

ВВЕДЕНИЕ

Представленный на суд читателя постатейный комментарий выходит в рамках запущенной в 2017 г. серии комментариев к гражданскому законодательству #Глосса. Первая книга этой серии была посвящена общим положениям ГК РФ о договорах и обязательствах и вышла в начале 2017 г.¹ После этого мы подготовили еще несколько томов. Второй том, вышедший в начале 2018 г., был посвящен общим положениям о сделках, представительстве и исковой давности². Третий том, опубликованный в сентябре 2018 г., — положениям ГК РФ о наследственном праве³. Четвертый том, увидевший свет весной 2019 г., — положениям ГК РФ о финансовых сделках (займе, кредите, факторинге, вкладе и счете)⁴. Пятый том серии, который вышел в январе 2020 г., был посвящен общим положениям ГК РФ, закрепленным в ст. 1–16.1 ГК РФ⁵.

К 2020 г. пришла пора обновлять первый том, посвященный общим положениям ГК РФ о договорах и обязательствах. В процессе работы над обновленным изданием текст комментария в результате переработки и дополнения значительно вырос в объеме. Когда в 2015 и 2016 гг. готовился первый том, авторы пытались излагать проблематику предельно реферативно, дабы в одном томе охватить всю общую часть обязательственного и договорного права. Но с каждым последующим томом глубина раскрытия материала возрастала. Поэтому, когда авторы приступили к обновлению первого тома, не было никаких сомнений, что уместить его в рамки одной книги не получится. Поэтому было принято решение разбить материал по общим положениям об обязательстве и договоре на несколько книг. Первая из них вышла в 2020 г. и была посвящена общим положениям о договоре (ст. 420–453 ГК РФ)⁶. Вторую, посвященную общим положениям ГК РФ об исполнении и прекращении обязательств (ст. 307–328 и 407–419 ГК РФ), мы выпустили в январе 2022 г.⁷

¹ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2017.

² Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2018.

³ Наследственное право: постатейный комментарий к статьям 1110–1185, 1224 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. Е.Ю. Петров. М., 2018.

⁴ Заем, кредит, факторинг, вклад и счет: постатейный комментарий к статьям 807–860.15 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2019.

⁵ Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020.

⁶ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020.

⁷ Исполнение и прекращение обязательства: комментарий к статьям 307–328 и 407–419 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2022.

В настоящем томе разбираются правила гл. 24 ГК РФ (ст. 382–392.3) о перемене лиц в обязательстве, а также правила гл. 25 ГК РФ (ст. 393–406.1 ГК РФ), большинство из которых посвящены ответственности за нарушение обязательства. Кроме того, было решено в этом же томе поместить обновленный комментарий к ст. 330–333 и 380–381 ГК РФ о таких мерах ответственности, как неустойка и задаток, несмотря на то, что эти статьи располагаются в гл. 23 ГК РФ об обеспечении исполнения обязательства.

Подробно писать о концепции серии #Глосса не буду, так как во введениях к предыдущим томам я это уже делал. Думаю, читатель, который обращается к настоящему тому, уже знаком со стилистикой и форматом данной серии и работал с предыдущими томами. Скажу лишь, что серия живет и развивается. В процессе работы над обновлением первого тома текст был значительно расширен, многие вопросы рассмотрены более глубоко, учтена практика высших судов за те шесть лет, которые прошли с момента написания первого издания. Некоторые же озвученные в первом издании оценки и выводы были уточнены и скорректированы с учетом эволюции взглядов авторов. Наконец, текст комментария к некоторым статьям был в принципе переписан заново в тех случаях, когда авторам показалось уместным это сделать.

Настоящая книга готовилась с лета 2021 г. до весны 2022 г. и отражает текст ГК РФ, содержание иных законов и судебную практику по состоянию на конец февраля 2022 г.

В ходе написания комментария большую помощь своими замечаниями и критикой на проекты комментариев к некоторым статьям ГК РФ оказали многие коллеги и друзья.

Особую благодарность как ответственный редактор хочу выразить своим соратникам А.А. Павлову и С.В. Сарбашу, которые вычитали весь текст книги и представили ценные замечания, позволившие сделать текст лучше, а также регулярно участвовали в телефонных «мозговых штурмах», посвященных многочисленным вопросам, которые возникали в ходе подготовки книги.

