



КАРАПЕТОВ
АРТЭМ ГЕОРГИЕВИЧ

профессор Российской школы
частного права, ректор
Юридического института
«М-Логос», заведующий
кафедрой Государственной
академии повышения
квалификации (ГАСИС),
кандидат юридических наук

ПОЛИТИКО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ ПРОЕКТА КОНЦЕПЦИИ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ОБЩИХ ПОЛОЖЕНИЙ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОГО ПРАВА В ЧАСТИ РЕГУЛИРОВАНИЯ ИНСТИТУТА НЕУСТОЙКИ

Уменьшение неустойки, явно несоразмерной последствиям нарушенного обязательства, — тема в известной степени избитая. По мнению автора, установленные ст. 333 ГК РФ основание и порядок уменьшения неустойки должны быть уточнены. Так, применение ст. 333 ГК РФ должно быть поставлено в зависимость от баланса переговорной силы сторон, заключивших договор. Указанная оценочная категория, утверждает исследователь, позволит максимально гибко учитывать интересы сторон договорных правоотношений вне зависимости от их предпринимательского либо непредпринимательского характера.

В начале 2009 г. Советом по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства при Президенте РФ было согласовано и опубликовано несколько проектов совершенствования гражданского законодательства, в том числе проект Концепции совершенствования общих положений обязательственного права России¹. Данные концепции в случае их окончательного принятия могут стать основой для дальнейшего совершенствования российского Гражданского кодекса. Поэтому пристальное внимание цивилистов к этим документам не требует дополнительного объяснения и оправдания.

Учитывая то, что сами проекты опубликованы в целях обсуждения, на что в них прямо указывается, а также принимая во внимание огромную важность обсуждае-

мых в них вопросов, позволим себе небольшой, скромный комментарий к некоторым положениям проекта Концепции совершенствования общих положений обязательственного права России (далее — Проект), которые касаются применения института неустойки.

Сразу хочу отметить, что выбор вопросов, которые будут затронуты в настоящей статье, предопределен не тем, что они обязательно являются наиболее важными положениями проектов, а исключительно нашим личным научным интересом к ним. Без сомнения, в России найдется множество других цивилистов, которых привлекут другие положения проектов. Кроме

¹ Утвержден протоколом Совета от 26.01.2009 № 66 и опубликован на сайте <http://www.privlaw.ru>

того, сразу хотим отметить, что в целом к большинству положений Проекта мы относимся позитивно. Реализация многих предложений может значительно усовершенствовать наше гражданское законодательство. Но с учетом ограничений по объему статьи мы затронем исключительно те аспекты, которые вызывают у нас сомнения или требуют дополнительного осмысления, доработки или некоторых дополнений.

Политико-правовой анализ ст. 333 ГК РФ как частного ограничения свободы договора

Проект (раздел III, подраздел IV, п. 2.2.3) пытается решить проблему излишне частого использования судами института снижения неустойки на основании ст. 333 ГК РФ. В Проекте повторяется известная критическая оценка этой практики, согласно которой суды неверно воспринимают применение ст. 333 ГК РФ — скорее как свою обязанность, чем исключительное право. Для снижения активности судов в данной сфере разработчики Проекта предлагают (1) ограничить право снижения неустойки только договорными неустойками, (2) разрешить такое снижение только по ходатайству должника, (3) возложить бремя доказывания несоразмерности неустойки на должника, а также (4) в качестве возможного решения предлагают рассмотреть вопрос о запрете снижения неустойки, установленной в договоре таким образом, что ее уплата прекращает обязательство.

Критика нездорового распространения практики применения ст. 333 ГК РФ абсолютно обоснованна. Но позволим себе усомниться в том, что в Проекте верно определена истинная причина самой проблемы и, следовательно, предлагаются во всем адекватные решения.

Сложность проблемы снижения неустойки зачастую недооценивается. Дело в том, что соглашение о неустойке представляет собой договорное условие, которое в рамках принципа свободы договора вообще-то не должно подвергаться пересмотру судом. Изначально в праве большинства стран неустойка не подлежала снижению и применялась в суде, как и любое

другое условие договора, буквально. Так, например, во Франции изначальная редакция ГК РФ не допускала снижения неустойки судом². Но впоследствии суды во всех странах мира стали сталкиваться с моральной и практической дилеммой, связанной со взаимодействием двух следующих факторов.

Первый фактор — радикальный разрыв в реальных переговорных возможностях контрагентов. Переговорная сила (*bargaining power*) сторон договора часто отличается настолько, что возможность влиять на положения договора у одной из сторон либо полностью, либо в значительной степени парализована. Крупный ленд-lord мог навязать во всем от него зависящему арендатору драконовские штрафные санкции. Еще очевиднее современная ситуация в нашей стране — с ее сверхмонополизированной экономикой, где зачастую есть настолько сильные участники рынка, что они могут навязать своим контрагентам практически любые условия. Что уж говорить про наших частно-государственных гигантов, от которых зависит вся экономика страны и перечислить которым при заключении договора могут позволить себе разве что зарубежные мегахолдинги.

Отмеченная выше переговорная сила может иметь место в силу монополистического положения на рынке, обладания каким-либо дефицитным ресурсом и большим количеством потенциальных покупателей, огромных финансовых возможностей, высокой правовой обеспеченности, неограниченности во времени ведения переговоров и других причин. Контрагент же, обладающий низким уровнем *bargaining power* в силу крайней заинтересованности в заключении контракта именно с данным партнером, отсутствия большого выбора на данном рынке, невысоких экономических возможностей, низкой правовой грамотности или необходимости заключения договора в кратчайшие сроки, зачастую просто вынужден принимать навязываемые ему крайне односторонние условия, не имея реальной возможности повлиять на изменение текста контракта в сторону большей справедливости и сбалансированности.

В большинстве стран мира именно неравенство переговорных сил сторон стало основной причиной предоставления судам права уменьшать неустойку. Так, например, как отмечается в юридической литературе, именно желание противостоять частным злоупотреблениям переговорной силой заставило французского законо-

² Nicholas B. *The French Law of Contract*. Oxford, 2002. P. 234—235.

ТЕМА НОМЕРА: Реформа гражданского законодательства. Важнейшие изменения



дателя во второй половине XX в. все же ввести в ГК РФ нормы о праве суда уменьшить чрезмерную неустойку³. По этим же причинам английское право в конечном итоге вообще запретило включение неустроек в договор.

Но можно возразить: является ли этот фактор неравных переговорных сил сам по себе достаточным для вмешательства суда в сферу автономии воли сторон? Данный вопрос является одним из наиболее острых. Контроль за справедливостью условий договора и конфликт этой функции с принципом свободы договора в развитых странах (в отличие от нашей страны) находится в центре внимания ученых и судей⁴. Но если в части остальных условий договора ограничение свободы сторон — вопрос действительно крайне дискуссионный, хотя отчасти и легализованный в нашем праве (например, ст. 428 ГК РФ), то в отношении неустойки у нас появляется дополнительный фактор, который законодателей всех стран мира давно склонил к тому, чтобы санкционировать право суда на контроль за разумностью размера неустроек.

Этот решающий второй фактор, который именно в отношении неустойки так решительно оправдывает ограничение свободы договора, долгое время ощущался скорее на интуитивном уровне и только в последние годы получил научное понимание. Речь идет о том, что современные исследования в области когнитивной психологии и бихевио-экономического анализа (*behavioral economics*) выявили множество частных нерациональностей в поведении человека. Данный эффект, обозначенный как ограниченная рациональность (*bounded rationality*), значительно скорректировал изначальную установку неоклассической экономической школы на исключительно или преимущественно рациональный характер поведения человека (*rational choice*

theory). На основе большого объема накопленных А. Тверски, Д. Канеманом и другими выдающимися психологами и экономистами эмпирических данных в 1990-е годы на авансцену американской правовой науки выдвинулось новое течение — *Behavioral Law and Economics* (бихевио-экономический анализ права), которое, столкнувшись с доминирующей с 1960-х годов в академических кругах США классической школой экономического анализа права (*law and economics*), нацелилось скорее не на устранение последней, а на обогащение и дополнение ее теоретических основ.

