

В Е С Т Н И К ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

№ 6
2025
Том 25

Редационный совет

Юрген БАЗЕДОВ

Беа ВЕРШРАЕГЕН

В.В. ВИТРЯНСКИЙ

Г.А. ГАДЖИЕВ

А.Г. ДОЛГОВ

В. ЕМ

И.С. ЗЫКИН

А.С. КОМАРОВ

Хельмут КОЦИОЛЬ

П.В. КРАШЕНИННИКОВ

А.А. МАКОВСКИЙ (председатель)

Л.Ю. МИХЕЕВА

Л.А. НОВОСЕЛОВА

Е.А. СУХАНОВ

В.В. ЧУБАРОВ

В.Ф. ЯКОВЛЕВ

Главный редактор

Е.А. СУХАНОВ

Зам. главного редактора

А.Е. ШЕРСТОБИТОВ

С.В. ТРЕТЬЯКОВ

Ответственные редакторы

М.И. ЛУХМАНОВ

М.А. ПШЕНИЧНИКОВ

И.Р. АБДУЛЛИН

Редакционная коллегия

Е.В. ВЕРШНИНИНА, А.В. ЕГОРОВ,

О.М. КОЗЫРЬ, А.Н. КУЧЕР,

А.А. МАКОВСКАЯ, Е.А. ПАВЛОВА,

С.В. САРБАШ, С.А. СИНИЦЫН,

Н.Б. ШЕРБАКОВ, Т.С. ЯЦЕНКО

ISSN 1992-2043

Отдел подписки: mvgp@mvgp.org

Журнал «Вестник гражданского права»
выходит три раза в полугодие,
зарегистрирован Федеральной службой
по надзору за соблюдением законодательства
в сфере массовых коммуникаций
и охране культурного наследия.
Пер. № ФС77-25484 от 14 августа 2006 г.

Учредители:

В. ЕМ, А.А. Маковский, Е.А. Суханов

Издатель: ООО «Издательский дом В. Ем»
119454, г. Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 2.
тел.: +7 (495) 649 18 06; www.mvgp.org

Перепечатка материалов из журнала
«Вестник гражданского права»
допускается только с согласия Издателя.
Ссылка на источник опубликования обязательна.

Издатель или Редакция не дают справок
и консультаций и не вступают в переписку.
Рукописи не возвращаются.

Учредитель, Издатель не несут ответственности
за содержание рекламы и объявлений.

Журнал «Вестник гражданского права»
включен в Перечень ведущих рецензируемых
научных журналов и изданий, в которых
должны быть опубликованы основные
научные результаты диссертаций
на соискание ученой степени
доктора и кандидата юридических наук.



Исследовательский центр частного права имени С.С. Алексеева
при Президенте Российской Федерации

CIVIL LAW

R E V I E W

No. 6

2025

Vol. 25

Editorial Council

Jürgen BASEDOW

Bea VERSCHRAEGEN

V.V. VITRYANSKY

G.A. GADZHIEV

A.G. DOLGOV

V. EM

I.S. ZYKIN

A.S. KOMAROV

Helmut KOZIOL

P.V. KRASHENINNIKOV

A.L. MAKOVSKY (chairman)

L.Yu. MIKHEEVA

L.A. NOVOSELOVA

E.A. SUKHANOV

V.V. CHUBAROV

V.F. YAKOVLEV

Editor-in-Chief

E.A. SUKHANOV

Deputy Editors-in-Chief

A.E. SHERSTOBITOV

S.V. TRETYAKOV

Managing and Executive Editors

M.I. LUKHMANOV

M.A. PSHENICHNIKOV

I.R. ABDULLIN

Editorial Board

E.V. VERSHININA, A.V. EGOROV,

O.M. KOZYR, A.N. KUCHER,

A.A. MAKOVSKAYA, E.A. PAVLOVA,

S.V. SARBASH, S.A. SINITSYN,

N.B. SHCHERBAKOV, T.S. YATSENKO

ISSN 1992-2043

Subscription Dep.: mvgp@mvgp.org

Founders:

V. Em, A.L. Makovsky, E.A. Sukhanov

The *Civil Law Review* Journal is being published three times in a half of the Year.

The *Civil Law Review* is registered by the Federal Service for supervision of legislation in mass communications and cultural heritage protection (Russia). Reg. No. FS77-25484 of August 14, 2006.

Publisher:

LLC «V. Em Publishing House»

119454, Moscow, Lobachevskogo St., 92,

Bldg. 2.

Phone: +7 (495) 649 18 06; www.mvvp.org

Reprint and republication of all the materials of the *Civil Law Review* Journal are allowed only with the consent of the Publisher. The appropriate reference to the source of publication is obligatory.

The Publisher and the Editor's office do not render information and consultations and do not enter into correspondence. Manuscripts are not being returned. The Founders and the Publisher are not responsible for the content of advertisements and announcements.

The *Civil Law Review* Journal is included into the official governmental List of leading peer-reviewed scientific periodicals (Russia).



Private Law Research Centre under the President
of the Russian Federation named after S.S. Alexeev

ПРОБЛЕМЫ ЧАСТНОГО (ГРАЖДАНСКОГО) ПРАВА

О ЕДИНСТВЕ КОНЦЕПЦИИ ПРЕДДОГОВОРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ПРИ ОПРЕДЕЛЕНИИ СТАНДАРТА ПОВЕДЕНИЯ СТОРОН НА ПРЕДДОГОВОРНОМ ЭТАПЕ (часть 2)



К.А. УСАЧЕВА,

кандидат юридических наук, магистр частного права, доцент кафедры гражданского права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, доцент кафедры теории и истории частного права Российской школы частного права при Исследовательском центре частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ

<https://doi.org/10.24031/1992-2043-2025-25-6-7-37>

Чаще всего договор ассоциируется с уже состоявшимся консенсусом, но это означает, что можно забыть о процессе, который к нему приводит. Хронологически первым этапом зачастую выступают переговоры, проведение которых, конечно, не является обязательным, но в значительной доле сложных контрактов, имеющих существенную экономическую ценность, они, как правило, присутствуют и ставят перед правопорядком сложные вопросы о характеристиках стандарта поведения сторон, устанавливающего должный баланс свободы и ответственности на преддоговорном этапе. В конечном счете во многом все они восходят к установлению того, каковы источники этого стандарта. Можно ли действительно, как нередко принято, говорить о едином концепте преддоговорной ответственности лишь при множественности его проявлений или же между этими проявлениями так много непримиримых, фундаментальных различий, что нельзя обнаружить ничего общего для построения универсального режима преддоговорной ответственности?

Ключевые слова: переговоры; преддоговорная ответственность; информационные обязанности; срыв переговоров; конфиденциальность; предварительные соглашения.

ON THE UNITY OF THE CONCEPT
OF PRE-CONTRACTUAL LIABILITY DUE TO THE
DETERMINATION OF THE REQUIRED STANDARD
OF CONDUCT OF THE PARTIES AT THE
PRE-CONTRACTUAL STAGE
(Part 2)

■

K.A. USACHEVA,

PhD in Law, M. iur. priv., Associate Professor, Department of Civil Law,
Faculty of Law, Lomonosov Moscow State University, Associate Professor,
Russian Private Law School

As a rule, a contract is identified with the consensus itself, but this does not mean that we can forget about the process by which it is formed. Its first stage is often negotiations, which are generally not considered mandatory, but in most complex contracts that play a significant economic role, they usually exist and give rise to difficult questions about the required standard of conduct of the parties, expressing the right balance of freedom and responsibility at the pre-contractual stage. In fact, all of them go back to the search for the sources of this standard. Is it possible, as is often suggested, to speak of a uniform concept of pre-contractual liability in the multiplicity of its expressions, or do the fundamental differences between them prevent the construction of a universal regime of pre-contractual liability?

Keywords: negotiations; pre-contractual liability; duty to disclose; confidentiality duty; failed negotiations; preliminary agreements.

