

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЭКОНОМИЧЕСКОЕ ПРАВО

Юридикто-экономический анализ эффективности реализации исполнения в натуре на основе применения Конвенции ООН о договорах международной купли- продажи товаров 1980 года

*Коржов Е.Н.**

Обеспечение государством наиболее благоприятного правового режима в международном коммерческом обороте во многом обусловлено участием этого государства в мероприятиях мирового уровня. Являясь одним из наиболее эффективных путей достижения этой цели, активное участие и последующее присоединение к вырабатываемым совместно унифицированным документам служит важным залогом минимизации различий в правовом регулировании торговых операций стран-участниц. Тем самым устраняются барьеры для развития мирового экономического сотрудничества. Весьма заметным достижением в этой области в современных условиях является Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года (далее – Конвенция)¹.

Даже с учетом достаточно невысокой первоначальной заинтересованности государств в принятии Конвенции, о чем можно судить исходя из восьмилетнего периода, понадобившегося для вступления

* Коржов Евгений Николаевич – аспирант кафедры частного права Всероссийской академии внешней торговли.

¹ См.: Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров. Комментарий. М.: Юридическая литература, 1994. С. 6. (Далее – Комментарий к Конвенции.)

Конвенции в силу, выбор в качестве предмета исследования исполнения обязательства в натуре как средства правовой защиты по Конвенции объясняется как все возрастающим значением этого международного унифицированного документа², так и существующим в правовых системах различием в предоставлении такого средства защиты.

Несмотря на то что положения Конвенции как международного договора имеют приоритет над нормами национального права, в ст. 7 (2) Конвенции определено, при каких обстоятельствах суд, обязанный применять Конвенцию, тем не менее, может прибегнуть к национальному праву.

Конвенция согласно ст. 28 предоставляет суду возможность вынесения решения об исполнении в натуре тогда, когда бы он сделал это на основании своего собственного закона. Иными словами, ст. 28 Конвенции отсылает к национальному праву.

В ст. 28 Конвенции предусмотрено, что «если в соответствии с положениями настоящей Конвенции одна из сторон имеет право потребовать исполнения какого-либо обязательства другой стороной, суд не будет обязан выносить решение об исполнении в натуре, кроме случаев, когда он сделал бы это на основании своего собственного закона в отношении аналогичных договоров купли-продажи, не регулируемых настоящей Конвенцией».

Разработчики Конвенции понимали ст. 28 Конвенции так, чтобы разрешить судам общего права отказывать в предоставлении исполнения в натуре по договорам, регулируемым Конвенцией, когда они не предоставили бы исполнение в натуре относительно договора, регулируемого их национальным правом³. Тем самым подразумевалось,

² Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров, 1980 г. По состоянию на 1 января 2008 г. в Конвенции участвуют 70 государств.

³ См.: United Nations General Assembly Official Record (далее – U.N. Doc.) A/CONF.97/C.1/SR.13 (1980), paras. 44, 51.

«Действие ст. 28 (Конвенции – Е. К.) не ограничено судами общего права. Положение ст. 28 также потенциально ограничивает доступность исполнения в натуре в судах континентального права. Такое средство правовой защиты недоступно согласно немецкому праву после истечения *Nachfrist*». – См.: Treitel G.H. Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account. Oxford: Clarendon Press, 1988. P. 48. «Только денежные убытки (*Schadenersatz*) могут быть возмещены в случае несоблюдения *Nachfrist*». – Ibid. P. 52-53. Исполнение в натуре (*execution en nature*) недопустимо, согласно французскому праву, «для обязательств, требующих личного исполнения (*obligation de faire*)». – См.: Nicholas B. French Law of Contract. London: Butterworth & Co., 1982. P. 213.

что если кредитор (покупатель)⁴ потребует исполнения в натуре в суде государства, относящегося к системе общего права, у него будет меньше шансов получить удовлетворение этого требования, чем в суде страны континентального права⁵.

В литературе отмечается, что удовлетворение судами требования об исполнении в натуре ограничено во всех правовых системах⁶. Однако подходы национального права в отношении предоставления кредитору исполнения в натуре отличаются своеобразием и могут быть классифицированы на четыре типа: 1) исполнение в натуре может быть реализовано (с некоторыми оговорками)⁷; 2) исполнение в натуре может быть реализовано только для определенных видов обязательств⁸; 3) к исполнению в натуре можно обратиться лишь в исключительных случаях⁹ и 4) реализация исполнения в натуре невозможна¹⁰.

⁴ Рассмотрение покупателя в качестве кредитора представляет больший интерес, чем рассмотрение ситуации, когда за исполнением в натуре обращается продавец. Это связано не только с различием процессуальных аспектов принуждения к поставке товара или его принятию (с уплатой цены за него), но, как будет показано далее, и предполагает учет определенных экономических аспектов, относящихся непосредственно к истребуемому товару, а не цене за товар.

⁵ См. Комментарий к Конвенции. С. 128, п. 1.

⁶ См.: Treitel G.H. Op. cit. P. 52-53. Но ср.: Bergsten E.E. The Law of Sales in Comparative Law, in Les Ventes International De Marchandises. Y. Guyon ed. Paris: Economica, 1981. P. 3, 4 (средство защиты (исполнение в натуре) доступно во всех правовых системах).

