения и распространения этого критерия ограничения ответственности см.: Сераков В.В. Исторические аспекты предвидимости убытков. Соотношение предвидимости убытков в ст. 74 Венской конвенции 1980 г. и решении по делу Hadley v. Baxendale // Вестник гражданского права. 2012. № 6. С. 289–301.*

применение блокирует возможность взыскания с должника убытков кредитора, которые должник на момент заключения договора не предвидел и не мог предвидеть. В рамках опубликованной в 2009 г. для обсуждения Концепции совершенствования общих положений обязательственного права России (рекомендована Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства протоколом от 26.01.2009 № 66) было предложено этот ограничитель убытков ввести в главу 25 ГК РФ. В результате обсуждения от этой идеи было решено отказаться, и текст Проекта реформы ГК, внесенный в Госдуму и принятый в первом чтении в 2012 г., уже не содержал данной новеллы. Тем не менее некоторые отечественные юристы благосклонно относятся к самой этой идее интеграции в российское право критерия предвидимости убытков³⁷.

Критерий предвидимости имеет целью исключить ситуацию, когда должник, не зная о высоких рисках причинения своим возможным нарушением договора необычно высоких убытков, согласится на обычную цену, в расчете которой будет учтен средний, обычный уровень рисков, но потом будет вынужден оплачивать кредитору убытки, риск возникновения которых не был учтен в цене. Ведь уровень усилий, заботливости и осмотрительности, который берет на себя должник по договору, — это вопрос степени. Чем больше усилий предпринимает должник, чтобы избежать нарушения, тем больше его расходы, и этот уровень расходов неминуемо должен быть учтен в цене, чтобы сделка оставалась Парето-улучшающей. Не зная о каких-то особых рисках кредитора, должник будет опираться в своих расчетах на средний уровень риска. Если бы право позволяло кредитору взыскать с должника необычно высокие, нетипичные убытки кредитора, пусть даже и находящиеся в прямой причинно-следственной связи с нарушением, то это было бы несправедливым по отношению к должнику. Ведь, зная он о таких рисках, он бы либо вовсе не заключил договор, либо затребовал иную цену³⁸. Отсюда и идея о том, что кредитор должен при заключении договора предупредить должника о риске любых необычных убытков, которые могут возникнуть в случае нарушения должником договора. Такое решение направлено на обеспечение соразмерности цены и принимаемых сторонами рисков.

³⁷ См.: Томсинов А.В. *Понятие договорных убытков в праве Англии, США и России*. М., 2010. С. 123.

³⁸ Достаточно представить себе ситуацию, когда предприниматель заказывает такси до аэропорта и не сообщает о том, что он направляется в заграничную поездку для заключения многомиллионной сделки, которая будет сорвана при неявке в назначенное время в назначенное место. Таксист, не зная о таких рисках, будет учитывать обычный, средний уровень рисков и прикладывает обычный уровень усилий, отразив его в предложенной цене. Допустим далее, что таксист опоздал, что помешало предпринимателю вовремя добраться до аэропорта и заключить соответствующую сделку. Если бы таксист знал о столь серьезных негативных последствиях своего опоздания, он бы выехал за несколько часов и, возможно, взял бы с собой страховочную машину, причем он отразил бы эти расходы и риски в цене. Крайне несправедливо эксплуатировать незнание таксистом о таких рисках, пользоваться более низкой ценой, а в случае материализации риска пытаться перенести этот риск на него. С экономической точки зрения это будет означать, что сделка не соответствует критерию Парето из-за информационной асимметрии. Право такого рода развитие приветствовать не должно. Безусловно, в ответ на эту проблему стороны могут ограничивать в договоре размер допустимых ко взысканию убытков. Так что речь здесь идет скорее об оптимальном содержании диспозитивного правила, т.е. того решения, которое применяется, если иное не согласовано. Сторонники критерия предвидимости считают, что он является более удачным диспозитивным правилом, так как стимулирует сторону, обладающую релевантной информацией об уровне рисков, раскрывать ее другой стороне и открывать возможность для согласования эффективной цены.

В то же время данный принцип имеет и серьезные недостатки³⁹. Например, возникает проблема с определением подхода к взысканию убытков, которые не были очевидны должнику в момент заключения договора в силу того, что вероятность их возникновения не была предвидима в тот момент самим кредитором и это помешало ему раскрыть соответствующий риск должнику при переговорах. Эта проблема особенно остро встает в отношении долгосрочных договоров. Традиционный принцип оценивает предвидимость на момент заключения договора и тем самым исключает возможность взыскания таких убытков, даже если к моменту нарушения соответствующая информация была доведена до должника. Кроме того, возникает и другая проблема. Критерий предвидимости вынуждает потенциального кредитора раскрывать при переговорах своему контрагенту информацию, которую традиционная стратегия переговоров обычно предполагает скрывать⁴⁰. Так что определение целесообразности рецепции критерия предвидимости и его дизайна с точки зрения политики права — это один из самых сложных вопросов договорного права. В наши задачи в рамках настоящей статьи не входит поиск ответа на этот вопрос.

В то же время, если наше право когда-нибудь решит этот институт рецепировать, то абсолютно необходимо оценить целесообразность восприятия и известного, в частности, праву Франции (ст. 1150 ГК Франции), Италии (ст. 1255 ГК Италии), Испании (ст. 1107 ГК Испании) и праву ряда других стран, а также многим актам международной унификации договорного права⁴¹ уточнения, согласно которому это ограничение не применяется к случаям умышленного нарушения договора⁴². Дело в том, что вся описанная выше политико-правовая логика обоснования критерия предвидимости убытков работает только там, где речь идет о рисках, т.е. о ситуации, когда убытки возникают из-за непреднамеренного нарушения договора. Именно здесь возникает проблема соответствия согласованной цены и уровня усилий должника, направленных на исполнение своих обязательств. Но в ситуации умышленного нарушения договора, совершаемого с целью извлечь дополнительную выгоду или тем более причинить вред кредитору, мы имеем осознанное и неоправданное с точки зрения принципа добросовестности решение должника проигнорировать свои обязательства. Если бы критерий предвидимости применялся и к таким ситуациям, это способствовало бы эффективным нарушениям, позволяя потенциальному нарушителю лучше оценивать риски взыскания с него убытков, точнее сопоставлять их со своей выгодой от нарушения и, соответствен-

³⁹ Ряд аргументов против этого института приводился нами ранее. См.: Карпетов А.Г. Средства защиты прав кредитора в свете реформы гражданского законодательства // Вестник гражданского права. 2009. № 4. С. 163–195.

⁴⁰ См.: Johnston J.S. Strategic Bargaining and the Economic Theory of Contract Default Rules // 100 Yale Law Journal. 1990–1991. P. 615–664.

⁴¹ См. ст. 9:503 Принципов европейского договорного права (критерий предвидимости исключен для случаев умышленного и грубо неосторожного нарушения договора), ст. III.-3:703 Проекта общей системы координат европейского частного права (критерий предвидимости исключен для случаев умышленного, безрас-судного и грубо неосторожного нарушения договоров).

⁴² Англо-американское право, рецепировавшее в XIX в. критерий предвидимости из французского права, от-казалось воспринять эту оговорку про умышленное нарушение. Не была включена эта оговорка и в Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА. Подробнее см.: Gordley J. Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment. P. 410–412.

но, более рационально принимать решения об эффективном нарушении. Но достигается это за счет увеличения доли некомпенсируемых убытков кредитора. Если наша задача состоит в том, чтобы бороться с контрактным оппортунизмом и предотвращать проблему недокомпенсации, нет никакой необходимости упрощать должнику такие расчеты и стимулировать эффективные нарушения в ущерб интересам кредитора.

В итоге в случае окончательного решения воспринимать в нашем праве доктрину предвидимости убытков мы считаем несправедливым и неэффективным ее применение тогда, когда нарушение происходит не в связи с теми или иными объективными препятствиями (например, в силу случая), а в результате недобросовестного умысла⁴³. Оговорка про недобросовестность важна потому, что, как мы далее покажем, не всякое осознанно совершаемое нарушение договора является предосудительным и заслуживающим особой правовой кары. Возможно, также стоит вслед за французским правом исключить применение критерия предвидимости и в отношении случая, когда недобросовестность должника проявляется в форме грубой неосторожности⁴⁴.

Деликтные иски к контрагентам должника

Нередко нарушение должником своего обязательства состоит в том, что он заключает альтернативную сделку с третьим лицом или третье лицо иным образом вторгается в существующие договорные отношения. Такая ситуация, в частности, имеет место тогда, когда продавец недвижимости продает ее не тому покупателю, которому он обещал это сделать по договору, а другому лицу, который после заключения первого договора предложил более высокую цену. Другой пример: должник, взявший на себя негативное обязательство не совершать некоторые сделки (например, не уступать право требования из договора третьим лицам или не предоставлять право на свой товарный знак конкурентам ранее привлеченного по договору франчайзинга пользователя в соответствующем регионе), в нарушение этого обязательства совершает соответствующую сделку. В большинстве случаев такие нарушения договора должником являются умышленными и осуществляются по расчету.

Когда третье лицо заключает с должником сделку, которая влечет нарушение последним его обязательств перед кредитором по ранее заключенному договору, оно, вторгаясь в чужие договорные отношения, провоцирует правонарушение. Если это третье лицо («интервент») вторглось в эти отношения неумышленно, не зная о существовании действительного обязательства, нарушаемого заключением такой сделки, его поведение не предосудительно. Нас интересует ситуация, когда «интервент» вторгся в чужие договорные отношения вполне осознанно (в частности,

⁴³ Аналогичный вывод см.: Gordley J. *Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*. P. 405; Kogelenberg M. *van. Op. cit.* P. 102–105, 173–174.

⁴⁴ *Использованный в ст. 1150 ФГК Франции термин *dol* для описания нарушений, в отношении которых не действует критерий предвидимости, покрывает во французском праве не только умысел, но и грубую неосторожность, граничащую с умыслом. См.: Nicholas B. *The French Law of Contract*. Oxford, 2003. P. 230–231; Treitel G.H. *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*. Oxford, 1988. P. 154–156.*

заключил договор с одним из контрагентов по некой ранее заключенной сделке, прекрасно зная, что тем самым он стимулирует нарушение договорного права кредитора своего контрагента).

Право многих стран в данной ситуации допускает деликтный иск пострадавшего от такого нарушения договора кредитора о возмещении убытков к такому недобросовестному «интервенту». В английском и американском праве этот деликт признается и имеет название *tortious interference with contract*⁴⁵. Аналогичный институт деликтного права с теми или иными особенностями и с большей или меньшей интенсивностью применяется во французском, голландском, немецком праве и праве многих других континентально-европейских стран. В ряде стран по общему правилу достаточным считается доказанное знание «интервента» о том, что его взаимодействие с должником провоцирует и непосредственно влечет нарушение последним своих договорных обязательств перед кредитором. Соответственно, в этих странах сфера применения такого иска достаточно широка. В некоторых других странах для успеха такого деликтного иска нужно доказать нечто большее с точки зрения предосудительности поведения «интервента» (умысел на причинение ущерба кредитору, противоречие поведения «интервента» основам правопорядка или нравственности и т.п.). Здесь подобный иск допустим только в самых радикальных ситуациях. В ряде же других стран критерии применения этого в целом признаваемого в теории иска не вполне прояснены⁴⁶.

В результате обобщения европейского опыта европейскими цивилистами была выработана редакция ст. 6.-2:211 DCFR, согласно которой такой деликтный иск в целом признается допустимым, но его удовлетворение обуславливается тем, что «интервент» имел умысел на нарушение должником своего обязательства перед неким кредитором (а не просто пренебрегал возможными побочными негативными последствиями своей сделки в отношении договорных прав третьих лиц) и при этом не действовал во имя своих собственных легитимных интересов.

⁴⁵ Применительно к англо-американскому режиму данного иска см.: Fine B.L. Note, *An Analysis of the Formation of Property Rights Underlying Tortious Interference with Contracts and Other Economic Relations* // 50 *University of Chicago Law Review*. 1983. P. 1116 ff; McChesney F.S. *Tortious Interference with Contract Versus «Efficient» Breach: Theory and Empirical Evidence* // 28 *Journal of Legal Studies*. 1999. P. 131 ff; Perlman H.S. *Interference with Contract and Other Economic Expectancies: A Clash of Tort and Contract Doctrine* // 49 *University of Chicago Law Review*. 1982. P. 61 ff; BeVier L.R. *Reconsidering Inducement* // 76 *Virginia Law Review*. 1990. P. 877 ff; Epstein R.A. *Inducement of Breach of Contract as a Problem of Ostensible Ownership* // 16 *Journal of Legal Studies*. 1987. P. 1 ff; Landes W.M., Posner R.A. *Joint and Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis* // 9 *Journal of Legal Studies*. 1980. P. 517 ff. Историю развития данного деликта в общем праве см.: Varadarajan D. *Tortious Interference and the Law of Contract: The Case for Specific Performance Revisited* // 111 *Yale Law Journal*. 2001. P. 742.

⁴⁶ Анализ европейского опыта см.: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. P. 3257 ff; Boom W.H. van. *Pure Economic Loss: A Comparative Perspective* // Boom W.H. van, Koziol H., Witting C.A. *Pure Economic Loss*. New York, 2004. P. 16 ff; Bussani M., Palmer V.V. *Pure Economic Loss in Europe*. Cambridge, 2003. P. 362 ff; Bar C. von, Drobnig U. *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe: A Comparative Study*. Munich, 2004. P. 211 ff; Eulau P.H. *Inducing Breach of Contract: A Comparison of the Laws of the United States, France, the Federal Republic of Germany and Switzerland* // 2 *V.C. Int'l & Comp. L. Rev.* 1978. P. 41 ff. В отношении относительно сдержанного подхода немецкого права, допускающего такой иск только в случае противоречия поведения «интервента» добрым нравам и публичному порядку, см.: Spindler G., Rieckers O. *Tort Law in Germany*. The Hague, 2011. P. 69 ff. В отношении более комплиментарного подхода к данному иску во французском праве см.: Palmer V.V. *A Comparative Study (from a Common Law Perspective) of the French Action for Wrongful Interference with Contract* // 40 *American Journal of Comparative Law*. 1992. P. 297 ff.

В принципе взыскание убытков не с должника, нарушившего свое обязательство, а с «интервента» может быть удачным решением в тех случаях, когда должник банкрот и не способен отвечать по иску об убытках.

Безусловно, тут речь идет о компенсационной защите. Отличие от обычного иска о взыскании убытков состоит в фигуре ответчика.

Мы считаем рецепцию этого института удачным решением. В ситуации, когда кредитор не может компенсировать свои убытки за счет наиболее подходящего ответчика — самого нарушителя договора (например, в силу банкротства последнего), было бы крайне несправедливым и неэффективным оставлять кредитора беззащитным в условиях наличия фигуры «интервента», чье поведение с точки зрения добросовестности упречно, а с точки зрения каузальной связи вполне может быть охарактеризовано как причина возникновения убытков у кредитора.