2) *Подразумеваемые обязательства по конфиденциальности на преддоговорной стадии*

Обязательство конфиденциальности на преддоговорной стадии (ср., в частности, п. 4 ст. 434.1 ГК РФ, ст. 1112-2 ФГК и др., специальные способы защиты при нарушении конфиденциальности известны общему праву, а также актам по гармонизации договорного права – в частности, ст. 2.302 PECL, ст. 2.1.16 PICC, ст. 2:103 PCC, ст. II.-3:302 DCFR), напротив, предполагает, что стороны не должны раскрывать определенную полученную ими информацию и использовать ее в своих целях (причем независимо от того, будет ли в конечном счете заключен договор)¹.

¹ См. подробнее: *Babusiaux U. Liability for Negotiations // Commentaries on European Contract Law / Ed. by N. Jansen, R. Zimmermann. Oxford: Oxford University Press, 2018. P. 356–359, P. 374*

Обычно конфиденциальной считают информацию, которая не предназначена для публичного достояния. Коммерческая тайна является самым распространенным типом такой конфиденциальной информации, но ей все не ограничивается, поскольку сюда же включаются и персональные данные и другая не предназначенная для разглашения информация. В некоторых странах, например в Италии, специальные нормы защищают коммерческую и промышленную тайны, в других – защита конфиденциальной информации, полученной в ходе переговоров, стала частным аспектом регулирования недобросовестной конкуренции. Но большинство правовых систем континентального права, как и российское право¹, и не дают каких-то специальных средств защиты при нарушении конфиденциальности и полагаются на традиционные инструменты гражданско-правовой ответственности, которые в основном считаются достаточными. Дискуссии о ее договорной или же деликтной природе разрешаются в основном в зависимости от того, находилась ли сторона под договорной обязанностью не разглашать информацию, полученную в ходе переговоров. Специальные меры защиты на случай нарушения конфиденциальности известны и общему праву, где их основа так же может быть договорной, особенно если стороны прямо договорились о конфиденциальности, или основанной на *equity*.

Часто, когда переговоры предполагают обмен конфиденциальной информацией, стороны подписывают соглашение о конфиденциальности, при нарушении которого наступает договорная ответственность вне зависимости от того, будет ли впоследствии заключен основной договор. В договорной практике обычно такие соглашения устанавливают сроки, предполагая, что по истечении определенного времени сторона не будет нести ответственность в случае разглашения. Кроме того, ответственность в любом случае исключается после того, как информация стала открытой или потеряла свою конфиденциальность в результате иных событий, чем ее раскрытие контрагентом. Свобода обмена информацией предполагает, что по общему правилу действительно нужно явное соглашение, чтобы была установлена обязанность соблюдать конфиденциальность. Тем не менее даже в его отсутствие недобросовестное поведение, нарушающее предписание «сдержанности и осмотрительности», может оказаться достаточным. Посколь-

etc., а также: *Cabrillac R. Droit européen comparé des contrats. 2^e éd. Paris : LGDJ, 2016. P. 49; Dissaux N. Contrat: formation // Encyclopédie juridique Dalloz. Répertoire de droit civil. Paris : Dalloz, 2017. Nos. 32 ss.; Fauvarque-Cosson B. Negotiation and Renegotiation: A French Perspective // Reforming the French Law of Obligations / Ed. by J. Cartwright, St. Vogenauer, S. Whittaker. Oxford: Hart Publishing, 2009. P. 37–38 и мн. др.*

¹ «Если в ходе переговоров о заключении договора сторона получает информацию, которая передается ей другой стороной в качестве конфиденциальной, она обязана не раскрывать эту информацию и не использовать ее ненадлежащим образом для своих целей независимо от того, будет ли заключен договор. При нарушении этой обязанности она должна возместить другой стороне убытки, причиненные в результате раскрытия конфиденциальной информации или использования ее для своих целей» (п. 4 ст. 434.1 ГК РФ).

ку очевидно, что не вся информация, которой обмениваются на этапе переговоров, может считаться конфиденциальной, в подобных случаях у судьи могут возникнуть трудности с тем, чтобы охарактеризовать информацию как конфиденциальную вместо самих сторон, уклонившихся от этого. В случае сомнений необходимо сбалансировать интересы обеих сторон. В российском праве критерии для нахождения данного баланса выработать еще предстоит: ГК РФ в п. 4 ст. 434.1 определяет как конфиденциальную информацию, которая передается в ходе переговоров о заключении договора стороне другой стороной в качестве конфиденциальной, оставляя детализацию на усмотрение судов. В других правовых порядках, в особенности в странах *common law*, практика уже предлагает определенные ориентиры¹. Тем не менее более полной пока все же представляется абстрактная дефиниция, содержащаяся в *DCFR*: согласно ст. II-3:302(2) конфиденциальной считается информация, о которой получившая ее сторона

¹ Например, в решении по делу *Thomas Marshall (Exports) Ltd. v. Guinle* ([1979] Ch. 227) формулируются четыре критерия установления конфиденциальности информации: во-первых, раскрытие информации нанесет ущерб ее владельцу или принесет выгоду конкурентам; во-вторых, владелец должен быть уверен, что информация является конфиденциальной, т.е. не является общедоступной; в-третьих, убежденность владельца в вышеизложенном является обоснованной; и, в-четвертых, информация должна оцениваться с учетом практики и обычаев в соответствующей отрасли. Подразумеваемое обязательство по соблюдению конфиденциальности обсуждалось и впоследствии, включая последнюю практику. Например, в деле *Rohm and Haas Electronic Materials CMP Holdings, Inc. v. NexPlanar Corp.* ([2017] S.G.H.C. 310) суд «не смог признать существование какого-либо явного обязательства о конфиденциальности или соглашения, предусматривающего обязательство о конфиденциальности». Что касается доводов истца о подразумеваемом обязательстве по соблюдению конфиденциальности, то Высокий суд установил, что «информация, имеющая коммерческую или промышленную ценность, действительно предоставлялась на деловой основе и с общей целью». Высокий суд применил основополагающее дело *Coco v. AN Clark (Engineers) Ltd.* ([1968] F.S.R. 415), придя к следующим выводам: характер информации, включая тот факт, что изобретение все еще находилось на экспериментальной стадии, предполагает, что оно обладало необходимым качеством конфиденциальности; обстоятельства, при которых была передана информация, включая тот факт, что изобретение хранилось в исследовательских учреждениях, недоступных для посторонних, подразумевали обязательство по соблюдению конфиденциальности; в этой связи «разумный человек на месте *Intel* понял бы, что информация предоставлялась ему конфиденциально, тем более сама *Intel* характеризовалась как «параноидальная» в отношении сохранения конфиденциальной информации»; это указывало на существование подразумеваемого обязательства конфиденциальности. И наоборот, подразумеваемое обязательство конфиденциальности не признано существующим, например, в *In Aga Medical Corporation v. Occlutech (UK) Ltd.* ([2015] R.P.C. 12; предварительное раскрытие информации о медицинском устройстве не влекло за собой обязательство о сохранении конфиденциальности, поскольку оно не носило коммерческого характера и не преследовало общей коммерческой цели), в *Thoratec Europe Ltd. v. AIS GmbH Aachen Innovative Solutions* ([2016] E.W.H.C. 2637 (Pat.)); медицинское устройство активно продвигалось и демонстрировалось на конференциях, поэтому раскрытие информации о медицинских устройствах не было конфиденциальным), в *Carflow Products (UK) Ltd. v. Linwood Securities (Birmingham) Ltd.* ([1996] F.S.R. 424; раскрывающая сторона продемонстрировала опытный образец изобретения во время обсуждения возможного производства и продажи без заключения какого-либо явного соглашения о конфиденциальности. Суд отказался усматривать здесь подразумеваемое обязательство о сохранении конфиденциальности, мотивируя это тем, что потенциальным производителям часто показывают опытные образцы и возложение на них таких подразумеваемых обязательств может оказать сдерживающее воздействие на готовность их рассматривать).

по ее характеру или по обстоятельствам, при которых она была получена, знает или должна разумно знать, что она является конфиденциальной. При этом сами по себе обстоятельства передачи информации не могут определять ее свойства; можно лишь отметить при особых обстоятельствах, что выбранный тип коммуникации исключает конфиденциальный характер информации¹.

