

На правах рукописи

ЕРАХТИНА ОЛЬГА СЕРГЕЕВНА

**ДОГОВОРЫ В СФЕРЕ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ
ДЕЯТЕЛЬНОСТИ (ПРОБЛЕМЫ ОПТИМИЗАЦИИ
ПРАВОВОГО ВОЗДЕЙСТВИЯ)**

**Специальность 12.00.03 – Гражданское право;
предпринимательское право; семейное право;
международное частное право**

АВТОРЕФЕРАТ

диссертации на соискание ученой степени

кандидата юридических наук

Москва - 2009

Работа выполнена на кафедре предпринимательского права
Государственного университета – Высшая школа экономики

Научный руководитель - доктор юридических наук, профессор,
Олейник Оксана Михайловна.

Официальные оппоненты:

- Чецов Н.В., доктор юридических наук, профессор;
- Чорновол Е.П., кандидат юридических наук, доцент.

Ведущая организация – Пермский государственный университет.

Защита диссертации состоится 7 апреля 2009 г. в 15:30 на заседании
диссертационного совета Д 521.023.02 при Московской академии экономики
и права по адресу: 117105, г. Москва, Варшавское шоссе, д.23.

С диссертацией можно ознакомиться в библиотеке Московской академии
экономики и права.

Автореферат разослан 5 марта 2009г.

Ученый секретарь
диссертационного совета
кандидат юридических наук, доцент

Ю.С. Харитонова

I. ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

Актуальность темы. Экономические преобразования в России потребовали пересмотра устоявшихся подходов к правовому регулированию договорных отношений хозяйствующих субъектов. В командно-административной экономике взаимодействие хозяйствующих субъектов не было обусловлено их экономическими интересами и значение договора было сведено к маскировке, позволяющей игнорировать объективные экономические законы. Это, помимо прочего, атрофировало в известной мере развитие гражданско-правовых норм, регулирующих хозяйственные отношения¹.

В рыночной экономике основной формой хозяйствования является предпринимательство. Договор же становится основной правовой формой, опосредующей взаимоотношения участников хозяйственного оборота. Прежде всего он является универсальной формой рыночного обмена. Также институт договора используется для оформления процессов кооперации производства и централизации капитала.

Вместе с тем недостаточно рассматривать договор только как правовую форму, опосредующую разнообразные хозяйственные отношения, не затрагивая при этом его макроэкономическую составляющую. Как справедливо отмечал М.И.Кулагин, институт договора используется не только в качестве юридической формы обмена, но и как правовой инструмент организации рыночного хозяйства, опосредующий процессы концентрации капитала и производства². На взгляд автора такой подход наиболее полно раскрывает экономическое содержание договора и его функциональную роль в рыночной экономике. Являясь универсальной формой обмена, договор вместе с тем выступает инструментом организации и функционирования рыночного обмена.

¹ Комаров А.С. Ответственность в коммерческом обороте. М., 1991. С.4.

² М.И. Кулагин. Избранные труды. М.,1997. С. 259.

Предпринимательский договор является единицей координации многочисленных и многообразных хозяйственных связей на всех уровнях экономической системы. Опосредуя процессы рыночного обмена, концентрации капитала и кооперации производства, институт договора таким образом выступает средством организации структуры рыночного хозяйства.

Регулятивный потенциал договора огромен. Однако он недостаточно используется для решения задач, стоящих перед предпринимателями и обществом в целом. Правовая доктрина по-прежнему уделяет недостаточно внимания значению договорного права для развития национальной экономики. «Исповедуя архаичные, во многом предрассудочные представления о договоре и навязывая их обществу, существующая доктрина сдерживает процесс повышения регулирующей роли договора»³.

Решению обозначенной проблемы могут способствовать экономико-правовые исследования. Применение адекватных современным условиям форм и методов правового регулирования требует тщательного изучения сущности экономических процессов. Надо глубоко понимать специфику хозяйственных отношений, чтобы предлагать экономике правовые механизмы воздействия на них.

Методы экономического анализа нашли применение в различных областях законодательства: антимонопольном, налоговом, корпоративном и некоторых других. Большую практическую значимость имеют исследования, направленные на определение способов эффективного применения института договора в предпринимательской сфере.

Целесообразность использования методов экономического анализа для совершенствования правового регулирования хозяйственных отношений подтверждена многолетней зарубежной практикой.

³ Пугинский Б.И. Теория и практика договорного регулирования. М., 2008. С.46.

Степень научной разработанности темы исследования. Проблемы повышения эффективности института договора как одного из основных правовых инструментов регулирования экономических отношений российскими правоведами не исследуются⁴. Вместе с тем в юридической литературе довольно часто поднимается вопрос о необходимости комплексных экономико-правовых исследований проблем правового обеспечения экономики⁵.

Определенный интерес для российской правовой доктрины может представлять опыт Германии, в частности исследования К. Цвайгерта и Х. Кетца.