⁷ См., например: Treitel G.H. Op. cit. P. 51 (исполнение в натуре признано как первичное средство защиты при нарушении договора согласно немецкому праву). Ср.: Horn N., Kotz H. & Leser H. German Private and Commercial Law: An Introduction. Oxford: Clarendon Press, 1982. P. 109-111 (отмечаются обстоятельства, при которых исполнение в натуре недопустимо по немецкому праву).

⁸ См., например: Tallon D. Remedies: The French Report, in Contract Law Today. D. Harris & D. Tallon eds. Oxford: Clarendon Press, 1989. P. 269; Dawson J.P. Specific Performance in France and Germany // Michigan Law Review. 1959. Vol. 57. P. 495 (описываются возможность обращения к исполнению в натуре согласно французскому праву). Ср.: Nicholas B. Op. cit. P. 211-213 (обязательства *de faire* и обязательства *de donner* различаются согласно французскому праву; средство защиты по исполнению в натуре соответствует последнему обязательству).

⁹ См., например: Farnsworth E.A. Contracts. Boston: Little, Brown & Co., 1982. P. 820, 821, § 12.4 (средства защиты по праву справедливости (исполнение в натуре) характеризуются как «экстраординарные»; «английские суды отдают большее предпочтение средствам «замены»»).

¹⁰ См.: United Nations General Assembly Official Record Supplement (N 18). 1969. Vol. 24. P. 85, U.N. Doc. A/7618 (представитель Объединенной Арабской Республики отметил, что «концепция исполнения в натуре была неизвестна в некоторых странах»).

Таким образом, суды будут руководствоваться в процессе вынесения решения о применении данного средства правовой защиты возможностью его реализации. Иными словами, суд, согласно ст. 28 Конвенции, не обязан выносить решение об исполнении обязательства в натуре «иностранный договор», если бы такое исполнение не потребовалось на основании его собственного закона в отношении аналогичных договоров купли-продажи.

С учетом того, что в настоящее время тенденция к предоставлению исполнения в натуре в сфере коммерческого оборота такова, что в целом требование кредитора может быть удовлетворено вне зависимости от применимого к отношениям сторон права¹¹, обратимся к общему праву, которое относится к определенной выше третьей категории правовых систем¹², предоставляющей исполнение в натуре в исключительных случаях.

Статья 28 Конвенции присущи две значительные неопределенности в формулировке: ссылки на «свой собственный закон» и на «аналогичные договоры купли-продажи, не регулируемые настоящей Конвенцией».

Значение выражения «свой собственный закон» является далеко не очевидным. Это выражение может относиться как отдельно к материальному праву страны суда, так и к совокупному праву страны суда, включая нормы его коллизионного права.

¹¹ В исламском арабском праве (традиционно относимом к четвертому типу классификации) в настоящее время существуют два основных подхода к предоставлению исполнения в натуре. Первый заключается в том, что ограничение кредитора в выборе средств защиты не допускается, если религиозное правило, регулирующее сходные отношения, причиняет вред понесшей от неисполнения договора ущерб стороне, не позволяя сделать выбор между средствами по ее усмотрению. В этом случае суд может (но не обязан) обратиться к правилу, которое не позволит ему удовлетворить требования кредитора об исполнении в натуре, если такое удовлетворение принесет должнику убытки большие, чем потери кредитора при вынесении решения о возмещении убытков взамен. В соответствии со вторым подходом суд не вправе вмешиваться в отношения сторон, принуждая одну из них к исполнению принятых на себя обязательств, если только к ее контрагенту не перешло право собственности на товар. В общем, применительно к коммерческим отношениям кредитор имеет право требовать исполнения в натуре без учета религиозных декретов, а также вне зависимости от перехода права собственности на товар. – Об этом подробнее см.: Jafarzadeh M. Buyer's Right to Specific Performance: A Comparative Study Under English Law, the Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980, Iranian and Shi'ah Law. Tehran: Shahid Beheshti University, 2001. P. 27-32.

¹² См.: Walt S. For Specific Performance Under the United Nations Sales Convention // Texas International Law Journal. 1991. Vol. 26. P. 213.

История разработки и принятия Конвенции указывает на то, что данная формулировка первоначально была включена в ст. 28 Конвенции для избежания появления обязанности у суда выносить решения об исполнении в натуре, когда такое средство защиты не было известно национальному праву страны суда¹³. Затем ст. 28 Конвенции была изменена с той целью, чтобы дать возможность судам, чьи системы права предусматривают соответствующий механизм, не выносить решение, обязывающее к исполнению в натуре, если не соблюдены условия их национального права для принятия такого решения¹⁴.

Толкование выражения «свой собственный закон» как обращение к совокупному праву страны суда, включая его коллизионные нормы, сделало бы цель поправки статьи недостижимой. Если предположить, что коллизионные нормы права страны суда укажут на применение закона, по которому исполнение в натуре допустимо, то суд, даже если исполнение в натуре было полностью недопустимо или рассматривалось как исключительное средство защиты для суда в соответствии с нормами его национального права, был бы обязан вынести решение об исполнении в натуре согласно ст. 28 Конвенции.

Толкование выражения «свой собственный закон» как обращения к материальному праву страны суда позволяет избежать такого результата. Подобное толкование также совместимо с принципами коллизионного права, использовавшимися для избежания проблем отсылки с целью унификации выбора правовых норм, относящихся к договорам международной купли-продажи товаров на международном уровне¹⁵.

