

ПРЕДИСЛОВИЕ

Уважаемые читатели!

В ваших руках второй выпуск сборника статей, посвященных проблемам строительного права. По сравнению с первым выпуском сборника в настоящем издании существенно выросло количество статей. Данное обстоятельство само по себе свидетельствует о росте интереса к вопросам строительного права, что можно только приветствовать.

Все представленные статьи выполнены на высоком теоретическом и практическом уровне и представляют собой законченные исследования избранной их авторами проблематики. Особый интерес вызывает разброс тем статей, активное использование в них сравнительно-правового метода исследования, уделение повышенного внимания анализу и обобщению судебной практики, как отечественной, так и зарубежной. При этом каждая статья направлена на постановку и разрешение крайне актуальных и сложных проблем, стоящих перед строительным правом как в теоретическом, догматическом, так и в практическом плане.

Первый выпуск сборника был тепло принят читателями, вызвал у них живой интерес. Надеемся и уверены, что второй его выпуск ожидает еще больший успех и признание читательской аудитории.

Надеемся, что авторы получают обратную связь в рамках работы «Строительного клуба», на сайте которого размещен актуальный адрес электронной почты для обращений.

С удовольствием выражаем слова благодарности АО «НИПИГАЗ» за оказанную финансовую поддержку в осуществлении издания.

Желаем полезного и приятного исследования сборника!

Составитель и ответственный редактор сборника,
управляющий партнер юридической фирмы «Правовые Решения»,
преподаватель кафедры гражданского права
юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова,
председатель «Строительного клуба»,
член правления Международной ассоциации
строительного права (ICLA, Stuttgart)

Николай Борисович Щербakov

К ВОПРОСУ О КВАЛИФИКАЦИИ ПОЛОЖЕНИЙ О ЗАРАНЕЕ ОЦЕНЕННЫХ УБЫТКАХ

В статье поднимается вопрос о квалификации положений о заранее оцененных убытках в договорах на строительство по российскому праву. Автор обосновывает необходимость квалификации такой оговорки как неустойки, исследуя историю формирования института заранее оцененных убытков (*liquidated damages*) в странах общего права, анализируя схожие институты в континентальном праве и актах унификации частного права, а также проводя сравнение заранее оцененных убытков и неустойки по российскому праву с точки зрения их функционального значения.

Ключевые слова: заранее оцененные убытки, неустойка.

I.R. Abdullin

ON LEGAL QUALIFICATION OF A LIQUIDATED DAMAGES CLAUSES

This article deals with the question of a legal qualification of liquidated damages clauses in construction contracts governed by Russian law. The author provides a rationale for qualification of liquidated damages clauses as penalty clauses, studying a history of development of the notion of liquidated damages in common law countries analysing similar notions in civil law countries as well as acts of unification of private law, and comparing liquidated damages with penalty under Russian law in terms of their functional value.

Key words: liquidated damages, penalty clause.

До недавнего времени квалификация положений о заранее оцененных убытках в договорах на строительство, к которым применяется российское право, не вызывала споров в судебной практике. Как правило, суды констатировали, что такое положение либо является недействительным, либо фактически представляет собой соглашение о неустойке.

Новый импульс этой дискуссии придала позиция Верховного Суда РФ, отраженная в Определении от 13 апреля 2023 г. № 307-

ЭС22-18849 по делу № А56-32857/2021. В указанном Определении Верховный Суд отметил, что стороны вправе «*договориться об иных особенностях привлечения к гражданско-правовой ответственности, например, заранее оценить убытки на случай вероятного нарушения того или иного обязательства одной из сторон, установив своим соглашением способ определения размера убытков (статья 15 ГК РФ)*». Как следует из текста, Верховный Суд разграничивает заранее оцененные убытки как самостоятельный институт, с одной стороны, и неустойку — с другой.

В связи с этим представляется необходимым обратиться к истокам института заранее оцененных убытков в исходной для него системе общего права и сопоставить выполняемые им функции с функциями российского института неустойки, чтобы определить, действительно ли институт заранее оцененных убытков является самостоятельным явлением в российском частном праве.

1. Институт заранее оцененных убытков (*liquidated damages*) в системе общего права

В юрисдикциях общего права институт заранее оцененных убытков (*liquidated damages*) представляет собой закрепление в договоре твердой суммы, которую должник должен уплатить в случае нарушения договора, или порядка ее определения¹. При этом кредитор не сможет взыскать заранее оцененные убытки в случае, если суд признает соответствующее условие договора недействительным ввиду его карательного, штрафного характера (*penalty clause*). В этой связи ключевым вопросом, поднимаемым в контексте применения института *liquidated damages*, является определение критерия, по которому устанавливается дихотомия действительного договорного условия о *liquidated damages* и недействительного — о *penalty*.

Еще в XIII в. один из первых исследователей английского права Генри де Брэктон (*Henry de Bracton*) отметил преимущество договорного положения, устанавливающего размер компенсации за нарушение, заключающееся в освобождении участников спора от необходимости доказывания размера убытков перед судом. Как и церковные суды, так и Канцлерский суд (*Court of Chancery*) признавали такие соглашения о *penalty* действительными вплоть до XVI в. После пандемии чумы в середине XIV в. суды все-таки дезавуировали некоторые такие соглашения, обосновывая свою позицию борьбой с ростовщичеством.

