

СПРАВЕДЛИВОСТЬ КАК ОСНОВНОЕ НАЧАЛО ОПРЕДЕЛЕНИЯ РАЗМЕРА ПРЕДДОГОВОРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

Д.Е. БОГДАНОВ

Богданов Дмитрий Евгеньевич, доцент кафедры гражданского права Российской правовой академии Министерства юстиции РФ, кандидат юридических наук.

Д.Е. Богданов анализирует проблему определения размера преддоговорной ответственности и делает вывод о допустимости взыскания на преддоговорной стадии не только убытков, направленных на защиту интереса в доверии (reliance damages), а также о возможности взыскания справедливой компенсации, направленной на защиту интереса в исполнении (expectation damages).

Ключевые слова: преддоговорная ответственность, убытки, убытки, направленные на защиту интереса в доверии, потеря шанса, убытки, направленные на защиту интереса в исполнении.

В российской и иностранной цивилистической доктрине продолжается дискуссия по поводу компенсационной направленности преддоговорной ответственности, поскольку если такая ответственность рассматривается в качестве самостоятельного вида гражданско-правовой ответственности, то ее специфика должна проявляться и в объеме предоставляемого возмещения.

Как отмечают Л. Коффман и Э. Макдоналд, базовым принципом возмещения договорных убытков является то, что потерпевшая сторона должна быть поставлена в такую позицию, в которой находилась бы, если бы договор был исполнен <1>. Аналогичную позицию занимает и Э. Маккендрик <2>. Иными словами, речь идет о возмещении так называемого "положительного" договорного интереса (expectation loss), защите законных ожиданий кредитора в надлежащем исполнении договора (performance interest). В фарватере данной позиции начинает следовать и отечественное законодательство, так как [п. 2 ст. 393 ГК РФ](#) будет дополнен следующим правилом: "...возмещение убытков в полном размере означает, что в результате их возмещения кредитор должен быть поставлен в то положение, в котором он находился бы, если бы обязательство было исполнено надлежащим образом". Вызывает интерес то обстоятельство, что аналогичное правило предусмотрено и в [ст. III.-3:702 DCFR](#) <3>.

<1> Laurence Koffman & Elisabeth Macdonald. The Law of Contract. Fourth Edition. Tolley, 2001. P. 460.

<2> Ewan McKendrick. Contract Law. Text, Cases and Materials. Second Edition. Oxford University Press, 2005. P. 1003.

<3> См.: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) / Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) // http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf.

В отличие от договорной основной целью преддоговорной ответственности, как считает большинство авторов, является постановка потерпевшего в позицию, в которой он был до вступления в преддоговорные отношения. Речь идет о возмещении "отрицательного" договорного интереса (reliance damages). Как указывает Н. Коэн, допускаемая защита за нарушение обязанности действовать добросовестно в ходе переговоров обычно имеет цель

поставить потерпевшую сторону в позицию, в которой она находилась бы, если бы контракт не был заключен, либо в позицию до начала переговоров. Напротив, возмещение за нарушение договора направлено на постановку потерпевшего в положение, в котором он был бы в случае исполнения договора. Таким образом, в системах, возлагающих обязанность по добросовестному ведению переговоров, правонарушитель обычно возмещает расходы, понесенные в ходе переговоров <4>.

<4> Nili Cohen. Pre-Contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate // Good Faith and Fault in Contract Law. Oxford. 2002. P. 48.

В связи с этим вызывают интерес выводы М. Кяэрди, проанализировавшего судебную практику в Эстонии. Он отмечает: "Суды пришли к выводу, что, поскольку обязательство заключить договор может быть создано только на базе действительного предварительного договора, преддоговорная обязанность вести переговоры добросовестно и сопутствующий запрет недобросовестного прекращения переговоров не могут вести к возмещению позитивного интереса. Поэтому сторона, понесшая убытки в связи с недобросовестным началом или прекращением другой стороной переговоров, не вправе заявить притязание с целью оказаться в ситуации, в которой стороны находились бы, если бы они заключили договор... Преддоговорная обязанность вести переговоры добросовестно просто защищает интерес сторон в доверии. Следовательно, в случае его нарушения потерпевшая сторона должна быть поставлена в положение, которое существовало бы, если бы она не полагалась на добросовестно проведенные переговоры" <5>.

<5> Кяэрди М. Развитие концепции преддоговорных обязанностей в эстонском праве // Вестник ВАС РФ. 2009. N 10. С. 36.

