

Выдержки из статьи «Модели защиты гражданских прав: экономический взгляд», готовящейся к публикации осенью 2014 года

Модели защиты договорных прав - полное возмещение убытков должником

...

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 взыскания¹ или иски об исполнении обязательства в натуре.

То, к чему приводит последовательное проведение в жизнь этой теории, это идея 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 кредитора.² Одним из первых близких взгляд на последствия нарушения договора выдвинул более 100 лет назад знаменитый американский судья Оливер У. Холмс.³

Сторонники экономического анализа «первой волны», включая Ричарда 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 натуре.⁴ 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 Познера, эффективность будет обеспечиваться, если должнику будет позволяться выйти из договора, будучи готовым возместить кредитору убытки. Соответственно, если бы право позволяло взыскивать с должника больше, чем убытки кредитора, такие эффективные нарушения предотвращались, что, по его мнению, было бы нежелательным.⁵

Следствием такого подхода, если его проводить 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 дорогостоящему регулятору поведения как право. Но трудно спорить с тем, что роль этих факторов колоссальна. Попытки

¹ Posner R.A. Let Us Never Blame a Contract Breaker.// 107 Michigan Law Review. 2008-2009. P.1356

² Posner R.A. Let Us Never Blame a Contract Breaker.// 107 Michigan Law Review. 2008-2009. P.1350

³ 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 ставшей впоследствии ассоциироваться с его именем теории договора как источника альтернативного обязательства см.: Perillo J.M. Misreading Oliver Wendell Holmes on Efficient Breach and Tortious Interference.// 68 Fordham Law Review. 2000. P.1085ff

⁴ Posner R.A. Economic Analysis of Law. 2nd Edition. 1977. P.88-89; Birmingham R. Breach of Contract, damage Measures, and Economic Efficiency.// 24 Rutgers Law Review. 1970. P.284. См. также: Polinsky A.M. An Introduction to Law and Economics. 3rd Ed. 2003. P.33-36, 69

⁵ См. его решение по делу Patton v. Mid-Continent Sys., 841 F.2d 742 (7th Cir. 1988)

деконструировать эту деловую мораль могут быть очень опасны с точки зрения долгосрочных последствий развития экономики.⁶

Общество, которое не основано на доверии, обречено на упадок, и трудно представить себе развитие экономики в стране, в которой считается за норму неисполнение договорных обязательств.⁷ 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 труднопредсказуемы.⁸ 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 эквивалента.⁹ 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 исполнения договора в натуре и его денежного суррогата для кредитора, 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 предпочтут более не сотрудничать с компанией, замеченной в таком поведении (особенно, если нарушение совершается с целью не избежать непропорциональных расходов, а извлечь дополнительную выгоду).¹⁰ Мы не ошибемся, если предположим, что в российской деловой практике ситуация принципиально не отличается.

Но самое главное состоит в том, что 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 в отношении ситуации с нарушением договорных обязательств. Не сильно преувеличивая, можно сказать, что добиться взыскания всех возникающих в связи с

⁶ MacKaay E. Law and Economics for Civil Law System. 2013. P.486

⁷ Brun P. Le droit de revenir sur son engagement. 1998. 79, 86 (цит. по: Rowan S. Remedies for Breach of Contract: A Comparative Analysis of the Protection of Performance. 2012. P.51). Близкий тезис выдвинул против теории эффективного нарушения в американском праве Джозеф Перилло (см.: Perillo J.M. Misreading Oliver Wendell Holmes on Efficient Breach and Tortious Interference.// 68 Fordham Law Review. 2000. P.1105)

⁸ Аналогичные аргументы см.: Van Kogelenberg M. Motive Matters! An Exploration of the Notion “Deliberate Breach” and Its Consequences for the Application of Remedies. 2013. P.160-164

⁹ Eisenberg M.A. Actual and Virtual Specific Performance.// 93 California Law Review. 2005. P.1007