Причина вторжения правопорядка, признающего подразумеваемые обязанности конфиденциальности, кажется, имеет другую специфику, чем в случае с информационными обязанностями, – теперь его заботит не корректность поведения сторон с целью формирования их полноценного согласия, воли, без которой договор немислим, а необоснованная эксплуатация доверия другой стороны. Переговоры в целях заключения договора предполагают взаимодействие и сообщение необходимых сведений, но очевидно, что это не может потом использоваться против доверившей данные сведения стороны, даже при условии существования по умолчанию общей свободы распространения информации.

Нарушение конфиденциальности происходит как при раскрытии информации третьим лицам, так и при использовании ее для собственных целей (ср.: ст. 434.1 ГК РФ – «обязана не раскрывать эту информацию и не использовать ее ненадлежащим образом для своих целей»). Второе труднее определимо и сильнее зависит от обстоятельств. В таком случае сторона фактически не передает информацию третьим лицам, а извлекает прямую собственную выгоду из использования доверенной информации. Оно может признаваться ненадлежащим использованием в собственных целях в той мере, в которой не соответствует подразумеваемому соглашению, на условиях которого была предоставлена информация, и, таким образом, нарушает вопреки требованию добросовестности права и интересы владельца информации. Злоупотребление становится очевидным, когда использование конфиденциальной информации приносит выгоду нарушителю или когда преимущество, связанное с обладанием информацией, теряется для ее владельца.

В исключительных случаях раскрытие или использование такой информации может быть легитимным, например, если другая сторона готовилась к судебному процессу или подавала иск, который требовал обмена конфиденциальной информацией с юристами и судами. В таком случае раскрытие действительно должно являться в данных обстоятельствах полезным и строго необходимым для дела. Однако в большинстве ситуаций нарушение конфиденциальности влечет ответственность, если другая сторона была осведомлена о конфиденциальности или по меньшей мере проявила небрежность. Нарушитель будет обязан вернуть полученную вследствие нарушения выгоду и компенсировать убыт-

¹ В сравнительно-правовой части обзор приводится в основном по: *Babusiaux U.* Op. cit. P. 374 etc.; *Dissaux N.* Op. cit. Nos. 32 ss.; *Ghestin J., Loiseau G., Serinet Y.-M.* La Formation du contrat. T. 1 : Le contrat – le consentement. Paris : LGDJ, 2013. P. 514.

ки¹, в состав которых входят возмещение всего утраченного, компенсация потери репутации (и обращения рынка к конкурентам), потери контактов с третьими лицами (если можно доказать, что они собирались заключить договоры с контрагентом, когда информация была им раскрыта). Помимо компенсации убытков иногда обсуждаются также судебные запреты².

3) *Требование последовательности поведения на преддоговорной стадии*

Наконец, когда обсуждается требование последовательности поведения контрагентов на преддоговорной стадии, часто вспоминается еще одна значимая идея, вызванная соображениями о том, что чем дальше продвигаются переговоры, тем сильнее формируется ожидание заключения договора, пренебрежение которым способно влечь неблагоприятные последствия. Последовательность исключает ситуации, когда одна из сторон начинает или продолжает переговоры, не имея реального намерения достичь соглашения. В подобных случаях правопорядок вновь пытаются найти баланс, но теперь – между возможностью стороны решать, хочет ли она заключить договор, ее свободой выбирать контрагента, лучше всего подходящего для удовлетворения собственных потребностей, где тогда использование свободного выхода может устранять страх в принципе вступать в переговоры, который неизбежно возникал бы при неуверенности в беспрепятственном выходе из них, и выступать в качестве серьезного аргумента, стимулирующего к получению лучших условий от данного контрагента, с одной стороны, и компенсацией потерь, которые в связи со срывом переговоров может нести другая сторона, обоснованно полагавшаяся на намерение контрагента заключить договор, но столкнувшаяся с обманом своих ожиданий вследствие недобросовестного *venire contra factum proprium*, злоупотребления правом на выход из переговоров и т.п., – с другой.

Российский ГК обнаруживает решение в том, чтобы признать свободу выхода из переговоров в качестве общего правила, которое тем не менее подчинено требованию добросовестности. Согласно п. 2 ст. 434.1 ГК РФ при вступлении в переговоры о заключении договора, в ходе их проведения и по их завершении стороны обязаны действовать добросовестно, в частности не допускать вступление в переговоры о заключении договора или их продолжение при заведомом отсутствии намерения достичь соглашения с другой стороной. Недобросовестными действиями при проведении переговоров предполагается в том числе внезапное и неоправданное прекращение переговоров о заключении договора при таких обстоятельствах, при которых другая сторона переговоров не могла разумно этого ожидать. Пункт 19 постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Рос-

¹ Где, в частности, французские авторы подчеркивают, что в отличие от акта недобросовестной конкуренции (Com. 22 Oct. 1985, Bull. civ. IV, no. 245) судья не должен считать, что нарушение обязанности конфиденциальности обязательно наносит вред.

² Обзор приводится в основном по: *Babusiaux U. Op. cit. P. 374 etc.; Dissaux N. Op. cit. Nos. 32 ss.*

сийской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» разъясняет это правило с точки зрения распределения между сторонами бремени доказывания: «Предполагается, что каждая из сторон переговоров действует добросовестно и само по себе прекращение переговоров без указания мотивов отказа не свидетельствует о недобросовестности соответствующей стороны. На истце лежит бремя доказывания того, что, вступая в переговоры, ответчик действовал недобросовестно с целью причинения вреда истцу, например, пытался получить коммерческую информацию у истца либо воспрепятствовать заключению договора между истцом и третьим лицом (пункт 5 статьи 10, пункт 1 статьи 421 и пункт 1 статьи 434.1 ГК РФ)... Вместе с тем недобросовестность действий ответчика предполагается, если имеются обстоятельства, предусмотренные подпунктами 1 и 2 пункта 2 статьи 434.1 ГК РФ. В этих случаях ответчик должен доказать добросовестность своих действий»¹.

Во многом схожему пути следуют и другие правопорядки. Противоречие традиций общего и континентального права здесь равным образом не кажется непримиримым, но тем не менее продолжает выраженно подчеркиваться в обеих традициях.

Общее право, прежде всего английское, казалось бы, продолжает настаивать на алеаторной теории переговоров на расстоянии вытянутой руки, отвергающей, как было показано в решении по делу *Walford v. Miles* (1992)², всякую роль добросовестности, поскольку ее признание кажется «противоречащим враждебной позиции сторон, участвующих в переговорах», «невыполнимым на практике и несовместимым с самой сутью переговорного процесса»³. Выход из переговоров не является неправомерным именно потому, что не существует общей обязанности вести переговоры добросовестно. Содержание такого обязательства было бы крайне неопределенным, чтобы иметь связывающую силу: каждая сторона само-

¹ Мотивы предложенных Постановлением решений участники рабочей группы изложили, в частности, в комментарии: *Тололаева Н.В., Церковников М.А.* Научно-практический комментарий к Постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» // Вестник гражданского права. 2023. № 5. С. 153–199; № 6. С. 133–197.

² Напомним: в данном деле покупатель обещал предоставить подтверждающее письмо из своего банка, где говорилось бы, что у него есть необходимые средства, а продавец обязался не вступать в переговоры с другими. Несмотря на то что письмо банка было направлено продавцу, тот все же заключил договор с третьим лицом.

³ Считалось, что каждая сторона переговоров имеет право преследовать свои собственные интересы, если избегает введения контрагента в заблуждение. Для продвижения своих интересов она должна иметь возможность, если считает это целесообразным, угрожать выйти из переговоров в надежде, что другая сторона может попытаться возобновить переговоры, предложив ей улучшенные условия. «*A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of the negotiating parties*», – пишет в упомянутом деле лорд Акнер, поэтому пока ведутся переговоры, любая из сторон может отказаться от них в любое время и по любой причине. Не может быть никакой обязанности продолжать переговоры до тех пор, пока не появится «надлежащее основание» для выхода из них.