Сказанное позволяет согласиться с мнением, высказанным в литературе, согласно которому ограничение, установленное ст. 28 Конвенции, заключается в том, что суду нет необходимости выносить решение об исполнении в натуре, если бы он не поступил так, применяя «свое собственное независимое национальное право»¹⁶.

¹³ См.: Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Prepared by the Secretariat, U.N. Doc. A/CONF.97/5 (1979) (далее – Draft Commentary), art. 26, para. 3; Kastely A.H. The Right to Require Performance in International Sales: Towards an International Interpretation of the Vienna Convention // Washington Law Review. 1988. Vol. 63. P. 607, 625.

¹⁴ См. U.N. Doc. A/CONF.97/C.1/SR.13 (1980), paras. 42–45.

¹⁵ См. ст. 15 Конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров 1986 г.: «Термин «право» в Конвенции означает действующее в государстве право за исключением коллизионных норм».

¹⁶ См.: Walt S. Op. cit. P. 219.

Выражение «*в отношении аналогичных договоров купли-продажи, не регулируемых настоящей Конвенцией*» означает, что ограничение ст. 28 Конвенции в предоставлении исполнения в натуре не распространяется на все договоры международной купли-продажи.

«Аналогичные договоры» являются теми договорами, которые как минимум регулируют предметы, сопоставимые с теми, к которым применяется Конвенция. В ст. 2 Конвенции перечислены виды продаж, к которым Конвенция не применяется. Поэтому все договоры купли-продажи, которые не выходят за рамки ст. 2 Конвенции, являются аналогичными договорами.

«Договоры купли-продажи, не регулируемые настоящей Конвенцией» относятся к договорам вне сферы действия Конвенции. Они представляют собой договоры купли-продажи товаров между сторонами, коммерческие предприятия которых находятся в одном государстве, или в не присоединившихся к Конвенции государствах, или когда коллизонное право отсылает к национальному праву страны, не присоединившейся к Конвенции¹⁷.

Поэтому аналогичными договорами, не регулируемыми Конвенцией, следует признать договоры купли-продажи внутри одной страны или договоры купли-продажи товаров, заключенные между сторонами государств – неучастников Конвенции, предметы которых при этом не выходят за рамки ст. 28 Конвенции.

Сделки по купле-продаже в пределах государства регулируются в праве США Разделом 2 Единообразного торгового кодекса США (далее – ЕТК). Статья 28 Конвенции поэтому предполагает установление судом США возможности обращения к исполнению в натуре для «аналогичных договоров купли-продажи» по ЕТК. Следовательно, необходимо провести сравнение между предметами договоров, регулируемых Конвенцией, и предметами аналогичных договоров, регулируемых согласно национальному праву (США).

На какие критерии должен обратить внимание суд в определении, аналогичен ли договор, регулируемый Конвенцией, тем типам договоров, для которых допустимо исполнение в натуре по национальному праву?

¹⁷ См. ст. 1 (1) Конвенции: «Настоящая Конвенция применяется к договорам купли-продажи товаров между сторонами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах: а) когда эти государства являются Договаривающимися Государствами; или б) когда, согласно нормам международного частного права, применимо право Договаривающегося Государства».

Цена. Обычно сопоставимый товар продается за рубежом, если он предлагается по более низкой цене, чем товар, произведенный на внутреннем рынке покупателя. Такое сравнительное ценовое преимущество может вытекать из разницы затрат на транспортировку, экспортно-импортных ограничений, субсидий, тарифов, технологии и т.д.¹⁸ Ценовые различия между сопоставимым товаром также характерны и для внутренних рынков, что вызвано схожими факторами. Поэтому условие цены не является подходящим основанием для сравнения договора международной купли-продажи товаров с договором купли-продажи внутри одной страны, для которого исполнение в натуре является применимым средством защиты.

*Платежеспособность нарушившей договор стороны или финансовое положение понесшей ущерб стороны*¹⁹. Если положение ст. 28 Конвенции предполагает сравнение между «аналогичными договорами купли-продажи, не регулируемые настоящей Конвенцией», то наличие средств для покупки заменяющего товара относится к понесшему убытки покупателю; наличие достаточных средств для возмещения убытков относится к нарушившему договор продавцу. Последние два условия не относятся к предмету договора или рынку товара, определяемого по договору, а также не регулируются Конвенцией. Поэтому случаи вынесения решений о предоставлении исполнения в натуре, которые затрагивают платежеспособность должника или финансовое положение кредитора²⁰, не будут существенной особенностью договора, на которую должен обратить внимание суд в определении аналогичности договора ст. 28 Конвенции.

¹⁸ См. Krugman P. & Obstfeld M. *International Economics: Theory and Policy*. – Glenview, Ill.: Little, Brown, 1987. P. 31-32, 82-87 (рассмотрение обстоятельств, препятствующих полному уравниванию цен производственного фактора и цен на товары).