Представляется, что при такой трактовке убытков, подлежащих возмещению на преддоговорной стадии, ответственность *culpa in contrahendo*, по сути, сближается с деликтной, которая также в ее классическом понимании направлена на восстановление положения, существовавшего до момента совершения правонарушения. Таким образом, данное понимание компенсационной направленности преддоговорной ответственности может являться дополнительным аргументом для сторонников деликтного подхода в объяснении ее сущности.

Вызывает интерес то, что в большинстве правовых систем возмещению подлежат именно те расходы, которые стали напрасными по причине недобросовестного поведения другого участника переговоров. В этом плане наблюдается консенсус между странами, которые придерживаются как деликтного (Франция, Бельгия, Испания, Италия, Финляндия и др.), так и квазиконтрактного либо самостоятельного (*sui generis*) характера преддоговорной ответственности (ФРГ, Австрия, Швейцария, Греция, Эстония и др.).

Большинство представителей цивилистической доктрины названных стран высказываются об основной цели преддоговорной ответственности - восстановлении положения, существовавшего до момента начала неудачных переговоров, т.е. возвращении потерпевшего в такое положение, в котором он остался бы, если бы не вступил в такие переговоры <6>.

<6> Precontractual liability in European Private Law / Edited by John Cartwright and Martijn Hesselink. Cambridge University Press, 2009. P. 453 - 456.

Убытки в размере положительного договорного интереса (*performance interest*), которые

направлены на постановку кредитора в такое положение, в котором он оказался бы в случае исполнения надлежащим образом обязательства, могут возмещаться лишь на основе уже заключенного договора. Поэтому, как указывается в литературе, возложение ответственности в размере "цены исполнения" (performance interest) за нарушение преддоговорного обязательства недопустимо, поскольку это противоречит идее договорной свободы <7>.

<7> См., например: Nili Cohen. Op. cit. P. 48.

В то же время является очевидным, что ограничение возмещения лишь суммой расходов, ставших напрасными по причине недобросовестности участника переговоров, не всегда соответствует началам гражданско-правовой ответственности. Поскольку при таком понимании компенсационной направленности преддоговорной ответственности она лишь частично направлена на достижение целей корректирующей и дистрибутивной справедливости и лишь незначительно соответствует началу ретрибутивной справедливости.

Вызывает интерес то обстоятельство, что в настоящее время наблюдается тенденция по допущению компенсации потери шанса (loss of chance) на получение прибыли, если переговоры по заключению договора не увенчались успехом по причине недобросовестности второй стороны.

Одним из первых прецедентов, с которым связано возникновение самой концепции возмещения "потери шанса" (loss of chance), стало хрестоматийное английское решение по делу "Chaplin v. Hicks", вынесенное в 1911 г. По данному делу актриса (истец) приняла участие в конкурсе, организованном ответчиком - театральным менеджером. В качестве приза за победу в конкурсе было предусмотрено заключение договора с его организатором с выплатой соответствующего вознаграждения. Истец выиграла первый этап конкурса и была отобрана в число 50 финалисток из числа 6000 участниц. Второй этап конкурса предполагал интервьюирование 50 финалисток в целях отбора 12 победительниц. Однако по вине ответчика истец была лишена возможности принять участие в интервьюировании, что лишило ее разумной возможности выиграть конкурс. Истец требовал возместить потерю шанса победы в конкурсе, против чего возражал ответчик, полагая, что в таком случае могут быть взысканы лишь номинальные убытки.

Суд не согласился с позицией ответчика, посчитав, что в пользу истца должны быть взысканы не номинальные, а компенсационные убытки, поскольку была утрачена реальная возможность оказаться в числе 12 победительниц. Суд определил, что величина утраченного шанса оказаться среди 12 победительниц у истца равнялась примерно 24%. Исходя из такой величины потерянного шанса, суд пропорционально удовлетворил требование о взыскании убытков <8>.

<8> Ewan McKendrick. Op. cit. P. 1055.

На примере данного решения видно, что суд руководствовался всей триадой справедливых начал гражданско-правовой ответственности, была осуществлена справедливая компенсация и распределение потерь между потерпевшим и деликвентом. Очевидно, что взыскание убытков при потере шанса имеет и ретрибутивное значение, поскольку направлено на ликвидацию возможности для правонарушителя избежать ответственности, следовательно, и на сдерживание совершения таких правонарушений в будущем.

Представляет интерес то обстоятельство, что доктрина компенсации "потери шанса" была воспринята многими правовыми системами в целях обеспечения справедливости, в том числе на преддоговорной стадии правоотношений. Так, Кассационный суд Франции, признавая сложность

определения размера убытков при компенсации "потери шанса", тем не менее использует данную доктрину при защите участников преддоговорных отношений с учетом коэффициента возрастания ценности утраченного шанса в заключении договора <9>. Необходимо отметить, что возможность компенсации потери шанса прямо предусмотрена в ст. 1346 Avant projet.