стоятельно несет риск успеха переговоров, действуя на свой страх и риск в надежде на будущий контракт или на другую сторону во время переговоров, ни один суд не может определить, существует ли правильная причина для их прекращения, не может утверждать, были ли бы переговоры успешными или провальными и, даже в случае успешности, каков был бы их результат, вследствие чего оказывается невозможным определить убытки, которые вытекали бы из нарушения такого обязательства¹. Более того, общее право отрицает связывающий эффект даже за офертой, не имеющей силы без *consideration* или соблюдения формальностей, и исключает возможность всякой компенсации в случае ее отзыва².

Тем не менее некоторые конкретные формы поведения на этапе переговоров все же могут влечь за собой деликтную ответственность. Иногда, например, подчеркивается, что если сторона изменила нормальный баланс рисков во время переговоров, попросив другую начать исполнение в ожидании заключения договора, или иным образом действовала так, чтобы другая понесла расходы, превышающие пределы обычного преддоговорного риска, правопорядок все же должен вмешаться. Кроме того, и в рамках общего права можно, в частности, опираться на доктрину *promissory estoppel*, которая иногда (например, в американском и австралийском праве, в отличие от английского) может использоваться в качестве не только «щита» для ситуаций, когда нужно защитить доверие стороны к формированию соглашения, не снабженного *consideration* или соблюдением формальностей, но и «меча» – самостоятельного основания для привлечения к ответственности. Однако все они по-прежнему рассматриваются как фрагментарные решения частных проблем, возникающих между участниками переговоров, а не как общая теория преддоговорной ответственности. При отсутствии обмана, введения в заблуждение, принуждения и проч.³ стороны, ведущие переговоры о заключении договора, не обязаны принимать во внимание интересы друг друга. Обращение к деликтному праву в силу отсутствия общей обязанности действовать в интересах контра-

¹ См., в частности: *Cartwright J. Negotiation and Renegotiation: An English Perspective // Reforming the French Law of Obligations / Ed. by J. Cartwright, St. Vogenauer, S. Whittaker. Oxford: Hart Publishing, 2009. P. 54; Furmston M., Tolhurst G. Contract Formation: Law and Practice. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2016. P. 392 etc.; Kötz H. European Contract Law. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2017* и др.

² См., в частности: *Furmston M., Tolhurst G. Op. cit. P. 392 etc.; Rudden B. The Domain of Contract: English Report // Contract Law Today: Anglo-French Comparisons / Ed. by D. Harris, D. Tallon. Oxford: Oxford University Press, 1989. P. 92* и др.

³ Данная линия решений тем не менее предполагает, что открытие переговоров уже показывает, по крайней мере косвенно, серьезное желание достичь соглашения. Когда это не так, когда данное желание никогда не существовало или впоследствии исчезло, о чем контрагент не был предупрежден, в некотором смысле он был введен в заблуждение и должен иметь возможность компенсации. В частности, если банк пообещал выдать кредит и убедил клиента, что получение кредита – это лишь формальность, но в последний момент выдвинул невыполнимые требования и кредит клиентом все же не был получен, банк несет ответственность не потому, что не принял заявку на кредит, на что у него была свобода, а потому что ввел клиента в заблуждение.

гента требует констатации конкретных нарушений для наступления ответственности. Английское право, как подчеркивается, могло бы найти место для более универсального механизма, если бы захотело, например, через *duty of care in tort of negligence*¹, однако до сих пор суды отказывались идти этим путем. Вступить на него для них означает подорвать уверенность каждой стороны в том, что они еще не связаны до ключевого момента – формирования договора².

Континентальное право равным образом подчеркивает возможность сторон свободно вступать в дискуссии, продолжать переговоры и заканчивать их так и тогда, как и когда они сочтут нужным. Их свобода сохраняется, однако изначально подчеркивается, что она ограничена требованием добросовестности, предназначенным для введения определенного «кодекса этики» в период, предшествующий заключению договора, что приобретает наибольшую актуальность в ситуациях, когда переговоры продолжительны и влекут значительные финансовые затраты. Предлагаемые правила обусловлены необходимостью обеспечения определенности в течение преддоговорного периода³, поскольку считается, что переговоры предполагают определенное развитие. Вначале в их структуре можно обнаружить некоторое количество элементов, которые только выражают само намерение сторон вести переговоры. На данном этапе просто выдвигаются предложения, ответы часто не совпадают, используются расплывчатые формулировки. Стороны пытаются прочувствовать ситуацию и, возможно, еще не понимают, чего именно хочет другая сторона. На данном этапе не существует достаточной определенности в обязательствах. Однако как только этот этап проходит и обсуждение продолжается, некоторые результаты уже могут считаться полученными, переговоры продолжаются, и это приводит к тому, что возникает обязательство, цель которого достаточно определена – продолжать вести переговоры добросовестно. Данное обязательство по умолчанию подразумевается и укрепляется по мере формирования ожиданий сторон к будущему заключению договора. С продвижением переговоров его масштабы растут – оно заставляет сторону предоставлять информацию другой, предотвращает принятие ею неприемлемых предложений с целью затягивания и срыва переговоров и препятствует тому, чтобы просто притворяться, что та ведет серьезные переговоры, в то время как на самом деле решает иметь дело с конкурентом. Оно заставляет стороны, таким образом, работать над достижением определенного решения в разумный период⁴.

¹ См., в частности: *Cartwright J. Op. cit. P. 56.*

² См., в частности: *Cartwright J. Op. cit. P. 52, 61; Furmston M., Tolhurst G. Op. cit. P. 392 etc.* и др.

³ См., в частности: *Cartwright J. Op. cit. P. 59–60.*

⁴ См., в частности: *Jauffret-Spinosi C. The Domain of Contract: French Report // Contract Law Today: Anglo-French Comparisons / Ed. by D. Harris, D. Tallon. Oxford: Oxford University Press, 1989. P. 130–131; Terré F., Simler Ph., Lequette Y., Chénéde F. Droit civil ; les obligations. 12^e éd. Paris : Dalloz, 2019. P. 274 и др.*

Поэтому внезапный срыв переговоров на продвинутой стадии стороной, которая должна была осознавать его последствия для контрагента, является неправомерным, если для него не было никакой оправдывающей причины (разногласия в цене, неспособность удовлетворить необходимые технические требования или, например, обнаружение потенциальным приобретателем акций компании неблагоприятной информации о ее финансовом положении, возникшие экономические трудности, более выгодное предложение третьего лица и проч.)¹, и уж тем более континентальное право признает связывающий характер уже совершенной оферты². Не ставя под угрозу ценность договорной свободы, суды требуют констатации неоспоримой вины ответчика в срыве переговоров³. Общим последствием подобного срыва является необходимость компенсировать убытки: несмотря на то, что в некоторых правовых порядках обсуждалась возможность обязать стороны продолжить переговоры, преобладающее мнение⁴ вытекает из очевидных практических соображений, а также из принципа свободы договора и требования свободного согласия в качестве предварительного условия для заключения договора – судья не может заменить волю сторон^{5,6}.

¹ См., в частности: *Cartwright J.* Op. cit. P. 58; *Terré F., Simler Ph., Lequette Y., Chénéde F.* Op. cit. P. 274 и др.

² Которая является либо безотзывной, как в Германии, либо предполагает возможность отзыва, но считается, что после того, как сделано предложение, оферент должен предоставить контрагенту разумную возможность рассмотреть его – было бы неправильно отозвать его внезапно без всякой причины, как во Франции.

³ См., в частности: *Terré F., Simler Ph., Lequette Y., Chénéde F.* Op. cit. P. 275. Требование должного стандарта поведения при этом иногда предлагается дифференцировать в зависимости от того, идет ли речь о потребителях или профессиональных участниках оборота. Например, ст. 2:102 ACQP отмечает обязанность последних проявлять особый стандарт добросовестности, который разумно полагать существующим в отношении законных ожиданий потребителя, и этот более строгий стандарт может привести к более строгой ответственности за прерывание переговоров, когда у потребителя были основания полагаться на заключение договора. Напротив, если потребителю разрешено отказаться не только от оферты, но и от договора (имеется в виду возможность немотивированного выхода, признанная в ряде правовых порядков), не может быть никакой преддоговорной ответственности за срыв переговоров. Тем не менее, по мнению ряда авторов, для потребительских отношений преддоговорная ответственность обычно не играет существенной роли, поскольку потребительские договоры, как правило, в принципе не предполагают длительного периода переговоров и подготовки договора (см.: *Babusiaux U.* Op. cit. P. 363).