¹⁹ Данный критерий следует из анализа судебных решений – см., например: дело *Gerwin v. Southeastern Cal. Ass'n of Seventh Day Adventists*. – California Reporter. Vol. 92. P. 111, 117, California Appellate Reports, Third Series. 1971. Vol. 14. P. 209, 214 (исполнение в натуре было предоставлено, когда истец был неспособен купить заменяющий товар по ценам его финансовых возможностей); дело *Stephen's Mach. & Tool v. D & H Mach. Consultants*. – Ohio Appellate Reports, Second Series. Vol. 65. P. 197, 200, North Eastern Reporter, Second Series. 1979. Vol. 417. P. 579, 583 (исполнение в натуре было предоставлено судом, когда финансовое положение покупателя не позволило приобрести сопоставимый механизм в другом месте).

²⁰ См.: *Bankruptcy (cases)* – Eastern District Court Reports (Pennsylvania). 1983. Vol. 37. P. 931.

Уникальность и доступность (наличие) товара. В Комментарий к проекту Конвенции отмечено²¹, что «если покупателю необходимы товары в количестве и качестве, предусмотренном договором, он может оказаться неспособным приобрести заменяющие товары в необходимый срок... что соответствует ситуации, когда альтернативные источники поставки находятся в других странах, и, что особенно актуально, если договор купли-продажи относится к международному». В отношении продавца соответствующие особенности определены в Комментарий к проекту Конвенции, как если проданный товар – нестандартный товар на внутреннем рынке продавца, или же спрос на этот товар является гибким на данном рынке²².

Как отмечено в том же комментарии, в большинстве случаев, в которых покупатель будет требовать исполнения договора в натуре, регулируемого Конвенцией, товар будет нестандартным или товаром, ограниченным в наличии на местном рынке покупателя²³. Поэтому ограничения в наличии стандартного или нестандартного товара на местном рынке являются существенными особенностями «аналогичных» договоров купли-продажи внутри одной страны согласно ст. 28 Конвенции.

Таким образом, суду (или арбитражу) в процессе вынесения решения в пользу исполнения в натуре при сравнении договоров, регулируемых согласно Конвенции и применимому национальному праву, необходимо установить является ли товар *нестандартным (т.е. уникальным)* или *ограниченным в наличии на внутреннем рынке (покупателя)*²⁴.

²¹ См.: Draft Commentary, art. 42, para. 1.

²² См.: Draft Commentary, art. 42, para. 1.

²³ Ibid.

²⁴ Обращаясь к регулированию данного вопроса по праву США, отметим, что в соответствии с § 2-716 (1) ЕТК суду позволено выносить решение об исполнении в натуре на основании предписанных законом условий (в Uniform Commercial Code (USA) (далее – U.C.C.) § 2-716, comment. 1 (1990) определено, что § 2-716 (1) ЕТК не направлен на ограничение использования «обоснованного усмотрения суда»). Поэтому в соответствии со ст. 28 ВК требуется, чтобы суд США предоставил исполнение в натуре только если применяя § 2-716 (1) ЕТК он поступил бы так же, как если бы договор касался купли-продажи товаров, *ограниченных в наличии на местном рынке покупателя*. Согласно ст. 28 ВК, суду не предоставлено право выбора. Если средство по исполнению в натуре будет вынесено в соответствии с § 2-716 (1) ЕТК, то суд будет обязан использовать средство защиты, допустимое по Конвенции. У понесшего убытки покупателя (а не суда) есть право прибегнуть к средству защиты по собственному усмотрению путем выбора между средствами защиты.

Согласно доктрине общего права, кредитор вправе потребовать исполнения в натуре в случаях, когда он представляет доказательства того, что понесет непоправимый ущерб в отсутствии решения суда об исполнении в натуре. В обоснование необходимости применения доктринального подхода общего права к исполнению в натуре во время работы Венской дипломатической Конференции в 1980 году представителем США были предложены следующие доводы.

Первый был основан на *строгости санкции за нарушение решения суда об исполнении в натуре*, неисполнение которого могло привести к штрафам и лишению свободы²⁵.

Представляется, что этот довод недостаточно обоснован. Несмотря на то что суд мог лишить свободы должника за неисполнение судебного решения исполнить договор, суд не обязан поступать именно так. Вероятнее всего, что суд применил бы штрафные санкции для принуждения должника к исполнению договора. «Наложение штрафа может быть более эффективным средством... примененным для обеспечения принудительного исполнения требования кредитора»²⁶. Поэтому обоснование ограничения требования исполнения в натуре строгостью механизма принуждения к исполнению судебного решения нельзя признать доказательным.

Второе обоснование состоит в том, что применение исполнения в натуре *неэффективно*²⁷. Данное утверждение следует из концепции, согласно которой система средств правовой защиты, принятая в странах общего права, направлена на содействие субъектам, которым адресованы обещания в преодолении последствий нарушения договора. Она не задается целью заставить лиц, давших обещания, выполнять их. Ее задача заключается в ответе на вопрос: какие стимулы должны иметь люди, которые вступают в отношения с теми, кто дает обещания?²⁸

В момент заключения договора у каждой из сторон есть основания предполагать, что договор будет для нее выгодным. Субъект, однако,

²⁵ См.: U.N. Doc. A/CONF.97/C.1/SR.18 (1980), paras. 48-49.

²⁶ См.: Tallon D. Op. cit. P. 268-269 (характеристика использования французского термина "*astreinte*" (штраф)).

²⁷ См., например: Cohen L. The Relationship of Contractual Remedies to Political and Social Status: A Preliminary Inquiry // University of Toronto Law Journal. 1982. Vol. 32. P. 31, 59; Farnsworth E.A. Damages and Specific Relief // American Journal of Comparative Law. 1979. Vol. 27. P. 250-251.