¹ Chitty on Contracts. 30th ed. Vol. 1, 2. Sweet & Maxwell Ltd, UK, 2008. Para. 26-010.

Общий подход тем не менее оставался прежним: суды продолжали следовать традициям римского права и приводить договорные положения о *penalty* в исполнение¹.

Начиная приблизительно с XVI–XVII вв. в английском праве справедливости (*law of equity*) сформировался противоположный подход, запрещающий взыскивать «карательные» суммы (*penalty bond*) и признававший соответствующие положения недействительными. Такая позиция обосновывалась соображениями справедливости: кредитор не вправе извлекать излишнюю выгоду из нарушения должника в ситуации, когда его потери могут быть компенсированы. Позже, после установления примата права справедливости над общим правом в деле графа Оксфордского (*the Earl of Oxford's Case*), а затем – создания единой системы судов в результате судебной реформы во второй половине XIX в., запрет *penalty clauses* стал общим для всей английской правовой системы². Однако такой запрет шел вразрез с действовавшей в то время идеологией рыночной свободы и принципом свободы договора. В итоге сложилась следующая ситуация: с одной стороны, сохранял свое господство консерватизм английских судов, трепетно относящихся к устоявшимся ранее прецедентам, в том числе в части существовавшего уже несколько веков запрета на *penalty clause*; с другой – на суды оказывали давление новые воззрения либеральной идеологии, не принимавшей вмешательства судов в договорные отношения самостоятельных субъектов. Это привело к тому, что суды с течением времени были вынуждены сформулировать новый институт – *liquidated damages clauses* и отделить его от *penalty clauses*, создавая дихотомно, которую в будущем назовут искусственной.

До недавнего времени ключевым прецедентом, закрепляющим доктрину *penalty* и кристаллизующим критерии разграничения *liquidated damages* и *penalty*, было дело *Dunlop Pneumatic Tyre v. New Garage & Motor*³. В нем лорд Данидин (*Dunedin*) сформулировал следующие тезисы:

1. Использование сторонами терминов «*liquidated damages*» или «*penalty*» в договоре не может само по себе свидетельствовать о намерениях сторон установить соответствующее положение так, как его понимает английское право.

2. Цель *penalty clause* – взыскание денежных средств для «устрашения» потенциального нарушителя, в то время как цель *liquidated*

¹ Halson R. Liquidated Damages and Penalty Clauses. Oxford University Press, 2018. Para. 1.11.

² Ibid. Para. 1.18.

³ Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. New Garage & Motor Co Ltd [1915] A.C. 79 (1 July 1914).

damages clause – подлинное намерение предварительно установить размер убытков.

3. Вопрос об отнесении к той или иной категории предусмотренных договором выплат нужно решать исходя из обстоятельств конкретного правоотношения на момент заключения договора.

4. При учете обстоятельств дела необходимо исследовать следующие факторы:

а) выплата будет считаться *penalty*, если она чрезмерна по сравнению с самым крупным ущербом, который может следовать из нарушения;

б) выплата будет считаться *penalty*, если нарушение состоит лишь в неуплате определенной суммы, а оговоренная сумма превышает сумму, которая должна быть уплачена;

с) существует презумпция, что выплата будет считаться *penalty*, если одна и та же сумма будет причитаться в случае наступления одного, нескольких или всех событий, которые могут привести к серьезному или незначительному ущербу;

д) нет причин для признания выплаты *penalty*, если нарушения договора таковы, что подлинная предварительная оценка ущерба почти неосуществима. Наоборот, это может свидетельствовать о действительном намерении сторон оценить убытки в соответствующем условии договора.

Это решение признавалось многими юристами фундаментальным, имеющим важное практическое значение¹, и служило ключевым прецедентом по вопросу квалификации положений о заранее оцененных убытках в течение 90 лет².

Представляется, что среди критериев разграничения *liquidated damages* и *penalty*, предложенных лордом Данидином, основополагающим является указанный выше п. 2, который определяет цели взыскания *liquidated damages* и *penalty*. В этом контексте институты представляют собой две противоположности, которые не могут иметь между собой золотой середины: договорное условие признается либо недействительной оговоркой, имеющей своей целью наложение негативных санкций на нарушителя с целью побуждения должника исполнить обязательство, либо действительной оговоркой о взыскании заранее оговоренной суммы убытков³. При этом необходимо отметить, что

¹ Keating on Construction Contracts. 10th ed. Sweet & Maxwell. Para. 10-019.

² Cheung M. Shylock's Construction Law: The Brave New Life of Liquidated Damages? // Construction Law Journal, issue 3. Sweet & Maxwell, 2016. P. 176.

³ Hale W. Handbook on The Law of Damages. St. Paul, Minn. West publishing Co., 1896. P. 130–132.

приведенное определение *penalty* не несет в себе конкретики. На практике это привело к тому, что английские суды оказались склонны квалифицировать как *penalty* любое положение, которое не подходит под определение *liquidated damages* в его максимально узком толковании, тем самым расширяя сферу применения института *penalty*.