⁴ Были исключения, например, в голландском праве, если речь шла о последней стадии переговоров, но они вызваны специфическим подходом к переговорам, о котором – позже.

⁵ Иногда добавляют дополнительные аргументы: во французском праве, например, это решение согласуется с ответом на вопрос о том, есть ли обязанность держать оферту в течение указанного срока; здесь практика позволяет ее отозвать в любое время до тех пор, пока оферта не будет принята, и санкция за преждевременный отзыв находится в области деликтной ответственности, а не в понуждении к заключению договора.

⁶ Обзор приводится по: *Bénabent A.* Droit civil. Les obligations. 12^{ème} éd. Paris : LGDJ, 2010. P. 50; *Kötz H.* Op. cit.; *Fabre-Magnan M.* Les obligations. Paris : PUF, 2004. P. 216; *Fauvarque-Cosson B.* Op. cit. P. 38–39; *Harke J.D.* Rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse // Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Schuldrecht: Allgemeiner Teil §§ 241–432. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. S. 1547 ff.; *Küpper W.*

Общие предпосылки деликтного права, как правило, здесь позволяют сконструировать универсальную поведенческую обязанность. Там, где предложена модель генерального деликта (во французском, австрийском праве и проч.), не возникает потребности попадания в предпосылки конкретного типа деликта. Однако в то же время сама по себе она еще не предопределяет, что любой срыв переговоров непременно будет влечь деликтную ответственность. Модель генерального деликта лишь исключает чисто формальное к тому препятствие, образуемое узкой конкретизацией условия противоправности поведения, однако удовлетворение всем прочим предпосылкам деликтных требований по-прежнему остается необходимым¹.

Устранение потенциальных сложностей с критерием противоправности переводит фокус обсуждения главным образом на конкретизацию вины. Вина, как правило, проявляется во внезапном и неоправданном повороте событий, влекущем прекращение переговоров, которые привели к убеждению в скором заключении договора². С тем, что вступлением в переговоры и их продолжением без намерения быть связанной договором³ сторона обманывает другую и злоупотребляет своей договорной свободой, согласны, кажется, все правовые порядки⁴ (единство которых подчеркивают и акты по гармонизации и унификации договорного пра-

Das Scheitern von Vertragsverhandlungen als Fallgruppe der culpa in contrahendo. Berlin: Duncker & Humblot, 1988; *Medicus D., Lorenz S.* Schuldrecht I, Allgemeiner Teil. 14. Aufl. München: C.H. Beck, 2003. S. 62; *Montero E., Demoulin M.* La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée // *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code de droit civil*. Bruxelles : La Charte, 2004. P. 84 ss.; *Schmidt-Szalewski J.* La période précontractuelle en droit français // *Revue internationale de droit comparé*. 1990. Vol. 42. N° 02. P. 554; *Stoffel-Munck Ph., Malaurie Ph., Aynès L.* Droit des obligations. 11^e éd. Paris : LGDJ, 2020. P. 268 ss. и др.

- ¹ Подробнее о сравнении систем деликтного права см.: *Koziol H.* Grundfragen des Schadenersatzrechts. Wien: Jan Sramek, 2010; Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht / Hrsg. von H. Koziol. Wien: Jan Sramek, 2014; Pure Economic Loss in Europe / Ed. by M. Bussani, V.V. Palmer. Cambridge: Cambridge University Press, 2003; Pure Economic Loss: New Horizons in Comparative Law / Ed. by V.V. Palmer, M. Bussani. London: Routledge, 2009; *Журдэн П.* Принципы гражданско-правовой ответственности // *Вестник гражданского права*. 2021. № 4–6; 2022. № 1; *Евстигнеев Э.А.* Принцип генерального деликта: современное состояние и перспективы применения // *Вестник гражданского права*. 2017. № 4, 5 и мн. др.
- ² Ср.: *Stoffel-Munck Ph., Malaurie Ph., Aynès L.* Op. cit. P. 268 и др.
- ³ Например, было бы едва ли допустимо просить оферту, подготовка которой обойдется весьма дорого, если сторона уже решила ее отклонить. См.: *Kötz H.* Op. cit.
- ⁴ Некоторые авторы указывали на сложности доказывания отсутствия намерения стороны заключить договор при вступлении в переговоры, которая всегда может оправдаться тем, что это не ее вина, а лишь совпадение. Тем не менее проблемы доказывания внутренних мотивов и скрытых фактов уже встречались в праве и в других отношениях. В ответ на подобные замечания чаще всего указывается, что намерение стороны быть юридически связанной договором должно определяться на основании ее заявлений или поведения, как они могли быть («разумно», как добавляется в зависимости от правовой традиции) поняты другой стороной. Сначала суд должен определить, должно ли поведение стороны быть истолковано как демонстрация намерения быть связанной будущим контрактом. Затем он должен рассмотреть, следует ли толковать поведение участника переговоров в отношении третьих лиц и его заявления, неизвестные другой стороне переговоров, как демонстрирующие, что он лишь притворялся заинтересованным в том, чтобы быть связанным договором (*Kötz H.* Op. cit.).

ва – ст. 2.1.15 *PICC*, ст. 2:301 *PECL*, ст. 2:101 *PCC* и др.¹). Типичные примеры – это ситуации, когда сторона участвует в переговорах с единственной целью не достигнуть достижения соглашения контрагента со своим конкурентом, с единственной целью повышения цены в параллельных переговорах с третьими лицами, с единственной целью получения сведений, составляющих коммерческую тайну другой стороны, и проч. Гораздо сложнее ситуации, когда прерывает переговоры сторона, которая до сих пор вела их с намерением заключить договор. Они являются более деликатными, поскольку, вообще говоря, обычно прерывать переговоры допустимо, но если контрагент мог обоснованно полагаться на то, что договор будет заключен, понес существенные расходы и проч., вероятно, для такого перерыва должна иметься веская причина². И сегодня в целом признано, что потерпевшая сторона может требовать компенсации убытков, только если она могла обоснованно рассчитывать, что договор будет заключен, а ответчик не имел обоснованных причин для выхода из переговоров (например, решения о заключении договора с другим контрагентом, предлагающим более выгодные условия³, выдвигения данным контрагентом новых требований в конце переговоров⁴). Чем дальше продвигаются переговоры, тем более небезопасным становится выход из них⁶.

- ¹ Тем не менее нельзя сказать, что между ними нет совершенно никаких различий: если в некоторых ответственность возможна только при обмане и преднамеренном злоупотреблении правом на прерывание переговоров (*PICC*, *PECL*, *ACQP*, *DCFR*), в других – также и при небрежном прерывании переговоров: сторона, прерывающая переговоры без обоснованной причины тогда, когда другая может обоснованно полагать, что договор будет заключен, действует против требований *good faith* и *fair dealing* (ст. 2:101 *PCC*). Комментарии к остальным текстам согласны с тем, что эти случаи охватываются *culpa in contrahendo*, хотя они прямо не упомянуты в текстах. Приводится по: *Babusiaux U. Op. cit.* P. 360–361.
- ² Чтобы убедиться, было ли доверие обоснованным, предлагается чаще всего учитывать продолжительность переговоров, поведение и заявления сторон, которые могли бы помочь оправдать доверие, и проч. «Точка невозврата» в переговорах при этом устанавливается с позиций модельного участника оборота, исключая любые чисто субъективные убеждения истца, которые не основаны на фактических доказательствах. Но здесь возникает также и другая сложность – возможно ли разделить оправданное доверие со стороны истца и оправданный мотив выхода со стороны ответчика? Ведь они взаимосвязаны: как только будет доказано, что у истца была оправданная причина полагаться на заключение договора, ответчику понадобятся исключительные обстоятельства, чтобы доказать, что прерывание переговоров было тем не менее оправданным.
- ³ Но если, например, ответчик исчез неожиданно без какой-то предварительной информации или непосредственно перед окончательной подписью уже согласованных условий договора или если он исчез, несмотря на свои заявления об обратном и последствия для другой стороны, очевидно, он должен нести ответственность.
- ⁴ Например, банк, который позволил поверить в течение года в предоставление кредита, в конце концов отказывается его предоставить без дополнительных гарантий.
- ⁵ См. подробнее: *Babusiaux U. Op. cit.* P. 367–369; *Bénabent A. Op. cit.* P. 49; *Cabrillac R. Op. cit.* P. 46; *Dissaux N. Op. cit.* No. 20; *Kötz H. Op. cit.*; *Montero E., Demoulin M. Op. cit.* P. 85 ss.; *Terré F., Simler Ph., Lequette Y., Chénéde F. Op. cit.* P. 274 и др.
- ⁶ Незначительно продвинутые переговоры могут быть прерваны в любое время, но как только один из контрагентов может разумно полагать, что договор будет заключен, другой не может выйти из них без основания. Это объясняется тем, что степень доверия возрастает по мере продвижения переговоров к соглашению. Эта мысль сегодня часто подчеркивается в литературе:

Там же, где генеральный деликт не был признан, как, например, в немецком праве, совершается как бы шаг обратно: правопорядок вынужден снова искать конкретный тип нарушения¹. Отсутствие принципа генерального деликта и невозможность привлечения к ответственности на основании § 823 ГГУ (договорное право требования, согласуемое в ходе переговоров, вопреки требованиям § 823 ГГУ является относительным² и, более того, еще не возникшим) повышают требования к вине, поскольку в рамках деликтного права оставляют лишь возможность обращения к § 826 ГГУ, требующему «умысла или иной недобросовестности», либо заставляют искать пути квазидоговорной квалификации³. Оба пути являются скорее аномалиями.

Первый сегодня пытаются подкрепить также современными методологическими течениями. Неуверенность в критерии противоправности предлагается компенсировать за счет усиления требований к другим элементам, прежде всего к субъективной стороне, вине, на основании своего рода «подвижной системы»⁴, где недостаток одного элемента – противоправности по § 823 ГГУ – компенси-

Ghestin J., Loiseau G., Serinet Y.-M. Op. cit. P. 515; *Kessler F., Fine E. Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study* // Harvard Law Review. 1964. Vol. 77. No. 3. P. 404; *Schmidt-Szalewski J.* Op. cit. P. 547; *Stoffel-Munck Ph., Malaurie Ph., Aynès L.* Op. cit. P. 268 ss.; *Terré F., Simler Ph., Lequette Y., Chénéde F.* Op. cit. P. 274 и др. Например, понятно, что уже совершенная оферта, тем более содержащая срок для акцепта, дает акцептанту контроль над процессом заключения договора, и преждевременный ее отзыв вредит его уверенности в способности ее акцептовать. Аналогичным образом более высокая степень доверия проявляется, когда оферта адресована конкретному лицу, не являясь публичной (в первом случае это конкретное лицо является фактически единственным, кто может ее акцептовать, во втором – каждый из потенциально заинтересованных знает, что его акцепт будет иметь эффект, только если в хронологическом порядке окажется первым (при условии, что предлагается заключить лишь один договор)) (*Schmidt-Szalewski J.* Op. cit. P. 550–551).

- ¹ Авторы первого проекта ГГУ тоже исходили из невозможности обеспечить требуемую защиту в случае, если обязанность возместить вред будет привязана к конкретным типам деликтов, отказавшись от чистой казуистики. Однако они выбрали скорее компромиссный путь, так и не отваявшись на общую оговорку, как, например, во французском или австрийском праве. Раскрывая противоправность фрагментарно – указывая на ограниченный список прав, посягательство на которые может влечь ответственность (принцип специальных деликтов, перечень замыкается фразой «и иное [абсолютное] право»), они стремились достичь правовой определенности, опасаясь расширения «судейского правотворчества», но в итоге, как заключает, например, Х. Коциоль в рамках масштабного сравнительно-правового проекта (*Grundfragen des Schadenersatzrechtsaus rechtsvergleichender Sicht / Hrsg. von H. Koziol*), широко мыслящие в гибких формулировках австрийцы теперь уважают свое уложение в гораздо большей мере, чем такие любящие порядок, основательные немцы.
- ² «Иных прав» в § 823 ГГУ обычно толкуется как сходных перечисленным прежде, т.е. абсолютным.
- ³ Развитие права, как подчеркивает Н. Янсен, не всегда диктуется необходимостью обеспечения концептуальной целостности. Такое удивительное расширение сферы договорной ответственности в Германии вызвано лишь узостью формулировок деликтных норм, не позволивших отнести эти ситуации к своей сфере (*Jansen N. The Concept of Non-Contractual Obligations: Rethinking the Divisions of Tort, Unjustified Enrichment, and Contract Law* // Journal of European Tort Law. 2010. Vol. 1).
- ⁴ О теории «подвижных систем» в контексте договорного права см.: *Усачева К.А. Основы договорного права. Ч. 1. М., 2025. С. 70 и далее.*

руется большей интенсивностью другого – вины по § 826 ГГУ, предполагающему доказывание повышенной упречности интервента («лицо, которое умышленно причинит другому лицу вред способом, противоречащим добрым нравам, обязано возместить причиненный вред»). Но это лишь затуманивает саму проблему¹. Действительно ли нужно акцентировать внимание на невозможности защиты еще не

¹ Совокупное восприятие §§ 823 и 826 ГГУ демонстрирует (кажется, не новое для права) убеждение, что ответственность возможна лишь за умышленное причинение вреда, либо за неосторожное, но только в прямо названных случаях. И это, конечно, поднимает фундаментальный вопрос о том, насколько в принципе допустима ответственность за небрежность. Отказ от общей ответственности за небрежность в деликтном праве во многом продиктован страхами, хорошо описанными еще Р. фон Иерингом: «Только задумайтесь, к каким печальным последствиям мы придем, если каждому можно будет предъявить деликтный иск не только в случае обмана (*dolus*), но и грубой неосторожности (*culpa lata*). Одно неосторожное замечание, подхваченный слух, ложное сообщение, дурной совет, необдуманное решение, рекомендация недостойной служанки ее бывшими хозяевами, ответ на вопрос прохожего об адресе или о времени и т.д., словом, все это при наличии грубой неосторожности повлечет за собой обязанность возместить причиненный ущерб, даже если действия причинившего носили добросовестный характер. И если сфера действия исков из мошенничества (*actio de dolo*) расширится подобным образом, то это станет настоящим бичом общения между людьми, а также делового оборота, и любая неприкрытая беседа, любое невинное слово превратились бы в подстроенную ловушку!». Поразительно, насколько схожие сомнения испытывает, например, и английское право при раскрытии *duty of care* для *tort of negligence*.

Решение правопорядка о конструировании общей поведенческой обязанности *neminem laedere*, по всей видимости, зависит прежде всего от того, как он, с одной стороны, понимает вину – для объективных моделей, стремящихся обеспечить необходимый социальный минимум требований к поведению, разделение форм вины в принципе перестает быть важным, тогда как субъективные, ориентированные на связь ответственности со свободой, не исключают возможностей градации степеней субъективной упречности. Это во многом возвращает к концептуальному выбору между социальной и либеральной моделями частного права, поскольку может показаться, что чем ближе оно продвигается от либеральной модели к социальной, тем прочнее в нем укрепляется возможность вменения. Но такое представление верно лишь отчасти, поскольку и для классической модели частного права, подчеркивающей связь свободы с ответственностью и наоборот – ответственности со свободой, поддержание стандартов, ориентирующих на солидарность, не перестает быть необходимым, переводение фокуса с социального принуждения на доверие к личной ответственности за свободный выбор подключает скорее гибкие инструменты вроде добросовестности, которые могут быть институционализированы, если в этом возникнет потребность, и в любом случае по умолчанию сохраняются в качестве «подразумеваемого нормативного фона», на котором существуют прямо сформулированные нормы и институты. А с другой – от того, каковы источник и интенсивность общей поведенческой обязанности *neminem laedere*, если согласиться, что право должно ее признавать. Например, лорд Аткин в *Donoghue v. Stevenson* ([1932] A.C. 562, 580) указывал: «В английском праве должна быть и, я думаю, есть некая концепция, которая позволяет говорить о наличии обязанности заботиться о других людях. Об этом свидетельствуют многочисленные прецеденты. В силу этой обязанности всякий должен проявлять разумную предусмотрительность, чтобы избежать совершения действий/бездействия, которые он в состоянии предвидеть и которые способны причинить вред близнему. Если это так, то возникает вопрос: а как определить тех, кто является ближними? Ответ, видится, должен быть таким: это все те лица, на которых мое поведение оказывает столь непосредственное влияние, что мне было бы вполне разумно и необходимо всегда помнить о моем на них влиянии, когда я начинаю думать о действиях или бездействии, вызывающих сомнение». Его мысли кажутся довольно точными, хотя и ориентируют в какой-то мере, что неудивительно для *common law*, на общетипичный (разумный) стандарт (при анализе принципа добросовестности мы уже обсуждали, насколько усредненный, фактически принятый в социуме стандарт допустимо рассматривать в качестве ограничителя свободы. См.: Усачева К.А. Указ. соч. С. 222–273).