<9> Precontractual liability in European Private Law / Edited by John Cartwright and Martijn Hesselink. Cambridge University Press, 2009. P. 31.

При этом в литературе и правоприменительной практике существовала дискуссия относительно того, как именно потеря шанса подлежит возмещению. Так, некоторое время Кассационный суд Франции допускал возмещение потери шанса заключения будущего договора, который был предметом неудавшихся переговоров. Впоследствии практика изменилась, поскольку правоприменители заняли позицию, что виновное поведение лица, реализовавшего свою свободу на прекращение переговоров, не может послужить причиной возникновения вреда у потерпевшего в виде утраты возможности получить выгоду от договора, который еще был предметом переговоров, поскольку вина в таком случае лежит в обстоятельствах, связанных с прекращением переговоров, но не в самом факте их прекращения <10>.

<10> Precontractual liability in European Private Law. P. 30.

Анализ позиций Кассационного суда Франции позволяет констатировать, что она основывается на уже традиционном подходе к гармонизации позитивного и негативного смысла договорной свободы. Результирующим итогом такой гармонизации является вывод о невозможности получения выгоды от еще не заключенного договора.

Необходимо отметить, что подобная судебная практика не ограничивается только Францией, но существует и в других странах. Так, можно указать на постановление Апелляционного суда г. Салоники (Греция) по делу, в котором истец был поставлен ответчиком в такое положение, что он находился в обоснованной уверенности, что между ними будет заключен договор коммерческого агентирования, по которому истец должен был продвигать на греческом рынке товары иностранного производства. Впоследствии ответчик стал утверждать, что у него не возникли договорные отношения с истцом, договор остался незаключенным. Однако истец уже осуществил некоторые действия по продвижению иностранных товаров на греческий рынок. Суд посчитал, что ответчик должен нести преддоговорную ответственность в размере тех расходов, которые были фактически понесены истцом, а также возместить ему потерю доходов от его обычной деятельности за то время, какое было затрачено истцом на переговоры и продвижение товаров. Суд отказался возместить убытки в размере той прибыли, которую ожидал получить истец от данного договора (expectation damages) <11>.

<11> Precontractual liability in European Private Law. P. 40.

Таким образом, и в данном деле суд стремился гармонизировать негативный и позитивный смысл договорной свободы, право одного участника на отказ от продолжения переговоров и право другого на заключение договора. Поэтому суд отказал в возмещении убытков в размере предполагаемой прибыли от незаключенного договора, однако возместил обе части убытков, составляющие так называемый интерес в доверии (reliance damages).

Возможность компенсации "потери шанса" допускается и в других иностранных правовых порядках. Так, К.Д. Овчинникова ссылается на практику Кассационного суда Италии,

неоднократно отмечавшего, что при необоснованном прекращении переговоров ущерб состоит в понесении потерпевшим ненужных расходов и упущенных альтернативных возможностях заключить аналогичный договор (*occasione contrattuali*), но не в убытках, которых можно было избежать, или потерянных выгодах, которые можно было получить, будь договор заключен <12>. Однако, как отмечает Н. Коэн, такие убытки должны быть доказаны с разумной степенью достоверности <13>.

<12> См.: Овчинникова К.Д. Преддоговорная ответственность // Законодательство. 2004. N 3. С. 14.

<13> Nili Cohen. *Op. cit.* P. 48.

Действительно, компенсация потери шанса на заключение договора с третьим лицом является достаточно "спекулятивным" сегментом преддоговорных убытков. Это обусловлено тем, что неизвестно, была бы такая упущенная возможность реализована в виде заключенного договора с третьим лицом, на каких условиях такой договор был бы заключен и исполнен? При этом помимо доказательств реальности "упущенного шанса" необходимо также представить и доказательства размера понесенных потерь, что трудно выполнимо. Правда, в иностранной литературе отмечается, что трудности в оценке не препятствуют возмещению убытков полностью, суд может попытаться самостоятельно оценить размер потерь потерпевшего. Даже в случае, если потерпевший просто утратил шанс на получение прибыли. Главное, чтобы потерпевший доказал, что потери являются реальными, а не спекулятивными <14>.

<14> See: Janet O'Sullivan & Jonathan Hilliard. *The Law of Contract*. 4-th edition. Oxford University Press, 2010. P. 415.