Эти нерациональные поведенческие особенности принятия решений, оценок и поступков получили название когнитивных ошибок (*cognitive bias*)⁵.

Среди них есть и отклонение, которое отчасти объясняет, по какой причине в контрактах можно встретить драконовские штрафные санкции. Это так называемый фактор сверхоптимизма (*overoptimism*). Многочисленные эксперименты современных западных исследователей подтверждают, что в среднем люди склонны переоценивать свои возможности и недооценивать риски. Ипотечный и финансовый кризис, основанный во многом на массовой недооценке рисков и переоценке перспектив роста, лишний раз подтверждает, что рациональные возможности человека (даже самого профессионального и образованного в области экономики) в части прогнозирования и выбора оптимальных решений в условиях неполной информации патологически ограничены. Если такие просчеты со стороны обычных ипотечных заемщиков и участников всяческих пирамид, в принципе, еще можно списать на финансовую неграмотность, то катастрофические просчеты профессиональных инвесторов, которым жажда сверхприбылей помешала верно оценить степень финансовых рисков, — симптом вполне убедительный.

³ Nicholas B. *The French Law of Contract*. Oxford, 2002. P. 235.

⁴ См., напр.: Atiyah P.S. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. 2003; Buckley F.H. *The Fall and Rise of Freedom of Contract*. 1999; Trebilcock M.J. *The Limits of Freedom of Contract*. 1997; и др.

⁵ Для читателя, который желает в общих чертах ознакомиться с природой и подробным списком выявленных когнитивных ошибок, но не имеет возможности пользоваться зарубежной литературой, советуем зайти на сайт www.wikipedia.org. Для желающих более глубоко разобраться в данных вопросах, а также изучить точки влияния эффекта ограниченной рациональности и когнитивных ошибок на правовой анализ, посоветуем обратиться к основной книге, выпущенной в последнее время по этой теме: Sunstein C. (Ed.) *Behavioral Law and*

Economics. 2000, а также к множеству статей ведущих американских юристов, детально изучивших влияние эффекта «ограниченной рациональности» на право, процесс его создания и правоприменения (напр.: Jolls C., Sunstein C.R., Thaler R. *Behavioral Approach to Law and Economics* // 50 Stan. L. Rev. 1471 (1997—1998); Korobkin R.B., Ulen T.S. *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics* // 88 Cal. L. Rev. 1051 (2000); Posner R.A. *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law* // 50 Stan. L. Rev. 1551 (1997—1998); Langevoort D.C. *Behavioral Theories of Judgment and Decision Making in Legal Scholarship: A Literature Review (Symposium: The Legal Implications of Psychology: Human Behavior, Behavioral Economics, and the Law)* // 51 Vand. L. Rev. 1499 (1998); и др.).

Каков ответ государства на сбои в теории рационального выбора и в целом «провалы рынка»? Ответ изобретен пока только один — вмешательство государства как регулятора.

Относительно неустойки эта логика срабатывает следующим образом. Стороны при заключении договора, как правило, не уделяют достаточного внимания последствиям неисполнения обязательства. В центре переговоров оказываются условия о цене, спецификации, способе доставки и другие основные условия исполнения обязательств. Если эти вопросы оказываются согласованными и контрагенты пошли на уступки по существенным и иным принципиальным положениям контракта, то условиям, применение которых произойдет только на случай его нарушения (ограничение ответственности, оговорки о форс-мажоре, неустойки и др.), зачастую уделяется куда меньше внимания. Чисто психологически контрагент, придя к согласию по всем существенным условиям и рассчитав все выгоды, которые он получит от исполнения данного контракта, как правило, при его заключении не намерен его нарушать и поэтому не придает адекватного значения размеру неустойки, которой обеспечено выполнение обязательств. Причина в том, что контрагент просто недооценивает вероятность того, что он нарушит договор. Но не всегда договор исполняется по плану: могут произойти какие-либо непредвиденные обстоятельства (неожиданные финансовые затруднения, арест счетов и др.), которые в большинстве случаев являются причинами нарушения договорной дисциплины. И вот тогда должник начинает сожалеть о том, что не требовал уменьшения неустойки, предложенной контрагентом. Описанная ситуация довольно типична, особенно для России, где повсеместно встречались и отчасти до сих пор встречаются контракты с условием о штрафе в размере 1% от долга за каждый день просрочки или иными, зачастую фантастическими по своему размеру штрафными санкциями.

В совокупности с фактором разрыва в переговорных силах фактор сверхоптимизма приводит к тому, что слабой стороне просто безапелляционно навязываются драконовские штрафные санкции. Большинство монополистов или иных компаний, которые, как правило, в силу положения на рынке или иных обстоятельств при ведении переговоров обладают подавляющей переговорной силой, чаще всего используют свои

проформы контрактов, выражение разногласий по которым просто бессмысленно (контракты по принципу «бери или уходи», которые во всем мире обозначаются как договоры присоединения). Если контрагенту навязывались бы невыгодные условия в части цены или другим существенным положениям договора и эти условия были бы невыгодны настолько, что делали бы сделку абсолютно не приносящей выгоды, то эта сделка скорее всего не состоялась бы. Но раз она заключена, значит, сильная сторона оставляет слабой стороне некую прибыль от исполнения договора. А вот драконовские штрафные санкции — это издержки, которые слабая сторона нести не намеревается, так как надеется договор не нарушать, и поэтому в расчет рентабельности сделки не принимает. И в итоге слабая сторона, как правило, готова согласиться на заключение договора с такими санкциями, особенно когда она крайне заинтересована в заключении договора.

Сбой в рациональности здесь наблюдается повсеместно. Идеально рациональный контрагент, обладающий слабыми переговорными возможностями, при расчете эффективности и выгодности сделки должен был бы провести полноценный cost-benefit analysis (анализ издержек и выгод), включив в расчет издержек и величину неустойки, которую ему придется заплатить в случае нарушения, уменьшенную на вероятность совершения нарушения. Чтобы определить процент такой вероятности, контрагент мог бы, например, оценить статистику собственных нарушений контрактов такого типа и скорректировать ее с учетом комплекса специфических обстоятельств, связанных с заключаемым контрактом. Скажем, если он определяет вероятность собственного нарушения этого договора в 5%, а величина неустойки равна 1 млн руб., то размер соответствующей издержки, которую контрагенту следовало бы принять в расчет при оценке рентабельности договора, составит 50 000 руб. Представим, что другие издержки по исполнению контракта составят 300 000 руб., а экономическая польза — 350 000 руб. В таких условиях добавление к издержкам дополнительных 50 000 руб. лишает слабую сторону всяческой прибыли. В случае если она исполнит договор надлежащим образом (95% вероятности), то заработает 50 000 руб., а если нарушит (5% вероятности), то понесет чистый убыток в 950 000 руб. В среднем же получается, что сделка, как говорится, заключается «в ноль». В такой ситуации слабой стороне, казалось бы, нет смысла заключать сделку. Но...



Но человек не является идеальным калькулятором издержек и выгод даже не столько в силу наличия общественных норм и моральных императивов, сколько в силу ограниченности и специфики собственных когнитивных возможностей.

Мы недооцениваем риск нарушения договора («сверхоптимизм»), поэтому выгода от исполнения контракта (в нашем примере 50 000 руб.), получаемая здесь и сейчас, заставляет нас недооценивать вероятность срыва плана и риск потерять куда более значительные средства. Недооценка риска нарушения договора — вот второй фактор, который мешает контрагенту одинаково рационально подходить к тем условиям договора, которые будут применены при его исполнении в любом случае, и тем, которые предусматривают определенные последствия на тот маловероятный случай, когда этот контрагент нарушит контракт. Именно фактор сверхоптимизма при согласовании условия о неустойке формирует дополнительный стимул для судебного контроля за ее условиями. В сочетании с фактором сильного неравенства переговорных сил это приводит к тому, что договорные неустойки часто бывают больше тех, на которые контрагент согласился бы, будь он идеально рациональным.