сформировавшегося права относительного требования из договора? Может быть, здесь речь изначально должна идти все же об общей поведенческой обязанности *neminem laedere*? Построение юридической конструкции деликтного обязательства изначально сопряжено со сложностями выделения в его структуре «долга», однако едва ли оправданны сомнения в том, что он состоит в неких поведенческих обязанностях, существующих у всех членов данного общества по отношению ко всем членам этого общества, которые могут быть выражены прямо в тексте нормы или, поскольку никакой нормотворец никогда не сможет предусмотреть всего многообразия жизненных ситуаций, создав «инструкцию» на все случаи жизни, в общем каучуковом стандарте должного поведения. То, как немецкое право с течением времени больше и больше преодолевает жесткость предпосылок § 823 ПГУ, расширяя упомянутые в нем категории, показывает, что выбранный путь даже здесь не оказался востребованным. Примечательно, что обязательное требование умысла для привлечения к ответственности за срыв переговоров сегодня практически не встречается за рамками немецкой правовой системы (например, во французском праве сегодня достаточно недобросовестности – *mauvaise foi* или предосудительного легкомыслия – *légèreté blâmable*)¹.

Второй – заставляет бессмысленно ходить по кругу. Пытаясь подкрепить свое решение авторитетом римских источников, но на самом деле скорее лишь избегая крайностей, порожденных спецификой немецкого деликтного права², Р. фон Иеринг предложил видеть в отношениях сторон, ведущих переговоры, подразумеваемое соглашение, в соответствии с которым они обязуются к *diligentia in contrahendo*: «кто заключает договор, из круга чисто негативных обязанностей в рамках внедоговорных отношений вступает в сферу договорных позитивных обязанностей, из области простой *culpa in faciendo* – в область *culpa in non faciendo*, позитивной *diligentiae*, и первейшая, самая общая обязанность, которую он на себя принимает, – при самом заключении договора проявить необходимую *diligentiam*»³. Из-за слабостей деликтного права, которое не только ограничивало себя защитой лишь абсолютных прав, упомянутых в § 823 ПГУ (и испытывало вышеупомянутые трудности в компенсации чистых экономических убытков), но и казалось неподходящим, например, с точки зрения режима (виновной согласно

¹ Судебную практику подробнее см.: Terré F., Simler Ph., Lequette Y., Chénéded F. Op. cit. P. 273–274; Ghestin J., Loiseau G., Serinet Y.-M. Op. cit. P. 530 ss. Ранее для привлечения к ответственности требовалось наличие намерения причинить вред или злоупотребления свободой договора, теперь же достаточно внезапного характера срыва переговоров, которые продвинулись так далеко, что другая сторона могла полагаться на заключение договора, без оправдывающих причин – *motif legitime* или с предосудительным легкомыслием – *légèreté blâmable* (Fauvarque-Cosson B. Op. cit. P. 37–38; Babusiaux U. Op. cit. P. 355).

² Подробнее см. ранее, в ч. 1 данной статьи.

³ Иеринг Р. *Culpa in contrahendo*, или Возмещение убытков при недействительности или незаключенности договоров // Вестник гражданского права. 2013. № 3. С. 220.

§ 831 ГГУ) ответственности за третьих лиц¹, немецкая доктрина и практика подтвердили, что при ведении переговоров стороны находятся в отношениях, аналогичных договорным. Их подразумеваемое соглашение порождает в том числе ответственность за создание ожидания того, что договор будет заключен. Считалось, что в ходе переговоров как добровольного акта социального взаимодействия между сторонами возникает доверие, предполагающее определенный стандарт поведения и подлежащее защите в случае его нарушения. С периода вступления в переговоры стороны более не являются по отношению друг к другу случайными, третьими лицами – слишком велика разница в отношениях между теми, кто вступил в переговоры о заключении договора, и незнакомцами, кто лишь изредка может причинить друг другу вред и на кого распространяется лишь общая поведенческая обязанность *neminem laedere*². Эта идея нашла поддержку не только в немецком³, но и, как ни странно, во французском (пусть и совсем минимально)⁴, австрийском⁵, до последних пор итальянском⁶ и в значительной мере швейцар-

¹ Данный фокус внимания во многом был вызван тем, что первые дела, в которых проявилась теория преддоговорной ответственности, ставили именно такие вопросы. В знаменитом «деле о линолеуме», рассмотренном Имперским судом в 1911 г., речь шла о причинении вреда женщине и ее ребенку сотрудником магазина, который уронил на них рулон линолеума, когда те пришли выбирать для покупки покрытие из линолеума. Покупка не состоялась, но тем не менее суд воспользовался правилами о договорной ответственности, потому что только они давали возможность адекватной защиты: деликтное право позволяло бы избежать ответственности, если бы владелец магазина доказал, что он тщательно отбирал и контролировал работника; только договорное право позволяло привлечь работодателя за любую вину работника как за собственную. Начиная с этого решения немецкие суды и доктрина предполагали, что стороны в переговорах находятся в отношениях, аналогичных договорным. Если они не соблюдают законные интересы и ожидания друг друга, возникает договорная ответственность. Стороны отвечают за создание друг у друга ожидания того, что договор состоится, хотя основная часть судебной практики относилась к преддоговорным обязанностям в отношении абсолютных и личных прав другой стороны. См. подробнее: *Babusiaux U. Op. cit.* P. 354–355; *Kessler F., Fine E. Op. cit.* P. 406; *Looschelders D. Pre-Contractual Obligations and the Concept of Culpa in Contrahendo in German Law // The Formation of Contract: New Features and Developments in Contracting / Ed. by R. Schulze, M.P. Perales Viscasillas. Baden-Baden: Nomos, 2016. P. 30 etc.*

² Типичными характеристиками таких доверительных отношений являются, среди прочего, темпоральная протяженность правовой связи, необходимость совместного целенаправленного сотрудничества и проч. (*Eichler H. Die Rechtslehre Vom Vertrauen: Privatrechtliche Untersuchungen über den Schutz des Vertrauens. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1950. S. 12*).

³ См.: *Babusiaux U. Op. cit.*; *Kötz H. Op. cit.*; *Eichler H. Op. cit.* S. 11; *Kessler F., Fine E. Op. cit.* P. 406; *Medicus D., Lorenz S. Op. cit.* S. 60, 68 и др.

⁴ Однако сегодня тезис о подразумеваемом договоре кажется совершенно опровергнутым доктриной и практикой (подробнее см.: *Ghestin J., Loiseau G., Serinet Y.-M. Op. cit.* P. 527 ss.; *Terré F., Simler Ph., Lequette Y., Chénéded F. Op. cit.* P. 275).

⁵ См., в частности, в обзоре: *Babusiaux U. Op. cit.* P. 354–355.