¹⁰ 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. and Hoffman D. Breach is for Suckers.// 63 Vanderbilt Law Review. 2010. P.1013ff. Подробнее об этих и других исследованиях на сей счет см.: Van Kogelenberg M. Motive Matters! An Exploration of the Notion “Deliberate Breach” and Its Consequences for the Application of Remedies. 2013. P.66-68

нарушением контракта убытков (особенно упущенной выгоды) в российских судах по сложности этой 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 оказался бы, если бы договор был исполнен надлежащим образом.¹¹ 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) доказывание некоторых видов убытков кредитору пришлось бы раскрывать свою коммерческую тайну, и, наконец, 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 договоров.¹²

Радует, что в последние годы теория эффективного нарушения и идея ограничивать права кредитора только иском о взыскании убытков начинает терять сторонников в американской правовой науке¹³ по мере того, как все очевиднее становится возникающая в рамках модели обычной компенсационной защиты проблема паталогической недокомпенсации кредиторов. Как недавно было отмечено, простая версия теории эффективного нарушения сейчас в США потеряла поддержку среди большинства ученых, работающих в рамках методологии экономического анализа права.¹⁴

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 дать внятный и убедительный ответ на проблему систематической недокомпенсации кредитора. Например, Ричард 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, опирая свой вывод на малоубедительный, на наш взгляд, тезис о том, что суды в большинстве случаев могут

¹¹ Van Kogelenberg M. Motive Matters! An Exploration of the Notion “Deliberate Breach” and Its Consequences for the Application of Remedies. 2013. P.167-168

¹² 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 Hesens G. Specific Performance in Contract Law: National and Other Perspectives. 2008. P.295; Mahoney P.G. Contract Remedies: general./ De Geest G. (Ed.) Contract Law and Economics. 2011. P.165

¹³ Farber D. Reassessing the Economic Efficiency of Compensatory Damages for Breach of Contract.// 66 Virginia Law Review. 1980. P.1443ff; Schwartz A. The Case for Specific Performance // 89 Yale Law Journal. 1979. P.271ff; Ulen T. The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies.// 83 Michigan Law Review. 1984. P.358ff; Shavell S. Specific Performance versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis.// 84 Texas Law Review. 2006. P.831ff ; Kronman A.T. *Specific Performance*.// 45 University of Chicago Law Review. 1978. P.351ff; Linzer P. On the Amoralism of Contract Remedies – Efficiency, Equity, and the Second Restatement.// 77 Columbia Law Review. 1981. P.111fff; Friedmann D. The Efficient Breach Fallacy.// 18 Journal of Legal Studies. 1989. P.1ff; MacNeil I.R. Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky.// 68 Virginia Law Review. 1982. P.968; Eisenberg M.A. Actual and Virtual Specific Performance.// 93 California Law Review. 2005. P.975ff; Dodge W. The Case for Punitive Damages in Contract.// 48 Duke Law Journal. 1999. P.666-670

¹⁴ Klass G. Efficient Breach./ The Philosophical Foundations of Contract Law. Edited by G. Klass, G. Letsas & P. Saprai (Eds.). 2013. Доступно в интернете: <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2194&context=facpub>

достаточно точно определить размер убытков кредитора и проблема систематической недокомпенсации не возникает.¹⁵ Такой подход нам представляет 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, в силу того, что ожидаемые издержки неправомерного поведения (возможные убытки кредитора, умноженные на процент вероятности их взыскания и фактического исполнения судебного решения) оказываются 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 этой связи 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 не склонны к оппортунистическому поведению и настроены на соблюдение стандартов честных деловых практик и верности слову.¹⁶ 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 тем, соответственно, 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 качества кредиторского риска. Ровна та же ситуация имеет место и применительно к, по сути, 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 завышенный с учетом высокого уровня риска цены любого иного договора) не означает, что все желающие заключить соответствующий договор, его смогут себе позволить. Многие потенциальные контрагенты просто будут вынуждены воздержаться от этого в силу того, что сделка по такой цене не будет влечь для них улучшение по Парето (то есть она не будет