Против самой возможности предъявления в подобных ситуациях деликтного иска к «интервенту» может быть выдвинуто одно возражение в том духе, что такого рода деликтная ответственность недобросовестного третьего лица, по сути, означает, что относительное договорное право защищается против нападков со стороны третьих лиц, что скорее характерно для прав абсолютных. Это возражение носит сугубо догматический характер. Но и оно вызывает сомнение. Как опыт ведущих континентально-европейских стран, так и традиция отечественной цивилистической догматики, допускавшая с теоретических позиций абсолютную защиту относительных правопритязаний⁴⁷, показывают, что в идее защитить договорные права кредитора путем деликтного иска к недобросовестным интервентам нет ничего априори несовместимого с догматикой гражданского права. Не обнаруживается и принципиальная несовместимость такого иска с российским ГК⁴⁸. С политико-правовых же позиций серьезных аргументов против предложенного нами решения мы не видим. Соответственно, нет причин воздерживаться от признания этой формы деликта и в нашем праве.

Впрочем, детали дизайна этого института мы здесь не рассматриваем. Требуется внимательного анализа целый ряд принципиальных вопросов. В первую очередь это вопрос о том, всякое ли знание «интервента» о нарушаемом его вторжением договоре должно расцениваться как признак его недобросовестности. Или могут быть случаи, когда такое осознанное вторжение в чужие договорные отношения может

⁴⁷ См.: Райхер В.К. Абсолютные и относительные права (к проблеме деления хозяйственных прав). В особенности применительно к советскому праву // Вестник гражданского права. № 2. 2007 (СПС Консультант-Плюс); Флейшиц Е. А. Обязательства из причинения вреда и неосновательного обогащения. М., 1951. С. 34; Иоффе О.С. Правоотношение по гражданскому праву // Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву. М., 2000. С. 619.

⁴⁸ Пункт 1 ст. 1064 ГК описывает деликт как причинение вреда имуществу жертвы, в то время как согласно ст. 128 ГК к имуществу относятся и имущественные права. К последним отечественное право относит и требования из заключенных договоров. Фактор же неправомерности состоит в том, что поведение «интервента», сознательно соучаствующего в нарушении имущественного права кредитора и провоцирующего такое нарушение, является явно недобросовестным и противоречит п. 3 ст. 1 ГК. Дополнительным нормативным основанием является и норма п. 4 ст. 10 ГК, согласно которой «если злоупотребление правом повлекло нарушение права другого лица, такое лицо вправе требовать возмещения причиненных этим убытков». Так что при наличии уверенности в том, что такое решение желательно с политико-правовых позиций, наша догматика не создает непроходимых препятствий для развития этого института.

быть оценено как вполне допустимое с точки зрения принципа добросовестности? Как мы видим, в зарубежном праве этот вопрос является, пожалуй, ключевой проблемой. Почти все согласны, что такой деликтный иск к недобросовестному «интервенту» возможен, но существуют разногласия в вопросе о том, можно ли считать недобросовестным любое осознанное вторжение или в поведении «интервента» должна быть выявлена более серьезная степень предосудительности. Кроме того, необходимо определить соотношение этого деликтного обязательства «интервента» и договорного обязательства должника, дабы избежать двойной компенсации. Есть определенные аргументы и в пользу солидарного, и в пользу субсидиарного характера ответственности «интервента»⁴⁹. Эти и другие вопросы требуют дополнительного обсуждения. В то же время сама идея привлечения к ответственности недобросовестного «интервента» заслуживает всяческой поддержки.

Угроза стать ответчиком по такому деликтному иску может подтолкнуть третье лицо, знающее о существовании обязательства потенциального контрагента перед своим кредитором, которое может быть нарушено заключением этой сделки, и самого должника по договорному обязательству при взаимном желании совершить эту сделку к вступлению в переговоры с кредитором, чтобы согласовать расторжение договора, предложив кредитору достаточную компенсацию⁵⁰. Если общий «кооперативный излишек» (т.е. взаимная выгода) от совершения этой второй сделки должника и нового потенциального контрагента выше убытков изначального кредитора, то они легко могут поступиться частью этой выгоды, чтобы предложить кредитору сумму компенсации, превышающую его убытки, и тогда разрыв изначального договора состоится в цивилизованном, добровольном формате. В результате будет зажжен зеленый свет перенаправлению объекта договора в руки того, кто ценит его выше, но это произойдет без риска некомпенсируемого ущерба для изначального кредитора и с гарантией сохранения эффективности по Парето такого изменения договорных связей.

В то же время не стоит думать, что предложенное выше введение такого состава деликта в наше право может концептуально решить проблему недокомпенсации. Во-первых, проблемы доказывания убытков с появлением фигуры дополнительного ответчика не испаряются. Во-вторых, круг возможных ситуаций, когда такой деликтный иск может быть заявлен к третьему лицу, достаточно ограничен.

Промежуточные выводы

Как мы показали, сложности в доказывании и взыскании убытков и определении судом субъективной ценности исполнения для кредитора, без которых право не может поставить его в положение безразличия к факту нарушения и восстановить статус-кво за счет денежной компенсации, носят очень серьезный характер. Право, совершенствуя режим взыскания убытков, может несколько снизить риск недокомпенсации, но устранить его полностью или как минимум в значительной степени не способно. В результате при наличии у кредитора на случай нарушения

⁴⁹ *Prima facie* наиболее разумным представляется признание субсидиарной природы ответственности «интервента».

⁵⁰ См.: McChesney F.S. *Op. cit.* P. 150–151.

договора только права на возмещение убытков позитивное право будет создавать стимулы к дестабилизации договорной дисциплины и при этом у очень многих должников будут формироваться основания для совершения неэффективных нарушений контракта.

В итоге теория эффективного нарушения, которая, казалась бы, призвана обеспечить экономическую эффективность, в реальности в долгосрочной перспективе формирует условия к ее подрыву.

В связи с этим, на наш взгляд, договорное право должно создать условия, при которых осознанно идти на нарушение своих обязательств должнику не будет резонов. Право должно создать стимулы, которые будут толкать должника, желающего отступить от буквы контракта, вступать в переговоры с кредитором и выкупать его согласие на изменение условий договора. Как справедливо отмечают Р. Кутер и Т. Улен, у идеи доверить разрешение этой проблемы в денежной оценке договорного права кредитора не судам, а самим сторонам есть серьезные достоинства⁵¹. А это возможно только тогда, когда право будет стимулировать должника, решившего не исполнять договор, выкупить у кредитора его согласие на расторжение *ex ante*. За согласие кредитора должнику придется заплатить корректировкой цены, внесением платы за расторжение договора или некими иными встречными уступками, но в результате будет исключена ситуация фактического одностороннего изменения или прекращения договора без соразмерного отражения этого обстоятельства в цене и обеспечена экономическая эффективность таких корректировок.

Если должник, намеревающийся отступить от условий договора, предложит кредитору в рамках переговоров компенсацию в размере хотя бы несколько большем, чем убытки кредитора от такого изменения, последнему нет смысла отказываться. В итоге такого согласованного сторонами изменения гарантируется, что транзакция остается в статусе Парето-улучшающей и взаимовыгодной. Кроме того, на макроуровне это будет способствовать снижению уровня нестабильности договорных отношений и рисков кредитора, привитию практики цивилизованного и честного ведения дел, снижению доли платы за этот риск в ценах товаров, работ, услуг и капитала и в итоге оздоровлению институциональных условий контрактных взаимодействий.

Какими же инструментами право может обеспечить такие стимулы? С одной стороны, с помощью институтов сверхкомпенсационной защиты. С другой — за счет режима защиты абсолютной.

2. Сверхкомпенсационные карательные санкции за нарушение договора

Сверхкомпенсационная договорная неустойка

Функцию по предотвращению нарушения договора за счет угрозы сверхкомпенсационных взысканий может выполнять договорная неустойка.

⁵¹ См.: Cooter R., Ulen T. *Law and Economics*. 5th ed. Boston, 2008. P. 268.

Норма о полном возмещении убытков в случае нарушения договоров по своей сути является диспозитивной и может с учетом определенных ограничений изменяться по воле сторон как в сторону увеличения ответственности, так и ее уменьшения⁵². Уменьшение проявляется в форме установления недокомпенсационной исключительной неустойки (п. 1 ст. 394 ГК РФ), исключения права на взыскание упущенной выгоды (ст. 15 ГК РФ), установления пределов возмещения убытков по сумме (ст. 400 ГК РФ) или расширения оснований освобождения от ответственности (ст. 401 ГК РФ). Отступление же в сторону увеличения осуществляется в основном в форме установления в договоре очевидно сверхкомпенсационной неустойки (в особенности штрафной). Соответственно, договорная неустойка — это не более и не менее чем вполне обычное договорное условие, которое отступает от установленного диспозитивного правила, и, соответственно, должно подчиняться универсальному принципу оценки таких отступлений от диспозитивных правил в рамках договорного права. Таким принципом является признание и приведение воли сторон в исполнение, за исключением случаев, когда либо (а) условие противоречит основам правопорядка или нравственности или ущемляет права и интересы третьих лиц, либо (б) оно по своему содержанию абсолютно аномально и очевидно не могло быть согласовано без скрытого порока воли, либо (в) явно несправедливое договорное условие навязано слабой стороне договора (например, потребителю или контрагенту монополиста)⁵³. За рамками этих случаев любые условия договора должны признаваться и приводиться судами в исполнение.

Иначе говоря, мы не видим причин, почему договорная неустойка должна оцениваться судами на основе каких-то иных принципов, чем такие финансовые условия договора, как условия о цене, скидках, комиссиях, плате за отказ от договора и т.п. или любые иные условия договора.

Одно из существенных преимуществ такой неустойки, когда она введена не законом, а договором, состоит в том, что ее размер определен сторонами и освещается принципом автономии их воли. Помимо очевидного этического резона уважать такую автономию и столь же очевидного для нас неприятия активного и «слепого» патернализма в контрактном праве, следует выделить крайне важные экономические аргументы в пользу института сверхкомпенсационной неустойки⁵⁴.

Во-первых, угроза уплаты договорной неустойки, которая установлена на сверхкомпенсационном уровне, во многих случаях лишает должника стимулов оппортунистически выкупить договорное право кредитора по цене, размер которой будет определен *ex post* в суде при взыскании убытков, и вынуждает вступать с кредитором в переговоры о внесении изменений в условия контракта или о его растор-

⁵² См.: Epstein R.A. *Beyond Foreseeability: Consequential Damages in the Law of Contract* // 18 *Journal of Legal Studies*. 1989. P. 108.

⁵³ Подробнее об этом см.: Каранетов А.Г., Савельев А.И. *Свобода договора и ее пределы: в 2 т. Т. 1. М., 2012.*

⁵⁴ Об экономических аргументах в пользу признания договорных неустоек см.: Kronman A.T., Posner R.A. *The Economics of Contract Law*. Boston, 1979. P. 274; Ulen T. *Op. cit.* P. 356; Goetz C., Scott R. *Liquidated Damages Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model of Efficient Breach* // 77 *Columbia Law Review*. 1977. P. 554 ff; Epstein R.A. *Beyond Foreseeability: Consequential Damages in the Law of Contract*. P. 105 ff; Scott R.E. & Triantis G.G. *Embedded Options and the Case Against Compensation in Contract Law* // 104 *Columbia Law Review*. 2004. P. 1428 ff.

жени. Для возникновения этого эффекта необходимо, чтобы уровень неустойки превышал размер возможной выгоды должника от нарушения. В той мере, в которой эта неустойка превышает размер ожидаемых выгод должника от нарушения, она становится инструментом превенции контрактного оппортунизма и предотвращения как неэффективных, так и эффективных нарушений договора⁵⁵.

Как мы выше установили, это регулятивное последствие следует признать полезным с учетом проблем с доказыванием убытков. За счет согласования неустойки стороны могут снимать проблему оценки субъективной ценности соблюдения договора для кредитора, которую в режиме взыскания убытков доказать практически невозможно⁵⁶. Например, если лицо заказывает услуги музыкантов на свадьбу, его интерес носит настолько нематериальный характер, а исполнение договора исполнителем представляет для него настолько субъективную ценность, что какие-либо шансы на то, что он может быть поставлен за счет взыскания доказанных убытков в положение безразличия к факту нарушения, практически отсутствуют. В этом контексте установление в договоре неустойки позволяет продемонстрировать субъективную ценность исполнения договора для заказчика и гарантировать ему защиту такого интереса.

Если суды склонны присуждать в пользу кредитора сумму существенно меньше его реальных убытков из-за проблем в доказывании, признание судами соглашения сторон о размере неустойки может во многих случаях исключить риск недокомпенсации⁵⁷.

Во-вторых, согласование в договоре очевидно сверхкомпенсационной неустойки может выполнять очень полезную информационную функцию, раскрывая степень надежности соответствующего должника и тем самым несколько снимая остроту вышеописанной проблемы ухудшающего отбора⁵⁸.

Если такую неустойку предлагает включить в договор должник (что бывает, но достаточно редко), он тем самым пытается решить проблему информационной асимметрии за счет «сигналирования» (*signaling*). Под мерами сигналирования в условиях информационной асимметрии в экономическом анализе договорного права понимают такие приемы, которые позволяют лицу надежно донести до контрагента информацию о степени своей надежности. Потенциальный партнер, предлагая обременить себя обязательством по уплате значительной сверхкомпенсационной неустойки на случай нарушения им условий договора, тем самым посылает сигнал контрагенту о своей надежности и низких рисках столкнуться с нарушением договора. Потенциальный кредитор, получая такой сигнал, интерпретирует его так: если потенциальный должник согласен уплатить столь значительную неустойку в случае нарушения, значит, он не намеревается нару-

⁵⁵ См.: Posner R.A. *Economic Analysis of Law*. 8th ed. P. 160.

⁵⁶ См.: Goetz C., Scott R. *Liquidated Damages Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model of Efficient Breach* // 77 *Columbia Law Review*. 1977. P. 554 ff.

⁵⁷ См.: Geest G. de, Wuyts F. *Penalty Clauses and Liquidated Damages* // *Encyclopedia of Law and Economics* / ed. by B. Bouckaert, G. de Geest. Cheltenham, 2000. P. 143.

⁵⁸ См.: Cooter R., Ulen T. *Op. cit.* P. 260; Mackaay E. *Op. cit.* P. 477.

шать договор и приложит максимальные усилия для того, чтобы избежать этого. Безусловно, такой сигнал не является абсолютно надежным, так как существует риск банкротства. В то же время в определенной степени он информативен.