Также хочу сказать спасибо тем коллегам, которые согласились прочитать отдельные фрагменты и дать плодотворные замечания и предложения по улучшению текста: Н.В. Тололаевой, О.В. Гутникову, А.С. Акужинову, А.А. Громову, И.И. Зикуну, А.И. Шайдуллину, О.Р. Зайцеву, Р.Т. Мифтахутдинову, А.Я. Ахмедову, В.И. Григорьеву, А.В. Иноземцевой, А.И. Лысенко, Р.В. Макаровой, О.И. Романовой, А.С. Керселяну, О.В. Овчинниковой, Д.В. Борейшо, А.Н. Гуна, В.О. Бочаровой, И.К. Тебенеvu, Д.В. Григорьян.

Кроме того, выражаю благодарность другим многочисленным коллегам и друзьям, с которыми в течение года мы устно в телефонных беседах, в формате онлайн-конференций Юридического института «М-Логос» и на иных площадках обсуждали многие из вопросов, раскрытых на страницах настоящей книги.

А.Г. Карапетов

ПРИНЯТЫЕ СОКРАЩЕНИЯ

Венская конвенция 1980 г. — Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 11 апреля 1980 г.)

Модельные правила европейского частного права — Принципы, определения и модельные правила европейского частного права: Проект общей системы координат европейского частного права (изданы в 2009 г.)

Принципы УНИДРУА — Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА (в ред. 2016 г.).

ГГУ — Германское гражданское уложение от 18 августа 1896 г. (СПС «КонсультантПлюс»).

АПК РФ — Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3012

ГК РФ — Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ, часть вторая от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ) // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301, 1996. № 5. Ст. 410

ГПК РФ — Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 46. Ст. 4532

ГрК РФ — Градостроительный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 2004 г. № 190-ФЗ // СЗ РФ. 2005. № 1 (ч. I). Ст. 16

ЖК РФ — Жилищный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 2004 г. № 188-ФЗ // СЗ РФ. 2005. № 1 (ч. I). Ст. 14

ЗК РФ — Земельный кодекс Российской Федерации от 25 октября 2001 г. № 136-ФЗ // СЗ РФ. 2001. № 44. Ст. 4147

КВВТ РФ — Кодекс внутреннего водного транспорта Российской Федерации от 7 марта 2001 г. № 24-ФЗ // СЗ РФ. 2001. № 11. Ст. 1001

КоАП РФ — Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. I). Ст. 1

КТМ РФ — Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации от 30 апреля 1999 г. № 81-ФЗ // СЗ РФ. 1999. № 18. Ст. 2207

НК РФ — Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая от 31 июля 1998 г. № 146-ФЗ, часть вторая от 5 августа 2000 г. № 117-ФЗ) // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3824, 2000. № 32. Ст. 334

СК РФ — Семейный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 1995 г. № 223-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16

УК РФ — Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954

Закон о банкротстве — Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190

Закон о государственной регистрации недвижимости — Федеральный закон от 13 июля 2015 г. № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости» // СЗ РФ. 2015. № 29 (ч. I). Ст. 4344

Закон о закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц — Федеральный закон от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» // СЗ РФ. 2011. № 30 (ч. I). Ст. 4571

Закон о защите конкуренции — Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. I). Ст. 3434

Закон о защите прав потребителей — Закон РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей» // СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 140

Закон о контрактной системе — Федеральный закон от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» // СЗ РФ. 2013. № 14. Ст. 1652

Закон о потребительском кредите (займе) — Федеральный закон от 21 декабря 2013 г. № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)» // СЗ РФ. 2013. № 51. Ст. 6673

Закон об ипотеке — Федеральный закон от 16 июля 1998 г. № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)» // СЗ РФ. 1998. № 29. Ст. 3400

Закон об исполнительном производстве — Федеральный закон от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» // СЗ РФ. 2007. № 41. Ст. 8489

Закон об ООО — Федеральный закон от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» // СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 785

Закон об участии в долевом строительстве — Федеральный закон от 30 декабря 2004 г. № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2005. № 1 (ч. I). Ст. 40

УАТИГНЭТ — Федеральный закон от 8 ноября 2007 г. № 259-ФЗ «Устав автомобильного транспорта и городского наземного электрического транспорта» // СЗ РФ. 2007. № 46. Ст. 5555