Сложившаяся категоризация подверглась существенной критике. В научной литературе высказывалось мнение, что доктрина *penalty* вступает в противоречие с основополагающим принципом свободы договора и приводит к экономической неэффективности; также отмечалось, что этот институт способствует правовой неопределенности договорных отношений¹.

Последовательная и аргументированная критика дихотомии, установленной в деле *Dunlop*, привела к тому, что в делах *Cavendish Square v. Makdessi* и *ParkingEye v. Beavis*² Верховный суд Великобритании кардинально пересмотрел позицию по данному вопросу.

Судьи раскритиковали принципы, сформулированные в деле *Dunlop v. New Garage*, за их ригидность и подчеркнули, что для сторон с сопоставимыми переговорными возможностями должна действовать устойчивая презумпция действительности условия договора о *liquidated damages*.

Верховный суд отверг установленную лордом Данидином в деле *Dunlop v. New Garage* категоризацию. Лорд Манс (*Mance*) отметил, что дихотомия между компенсацией убытков и побуждением должника к исполнению не является исключительной и судам необходимо учитывать интересы, выходящие за рамки компенсационного характера установленной договором выплаты, что в свою очередь будет оправдывать наложение на сторону-нарушительницу дополнительного финансового бремени помимо выплаты, необходимой для компенсации потерь кредитора.

Таким образом, судьи установили, что для признания оговорки о заранее оцененных убытках действительной суды должны зафиксировать соразмерность оговоренной выплаты охраняемым законом интересам кредитора. Это значит, что выплата может иметь не только компенсаторную функцию, но и функцию побуждения должника к исполнению обязательства, что ранее влекло недействительность

¹ *Treitel G.H.* The Law of Contract. 14th ed. London: Sweet & Maxwell, 2015. Paras. 20-137, 20-138.

² *Cavendish Square Holding BV v. Talal El Makdessi; ParkingEye Limited v. Beavis* [2015] UKSC 67 (4 November 2015).

подобных договорных положений. В результате этого теперь, чтобы взыскать с ответчика *liquidated damages*, суды должны установить, что требуемая истцом сумма не является экстремально большой, чрезмерной и не соответствующей соображениям доброй совести.

2. Заранее оцененные убытки в континентальной системе права и актах унификации частного права

Юрисдикциям континентальной системы права также знакомы понятия, схожие с институтом заранее оцененных убытков и неустойки.

Так, в немецком правовом порядке существует институт паушальных убытков (*Schadenspauschalierung*) (§ 309 Nr. 5 *Bürgerliches Gesetzbuch*; BGB), который часто сопоставляется с *liquidated damages*¹. Его суть заключается в перенесении бремени доказывания убытков с истца на ответчика: стороны устанавливают презумпцию определенного размера убытков, которую должник может опровергнуть в суде. При этом немецкая судебная практика и Германское гражданское уложение строго разграничивают институт паушальных убытков и неустойку (*Vertragsstrafe*) (§ 309 Nr. 6 BGB).

Федеральный Верховный суд Германии (BGH) отмечает, что квалификация договорного положения как оговорки о паушальных убытках или неустойке зависит от того, возлагает ли такая оговорка в первую очередь обязательство по исполнению договора или же она призвана облегчить урегулирование спорных требований. Оговорку следует квалифицировать как паушальные убытки в том случае, если она предназначена только для упрощенного расчета предположительно существующих убытков. В то время как институт неустойки также облегчает процедуру взыскания убытков, он отличается от паушальных убытков тем, что в первую очередь действует как средство принуждения и направлен на оказание максимально эффективного давления на должника с целью надлежащего исполнения договора².

С другой стороны, правовые системы стран, подвергшихся влиянию Кодекса Наполеона, признают положения договоров о *penalty* действительными, а в случае, если стороны установили излишний

¹ Так, например, А.В. Егоров предлагает квалифицировать заранее оцененные убытки в российском праве как институт, близкий именно категории паушальных убытков (см.: Егоров А.В. Заранее оцененные убытки как ключ к пониманию правовой природы договорных условий «бери или плати», а также платы за отказ от договора // Вестник гражданского права. 2022. № 3).

² MüKoBGB/Wurmnest. 8. Aufl. 2019, BGB § 309 Nr. 5. Rn. 1, 2.

или чрезмерный размер выплаты, суд имеет возможность снизить его по своему усмотрению¹.

Проблема категоризации, возникшая в английском общем праве, отразилась на актах унификации частного права. Перед их составителями встала задача примирить подходы континентального и общего права.

Принципы европейского договорного права (*PECL*) в ст. 9:509, Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА (*UPICC*) в ст. 7.4.13, а также Модельные правила европейского частного права (*DCFR*) в ст. III.–3:712 содержат во многом идентичные положения: все они разрешают сторонам заключить соглашение о выплате определенной денежной суммы за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства независимо от фактического размера убытков. В случае, если такая сумма окажется чрезмерной или излишней, она может быть уменьшена.