Получение этой важной информации о кредитоспособности потенциального контрагента создает условия для заключения сделки по цене, более точно отражающей уровень риска дефолта, т.е. по более выгодной для этого контрагента цене, чем та, на которую другая сторона была готова согласиться с учетом предположения о среднем уровне риска. Иначе говоря, здесь наблюдается та же логика, что и с вещными обеспечениями: чем сильнее обеспечен долг, тем меньше цена, по которой будет заключена сделка. Такой сигнал может снять вопрос о предоставлении куда более дорогостоящих с точки зрения трансакционных издержек как личных (например, поручительство, банковская гарантия), так и вещных (залог, удержание правового титула) обеспечений. В итоге от возможности установить в договоре сверхкомпенсационную неустойку выигрывают обе стороны.

Та же логика работает и в тех куда более распространенных случаях, когда сверхкомпенсационную неустойку предлагает включить в договор потенциальный кредитор. Здесь такая неустойка тоже выполняет функцию прояснения информации о кредитоспособности потенциального партнера. В экономическом анализе права этот процесс выявления характеристик партнера по инициативе стороны, страдающей от информационной асимметрии, называется просеиванием (*screening*). Устанавливая в своих договорных проформах высокую и явно сверхкомпенсационную неустойку на случай нарушения обязательств контрагентом, сторона пытается тем самым отстранить от заключения договора ненадежных партнеров и привлечь надежных.

Для ненадежных партнеров принятие такой сверхкомпенсационной неустойки будет неэффективным: размер неустойки, умноженный на высокий процент нарушения ими договора, будет давать для них достаточно высокий уровень ожидаемых издержек. Суммирование последних с остальными издержками исполнения договора для них будет зачастую означать отсутствие Парето-эффективности, и они будут вынуждены воздержаться от принятия такой неустойки. Это позволит кредитору осознать наличие высокого риска дефолта и либо воздержаться от контрактирования с лицом, упорно отказывающимся соглашаться на такую неустойку, либо предложить вместо такой неустойки более высокую цену, косвенно отражающую таким образом определенный более высокий риск дефолта. Для тех же контрагентов, у которых риск дефолта низок (в силу принципиального непринятия оппортунизма и аккуратного отношения к ведению бизнеса), такая предложенная неустойка не создаст значительных проблем. Низкий процент вероятности нарушения и, соответственно, уплаты этой суммы будет дисконтировать ожидаемые издержки ее уплаты до крайне незначительных показателей. При этом надежному контрагенту принятие такого условия о сверхкомпенсационной неустойке позволит «заслужить» получение той цены, которую другая сторона готова согласовать только для таких аккуратных и честных партнеров с низким уровнем риска нарушения договора.

Для того чтобы осознать логичность этих выводов, достаточно просто не забывать, что цена договора релевантна всей структуре прав и обязанностей, в нем преду-

смотренной, и находится в неразрывной связи с ней. Мы уже демонстрировали этот тезис на примере разницы в процентной ставке по обеспеченным и не обеспеченным кредитам. Та же логика работает и тогда, когда обеспечением является не залог или поручительство, а обязательство уплаты сверхкомпенсационной неустойки. Соответственно, во избежание проблемы ухудшающего отбора и во имя обеспечения условий для совершения Парето-улучшающих сделок право должно стремиться предоставить сторонам возможность самим определять оптимальное соотношение цены и всех сопутствующих условий, в том числе обеспечительных и штрафных. Эта автономия сторон способна нащупать такое соотношение, которое приблизит цену к реальному качеству принимаемых рисков и снизит ущерб от феномена ухудшающего отбора и кросс-субсидирования в силу усреднения цен.

Эти и некоторые иные политико-правовые аргументы сформировали основу консенсуса, к которому пришли в последнее время специалисты в области экономического анализа права, в отношении нежелательности ограничения судами размера договорных неустоек, особенно применительно к сугубо коммерческим договорам. Если на заре экономического анализа некоторые сторонники этого течения воспринимали традиционное англо-американское неприятие карательной функции института неустойки с симпатией, видя в таких неустойках барьер на пути эффективных нарушений договора, то в последние годы большинство склоняется к тому, что патернализм судов в этом вопросе мало чем оправдан⁵⁹. Даже Р. Познер, основной идеолог доктрины эффективного нарушения, приходит к выводу о неоправданности ограничений свободы сторон в установлении договорной неустойки, пусть даже и сверхкомпенсационной⁶⁰.

Безусловно, в реальном российском праве этот важный регуляторный потенциал сверхкомпенсационных неустоек не работает. Причины этой дисфункции очевидны: это право суда снизить неустойку, доведя ее размер до уровня фактических убытков (ст. 333 ГК РФ), и доминировавшая все эти годы практика гиперактивного использования судами этой возможности. Высокая вероятность снижения неустойки сбивает описанный выше сигнальный, обеспечительный эффект договорной неустойки. В результате надежные контрагенты с низким уровнем риска нарушения вынуждены использовать более сложные и дорогостоящие инструменты сигнализирования, а их партнеры — прибегать к более дорогостоящим с точки зрения трансакционных издержек инструментам просеивания (таким, как залог или предоставление поручительств). Далекое не все надежные контрагенты имеют финансовые, временные и организационные возможности использовать или соглашаться на такие дорогие инструменты преодоления информационной асимметрии и нередко вынуждены отказываться от сделок, императивным элементом которых является такое дорогое обеспечение, что влечет потери в виде упущенных возможностей для эффективного перемещения ресурсов (так называемые *dead-weight losses*). Любая несостоявшаяся потенциально Парето-улучшающая сделка означает упущенный шанс повысить общее благосостояние. Аналогичные потери возникают и тогда, когда в результате невозможности снять проблему информационной асимметрии и отразить в цене степень риска, адекватную данному конкрет-

⁵⁹ См.: Pressman M. *The Two-Contract Approach to Liquidated Damages: A New Framework for Exploring the Penalty Clause Debate* // 7 *Virginia Law and Business Review*. 2013. P. 661–662.

⁶⁰ См.: Posner R.A. *Economic Analysis of Law*. 8th ed. P. 159–163.

ному партнеру, цена, предлагаемая другой стороной, определяется с учетом усредненного значения риска. Это в итоге приводит к тому, что надежные контрагенты вынуждены переплачивать, а иногда в силу невыгодности такой цены и вовсе воздерживаются от заключения договора. В итоге опять же происходит «схлопывание» потенциала для совершения многих взаимовыгодных сделок с участием надежных партнеров и запускается описанный выше механизм ухудшающего отбора.

Некоторые позитивные подвижки в плане ограничения права суда на снижение неустойки наметились с выходом постановления Пленума ВАС РФ от 22.12.2011 № 81. Но оно не решило всех проблем. Установленный в этом документе нижний порог снижения (две ставки рефинансирования или доказанный средний уровень процентной ставки по кредитам) применим только к пеням. В то же время средний уровень процентной ставки по кредитам вряд ли можно признать однозначно сверхкомпенсационным по своему значению. По сути такого рода нижний предел означает лишь то, что право не позволяет должнику заработать на экономии процентов, которые он был бы вынужден заплатить банку, если бы вместо просрочки в оплате привлек бы банковский кредит и расплатился со своим кредитором. Безусловно, это очень прогрессивная идея и ее надо только приветствовать, но она не решает проблему фиксированных штрафов и не превращает пени в однозначно сверхкомпенсационную меру, способную создать для должника издержки, превышающие его выгоду от нарушения.

В связи с этим приходится признать российское гражданское право отказаться от столь активного патернализма в отношении условия договора о размере неустойки и восстановить действие принципа свободы договора как минимум тогда, когда речь идет о неустойке, обещанной коммерсантом.

В отношении неустоек, обещанных гражданином, ситуация несколько отличается. Тут некоторый умеренный патернализм может быть в ряде случаев оправдан в силу аргументов об ограниченном профессионализме и информированности обывателя. Достаточно просто напомнить, что, видимо, 99% всех потребительских договоров заключается путем слепого присоединения, т.е. без реального прочтения, и это для очень многих не самых крупных сделок есть вполне экономически оправданная стратегия (рациональное неведение). Трудно себе представить, каковы были бы трансакционные издержки в обороте, если бы потребители реально изучали все условия пользования метро, просмотра фильма в кинотеатре или правила проживания в отеле, а также тратили силы, деньги и время на совершенствование своих знаний в области права и финансов для адекватного понимания всех этих юридических текстов. Все, что обычного потребителя в подобных сделках интересует, это в основном цена и, возможно, 2–3 иных параметра. В таких условиях вместо того, чтобы наказывать потребителя за невнимание к периферийным условиям заключаемых сделок, право вполне обоснованно защищает его от всевозможных сюрпризов в принятых вслепую договорных условиях. Кроме того, современные работы в области бихевио-экономического анализа права хорошо показывают, как систематические сбои в рациональности индивида (в том числе склонности человеческого сознания недооценивать риски и переоценивать свои возможности, игнорировать отложенные и материализующиеся с небольшой вероятностью риски и т.п.) могут привести к включению в договор непросчитанных и не влекущих улучшение по Парето условий даже тогда, когда потребитель прочел условия договора.

Такого рода проявления ограниченной рациональности, по мнению большинства юристов, в целом простительны для обычного потребителя. Этот фактор также открывает политико-правовые основания для некоторых патерналистских ограничений свободы договора, в особенности в отношении «периферийных» договорных условий, регулирующих не основной предмет договора и цену, а последствия нарушения договора или иные подобные ситуации, вероятность возникновения которых невелика и способность осуществлять рациональный выбор оптимального регулирования которых у обычного обывателя ограничена⁶¹. В центре судебного контроля справедливости подобных условий потребительских договоров вполне предсказуемо оказываются (помимо условий об ограничении или освобождении от ответственности, плате за отказ от договора и т.п.) и договорные неустойки⁶².

Но применительно к коммерсанту возможные контраргументы об ограниченных профессионализме, информированности и рациональности и опрометчивом принятии на себя непросчитанных финансовых обязательств, которые вполне убедительны, когда речь идет о потребительских отношениях, обесцениваются в значительной степени. Непрофессионализм, иррациональная опрометчивость и невнимательность к своим делам и условиям заключаемых сделок коммерсанту непростительны и не должны правом поощряться. Коммерсант должен испивать до дна чашу своих просчетов в отношении как цены и основного предмета договора, так и иных периферийных условий договора, включая неустойку, дабы на будущее иметь сильные стимулы к научению на своих ошибках. Один раз заплатив большую неустойку, коммерсант в следующий раз будет намного внимательнее изучать договоры и серьезнее относиться к тем обязательствам, которые предлагаемые условия договора на него предлагают возложить.

В то же время вряд ли стоит вводить правило о запрете снижения неустойки, обещанной к уплате коммерсантом, без каких-либо оговорок. Возможны исключительные ситуации явного злоупотребления переговорной властью (например, в случае контрактирования с монополистом). Поэтому было бы достаточно установить, что суд не вправе снижать размер такой неустойки, кроме случаев наличия признаков злоупотребления свободой договора. В порядке исключения вмешательство судов может быть осторожно допущено при достижении согласованной неустойкой некоего порога, при котором этический принцип коррективной справедливости (в форме идеи соразмерности тяжести нарушения и наказания) будет попран настолько, что это будет «шокировать совесть», как говорят некоторые зарубежные юристы. Помимо этических соображений это связано и с тем, что подобного рода явно аномальные условия о размере неустойки могут быть объективным свидетельством наличия скрытого и труднодоказуемого порока воли (сговора представителей, обмана и т.п.). Но до тех пор, пока размер неустойки не пересекает этот условный порог этической «невыносимости», суды должны уважать свободу договора. При этом чем более равное соотношение переговорных возможностей

⁶¹ *Краткий обзор литературы по вопросу об ограниченной рациональности и легитимации умеренных патерналистских ограничений свободы договора в целях защиты гражданина от собственных просчетов при принятии на себя договорных обязательств см.: Карапетов А.Г., Савельев А.И. Указ. соч. С. 333–339.*

⁶² *По вопросу применения аргументов об ограниченной рациональности для обоснования права суда снизить договорную неустойку, обещанную гражданином, см.: Карапетов А.Г. Политико-правовой анализ проекта Концепции совершенствования общих вопросов обязательственного права в части регулирования института неустойки // Закон. 2009. № 5. С. 65–67.*

имело место при заключении такого договора, тем выше должен быть критический уровень «невыносимости» размера договорной неустойки, и наоборот, чем слабее были переговорные возможности должника, тем ниже может быть критический уровень несправедливости неустойки.

Близкая норма на настоящий момент включена в Проект реформы ГК РФ, принятый Госдумой РФ в 2012 г. в рамках новой редакции ст. 333. Это следует только приветствовать. Согласно предлагаемой новой редакции ст. 333 ГК суд будет вправе снижать неустойку, обещанную к уплате коммерсантом, только в исключительных случаях. Это приблизит наш режим неустойки к немецкому. Как известно, согласно последнему в силу прямого указания в Германском торговом уложении (§ 348) суду прямо запрещено применять общие правила о снижении неустойки, предусмотренные в Германском гражданском уложении (§ 343), в отношении неустойки, обещанной коммерсантом, и на практике суды отвергают договорное условие о неустойке в таких договорах только в случаях явной недобросовестности⁶³.

При этом, как нам кажется, не следует упускать из виду еще один крайне важный фактор. Это фактор недобросовестного характера нарушения. Когда суду очевидно, что должник пошел на нарушение вполне осознанно и злонамеренно с целью извлечь дополнительный доход, а не будучи принужден к этому силами обстоятельств, нет вовсе никаких причин снижать неустойку. Ради пресечения такого рода случаев сверхкомпенсационная неустойка в первую очередь и устанавливается, или как минимум ради превенции оных она и имеет важное экономическое значение как стимул к цивилизованному согласованию с кредитором изменения договора и покупки его на это согласия и барьер на пути несогласованного попрания договорных прав кредитора. Соответственно, снижение неустойки до уровня фактических убытков в такого рода случаях категорически неприемлемо, так как это будет подрывать эту экономическую роль неустойки. В ситуации же нарушения договора по неким извиняющим объективным причинам, которые сами по себе недостаточны для освобождения должника от ответственности (например, коммерсант нарушил договор невиновно), но достаточны для того, чтобы исключить квалификацию поведения этого коммерсанта в качестве откровенной недобросовестности, экономическая функция сверхкомпенсационной неустойки несколько менее очевидна. Соответственно, снижение неустойки судом в данном случае будет иметь менее деструктивное значение⁶⁴. Сказанное, правда, не значит, что применительно к таким неоппортунистическим нарушениям договора суд должен чувствовать себя абсолютно свободным при снижении неустойки, согласованной в коммерческом договоре. Но тот условный порог этической «невыносимости» несоразмерной ответственности, который может позволить суду вмешаться, здесь может быть на порядок ниже, чем в случае с нарушением оппортунистического характера.