К сожалению, и в российской экономической литературе недостаточно работ для полноценного анализа экономической эффективности правовых норм. Исключение составляют работы Р.И. Капелюшников Р.И, Я.И. Кузьмина, Ж.А. Мингалева, М.И. Одинцовой, В.Л. Тамбовцева В.Л, А.Е. Шаститко, М.М. Юдкевич и некоторых других ученых. К тому же большая часть монографий по данной тематике отражает зарубежный опыт и не рассматривает российскую действительность.

Актуальность, недостаточная теоретическая разработанность проблем теории и практики договорного регулирования определили выбор темы диссертационного исследования.

Объектом исследования выступают договорные отношения в сфере предпринимательской деятельности.

Предмет исследования составляют действующие российское и зарубежное законодательства, регламентирующие порядок заключения и

⁴ Исключение составляют работы Б.И. Пугинского, И. В.Цветкова, Д.А. Архипова.

⁵ См., например: *Жилинский С.Э.* Предпринимательское право (правовая основа предпринимательской деятельности). Учебник для вузов. 3-е изд., изм. и доп. М., 2000; *Керимов Д.А.* Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). 2-е изд. М., 2001. С.528; *Курбатов А.Я.* Система права и проблемы правоприменительной деятельности // Закон. 2003. №10, М., 2000.Т. 1. С. 5; *Пугинский Б.И.* Теория и практика договорного регулирования. М., 2008. С.53.

исполнения предпринимательского договора, судебная практика, а также выработанные правовой наукой концептуальные положения о предпринимательских договорах.

Цель и задачи исследования. Цель настоящего исследования заключается в том, чтобы, используя методы экономического анализа права, представить специфическую функциональную роль предпринимательского договора в экономике, выявить недостатки правовых норм, регулирующих договорные отношения предпринимателей, и подготовить некоторые рекомендации по их устранению.

Для достижения указанной цели были поставлены следующие задачи:

- исследовать комплекс теоретических и практических вопросов, составляющих экономическую и правовую характеристики предпринимательского договора;
- выявить факторы, препятствующие эффективной реализации предпринимательских сделок;
- определить критерии оценки экономической эффективности договорного регулирования хозяйственных отношений;
- провести сравнительный анализ эффективности форм договорной ответственности;
- изучить особенности способов обеспечения устойчивости и стабильности договорных отношений в предпринимательской сфере;
- сформулировать предложения по совершенствованию правового регулирования договорных отношений предпринимателей.

Теоретической основой решения указанных задач послужили юридические и экономические исследования как российских, так и зарубежных авторов.

В исследовании комплекса теоретических и практических вопросов, составляющих экономическую и правовую характеристики предпринимательского договора, автор опиралась на научные труды Г.Ф. Шершеневича «Курс торгового права», М.И. Кулагина «Предпринимательство и право: опыт Запада», Б.И. Пугинского «Теория и практика договорного регулирования», С.С. Занковского «Предпринимательские договоры в России. Проблемы теории и законодательства», Р. Познера «Экономический анализ права», Оливера И. Уильямсона «Экономические институты капитализма», В.Л. Тамбовцева «Введение в экономическую теорию контрактов».

Большое значение для автора имели работы Б.И. Пугинского и Е.В. Коломенской, в которых исследуются функции договора в рыночной экономике.

Необходимость выявления возможности применения экономического анализа права в странах с континентальной системой права обусловила особое значение для настоящего исследования работ Г.-Б. Шефера и К. Кирхнера.

Основу сравнительного анализа эффективности форм договорной ответственности составили работы О.С. Иоффе, М.И. Брагинского, В.В. Витрянского, С.С. Занковского, А.Г. Карапетова, А.С. Комарова, Е.А. Суханова, И.В. Цветкова и немецких ученых К. Цвайгерта, Х. Кетца, Ф. Лорана.

Эмпирическая база исследования. Настоящее диссертационное исследование основано на изучении современного российского и зарубежного законодательства, материалов судебной практики. Наряду с нормами действующего законодательства изучены нормативно-правовые акты, ранее действовавшие на территории России.

Методологическую основу исследования наряду с общенаучными формально-догматическими методами (наблюдение, описание, построение

схем, концепций и т.д.) составили метод сравнительного правоведения, метод обращения к другим наукам (институциональной экономике и экономической теории права, как одному из ее направлений), а также ряд других методов, содержание которых подробнее отражено в самой диссертационной работе.

Научная новизна диссертационной работы определяется тем, что в ней впервые показана функциональная роль предпринимательского договора в рыночной экономике, определены задачи договорного права в сфере предпринимательской деятельности, а также критерии оценки экономической эффективности действующих правовых норм.

Автором исследованы особенности договорной ответственности в коммерческом обороте, проведен сравнительный анализ эффективности форм договорной ответственности и определены экономико-правовые последствия применения действующих правовых норм.