УЖТ РФ — Федеральный закон от 10 января 2003 г. № 18-ФЗ «Устав железнодорожного транспорта Российской Федерации» // СЗ РФ. 2003. № 2. Ст. 170

ВАС РФ — Высший Арбитражный Суд Российской Федерации

ВС РФ — Верховный Суд Российской Федерации

КС РФ — Конституционный Суд Российской Федерации

СКГД ВС РФ — Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации

СКЭС ВС РФ — Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации

ЕГРН — Единый государственный реестр недвижимости

ЕГРЮЛ — Единый государственный реестр юридических лиц

РТК — Реестр требований кредиторов

Глава 23. ОБЕСПЕЧЕНИЕ ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

§ 2. Неустойка

Статья 330. Понятие неустойки

1. Неустойкой (штрафом, пеней) признается определенная законом или договором денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности в случае просрочки исполнения. По требованию об уплате неустойки кредитор не обязан доказывать причинение ему убытков.

2. Кредитор не вправе требовать уплаты неустойки, если должник не несет ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства.

Комментарий

1. Понятие, природа, цели и основные элементы правового режима неустойки

Статья 330 ГК РФ наряду с рядом других статей Кодекса (ст. 331–333, 394, 396 и др.) регулирует такой институт обязательственного права, как неустойка.

1.1. Понятие и правовая природа неустойки

Этот известный многим европейским правовым порядкам со времен римского права институт не является мерой обеспечения исполнения обязательства, хотя ст. 330 ГК РФ и расположена в главе об обеспечении обязательств (см. комментарий к ст. 329 ГК РФ в рамках другого тома Серии #Глосса)¹, а представляет собой санкцию за нарушение обязательства, относящуюся к группе мер ответственности за нарушение обязательства. Последнее следует из п. 2 данной статьи, в силу которого обязанность по уплате неустойки отпадает в случае наличия основания освобождения от ответственности. Это означает, что к неустойке применяются правила п. 1–3 ст. 401 ГК РФ об основаниях освобождения от ответственности.

Неустойка не является обеспечением, так как не предоставляет кредитору дополнительных гарантий удовлетворения своего основного требования на случай банкротства должника, если применять банкротный тест для квалификации тех или иных конструкций в качестве обеспечения исполнения обязательства. В этом отличие неустойки от залога, титульного обеспечения (например, удержания права собственности), удержания вещи (если вслед за ВС РФ признать предоставление

¹ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2017 (автор комментария к ст. 329 ГК РФ – *Р.С. Бевзенко*).

кредитору-ретентору залоговый приоритет в деле о банкротстве собственника-должника), обеспечительного платежа (если признать, что кредитор может осуществить засчитывание своего требования к обеспечительному платежу даже на фоне банкротства должника), а также поручительства или независимой гарантии. Если отнести неустойку к обеспечениям, то тогда к этой же категории следовало бы отнести и любые иные условия договора, устанавливающие те или иные дополнительные средства защиты на случай нарушения обязательства, ужесточающие правила ответственности должника или иным образом предоставляющие кредитору больше правовых возможностей на случай нарушения должником обязательства. Но такой путь представляется абсурдным. В этом плане там, где те или иные нормы закона вводят специальные нормы для обеспеченных обязательств (например, п. 2 ст. 319.1 ГК РФ), эти правила не применимы к обязательствам, за нарушение которых установлена неустойка, что подтверждается и на уровне практики ВС РФ (абз. 2 п. 40 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

Суть данной меры ответственности состоит в том, что кредитор, столкнувшийся с нарушением обязательства, получает право требовать от должника выплаты точно определенной или определимой суммы, независимо от того, какие убытки данное нарушение фактически причинило кредитору, и теоретически без необходимости доказывания соответствия данной суммы размеру истинных убытков кредитора. Если в договоре или законе указано на то, что в случае нарушения уплачивается сумма, равная убыткам кредитора или той или иной их части, речь не идет о неустойке. Но если установлено, что в случае нарушения обязательства уплачивается штраф в 1 тыс. руб. или сумма, определяемая как 1% от цены неисполненной части обязательства, то налицо неустойка. Впрочем, с учетом наличия ст. 333 ГК РФ отличие неустойки от права на взыскание убытков хотя и не исчезает, но становится менее драматичным (подробнее см. комментарий к ст. 333 ГК РФ).