²⁸ См.: Мозолин В., Фарнсворт Е. Договорное право США и СССР: история и общие концепции. М.: «Наука», 1988. С. 126.

может ошибиться в оценке чистой выгоды, ожидаемой от исполнения договора, либо обстоятельства могут измениться таким образом, что не оправдают его первоначальные ожидания и договор окажется для него невыгодным.

Если неисполнение договора приводит к выгоде для противодействующей его исполнению стороны за счет потерь другой, результат исполнения будет экономически эффективным только тогда, когда стоимость выгоды для противодействующей стороны превышает стоимость потери для другой. Ввиду того что каждый индивид оценивает стоимость со своей точки зрения, выгода и потеря не могут сравниваться в абсолютном измерении.

Один из принципов, разработанный для выхода из этого затруднительного положения, сводится к тому, что перераспределение ресурсов желательно лишь при условии, что *сторона, получающая выгоду, оценивает свои приобретения выше, чем остающаяся в проигрыше сторона оценивает свои потери*. Этот принцип может быть применен к перераспределению ресурсов, которые являются следствием нарушения договора, а также к выплате компенсации за убытки, причиняемые таким нарушением. Нарушившая договор сторона может получить достаточную чистую прибыль от нарушения договора, даже если компенсирует потери, подсчитанные в соответствии с субъективным пожеланием понесшего ущерб контрагента. Если это так, то неисполнение и последующее за этим перераспределение ресурсов является социально желательным и в рамках экономической теории не только санкционируется, но и поощряется подобное нарушение договора. Предотвращение нарушения путем принуждения к исполнению приведет к нежелательному распределению ресурсов, так как нарушившая сторона будет терять больше, чем приобретает понесшая ущерб сторона²⁹.

Экономический анализ. Возмещаемые кредитору убытки за нарушение договора согласно ст. 74 Конвенции не могут превышать ущерба, который нарушившая договор сторона предвидела (или должна была предвидеть) в момент заключения договора, и, следовательно, действие ст. 74 Конвенции не распространяется на расходы, предвидимые

²⁹ См.: Мозолин В., Фарнсворт Е. Указ. соч. С. 129-131.

В обоснование экономической теории существует точка зрения, согласно которой нарушение договора порождает максимализацию прибыли, что должно поощряться со стороны судебных органов и законодателя. – См.: Posner R. *Economic Analysis of Law*. 2d ed. Boston: Little, Brown & Co., 1977. P. 89-90.

лишь после заключения договора (в том числе на так называемые административные затраты или транзакционные издержки)³⁰ и не являющиеся «убытками за нарушение договора».

Обращение к экономическому анализу имеет значение не как условие для взыскания административных затрат (относимых в экономической теории к дополнительным убыткам кредитора) на основе применения Конвенции, в чем неоднозначен подход в различных правовых системах, а для оценки выгоды понесшей ущерб стороны от реализации одного из средств правовой защиты – исполнения в натуре или возмещения убытков взамен. Иными словами, *посредством экономического анализа можно показать, какое из имеющихся в распоряжении кредитора средств защиты (исполнение в натуре или возмещение убытков взамен) ему выгоднее использовать для оптимальной защиты своих интересов*. Несмотря на то что возможность возмещения административных затрат кредитора не предусматривается по Конвенции, такие затраты возникают и могут выразиться в настолько большом размере, насколько могут изменить (снизить или лишить) всю выгоду кредитора от реализации того или иного средства защиты.

Эффективность одного средства защиты по сравнению с другим средством можно определить путем сравнения разницы в затратах, которые может понести кредитор при выборе и реализации права на обращение к исполнению в натуре или возмещению убытков взамен. Однако выбор наиболее эффективного средства правовой защиты можно осуществить с определенной точностью, основываясь на результатах

³⁰ Транзакционные (или транзакционные) издержки – это издержки, связанные с заключением сделок и отражающие иные затраты сторон договора.

По сути административные затраты являются юридическим выражением такой экономической категории, как транзакционные издержки, с тем лишь отличием, что административные затраты представляют собой те расходы, которые уже понесены стороной, требующей их возмещения. Транзакционные издержки же включают и такие затраты, которые могут возникнуть в зависимости от предпринимаемых действий кредитора, но не обязательно так и произойдет в ситуации, которая сложится или которую выберет сам кредитор, действуя согласно выбранной им модели поведения.

Данное различие между административными затратами и транзакционными издержками проводится только в отношении рассмотрения вопроса об экономической эффективности реализации кредитором того или иного основного средства правовой защиты (исполнение в натуре или возмещение убытков взамен) для учета возникающих нюансов при выборе того или иного средства защиты; и не имеет значения для общего учета таких расходов. Иными словами, если не указано иное, административные затраты и транзакционные издержки отождествляются.

такого сравнения, «только при одном условии: если один тип *режима* (режим включает затраты на выбор средства защиты и все последующие издержки, связанные с реализацией этого средства защиты. – Е.К.) относительно средства правовой защиты доминирует над другим»³¹. Это происходит, когда каждый вид затрат на выполнение транзакции в одном режиме ниже, чем соответствующие транзакционные издержки в другом режиме.