При таких обстоятельствах право с целью исправления когнитивной ошибки (*debiasing*) путем предоставления судам дискреционного права корректировки размера неустойки достигает восстановления рациональности договорных условий *ex post*. Ту же идею можно выразить не в экономических, а этических терминах, указав, что закон протягивает руку такому должнику, давая возможность привести размер штрафа в соответствие с принципом справедливости. В любом случае результат налицо — право из патерналистских соображений ограничивает свободу договора, когда речь идет об условиях о штрафных санкциях. Вспомним дело Шейлока в «Венецианском купце» Шекспира и ситуацию, в которой заемщик легко согласился на установление в расписке буквально драконовской неустойки за невозврат займа. Что заставило опытного в деловых вопросах заемщика пойти на такие условия? Современный исследователь в области behavioral law

and economics ответил бы, что винить надо сочетание двух факторов — низкого уровня переговорной силы (крайней нужды в средствах и ограниченности в выборе потенциальных заимодавцев) и сверхоптимизма (нежелания всерьез оценивать вероятность просрочки возврата займа и нерационального ожидания исключительно положительного результата сделки в ущерб адекватной оценке рисков). И не вмешайся тогда судья, ходить бы заемщику без фунта мяса на теле...

Жалобы контрагентов, обладающих слабыми переговорными возможностями, в свое время захлестнули суды в Англии, и в рамках права справедливости условия о неустойке были просто запрещены. Таким несколько радикальным образом английское право — в целом наиболее диспозитивное, гибкое и уважающее свободу договора — применительно к условию о неустойке эту свободу договора отвергло. В континентальной же Европе ограничение свободы договора было осуществлено мягче — путем предоставления судам права на снижение неустойки. Но, заметьте, это произошло во всех странах, и причем именно в отношении условия о неустойке. Слабая сторона ценой ограничения свободы договора в этом вопросе была защищена.

К чему весь этот рассказ? Мы хотели показать, что для оправдания снижения неустойки должны быть налицо два вышеуказанных фактора одновременно. Если переговорные силы сторон примерно одинаковы и при этом контрагенты действуют в рамках предпринимательских отношений, то никакого смысла защищать «сверхоптимистичного» должника, давая ему надежду на то, что суд исправит его когнитивную ошибку и снизит неустойку, на мой взгляд, нет. С точки зрения основ липеральной экономики и австрийской школы экономического анализа⁶ к проявлениям государственного патернализма следует относиться крайне осторожно, так как он мешает людям на своих ошибках учиться той самой рациональности, способствует консервации глупости и неэффективности. Кроме того, патернализм лишает выгод того, кто просто более умен, опытен и грамотен, искусственно уравнивая его с глупцом и лишая тем самым стимулов инвестировать средства и силы в приобретение этого опыта, образования и правовой грамотности. Человек в опре-

* Об австрийской школе экономического анализа см.: Crespi G.S. Exploring the Complicationist Gambit: An Austrian Approach to the Economic Analysis of Law // 73 *Notre Dame L. Rev.* 315 (1997—1998); Wonnell C.T. Contract Law and the

Austrian School of Economics // 54 *Fordham L. Rev.* 507 (1985—1986); Schwartzstein L.A. Austrian Economics and the Current Debate between Critical Legal Studies and Law and Economics // 20 *Hofstra L. Rev.* 1105 (1991—1992); и др.

деленной степени обучаем и способен на взрослое поведение, не требующее постоянного государственного надзора. Но для этого ему нужно дать возможность научиться на собственных ошибках, а не исправлять их, создавая известный в психологии эффект пролонгированного детства. Один раз проиграв дело по взысканию с него большой неустойки, предприниматель будет в следующий раз куда более внимателен при составлении контракта, а также будет чаще задумываться над тем, каких юристов ему нанимать и каково должно быть их образование. Таким образом, любая иррациональность и ошибки в оценках рисков, издержек и выгод не должны поддаваться судами в патерналистских целях, так как это дает неверные сигналы экономическим агентам, не наказывая их за собственные ошибки, а следовательно, потакая им, что не способствует становлению более рациональных паттернов поведения в долгосрочной перспективе. Вмешательство должно быть ограничено только рядом случаев, когда издержки патернализма перевешиваются издержками свободного усмотрения сторон.

Именно поэтому ни о каком снижении неустойки вообще не может идти речи, скажем, в контрактах двух профессиональных участников инвестиционного рынка, заключивших договор по продаже контрольного пакета акций предприятия. То же самое можно сказать и об акционерных соглашениях или о любых других аналогичных сделках равных друг другу по силам предпринимателей. Иначе говоря, снижение неустойки невозможно, если контракт заключен между предпринимателями, имеющими в целом равные переговорные возможности.

Если же переговорные силы явно неравны, то независимо от того, заключается ли контракт между предпринимателями или нет, вмешательство суда с учетом фактора «сверхоптимизма» просто необходимо. Наказывать слабого участника переговоров за когнитивные ошибки и просчеты, в воспитательных целях отказывая в патерналистской защите, здесь куда менее справедливо. Ведь у слабой стороны, даже осознавая все последствия, зачастую просто не было возможности избежать ошибки. Это в полной мере характерно для сделок с потребителями, публичных договоров и многих договоров присоединения, а также иных сделок, где суду будет очевиден разрыв в переговорных возможностях. Аналогичный подход, допускающий

судебное снижение неустойки, видимо, также должен быть применен и к любым сделкам с участием граждан и некоммерческих организаций, даже в тех случаях, когда переговорные силы сторон были примерно равны. Наша идея состоит в том, что неустойка должна быть неснижаемой только для договоров, заключаемых между собой предпринимателями в условиях отсутствия явного неравенства переговорных сил.

Итак, мы считаем возможным выдвинуть следующую гипотезу. В норме ст. 333 ГК РФ о праве суда снизить неустойку следует прямо указать на то, что она не применяется к сугубо предпринимательским договорам, заключаемым в отсутствии явного неравенства переговорных сил сторон. Нечто близкое, хотя, конечно, в более упрощенной форме, отражено в праве Германии, где ст. 343 ГГУ допускает снижение неустойки судом в общегражданских отношениях, в то время как ст. 348 Германского торгового уложения в коммерческих отношениях снижения неустойки не допускает. Как отмечается в правовой литературе, в судебной практике жесткое правило о неснижаемости неустойки в исключительно коммерческих отношениях может быть в редких случаях не применено, а неустойка может быть отменена или снижена, если ее взыскание в согласованном размере приведет к нарушению принципа добросовестности (ст. 242 ГГУ)⁷. Тем не менее, если отвлечься от этого последнего уточнения, которое в принципе может скорректировать любую норму ГК РФ или условие договора, решение немецкого права, взятое в чистом виде, вполне очевидно: в отношениях исключительно коммерческого характера неустойка по общему правилу не может быть снижена.

Мы предлагаем несколько более изощренное регулирование, которое и в коммерческих контрактах допускает снижение неустойки на общих основаниях, если переговорные возможности (силы) контрактующих сторон были явно несоразмерны. Иначе говоря, вместо разделения контрактов на заключаемые исключительно между коммерсантами и на все остальные мы предлагаем для целей регулирования вопросов снижения неустойки делить контракты на контракты, заключаемые коммерсантами с примерно равными переговорными силами, с одной стороны, и на все осталь-

⁷ *Principles of European Contract Law. Part I and II. Prepared by the Commission on European Contract Law. Edited by O. Lando and H. Beale // Kluwer Law Int., The Hague, 2000. P. 456.*

ТЕМА НОМЕРА: Реформа гражданского законодательства. Важнейшие изменения



ные — с другой. В первом случае автономия воли сторон остается непоколебимой — возможно, за вычетом тех исключительных случаев, когда есть основания для применения ст. 10 ГК РФ, как в немецкой судебной практике. Во втором же случае свобода договора ущемляется во имя более важных ценностей: справедливости, эффективности в распределении ресурсов и противодействия злоупотреблениям ситуативными и институциональными переговорными преимуществами. Причем вполне очевидно, что в рамках этого второго режима право апеллировать к ст. 333 ГК РФ не имеет сторона, обладавшая при заключении договора явно более высоким уровнем переговорной силы. В данном случае исправлять ошибки сильной стороны и ограничивать ради этого свободу договора будет излишним проявлением патернализма.