⁶³ См.: *Principles of European Contract Law. Parts I and II. Prepared by the Commission on European Contract Law / ed. by O. Lando and H. Beale. The Hague, 2000. P. 456. Близкий режим действует и в Испании, где суды также не имеют права снизить согласованную неустойку (см.: Vaquer A. Contract Law in Spain. The Hague, 2012. P. 107; Marín García I. Enforcement of Penalty Clauses in Civil and Common Law: A Puzzle to be Solved by the Contracting Parties // 5 European Journal of Legal Studies. 2012. P. 86).*

⁶⁴ *Примеры использования фактора недобросовестного характера нарушения как условия для неприменения судом своих полномочий по снижению договорной неустойки в праве ряда европейских стран (Швейцария, Голландия), а также аргументы в пользу такого решения см.: Kogelenberg M. van. Op. cit. P. 95–96, 180–181.*

При формировании в российском праве более уважительного отношения судов к свободе сторон, являющихся коммерсантами, в определении размера неустойки может начать постепенно раскрываться важный, но до сих пор скрытый экономический потенциал договорной неустойки как инструмента противодействия информационной асимметрии и ухудшающему отбору, а также как фактора стимулирования добровольных трансакций (в форме добровольного согласования изменения условий договора, гарантирующего кредитору покрытие всех его потерь) и превенции трансакций недобровольных (в форме оппортунистического отклонения от обязательств и фактического изменения содержания контракта под условием последующего возмещения убытков в их доказанном в суде размере).

Но даже в случае реализации всех этих предложений говорить о том, что сверхкомпенсационная неустойка может стать универсальным стимулом, выполняющим вышеописанную экономическую функцию, трудно. Связано это с тем, что далеко не всегда стороны могут согласовать такие неустойки в договоре на все случаи его нарушения. Препятствием могут быть и трансакционные издержки на такие согласования, и отсутствие у одной из сторон достаточной переговорной силы. Кроме того, никуда не исчезают и проблемы банкротства должника, в рамках которого из-за специфики законодательства о несостоятельности шансы на получение присужденного (и особенно неустойки) практически ничтожны. Так что проблема, порожденная неэффективностью классического иска о взыскании убытков в качестве инструмента восстановления экономической эффективности нарушенного договора и стимула к превенции нарушений договора, не может быть решена исключительно за счет этого института.

Законная неустойка

В ряде случаев неустойка за нарушение договора устанавливается законодательно. Подобная практика распространена в сфере потребительского права, о чем мы уже упоминали выше. Кроме того, нередко законные неустойки устанавливаются и в иных сферах, в особенности там, где существует серьезный дисбаланс переговорных возможностей и практически нет каких-либо шансов на то, что слабой стороне договора удастся выторговать включение в контракт договорной неустойки. Зачастую единственный вариант добровольного включения в такие договоры неустойки состоит в том, что неустойка устанавливается в пользу сильной стороны контракта. В пользу же слабой стороны по воле сторон чаще всего устанавливается либо крайне незначительная, символическая и явно «недокомпенсационная» неустойка, либо лишь неустойка исключительная (т.е. такая, которая ограничивает право слабой стороны на возмещение убытков и сводит компенсацию за нарушение к праву на взыскание такой неустойки) и причем, как правило, крайне низкого размера. В таких случаях законодатель пытается компенсировать это неравенство переговорных возможностей, вводя законную неустойку.

Могут быть и иные основания для введения законной неустойки. Например, законодатель может устанавливать законную исключительную неустойку, пытаясь ограничить риски одной из сторон договора.

Мы здесь не будем пытаться анализировать целесообразность фиксации законных неустоек в тех или иных законодательных актах. Очевидно, что в одних случаях такой шаг может быть вполне оправдан, а в иных — нет. Обратим внимание лишь на один важный нюанс, вытекающий из контекста данной статьи. Путем фиксации законной неустойки право может пытаться обеспечить сверхкомпенсационную защиту кредитора. Эта задача реализуется в той мере, в которой размер законной неустойки начинает превышать размер наиболее вероятных реальных убытков кредиторов, либо в той мере, в которой она носит штрафной характер (т.е. взыскивается не в зачет, а в кумулятивном соотношении с реальными убытками кредитора).

Как нам представляется, такой шаг законодателю разумно предпринимать в тех областях договорного права, где (а) крайне низка степень вероятности подачи жертвой иска в суд и успеха в доказывании своих убытков от нарушения и (б) имеется явный структурный дисбаланс переговорных возможностей, минимизирующий шансы на включение в договор эффективного размера договорной неустойки. Самым очевидным претендентом является потребительское право⁶⁵. Поэтому мы в целом приветствуем включение в Закон РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей» целого ряда законных неустоек за нарушение договорных прав потребителя, причем значительных, очевидно сверхкомпенсационных и по общему правилу носящих штрафной характер (п. 2 ст. 13 Закона о защите прав потребителей). Например, Закон устанавливает пени в размере 0,5, 1 и даже 3% от суммы требований потребителя за каждый день просрочки со стороны коммерсанта в исполнении тех или иных своих обязательств (п. 1 ст. 23, п. 3 ст. 23.1, п. 5 ст. 28 и т.п.). В расчете на годовые проценты пени в размере 3% в день равнозначны более 1000% годовых.

Также нельзя не напомнить о норме п. 6 ст. 13 данного Закона, согласно которой при отказе предпринимателя удовлетворять в добровольном порядке денежные требования потребителя, при обращении потребителя в суд последний взыскивает с ответчика штраф в размере 50% от удовлетворенного размера требований.

Российский суд может снизить размер такой законной неустойки на основе ст. 333 ГК РФ. И указанный штраф за добровольное неудовлетворение требований потребителя, и соответствующие штрафные неустойки в форме пени согласно практике ВС РФ (определение Коллегии по гражданским делам от 29.10.2013 № 8-КГ13-12) могут быть снижены судом *в исключительных случаях* по заявлению ответчика с учетом конкретных обстоятельств дела. Эта возможность несколько сбивает превентивный эффект подобных сверхкомпенсационных неустоек. Тем не менее, думаем, мы не ошибемся, если допустим, что даже с учетом этого определенный превентивный эффект такие неустойки, установленные в потребительском законодательстве, сохраняют. В контексте потребительских отношений, где потребитель не может рассчитывать на включение в договор договорных сверхкомпенсационных неустоек в свою пользу и у него очень мало шансов доказать и взыскать все свои убытки (основная часть ко-

⁶⁵ О необходимости развития институтов сверхкомпенсационной защиты прав потребителя см.: Farber D. *Op. cit.* P. 1455–1464.

торых является нередко вовсе нематериальной), такой законодательный прием нельзя не признать уместным.

Поэтому при разработке нового закона о защите прав потребителей важно помнить о законных неустойках и необходимости их сверхкомпенсационного и чувствительного для нарушителей размера. При этом было бы, видимо, желательно вовсе исключить право суда снижать такие законные неустойки, установленные потребительским законодательством (как минимум за исключением случаев невиновного нарушения договора).

В тех же ситуациях, когда законные неустойки устанавливаются в отношении иных случаев нарушения договоров, законодателю (если нет особых причин стремиться к фиксации очевидной сверхкомпенсационности) стоит очень внимательно подходить к вопросу об их размере с точки зрения идеи компенсационности, стараясь по возможности приблизить размер законной неустойки к наиболее вероятному размеру возможных убытков кредитора. Это особенно важно тогда, когда в законе устанавливается не штрафная, а обычная зачетная или тем более исключительная неустойка. Тут законодатель должен учитывать, что в реальности этой суммой будут либо вовсе исчерпаны санкции к нарушителю (исключительная неустойка), либо в большинстве случаев кредитор вряд ли сможет получить по суду больше этой суммы из-за проблем в доказывании убытков (зачетная неустойка). Классический пример ошибочного подхода к законодательному определению уровня санкции за нарушение договора — это установление в российском праве процентов годовых, подлежащих начислению в связи с неисполнением денежного обязательства, на уровне ставки рефинансирования ЦБ РФ. Этот подход не был прямо закреплен в ГК РФ: в ст. 395 ГК речь идет о действующей по местонахождению кредитора учетной ставке банковского процента. Тот факт, что под учетной ставкой будет пониматься не средняя процентная ставка, по которой участники оборота получают кредиты в банках в регионе расположения кредитора, а федеральная ставка рефинансирования, по которой кредитуются сами коммерческие банки, закрепили российские высшие суды в 1996 г.⁶⁶

В силу того что ставка рефинансирования естественным образом (в силу очевидных экономических закономерностей) на порядок ниже средних ставок кредитования в экономике (особенно если сравнивать с кредитами необеспеченными), должникам часто оказывается выгоднее кредитоваться не цивилизованным путем за счет обращения в банки, а путем использования денег, причитающихся своим кредиторам. Осознавая, что такое волонтаристское кредитование в 2–3 раза дешевле обращения за кредитом в банк, а также принимая в расчет, что кредитор вряд ли сможет доказать убытки в сумме, превышающей ставку рефинансирования (в случаях неплатежей доказывание убытков представляет собой особенно сложное занятие), должник нередко вполне осознанно идет на нарушение сроков оплаты. Это просто оказывается куда выгоднее, чем платить вовремя. В итоге нынешняя практика применения ст. 395 ГК РФ фактически объявляет льготный тариф на незаконное использование причитающихся другому лицу

66

См.: п. 51 постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 01.07.1996 № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

денежных средств и тем самым стимулирует циничные нарушения договорной дисциплины.

Варианты решения данной проблемы достаточно очевидны. Это либо установление ставки процентов при просрочке платежа не на уровне ставки рефинансирования ЦБ, не отражающей реальную стоимость кредитных денег в экономике, а на уровне средних ставок по необеспеченным краткосрочным кредитам, либо мультипликация ставки рефинансирования ЦБ на некий коэффициент (вариант, принятый сейчас во всех европейских странах применительно к просрочкам платежей по коммерческим контрактам⁶⁷), либо допущение взыскания двух видов процентов годовых по ставке рефинансирования ЦБ (одного — в качестве законной неустойки, второго — в качестве платы за принудительное кредитование⁶⁸).

Нам несколько лет назад уже приходилось писать об этой проблеме и путях ее решения⁶⁹. Тем не менее, к сожалению, по настоящее время она так и не решена. При отсутствии у кредитора по денежному обязательству возможности настоять на включении в договор пени он оказывается практически беззащитным перед контрактным оппортунизмом со стороны плательщика. Кредитор вынужден (а) мириться с тем, что как минимум на период до взыскания с должника долга по суду он помимо своей воли дает должнику возможность волонтаристского кредитования по сверхнизкой ставке; (б) предвидеть в связи с этим высокую вероятность неплатежей; (в) закладывать связанные с ними издержки в свои цены. Это, в свою очередь, запускает описанные выше проблемы кросс-субсидирования, ухудшающего отбора и *deadweight losses*, что позволяет охарактеризовать российский институт процентов годовых за просрочку не просто как вопиюще несправедливый, но и как крайне экономически неэффективный.

Взыскание дохода, извлеченного должником из факта нарушения договора

Другим интересующим нас инструментом компенсационной защиты кредитора по договору является предусмотренный в ст. 15 ГК РФ институт взыскания дохода должника, полученного им в результате нарушения.

⁶⁷ Такая «штрафная наценка» к базовой ставке рефинансирования в европейских странах обычно равна 8–9 процентным пунктам. Сама эта «наценка» устанавливается в странах ЕС в рамках реализации Директивы ЕС от 29.06.2000 № 2000/35/ЕС «О борьбе с просрочками платежей по коммерческим сделкам» (согласно последней редакции Директивы минимально возможна «наценка» — 8 процентных пунктов, но каждая страна может установить более высокий уровень «наценки»).

⁶⁸ Такой вариант, возможно, станет доступным в случае окончательного принятия ст. 317.1 из Проекта реформы ГК, принятого Госдумой в первом чтении в 2012 г. Даная новелла вводит в наше позитивное право институт законных процентов, исчисляемых по ставке рефинансирования на любой денежный долг. По логике этой статьи взыскание данных процентов будет происходить параллельно с начислением процентов по ст. 395 ГК. Попытки обосновать возможность взыскания двойных процентов *de lege lata* через апелляцию к ст. 809, 811 и 823 ГК в литературе предпринимались (см.: Карапетов А.Г. Оптимизация правового режима процентов годовых: в поисках справедливости и экономической эффективности // Вестник гражданского права. 2008. № 4), но пока судебная практика этот шаг бесповоротно не поддержала.

⁶⁹ Подробнее на сей счет см.: Карапетов А.Г. Оптимизация правового режима процентов годовых: в поисках справедливости и экономической эффективности.

Как уже отмечалось, этот институт является удачной находкой частного права, известной не только российскому, но и договорному праву некоторых (хотя далеко не всех) зарубежных стран⁷⁰. Он в теории способен лишить должника какой-либо выгоды от нарушения договора, предотвратить как эффективное, так и неэффективное нарушение договора и тем самым стимулировать должника договариваться с кредитором, прежде чем принять решение о нарушении.

В зарубежной литературе давно идет ожесточенный спор о приемлемости такой санкции с учетом того, что она позволяет кредитору получить больше, чем его реальные убытки, и тем самым отступает от строгого принципа компенсационной природы ответственности⁷¹. Нам кажется, что эти возражения абсолютно надуманны и строятся на восприятии принципа строгой компенсационности в качестве священной коровы. Безусловно, взыскание доходов должника, извлеченных им из факта нарушения, может дать кредитору больше, чем он на самом деле потерял. И это, действительно, нарушение принципа коррективной справедливости. Но оставить нарушителю эти доходы абсолютно невозможно, во-первых, с этических позиций, так как будет нарушен другой не менее базовый принцип справедливости, согласно которому никто не может извлекать выгоду из своего правонарушения; во-вторых, с экономических позиций, так как выше мы пришли к выводу об утилитарной оправданности пресечения как неэффективных, так и эффективных оппортунистических нарушений договора. В силу того, что идея направить эту выгоду в бюджет или неким третьим лицам представляется, как уже отмечалось, достаточно экзотической, другого выхода, кроме как присудить их в пользу пострадавшего кредитора, мы не видим. Во многих случаях это может облегчить его положение в ситуации, когда доказать собственные убытки оказывается более затруднительно, чем доход нарушителя. Так что в некотором смысле такую форму компенсации можно рассматривать не только как вынужденную карательную санкцию (которой она на самом деле является), но и как способ решения проблемы доказывания в некоторых случаях.

В то же время особые надежды на интенсификацию практики применения этого инструмента борьбы с контрактным оппортунизмом мы не питаем в связи с очевидными проблемами с доказыванием выгоды нарушителя.