Как представляется, понятие неустойки следует толковать шире. Речь должна идти о любом оговоренном в законе (ином правовом акте) или договоре дополнительном по отношению к основному предмету обязательства должника имущественном предоставлении, которое сторона должна осуществить в связи с допущенным ею нарушением обязательства в пользу другой стороны, и размер которого заранее определен или определим в силу установленной формулы. Есть все основания распространять правила о неустойке и на условия о присуждении в пользу кредитора в связи с нарушением не только денег, но и иного имущества. При этом дополнительное имущественное предоставление может структурироваться не только путем возникновения и последующего добровольного или принудительного исполнения дополнительного охранительного обязательства должника, возникающего (созревающего) в связи с нарушением, но также путем реализации пострадавшим кредитором секундарного права (например, путем изъятия кредитором воли на присвоение аванса), а также может осуществляться автоматически (например, при включении в договор условия об автоматическом увеличении размера долга на фоне просрочки в его погашении). Подробнее об этих нестандартных вариациях конструкции неустойки см. п. 1.4 комментария к настоящей статье.

1.2. Цели установления неустойки

Цели установления в договоре или законе неустойки могут быть различны, взаимодополняя друг друга.

1.2.1. Упрощение доказывания убытков и более эффективное воплощение принципа корректирующей справедливости

Первая цель установления неустойки — упростить положение кредитора на случай нарушения обязательства, снимая с него необходимость доказывания убытков. Неустойка служит способом заблаговременного определения размера компенсации за нарушение. Кредитор, обращаясь в суд в связи с нарушением своих прав, при наличии неустойки не должен доказывать убытки, а может требовать взыскания оговоренной в законе или договоре суммы. Это крайне важно, так как на практике очень часто доказать суду все свои убытки весьма затруднительно, и взыскиваемая в качестве убытков сумма не позволяет защитить позитивный договорный интерес.

Главная сложность состоит в доказывании субъективной ценности прав. Любое право имеет ценность, но эта ценность, как было с успехом доказано в экономической науке и более никем всерьез не оспаривалось, носит сугубо субъективный характер. Никакой внешний регулятор (и в том числе суд) не способен проникнуть в сознание кредитора и оценить его субъективное ощущение ценности надлежащего исполнения. При достижении добровольного соглашения о расторжении или изменении договора риск того, что размер соответствующей компенсации, которую стороны согласовали, окажется ниже, чем субъективная ценность права для кредитора, минимален. Ведь если цена не устроит кредитора, сделка просто не состоится. В случае же судебного определения размера этой платы в форме решения о взыскании убытков кредитору приходится мириться с тем фактом, что его право уже попрано, и, соответственно, он оказывается в крайне уязвимом положении лица, обязанного инициировать судебное разбирательство и доказать *ex post* суду, не имеющему прямого доступа в сознание посторонних лиц, что данное право истец ценит именно так, а не иначе. Судьи, как правило, не способны отличить чистые спекуляции истцов об их субъективном ощущении ценности утраченного права от достоверных утверждений на сей счет и вынуждены опираться на объективные показатели (оценки рыночной стоимости и т.п.). Кроме того, интерес кредитора может быть вовсе неимущественным. Надежно перевести его в денежный эквивалент суду просто невозможно.

Например, очевидно, что субъективный интерес коллекционера в получении соответствующего нового элемента коллекции может быть связан не с высоким уровнем возможных убытков в случае нарушения, а с «интересом особого пристрастия», оценить который в деньгах в принципе невозможно. Столь же не поддается адекватному оцениванию в деньгах, например, интерес молодоженов в том, чтобы подрядчики, привлеченные к организации свадьбы, не допустили той или иной фатальной ошибки, способной испортить праздник.

В итоге в целом ряде случаев сумма компенсации может оказаться ниже резервной цены правообладателя (даже после выплаты присужденной судом суммы убытков), и мы будем наблюдать ситуацию нарушения критерия эффективности по Парето и транзакцию не только принудительную и недобровольную, но еще и неэвклидову.