Такой подход позволил автору поставить ряд вопросов, не нашедших должного освещения в юридической литературе, выявить недостатки правовых норм, регулирующих договорные отношения предпринимателей, и подготовить некоторые рекомендации по их устранению.

Основные положения, выносимые на защиту:

1. Существенная особенность предпринимательского договора заключается в том, что он выступает единицей координации многочисленных и многообразных хозяйственных связей на всех уровнях экономической системы. Опосредуя процессы рыночного обмена, концентрации капитала и кооперации производства, он таким образом выступает одним из основных правовых средств организации и обеспечения функционирования рыночной системы хозяйствования.

Направляющим принципом договорного регулирования хозяйственных отношений должна стать экономическая эффективность. Суть данного

принципа заключается в следующем. Реализация рыночной сделки должна привести к созданию новой стоимости (блага). Правовые нормы должны способствовать максимизации создаваемой стоимости.

2. Строгое следование принципу достоверности ущерба приводит к снижению экономической эффективности рыночных сделок и прежде всего потому, что реализация данного принципа направлена не на создание новой стоимости, а на перераспределение уже созданной. Кроме того, в большинстве случаев доказать в точных цифрах размер убытков не представляется возможным.

Экономически эффективный подход демонстрируют Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА: «Компенсация подлежит только ущербу, который установлен с разумной степенью достоверности» (п.1 ст.7.4.3). Предлагается использовать данный подход в российской практике.

3. Применение принципа непредотвратимости убытков, стимулирующего кредитора сделать все то, что он может, для уменьшения неблагоприятных последствий нарушения договора является экономически обоснованным и эффективным. Правовые нормы должны стимулировать потерпевшую сторону принимать разумные меры к уменьшению размера ущерба, используя различные рыночные альтернативы. Ограничение ответственности должника, вследствие непринятия кредитором мер по уменьшению ущерба направлено на разделение предпринимательских рисков между ними.

Экономически эффективный подход демонстрирует Венская конвенция о договорах международной купли-продажи: «сторона, ссылающаяся на нарушение договора, должна принять меры, которые являются разумными при данных обстоятельствах, для уменьшения ущерба, возникшего вследствие нарушения договора. Если она не принимает таких мер, то нарушившая договор сторона может потребовать сокращения

возмещаемых убытков на сумму, на которую они могли быть уменьшены» (ст.77). Этот подход предлагается внедрить в российскую практику.

4. Гражданский кодекс РФ оставляет вопрос о возможности снижения неустойки судом по собственной инициативе без внимания. Позиция, занятая ВАС РФ по данному вопросу, нашла отражение в п. 1 Информационного письма от 14.07.1997г. N 17 "Обзор практики применения арбитражными судами статьи 333 ГК РФ": суд может снизить неустойку даже без соответствующего ходатайства ответчика.

Представляется, что возможность суда самостоятельно инициировать снижение размера неустойки должна быть ограничена двумя условиями:

- суд должен иметь право инициировать снижение неустойки только в том случае, если со стороны ответчика выступает гражданин, не имеющий статуса предпринимателя;

- если у суда имеются основания снижения неустойки, вопрос о ее соразмерности последствиям нарушения должен быть поставлен на обсуждение сторон в ходе процесса, с тем чтобы кредитор имел возможность обосновать размер установленной в договоре неустойки.

5. Взимание процентов за пользование чужими денежными средствами как институт гражданско-правовой ответственности нуждается в серьезной доработке. Взимание процентов, как и любая другая мера гражданско-правовой ответственности, носит компенсационный характер. Ее основная цель - восстановить нарушенное право. Следовательно, кредитор не должен обогатиться за счет должника. Размер имущественной ответственности должника должен быть эквивалентен минимальному убытку, который участник оборота всегда несет, если кто-то неправомерно пользуется его денежными средствами.

Для того чтобы соблюдалось это требование необходимо пересмотреть показатель, в соответствии с которым определяется размер имущественной

ответственности должника. Этот показатель определен в ст.395 ГК РФ некорректно и требует уточнения.

Применение судами ставки рефинансирования экономически неоправданно. Ставка рефинансирования не является рыночным показателем и не отражает реальные потребности участников гражданского оборота. Несмотря на то что наблюдается устойчивая тенденция к снижению ставки рефинансирования, ее применение может привести к существенному дисбалансу между интересами должника и кредитора.

Представляется, что оптимальным показателем для расчета минимального убытка кредитора является ставка, по которой коммерческие банки учитывают векселя. Данный показатель адаптирован к гражданскому обороту, отражает стоимость кредитных ресурсов, учитывает срок задержки платежа. К тому же аналогичный показатель используется в международной практике.