Таким образом, здесь предлагаются две важные новеллы.

Во-первых, следует ввести в ст. 333 ГК РФ дополнительный пункт, в котором будет указано, что норма о праве суда на снижение неустойки не применяется к договорным неустойкам, которые включены в договоры, заключаемые между предпринимателями при отсутствии явного неравенства переговорных сил на момент заключения договора.

Во-вторых, в остальных случаях следует установить, что снижение неустойки невозможно, если об этом просит сторона, обладавшая при заключении договора явно более высоким уровнем переговорных возможностей. Так, например, по договору вуза со студентом могут быть предусмотрены неустойки за нарушение договора обеими сторонами. Так как этот договор не носит сугубо коммерческого характера, здесь в принципе снижение неустойки возможно. И в случае попытки взыскания неустойки со студента суд действительно вправе ее снизить, если признает несоразмерной. Но в случае взыскания неустойки с вуза в пользу студента вуз не вправе рассчитывать на снижение неустойки, так как вполне очевидно, что у него при заключении договора переговорная сила была явно выше.

Нас могут спросить, не слишком ли сложен критерий баланса переговорных сил. Признаем, что его применение может вызвать ряд сложностей. Но даже в данном проекте предлагается ввести много подобных общих условий, носящих оценочный характер (взять

хотя бы введение принципа добросовестности). Добавление к этому списку института переговорной силы выглядит вполне логически допустимым. Кроме того, мы все равно не сможем организовать достаточно тонкое регулирование без введения подобных критериев. Иначе, если идти по немецкому пути и разделять контракты в части подверженности контролю за размером неустойки на общегражданские и коммерческие, то мы, получая некоторую простоту в применении, в то же время создаем условие, носящее явный underinclusive (не достигающий политики-правовых целей в полной мере) характер. Ведь любые коммерсанты при таком подходе лишаются права требовать снижения неустойки, независимо от того, что в ряде случаев справедливость требует защитить, например, малых предпринимателей, которым крупные заводы и холдинги навязывают просто драконовские штрафы, например пени в размере 1—2% в день без каких-либо шансов отклонить данное условие. Готовы ли наши суды проигнорировать защиту слабой стороны в таких случаях? Мы думаем, что нет. В результате суды будут всеми правдами и неправдами искать лазейки, дающие им право не применить это условие договора, например воспользуются категорией добросовестности. Мы же предлагаем в целях транспарентности и ясности правового регулирования включить возможность снижения неустойки даже по коммерческим контрактам прямо в текст закона. Это сделает наше гражданское законодательство более восприимчивым к реалиям жизни: с одной стороны, отвадит суды от вмешательства в свободу договора там, где профессиональные и равные по силам контрагенты-предприниматели должны нести бремя собственных просчетов и недооценки рисков, а с другой — оставит такую возможность там, где исправление судом просчетов при формулировании условий договора обусловлено ограниченными возможностями должника влиять на содержание контракта.

Но нельзя не признать, что отход от немецкого варианта и дозволение судам снижать неустойки в сугубо коммерческих контрактах при явном неравенстве переговорных сил создает определенные сложности в правоприменении. Поэтому с целью сбалансирования ситуации предлагаем признать, что в сделках между коммерческими организациями равенство переговорных сил презумируется, а обратное подлежит доказывать должнику, ходатайствующему о снижении

неустойки. Это в какой-то степени способно стабилизировать вопрос о квалификации конкретных условий о неустойке в коммерческих контрактах, дав судам некий «якорный» вариант квалификации, для отступления от которого ответчиком должны быть предъявлены серьезные аргументы.

Реализация предлагаемого дифференцированного подхода может снять серьезное противоречие в правовой политике. Когда мы встречаем ситуацию снижения неустойки, включенной в крупный инвестиционный контракт между равными по силе и правовой грамотности коммерческими компаниями, наша цивилистическая интуиция протестует и возникает желание вообще ст. 333 ГК РФ исключить. И наоборот: в случаях, когда монополист пытается взыскать с мелкого поставщика навязанную последнему драконовскую неустойку, руки сами тянутся к ст. 333 ГК РФ и она уже не кажется столь не нужной. Это противоречие проще всего приимирить закреплением в праве того самого критерия, который отличает две вышеописанные ситуации, — уровня переговорной силы. В итоге серьезные и равные по своим переговорным силам бизнесмены в своих отношениях смогут предусматривать карательные по сути неустойки для получения нужных гарантий надлежащего исполнения (например, в акционерном соглашении), не боясь того, что суд сведет это обеспечение к минимуму. А граждане, некоммерческие организации, мелкие бизнесмены и другие контрагенты, оказавшиеся при заключении конкретного договора слабой стороной, получат шанс, если докажут явный разрыв в переговорных силах, получить доступ к заветному механизму снижения неустойки.

Но задача такой дифференциации, следует признать, не самая простая, учитывая то, что наше право, в отличие от развитых правопорядков, до сих пор правового института переговорной силы не знал и даже не имеет для него устоявшегося термина. Поэтому к закреплению этого критерия в ст. 333 ГК РФ надо отнестись крайне внимательно. В идеале следует провести глубокий научный анализ, разложив на компоненты данный фактор и проинвентаризировав все основные случаи, когда надлежит говорить о явном разрыве в переговорных силах.

От себя лишь попробуем предложить примерный список типичных ситуаций, когда имеет смысл презуми-

ровать явный разрыв в переговорных силах при заключении контрактов. Во-первых, сделки с компаниями, занимающими доминирующее положение на рынке. Во-вторых, сделки, заключаемые хотя и не с монополистами, но при отсутствии достаточного выбора потенциальных партнеров для одной из сторон (например, сделки с участием компаний, обладающих дефицитными ресурсами). В-третьих, сделки, на заключение которых у одной из сторон по объективным причинам было сильно ограничено время, что лишало эту сторону возможности вести тщательные переговоры (сделки, заключаемые в чрезвычайных или иных подобных обстоятельствах). В-четвертых, публичные договоры. В-пятых, сделки между коммерческими организациями с кардинально различающимися экономическими возможностями (например, между региональным малым предприятием и градообразующим комбинатом). Этот список, конечно же, не закрытый и в целом примерный, а потому может в дальнейшем уточняться и изменяться. Кроме того, имеет смысл рассматривать вышеуказанные примеры как опровергимые презумпции.

С учетом недоработанности института переговорных сил предлагаем ввести в ГК РФ понятие, краткое определение явного неравенства переговорных сил и примерный перечень случаев такого неравенства. Более подробно данный институт раскрывать пока не стоит, оставив судебной практике возможность присмотреться к нему и при необходимости на следующем круге корректировки гражданского законодательства более детально урегулировать в тексте ГК РФ с учетом накопившейся практики.

В завершение темы предложим наш вариант формулировки дополнений к ст. 333 ГК РФ («Уменьшение неустойки»):

«Суд не вправе снизить договорную неустойку, если такая неустойка включена в договор, заключаемый между предпринимателями при отсутствии явного неравенства переговорных сил на момент его заключения.

В случаях, не подпадающих под действие предыдущего пункта, снижение судом неустойки возможно, если размер неустойки явно несоразмерен последствиям нарушения обязательства. В данном случае по ходатайству должника суд вправе снизить размер неустой-



ки до того уровня, который с учетом всех имеющихся доказательств будет разумно соответствовать последствиям нарушения. Правом заявить такое ходатайство не обладает должник, имевший в момент заключения договора явно более высокий уровень переговорной силы.