⁶ Ср., в частности: *Cass. Civ., 21 nov. 2011, n. 24438*; *Cass. Civ., 20 dic. 2011, n. 27648 229 Cass. Civ., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188* и др. (хотя решение оказалось неокончательным – ср., в частности: *Cass. Civ., sez. II, 3 ott. 2019, n. 2478*); в доктрине прежде всего: *Mengoni L. Sulla natura della responsabilità precontrattuale // Rivista di diritto commerciale. 1956.*

ском¹ праве, развившем особое учение об ответственности, основанной на доверии, как некоем среднем пути *sui generis* между договорной и деликтной ответственностью (*responsabilité fondée sur la confiance, Vertrauenshaftung*). Многие из этих правовых порядков не испытывали характерных для немецкого права сложностей с моделью генерального деликта, однако находили другие объяснения данному подходу: например, указывалось, что чем ближе заключение договора, тем сам стандарт поведения должен становиться выше в сравнении с обычным деликтным, или что некоторые правила деликтного права кажутся неадекватно работающими при срыве переговоров (помимо ответственности за третьих лиц² упоминались также, в частности, правила о давности, о распределении бремени доказывания³ и др.)⁴. Мысль о том, что в основе преддоговорной ответственности лежит квазиконтракт, что она не договорная и не деликтная (во многом со схожей аргументацией), звучала даже в российской доктрине⁵, несмотря на то, что специфиче-

¹ Подробнее см.: La responsabilité fondée sur la confiance : Journée de la responsabilité civile 2000 / Éd. par Chr. Chappuis, B. Winiger. Zürich : Schulthess, 2001; Loser P. Die Vertrauenshaftung im Schweizerischen Schuldrecht – Grundlagen, Erscheinungsformen und Ausgestaltung im geltenden Recht vor dem Hintergrund europäischer Rechtsentwicklung. Bern: Stämpfli, 2006; Schmidlin B. Die Vertrauenshaftung im vertraglichen Kontakt: Neue Wege in der Schweizerischen Rechtsprechung? // Der Vertrag im europäischen Zivilrecht / Le contrat en droit civil européen. Zürich, 2011. S. 129 ss. и мн. др. В то же время нельзя сказать, что и в швейцарском праве позиция однозначна; против этой теории уже высказался ряд крупных специалистов – Х. Хонзелл, И. Швенцер, Х. Шапю и др.

² В деликтном праве ответственность по классическим воззрениям только виновная: нужны специальные причины, которые, как правило, представляют собой не правовые, а политико-правовые аргументы, объясняющие вменение ответственности за третьих лиц. Это может быть желание возложить риски причинения вреда, например, работниками на тех, кто извлекает выгоду из их деятельности, а также в силу своего положения и полномочий может предотвратить ущерб или застраховать ответственность, на тех, кто лучше отвечает интересам потерпевшего в получении возмещения более платежеспособным лицом, и т.д. (обобщение и анализ обоснований см.: Журдэн П. Указ. соч.). В договорном же праве, напротив, контрагент отвечает за невыполнение данного им обещания вне зависимости от того, привлекал ли он к его исполнению третьих лиц. В обоих случаях лицо отвечает именно за свое поведение – вину в деликтах и невыполнение своего обещания в договорах.

³ Часто отмечается, что там, где в деликтах противоправность доказывает истец, а также субъективную сторону, заставляя истца доказывать, что у ответчика не было оправданных причин для выхода, было бы равносильно требованию доказывания отрицательного факта, что традиционно считается невозможным.

⁴ Сравнительно-правовой обзор, помимо вышеуказанных работ, приводится также по: Babusiaux U. Op. cit. P. 353–354; Fauvarque-Cosson B. Op. cit. P. 41; Ghestin J. La responsabilité contractuelle pour rupture des pourparlers // Études offertes à Geneviève Viney / Éd. par J.-S. Borghetti, O. Deshayes, C. Pérès. Paris : LGDJ, 2008 и другим работам, упоминаемым подробнее далее.

⁵ Гнищевич К.В. Преддоговорная ответственность в гражданском праве: culpa in contrahendo: дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2009; Керселян А.С. Ответственность за нарушение доверия (Vertrauenshaftung): в поисках иного пути в обязательственном праве // Вестник гражданского права. 2024. № 4. С. 213–253; Райников А.С. Отношение, возникающее при проведении переговоров о заключении договора по российскому праву: антиделиктная концепция // Вестник гражданского права. 2023. № 2. С. 50–80.

ских проблем с принципом генерального деликта¹, ответственностью за действия третьих лиц², распределением бремени доказывания³ и проч. российское право не испытывает. И сам Р. фон Иеринг, и авторы из других правопорядков при этом нередко опирали ее на глубокие исторические корни, отмечая, что всегда признавалась некая область, которая существовала как бы между договорами и деликтами, не покрываясь ни одним, ни другим, – обязательства *ex variis causarum figuris* у Гая, обязательства *quasi ex contractu* и обязательства *quasi ex maleficio* в Институтциях Юстиниана и т.д.

Тем не менее приведенные объяснения не убеждают. Упоминание о том, что социальный контакт повышает требуемый стандарт поведения по нарастающей к моменту заключения договора, само по себе верно, но из него не следует,

¹ Статья 1064 ГК РФ несомненно отражает модель генерального деликта: сложно представить себе ситуацию, которая бы не попадала в упомянутые им категории вреда личности и имуществу. Не фрагментирует российское право противоправность и в п. 2 ст. 15 ГК РФ («что право нарушено»), на которую нередко указывают как на косвенный признак отсутствия генерального деликта, имея в виду, что в случае генерального деликта противоправность сливается с виной и в отдельном ее упоминании нет смысла. Действительно, невозможность правопорядка обойтись лишь точечными указаниями о конкретных противоправных вариантах поведения и неизбежное существование общей поведенческой обязанности, с одной стороны, и объективное понимание вины, которое тоже сегодня связывается с неким принятым в обществе нормальным стандартом поведения, – с другой, дают основания говорить о том, что противоправность и вина значительно сближаются. Тем не менее, во-первых, полного совпадения не происходит – эти предпосылки ответственности всегда отвечают на разные вопросы: противоправность – на вопрос о том, что нарушено, есть предписанный поведенческий стандарт, вне зависимости от того, сформулирован ли он правопорядком конкретно (в виде отдельной точечной нормы) или абстрактно (в виде общей поведенческой обязанности); вина – на вопрос о том, как этот стандарт нарушен (например, являлось ли превышение скорости следствием намеренного поведения водителя или же поломки спидометра, которую невозможно было обнаружить при должной степени осмотрительности). А во-вторых, все это возвращает, конечно, к фундаментальным вопросам о самих противоправности и вине – действительно ли для классической модели частного права характерно понимание общей противоправности как усредненного среднетипичного поведения (мы об этом уже много писали в: Усачева К.А. Указ. соч. С. 222–273) и вины как некоего социального минимума (т.е. в общем-то тоже как продолжения социальной модели частного права)?

² Ср. ст. 1068 ГК РФ.

³ В силу модели генерального деликта специального доказывания противоправности не требуется, согласно ст. 164 ГК РФ вина причинителя презюмируется. Тем не менее п. 19 постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 виртуозно перераспределяет бремя доказывания, чтобы добиться сначала противоположного, а затем, по сути, того же результата: «К отношениям, связанным с причинением вреда недобросовестным поведением при проведении переговоров, применяются нормы главы 59 ГК РФ с исключениями, установленными статьей 434.1 ГК РФ... Предполагается, что каждая из сторон переговоров действует добросовестно и само по себе прекращение переговоров без указания мотивов отказа не свидетельствует о недобросовестности соответствующей стороны. На истце лежит бремя доказывания того, что, вступая в переговоры, ответчик действовал недобросовестно с целью причинения вреда истцу, например, пытался получить коммерческую информацию у истца либо воспрепятствовать заключению договора между истцом и третьим лицом (пункт 5 статьи 10, пункт 1 статьи 421 и пункт 1 статьи 434.1 ГК РФ). При этом правило пункта 2 статьи 1064 ГК РФ не применяется. Вместе с тем недобросовестность действий ответчика предполагается, если имеются обстоятельства, предусмотренные подпунктами 1 и 2 пункта 2 статьи 434.1 ГК РФ. В этих случаях ответчик должен доказать добросовестность своих действий».