⁷⁰ *Компаративный анализ данного института см.: Siems M. Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis // 7 Edinburgh Law Review. 2003. P. 27 ff. В английском праве такой способ защиты допускается в ограниченных случаях, когда нарушение должника носило умышленный характер, было нацелено на извлечение дохода и у кредитора имеется обоснованный интерес в предотвращении извлечения должником данного дохода (см. громкое решение по делу Attorney-General v. Blake [2001] 1 AC 268), а также в ряде иных случаев. В США после долгих споров такой способ защиты был прямо предусмотрен в ст. 39 Третьего свода права реституции и неосновательного обогащения 2011 г. (Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment) на случай умышленных оппортунистических нарушений договоров. Подробный анализ процесса выработки этой важной для американского права новеллы см.: Roberts C.L. Restitutionary Disgorgement for Opportunistic Breach of Contract and Mitigation of Damages // 42 Loyola of Los Angeles Law Review. 2008. P. 131 ff. В голландском праве, которое, видимо, и стало источником вдохновения для нормы абз. 2 п. 2 ст. 15 ГК РФ, взыскание доходов нарушителя договора допускается ст. 6:104 ГК Нидерландов как способ расчета убытков кредитора.*

⁷¹ *См., напр.: Weinrib E.J. Op. cit. P. 158. Вайнриб, признавая, что такая санкция предотвращает эффективное нарушение, отвергает ее не по этой причине, а в связи с тем, что считает ее не вписывающейся в мир частного права, построенный на фундаменте коррективной справедливости. Для таких авторов, как Вайнриб, бескомпромиссно исходящих из того, что все частное право может и должно быть выстроено на фундаменте одной-единственной ценности, такого аргумента достаточно, чтобы отвергнуть правовое решение, каким бы справедливым оно ни казалось, исходя из конкурирующих ценностей права.*

Взыскание карательных убытков

Взыскание карательных убытков в договорном праве, как правило, не допускается. Причем не только в странах континентальной Европы, но и в странах англосаксонского права. В США карательные убытки взыскиваются в основном в деликтном праве. За нарушение договорных обязательств они взыскиваются в США только в отдельных случаях (в основном при оппортунистическом отказе в выплате страхового возмещения страховыми компаниями). Более интенсивное и широкое применение карательных убытков за нарушение договоров применяется лишь в некоторых штатах США⁷². В то же время в последнее время в литературе стали звучать голоса в пользу распространения практики взыскания карательных убытков и в случае умышленных, недобросовестных нарушений любого договора⁷³.

Как уже отмечалось, в основе идеи взыскания карательных убытков лежит задача по превенции правонарушений за счет *ex post* увеличения размера присуждаемой суммы убытков на величину, способную компенсировать низкую *ex ante* вероятность фактического их взыскания. Применительно к случаям нарушения договора логика данного института приводила бы к следующему: чем ниже вероятность того, что кредитор сможет доказать свои фактические убытки, тем на большую величину размер присужденной компенсации должен быть выше размера фактических убытков для тех кредиторов, которым все-таки удалось доказать свои убытки. При этом право могло бы установить максимальное значение соответствующего мультипликатора во избежание злоупотреблений.

Так ли абсурдна идея введения института карательных убытков в российское договорное право? Думается, что с учетом остроты проблемы доказывания и фактического взыскания убытков в наших правовых реалиях ответ на этот вопрос требует серьезного обсуждения. Мы не готовы без проведения специального исследования и оценки всех «за» и «против» защищать идею широкого допущения карательных убытков в сфере договорного права. Очевидно, что легализация такого способа защиты в случае некоторых особо циничных и грубых нарушений прав кредитора могла бы поспособствовать упрочению договорной дисциплины. Но тут нужно сопоставить все релевантные издержки и выгоды от такого правового решения.

⁷² См.: Calleros C. *Punitive Damages, Liquidated Damages and Clauses Pénales in Contract Actions: A Comparative Analysis of the American Common Law and the French Civil Code* // 32 *Brooklyn Journal of International Law*. 2006. P. 71; Johnson N.J. *The Boundaries of Extracompensatory Relief for Abusive Breach of Contract* // 33 *Connecticut Law Review*. 2000. P. 189–190.

⁷³ См.: Ogas A. *Measure of Damages: Expectation, Reliance and Opportunity Cost* // Larouche P., Chirico F. (eds). *Economic Analysis of the DCFR*. Munich, 2010. P. 136; Farber D. *Op. cit.* P. 1443 ff; Chapman B., Trebilcock M.J. *Punitive Damages Divergence in Search of Rationale* // 40 *Alabama Law Review*. 1989. P. 818 ff; Posner R.A. *Economic Analysis of Law*. P. 130–131; Hardy R. *Punitive Damages for Certain Categories of Breach of Contract?* // Meurkens L., Nordin E. (eds). *The Power of Punitive Damages: Is Europe Missing Out*. Cambridge — Antwerp — Portland, 2012. P. 376; Dodge W. *Op. cit.* P. 629 ff; Craswell R. *When is a Wilful Breach «Wilful»?* *The Link Between Definitions and Damages* // 107 *Michigan Law Review*. 2009. P. 1507 ff; Bar-Grill O., Ben-Shahar O. *An Informational Theory of Willful Breach* // 107 *Michigan Law Review*. 2009. P. 1479 ff; Perlstein B. *Crossing the Contract-Tort Boundary: An Economic Argument for the Imposition of Extracompensatory Damages for Opportunistic Breach of Contract* // 58 *Brooklyn Law Review*. 1992. P. 877 ff; Thel S., Siegelman P. *Wilfulness Versus Expectation: A Promisor-Based Defense of Wilful Breach Doctrine* // 107 *Michigan Law Review*. 2009. P. 1517 ff.

Как уже отмечалось в первой части статьи, введение института карательных убытков в российское право (в данном случае договорное) в сколько-нибудь широком формате требует очень серьезного анализа. Один из самых важных вопросов, без ответа на который такие решения достаточно сложно предлагать, это определение той степени вины нарушителя, которая оправдывает сверхкомпенсационность (только умысел, умысел и грубая неосторожность или некая особенно недобросовестная форма умысла или грубой неосторожности). Как очертить круг таких нарушений, применительно к которым право должно вводить институт карательных убытков? В американской научной литературе по этому вопросу сейчас ведутся крайне жаркие баталии. Выдвигаются теории, согласно которым карательные компенсации могут применяться к (а) любому умышленному нарушению договора (*wilful/deliberate breach*); (б) нарушению договора, сопряженному с нарушением принципа добросовестности (*bad faith breach*); (в) оппортунистическому неэффективному нарушению (*opportunistic breach*) и т.д. Эта дискуссия пока не привела к формированию четкого консенсуса.

У нас, например, вызывает серьезные сомнения мнение ряда авторов (например, Р. Познера) о том, что право должно дифференцированно относиться к умышленным неэффективным и умышленным эффективным нарушениям и допускать сверхкомпенсационные взыскания только в отношении первых⁷⁴. Познер считает умышленные неэффективные нарушения оппортунистическими и допускает использование для сдерживания таких нарушений сверхкомпенсационных взысканий (как минимум в форме истребования извлеченного должником дохода)⁷⁵. Как образно пишет Р. Познер, продавец, который, получив предоплату, вместо поставки обещанного товара использует полученные деньги, чтобы построить себе бассейн, заслуживает того, чтобы запустить в него книгу⁷⁶. Умышленные же эффективные нарушения, совершаемые в ситуации, когда продавец нарушает договор, так как открыл для себя возможность извлечь выгоду от альтернативного использования обещанного первому покупателю товара в размере большем, чем убытки покупателя, он считает вполне допустимыми и не заслуживающими особого порицания.

Критерий, который Р. Познер использует для различения оппортунистических и приемлемых умышленных нарушений, не выдерживает критики. Ведь на самом деле и случай со строительством бассейна может быть эффективным нарушением, если продавец посчитал, что выгода от задержки в поставке и приоритетного использования полученной предоплаты на иную цель превышает убытки покупателя от неполучения товара в срок. Почему же этот случай Р. Познер объявляет оппортунистическим нарушением, заслуживающим сверхкомпенсационных взысканий, а отказ продавца от поставки из-за получения альтернативного предложения продать обещанную покупателю вещь третьему лицу, выгода от которой для про-

⁷⁴ См.: Posner R.A. *Economic Analysis of Law*. 8th ed. P. 149–151. Критику этого разграничения умышленных нарушений см.: Friedmann D. *Op. cit.* P. 2 ff.

⁷⁵ Познер объявляет оппортунистическими (т.е. по сути недобросовестными) умышленные нарушения, которые являются экономически неэффективными. В то же время многие другие авторы используют понятие «оппортунистическое нарушение» для обозначения и экономически эффективных умышленных нарушений. См. по данному вопросу: Kogelenberg M. van. *Op. cit.* P. 60.

⁷⁶ См.: Posner R.A. *Economic Analysis of Law*. 8th ed. P. 149.

давца превышает убытки покупателя, он готов считать вполне оправданным поведением? На самом деле нет никакого основания потворствовать эффективным нарушениям, так как на деле с учетом рисков недокомпенсации огромная часть *prima facie* эффективных нарушений такими *ex post* не оказываются. Не говоря уже о том, что суду *ex post* определить эффективность или неэффективность произошедшего нарушения во многих случаях будет крайне сложно, что делает дифференциацию средств защиты, проведенную по этому критерию, очень проблематичной. На наш взгляд, любые умышленные нарушения, произошедшие в связи с желанием должника извлечь дополнительную выгоду, предосудительны в равной мере.

С другой стороны, есть сомнения и в позиции тех авторов (например, У. Доджа), которые призывают применять сверхкомпенсационные взыскания (причем именно карательные убытки) за любые умышленные нарушения договоров⁷⁷. Дело в том, что в ряде случаев трудно признать некоторые умышленные нарушения договора недобросовестными или особенно предосудительными. Как мы уже отмечали, когда должник нарушает договор с целью извлечь дополнительную выгоду, его поведение должно признаваться недобросовестным и оппортунистическим. Но в ряде других случаев умысел отнюдь не означает недобросовестность. Например, такая ситуация имеет место, когда нарушение договора хотя и происходит осознанно, но было спровоцировано стечением тяжелых обстоятельств, в силу которых исполнение договора могло бы причинить должнику ущерб или потребовать расходов, объем которых на порядок превосходит возможные убытки кредитора. Этот тезис в свое время выдвинул Д. Фридманн⁷⁸. Недавно в развитие этой идеи в американской литературе было предложено считать умышленным и заслуживающим сверхкомпенсационных взысканий нарушение, которого можно было бы избежать без значительных издержек⁷⁹. На это обстоятельство обращают внимание и европейские правоведы, разрабатывающие проблематику умышленных нарушений договора⁸⁰. Думается, в этих замечаниях есть здравый смысл. С точки зрения принципа добросовестности есть принципиальная разница между осознанным нарушением своих обязательств во имя шанса извлечь дополнительную выгоду в ущерб подрыва законных ожиданий кредитора и осознанным нарушением обязательств, произошедшим в связи со стремлением должника предотвратить возникновение у него непропорционально высоких убытков.

Для окончательных выводов по данному вопросу об умысле как факторе легитимации карательных убытков требуется проведение самостоятельного глубокого анализа. Предварительно заметим лишь, что нам в целом импонирует идея признать в качестве недобросовестного и заслуживающего особой правовой реакции такое умышленное нарушение, которое было спровоцировано желанием причинить вред кредитору, стремлением извлечь дополнительный доход или произошло по иным причинам, не связанным с необходимостью избежать несения непропорциональных расходов. Главная проблема такого определения состоит в том, что

⁷⁷ См.: Dodge W. *Op. cit.* P. 651ff.

⁷⁸ См.: Friedmann D. *Op. cit.* P. 10–11.

⁷⁹ См.: Thel S. and Siegelman P. *Op. cit.* P. 1517ff.

⁸⁰ См.: Kogelenberg M. van. *Op. cit.* P. 51–53.

в праве гражданском, где основным участником оборота являются коммерческие организации, использование понятия вины, основанного на оценке психологического отношения ответчика к своему поведению, значительно затруднено. Чье отношение и чьи цели нужно принимать во внимание? Как быть, если директор не был в курсе таких вопросов и решение не осуществлять исполнение принимал какой-то курирующий сделку менеджер? В связи с этим многие высказывают критические и заслуживающие внимания замечания в отношении переноса уголовно-правовых подходов к определению умысла в гражданское право. Возможно, с учетом этих проблем при невозможности определения истинных целей нарушения в качестве умышленного нарушения договора следует рассматривать нарушение договора, обладающее одновременно следующими характеристиками. Во-первых, оно должно было произойти в ситуации, когда у должника была реальная возможность исполнить договор. Во-вторых, не было причин или препятствий, которые хотя и не влекли невозможность исполнения и не являлись основанием для освобождения должника от ответственности, но могли бы оправдать неисполнение договора с точки зрения принципа добросовестности. Например, должник в опровержение обвинений кредитора в недобросовестном умышленном нарушении может доказать, что он был вынужден пойти на осознанное нарушение в связи с необходимостью избежать непропорциональных затрат, иных существенно неблагоприятных последствий, нарушения прав других кредиторов или иных лиц и т.п.⁸¹ Можно считать эти критерии достойными дальнейшего критического осмысления и обсуждения. Выводить что-то более рабочей гипотезы в рамках настоящей статьи было бы преждевременно.

Возникает, в частности, еще и следующий вопрос, без ответа на который трудно предложить последовательную доктрину карательных убытков в договорном праве. Если право в целом начнет допускать взыскание карательных убытков за умышленные недобросовестные нарушения договоров, то не логично ли применять такой же режим ответственности и к случаям, когда нарушение происходит в результате грубой неосторожности, проявившейся в форме умышленного пренебрежения должником минимальными стандартами разумности и осмотрительности и циничного безразличия к риску нарушения договора и причинения убытков кредитору? Есть ли место для известного уголовному праву (ст. 25 УК РФ) понятия косвенного умысла в сфере нарушения договоров?⁸² Например, если мы в целом допустим использование института карательных убытков за умышленные недобросовестные нарушения договора, не логично ли использовать анало-

⁸¹ Так, например, нарушение продавцом договора (например, двойная продажа) с целью извлечения дополнительной выгоды от продажи товара по более высокой цене является явно недобросовестным. Равным образом недобросовестное нарушение мы имеем и в той ситуации, когда должник осуществляет исполнение со скрытыми дефектами (в том числе юридическими, о которых говорит указанная статья), о которых ему было известно, но которые он не раскрыл кредитору. В то время как вряд ли заслуживает признания особо предосудительной и недобросовестной просрочка, на которую продавец пошел в ситуации, когда исполнение договора из-за перебоев на запланированной для использования в целях доставки транспортной линии в момент наступления срока стало затруднительным, а использование альтернативных средств транспорта было хотя и возможно, но в конкретных обстоятельствах требовало от продавца несения явно непропорциональных расходов. Также не является недобросовестной просрочка в оплате, если у плательщика не было средств или платеж лишил бы его возможности выплачивать заработную плату работникам.

⁸² Некоторые европейские цивилисты считают интеграцию понятия косвенного умысла в гражданское право приемлемым. См.: Kogelenberg M. van. *Op. cit.* P. 68–72.