¹⁵ Posner R.A. *Economic Analysis of Law*. 8th Ed. 2011. P.149, 162-163, 322-323

¹⁶ Walt S. *Penalty Clauses and Liquidated Damages.*/ De Geest G. (Ed.) *Contract Law and Economics*. 2011. P.181

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 движется именно за счет ежедневного совершения автономными участниками оборота миллионов таких взаимовыгодных сделок, обеспечивающих эффективное распределение ресурсов, капитала, труда и продуктов производства, то есть 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 фактор 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 всей 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 так проблемы (например, средства обеспечения обязательств, бюро кредитных историй, инвестиции в брэнд 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 транзакционные 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 значит низкий риск? 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 на коротком шаге. 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 растет и премия за риск, закладываемая в цену, что еще сильнее увеличивает долю «плохих» контрагентов. Постепенно «плохие контрагенты» вытесняют «хороших» ровно как плохие подержанные машины вытесняют качественный автомобильный секонд-хэнд. Экономисты называют этот случай ухудшающего отбора «рынком лимонов».¹⁷

Безусловно, полное вытеснение добросовестных участников оборота с рынка не происходит 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 некомпенсированных потерь был бы значительно ниже, и соответствующая премия за риск в ценах товаров, работ, услуг и капитала – соразмерно ниже. Это бы снижало деструктивное экономическое влияние феномена ухудшающего отбора и снижало бы преимущества нечестных деловых практики, создавая условия для формирования стандартов честного бизнес поведения в отношении заключаемых контрактов.

Российскому праву (частному и процессуальному) в этой связи предстоит сложнейшая задача повышения эффективности 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 этой связи обостряется вопрос о достаточности сугубо компенсационной защиты прав кредитора по договору.

...

Промежуточные выводы

Как мы показали, сложности в доказывании и взыскании убытков и определении судом субъективной ценности исполнения договора для кредитора, в результате которых право очень часто не может поставить кредитора в положения 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 договора только права на возмещение убытков, позитивное право будет создавать стимулы к дестабилизации договорной дисциплины, и при этом у очень многих

¹⁷ Проблему ухудшающего отбора (adverse selection) на примере рынка подержанных автомобилей (т.н. «рынка лимонов») наиболее ярко продемонстрировал нобелевский лауреат Дж. Акерлоф. См.: Акерлоф Дж. Рынок «лимонов»: неопределённость качества и рыночный механизм (1970) / THESIS. 1994, Вып. 5. С. 91–104

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 этой связи, 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 толковать должника, желающего отступить от буквы контракта, вступать в переговоры с кредитором и выкупать его согласие на изменение условий договора. Как справедливо отмечают Роберт Кутер и Томас Улен, существуют серьезные достоинства в идее доверить разрешение этой проблемы в денежной оценке договорного права кредитором не судам, а самим сторонам.¹⁸ 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 коррекций.

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 от такого предложения. 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? В первую очередь, за счет признания за кредитором права применять в случае нарушения своих договорных прав таких санкций, угроза применения которых может создать значительно более эффективные сильные стимулы к подавлению случаев оппортунистического нарушения, чем может обеспечить традиционный иск о взыскании убытков с должника. Тут можно рассматривать и признание сверхкомпенсационных договорных неустоек, и взыскание в качестве убытков доходов, извлеченных нарушителем (ст.15 ГК), и иски об исполнении обязательства в натуре. Среди таких мер можно назвать и деликтный иск к третьему лицу в случае его недобросовестного вторжения в договорные отношения, и даже в некоторых случаях – оспаривание сделок, совершенных в нарушение договорных обязательств.