Поскольку подобное сравнение включает в себя преимущественно экономическую составляющую, то сравнение должно осуществляться в рамках экономического анализа, выходящего за рамки настоящего исследования. Отметим только, что получаемый в процессе экономического анализа результат заключается в том, что доминирование режима одного средства защиты над другим является практически невыполнимым условием. Следовательно, утверждения о возможной эффективности возмещения убытков над исполнением в натуре будут иметь исключительно теоретическую основу³².

Правовой анализ. Действующее прецедентное право, а также правовая доктрина США не подтверждают ограничение допустимости исполнения в натуре для договоров, по которым реальное исполнение будет истребовано согласно Конвенции³³. Согласно ст. 28 Конвенции, суд вынесет решение об исполнении в натуре, когда «он сделал бы это

³¹ См.: Walt S. Op. cit. P. 235.

Отметим, что термин «*режим*», который используется профессором Стивеном Уолтом (Walt) для сравнения эффективности реализации каждого из средств защиты – исполнения в натуре и возмещения убытков (в соответствии с представленной автором концепцией основных средств защиты) – относится к определению размера полных убытков, сравнение размера которых при обращении к разным средствам защиты позволяет определить, какое средство более эффективно без отношения к расторжению договора (согласно принятому в настоящей статье подходу – избранной модели поведения), что составляет цель экономического анализа.

³² См., например: Posner R. Economic Analysis of Law. 3d ed. Boston: Little, Brown & Co., 1986; Farnsworth E.A. Damages and Specific Relief // American Journal of Comparative Law. 1979. Vol. 27; и другие доводы, определяющие неблагоприятное влияние на конкурентоспособные рынки – производно эффективные аргументы, предполагающие, что конкурентоспособные рынки являются эффективными сами по себе. См. также: Friedmann D. Restitution or Benefits Obtained Through the Appropriation of Property or the Commission of a Wrong // Columbia Law Review. 1980. Vol. 80. P. 515 (ограничение в средствах защиты в пользу возмещения убытков приводит к упрощению важности договорных обязательств, уменьшая уверенность кредитора в исполнении договора другой стороной).

³³ См.: Walt S. Op. cit. P. 237.

на основании своего собственного закона в отношении аналогичных договоров купли-продажи, не регулируемых ... Конвенцией». Поскольку исполнение в натуре является средством правовой защиты судов справедливости, вынесет суд решение о присуждении исполнения в натуре или нет, в значительной степени зависит от усмотрения суда³⁴.

Ситуации, при которых кредитор имеет право требовать исполнения в натуре, в правовой литературе анализируются в зависимости от состояния рынка товаров (когда спрос превышает предложение, т.е. имеет место ограничение товара в наличии (на рынке)), а также с учетом материальной оценки перераспределенных ресурсов (когда стоимость выгоды кредитора от исполнения в натуре меньше, чем стоимость потери (затрат на исполнение) должника)³⁵. Последнее обстоятельство затрагивает так называемые экономические убытки и не соответствует характеру правового регулирования Конвенции. Ситуации, соответствующие установленным выше критериям, на которые должен обратить внимание суд (арбитраж) в процессе вынесения решения в отношении исполнения в натуре при сравнении договоров, регулируемых согласно Конвенции и применимому (национальному) праву: является ли товар нестандартным (уникальным) или ограниченным в наличии на внутреннем рынке, относятся к состоянию рынка товаров и могут быть определены схематично:

1) продавец S заключает договор с покупателем B1 на поставку товара. Позже покупатель B2 предлагает S более высокую цену за поставку того же самого товара. S принимает предложение B2;

2) продавец S заключает договор с покупателем B1 на поставку товара. Позже покупатель B2 предлагает S более высокую цену за поставку иного товара, при этом S не имеет возможности снабдить покупателей обоими товарами. S принимает предложение B2.

Ситуации 1 и 2 возникнут при условии, что товар ограничен в наличии на рынке. Ограничения в наличии товара на рынке не будет, если покупатель B2 приобретет товар из другого источника, или если продавец S продаст товар и B1, и B2. Ни один из этих вариантов не требует нарушения договора S с B1. S нарушит договор в том случае, если

³⁴ «Исполнение в натуре является формой правовой защиты, которая зависит от усмотрения суда, а не кредитора». – См. Cheshire G.C., Fifoot C.H.S. & Furmston M.P. *Law of Contract*. 13th ed. London: Butterworths, 1996. 644.

³⁵ См.: Friedmann D. *The Efficient Breach Fallacy* // *Journal of Legal Studies*. 1989. Vol. 18. P. 1, 8-12.

он неспособен поставить товар и В1, и В2. Поэтому ограничение товара в наличии является необходимым условием для настоящего анализа. В случае ограничения товара в наличии у S будет экономический стимул (чтобы поставить товар на более выгодных для себя условиях) нарушить договор S-B1, если S не может или произвести оба товара, или купить один из товаров в другом месте с целью ликвидации его ограничения в наличии (то есть дефицит товара не позволяет продавцу удовлетворить имеющийся спрос покупателей на товар)³⁶.