В комментариях к указанным актам отмечается, что в соответствующих статьях дается намеренно широкое понятие заранее определенных сумм (*agreed payment*), включающее в себя как *liquidated damages*, так и *penalty*². Акты унификации также подчеркивают принципиальный консенсус правопорядков по поводу удобства договорного положения о *penalty* для сторон договора при условии возможности корректировки судом размера выплат в исключительных случаях³.

3. Заранее оцененные убытки в российском праве

В отечественном правопорядке оговорка о заранее оцененных убытках (*liquidated damages*) также становится популярным институтом, с помощью которого стороны пытаются урегулировать свои правоотношения в случае нарушения обязательства, — в частности и прежде всего в договорах строительного подряда.

Вступая в договор, стороны рассчитывают, что правоотношение между ними будет существовать без каких-либо препятствий в течение срока действия заключенного между ними соглашения и что каждая сторона надлежащим образом исполнит свое обязательство. Однако случаи неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств все же неизбежны. В такой ситуации стороне, права которой были

¹ Scottish Law Commission. Report on Penalty Clauses. 1999. P. 2–3.

² UPICC Commentary to Article 7.4.13.

³ DCFR Commentary to Article III.–3:712.

нарушены, не остается иного выбора, кроме как обратиться в суд для возмещения убытков.

При этом обращение в суд не всегда гарантированно ведет к полному возмещению убытков истца. Такие ситуации заметно сказываются на деловой активности: стороны должны тщательно оценивать риски, затрачивая дополнительное время и неся дополнительные расходы. Этот аспект особенно важен в крупных и сложноструктурированных проектах, таких как строительство объектов, где одно нарушение будет влечь негативные последствия по всей связанной с данным нарушением и соответствующим договором цепочке связей. Именно для придания последствиям подобного нарушения большей определенности в странах общего права и используется институт *liquidated damages*¹.

Включение договорного положения о заранее оцененных убытках служит двум основным практическим целям. Во-первых, это придает ясность последствиям нарушения обязательств для сторон правоотношения. Во-вторых, это помогает избежать значительных денежных затрат на ведение длительного судебного процесса и сложностей в доказывании убытков. Такое договорное положение полезно и для стороны, нарушившей договор: связанный оговоркой о заранее оцененных убытках, должник может предвидеть потери, которые он понесет в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения договора. Так, он может заранее рассчитать свои риски и заложить в свой бюджет суммы, которые он должен будет выплатить в случае нарушения².

Помимо указанных ключевых преимуществ института заранее оцененных убытков выделяют и некоторые другие, характерные именно для договоров строительного подряда. Так, заказчик получает определенность в отношении последствий конкретных нарушений со стороны подрядчика, поскольку заказчик обычно может во внесудебном порядке зачесть или удержать заранее оцененные убытки из сумм, причитающихся подрядчику³. Также оговорка позволяет подрядчику оценить выплаты, которые он должен будет совершить в случае просрочки, и расходы, которые он может понести для ускорения темпов работ, и тем самым выявить экономическую целесообразность своих действий⁴.

¹ Bailey J. Construction Law. London; New York: Routledge, 2011. P. 1019–1021.

² Keating on Construction Contracts. 10th ed. Para. 10-001.

³ Vijay B. Reducing risk with liquidated damages // Cons. Law. 2015. № 26 (4). P. 6–7.

⁴ Hosie J. The Assessment of Damages for Delay in Construction Contracts: Liquidated and Unliquidated Damages // Construction Law Journal. 1994. № 10. P. 214–224.

Согласование сторонами условия о заранее оцененных убытках означает, что они намереваются ограничить способы защиты своих интересов в случае предусмотренного в договоре нарушения исключительно этой суммой¹. Таким образом, в случае просрочки подрядчика взыскание заранее оцененных убытков будет являться единственным доступным способом защиты прав заказчика, исключая в том числе исполнение обязательства в натуре, что обеспечивает предсказуемость развития правоотношения для обеих сторон. Более того, закрепление в договоре соответствующего положения гарантирует подрядчику, что размер выплаты, которую ему предстоит произвести в случае нарушения, не будет превышать заранее определенную сумму, что, таким образом, ограничивает объем его ответственности².

Тем не менее объяснение популярности института *liquidated damages* одними функциональными преимуществами кажется недостаточно полным.

Во-первых, стоит отметить определенную влияние системы общего права — именно правовые порядки этой системы чаще всего выбираются для регулирования строительных договоров. Такая популярность привела к появлению различных комментариев, практических и учебных пособий, инструкций и прочих материалов, которые разъясняют применение института *liquidated damages*, что ретранслируется и на российский правовой порядок.

Во-вторых, существует и другая причина популярности этого института в России. Заранее оцененные убытки не могут быть ни уменьшены, ни увеличены судом. Это выгодно легло на российскую почву, где применение ст. 333 ГК РФ к договорной неустойке позволяет существенно снизить ее размер. Иными словами, стороны строительных договоров, желая устранить риск снижения неустойки судом, обращались, как им казалось, к иному институту, к которому снижение применено быть не может.

Однако следует помнить, что в процессе популяризации института заранее оцененных убытков в российском праве упускаются из виду важные аспекты. Прежде всего забывается, что конструкция *liquidated damages* в странах общего права существует не сама по себе, а в дихотомии с институтом *penalty*. Применение практики, касающейся только *liquidated damages clauses*, без учета тонких настроек их соотношения с *penalty* — настроек, которые и по сей день выстраиваются и корректи-

¹ Bailey J. Op. cit. P. 1025.