6. Применение ст. 451 ГК РФ, регламентирующей действия сторон в условиях изменившихся обстоятельств, на практике вызывает множество проблем. Во-первых, сформулированные законодателем критерии оценки изменившихся обстоятельств неоднозначны, «размыты». Во-вторых, п.4 ст.451 ГК, в соответствии с которым основным правовым последствием признания произошедших изменений существенными является расторжение договора, является экономически необоснованным. Во многих случаях стороны заинтересованы лишь в пересмотре договорных условий с учетом изменившейся экономической ситуации. Решение вопроса о расторжении или изменении договора вследствие возникновения существенных затруднений зависит от конкретных обстоятельств, которые должны быть исследованы судом. Предлагается исключить п.4 из ст.451 ГК РФ .

7. Стремление к определенности в договорных отношениях и не всегда четкое правовое регулирование правовых последствий изменения обстоятельств, влияющих на исполнение договора, привели к довольно

широкому использованию в предпринимательской практике оговорок об адаптации договора к изменившимся обстоятельствам.

Включение в договор подобных оговорок неизменно рассматривается судебной практикой в качестве прямого принятия сторонами на себя риска изменения обстоятельств в полном объеме. Суды на этом основании отказываются применять нормы о существенном изменении обстоятельств.

Представляется, что установление в договоре механизмов адаптации к непредвиденным обстоятельствам, только *предполагает*, что каждая из сторон приняла на себя риск возможного изменения обстоятельств. Выводы о принятии (непринятии) заинтересованной стороной на себя риска должны следовать из существа договора и обычаев делового оборота. Что, собственно, и указано в п.2 ст. 451 ГК РФ.

Неправильное толкование судами положений п.2 ст. 451 ГК РФ требует более основательной проработки указанного вопроса на уровне обобщения судебной практики.

Теоретическая и практическая значимость работы. Рекомендации, предложенные в работе, развивают и дополняют отдельные положения науки гражданского и предпринимательского права. Теоретические положения диссертации могут быть использованы при проведении дальнейших исследований проблем правового регулирования предпринимательской деятельности, а также в процессе преподавания курсов «Гражданское право» и «Предпринимательское право».

Практическая значимость работы заключается в том, что содержащиеся в ней выводы, предложения и рекомендации могут быть использованы в правотворческой деятельности по совершенствованию законодательства, регулирующего договорные отношения в сфере предпринимательской деятельности, а также позволят более эффективно применять данные нормы на практике.

Апробация результатов исследования. Предложения и выводы диссертационного исследования обсуждены и одобрены на заседании кафедры предпринимательского права ГУ – ВШЭ.

Основные положения и выводы прошли апробацию при чтении курсов: «Хозяйственное право», «Правовая среда экономической деятельности» на факультетах экономики и менеджмента в ПФ ГУ-ВШЭ; в докладах, сделанных автором на научно-практических семинарах и конференциях, посвященных проблемам правового регулирования предпринимательской деятельности в РФ, а также через публикацию основных положений диссертации.

Структура и объем диссертации обусловлены ее целями и задачами. Работа состоит из введения, трех глав, содержащих девять параграфов, заключения, списка использованной литературы.

II. ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Во введении обосновываются актуальность избранной темы, научная новизна работы, определяются цель, объект и предмет исследования, дается характеристика методологических основ работы, формулируются положения, выносимые на защиту, раскрывается теоретическая и практическая значимость исследования.

В первой главе – «Регулирующая функция предпринимательского договора» - раскрываются основные особенности предпринимательского договора и исследуются его регулятивные возможности.

В первом параграфе – «Понятие и основные особенности предпринимательского договора» - исследуется комплекс теоретических и практических вопросов, составляющих экономическую и правовую характеристики предпринимательского договора, а также раскрываются основные особенности договоров в сфере предпринимательской деятельности.

Экономические преобразования в России потребовали пересмотра устоявшихся подходов к правовому регулированию договорных отношений хозяйствующих субъектов. В ответ на запросы хозяйственной практики в Гражданском кодексе осуществлена углубленная систематизация договорных отношений. Термин «предпринимательский договор» в ГК РФ отсутствует. Тем не менее, в ряде статей кодекса, отражающих те или иные особенности предпринимательского договора, говорится о договоре или обязательстве, связанном с осуществлением предпринимательской деятельности или в сфере предпринимательской деятельности (п.4 ст.23; п.1 ст.184; п.3 ст.401; п.3 ст.428 и др.)⁶.

Более того, ГК РФ содержит нормы, регламентирующие порядок заключения и исполнения договоров исключительно между субъектами предпринимательской деятельности (§3 и 4 гл.30; §6 гл. 34; гл.43, 54 и др.).

Вместе с тем действующее договорное право не в полной мере учитывает особенности предпринимательских сделок. Нормы, регулирующие договорные отношения коммерческих субъектов, зачастую не адекватны современной динамичной хозяйственной практике.

По мнению автора, теоретическая разработка особенностей предпринимательских договоров должна стать одной из первоочередных задач хозяйственно-правовой науки.