Необходимо отметить, что российское право эволюционирует в направлении все большей унификации с европейским, поскольку разработчики [проекта](#) изменений ГК РФ предлагают прямо установить объем преддоговорной ответственности в [абзаце третьем п. 2 ст. 434.1](#) ГК РФ. В соответствии с [проектом](#) названной нормы убытками, подлежащими возмещению недобросовестной стороной, признаются расходы, понесенные другой стороной в связи с ведением переговоров о заключении договора, а также в связи с утратой возможности заключить договор с третьим лицом. Данная формулировка вызывает интерес и тем, что помимо расходов, понесенных в ходе переговоров, предлагается возмещать "потерю шанса", утрату возможностей по заключению договора с третьими лицами. При этом планируется дополнить [ст. 393](#) ГК РФ [пунктом](#) следующего содержания: "...размер подлежащих возмещению убытков должен быть установлен с разумной степенью достоверности. Суд не может отказать в удовлетворении требования кредитора о возмещении убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства, только на том основании, что размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности. В этом случае размер подлежащих возмещению убытков определяется судом с учетом всех обстоятельств дела, исходя из принципа справедливости и соразмерности ответственности допущенному нарушению обязательства".

Таким образом, отечественные суды получают возможность самостоятельно устанавливать размер убытков, если у потерпевшего возникнут проблемы с его доказыванием. Представляется, что данная норма может в будущем применяться и при установлении размера преддоговорной ответственности за потерю потерпевшим шанса заключения договора с третьим лицом.

В то же время возникает вопрос, всегда ли будет справедливым оставаться в рамках ставшего традиционным понимания преддоговорной ответственности и ее компенсационной направленности, ограниченного лишь защитой так называемого интереса в доверии (*reliance*

interest), хотя бы и дополненного возможностью взыскания убытков в размере утраченного шанса на получение выгоды от другой деятельности.

Заслуживают внимания выводы китайских авторов о том, что правовые теории предназначены служить тем, кто полагается на их помощь. Но если теория существует лишь только для того, чтобы смущать и вводить в заблуждение тех, кто пришел после ее возникновения, то справедливость требует, чтобы такая теория была изменена в целях отражения социальных потребностей <15>.

<15> Shen Wei, Kenny Yu. Rethinking Pre-Contractual Liability in China - One Step Beyond China's Latest Judicial Interpretation // Hong Kong Law Journal. 2013. Vol. 43. Part 1. P. 308.

Представляет интерес особый подход к ответственности на преддоговорной стадии, который был выработан судебной практикой в Нидерландах. Так, еще в 1957 г. по делу *Baris v. Riezenkamp* Верховный Суд Нидерландов (Hoge Raad) сформулировал позицию, что стороны с момента начала переговоров вступают в правоотношение, оцениваемое с позиций добросовестности, а это предполагает возникновение обязанности у его участников принимать в расчет интересы другой стороны.

Однако в такой позиции Hoge Raad еще не было ничего революционного. Революционным стало решение *Plaz v. Valburg* 1982 г., в котором Hoge Raad выделил три стадии, в которых протекает процесс развития преддоговорного отношения. На первой стадии стороны еще полностью свободны, они вправе прекратить свои переговоры без имущественных последствий. На второй стадии стороны еще вправе прекратить переговоры, однако обязаны возместить контрагенту все расходы, которые были им понесены в ходе таких переговоров (т.е. *reliance damages*). Наконец, на третьей стадии стороны, по сути, уже лишены возможности свободно прекратить переговоры, поскольку если переговоры "созрели" до такой стадии, когда у потерпевшей стороны возникла обоснованная уверенность в заключении договора либо по иным причинам прекращение переговоров является неприемлемым, то у нее возникает право требовать возмещения убытков в размере "интереса в исполнении" (*performance interest*), т.е. убытков, преследующих цель поставить кредитора в такое положение, в котором он бы оказался, если бы получил надлежащее исполнение от будущего договора, который был предметом переговоров (*expectation damages*) <16>.

<16> J.H.M. van Erp. *The Pre-Contractual Stage // Towards a European Civil Code / A.S. Hartkamp, M.W. Hesselink, Ewoud H. Hondius, C. Mak, C.E. du Perron (editors). Fourth revised and expanded edition. Kluwer Law International, 2011. P. 493 - 514.*

Впоследствии Hoge Raad в решении по делу *De Ruitelij v. Ruiters* (1996) несколько смягчил данный подход, указав, что возможно наступление уважительных причин, оправдывающих прекращение переговоров даже на третьей стадии, наличие которых может служить основанием для освобождения от преддоговорной ответственности <17>. Несмотря на такую корректировку, принцип квазиконтрактной, по своей сути, ответственности на третьей стадии преддоговорных отношений устоял и продолжает использоваться в судебной практике. При этом указанная корректировка просто гармонизировала практику Нидерландов с аналогичной практикой в других странах (например, Франции, Бельгии, Италии, Греции и др.), где также признается возможность наступления извинительных причин для прекращения переговоров, которые могут рассматриваться в качестве оснований для освобождения от преддоговорной ответственности.