Явное неравенство переговорных сил представляет собой значительный разрыв в возможностях сторон реально влиять на содержание заключаемого договора в силу доминирующего положения одной из сторон на соответствующем рынке, ограниченного выбора потенциальных контрагентов, чрезвычайных обстоятельств заключения договора и иных причин нехватки времени для ведения тщательных переговоров, явного неравенства экономических возможностей сторон, а равно других подобных обстоятельств.

При этом, если иное не предусмотрено законом, пре-
зымируется, что при заключении договора стороны
обладали равными переговорными силами, а наличие
явного неравенства переговорных сил доказывается
стороной, ходатайствующей о снижении неустойки».

Механика применения ст. 333 ГК РФ

Кроме того, следует сделать некоторые дополнительные уточнения самих предложений, заложенных в Проекте относительно ст. 333 ГК РФ. Предлагается, напомним, запретить суду самостоятельно ставить вопрос о снижении неустойки и запретить снижение законных неустоек. С этими предложениями стоит согласиться. Но вот другое предложение — по перекладыванию бремени доказывания несоразмерности неустойки на должника — требует уточнения.

Эта идея уже сейчас закреплена в Информационном письме Президиума ВАС РФ от 14.07.1997 № 17 «Обзор практики применения арбитражными судами статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации» (п. 3). Поэтому для нашего права она не нова. Однако при ее закреплении на уровне ГК РФ следует проанализировать последствия, к которым она приведет.

Сравним три тезиса.

Первый: доказать явную несоразмерность неустойки должен должник.

Второй: неустойку следует соизмерять с последствиями нарушения. Напомню, что по тексту ст. 333 ГК РФ снижение возможно, если неустойка явно несоразмерна именно последствиям нарушения.

Третий: как ранее показано в одной из наших книг, к последствиям нарушения относятся в первую очередь убытки кредитора⁸.

Введем эти три тезиса в качестве исходных данных и рассмотрим ситуацию спора о соразмерности неустойки как игровую модель⁹. Попытаемся смоделировать поведение участников этой игры, чтобы попытаться понять ее внутреннюю логику.

Сразу бросается в глаза явное противоречие. Если все три тезиса верны, то идея о возложении бремени доказывания на должника выглядит несколько странной, учитывая то, что должник просто не в состоянии знать об убытках кредитора, а следовательно, никогда не сможет доказать несоразмерность.

Из сказанного вытекает вывод о том, что возложение на должника бремени доказывания не может означать, что он должен действительно достоверно доказать несоразмерность. Все, что может требовать это бремя от должника — представить в суд гипотетический расчет убытков кредитора, т. е. тех убытков, которые кредитор мог бы понести при таком нарушении. Термин «расчет» не должен вводить в заблуждение: как правило, ничего, кроме сравнения ставки пени, скажем, со ставкой рефинансирования как неким условным ориентиром, должник не в состоянии привести в качестве аргументов. А потому требование от должника чего-либо большего будет издевательством над здравым смыслом, так как при более строгом подходе к пониманию сути бремени доказывания в данном случае должник лишается возможности апеллировать к ст. 333 ГК РФ, в то время как это право должника, как уже отмечалось, в ряде случаев является разумной необходимости. В итоге если мы все же хотим оставить сферу применения для ст. 333 ГК РФ, то просто вынуждены допустить такое понимание бремени доказывания, согласно

⁸ Карапетов А.Г. Неустойка как средство защиты прав кредитора в российском и зарубежном праве. М., 2005.

⁹ Подробнее о применении теории игр как метода правового

анализа см.: Baird D.G., Gertner R.H., Picker R.C. Game Theory and the Law. 1994.

которому должнику достаточно будет показать несоразмерность неустойки гипотетическим убыткам кредитора, т. е. тем убыткам, которые разумно можно было бы ожидать в соответствующих условиях или которые обычно возникают при таких нарушениях. А это значит, что для кредитора, рассчитывающего на получение полного размера неустойки, как бы мы того ни хотели, вопрос доказывания своих убытков с повестки дня не снимается. Если он будет пассивным, то суду ничего не останется, как принять за основу гипотетический расчет должника и соответственно снизить неустойку. Для противостояния этому сценарию кредитор вынужден представить встречные доказательства своих убытков. Причем кредитор может представить как реальный расчет своих убытков, так и более сбалансированный гипотетический расчет, расчет убытков, которые среднестатистический кредитор на его месте понес бы. Например, доказать свои убытки от несвоевременного получения долга и отсутствия некоторой суммы на своем счете практически невозможно. Поэтому кредитор в споре о снижении неустойки может противопоставить ссылке должника на размер ставки рефинансирования более адекватный гипотетический расчет, например, соизмерив уровень пеней не со ставкой рефинансирования ЦБ, а со средними ставками банковских процентов по краткосрочным кредитам в экономике, которые на порядок выше уровня ставки рефинансирования ЦБ¹⁰. Такие контрагументы вполне применимы. Тем не менее факт остается фактом: применение к вышеописанной ситуации элементарной теории игр показывает, что сама логика данной игровой модели приводит к тому, что если мы желаем оставить для ст. 333 ГК РФ какую-то сферу применения, то должны бремя доказывания соразмерности неустойки распределять между сторонами. Кредитор же оказывается зачастую вынужденным в той или иной форме доказывать свои убытки, возникшие от нарушения.

Непонимание этой логики часто создает ложное впечатление, что единственным виновником ситуации со слишком частым использованием судами ст. 333 ГК РФ являются сердобольные судьи со своей склонностью при любой возможности ограничивать свободу договора и защищать должников. На самом деле дело здесь только отчасти в судьях и их унаследованном из советской эпохи «нетактичном» отношении к базовым правовым

принципам рыночной экономики, в том числе к принципу свободы договора. В значительной степени ситуация объясняется просто пассивным поведением кредиторов, которые в ответ на ходатайства должников (не берем во внимание случаи, когда суды снижают неустойку по собственной инициативе) и их ссылки, например, на размер ставки рефинансирования ЦБ как ориентир для снижения пеней просто цепляются за принцип свободы договора как за детскую соску или голословно твердят о том, что неустойка на самом деле соразмерна. В такой ситуации, когда должник привел гипотетический расчет и сравнил неустойку, скажем, со ставкой рефинансирования ЦБ или с какой-либо иной условной величиной, а кредитор этот расчет не опроверг, то суду ничего другого не остается, как урезать неустойку в связи с ее несоразмерностью тем воображаемым последствиям нарушения, которые были в суде продемонстрированы.

Почему же кредиторы так пассивны и с неохотой доказывают свои убытки?

Причины две. С одной стороны, выученные на наших учебниках, они верят, а точнее, хотят верить в то, что неустойка тем и отличается от взыскания убытков, что исключает необходимость их доказывать. С другой стороны, они просто не умеют доказывать свои убытки. Как верно отмечено в другом месте Проекта, иски о взыскании убытков в нашем праве в отличие от права развитых стран редкие гости. Естественно, что никаких методик их доказывания не существует. С ними не знакомы судьи, их не преподают студентам, и в итоге все участники судебного процесса боятся убытков как огня. Таким образом, мы имеем печальную картину. Убытки доказывать наши юристы не умеют. Поэтому цепляются за неустойки. Но для сохранения неустойки в изначальном размере все равно может потребоваться доказывать свои убытки. Нежелание замечать этот замкнутый круг — причина частых возмущений кредиторов, столкнувшихся с тем, что суд снизил размер неустойки.

Если все так, тогда могут спросить: в чем же смысл включения неустойки в договор, если кредитору все равно придется доказывать свои убытки для того,

¹⁰ См. о недекватности ставки рефинансирования ЦБ для определения уровня ответственности должника: Карапетов А.Г. Оптимизация правового режима процентов

годовых: в поисках справедливости и экономической эффективности // Вестник гражданского права. 2008. Т. 8. № 4. С. 17—69.

ТЕМА НОМЕРА: Реформа гражданского законодательства. Важнейшие изменения



чтобы удержать неустойку на договорном уровне? Постараемся ответить.