При определении особенностей предпринимательских договоров, недостаточно указывать на их связь с предпринимательской деятельностью, субъектный состав, установление к предпринимателю более «жестких» правил, включая повышенную ответственность за нарушение договора. Необходимо также учитывать инновационный характер предпринимательской деятельности. Появление в экономике новых объектов оборота, а следовательно, и новых форм обмена становится возможным

⁶ Предпринимательское (хозяйственное) право: Учебник. В 2т. / Отв. ред. О.М. Олейник. – М., 2000.Т.1. С. 414.

благодаря технологическим и организационным нововведениям предпринимателей. Вступая в договорные правоотношения, они решают задачи связанные с модернизацией производства, внедрением научно-технических достижений, освоением выпуска новых изделий, улучшения их качества.

При осуществлении правового воздействия особое внимание необходимо обращать на долгосрочный характер предпринимательских договоров. Долгосрочные договоры более уязвимы перед воздействием различных неблагоприятных факторов. В тоже время способы обеспечения устойчивости и стабильности договорных отношений в предпринимательской сфере также имеют определенную специфику. Так, законодательством многих стран допускаются некоторые отступления от начал классического договорного права в процедуре исполнения предпринимательского договора. В частности, допускается внесение изменений в договор и даже его расторжение с учетом неожиданно возникших экономических обстоятельств.

Во втором параграфе – «Регулирующая функция предпринимательского договора» - исследуются факторы, которые создают регулирующие возможности договора, и ставятся основные задачи, решение которых направлено на усиление регулирующей функции предпринимательского договора.

Основным фактором, создающим регулятивные возможности договора, является согласованное волеизъявление сторон. Договорное обязательство возникает по воле сторон и их обоюдному согласию. Договор не способен образовывать рыночные связи, однако он выполняет очень важную функцию согласования интересов сторон. Кроме того, он вносит организованность во взаимосвязанную деятельность контрагентов.

В тоже время следует отметить, что порядок и организованность на всех этапах взаимодействия сторон обеспечивает не сам по себе договор, а

нормы и институты договорного права. Следовательно, регулирующая функция договора реализуется посредством правового регулирования.

В условиях несовершенного рыночного обмена договорное право должно способствовать выработке, осуществлению достигнутых договоренностей, а также обеспечению их соблюдения.

На стадии заключения договора основная задача права состоит в определении стандартных условий и процедур, позволяющих хозяйствующим субъектам с минимальными издержками выработать договоренность об условиях взаимодействия, а также предупредить конфликты и злоупотребления в процессе взаимодействия.

На стадии исполнения договора задачей правового регулирования является предоставление оптимальных средств защиты интересов сторон в случае возникновения конфликтов и злоупотреблений, позволяющих с минимальными издержками восстановить нарушенное право и сократить издержки разрешения договорных споров.

Выполнение договорным правом поставленных задач позволит реализовать его основную экономическую функцию, которая состоит в обеспечении эффективной и бесперебойной работы экономической системы.

Во второй главе – «Проблемы повышения эффективности института договорной ответственности» - рассматривается сравнительная эффективность форм договорной ответственности.

В первом параграфе – «Особенности договорной ответственности в коммерческом обороте» - исследуется специфика имущественной ответственности в сфере предпринимательства.

Основной особенностью ответственности за нарушение предпринимательского договора является отказ от принципа вины, как одного из основных условий ее наступления.

В первую очередь такой отказ повлек за собой отступление от принципа полного возмещения вреда. По отдельным видам обязательств и по

обязательствам, связанным с определенным родом деятельности, законом может быть установлена ограниченная ответственность. Характерным примером законодательного ограничения ответственности является ответственность перевозчика в транспортном праве.

Кроме того, развитие института безвиновной ответственности явилось основой для широкого применения страхования гражданской ответственности и предпринимательских рисков. Так, ст. 933 ГК РФ предусматривает возможность заключения договора страхования предпринимательского риска, под которым согласно ст. 929 ГК понимается риск убытков из-за нарушения своих обязательств контрагентами предпринимателя или изменения условий этой деятельности по не зависящим от предпринимателя обстоятельствам.

Вместе с тем в случаях, установленных законом страхование имущественной ответственности участников коммерческого оборота является обязательным. В соответствии со ст. 134 Воздушного кодекса РФ перевозчик обязан страховать ответственность перед грузовладельцем или грузоотправителем за утрату, недостачу или повреждение (порчу) груза.

Ответственность за нарушение договорных обязанностей в коммерческом обороте может наступать независимо от наличия убытков. Так, просрочка в передаче товара по договору поставки может повлечь применение предусмотренного им штрафа независимо от того, появились в результате убытки у приобретателя или нет.

При отсутствии необходимости доказывать убытки отпадает необходимость обоснования причинной связи между противоправным поведением нарушителя и наступившими вредоносными последствиями. Это обстоятельство является очень важным, поскольку взаимозависимость между понесенными убытками и неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательств по предпринимательскому договору доказать довольно сложно.