гичную санкцию и в отношении ситуаций, когда само нарушение было, возможно, и неумышленным, но сама вероятность такого нарушения стала следствием умышленного игнорирования минимальных стандартов должной осторожности и осмотрительности? Например, легко приходит на ум случай, когда подрядчик допускает непреднамеренный дефект в работах в силу того, что умышленно в целях экономии на издержках использовал неквалифицированных рабочих или дефектное оборудование или полностью устранился от контроля реализации работ субподрядчиками.

Как бы то ни было, если мы пытаемся дифференцировать режим ответственности по критерию степени вины и тем более построить на этом критерии основание для столь радикального отступления от традиционной идеи компенсационной природы ответственности, следует крайне внимательно отнестись к определению той степени вины, которая будет обуславливать специальный вид ответственности.

Есть и масса иных причин для осторожного отношения к допущению карательных убытков в договорном праве в относительно широком формате. О некоторых из них мы писали в первой части статьи применительно к модели карательной сверхкомпенсационной защиты в целом. Из тех, что там были не упомянуты, можно отметить, в частности, вопрос об определении соотношения этой санкции с иными сверхкомпенсационными санкциями (договорной или законной неустойкой, иском об истребовании доходов нарушителя⁸³). Повторимся, отход от принципа компенсационности отнюдь не невозможен, но требует крайне тщательного просчитывания регуляторных последствий и конкретного дизайна предлагаемого института.

Пожалуй, единственная сфера, в которой уже сейчас можно достаточно смело ввести данный институт (при условии установления в позитивном праве максимального значения допустимого мультипликатора), — это потребительское право. Взыскание карательных убытков здесь можно допустить на случай нарушения договорных прав потребителя как минимум тогда, когда в отношении соответствующего нарушения в законе не установлены чувствительные штрафные законные неустойки. При этом нет особой нужды уточнять степень вины: в такого рода ситуациях взыскание карательных убытков имеет смысл допускать в качестве универсального способа защиты прав потребителя при любом нарушении договора. Причина, которая оправдывает столь смелый шаг именно в потребительском праве, традиционна и состоит в том, что иначе большинство потребителей из-за ограниченных финансовых и иных возможностей не имело бы стимулы защищать свои нарушенные права, а это приводило бы к тому, что для большинства коммерсантов возникали бы сильные стимулы эти права систематически нарушать. Близкую функцию сейчас выполняет предусмотренный законом штраф в 50% от суммы требований потребителя, не удовлетворенных коммерсантом в добровольном порядке. Возможно, есть основания для повышения значения этого мультипликатора и установления в качестве условия для его применения самого факта нарушения прав потребителя.

⁸³ Например, можно как минимум предположить, что некий мультипликатор к сумме доказанных убытков следует применять тогда, когда истец не может доказать размер выгоды, извлеченной нарушителем из факта нарушения.

Некоторые выводы

Вышеприведенный анализ показывает, что, оставаясь в рамках режима сугубо компенсационной защиты договорных прав, гражданское право может, оптимизируя режим взыскания обычных убытков или используя те или иные элементы карательных, сверхкомпенсационных взысканий (более толерантное отношение к сверхкомпенсационным договорным неустойкам, введение в некоторых сферах значительных законных неустоек, интенсификация практики взыскания доходов нарушителя договора, извлеченных из факта нарушения, а также возможное расширение сферы допустимого применения института карательных убытков), создавать определенные условия для превенции случаев нарушения договорной дисциплины.

Но всегда ли эти стимулы способны оказаться достаточными? Даже с учетом правовой позиции ВАС РФ из постановления Президиума от 06.09.2011 № 2929/11 доказывание убытков еще очень долго останется большой проблемой. Законные неустойки введены или могут быть введены в очень ограниченном числе сфер договорных отношений. Сверхкомпенсационные договорные неустойки очень часто оказывается невозможным согласовать. Насчет проблем с доказыванием выгоды нарушителя мы также писали. Наконец, вряд ли нужно торопиться вводить карательные убытки за нарушение договоров за рамками сферы потребительского права без дополнительных исследований и просчета рисков. Наконец, релевантные любым связанным со взысканием денежного суррогата моделям защиты огромные проблемы с исполнением судебных решений о присуждении денежных средств в ближайшее время вряд ли испарятся. Так что очевидно, что очень во многих случаях компенсационная защита оказывается недостаточной.

В связи с этим нам представляется, что договорное право должно как минимум более дружелюбно относиться к инструментам абсолютной защиты договорных прав.

3. Меры абсолютной защиты договорных прав

Иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре и судебные запреты

Возможность принуждения должника к исполнению договора является инструментом превенции нарушений за счет предоставления кредитору абсолютной защиты его договорных притязаний. Этот иск хорошо известен континентально-европейским правовым порядкам, являясь там одним из нескольких общедоступных вариантов защиты прав кредитора, допустимым за рядом исключений. Знаком этот иск и англосаксонским юрисдикциям. Правда, здесь он допускается в куда более ограниченном масштабе и по усмотрению суда (как правило, по искам о передаче индивидуально-определенных вещей, акций и некоторых иных категорий имущества)⁸⁴.

⁸⁴ Об истории развития правового режима иска об исполнении обязательства в натуре в зарубежном праве см.: Hallebek J., Dondorp H. (eds). *The Right to Specific Performance: The Historical Development*. Antwerp — Oxford — Portland, 2010. О современном состоянии зарубежного права по данному вопросу см.: Smits J., Haas D., Hesens G. (eds). *Op. cit.*; Rowan S. *Op. cit.*

Если должник понимает, что кредитор, столкнувшись с нарушением, может подать иск о принуждении к исполнению в натуре, это в определенной степени лишает его стимулов попираť договорные права кредитора во имя своей выгоды и вынуждает вступать в переговоры о разрыве или изменении контракта и установлении компенсации за его расторжение (изменение). Последнее, как уже не раз отмечалось, практически гарантирует, что расторжение или изменение договора с учетом добровольно согласованной компенсации будет улучшающим по Парето и обе стороны окажутся в выигрыше при условии, конечно, что выгода должника превышает убытки кредитора. В случае если выгода должника меньше, нарушение и разрыв договора не являются эффективными. В результате должник не сможет предложить кредитору компенсацию, покрывающую убытки последнего, и провал переговоров как раз об этом и будет свидетельствовать.

Соответственно, доступность кредитору инструментов принуждения должника к исполнению договора в натуре является крайне важным с экономической точки зрения инструментом организации цивилизованных институциональных условий оборота. В связи с этим мы делаем нормативный вывод о том, что гражданское право не должно сторониться такого способа защиты договорных прав. В этом плане нам крайне близки воззрения французской научной доктрины и права в целом, бескомпромиссно принуждающих ответчиков к исполнению договора и отказывающихся реализовывать теорию эффективного нарушения за счет ограничения прав кредитора только иском об убытках⁸⁵.

Некоторые сторонники экономического анализа права изначально относились к этой форме защиты договорных прав несколько скептически, видя в нем угрозу для столь милого их сердцу эффективного нарушения и достаточно дорогостоящую форму защиты с точки зрения процессуальной реализации⁸⁶.

Но в последнее время после принятия всерьез проблемы с определением судом убытков *ex post* многие представители этого течения в американской правовой науке стали относиться к иску о присуждении в натуре куда более благосклонно⁸⁷. Это в особенности касается ситуаций, когда речь идет о присуждении к исполнению обязательства, предмет которого относительно уникален (не-

⁸⁵ Обзор высказываний французских цивилистов на сей счет см.: Rowan S. *Op. cit.* P. 51–52.

⁸⁶ Пожалуй, первым аргументы о сравнительной неэффективности иска об исполнении в натуре в сравнении с иском о взыскании убытков представил Р. Познер (см.: Posner R.A. *Economics Analysis of the Law*. 2nd ed. P. 95–96). В последней редакции своего *opus magnum* он продолжает критиковать иск об исполнении в натуре за то, что он блокирует эффективное нарушение, хотя и допускает отдельные исключения (например, в отношении обязательств передать обещанную покупателю вещь). См.: Posner R.A. *Economic Analysis of Law*. 8th ed. P. 164.

⁸⁷ См.: Schwartz A. *Op. cit.* P. 271 ff (аргументация в пользу максимально широкого применения иска об исполнении в натуре с ограничением только в отношении обязательств по оказанию услуг личного характера); Ulen T. *Op. cit.* P. 358 ff (близкие выводы о необходимости максимального расширения сферы доступности такого иска); Shavell S. *Op. cit.* P. 831 ff (защищается тезис о необходимости признания допустимости иска об исполнении обязательства в натуре по обязательствам передать имущество); Kronman A.T. *Op. cit.* 1978. P. 351 ff (аргументация в пользу предоставления права на присуждение в натуре в отношении обязательств с уникальным предметом). См. также: Linzer P. *Op. cit.* P. 111 ff; Friedmann D. *Op. cit.* P. 1 ff; MacNeil I.R. *Op. cit.* P. 968; Eisenberg M.A. *Op. cit.* P. 975 ff; Lewinsohn-Zamir D. *Can't Buy Me Love: Monetary Versus In-Kind Remedies // 1 University of Illinois Law Review*. 2013. P. 151 ff.

движимость, контрольный пакет акций, произведение искусства, патент и т.п.). Здесь должник не может быть легко заменен кредитором, и, соответственно, из-за отсутствия развитого рынка абсолютно аналогичных товаров, работ или услуг точное определение убытков путем апелляции к рыночным ценам затруднено⁸⁸. Также исполнение в натуре воспринимается рядом американских правоведов более благосклонно и в тех случаях, когда отсутствуют трудности при приведении решения суда в исполнение⁸⁹. Вслед за формированием в науке более комплиментарного подхода к данному иску англо-американское право постепенно начинает предусматривать все большее число исключений из изначально признанного в *common law* правила о недопустимости принуждения к исполнению договора. Как уже отмечалось, в рамках континентально-европейской традиции доступность (за рядом исключений) такого иска считалась общим правилом последние несколько веков⁹⁰.

Безусловно, иногда против такого способа защиты могут быть выдвинуты серьезные политико-правовые контраргументы. Это касается, в частности, случаев, когда речь идет об обязательствах, принудительное исполнение которых невозможно без участия самого должника, а процедурное обеспечение такого принуждения и контроль за процессом исполнения затруднены. В таких ситуациях все должно зависеть от того, может ли кредитор достаточно легко найти замену должнику⁹¹. Если да, то, видимо, логичнее право на судебное принуждение должника к исполнению в натуре блокировать. Например, принуждение исполнителя или подрядчика к исполнению своих обязательств по выполнению строительных работ или оказанию неких экспедиторских услуг, носящих достаточно длительный характер и предполагающих пролонгированное взаимодействие с кредитором, достаточно сложно контролировать на стадии исполнительного производства. Эти издержки администрирования процесса исполнения лягут на бюджет. Кроме того, качество таких услуг или работ, совершаемых под принуждением, вряд ли будет высоким, что спровоцирует новые раунды конфликтов. Если при этом на данном рынке у ответчика есть достаточное количество конкурентов, то баланс издержек и преимуществ компенсационной и абсолютной защиты склоняется в пользу первой, и праву, видимо, стоит смириться с оппортунизмом и *prima facie* эффективным нарушением, заблокировать доступность иска об исполнении в натуре и ограничить доступные кредиторам средства защиты правом на взыскание убытков (которые в данном случае будет, вероятно, не так сложно доказать из-за наличия полноценного рынка).

Кроме того, есть серьезные этические возражения против принуждения должника-гражданина к исполнению обязательства тогда, когда принудительное исполнение без его участия невозможно и при этом требует использования должником личных творческих и иных подобных навыков (например, написание книги, выступление

⁸⁸ См.: Kropman A.T. *Op. cit.* P. 351 ff (наиболее яркое представление данного дифференцированного подхода к приемлемости иска об исполнении в натуре).

⁸⁹ См.: Shavell S. *Op. cit.* P. 831 ff.

⁹⁰ Компаративный анализ правового режима иска об исполнении обязательства в натуре см.: Карапетов А.Г. *Иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре. М., 2003.*

⁹¹ См. там же. С. 119.

на концерте и т.п.)⁹². С этической точки зрения удовлетворение исков об исполнении в натуре в таких случаях означало бы серьезное вторжение в сферу личной автономии должника.

Могут быть и некоторые иные ситуации, когда исполнение в натуре следует ограничить (например, на наш взгляд, этически неприемлемо принуждение к внесению пожертвования, и ожидания одаряемого по консенсуальному договору дарения при уклонении дарителя от исполнения своего обязательства должны защищаться лишь иском об убытках)⁹³.

Но за рамками этих исключений такой иск должен быть признан допустимым. Это, безусловно, касается тех случаев, когда независимо от того, может ли кредитор легко заменить должника, не возникает особых сложностей в реализации принуждения на стадии исполнительного производства, так как исполнение решения может быть осуществлено без непосредственного участия должника (например, перерегистрация на покупателя права собственности на недвижимость в ЕГРП, акций — в реестре акционеров, долей участия в ООО — в ЕГРЮЛ, патентов и товарных знаков — в Роспатенте при уклонении продавца этих активов от их отчуждения в пользу покупателя; принудительное выселение ответчика из занимаемого здания или помещения; отобрание иной обещанной должником и находящейся в его владении индивидуально-определенной вещи; признание основного договора заключенным как ответ на уклонение стороны предварительного договора от исполнения обязательства заключить основной договор и т.п.). Этот же иск может быть признан приемлемым и в отношении тех обязательств, исполнение которых невозможно без участия должника, и реализация решения на стадии исполнительного производства не столь беспроблемна, но при этом кредитор в силу уникальности предмета обязательства должника или монопольного статуса последнего не может легко и оперативно его заменить, обратившись к третьим лицам.

В связи с этим следует приветствовать предложение о включении в ГК РФ нормы, однозначно закрепляющей право кредитора по обязательству требовать его исполнения в судебном порядке. Такая норма содержится в п. 1 ст. 308.4 Проекта реформы ГК, на момент написания настоящей статьи одобренной Государственной Думой в первом чтении. Согласно этой норме «в случае неисполнения должником обязательства кредитор вправе требовать по суду исполнения обязательства в натуре, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом, иными законами или договором либо не вытекает из существа обязательства». Последняя оговорка позволяет учесть те случаи, когда в силу тех или иных политико-правовых резонансов такое принуждение должно быть признано неприемлемым. Но само общее правило снимает какие-либо сомнения в том, что иск об исполнении договорного обязательства в натуре признается отечественным законодательством.

Но здесь нужно отметить, что позитивное право не может допустить право на иск об исполнении обязательства в натуре в случаях, когда исполнение решения на

⁹² См.: Каранетов А.Г. Иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре. С. 121.

⁹³ См. там же. С. 120.