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 имеет, в частности, 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

¹⁸ R. Cooter and T. Ulen. Law and Economics. 5th Edition. 2008. P.268

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

Право многих стран в такой 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*.¹⁹ 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 им своих договорных обязательств перед кредитором. Соответственно, в таких странах сфера применения такого иска здесь 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.). В таких странах такой иск допустим только в самых радикальных ситуациях. В ряде же других стран критерии применения этого в целом признаваемого в теории иска не вполне прояснены.²⁰

В результате обобщения европейского опыта европейскими цивилистами была выработана редакция ст.6.-2:211 Проекта общей системы координат европейского

¹⁹ 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.1116ff; McChesney F.S. Tortious Interference with Contract Versus “Efficient” Breach: Theory and Empirical Evidence.// 28 Journal of Legal Studies. 1999. P.131ff; 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.61ff; BeVier L.R. Reconsidering Inducement.// 76 Virginia Law Review. 1990.P. 877ff; Epstein R.A. Inducement of Breach of Contract as a Problem of Ostensible Ownership.// 16 Journal of Legal Studies. 1987. P.1ff; Landes W.M. & Posner R.A. Joint and Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis.// 9 Journal of Legal Studies. 1980.P.517ff. 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

²⁰ Анализ европейского опыта см.: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Edited by C. von Bar and E. Clive. 2009. P.3257ff; van Boom W.H. Pure Economic Loss: A Comparative Perspective./ van Boom W.H., Koziol H. and Witting C.A. Pure Economic Loss. 2004. P.16ff; Bussani M. & Palmer V.V. Pure Economic Loss in Europe. 2003. P.362ff; von Bar C., Drobnig U. The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe: A Comparative Study. 2004. P.211ff; 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 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 1978. P.41ff. 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. 2011. P.69ff. 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.297ff.

частного права (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 он не действовал во имя своих собственных легитимных интересов.

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 вторжения 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 правоприязаний,²¹ 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 ГК.²² 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 предрешаем. 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 быть оценено как вполне допустимое с точки зрения принципа добросовестности? Как мы видим, в зарубежном праве этот вопрос является, пожалуй, ключевой проблемой. Почти все

²¹ 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

²² 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 пункта 4 статьи 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.

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».²³

Эти и другие вопросы требуют дополнительного обсуждения. В то же время сама данная 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 вступить в переговоры с кредитором и договориться о расторжении договора, предложив ему достаточную компенсацию.²⁴ Если общий «кооперативный излишек» (то есть 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.

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 выше 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

²³ Prima facie наиболее разумным представляется признание субсидиарной природы ответственности «интервента».

²⁴ McChesney F.S. Tortious Interference with Contract Versus “Efficient” Breach: Theory and Empirical Evidence.// 28 Journal of Legal Studies. 1999. P.150-151

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 (Постановление №10900/11 от 13 декабря 2011 года) применял такой подход к уступке, совершенной в нарушение договорного запрета на цессию. С 1 июля 2014 года после вступления в силу новой редакции Главы 24 ГК 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 Закона 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 случаи 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 (недопустимость извлечения выгоды из своего недобросовестного поведения) и ст.10 в сочетании со ст.168 ГК. При этом было бы разумно применять здесь режим именно оспоримости, а не ничтожности сделки.

Если наше право окончательно признает такое основание для оспаривания сделки, у контрагента, чьи права нарушает такая сделка его партнера с третьим лицом, появляется 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 ряде других случаев (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. По общему правилу этот результат может быть признан оправданным с политико-правовой точки зрения, так как будет стимулировать добровольное изменение договорных прав и пресекать произвол, а также гарантировать кредитору, что он не окажется в ситуации, когда его право будет нарушено, а его защита в форме компенсационных санкций окажется тщетной из-за проблем в доказывании убытков.

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 доля в праве собственности²⁵). 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 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 погрязший 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 разрушение 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 года²⁶ 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. По сути, такой иск может быть охарактеризован как деликтный, но направленный на возмещение вреда в натуре (статья 1082 ГК РФ).

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

²⁵ См.: п.18 ст.21 Закона об ООО и п.3 ст.250 ГК

²⁶ Текст решения см. здесь: <http://zakon.ru/Tools/DownloadFileRecord?id=1306>. Обсуждение решения см. здесь:

http://zakon.ru/Blogs/One/11445?entryName=absolyutnaya_zashhita_obyazatelstvennykh_prav_vozmozhna_li

решения суда о выкупе/переводе (а в ряде случаев и его исполнения путем внесения записи в соответствующие реестры) собственником будет считаться недобросовестный приобретатель. В этом принципиальное отличие этих 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» договора 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