² Keating on Construction Contracts. 10th ed. Paras. 10-002, 10-005.

руются судами, приведет к нарушению баланса в частных отношениях и к появлению «серой зоны» в праве, в которой будет процветать недобросовестность. Также важно понимать, что вследствие многолетней последовательной и обоснованной критики ранее сложившаяся в странах общего права парадигма начала меняться в сторону редукции сферы *penalty* и расширения сферы *liquidated damages* — следовательно, и система общего права все еще находится в поиске сбалансированного решения.

Таким образом, прямое заимствование института *liquidated damages* из системы общего права в российский правовой порядок представляется некорректным.

Попытку осмысления института заранее оцененных убытков принял Высший Арбитражный Суд РФ в Информационном письме от 26 февраля 2013 г. № 146. В п. 6 Письма говорится, что суд признает принудительное исполнение иностранного судебного или арбитражного решения, присуждающего определенную договором сумму компенсации, не противоречащим публичному порядку Российской Федерации, если представленные должником доказательства не свидетельствуют о том, что взысканные на основании договора заранее согласованные убытки или неустойка носят карательный характер. Суд указал, что взыскание заранее оцененных убытков — в случае, когда они не носят карательный характер¹, — не противоречит публичному порядку РФ.

При первом прочтении эта позиция может указывать на возможность прямого заимствования института заранее оцененных убытков как меры гражданско-правовой ответственности, ведь Суд признает, что заранее оцененные убытки в отсутствие карательного характера (а в общем праве карательный элемент до недавнего времени был определяющим критерием в контексте квалификации выплачиваемой суммы как заранее оцененных убытков) вполне мог бы вписаться в параметры российской системы гражданско-правовой ответственности. Однако заметны и небезосновательные колебания Суда в выборе терминологии: он называет институт *liquidated damages* и заранее согласованными убытками, и неустойкой. Вероятно, Суд сознательно отстранился от формулирования конкретной позиции, понимая, что проблема стоит несколько глубже, и призывая ученых и суды подробнее погрузиться в этот вопрос. Отметим лишь, что в настоящее время

¹ Термин «карательный характер» не встречается в российском гражданском законодательстве, в отличие от термина «штрафной», который Суд, вероятно, сознательно не употребил.

российской судебной практикой преимущественно признается, что неустойка носит компенсационный, направленный на восстановление нарушенных прав, а не карательный характер¹.

Вместе с тем в российской доктрине предпринимались попытки квалификации положений о заранее оцененных убытках в качестве производных от паушальных убытков, известных немецкому праву². Действительно, российское право в известной степени родственно немецкому. При этом думается, что эти институты не могут признаваться взаимозаменяемыми, равно как не могут признаваться таковыми паушальные убытки и неустойка. Для такой квалификации на данный момент нет ни законодательных предпосылок, ни соответствующей интерпретации в судебной практике.

Для квалификации института заранее оцененных убытков с точки зрения российского права необходимо соотнести те функции, которые он выполняет в системе общего права, с институтами, выполняющими схожие функции в российском праве.

Представляется, что функциональное значение института *liquidated damages* в его исходном виде полностью пересекается с функциональным значением исключительной неустойки по российскому праву³. Гражданский кодекс РФ определяет неустойку как денежную сумму, установленную договором или законом, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства. Примечательно, что И.Б. Новицкий и Л.А. Лунц определяли неустойку так: «Неустойка как бы представляет собой заранее условленное исчисление размера возмещаемых убытков, оценку этих убытков (откуда термин “оценочная неустойка”)⁴». Данную дефиницию сложно отличить от определения, которое обычно дают заранее оцененным убыткам.

Более того, М.Я. Пергамент обращает внимание на то, что неустойка является суррогатом интереса и служит облегчению положения истца, поскольку тот освобождается от тяжелой ноши по доказыванию своего интереса. Согласовав неустойку, истец обретает

¹ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 13 ноября 2018 г. № А41-77033/17.

² Езоров А.В. Указ. соч.

³ Асосков А.В. Международное частное право в разъяснениях пленума Верховного Суда РФ // Гражданское право социального государства: сб. ст., посвященный 90-летию со дня рождения профессора А.А. Маковского (1930–2020). М.: Статут, 2020.

⁴ Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. М., 1950. С. 211.

независимость от усмотрения судьи и тех случайностей, которые могут произойти при доказывании убытков в процессе. Истец сможет быть совершенно спокоен, ведь в случае нарушения обязательства его контрагентом он будет обеспечен вознаграждением в заранее установленном размере. При этом заранее установленный размер неустойки также привносит ясность и для ответчика, который заранее может понимать, какие он понесет потери в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения^{1, 2}.

Как мы видим, и институт заранее оцененных убытков, и неустойка служат одной цели: облегчению процесса доказывания убытков в суде в ситуации, когда нарушение уже произошло. И в том и в другом случае истец и ответчик заранее могут оценить, каков будет размер возмещения, что позволяет контрагентам планировать свою деятельность. Из этого наблюдения может следовать, что заранее оцененные убытки и неустойка выполняют одни и те же функции в контексте российского частного права³.