стадии исполнительного производства не может быть получено без участия должника, не обеспечив при этом эффективный инструмент принуждения. Выкручивание рук должнику здесь малопродуктивно. И, пожалуй, единственный приемлемый вариант судебного принуждения к совершению определенных действий состоит в наложении на ответчика чувствительных финансовых санкций, косвенно стимулирующих исполнение судебного решения. В связи с этим для таких случаев было бы разумно установить в законе институт эффективных судебных пеней, начисляемых на ответчика за каждый день неисполнения судебного решения, размер которых должен быть настолько чувствительным, чтобы лишить ответчика какого-либо стимула игнорировать судебное решение. Иначе сама идея иска об исполнении в натуре начинает профанироваться. Российское законодательство такие эффективные штрафы пока не предусматривает, в то время как они были бы очень востребованы как в отношении решений об исполнении договорных обязательств, так и применительно к иным сферам права (по искам о предоставлении документов в корпоративном праве, по негаторным искам в праве вещном и т.п.).

Безусловно, публичные штрафы за неисполнение судебного решения закону известны, но они установлены на крайне низком уровне и не выражаются в форме пени. Статьи 119 и 332 АПК РФ предусматривают наложение определением суда судебных штрафов за неисполнение судебного решения в размере до 100 000 руб. в отношении организаций, что, конечно же, для многих ответчиков эффективным стимулом не является⁹⁴. Ситуацию можно было бы несколько улучшить в рамках действующего законодательства, если бы эти нормы были интерпретированы судами таким образом, что сумма до 100 000 руб. могла бы взыскиваться за каждый день неисполнения судебного решения (т.е. рассматриваться не как фиксированный штраф, а как элемент своеобразных судебных пеней). Но в целом оптимальным решением мы считаем внесение в КоАП РФ нормы о взыскании с коммерческих организаций, не исполняющих судебные решения такого рода без уважительных причин, оборотных штрафов в бюджет из расчета за каждый день неисполнения решения (некая доля процента от оборота компании за прошлый год за каждый день неисполнения судебного решения).

Пока законодатель по этому вопросу бездействовал, ВАС РФ, не имея возможности сформировать такой состав административного правонарушения в рамках своей компетенции по толкованию законов, 4 апреля 2014 г. в постановлении Пленума № 22 (п. 3) решил реализовать иной вариант оптимизации инструментов стимулирования исполнения судебных решений. В качестве одного из возможных способов обеспечения исполнения судебного решения (перечень которых соглас-

⁹⁴ Для сравнения: ГПК Германии устанавливает возможность взыскания штрафа за неисполнение решения о принуждении к совершению определенных действий в размере до 25 000 евро, а за неисполнение решения о воздержании от определенных действий — до 250 000 евро (ст. 888 и 890). Указанные штрафы могут взыскиваться неоднократно при упорстве ответчика вплоть до момента, пока ответчик не исполнит судебное решение. Кроме того, ГПК Германии допускает лишение ответчика свободы на срок до 6 месяцев за игнорирование судебного решения. Можно привести пример из более близкой нам по уровню развития страны. Как указывает С.А. Халатов, «в гражданском процессе КНР предусмотрено наложение штрафа на физических лиц в размере до 100 000 юаней жэньминьби (примерно 530 тыс. руб.), а на организации — от 50 000 до 1 000 000 юаней жэньминьби (от 265 тыс. до 5,3 млн руб.)» (Халатов С.А. Повышение эффективности исполнения судебных актов арбитражных судов процессуальными инструментами косвенного принуждения // Московский юрист. 2013. № 3. С. 24–35).

но АПК незакрытый) им был признан аналог известного праву Франции, Голландии, Бельгии, Италии, Португалии и ряда иных стран института *l'astreinte*⁹⁵. Согласно этому подходу по искам, не носящим денежный характер, суд, обязывая ответчика совершить определенные действия или воздержаться от них, указывает в резолютивной части сумму, которую ответчик должен будет уплачивать за каждый день неисполнения судебного решения. Отличие от классического публичного штрафа состоит в том, что так называемый астрент (а) носит характер пеней, которые начисляются за каждый день (или иной временной период) неисполнения судебного решения; (б) определяется в сумме по усмотрению суда с учетом в том числе финансовых возможностей ответчика; (в) идет в доход не государства, а самого истца.

Анализировать данный институт в деталях и обсуждать, например, различные известные зарубежному праву модификации института «астрент», сравнительные преимущества классического французского астрента (идушего в доход истца целиком) и астрента, например, португальского (часть которого направляется истцу, в то время как другая часть — в бюджет) не входит в цели настоящей статьи. Достаточно лишь отметить, что появление в нашем праве этого способа стимулирования к исполнению судебных решений в любом случае лучше, чем сохранение прежней ситуации, в рамках которой такие инструменты практически отсутствовали (если не считать угрозу привлечения к уголовной ответственности).

В то же время отметим, что у этого института имеется очевидный недостаток, который мы не можем обойти своим вниманием в рамках настоящей статьи, посвященной экономическим аспектам защиты гражданских прав. Есть риск того, что суды будут присуждать в качестве астрента крайне незначительные суммы ровно так же, как это происходит сейчас с моральным вредом. В мышлении конкретного судьи будет происходить своего рода когнитивный диссонанс. Он будет понимать, что если ответчик является более или менее крупной компанией, то, чтобы сломить ее волю и заставить считаться со своим решением, суду нужно установить в качестве астрента очень значительную по размеру сумму (вплоть до нескольких сотен тысяч, а то и миллионов рублей в день). Но, с другой стороны, тот факт, что эту сумму придется отдавать истцу, убытки которого если и есть, то в сотни раз ниже и который фактически может озолотиться в результате неисполнения ответчиком своего решения, будет толкать сумму астрента, которую готов взыскать суд, ниже эффективного уровня. Интернализированные на самом глубинном уровне представления о коррективной справедливости и соразмерности санкций будут мешать судье спокойно допустить, что по итогам, скажем, полугода неисполнения судебного решения истец получит десятки миллионов рублей фактически «ни за что». В итоге эта проблема может препятствовать установлению достаточно высоких и очевидно сверхкомпенсационных сумм астрента, необходимых для того, чтобы обеспечить эффективную превенцию случаев неисполнения судебных решений.

⁹⁵ Об этом институте см.: Каранетов А.Г. Иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре. С. 14–15; Кузнецов Е.Н. Астрэнт (*astreinte*) как способ принуждения должника в исполнительном производстве Франции // *Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2002–2003. № 2*; Останина Е.А., Тараданов Р.А. Проблемы и перспективы рецепции института астрэнта (*astreinte*) российской правовой системой // *Вестник ВАС РФ. 2013. № 6. С. 118–129.*

В этом плане вариант направления этих судебных пеней в бюджет вызывает куда меньше проблем. С точки зрения психологии судьи неосновательное обогащение отдельного истца — вещь достаточно спорная, а пополнение бюджета — куда более понятная. Поэтому, в целом признавая введение астрента в практике ВАС РФ вполне приемлемым шагом в условиях действующего законодательства, мы остаемся при мнении, что идеальным решением было бы законодательное введение оборотных штрафов.

Оспаривание сделок, совершенных в нарушение договорных обязательств

Выше мы уже обсуждали ситуацию, когда нарушение договора происходит в результате вторжения третьего лица. В тех случаях, когда «интервент» вторгается в чужие договорные отношения осознанно и при этом данное поведение можно признать недобросовестным, как мы установили, право должно давать кредитору возможность привлечения «интервента» к ответственности (вероятнее всего, субсидиарной) по обязательству изначального должника возместить убытки.

Но применительно к случаю вторжения в форме заключения сделки мыслима и еще одна опция — признание такой сделки недействительной с восстановлением статус-кво. Безусловно, такая возможность может быть допущена только при условии, что «интервент» в момент совершения сделки знал или не мог не знать о том, что этот шаг влечет нарушение ранее принятых его партнером договорных обязательств перед соответствующим кредитором. Речь о недействительности сделки может идти только тогда, когда «интервент» недобросовестен. Стоит ли праву идти по этому пути?

А почему бы и нет? Как уже отмечалось, принцип относительности обязательственных отношений — не священная корова. И при недобросовестности третьего лица от этого принципа можно вполне отступить. Вмешательство третьего лица в чужие договорные отношения, если оно производится осознанно и умышленно, может с учетом конкретных обстоятельств являться недобросовестным и противоречащим добрым нравам поведением.

Ранее Президиум ВАС РФ (постановление от 13.12.2011 № 10900/11) применял такой подход к уступке, совершенной в нарушение договорного запрета на цессию. С 1 июля 2014 г. после вступления в силу новой редакции главы 24 ГК РФ оспаривание сделки цессии было в таких случаях законодательно признано согласно п. 2 ст. 382 и п. 3 ст. 388 ГК (за исключением уступки денежных требований, вытекающих из сугубо коммерческих договоров) для случаев, когда цессионарий знал или должен был знать о наличии договорного запрета на уступку в договоре между cedentом и должником.

Другой пример законодательного признания оспаривания сделок «интервента» с должником — это норма п. 4 ст. 32.1 Федерального закона от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах», согласно которой «договор, заключенный стороной акционерного соглашения в нарушение акционерного соглашения, может быть признан судом недействительным по иску заинтересованной стороны акционерного соглашения только в случаях, если будет доказано, что другая сторона

по договору знала или заведомо должна была знать об ограничениях, предусмотренных акционерным соглашением».

Как нам представляется, эти два примера должны рассматриваться не как исключения, а как эксплицитно отраженные в законе примеры вполне оправданного имплицитного общего правила, допускающего оспаривание сделки, совершение которой нарушает договорные обязательства одной из ее сторон перед другим лицом в ситуации, когда вторая сторона этой оспариваемой сделки идет на ее заключение недобросовестно, зная или имея все основания знать о том, что совершение сделки провоцирует правонарушение. Нормативное основание для такого шага строится на применении п. 4 ст. 1 ГК РФ (недопустимость извлечения выгоды из своего недобросовестного поведения) и ст. 10 в сочетании со ст. 168 ГК РФ. При этом было бы разумно применять здесь режим именно оспоримости, а не ничтожности сделки.

Если наше право окончательно признает такое основание для оспаривания сделки, то у контрагента, чьи права нарушает такая сделка его партнера с третьим лицом, появится выбор. Он может защищать свое право в рамках режима компенсационной защиты, предъявив иск к нарушителю договора и при определенных условиях к «интервенту» как субсидиарному ответчику, но может прибегнуть и к режиму абсолютной защиты в форме иска об оспаривании сделки. Право должно признать эту альтернативность режимов защиты и предоставить выбор пострадавшему кредитору. В ряде случаев его может вполне устроить иск о взыскании убытков, в то время как в других ситуациях (например, при наличии сложностей в доказывании убытков) ему может быть удобнее защищать свое право путем оспаривания сделки.

Угроза оспаривания сделки создает сильные стимулы для контрагента, желающего совершить сделку в нарушение своих обязательств, и третьего лица, желающего вступить с ним в эту сделку, считаться с интересом управомоченного по ранее заключенному договору лица и вступать с ним в предварительные переговоры на предмет расторжения договора и определения размера компенсации. Как уже не один раз отмечалось, по общему правилу этот результат должен быть признан желательным с политико-правовой точки зрения.

Причем в ряде случаев близкой по функциональности альтернативой иску об оспаривании сделки может быть иск о переводе на кредитора прав и обязанностей по договору, заключенному должником с недобросовестным «интервентом». Классическая ситуация, где такого рода способ защиты может быть востребован, — это попытка сконструировать договорные преимущественные права. Наш закон нередко признает преимущественные права на приобретение того или иного актива (например, доли в ООО и доли в праве собственности⁹⁶). Санкцией за нарушение таких прав и продажу актива третьим лицам без предварительного выставления оферты управомоченному лицу является иск о переводе прав на приобретенный актив в пользу лица, имеющего преимущественное право. Но могут ли преимущественные права согласовываться по воле

⁹⁶ См.: п. 18 ст. 21 Федерального закона от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» и п. 3 ст. 250 ГК РФ.

сторон? Безусловно. Для этого стороны просто должны оформить договор с соответствующими обязательствами воздерживаться от продажи актива без предоставления другим своим партнерам права на преимущественное приобретение. Но вариант, при котором защита таких договорных прав будет ограничена иском об убытках, зачастую крайне неэффективен в связи с проблемами с доказыванием убытков и исполнением судебных решений о взыскании.

Достаточно представить себе ситуацию, когда собственники домов в коттеджном поселке, желая сохранить его «закрытый» характер, заключают соглашение, по которому они гарантируют друг другу право преимущественного приобретения дома одного из них при его отчуждении. Закон не предусматривает на этот случай преимущественное право и перевод прав и обязанностей по заключенной со сторонним лицом сделке. Соответственно, согласно традиционной модели защиты договорных прав речь идет о возможности взыскания убытков. Но доказать убытки в такой ситуации вряд ли возможно с учетом того, что погранный интерес носит не вполне имущественный характер. В результате единственным эффективным способом обеспечить преимущественное право соседей является либо оспаривание совершенной сделки, либо подача одним из соседей иска о переводе на него прав и обязанностей покупателя в ситуации, когда сторонний приобретатель осведомлен о наличии такого соглашения. Если собственники смогут так или иначе обеспечить публичность данного условия о преимущественном праве и тем самым минимизировать риск появления фигуры добросовестного покупателя, угроза оспаривания (или заявления иска о переводе прав и обязанностей по заключенному договору) может предотвратить нарушение закрытости поселка и оппортунистическое поведение одного из соседей, решившего проигнорировать свои обязательства.

В отношении случаев продажи имущества не тому покупателю, которому она была обещана по договору, а третьему лицу (который, вероятнее всего, предложил более высокую цену) можно обсуждать и иные решения, обеспечивающие абсолютную защиту договорного права кредитора, но не сопряженные с оспариванием заключенной сделки. Например, судебное решение австрийского Верховного суда 2013 г.⁹⁷ наводит на мысль о том, что как минимум в отношении случаев продажи на сторону того, что было ранее обещано покупателю, может обсуждаться следующий вариант. Сделку «интервента» и должника право не признает недействительной, но дает кредитору возможность принудительного выкупа проданной вещи у недобросовестного «интервента» по цене, которая была согласована истцом в договоре с изначальным собственником.

Это право на принудительный выкуп — своего рода близкий аналог института перевода прав и обязанностей по судебному решению. Сходство права на выкуп вещи/доли у нового собственника и института перевода прав в том, что оба этих инструмента не ставят под сомнение состоявшийся переход титула к приобретателю (в отличие от оспаривания второй сделки купли-продажи), и до момента вступления в силу решения суда о выкупе/переводe (а в ряде случаев и его исполнения путем внесения записи в соответствующие реестры) собственником

⁹⁷ Текст решения см. здесь: <http://zakon.ru/Tools/DownloadFileRecord?id=1306>. Обсуждение решения см. здесь: <http://zakon.ru/Blogs/One/11445>.