Ни в ситуации 1, ни в ситуации 2 нет экономических убытков. Прибыль В1 от исполнения договора со стороны S может превысить стоимость исполнения для S (т.е. стоимость выгоды покупателя от исполнения в натуре может превысить стоимость потери (затрат на исполнение) продавца). Очевидно, что S может получить большую прибыль от сделки S-B2. Учитывая, что имеет место ограничение товара в наличии, S не может поставить товар обоим покупателям. В этих ситуациях В1 не безразлично получение исполнения в натуре или возмещения убытков взамен. Если реальное исполнение возможно, В1 может получить дополнительную прибыль, перепродавая товар³⁷. Имеет ли В1 право на получение товара (исполнение в натуре) от S при таких обстоятельствах?

Покупатель В1, согласно известному высказыванию судьи О. Холмса («Обязанность выполнять договор в общем праве означает возмещение убытков, если он не будет выполнен, – и ничего более»)³⁸, не имеет права на исполнение в натуре. По мнению автора, нельзя согласиться с подобным заключением.

³⁶ Ситуация 1 относится к ограничению в наличии только одного вида товара. В ситуации 2 определен случай ограничения в наличии одного из двух отличных друг от друга товаров.

³⁷ См.: Treitel G.H. Specific Performance in the Sale of Goods // Journal of Business Law. 1966. Vol. 211 («на растущем рынке понесший ущерб покупатель может получить больше путем получения исполнения в натуре, чем получая возмещение убытков взамен»).

³⁸ См.: Holmes O.W. The Path of the Law // Harvard Law Review. 1897. Vol. 10. P. 457, 462. Современную формулировку высказывания О. Холмса см.: Goetz C.J. & Scott R.E. Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach // Columbia Law Review. 1977. Vol. 77. P. 554, 558 («современное право относительно возмещения убытков по договорам основывается на предпосылке, что договорное обязательство – это не обязательство исполнить, а скорее обязательство выбрать между исполнением и компенсационными убытками»).

Сам О. Холмс называл предложенное им определение «парадоксальным»³⁹. Иметь договорную обязанность, как и договорное право, согласно его определению, означает то, что должник должен либо исполнить договор, либо возместить убытки за его неисполнение. Связанной с определением О. Холмса является точка зрения судьи Ричарда Познера (*Posner*), согласно которой «правовые обязательства ничего не запрещают»⁴⁰. При таком понимании обязательств средства защиты являются не санкциями за нарушение договора, а ценой за исполнение того, что иначе позволено, включая нарушение договора. И Холмс, и Познер настаивают на таком представлении средств правовой защиты.

Недостатком определения О. Холмса является то, что оно не характеризует в полной мере действующее общее право, как отмечает С. Уолт⁴¹, это *существование иска за обманное обязательство* (*promissory fraud*). Договорное обещание, совершенное с намерением не исполнять (договор), составляет обман, дающий основание для предъявления иска⁴². Согласно определению Холмса, обещание с существующим намерением не исполнять не было бы искажением намерения должника. Иными словами, обязательство состояло бы в том, чтобы возместить убытки в случае неисполнения. Неисполнение договора поэтому могло составить обманное обязательство только в том случае, если должник не намеревался ни исполнить, ни возместить убытки после неисполнения договора. Согласно же действующему общему праву, для установления обманного обязательства достаточно, чтобы должник намеревался не исполнить только договор в момент, когда давал обещание. Данное требование указывает на то, что обещание создает у другой стороны определенное представление о том, что

³⁹ См. также: Pollock F. *Contracts*. 8th ed. London: Stevens, 1911. P. 192, n.k («Г-н судья Холмс ... предлагает, чтобы каждое правовое обещание имело альтернативу: исполнить или уплатить убытки, что может быть расценено только как ... парадокс»).

⁴⁰ См.: Posner R. *Op. cit.* P. 106-107, § 4.8.

⁴¹ См.: Walt S. *Op. cit.* P. 237.

⁴² См., например: дело *Coal Resources, Inc. v. Gulf & Western Indus.* – Federal Reporter, Second Series (6th Circumscription). 1985. Vol. 756. P. 443 (применение права штата Огайо); дело *Dunn Appraisal Co. v. Honeywell Information Systems.* – Federal Reporter, Second Series (6th Circumscription). 1982. Vol. 687. P. 877; дело *Hanover Modular Homes of North La., Inc. v. Scottish Inns of Am., Inc.* – Federal Supplement (Western District (Louisiana)). 1978. Vol. 443. P. 888, 892 ff.

должник намеревается исполнить⁴³. Поэтому определение О. Холмса представляется неточным.

Определение соотношения между требованием исполнения в натуре и возмещением убытков взамен затрагивает по общему праву вопрос *содержания договорных обещаний*⁴⁴. Содержание договорных обещаний относится к объему правомочий, возникающих из договора, и имеет отношение к обязательству того, что связанный соглашением должник должен исполнить. Существование в общем праве договорного обязательства и соответствующего ему средства правовой защиты (в случае нарушения обязательства) не вызывает сомнений. Аналогичным образом в общем праве бесспорна сама дача обещания, а также последствия его неисполнения. Вопрос, скорее, относится к содержанию обещания. Можно выделить два (различных по объему) содержания договорных обещаний. Определение О. Холмса включает в себя то, что существующее правомочие относится либо к товару по договору, либо к возмещению убытков. Из другого толкования содержания обещания можно заключить, что правомочие состоит в получении товара, определенного в договоре. Различие лежит между *альтернативной* (возмещение убытков или исполнение) и *безусловной* (только исполнение) формулировками содержания обещания.