Кроме того, нарушение договора нередко порождает множество отдаленных убытков, но их взыскание, как правило, не допускается или ограничивается. То же касается и морального вреда, взыскание которого при нарушении договора допускается лишь в ограниченных случаях. Судебные расходы также могут взыскиваться в крайне ограниченном размере.

В итоге мы имеем ситуацию, когда вероятность фактического получения кредитором полной денежной компенсации, сопоставимой с той суммой, за которую он согласился бы добровольно изменить условия обязательства или отказаться от права требования, намного ниже 100%. В подавляющем большинстве случаев то, что удастся взыскать в качестве убытков, меньше этой суммы и это не позволяет эффективно защитить позитивный договорный интерес.

В этих условиях фиксация размера договорной неустойки и согласие с ним всех сторон увеличивают вероятность того, что кредитору за счет взыскания неустойки удастся получить компенсацию в размере, который действительно покрывает его позитивный интерес, измеренный с опорой на субъективную ценность задолженного по обязательству надлежащего предоставления.

Иначе говоря, неустойка может быть направлена на решение проблемы недокомпенсации, более полную реализацию идеи корректирующей справедливости и надежную защиту позитивного интереса.

1.2.2. Предотвращение принятия неэффективных мер заботливости и совершения неэффективных нарушений

При исполнении обязательства должник должен проявлять эффективный уровень мер заботливости и осмотрительности, т.е. такой уровень, который потребует от должника несения издержек не ниже и не выше значения, которое соответствует возможным убыткам кредитора на случай нарушения, умноженным на вероятность нарушения на фоне принятия соответствующего уровня мер заботливости и осмотрительности. Такое умножение дает представление об *ожидаемом значении* убытков. Выезжать днем на лекцию в университет из спального района Москвы в центр города с запасом в несколько часов, чтобы избежать попадания в необычную в данное время суток пробку и вынужденного опоздания, — это неоправданный и экономически неэффективный уровень мер заботливости, так как издержки, которые потребуются от преподавателя ради избегания опоздания на лекцию, с учетом низкой вероятности попасть в пробку, явно непропорциональны позитивному интересу университета в своевременном ее начале. Убытки университета от того, что преподаватель задержится на лекцию, если и есть, то при умножении на низкий процент вероятности возникновения такой пробки они явно ниже тех издержек, которые преподавателю придется нести, выезжая в университет с запасом в четыре часа. Но чем выше очевидный должнику уровень возможных убытков кредитора и иных неблагоприятных последствий опоздания и чем выше, соответственно, очевидный должнику позитивный интерес кредитора в исполнении им договора (если этот показатель учитывать с поправкой на вероятность нарушения), тем более аккуратным он должен быть.

Эта модель неплохо работает и помогает должнику выбрать адекватный уровень мер заботливости при условии, что он осознает перспективы взыскания с него всех убытков кредитора и способен примерно оценить эти возможные убытки. Но в случаях, когда доказывание всех убытков затруднительно и должник это понимает, он, принимая решение о необходимой мере заботливости и осмотрительности при исполнении, может выбрать и, скорее всего, выберет такой уровень мер, который не соответствует степени выраженности позитивного договорного интереса кредитора и возможным убыткам на случай неосторожного нарушения с поправкой на вероятность нарушения, так как будет соизмерять свои издержки на принятие

соответствующих мер не с возможными убытками кредитора с поправкой на вероятность нарушения, а с тем уровнем ожидаемых убытков, который будет умножен как на вероятность самого нарушения, так и на низкую вероятность их эффективного доказывания. В итоге при отсутствии неустойки должники, не обремененные совестью и заботой о репутации, в такого рода случаях будут склонны проявлять субоптимальный уровень заботливости и аккуратности. Если должник понимает, что в случае нарушения кредитор может сильно пострадать, но доказать свои убытки, скорее всего, не сможет, должник будет склонен проявлять неуместную беспечность при исполнении, выбирая менее эффективный уровень мер заботливости и осмотрительности, чем это соответствует экономической эффективности. Установление в договоре неустойки на уровне, сопоставимом с тем, который может выступить адекватной заменой реализации позитивного интереса кредитора в натуре, мешает такому развитию событий и вынуждает должника проявлять должную степень аккуратности.