будет считаться недобросовестный приобретатель. В этом принципиальное отличие рассматриваемых институтов от оспаривания сделки. Отличие же права на выкуп (по модели, использованной австрийским судом) от иска о переводе прав и обязанностей по заключенному с «интервентом» договору состоит в том, что при переводе прав и обязанностей последние переводятся на истца на условиях, согласованных в договоре с «интервентом», в то время как при принудительном выкупе изначальный кредитор может требовать от приобретателя продажи ему вещи по цене и на условиях, закрепленных в первом договоре (договоре между истцом и изначальным собственником). С учетом того, что «интервент» действует недобросовестно, вариант, при котором приобретенная им вещь принудительно выкупается у него на условиях договора, заключенного изначальным собственником не с ним, а с пострадавшим покупателем, представляется более адекватным.

В наши задачи не входит более детальное обсуждение этой проблематики, которая, безусловно, заслуживает куда более серьезного и вдумчивого анализа.

Минимизация случаев законодательного признания права стороны договора на немотивированный отказ от него

Другой шаг, который обеспечивает расширение возможностей по абсолютной защите договорных прав, состоит в минимизации случаев, когда закон признает за одной из сторон право на немотивированный отказ от договора. Это касается в том числе и тех случаев, когда такое право обуславливается выплатой другой стороне той или иной компенсации (убытков, расходов и т.п.). Некоторые подобные примеры законодательного ограничения принципа *pacta sunt servanda* у нас не вызывают серьезных вопросов (например, предусмотренное в ст. 610 ГК РФ право любой из сторон договора аренды, заключенного на неопределенный срок, на немотивированный отказ от договора). В то время как некоторые другие требуют серьезного критического анализа их политико-правовой приемлемости.

Например, следует разобраться, оправданно ли то, что ГК РФ в ст. 717 дает заказчику по договору подряда право на немотивированный отказ от договора под условием оплаты подрядчику части цены, соразмерной тому, что тот уже успел выполнить, а также убытков в пределах разницы между этой подлежащей оплате частью цены и всей ценой договора. Зачем ст. 782 ГК признает такое право за заказчиком по договору оказания услуг, обуславливая его реализацию оплатой исполнителю лишь фактически понесенных расходов? И наконец, почему эта же статья такое право в принципе дарует и исполнителю (при условии покрытия заказчику его убытков)?

В тех случаях, когда закон предоставляет стороне право на немотивированный отказ от прекращения договора при условии покрытия убытков другой стороны, оно фактически вводит *Liability rule* в отношении защиты договорных прав последней, исключая какие-либо возможности для абсолютной защиты. Тогда же, когда размер предусмотренной договором компенсации меньше

убытков (например, когда ст. 782 ГК РФ говорит о возмещении отказавшимся от договора заказчиком лишь фактически понесенных расходов исполнителя), речь идет о введении модели исключительно ограниченной компенсационной защиты.

Как мы выше показали, для ограничения режима абсолютной защиты должны быть приведены очень веские аргументы. В отсутствие таковых право должно допускать подобный режим защиты договорных притязаний кредитора. Когда заказчик в договоре подряда или заказчик и исполнитель в договоре возмездного оказания услуг получают право оппортунистически лишить другую сторону ее договорных прав и навязать ей денежную компенсацию, размер которой будет *ex post* определять суд, возникают серьезные риски недокомпенсации и, соответственно, неэффективной по Парето реаллокации прав.

В этих условиях может показаться разумным исключить указанные нормы закона и оставить в отношении этих случаев в действии общие правила ГК РФ, согласно которым сторона не вправе немотивированно отказаться от своих обязательств (ст. 309, 310). Это приведет к тому, что в ситуации, когда сторона договора подряда или оказания услуг передумает его исполнять, она, учитывая риск предъявления к ней исков об исполнении ее обязательств (например, иска исполнителя или подрядчика о взыскании с заказчика всей цены работ или услуг или иска заказчика к исполнителю о принуждении к оказанию услуг), во многих случаях будет стимулироваться как минимум к тому, чтобы вступить с кредитором в переговоры и выкупить у него согласие на расторжение договора, предложив такую компенсацию, которая гарантированно покроет его убытки.

На это могут возразить, что в ряде случаев сама возможность иска об исполнении в натуре затруднена и было бы честнее прямо признать право на отказ от договора при условии возмещения убытков. Например, иск об исполнении обязательства по оказанию услуг действительно нередко не соответствует тем критериям приемлемости, которые мы вкратце описывали выше. В той степени, в которой это так, действительно, право на отказ от договора при условии возмещения убытков представляется вполне логичным. Но, как мы ранее показали, могут быть случаи, когда должно быть допущено судебное решение о принуждении к оказанию услуг (при незаменимости исполнителя или в случае отсутствия фактора принуждения к длительному взаимодействию сторон), исполняемое путем наложения на ответчика астрента или иных аналогичных способов косвенного принуждения. Установление в законе права исполнителя на немотивированный отказ от договора фактически блокирует перспективу такого принуждения даже тогда, когда оно может быть признано вполне приемлемым. Соответственно, было бы разумнее исключить соответствующую норму из п. 2 ст. 782 ГК РФ.

Что же касается права на отказ от договора заказчика по договору оказания услуг или подряда, тот тут проблема с затруднительностью исполнения в натуре вовсе не встает. Основное обязательство заказчика состоит в оплате. Принудительное исполнение таких обязательств не вызывает особых проблем. Когда услуги оказаны, а работы выполнены, никакой отказ от договора в принципе не может быть признан допустимым и исполнитель (подрядчик) должен безусловно выплатить

цену договора⁹⁸. В тех же случаях, когда услуги еще не оказаны (работы не выполнены), лишение заказчика права на отказ от договора будет означать, что исполнитель (подрядчик) может исполнить свои обязательства и претендовать на оплату.

Но тут возникает проблема, связанная с тем, что во многих (хотя и не во всех) случаях процесс оказания услуг и выполнения работ требует тесного взаимодействия сторон и не может быть осуществлен без участия заказчика. Если из закона будут устранены нормы о праве заказчика на немотивированный отказ, а оказание услуг или выполнение работ невозможно без сотрудничества с заказчиком, отказ последнего от сотрудничества должен быть расценен как просрочка кредитора (ст. 406 ГК РФ). Соответственно, если полная оплата уже внесена, то исполнитель (подрядчик) вправе оставить себе полученные средства и легально не исполнять свои обязательства, не рискуя стать ответственным за нарушение (п. 3 ст. 405 ГК РФ). Если оплата не внесена, исполнитель (подрядчик), столкнувшийся с такой просрочкой кредитора со стороны заказчика, будет иметь право взыскать с него всю согласованную цену. Обоснованием такого иска может быть применение по аналогии п. 3 ст. 157 ГК РФ (недобросовестное препятствование наступлению условия для оплаты), а также применение опять же по аналогии целого ряда норм ГК о купле-продаже, согласно которым уклонение покупателя от принятия товара дает продавцу право взыскать его цену (п. 4 ст. 486, п. 4 ст. 514, п. 2 ст. 515).

Есть ли какие-то основания для дифференциации режимов договора купли-продажи, с одной стороны, и договоров подряда (оказания услуг) — с другой? Почему применительно к купле-продаже закон прямо допускает взыскание полной оплаты с продавца, потерявшего интерес в товаре и не желающего его принимать, а в отношении договоров оказания услуг (подряда) закон дает заказчику, потерявшему интерес в исполнении договора, право немотивированно отказаться от договора? Безусловно, сохранение договора с потерявшим в нем интерес заказчиком или покупателем и взыскание с них цены будет вынуждать покупателя (заказчика) к взаимодействию с продавцом (исполнителем, подрядчиком) на стадии исполнения последним его обязательств. Но степень этого взаимодействия, как правило, разная. Часто в договорах оказания услуг (подряда) она намного выше, чем при исполнении продавцом своего обязательства по поставке товара. В этих условиях такое косвенное принуждение к получению нежеланных услуг или работ может провоцировать новые конфликты и в целом не вполне нормально с точки зрения здоровья деловых связей. Возможно, именно поэтому применительно к купле-продаже закон допускает взыскание с покупателя, уклоняющегося от приемки товара, его цены и не дает покупателю, потерявшему интерес в договоре, право на немотивированный отказ от договора, в то время как в отношении договоров подряда или оказания услуг он дает заказчику право на выход. Этим можно объяснить и включение нормы (ст. IV. С.-2:111) о праве заказчика на отказ от договора оказания услуг под условием возмещения убытков в *DCFR*, и наличие аналогичной нормы в праве ряда зарубежных стран⁹⁹.

⁹⁸ Данный подход поддерживается и многими судами. См.: постановления ФАС Московского округа от 13.12.2006, 15.12.2006 № КГ-А40/12225-06; от 29.07.2010 № КГ-А40/7641-10; ФАС Северо-Западного округа от 13.12.2011 по делу № А56-7602/2011 и др.

⁹⁹ См.: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. P. 1720.

Эти соображения подлежат серьезному дополнительному анализу. В то же время даже если с их учетом будет признано оправданным закрепление законом за заказчиком права на отказ от договора, то требуется изменить подход к определению последствий такого отказа. В п. 1 ст. 782 ГК следует закрепить, что последствием отказа от договора со стороны заказчика будет взыскание с него всей согласованной в договоре цены, уменьшенной на те расходы, которые исполнитель (подрядчик) не понес из-за прекращения договора.

Может показаться, что такой расчет приведет к тем же самым суммам, что и взыскание убытков. В идеальном мире это будет действительно так. Но в мире реальном с его сложностями в доказывании будет проступать принципиальное различие. В рамках нашего предложения положение истца будет намного проще из-за перераспределения бремени доказывания. Истец может опираться на согласованную в договоре цену и более ничего доказывать не должен. Вместо этого именно заказчик, отказавшийся от договора, будет обязан доказывать, какую долю расходов мог сэкономить подрядчик (исполнитель) в результате прекращения договора, чтобы снизить объем взыскания. Именно такое решение известно праву многих зарубежных стран¹⁰⁰. С экономической точки зрения оно будет компромиссом. С одной стороны, подрядчик (исполнитель) будет лишен возможности защищать свое договорное право в абсолютном режиме, не сможет навязать заказчику нежеланную услугу (работу) и вынуждать его к тесному взаимодействию при оказании услуг или выполнении работ помимо его воли. С другой же стороны, риск недокомпенсации в рамках такой модели компенсационной защиты будет намного ниже, чем в ситуации, когда права исполнителя (подрядчика) защищались бы традиционным иском об убытках.

Иные инструменты абсолютной защиты

Безусловно, выше были описаны далеко не все правовые инструменты, создающие условия для абсолютной защиты договорных прав. Богатство частного права и многообразие договорных форм вряд ли позволяет привести нам какой-то исчерпывающий перечень абсолютных моделей защиты.

Например, применительно к отношениям по договору аренды инструментом обеспечения абсолютной защиты договорных прав арендатора по владению и пользованию вещью является принцип следования, закрепленный в ст. 617 ГК РФ. Было бы крайне необдуманно лишать арендатора такой возможности противопоставить свои права новому приобретателю объекта аренды. Далеко не всегда арендатор может адекватно защитить свои права иском о взыскании с первоначального арендодателя убытков, возникших из-за неожиданного прекращения договора аренды в связи со сменой собственника и выявлением невозможности исполнения. В этом плане противопоставимость прав арендатора вынуждает арендодателя и потенциального нового собственника, желающего приобрести очищенную от обременений

¹⁰⁰

Такой подход к расчету компенсации при расторжении договора заказчиком реализован согласно ГК Голландии ст. 7:408 и п. 2 ст. 7:411 в отношении договора на оказание услуг и п. 2 ст. 7:764 в отношении договора на выполнение строительных работ; согласно § 649 Германского гражданского уложения — в отношении договора на выполнение работ. См. аналогичный подход в § 1168 Австрийского гражданского уложения.

вещь, вступать с арендатором в *ex ante* переговоры по поводу выплаты ему компенсации за расторжение договора. Соответственно, принцип следования формирует условия для более цивилизованного отчуждения договорных прав и блокирует оппортунизм. Как минимум в ситуации, когда следование работает против приобретателя, который знает или должен знать о наличии арендатора, такое решение следует признать адекватным.

У нас здесь нет возможности детально анализировать функционирование данного института, в отношении которого возникает множество требующих подробного обсуждения вопросов (например, отсутствие следования при несоблюдении сторонами договора аренды требования государственной регистрации договора; оправданность следования при краткосрочной нерегистрируемой аренде; допустимость следования в условиях отсутствия требования государственной регистрации договоров аренды объектов, не относящихся к недвижимости; возможность исключения договором принципа следования и др.). Нам лишь важно обозначить, что сама идея обеспечить противопоставимость прав арендатора, знакомая как нашему ГК, так и праву многих других стран, достаточно логично вписывается в политико-правовой контекст развиваемой в настоящей статье концепции.

Интересные модели абсолютной защиты, близкие принципу следования в аренде, известны нашему законодательству об интеллектуальной собственности (например, п. 7 ст. 1235 ГК¹⁰¹).

Заключение

Цель настоящей статьи состояла в том, чтобы продемонстрировать парадокс компенсации. Если право желает гарантировать жертве правонарушения полноценное восстановление нарушенного права, оно не должно по общему правилу ограничивать доступный жертве арсенал средств защиты только иском о возмещении убытков. Этот вывод вытекает из признания феномена недокомпенсации, возникающего тогда, когда определение денежного эквивалента нарушенного права доверяется суду. В этих условиях признание за правообладателем в ряде случаев права на сверхкомпенсационные взыскания или абсолютную защиту может создать стимулы к цивилизованному обороту прав и пресечению оппортунистических атак на гражданские права. Вместо навязываемых в форме волюнтаристских правонарушений недобровольных трансакций будут формироваться условия для трансакций добровольных, гарантирующих правообладателю полноценную компенсацию за утрату своих прав.

При этом политико-правовой анализ, предпринятый в рамках настоящей статьи, не претендует на то, чтобы предписать точный правовой режим соответствующей

¹⁰¹ Согласно данной норме «переход исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации к новому правообладателю не является основанием для изменения или расторжения лицензионного договора, заключенного предшествующим правообладателем».

ших сверхкомпенсационных или абсолютных моделей защиты. Многие частные вопросы их желательного функционирования требуют отдельного и крайне внимательного изучения. Наша задача состояла лишь в том, чтобы продемонстрировать наличие серьезного аргумента против сведения средств защиты обладателя гражданских прав к одному лишь иску о возмещении убытков. В ряде случаев этот аргумент может перебиваться теми или иными контраргументами (например, серьезными проблемами с определением предсказуемого мультипликатора при желании ввести сверхкомпенсационные взыскания, отсутствием какой-либо приемлемой возможности структурировать абсолютную защиту тех или иных гражданских прав и т.п.). Так что окончательные выводы об оптимальной модели защиты конкретных гражданских прав в области вещного, корпоративного, договорного и иных областях частного права следует делать в рамках специальных исследований с учетом всех релевантных политико-правовых аргументов и факторов.