Таким образом, изменения, происшедшие в подходе к определению *penalty* и, соответственно, к *liquidated damages* в решениях Верховного суда Великобритании по делам *Cavendish BV v. Makdessi* и *ParkingEye Ltd v. Beavis*, как представляется, приблизили английский подход к континентальному решению: *penalty* признается выплата, которая является экстремально большой, чрезмерной и не соответствующей соображениям доброй совести; в этом случае соответствующее положение будет признано недействительным и истец будет вынужден доказывать понесенные убытки в обычном порядке⁴.

В то же время представляется, что функциональной альтернативой решения проблемы *penalty* в российском и континентальных правовых порядках является право суда снизить размер неустойки в исключительных случаях. В соответствии с позицией, изложенной в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение

¹ Пергамент М.Я. Договорная неустойка и интерес. М., 1905. С. 74.

² Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. 1: Общие положения. М.: Статут, 2011. С. 257.

³ К аналогичному выводу приходит А.Г. Карапетов. См.: Карапетов А.Г. Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации. М.: М-Логос, 2017. С. 224 (автор комментария к ст. 330 – А.Г. Карапетов).

⁴ Katz H. European Contract Law. 2nd ed. Oxford University Press, 2018. P. 282–284.

обязательств», неустойка может быть снижена в случае ее явной несоразмерности последствиям нарушения обязательства, если ее взыскание может повлечь получение кредитором необоснованной выгоды¹. Различие между подходами судов общего права, с одной стороны, и континентальных правовых порядков – с другой заключается лишь в том, что в первом случае суд полностью игнорирует волю сторон и признает положение недействительным, а во втором – корректирует ее, сохраняя право истца на получение средств в установленном договором порядке.

Список литературы

1. *Асосков А.В.* Международное частное право в разъяснениях пленума Верховного Суда РФ // Гражданское право социального государства: сб. ст., посвященный 90-летию со дня рождения профессора А.А. Маковского (1930–2020). М.: Статут, 2020.
2. *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Кн. 1: Общие положения. М.: Статут, 2011.
3. *Егоров А.В.* Заранее оцененные убытки как ключ к пониманию правовой природы договорных условий «бери или плати», а также платы за отказ от договора // Вестник гражданского права. 2022. № 3.
4. *Капанетов А.Г.* Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации. М.: М-Логос, 2017.
5. *Новицкий И.Б., Луц А.А.* Общее учение об обязательстве. М., 1950.
6. *Пергамент М.Я.* Договорная неустойка и интерес. М., 1905.
7. *Bailey J.* Construction Law. London; New York: Routledge, 2011.
8. *Cheung M.* Shylock's Construction Law: The Brave New Life of Liquidated Damages? // Construction Law Journal. Iss. 3. Sweet & Maxwell, 2016.
9. Chitty on Contracts. 30th ed. Vol. 1, 2. Sweet & Maxwell Ltd, UK, 2008.
10. Draft Common Frame of Reference Commentary.
11. *Hale W.* Handbook on the Law of Damages. St. Paul, Minn. West Publishing Co., 1896.
12. *Halson R.* Liquidated Damages and Penalty Clauses. Oxford University Press, 2018.

¹ Пункт 77 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24 марта 2016 г. № 7.

13. *Hosie J.* The Assessment of Damages for Delay in Construction Contracts: Liquidated and Unliquidated Damages // *Construction Law Journal*. 1994. № 10.
14. *Keating on Construction Contracts*. 10th ed. Sweet & Maxwell, 2016.
15. *Kotz H.* *European Contract Law*. 2nd ed. Oxford University Press, 2017.
16. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 8. Aufl. C.H. BECK, 2019.
17. *Scottish Law Commission*. Report on Penalty Clauses.
18. *Treitel G.H.* *The Law of Contract*. 14th ed. London: Sweet & Maxwell, 2015.
19. *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Commentary*.
20. *Vijay B.* Reducing risk with liquidated damages // *Cons. Law*. 2015. № 26 (4).

ОБСТОЯТЕЛЬСТВА, О КОТОРЫХ ПОДРЯДЧИК ОБЯЗАН ПРЕДУПРЕДИТЬ ЗАКАЗЧИКА

Статья посвящена вопросам, связанным с обязанностью подрядчика предупредить заказчика в договоре подряда о ряде обстоятельств. Автор рассматривает проблему признания и закрепления данной обязанности в разных правовых системах, анализирует обоснование обязанности предупредить и приходит к выводу, что наиболее правильной является максимальная приближенность подрядчика к процессу выполнения работ. В исследовании отмечается отсутствие четкой и непротиворечивой системы обстоятельств, о которых подрядчик обязан предупредить заказчика. Суды зачастую решают дела, основываясь на собственных представлениях о справедливости, даже в тех правовых системах, где обязанность предупредить закреплена на уровне закона.

Кроме того, автором исследован вопрос о том, как на обязанность предупредить влияет наличие профессионального советника на стороне заказчика, рассмотрена обязанность приостановить работы при обнаружении обстоятельств, препятствующих выполнению работ, поставлена под сомнение необходимость наличия этой обязанности во всех случаях.