Исследуя особенности имущественной ответственности в коммерческом обороте, необходимо также отметить возможность

привлечения предпринимателя к повышенной имущественной ответственности (взыскание убытков в полной сумме сверх неустойки). Такая возможность согласно п.1 ст.394 ГК РФ, может быть предусмотрена законом или договором.

Во втором параграфе – «Возмещение убытков, причиненных нарушением договора» - исследуется сравнительная эффективность института возмещения убытков.

Возмещение убытков представляет собой универсальный способ защиты нарушенных гражданских прав. У потерпевшей стороны всегда есть возможность требовать от нарушителя ее права возмещения причиненного вреда. Более того, по общему правилу возмещению подлежат обе части убытков, как реальный ущерб, так и упущенная выгода.

Вместе с тем наряду с принципом полного возмещения убытков в российском праве действует принцип достоверности ущерба. Требование законодательства как при расчете размера реального ущерба, так и при определении размера упущенной выгоды, учитывать только точные данные, которые бесспорно подтверждают наличие убытков и реальную возможность получения прибыли, с экономической точки зрения не всегда является эффективным. Документально подтвержденный ущерб даже с учетом возможности получения упущенной выгоды не будет являться полной компенсацией для стороны, пострадавшей от нарушения договора, поскольку останутся неучтенными те издержки, которые не поддаются прямому измерению.

Применение в качестве меры гражданско-правовой ответственности возмещения убытков, как правило, приводит к систематической недооценке издержек потерпевшей стороны. Во-первых, компенсация не учитывает субъективные оценки блага. Во-вторых, оценка ущерба может оказаться чрезвычайно сложной. Данная мера ответственности демонстрирует свою неэффективность в отношении благ (товаров), не доступных для покупателей

на открытом рынке, а также в отношении благ, стоимость которых не имеет точного денежного выражения.

Доля споров о возмещении убытков в связи с ненадлежащим исполнением договорных обязательств среди всех дел, рассматриваемых арбитражными судами, не превышает 1%. Очевидно, что чрезвычайно низкая активность пострадавших объясняется высокими затратами (временными и материальными) и громоздкостью системы доказывания размера причиненных убытков.

В третьем параграфе – «Проблемы применения неустойки в договорных обязательствах» - раскрываются основные проблемы применения договорной неустойки.

Прежде всего отмечается стимулирующее значение неустойки для выполнения договорных обязательств. Кроме того, поскольку размер суммы, подлежащей уплате в качестве компенсации за нарушение договора, определяется уже во время его заключения, это, во-первых, дает возможность кредитору избежать расходов на доказательство размеров фактических убытков, а во-вторых, в известной мере позволяет должнику быть более гибким в своей коммерческой деятельности.

Размер договорной неустойки, порядок ее исчисления, а в определенной степени и условия ее применения определяются по усмотрению сторон. По усмотрению сторон определяется соотношение неустойки и убытков (ст.394 ГК РФ), если это соотношение не установлено законом. Требование, которое необходимо соблюдать, - соразмерность последствиям допущенного нарушения обязательств.

Несомненно, предоставление возможности сторонам по своему усмотрению формулировать условие договора о неустойке позволяет приспособлять ее к конкретным взаимоотношениям сторон и усиливать ее целенаправленное воздействие.

Вместе с тем анализ арбитражной судебной практики показал, что в подавляющем большинстве предпринимательских договоров устанавливается неустойка, в несколько раз превышающая убытки кредиторов. По мнению автора, такая ситуация обусловлена прежде всего тем, что оценочная теория неустойки не получила в России должного развития. В отсутствие каких-либо ориентиров стороны произвольно определяют размер неустойки.

В определенной степени способствовать решению данной проблемы позволит разработка методики расчета размера договорной неустойки.

В соответствии со ст. 333 ГК РФ, если неустойка явно несоразмерна последствиям нарушения, допущенного должником, суд имеет право уменьшить ее размер. Это правило применимо ко всем видам неустойки. Таким образом, основанием для снижения неустойки является ее явная несоразмерность последствиям нарушения.

В то же время упрощенный подход судов к определению несоразмерности неустойки последствиям нарушения требует более глубоко и основательно проработать данный вопрос на уровне обобщения судебной практики. Особого внимания при решении данной проблемы заслуживает практика МКАС при ТПП РФ.

В работе также обращается внимание на необходимость ограничения предоставленной судам возможности самостоятельно инициировать снижение размера неустойки.

В четвертом параграфе – «Уплата процентов за неправомерное пользование чужими денежными средствами» - оценивается экономическая эффективность института взимания процентов за неправомерное использование чужих денежных средств.

Отмечается, что с экономической точки зрения введение данного института имеет большое значение для защиты прав стороны, потерпевшей неблагоприятные последствия от неисполнения договора контрагентом. Прежде всего право кредитора начислить проценты на сумму долга является

сильным стимулом к исполнению договорных обязательств. Кроме того, проценты причитаются кредитору независимо от наличия у него убытков. В тоже время при наличии убытков кредитор имеет право на их взыскание в сумме, превышающей размер начисленных процентов.