<17> Precontractual liability in European Private Law. 2009. P. 47.

В этой связи представляет интерес позиция некоторых китайских ученых, сформулированная с учетом последних разъяснений Верховного Народного Суда КНР по вопросам правоприменения в сфере отношений по договору купли-продажи от 1 июля 2012. В данных разъяснениях были сформулированы интересные выводы относительно применения ст. 42 Закона о договорах КНР, вступившего в силу с 1 октября 1999 г. Согласно названной норме сторона, причинившая ущерб, будет нести ответственность за убытки, если в процессе заключения договора вела переговоры недобросовестно, намеренно скрыла факты, имеющие важное значение для заключения договора, или представила неверную информацию либо совершила иное действие, противоречащее принципу добросовестности.

Разъяснения Верховного Суда КНР интересны следующим. Применительно к ст. 42 Закона о договорах 1999 г. было указано на то, что судебная система признает действительность различных "прелиминарных" контрактов (pre-contract, т.е. преддоговорных соглашений <18>), в том числе меморандумов о взаимопонимании, писем о намерениях (letter of intent) и т.д., за нарушение которых стороны принимают на себя ответственность. Таким образом, названные "пре-контракты" были квалифицированы в качестве юридических фактов, свидетельствующих о том, что преддоговорные отношения достигли более зрелой стадии, однако, как отмечается в литературе, Верховный Суд намеренно оставил открытым вопрос о характере и размере такой ответственности <19>.

<18> О понятии и видах преддоговорных соглашений (например, соглашения о продолжении переговоров, о переговорных процедурах и т.д.), а также проблемах их юридической действительности см., например: Alan Schwartz, Robert E. Scott. Precontractual liability and preliminary agreements // Harvard Law Review. 2007. Vol. 120. N 3. P. 662 - 707.

<19> Shen Wei, Kenny Yu. Op. cit. P. 285 - 286.

Необходимо отметить, что многие китайские цивилисты признают самостоятельный характер ответственности на преддоговорной стадии (третий вид ответственности), а также следуют в фарватере классического подхода применительно к характеру взыскиваемых убытков за недобросовестное поведение на преддоговорной стадии отношений, ограничивая их защитой интереса в доверии (reliance damages) <20>.

<20> См., например: Mo Zhang. Chinese Contract Law. Theory and Practice. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. P. 84 - 87; Wang Liming. Introduction to the Contract Law and Case Analysis. People's University Press, 2001. P. 84 - 85; Wang Liming, Xu Chuanxi. Fundamental principles of China's contract law // Columbia Journal of Asian Law. 1999. Vol. 13. P. 1 - 34.

Однако Шен Вэй и Кенни Ю высказали идею, что ответственность за нарушение пре-контракта может быть отграничена от классической преддоговорной ответственности. Они сформулировали тест, состоящий из трех стадий, для определения размера и характера ответственности за нарушение прелиминарного контракта. Так, во-первых, необходимо установить факт недобросовестного поведения на преддоговорной стадии, являющийся основанием для возложения преддоговорной ответственности как таковой. Во-вторых, следует выяснить, содержит ли в себе пре-контракт условия, определяющие основное обязательство (core obligation). В-третьих, объем ответственности будет зависеть от характера пре-контракта. Если он не определяет основное обязательство (например, обязанности продавца продать конкретный товар, а покупателя его приобрести), но имеет в своем содержании лишь условия, регламентирующие, в частности, процесс переговоров (условия о применимом праве, порядке

ведения переговоров, их продолжительности - lock-out agreement), то убытки будут определяться с позиций защиты интереса в доверии (reliance damages). При такой ситуации возмещению будут подлежать, например, напрасно понесенные кредитором расходы при ведении переговоров. Если же пре-контракт уже содержит согласованное основное обязательство (core obligation), возможно взыскание убытков, направленных на защиту интереса в исполнении, целью которых будет постановка кредитора в такое положение, в котором он оказался бы, если бы получил надлежащее исполнение по такому согласованному основному обязательству (expectation damages) <21>.

<21> Shen Wei, Kenny Yu. Op. cit. P. 303 - 304.