Во-первых, на самом деле разница между взысканием убытков и неустойки не такая уж и огромная, как это подается в некоторых учебниках гражданского права.

Во-вторых, стоит напомнить, что согласно нашим предложениям в контрактах партнеров, осуществляющих коммерческую деятельность и заключающих договор при отсутствии явного неравенства переговорных сил, вопрос об убытках и соразмерности неустойки просто не встает, так как неустойка в таких случаях просто не может быть снижена.

В-третьих, если все же снижение неустойки допустимо, тщательность доказывания убытков при их взыскании намного выше, чем того требует процесс подтверждения соразмерности неустойки. Указание в ст. 333 ГК РФ на то, что для снижения неустойка должна быть явно несоразмерна последствиям нарушения, позволяет кредитору представлять не точные, а примерные расчеты и даже, как уже отмечалось, дает кредитору право ссылаться не на фактические, а на свои гипотетические убытки. Это значительно упрощает процесс доказывания.

В-четвертых, разница еще и в том, что в случае принятия предложений Проекта неустойка будет снижаться только при наличии просьбы должника. Если же тот не попросит снизить неустойку, то и вопрос подтверждения ее соразмерности просто не возникнет.

В-пятых, если кредитор не сможет подтвердить соразмерность неустойки, то это не значит, что он ничего не получит. Суд может просто снизить неустойку, в то время как в случае отсутствия в договоре условия о неустойке и попытке взыскания убытков кредитор, если не докажет их размер, не получит ничего¹¹.

Наконец, в-шестых, даже если суд вправе снизить неустойку и кредитор не предъявил никаких доказательств последствий нарушения, то это не гарантирует ее снижения. Снижение неустойки — это, как верно отмечается в Проекте, не обязанность суда, а его дискреционное право. В условиях, когда у суда есть только гипотетиче-

ский расчет последствий нарушения, представленный должником, его убедительность как аргумента в пользу снижения неустойки все равно оценивается судом исходя из внутренней интуиции и убеждений. Поэтому даже при пассивности кредитора суд может оставить неустойку в договорном размере, посчитав расчеты должника недостаточными или неубедительными.

Именно в этих полутонах заключается разница между неустойкой и убытками, а отнюдь не в жесткой констатации отсутствия необходимости доказывать убытки в случае наличия неустойки в тексте договора.

Учитывая все сказанное, предлагаем устраниТЬ из Проекта предложение возложить бремя доказывания несоразмерности на должника. Несмотря на то, что эта норма уже закреплена в Информационном письме Президиума ВАС РФ № 17, включение ее в текст ГК РФ может быть воспринято судами таким образом, что должник действительно должен достоверно доказать несоразмерность, а это, как уже было показано, просто невозможно и приведет к тому, что ст. 333 ГК РФ перестанет применяться. Готов ли ВАС РФ не снижать размер пеней, скажем, в 3% в день за просрочку платежа, когда ответчиком является какое-нибудь государственное учреждение, не имеющее возможности достоверно доказать несоразмерность неустойки и последствий нарушения? Сомневаюсь. Так зачем загонять себя в угол? Лучше данный вопрос в тексте закона не регулировать, а на уровне судебной практики на конкретных примерах показать, что, кому и с какой степенью достоверности следует доказывать.

Неустойка за неисполнение

Еще одно предложение Проекта — установить неснижаемость неустойки, прописанной в договоре таким образом, что ее уплата предполагает прекращение договора. Здесь мы сталкиваемся с очередным темным пятном в нашем гражданском праве — неустойкой, взыскание которой несовместимо с сохранением договора в силе и, следовательно, прекращает обязательство должника. В одной из своих работ мы уже подробно останавливались на данном институте¹².

¹¹ Одно уточнение: эта последняя разница проявляется в рамках действующего права. Если будет принято одно из предложений Проекта, то и в случае провала кредитора, пытающегося взыскать убытки, в их доказывании суд в некоторых

случаях вправе все же убытки взыскать в том размере, который он посчитает наиболее вероятным.

¹² Карапетов А.Г. Неустойка как средство защиты прав кредитора в российском и зарубежном праве. М., 2005.

За рубежом вопрос классификации договорных неустоек в зависимости от защищаемого ими интереса хорошо изучен. В Германии неустойка, требование по уплате которой прекращает обязательство, называется неустойкой за неисполнение. Согласно п. 1 ст. 340 ГГУ, если должник обязан по условиям договора уплатить неустойку в случае неисполнения своего обязательства, то кредитор может потребовать уплаты такой неустойки взамен исполнения. Причем при заявлении требования об уплате (а не в момент фактической уплаты, как это неудачно выражено в Проекте) неустойки требование об исполнении договорного обязательства исключается. Если же в договоре неустойка установлена за ненадлежащее исполнение или просрочку, то кредитор вправе потребовать ее уплаты, сохраняя право требовать исполнения нарушенного договорного обязательства (п. 1 ст. 341 ГГУ).

Похожим образом данный вопрос решается и в ФГК, согласно которому сочетать требование об исполнении договора и требование о неустойке можно только в том случае, если неустойка предусмотрена в договоре за простую просрочку (ст. 1228, 1229 ФГК). В случае заявления требования о взыскании неустойки, установленной в иных целях, кредитор теряет право требовать исполнения в натуре. Соответственно согласно французскому праву невозможно требовать неустойку не за просрочку, а за иное нарушение, если кредитор одновременно рассчитывает получить исполнение основного обязательства должника¹³. Решение вопроса, какой интерес обеспечивает та или иная неустойка в договоре — интерес в погашении убытков от просрочки (мораторных убытков) или интерес в покрытии иных убытков, в том числе и от прекращения договора по причине его неисполнения должником (компенсаторные убытки), — находится во Франции на усмотрении суда как «вопрос факта» и требует детального анализа и толкования всего текста договора¹⁴.

Иначе говоря, в обоих указанных правопорядках закон прямо выделяет вид неустойки, установленной в договоре или законе таким образом, что ее истребование несовместимо с сохранением основного обязательства должника. Например, договор может предусматривать, что в случае если просрочка в поставке товара вынудит покупателя отказаться от договора, то покупатель получает право требовать с поставщика взыскания неустойки в виде 10% от стоимости непоставленного товара. Такие условия договоров встре-

чаются в бизнесе постоянно, причем особенно часто — в крупных инвестиционных и M&A- сделках как фиксированный штраф за срыв контракта по причине его нарушения одной из сторон.

По сути, упомянутая разновидность неустойки является своего рода аналогом такого вида убытков, как компенсаторные (Франция) или убытки взамен исполнения (Германия), т. е. убытки, взыскание которых погашает потери кредитора от того, что он был вынужден в связи с нарушением должником договора его расторгнуть. Классический пример — убытки в виде разницы в ценах между нарушенным и заменяющим контрактом или абстрактные убытки. Неустойка за неисполнение представляет собой суррогат таких убытков. Поэтому неудивительно, что вопрос соотношения такой неустойки с сохранением нарушенного обязательства решается в праве развитых стран также, как вопрос соотношения сохранения договора и компенсаторных убытков. Так, например, согласно ст. 281 ГГУ предъявление кредитором требования об уплате убытков взамен исполнения в сущности равнозначно одностороннему отказу от договора — в этом случае требование об исполнении основного обязательства исключается (п. 4 ст. 281 ГГУ).

Иначе говоря, согласно европейскому праву предъявление кредитором требования об уплате ему неустойки, установленной в договоре как обеспечивающей интерес кредитора в компенсации потерь на случай вынужденного расторжения им нарушенного договора, а также в случае близкого по своей природе требования об уплате убытков, рассчитанных с целью их компенсации (компенсаторные убытки или убытки взамен исполнения), нарушенное обязательство должника прекращается и требование о его исполнении исключается. В этом случае сам факт заявления такого требования равнозначен одностороннему отказу от договора, так как демонстрирует волю кредитора на его прекращение. Поэтому требование об уплате таких убытков и неустойки несовместимо с требованием исполнить обязательство в натуре.