Ключевые слова: обязанность предупредить, подряд, профессионализм заказчика, приостановление работ.

G.A. Aleksandrov

CIRCUMSTANCES OF WHICH THE CONTRACTOR MUST WARN THE CLIENT

The article deals with the duty to warn in work contracts. The article considers the recognition and definition of this duty in different legal systems. The author analyses the grounds for the duty to warn and comes to the conclusion that the main one is the contractor's closeness to the process of work performance. The research points out that there is no clear and consistent system of circumstances of which the contractor must warn the client. Courts often decide cases according to their own sense of fairness even in jurisdictions where there is a statutory duty to warn.

In addition, the author analyses how the participation of professional advisor on the client's side effects the duty to warn. The author also analyses the duty to suspend work on discovery of circumstances preventing the work from being carried out and questions the necessity of this duty in all cases.

Key words: duty to warn, contractor, professionalism of client, suspension of work.

Введение

Обязанность предупредить (*obligation de conseil*¹, *Waarschuwingsplicht*, *Prüfungs-und Hinweispflicht*, *duty to warn*) закрепились как одно из обязательств подрядчика в иностранных правовых порядках сравнительно недавно, в 1960-х гг., когда французские суды стали вменять такую обязанность подрядчику². Впервые на уровне закона такая обязанность была закреплена в Гражданском кодексе Нидерландов (далее – ГК Нидерландов) в 2003 г.

На этом фоне нельзя не заметить, что в Гражданском кодексе РФ (далее – ГК РФ) такая обязанность закреплена с 1996 г. и существует без изменений вплоть до настоящего времени. Более того, аналогичная обязанность содержалась как в Проекте Гражданского уложения Российской империи (далее – Проект ГУ), так и во всех советских гражданских кодексах.

Проблема обстоятельств, о которых подрядчик обязан предупредить заказчика, является актуальной как в российском, так в иностранном праве. Изучение судебной практики показало, что данный вопрос возникает в немалом количестве дел (в большинстве случаев речь идет о строительном подряде). При этом в отсутствие каких-либо разъяснений со стороны высших судов нижестоящие суды во многом вынуждены самостоятельно толковать те или иные положения ст. 716 ГК РФ, что приводит к многообразию позиций. Это, в свою очередь, вызывает необходимость критического анализа различных подходов судов.

¹ Интересно, что во Франции акцент ставится не просто на доведении информации от подрядчика до заказчика, а на указании того, что последнему стоит делать в данной ситуации. Тем не менее данное отличие скорее сугубо лингвистическое, так как и в других странах, как будет показано далее, обязанность предупредить в ряде случаев включает в себя изложение путей решения проблемы.

² *Jansen C.E.C. Towards a European Building Contract Law: Defects Liability: a Comparative Legal Analysis of English, German, French, Dutch and Belgian Law. Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1998. P. 283.*

Интересно также, что в литературе появляются исследования, рассматривающие иные аспекты обязанности предупредить. Например, Д. Лузак ставит вопрос о том, выгодно ли подрядчику нести дополнительные расходы, предупреждая заказчика об определенных обстоятельствах, чтобы заказчик был удовлетворен оказанными ему услугами¹. Она приходит к выводу, что любые недостатки, даже вызванные ошибками со стороны заказчиков, последние склонны относить на счет подрядчика². Следовательно, в отсутствие законодательно закрепленной обязанности предупредить подрядчик, не предупредивший заказчика об определенных обстоятельствах, будет в перспективе недополучать денежные потоки, так как заказчики не будут вновь обращаться за выполнением работ к данному подрядчику.

Глава 1. Сравнительно-правовой анализ обязанности предупредить (*duty to warn*)

§ 1. Страны общего права

1.1. Природа и общая характеристика обязанности предупредить

Статутное право Англии не закрепляет обязанность предупредить. Для английского права свойственно широкое использование типовых форм контрактов на строительство, которые, как правило, закрепляют эту обязанность.

В канадском деле *Nowlan v. Brunswick Construction Ltd* суд вменил подрядчику обязанность предупредить исходя из наличия в договоре следующего положения: «*подрядчик обязуется... осуществлять эффективный контроль за работой, используя свои лучшие навыки и внимание*»³.

Однако в Англии ситуация несколько отличается, так как существуют прямо противоположные решения. В ряде дел один и тот же судья указал, что договор подряда содержит подразумеваемую обязанность подрядчика проявить разумные навыки и осторожность и, следова-

¹ *Luzak J.* Client satisfaction: incentive for service providers to warn their clients? // *Gedrag en privaatrecht: over gedragpresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken* / eds. W.H. van Boom, I. Giesen, A.J. Verheij. Boom Juridische uitgevers. Den Haag, 2008. P. 84.

² *Ibid.* P. 93.

³ *Nowlan v. Brunswick Construction Ltd*, (1975) 2 S.C.R. 523, 8 N.B.R. (2d) 76, 2 N.R. 164, 49 D.L.R. (3d) 93.

тельно, уведомить заказчика о недостатках в проектной документации¹. Данная позиция подверглась критике в английской литературе².