Тем не менее порядок и условия взимания процентов, установленные в рассматриваемой статье, нуждаются в серьезной доработке.

Взимание процентов, как и любая другая мера гражданско-правовой ответственности, носит компенсационный характер. Ее основная цель - восстановить нарушенное право. Следовательно, кредитор не должен обогатиться за счет должника. Размер имущественной ответственности должника должен быть эквивалентен минимальному убытку, который участник оборота всегда несет, если кто-то неправомерно пользуется его денежными средствами.

Для того чтобы соблюдалось это требование, необходимо пересмотреть показатель, в соответствии с которым определяется размер имущественной ответственности должника. Этот показатель определен в ст.395 ГК РФ некорректно и требует уточнения.

Применение судами ставки рефинансирования экономически неоправданно. Ставка рефинансирования не является рыночным показателем и не отражает реальные потребности участников гражданского оборота. Несмотря на то что наблюдается устойчивая тенденция к снижению ставки рефинансирования, ее применение может привести к существенному дисбалансу между интересами должника и кредитора.

Представляется, что оптимальным показателем для расчета минимального убытка кредитора является ставка, по которой коммерческие банки учитывают векселя. Данный показатель адаптирован к гражданскому обороту, отражает стоимость кредитных ресурсов, учитывает срок задержки платежа. К тому же аналогичный показатель используется в международной практике.

В третьей главе – «Проблемы исполнения предпринимательских договоров» - рассматривается проблема исполнения договорных обязательств в условиях изменившихся обстоятельств и оценивается экономическая эффективность правовых механизмов адаптации договора к изменившимся обстоятельствам.

В первом параграфе – «Изменившиеся обстоятельства и концепция экономической невозможности» - исследуются две основные правовые концепции, направленные на решение проблемы изменившихся обстоятельств: концепция невозможности (форс-мажора) и концепция существенных затруднений.

В предпринимательской практике довольно часто встречаются случаи, когда в силу действия объективных факторов выполнение условий договора для одной из сторон становится крайне невыгодным или невыполнимым.

В правовой теории развиваются две основные правовые концепции, направленные на решение проблемы изменившихся обстоятельств. Классическая концепция форс-мажора представляет собой жесткий подход к решению данной проблемы и неприменима к случаям, когда исполнение договора возможно, но в результате наступления непредвиденных обстоятельств становится крайне затруднительным. Такой подход порождает проблему соразмерности усилий и издержек должника и кредитора.

В тех случаях, когда исполнение договора само по себе возможно, но в результате наступления после его заключения непредвиденных обстоятельств становится крайне затруднительным, целесообразно ставить вопрос об экономической невозможности исполнения.

Экономическая невозможность или неприемлемость исполнения подразумевает наличие ситуации, в которой непредвиденные обстоятельства, наступившие после заключения договора, настолько затрудняют должнику исполнение обязательства, что сделка не только теряет для него интерес, но и чревата убытками.

Таким образом, концепция затруднений демонстрирует гибкий подход к решению проблемы изменившихся обстоятельств и направлена на восстановление равновесия договора.

Во втором параграфе – « Становление и развитие института существенных затруднений в российском праве» - исследуются основные проблемы применения института существенных затруднений в российском праве.

Переход России к рыночным отношениям обусловил включение в ГК РФ положений о существенном изменении обстоятельств. Возможность изменения либо расторжения договора в связи с существенным изменением обстоятельств предусмотрена ст. 451 ГК РФ.

Неясность положений данной статьи является одной из основных проблем ее применения на практике.

Во-первых, в ней отсутствуют четкие критерии оценки изменившихся обстоятельств. С одной стороны, существенность произошедшего изменения обстоятельств должна устанавливаться сторонами и судом в каждом конкретном случае. С другой стороны, отсутствие в законе даже приблизительных ориентиров, позволяющих контрагентам самим оценить значительность изменений, по сути, лишает их возможности самостоятельно урегулировать данную проблему.

Представляется, что критерии оценки существенности изменений или пути их определения должны быть обозначены в самой правовой норме. Так, согласно ст. 6.2.2. Принципов УНИДРУА, решение вопроса о «фундаментальности» изменений, безусловно, зависит от конкретных обстоятельств. Однако если исполнение может быть точно измерено в денежном выражении, то изменение, составляющее 50 процентов или более, вполне вероятно будет составлять «существенное» изменение.

Во-вторых, возникновение существенных затруднений при исполнении договора является основанием для его изменения или расторжения. Причем согласно п.4 ст. 451 решение об изменении договора должно приниматься в

исключительных случаях. Такой подход является экономически необоснованным. Решение вопроса о расторжении или изменении договора вследствие возникновения существенных затруднений зависит от конкретных обстоятельств.