В нашем праве нечто близкое к этой проблематике регулируется крайне неудачно в ст. 396 ГК РФ, кото-

¹³ См.: Nicholas B. *The French Law of Contract*. Oxford, 2002. P. 235.

¹⁴ Пергамент М.Я. *Договорная неустойка и интерес*. С. 191.

ТЕМА НОМЕРА: Реформа гражданского законодательства. Важнейшие изменения



рая устанавливает правила, непонятные большинству правоприменителей, а оттого практически неприменимые. Данная статья требует обязательной корректировки в целях придания ей хоть какого-то убедительного смысла¹⁵. Тем не менее важно отметить, что когда Проект призывает подумать над тем, чтобы запретить применение ст. 333 ГК РФ к неустойкам, уплата которых прекращает обязательства, он имеет в виду именно неустойку за неисполнение, которая хорошо известна немецкому праву и праву других зарубежных стран, широко практикуется в бизнесе, а в нашем законодательстве крайне неудачно отражена в п. 2 ст. 396 ГК РФ.

Отметим, что обозначение этого вида неустойки в Проекте обладает одним важным дефектом. Проект говорит о неустойке, уплата которой прекращает обязательство, в то время как со всей очевидностью нарушенное обязательство может прекращать и сам факт предъявления кредитором требования об уплате такой неустойки (причем небязательно в юрисдикционной форме). По крайней мере там, где закон или договор допускают односторонний отказ, заявление такой претензии будет равнозначно одностороннему отказу и, следовательно, повлечет прекращение нарушенного должником обязательства. Из этого исходит, в частности, немецкое право (ст. 340, 341 ГГУ). И именно такой подход является наиболее адекватным. Предоставление кредитору права передумать после того, как он недвусмысленно заявил требование, основанное на потере интереса в сохранении договора, и дал должнику сигнал о том, что рассматривает договор как прекращенный, явно несправедливо. К сожалению, в нашем гражданском праве нет четкого аналога доктрины *election* (выбора), которая, например, в английском¹⁶ или американском¹⁷ праве регулирует вопросы, связанные с возможностью «переиграть» сделанный контрагентом выбор в сторону той или иной модели защиты своих прав. Тем не менее нетрудно заметить, что в ст. 340 и 341 ГГУ речь идет именно о бесповоротности осуществленного кредитором выбора сценария защиты своих прав. По сути, соответствующие правила ГГУ о потере кредитором права требовать исполнения договора после того, как он заявил требование об уплате неустойки за неисполнение, устанавливают

бесповоротный характер выбора данной тактики реагирования на нарушение. Логика здесь вполне ясна. Раз кредитор дал понять должнику, что исполнение договора его больше не интересует, то он утрачивает право отыграть назад и потребовать исполнения (по крайней мере если он прямо не зарезервировал за собой такое право на случай, если должник не погасит требуемую неустойку). Как верно отмечено в комментариях к Принципам европейского контрактного права, подобная смена средств защиты недопустима, так как подрывает обоснованные ожидания другой стороны, положившейся на подобные заявления¹⁸.

Учитывая вышесказанное, п. 1 и 2 ст. 396 ГК РФ следует полностью переписать, отразив в них прежние идеи, выраженные сейчас в ГК РФ крайне неудачно. В п. 1 ст. 396 ГК РФ следует закрепить норму о совместности требования об исполнении обязательства в натуре, с одной стороны, и требований об уплате неустойки за просрочку или иное ненадлежащее исполнение, а равно о компенсации убытков, непосредственно вызванных нарушением договора, с другой стороны, взяв за основу п. 1 ст. 341 ГГУ. В п. 2 ст. 396 ГК РФ следует закрепить правило о несовместности требования об исполнении обязательства в натуре, с одной стороны, и требований об уплате компенсаторных убытков (убытков взамен исполнения) или неустойки за неисполнение, установленной на случай вынужденного расторжения договора в связи с его нарушением, с другой стороны, взяв за основу п. 4 ст. 281 ГГУ и п. 1 ст. 340 ГГУ. В том же пункте следует указать, что предъявление требования об уплате такого рода убытков или неустойки свидетельствует об одностороннем отказе от договора, если у кредитора имеется на это право в силу закона или договора. Если же у кредитора нет права на односторонний отказ, то возможность предъявления должнику подобных требований становится в зависимость от вынесения судом решения о расторжении договора.

Что касается предложения о запрещении применения ст. 333 ГК РФ в отношении данного вида неустойки, то такой шаг нам представляется не совсем обоснованным. Мы считаем, что специфика данного вида неустойки заключается в ее соотношении с сохранением

¹⁵ Подробнее см.: Карапетов А.Г. *Неустойка как средство защиты прав кредитора в российском и зарубежном праве*. М., 2005.

¹⁶ Treitel G.H. *The Law of Contract*. London, 2003. C. 811—812.

¹⁷ Farnsworth E.A. *Contracts*. 4-th Edition. NY, 2004. C. 577.

¹⁸ *Principles of European Contract Law. Part I and II*. Prepared by the Commission on European Contract Law. Edited by O. Lando and H. Beale // Kluwer Law Int., The Hague, 2000. P. 363.

в силе нарушенного обязательства. Никаких убедительных политico-правовых причин, по которым именно здесь надо отказываться от патернализма и при этом допускать снижение обычных неустоек (например, пеней за просрочку), мы не видим. К примеру, готов ли законодатель запретить судам снижать неустойку, установленную в договоре между крупной коммерческой компанией и государственным учреждением, согласно которой компания в случае расторжения нарушенного учреждением договора вправе истребовать штраф в размере 70% от стоимости контракта? Думается, что нет. Закон должен оставлять судам некоторую свободу для маневра и в отношении таких неустоек. Мы еще раз настаиваем на том, что запрет на снижение неустойки обоснован только тогда, когда речь идет о контрактах коммерческих организаций между собой и при этом нет оснований констатировать явный разрыв в переговорных силах сторон. А вопрос о том, является ли неустойка установленной исключительно за просрочку или дефектное исполнение или обуславливает прекращение обязательства, для этих целей иррелевантен.

Отступная неустойка

Кроме того, хотя в Проекте этот вопрос не отражается, считаем, что в ГК РФ следует обязательно уточнить сферу применения такого странного на первый взгляд, института как неустойка, установленная в качестве отступного, упомянутого в п. 3 ст. 396 ГК РФ, но в целом абсолютно непонятного и потому неиспользуемого. Этому институту просто не могут найти какого-либо практического применения в силу сверхлаконичности законодателя, лишь упоминающего в п. 3 ст. 396 ГК РФ возможность существования такой неустойки. При этом представляется, что правоприменительная практика зря упускает возможность при помощи этого правового гибрида урегулировать распространенные на практике, но в чем-то парадоксальные условия договоров, в которых одной из сторон дается право на отказ от договора с условием выплаты контрагенту определенной суммы. Например, в договорах часто можно встретить такие на первый взгляд оксюмороны: «В случае досрочного отказа стороны от договора она обязана выплатить контрагенту неустойку в размере...» или «Сторона вправе отказаться от договора при условии выплаты контрагенту неустойки в размере...». Эти две модели предусматривают выплату неу-

стойки как способ компенсировать кредитору потери от произвольного одностороннего отказа должника от договора. Так, например, в договоре на предоставление услуг связи часто указывается, что абонент вправе в одностороннем порядке отказаться от договора только при условии (или с обязанностью) уплаты неустойки в определенном размере.

Думается, что задача введения института неустойки, установленной в договоре в качестве отступного, заключается в регулировании именно таких условий контракта, которые предусматривают откупную сумму, оплата которой является либо обязанностью стороны, наделенной правом отказаться от договора, либо условием отказа. При подобном понимании этого института мы найдем отступной неустойке, указанной в п. 3 ст. 396 ГК РФ, полезное применение.