Выводы китайских авторов несколько напоминают рассмотренную позицию, сформулированную в судебной практике Нидерландов относительно третьей "зрелой" стадии преддоговорных отношений, при которой переговорный процесс уже, по сути, перетекает в квазиконтрактную стадию. Это обусловлено тем, что на данной "зрелой" стадии, при отсутствии недобросовестного поведения другой стороны, заключение договора уже было бы неизбежным. Поэтому представляется справедливым предоставлять суду дискреционное полномочие по обнаружению такой зрелой стадии преддоговорных отношений и возлагать на недобросовестную сторону такую квазиконтрактную ответственность.

Указанный феномен является еще и проявлением интересной тенденции по эволюции теории договора в гражданском праве. Получается, что постепенно преодолевается ставший уже классическим для договорного права постулат, что только консенсус может являться основанием для возникновения договорного обязательства. Однако, как отмечают Шен Вэй и Кенни Ю, с позиций моральной философии для возникновения обязательства не требуется всякий раз предварительного наличия консенсуса. Ссылаясь на учение нобелевского лауреата Амартии Сена, они указывают, что в обоснование обязательства могут быть положены более широкие моральные основания, как, например, соображения разумности и справедливости <22>.

<22> Shen Wei, Kenny Yu. Op. cit. P. 303 - 304.

Так, еще в 1937 г. американский цивилист Л. Фуллер подверг критике исключительно консенсуальный подход к договору, указав, что идея о возникновении договорной ответственности из одностороннего обещания также является частью общеправовой традиции. В то время как учение о консенсусе окончательно сложилось только в XIX в. <23>. Названный автор указывал на "скользящую шкалу действительности" договорного обещания, используя которую Шен Вэй и Кенни Ю сформулировали новый подход - правило о частичной осуществимости (partial enforcement), согласно которому сторона в переговорах имеет право потребовать осуществления преддоговорного обязательства, если оно было согласованным в достаточной степени, чтобы признать за ним связующую силу. Такое осуществление возможно даже в том случае, если ряд условий будущего договора еще должны были обсуждаться в ходе дальнейших переговоров <24>.

<23> Lon Fuller, William R. Perdue. The Reliance Interest in Contract Damages // Yale Law Journal. 1937. Vol. 46. P. 373, 420.

<24> Shen Wei, Kenny Yu. Op. cit. P. 303 - 304.

Возможны ситуации, когда стороны в достаточной степени согласовали основное обязательство (core obligation), осуществив такую манифестацию воли, при которой возникла

обоснованная уверенность в неизбежности будущего заключения договора, но другая сторона неожиданно разорвала переговоры, ссылаясь на его незаключенность по причине несогласованности ряда условий. Представляется, что суд при таких обстоятельствах должен получить право на индивидуальную оценку поведения участников переговоров с позиций добросовестности, не ограничиваясь лишь возмещением напрасно понесенных доходов (reliance damages), но взыскать и квазидоговорные убытки (expectation damages) при установлении особо злого, намеренного антисоциального поведения. Таким образом, названные убытки будут направлены на реализацию начал не только корректирующей, но и ретрибутивной справедливости. При этом недобросовестного субъекта лишат возможности осуществлять действия "в обход закона" и уходить от ответственности простой ссылкой на факт незаключенности договора.

Необходимо отметить, что названная тенденция по эволюции договора уже проявляется и на примере иностранных кодификаций. Так, в ст. 3:35 ГК Нидерландов уже прямо закреплена модель договорного обязательства, возникающего на основании "доверия" - так называемая reliance based theory <25>.

<25> О проблеме "теории доверия" (reliance-based theory) см., например: Jill Poole. Textbook on Contract Law. 11th edition. Oxford University Press, 2012. P. 7 - 8.

Представляет интерес то, что выводы о допущении взыскания квазидоговорных убытков на преддоговорной стадии высказываются учеными и других стран. Так, греческий автор М. Карасис <26> прямо указывает на возможность взыскания квазидоговорных убытков (quasi-expectation interest) в случае, если недобросовестная сторона прервала переговоры в момент, когда заключение договора казалось неизбежным. Развивается в данном направлении и цивилистика Португалии, при этом данный подход находит свое проявление не только в доктрине, но и в правоприменительной практике <27>.

<26> Commentary on the Greek Civil Code / A. Georgiadis and M. Stathopoulos eds. Vol. 1. Athens, 1979 (repr. 1997). P. 321.

<27> Precontractual liability in European Private Law. P. 52.