При решении обозначенной проблемы особого внимания заслуживает подход УНИДРУА. Так, согласно ст. 6.2.2. Принципов международных коммерческих договоров, если сторона ссылается на затруднения, то она в первую очередь ставит перед собой цель сохранить действующий договор, но изменить его условия. Такой подход отвечает потребностям стабильности хозяйственного оборота.

В третьем параграфе – « Договорные условия о форс-мажоре и затруднительных обстоятельствах в предпринимательской практике» - раскрывается практическая значимость и правовые последствия введения в договор условий о форс-мажоре и затруднительных обстоятельствах.

Стремление к определенности в договорных отношениях и не всегда четкое правовое регулирование правовых последствий изменения обстоятельств, влияющих на исполнение договора, обусловили широкое применение в коммерческой практике условий о форс-мажоре и затруднительных обстоятельствах.

Согласовывая условия о форс-мажоре и затруднительных обстоятельствах, стороны должны в полной мере осознавать их практическую значимость и правовые последствия включения и, напротив, невключения данных условий в договор.

Цель форс-мажорной оговорки - освобождение от ответственности при наступлении событий, препятствующих исполнению договора. Что касается самого договорного обязательства, то по общему правилу должник освобождается от его исполнения лишь на время, пока продолжает действовать событие, препятствующее исполнению договора.

Цель условия о затруднении - пересмотр условий договора, с тем чтобы восстановить первоначальный баланс интересов сторон и продолжить его исполнение.

На практике встречаются договоры, в которых стороны ограничиваются простой ссылкой на обстоятельства форс-мажора, не перечисляя конкретных событий, которые они считают таковыми. Такое договорное условие не создаст большей определенности в отношениях.

В некоторых случаях, стороны, напротив, необоснованно расширяют количество ситуаций, предполагающих освобождение от договорной ответственности. В этом случае они должны иметь в виду, что последующая квалификация наступивших событий в качестве основания освобождения от ответственности будет зависеть от многих факторов. Анализ арбитражной судебной практики показал, что суды с большой осторожностью подходят к вопросу об отнесении приведенных в договоре обстоятельств к разряду форс-мажорных.

Представляется целесообразным в форс-мажорной оговорке регламентировать порядок уведомления о возникновении препятствий, а также порядок удостоверения (подтверждения) соответствующего форс-мажорного события.

Что касается договорного условия о существенных затруднениях, то, учитывая выводы предыдущего параграфа, стороны прежде всего должны определить в нем критерии оценки существенности произошедших изменений либо способы их определения. Вместе с тем анализ договорной практики показывает, что, формулируя условия о затруднениях, стороны ограничиваются такими положениями как «чрезмерное обременение», «значительное изменение» и т.п.

В случае если критерии оценки существенности изменений не будут определены сторонами на стадии заключения договора, возможность самостоятельной корректировки условий соглашения в случае их наступления, будет сведена к минимуму.

В оговорке целесообразно также регламентировать процедуру пересмотра условий соглашения, определить способы его адаптации к изменившимся обстоятельствам. В противном случае она будет абсолютно бесполезной.

В заключении обобщаются итоги диссертационного исследования.

По теме диссертации опубликованы следующие работы:

1. *Ерахтина О.С.* Проблема определения размера процентов, начисляемых за неправомерное пользование чужими денежными средствами // *Законы России.* 2008. № 3. - 0,6 п.л. (Рекомендовано ВАК РФ)
2. *Ерахтина О.С.* Изменение и расторжение договора в связи с существенным изменением обстоятельств: проблемы правоприменительной практики // *Законы России.* 2009. № 1. – 0,6 п.л. (Рекомендовано ВАК РФ)
3. *Ерахтина О.С.* Актуальные проблемы становления и развития хозяйственного законодательства в России // *Сборник материалов VI Всероссийской научной конференции, посвященной 80-летию со дня рождения профессора З.И. Файнбурга.* Пермь, 2002. – 0,2 п.л.
4. *Ерахтина О.С.* Проблемы эффективности правового регулирования хозяйственной деятельности // *Сборник материалов Международной научно-практической конференции.* – Пенза, 2004. - 0,2 п.л.
5. *Мингалева Ж.А., Ерахтина О.С.* Экономический анализ права как внешний ценностный критерий оценки эффективности правового регулирования хозяйственной деятельности // *Вестник Пермского университета.* 2006. № 5 - 1 п.л.
6. *Мингалева Ж.А., Ерахтина О.С.* Типы предпринимательских контрактов и механизмы, поддерживающие их исполнение // *ВУЗ. XXI век: Науч.-информ. вестник / Западно-Уральский институт экономики и права.* - Пермь, 2007. № 20. - 1,2 п.л.
7. *Ерахтина О.С.* Проблемы применения неустойки в договорных обязательствах // *Закон и право.* 2008. № 11. - 0,6 п.л.