Однако мы не решим основного логического противоречия, связанного с тем, что право должника отступиться от исполнения ставит под сомнение противоправность самого нарушения, а следовательно, адекватность обозначения этой выплаты в качестве неустойки. Обычная неустойка взыскивается с нарушителя договора, так как является мерой ответственности. Если же сам договор прямо дает контрагенту право отступиться от контракта, то его никак нельзя считать нарушителем, а потому достаточно трудно говорить о применении к нему мер ответственности. В этой связи, возможно, было бы логичнее переименовать данный институт в «отступную компенсацию». Устранение термина «неустойка» оправдано еще и тем, что в случае наличия в договоре указания на право должника отказаться от договора при условии выплаты соответствующей суммы речи о ее взыскании вообще не идет, а уплата является исключительным правом должника. Трудно верить в неустоечный характер условия, которое вообще не является средством защиты и мерой ответственности, а представляет собой исключительно способ легитимизации одностороннего выхода должника из договора.

Учитывая все вышесказанное, предлагаем в п. 3 ст. 396 ГК РФ в части ссылки на отступную неустойку дать более точное название этого института, а также подробные указания в отношении природы данной меры и ее отличительных признаков. Следует четко определить ее место среди таких близких институтов, как (1) неустойка за неисполнение, взыскание которой



прекращает обязательство; (2) отступное, включенное в договор под отлагательным условием; (3) соглашение о новации, включенное в договор под отлагательным условием; или (4) альтернативное обязательство, дающее должнику право либо исполнить договор, либо откупиться, уплатив данную сумму. Все указанные здесь конструкции теоретически могут претендовать на то, чтобы стать адекватной квалификацией обсуждаемых здесь условий договора, но на поверку должны быть отвергнуты.

Так, например, при рассмотрении отступной компенсации (неустойки) как обычной неустойки за неисполнение мы получаем, что у должника отсутствует право прекратить договор, выплатив неустойку по собственному усмотрению, что лишает, на наш взгляд, всякого смысла ссылку в п. 3 ст. 396 ГК РФ на отступную природу данной неустойки. Поэтому этот вариант вряд ли разумен. Определение природы отступной неустойки скорее как формы отступного или как новации под отлагательным условием обладает одним важнейшим дефектом. Дело в том, что новации или предоставление отступного прекращает обязательство должника своего рода суррогатом исполнения (при новации — новым обязательством, а при отступном — передачей согласованного имущества). Это значит, что, например, предоплата, осуществленная кредитором ранее, возврату не подлежит и будет засчитана в счет нового обязательства должника при новации или в счет полученного отступного. Как правило, стороны, прописывающие условие об обязанности должника, отказавшегося от исполнения договора, выплатить некую неустойку в виде штрафа, имеют цель предусмотреть компенсацию убытков от прекращения контракта или препятствовать выходу из договора, а отнюдь не заменить исполнение обязательства должника. По этой же причине нам не подходит и модель альтернативного обязательства. Для кредитора получение отступной компенсации (неустойки) — не суррогат встречного исполнения, а компенсация потерь от неисполнения обязательства.

То, что мы отвергли квалификацию договорных условий об уплате отступной компенсации в качестве неустойки за неисполнение, новации или отступного под отлагательным условием, а также альтернативного обязательства, отнюдь не означает, что в договорах не могут встречаться условия, соответствующие этим правовым конструкциям (например, альтернативная

модель может быть применена к условиям о том, что должник должен либо поставить товар, либо выплатить определенную сумму). Кроме того, мы не имеем в виду, что судам будет всегда легко определить, какова правовая квалификация соответствующего условия договора. Тем не менее с концептуальной точки зрения на уровне ГК РФ важно четко отобразить все квалифицирующие признаки отступной компенсации, которую, видимо, следует признать институтом *sui generis*. Сейчас в отношении отступной компенсации (неустойки) этого не сделано. Но это не значит, что мы не можем сделать это в рамках совершенствования гражданского законодательства.

Кроме того, в ГК РФ следует четче определить момент прекращения обязательства. Причем надлежит определить две разные модели установления отступной компенсации в договоре.

Во-первых, при наличии условия о том, что сторона, отказавшаяся от договора, обязана уплатить некую компенсацию, обязательство должника будет прекращаться в момент заявления об одностороннем отказе с последующим возникновением обязательства по уплате отступной компенсации. В случае неуплаты данной компенсации кредитор вправе взыскать ее в судебном порядке, но уже не вправе реанимировать расторгнутый договор. Эта модель близка по своей природе к неустойке и мешает нам назвать ее без каких-либо оговорок обычной неустойкой за неисполнение только потому, что основанием выплаты является не нарушение договора, а правомерный отказ от него. Тем не менее некоторая близость данной модели к институту неустойки может предопределить применение к ней ст. 333 ГК РФ по аналогии. Это важно особенно тогда, когда долгосрочный договор устанавливается для стороны, обладавшей слабой переговорной силой, крайне высокую цену за выход из договора. В этом случае при попытке взыскать с контрагента большую компенсацию суд вправе уменьшить ее размер. Другие нормы об ответственности и неустойке в данном институту вряд ли применимы.

Во-вторых, если стороны установили, что должник вправе отказаться от договора, выплатив компенсацию, прекращение обязательства и расторжение договора происходит только в момент и при условии выплаты этой компенсации. Даже если стороны назвали эту компенсацию неустойкой, судам не следует при-

знатать ее неустойкой и применять правила ГК РФ об ответственности. Это обусловлено прежде всего тем, что помимо отсутствия факта правонарушения у кредитора нет возможности требовать уплаты такой неустойки, а значит, она является не мерой защиты, а скорее способом откупиться от исполнения договора. Эта модель отступной компенсации ближе к отступному. Тем не менее она не равнозначна отступному в чистом виде в силу того, что последнее представляет собой суррогат исполнения, в счет которого засчитывается предшествующее исполнение кредитора, а отступная компенсация направлена на покрытие потерь от неисполнения, не лишая кредитора права истребовать назад переданное должнику ранее (например, предоплату) в порядке, предусмотренном нормами о неосновательном обогащении. Возможность корректировки размера этой компенсации путем применения по аналогии ст. 333 ГК РФ здесь сомнительна, учитывая то, что реализация этой модели происходит не путем взыскания компенсации, а путем добровольной уплаты. Тем не менее в редких случаях добиться более справедливого размера компенсации можно, воспользовавшись нормами ГК РФ о недопустимости злоупотребления правом (ст. 10 ГК РФ) или о договорах присоединения (ст. 428 ГК РФ). Детали требуют дальнейшего анализа и уточнения. В тексте ГК РФ эти вопросы можно не отражать, закрепив их на уровне судебной практики.

Как бы то ни было, определенность в части института отступной неустойки в п. 3 ст. 396 ГК РФ крайне желательна. В настоящее время по личному опыту общения с юристами-практиками мы можем заключить: никто толком не понимает, что написано в п. 3 ст. 396 ГК РФ в части указания на отступную неустойку и что по

своей природе представляют собой распространенные условия договора о праве отказаться от него с условием выплаты неустойки в определенном договором размере.

В качестве варианта редакции соответствующей нормы можно предложить такой текст:

- «1. Договором может быть установлено, что должник вправе отказаться от него в одностороннем порядке с обязательством уплатить кредитору определенную сумму компенсации за отказ от договора. В этом случае сам факт одностороннего отказа должника от договора прекращает договор и порождает новое обязательство по уплате соответствующей суммы в качестве отступной компенсации. При этом суд вправе снизить размер такой компенсации в порядке, предусмотренном в ст. 333 ГК РФ для снижения неустойки.
2. Пункт 1 не применяется в случае, если в договоре право должника отказаться от него прямо поставлено под условие уплаты соответствующей компенсации. В этом случае обязательство должника считается прекращенным, а договор в соответствующей части или в целом расторгнутым только в момент фактической уплаты такой компенсации.
3. Суду следует определять правовую природу конкретного условия договора в качестве отступной компенсации с последствиями, предусмотренными в п. 1, 2 настоящей статьи, независимо от того, что стороны обозначают соответствующую компенсацию как неустойку».