Например, если у кредитора особый субъективный интерес в реальном исполнении договора, не связанный с высоким уровнем чисто имущественных потерь, фиксация неустойки на уровне, соответствующем величине компенсации, в обмен на которую он согласился бы отказаться от своего права требования или изменить условия обязательства, будет адекватным решением. Как еще кредитор может просигнализировать должнику о субъективной оценке своего позитивного интереса, дабы тот мог выбрать адекватный степени экспрессии этого интереса уровень мер заботливости и осмотрительности?

Условие о неустойке добросовестному должнику просигнализирует о размере возможных убытков или иных негативных последствий потенциального нарушения и продемонстрирует денежный эквивалент субъективной ценности обещанного предоставления для кредитора, а это позволит должнику выбрать адекватный уровень мер заботливости и осмотрительности при исполнении и учесть эти меры в цене. Ведь иначе должник может просто не знать о том, насколько для кредитора принципиально аккуратное исполнение, прилагать при исполнении обычную меру заботливости, не подозревая об особых обстоятельствах и возможных необычно высоких убытках кредитора, и заложить в цену издержки, сопряженные с такими обычными мерами. Иначе говоря, установление неустойки на уровне вероятных убытков или иной субъективной оценки позитивного договорного интереса позволяет скоординировать поведение сторон, обеспечить адекватное информирование должника о степени интенсивности позитивного договорного интереса кредитора и предотвратить нарушение.

1.2.3. Превенция неэффективных умышленных нарушений

Наличие неустойки, когда она соответствует вероятному уровню убытков или денежной субъективной ценности обещанного предоставления, может подавить у должника стимулы к совершению умышленного «неэффективного нарушения» (*inefficient breach*), т.е. умышленного нарушения, в результате которого должник получит выгоду, которая меньше, чем убытки кредитора (или субъективно оцененный денежный эквивалент его позитивного интереса). Если интерес кредитора в предоставлении чисто имущественный и никаких проблем с доказыванием убытков нет, эта функция не особенно значима, так как у должника нет стимулов совершать умышленное неэффективное нарушение: нет смысла нарушать договор, заработать

на этом 5 тыс. руб., если затем кредитор взыщет с нарушителя свои убытки в размере 10 тыс. руб. Но, если кредитору объективно доказать свои убытки очень сложно или перевод субъективного позитивного интереса в денежный эквивалент с опорой на рыночные показатели затруднен, циничный должник, принимая решение о возможном умышленном нарушении, будет соизмерять свою выгоду от нарушения не с реальными возможными убытками кредитора или иными неблагоприятными для того последствиями, а с их значением, умноженным на низкий процент вероятности успешного доказывания. В итоге на фоне низкой вероятности доказывания убытков многие должники будут решаться на умышленное нарушение даже тогда, когда оно абсолютно неэффективно и причиняет кредитору убытки, намного превосходящие доход нарушителя. Установление в договоре неустойки на уровне вероятных убытков кредитора (или субъективной оценки позитивного интереса) может предотвратить такое развитие событий, снизив вероятность неэффективного умышленного нарушения.

1.2.4. Стимулирование к избеганию эффективных нарушений

Другая возможная цель установления неустойки — дополнительное стимулирование за счет определения размера компенсации, которая заведомо выше размера вероятных при взгляде *ex ante* и реально возникших *ex post* убытков. Карательная (*in terrorem*) компенсация и перспективы ее применения подавляют стимулы к нарушению куда сильнее, чем перспектива возместить все убытки кредитора.

Это особенно характерно для установленной законом или договором штрафной неустойки, которую кредитор вправе требовать в полной сумме сверх доказанных убытков (ст. 394 ГК РФ). Но ярко выраженный карательно-стимулирующий элемент может проявляться и в самой обычной неустойке, если она на момент заключения договора установлена заведомо на уровне выше возможных убытков кредитора либо в свете последующих обстоятельств оказывается явно выше вероятных убытков. В этом случае ее взыскание приведет к сверхкомпенсации и возложит на должника финансовое бремя более тяжелое, чем в случае со стандартным сценарием взыскания всех убытков. В той степени, в которой это так, неустойка начинает выполнять функцию дополнительного стимулирования по сравнению со стандартным сценарием взыскания убытков.

Но зачем это дополнительное стимулирование и устрашение?