В Швейцарии по общему правилу преддоговорная ответственность ограничивается возмещением классического отрицательного договорного интереса (reliance damages). Однако Швейцарский обязательственный закон из соображений справедливости прямо допускает исключения из данной доктринальной установки. Так, согласно п. 1 ст. 26 ШОЗ сторона, которая отказывается от договора, ссылаясь на свое заблуждение, обязана возместить ущерб, причиненный другой стороне недействительностью договора, если она заблуждалась по своей вине и другая сторона не знала и не должна была знать о том, что первая находится в заблуждении. Однако согласно п. 2, если этого требует справедливость, судья может присудить к возмещению ущерба сверх этого. Справедливое увеличение размера ответственности culpa in contrahendo возможно и по правилам ст. 39 ШОЗ.

Необходимо отметить, что данные нормы используются по аналогии и в других ситуациях, когда это требуется для реализации справедливых начал гражданско-правовой ответственности. Так, по одному делу Федеральный суд Швейцарии взыскал квазидоговорные убытки (положительный договорный интерес - expectation damages) в ситуации, когда договор остался недействительным по причине несоблюдения формы, несмотря на то что потерпевший знал о такой недействительности <28>.

<28> Precontractual liability in European Private Law. 2009. P. 58.

Применительно к российскому праву вызывают интерес нормы ГК РФ, посвященные оферте. Так, согласно ст. 435 ГК РФ офертой признается адресованное одному или нескольким конкретным лицам предложение, которое достаточно определенно и выражает намерение лица, сделавшего предложение, считать себя заключившим договор с адресатом, которым будет принято предложение. Оферта должна содержать существенные условия договора, она связывает направившее ее лицо с момента ее получения адресатом. Обращает на себя внимание норма ст. 436 ГК РФ о безотзывности оферты, которая не может быть отозвана в течение срока, установленного для ее акцепта, если иное прямо не оговорено (отзывность) в самой оферте.

Следует отметить, что отечественный законодатель в вопросе безотзывности оферты следует германской правовой традиции, поскольку согласно ст. 145 ГГУ лицо, предложившее другому лицу заключить договор, связано предложением, если только не оговорено, что предложение его не связывает. Наличие правила о "связывающей" оферте, порождающей преддоговорное отношение, объясняет то, почему вопрос о связанности участников на преддоговорной стадии порождает меньше сложностей в германской цивилистике по сравнению с другими правовыми системами <29>.

<29> Precontractual liability in European Private Law. P. 33.

Если преддоговорные отношения "созрели" до той стадии, что была направлена связывающая, безотзывная оферта, представляет интерес вопрос о том, какие убытки могут быть взысканы на такой "зрелой" стадии развития преддоговорного процесса, если, например, оферент направил безотзывную оферту одному лицу, создав для него эксклюзивную возможность по заключению договора, но потом недобросовестным образом вступает в договор с другим контрагентом.

В правовой системе США, использующей конструкцию promissory estoppel, а также во Франции при таких обстоятельствах могут быть взысканы только убытки в размере отрицательного договорного интереса (reliance damages). Однако в германской цивилистике была высказана позиция о возможности взыскания за такое недобросовестное поведение убытков в размере положительного договорного интереса (expectation damages) <30>.

<30> B. Markesinis, H. Unberath, A. Jonston. The German law of contract. A comparative treatise. Second edition. Oxford and Portland, Oregon, 2006. P. 65 - 67.

Представляет интерес позиция Е.В. Богданова. Он пишет: "В связи с получением оферты между оферентом и адресатом возникает обязательственное отношение (в основе которого будет сама оферта и факт получения оферты адресатом), в силу которого оферент принимает на себя обязанность в период срока оферты воздерживаться от аналогичных оферт в адрес других лиц (ст. 307 ГК РФ)... Но если будет отказ от безотзывной оферты, то это имеет такой же юридический эффект, который наступает в связи с нарушением обязательства, т.е. оферент (должник) обязан возместить адресату (кредитору) убытки, причиненные неисполнением своего обязательства. При этом данные убытки должны определяться по правилам статей 393, 15 ГК РФ" <31>.

<31> Богданов Е.В. Предпринимательские договоры. М., 2003. С. 49 - 50.

Таким образом, за такую форму недобросовестного поведения, как отказ от безотзывной оферты, в российском праве также возможно взыскание квазидоговорных убытков. Вызывает интерес то, что [ст. 393](#) ГК РФ планируется дополнить правилом, которое будет прямо указывать на цель таких убытков - постановку кредитора в такое положение, в котором он бы оказался, если бы получил надлежащее исполнение обязательства, т.е. собственно положительный договорный интерес (expectation, performance interest).