В других делах суды указывают, что английское право не устанавливает общей обязанности подрядчика уведомить заказчика о каких-либо обстоятельствах, кроме тех случаев, когда речь идет о причинении вреда имуществу или здоровью третьих лиц³. Более того, если договор между сторонами составлен подробно и детализированно, то не может быть места для подразумеваемой обязанности; если бы стороны захотели, то они включили бы соответствующее условие в договор⁴.

Тем не менее в решении по уже упомянутому делу *University of Glasgow v. Whitfield*, в котором суд отрицает наличие общей обязанности предупредить, указано, что последняя может возникать в случаях особых отношений и доверия между сторонами⁵.

Обязанность подрядчика предупредить заказчика об определенных обстоятельствах, как показано выше, связывается с другой его обязанностью – проявить разумные навыки и осторожность (*duty to exercise reasonable skill and care*) при выполнении работ. В странах общего права последняя обязанность является подразумеваемой и не требует прямого закрепления в договоре⁶.

Кроме того, подряд традиционно понимается как обязательство по достижению результата. Поэтому обязанность подрядчика уведомить заказчика об определенных обстоятельствах может быть связана с обязанностью подрядчика достигнуть результат. В английской литературе отмечается, что на практике между обязанностью проявить разумные навыки и осторожность при выполнении работ и обязанно-

¹ *Equitable Debenture Assets Corporation Ltd v. William Moss Group Ltd* (1984) 1 Const LJ 131; *Victoria University of Manchester v. Hugh Wilson and Lewis Womersley and Pochin (Contractors) Limited* (1984) CILL 126; (1985) Con LR 52; *Edward Lindenberg v. Joe Canning and Others* (1993) 9 Const LJ 43; 62 BLR 147; 29 Con LR 71.

² *Wilmot-Smith* R. Construction Contracts: law and practice. Oxford: Oxford University Press, 2006. P. 45.

³ *University of Glasgow v. Whitfield* (1988) 42 BLR 66; *McQuade v. Solbeck Pty Ltd* (1988) 5 BCL 131; *Oxford University Press v. John Steadman Design Group* (1990) 34 Con LR 1. Речь идет о деликтной, а не о договорной ответственности.

⁴ *University of Glasgow v. Whitfield* (1988) 42 BLR 66.

⁵ Ibid.

⁶ *Cooper v. Australian Electric Co Ltd* (1922) 25 WALR 66; *Greaves & Co (Contractors) Ltd v. Baynham Meikle & Partners* (1975) 1 WLR 1095; *Zorba Structural Steel Co Pty Ltd v. Watco Pty Ltd* (1993) 115 FLR 205; *Henderson v. Merrett Syndicates Ltd* (1995) 2 AC 145; *Astley v. Austrust Ltd* (1999) 197 CLR 1.

стью достигнуть результата практически нет разницы¹. Следовательно, обязанность предупредить (которая никогда не рассматривалась в качестве основной²) вытекает из двух фундаментальных обязанностей подрядчика.

Таким образом, в английском праве до сих пор не сложилось единого мнения насчет наличия подразумеваемой обязанности предупредить. Существует ряд обстоятельств, которые препятствуют ее закреплению, в частности отсутствие принципа добросовестности. Несмотря на то, что эта обязанность, как было показано выше, вытекает из обязанностей проявить разумные навыки и осторожность, а также достичь результата, случаи, когда суды приходят к выводу о наличии подразумеваемой обязанности, ограничены. Обязанность предупредить все еще не признается в качестве одной из основных в договорах на строительство.

1.2. Объем и пределы обязанности предупредить

Общее правило заключается в том, что подрядчик должен уведомить заказчика лишь о тех обстоятельствах, которые предусмотрены договором. Однако нередко обязанность предупредить напрямую в договоре не закрепляется. В деле *Goldswain v. Beltec Ltd* суд указал, что наличие подразумеваемой обязанности подрядчика уведомить заказчика об определенных обстоятельствах зависит от того, для выполнения какой работы он был привлечен и какие действия согласился осуществить³.

Например, если предлагается использовать определенные методы работы для земляных работ (или аналогичных работ), но подрядчику известно, что решение об использовании этих методов работы основано на неполной геотехнической информации, подрядчик может быть обязан проинформировать заказчика о необходимости получения дополнительной геотехнической информации до начала работ, по крайней мере если подрядчик согласился взять на себя ответственность за операции и методы работы под своим контролем

¹ Bailey J. Construction Law. 2nd ed. Informa Law from Routledge, 2016. P. 209.

² Lutzak J.A. The Implied Duty of a Service Provider to Warn about a Risk of Construction Defects Resulting from a Contract with a Third Party, with Emphasis on Defects Resulting from Design Failures: A case study on the precontractual and contractual duty to warn in English, German and Dutch law and in the Draft Common Frame of Reference. Thesis; Universiteit van Amsterdam, 2011. P. 33. URL: https://pure.uva.nl/ws/files/1345905/100415_thesis.pdf (дата обращения: 07.09.2023).

³ *Goldswain v. Beltec Ltd* (2015) EWHC 556 TCC, 159 Con LR 46.