Такая заведомо сверхкомпенсационная неустойка направлена на подавление стимулов к тому, что в экономическом анализе права именуется эффективным нарушением (*efficient breach*), т.е. к умышленному нарушению, которое основано на расчете, демонстрирующем, что выгоды должника от нарушения превышают вероятные убытки кредитора, и нарушение позволит должнику остаться в выигрыше, даже возместив все убытки кредитора. Если выгоды нарушителя в результате нарушения больше убытков кредитора, даже 100%-ная вероятность взыскания убытков не создает стимулов к соблюдению договора, и вопреки п. 4 ст. 1 ГК РФ должнику остается выгодно нарушать договор. Если же должник понимает, что ему придется заплатить существенно больше, чем сумма действительных убытков кредитора, вероятность того, что сумма неустойки окажется больше выгод должника от нарушения, возрастает, а следовательно, стимулы к умышленному нарушению снижаются. И чем больше сверхкомпенсационный элемент, тем меньше вероятность того, что умышленное эффективное нарушение окажется выгодным для должника.

Например, если у продавца возникает шанс продать вещь, которую он ранее в силу договора обещал покупателю за 100 тыс. руб., некоему третьему лицу за 120 тыс. руб., а убытки покупателя от срыва договора равны 10 тыс. руб., то получается, что от умышленного нарушения договора продавец выиграет 20 тыс. руб., а пострадавший покупатель понесет убытки на 10 тыс. руб. Продавец может компенсировать покупателю убытки и все равно остаться в выигрыше. В такой ситуации рациональный должник, которого не сдерживают моральные или репутационные ограничители, будет иметь стимулы к умышленному нарушению. Но кредитора такое развитие может категорически не устраивать, и он вправе настаивать на включении в договор сверхкомпенсационной неустойки, дабы лишить должника таких стимулов. Иногда перспектива эффективного нарушения может не устраивать и законодателя. В таких случаях законодатель, стремясь подавить стимулы к эффективному нарушению, устанавливает высокую и заведомо сверхкомпенсационную или даже штрафную неустойку.

Например, очевидно сверхкомпенсационные, карательные неустойки, которые установлены в потребительском законодательстве, направлены на то, чтобы стимулировать коммерсантов относиться к соблюдению прав потребителя серьезно и предотвратить умышленное нарушение. Дело в том, что при отсутствии таких сверхкомпенсационных законных неустоек у тех коммерсантов, которых не сдерживает страх потерять деловую репутацию, не только исчезали бы стимулы проявлять должные меры заботы, но и возникали бы стимулы умышленно нарушать свои обязательства, так как вероятность того, что конкретный пострадавший потребитель сможет подать иск и осилит судебный процесс о взыскании убытков, достаточно низок (если размер убытков не очень высок, несение судебных расходов, трата времени и сопряженные с участием в судебном споре стресс и переживания часто вовсе не оправданны). В итоге статистически для коммерсантов оказалось бы выгодным не только проявлять субоптимальный уровень мер заботливости, но и просто умышленно нарушать договоры всякий раз, когда это покажется удобным, а фактор репутации не окажет сдерживающего воздействия. Если бы речь шла о неустойке, установленной на уровне возможных убытков, интересы и права потребителей не были бы защищены, а нарушение договора становилось бы нормой. Если не учитывать фактор репутации, только карательные штрафные санкции (наряду с угрозой привлечения к административной ответственности) дисциплинируют коммерсантов и стимулируют их серьезно отнестись к правам потребителя.

1.2.5. Преодоление проблемы информационной асимметрии

Еще одна цель, характерная для договорной неустойки, — сигнальная и отсеивающая. Неустойка может служить способом снижения интенсивности проблемы информационной асимметрии, проявляющейся в том числе в том, что контрагенты при вступлении в договор могут не знать о надежности друг друга. Высокие риски столкнуться с неаккуратным должником и нарушением им своих обязательств закладываются в цену, с учетом которой потенциальный кредитор готов заключать договор, что снижает шансы на заключение договора и взаимовыгодную кооперацию, а это подавляет рост экономического благосостояния. Если бы кредитор точно мог выявить среди потенциальных партнеров более надежных и отделить их от менее надежных, он бы мог заключать с первыми договоры на более выгодных для последних ценовых условиях, так как в цене была бы учтена меньшая компенсация за риск неисправности