В результате можно утверждать, что преддоговорная ответственность, основанная на принципах как деликтной, так и договорной ответственности, способна балансировать между данными концепциями ответственности. Если того требуют соображения справедливости, она может быть ограничена лишь квазиделиктным возмещением (reliance damages), но может быть предоставлено право и на компенсацию потери шанса (loss of chance) и даже взыскание квазидоговорных убытков в размере положительного договорного интереса за недобросовестное поведение на "зрелой" стадии преддоговорного процесса, когда заключение договора становилось неизбежным, если бы не факт недобросовестного поведения другой стороны.

Представляется, необходимо учитывать не только соображения корректирующей и дистрибутивной справедливости, но и ретрибутивной. Если это соответствует целям справедливого воздаяния, возможно взыскание и штрафных убытков (punitive damages) за умышленное антисоциальное поведение на преддоговорной стадии. Такая возможность, например, признается судебной практикой Италии <32>. Начинает признаваться концепция штрафных убытков и во французской цивилистике. Например, на возможность взыскания штрафных убытков за умышленную вину либо за виновное поведение, направленное на извлечение выгоды, прямо указывается в ст. 1371 Avant-projet <33>.

<32> Precontractual liability in European Private Law. P. 46.

<33> Proposals for Reform of the Law of Obligations and the Law of Prescription (Pierre Catala) / English translation by J. Cartwright and S. Whittaker. Oxford, 2007. URL: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapportcatatla0905-anglais.pdf.

Если недобросовестный субъект извлек выгоду из своего поведения, используя, скажем, конфиденциальную информацию, полученную на преддоговорной стадии, то возможно применение штрафных убытков и по российскому праву. Так, согласно [абзацу второму п. 2 ст. 15](#) ГК РФ, если лицо, нарушившее право, получило вследствие этого доходы, то лицо, право которого нарушено, вправе требовать возмещения наряду с другими убытками упущенной выгоды в размере не меньшем, чем такие доходы.

Однако соответствовать целям ретрибутивной справедливости будет не только взыскание штрафных убытков, но и возможность снизить ответственность с учетом вины потерпевшего, своими действиями способствовавшего возникновению или увеличению размера убытков на преддоговорной стадии. Представляется, что с учетом специфики преддоговорной ответственности более справедливым будет применение "контрактной" [ст. 404](#), а не "деликтной" [ст. 1083](#) ГК РФ, поскольку последняя допускает возможность снижения размера возмещения лишь при грубой неосторожности потерпевшего, что явно несправедливо применительно к преддоговорной стадии отношений.

Библиография

Богданов Е.В. Предпринимательские договоры. М.: Книга-сервис, 2003.

Кяэрти М. Развитие концепции преддоговорных обязанностей в эстонском праве // Вестник

ВАС РФ. 2009. N 10.

Овчинникова К.Д. Преддоговорная ответственность // Законодательство. 2004. N 3.

Alan Schwartz, Robert E. Scott. Precontractual liability and preliminary agreements // Harvard Law Review. 2007. Vol. 120. N 3.

Ewan McKendrick. Contract Law. Text, Cases and Materials. Second Edition. Oxford University Press, 2005.

Janet O'Sullivan & Jonathan Hilliard. The Law of Contract. 4-th edition. Oxford University Press, 2010.

J.H.M. van Erp. The Pre-Contractual Stage // Towards a European Civil Code / A.S. Hartkamp, M.W. Hesselink, Ewoud H. Hondius, C. Mak, C.E. du Perron (editors). Fourth revised and expanded edition. Kluwer Law International, 2011.

Jill Poole. Textbook on Contract Law. 11th edition. Oxford University Press, 2012.

Laurence Koffman & Elisabeth Macdonald. The Law of Contract. Fourth Edition. Tolley, 2001.

Markesinis B., Unberath H., Jonston A. The German law of contract. A comparative treatise. Second edition. Oxford and Portland, Oregon: Hurt Publishing, 2006.

Mo Zhang. Chinese Contract Law. Theory and Practice. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

Nili Cohen. Pre-Contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate // Good Faith and Fault in Contract Law. Oxford: Clarendon Press, 2002.

Precontractual liability in European Private Law / Edited by John Cartwright and Martijn Hesselink. Cambridge University Press, 2009.

Shen Wei, Kenny Yu. Rethinking Pre-Contractual Liability in China - One Step Beyond China's Latest Judicial Interpretation // Hong Kong Law Journal. 2013.

Wang Liming, Xu Chuanxi. Fundamental principles of China's contract law // Columbia Journal of Asian Law. 1999.