В зависимости от того, какое содержание обещания принимается за основу, происходит различное распределение товара, что видно из представленных выше ситуаций 1 и 2 (когда существует ограничение товара в наличии на местном рынке покупателя). Согласно подходу О. Холмса, продавец S получает прибыль, определенную разницей между договорными ценами S-B2 и S-B1, уменьшенную на сумму возмещенных в пользу B1 убытков⁴⁵. Продавец S получает прибыль, так как покупатель B1 имеет право только на возмещение убытков. Правомочие B1 в этом случае соответствует альтернативному обещанию S: или поставить товар, или возместить убытки за неисполнение договора. Принимая за основу другое содержание обещания, прибыль получит B1, которая будет определяться разницей между договорными

⁴³ См. дело *Scaroon Manor Operating Corp. v. W.P. & L. Realty Corp.* – Miscellaneous Reports (New York). – Vol. 136. P. 910, 911, New York Supplement. – Vol. 241. (New York Supreme Court Reports, 1930). P. 229, 230.

⁴⁴ См.: Walt S. Op. cit. P. 241.

⁴⁵ На практике убытки покупателя B1 подлежат возмещению в виде суммы разницы между ценой, установленной в договоре, и текущей ценой, не исключая возмещения любых дополнительных убытков за нарушение договора (ст. 75 ВК).

ми ценами S-B2 и S-B1 за вычетом затрат, которые «экономит» B1 из-за организации S продажи товара по схеме S-B2⁴⁶. B1 получает прибыль, потому что он имеет право на товар. Наделение правом B1 соответствует безусловному обещанию S исполнить договор. При этом допустимыми являются оба варианта содержания обещания.

Альтернативная форма обещания может устанавливаться как самими участниками договора (обещание или исполнить, или возместить заранее оцененные убытки), так и подразумеваться применимым торговым обычаем⁴⁷. Поскольку договорные обязательства принимаются добровольно, следовательно, предположение, что обещание является альтернативным, требует доказательств относительно намерений сторон. Единственное возможное доказательство – это непосредственно само соглашение сторон. При отсутствии прямо установленных или подразумеваемых ограничивающих условий положения договора, относящиеся к исполнению договора, являются безусловными.

Право понесшей ущерб стороны на обращение к возмещению убытков после совершения нарушения договора должником относится к применимому средству правовой защиты и не затрагивает ожидания сторон получить исполнение обязательств их контрагентами. Ожидания сторон подразумевают исполнение принятых на себя обязательств, что позволяет говорить о различном понимании средств защиты и договорных обязанностей сторонами договора.

Договорные обязательства сторон не могут конкретно определить применимое средство правовой защиты в случае неисполнения обязательства ни в момент заключения договора, ни в момент его неисполнения. Обязательства остаются неизменными. Поэтому, если должник не исполняет договор, у него не возникает обязательство возместить убытки кредитору взамен; первоначально принятое должником на себя обязательство – это исполнение договора⁴⁸.

⁴⁶ См.: Farnsworth E.A. Your Loss or My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract // Yale Law Journal. 1985. Vol. 94. P. 1339, 1343-1347.

⁴⁷ См.: Walt S. Op. cit. P. 243–244. Напротив, суд в деле *Ambassador Steel Co. v. Ewald Steel Co.* – Michigan Appeal Reports. Vol. 33. P. 495; North Western Reporter, Second Series. 1971. Vol. 190. P. 275 нашел доказательство торгового обычая, подтверждающего допустимый диапазон углеродистого содержания в «коммерчески качественной» стали. Данный обычай не включал поставку или «коммерчески качественной» стали, или уплаты убытков взамен.

⁴⁸ См.: U.C.C. § 2–609, comment. 1 (1990) («существенная цель договора, заключенного между коммерсантами – его фактическое исполнение»); дело *Armstrong v. Stiffler.* – Maryland Reports. –Vol. 189. P. 630, 635, Atlantic Reporter, Second Series. – Court of Appeal

Не соответствует определению О. Холмса подходу, принятому в Конвенции. Большинство участников Венской дипломатической Конференции 1980 года рассматривали договорное право покупателя как право на получение исполнения в натуре⁴⁹. На Конференции представитель Японии нашел «очевидным», что покупатель должен иметь право требовать реального исполнения. Представитель Франции заявил, что «необходимое средство защиты» заключалось в обеспечении исполнения договорных обязательств. Бельгийский представитель видел право на исполнение договора как основу Конвенции⁵⁰. Разработчики Конвенции воспринимали право на исполнение в натуре как существующее, даже если покупатель (кредитор) мог осуществить покупку товара взамен по разумной цене. Поэтому предложение представителя США изменить ст. 77 Конвенции в сторону уменьшения любого требования покупателя, если он нарушил свою обязанность по уменьшению убытков, было отклонено⁵¹. Безоговорочное право кредитора требовать исполнения в натуре влечет за собой наложение соответствующей обязанности исполнения на должника. Следовательно, квалификация Конвенцией характера права по договору несовместима с определением того, что обязанность выполнять договор означает возмещение убытков в случае его невыполнения.

Таким образом, проведенное исследование позволяет прийти к выводу, что право кредитора на получение исполнения в натуре не всегда может быть заменено возмещением убытков взамен, и поэтому требование кредитора подлежит удовлетворению в соответствии с первоначальным соглашением сторон. Иными словами, поскольку допустимость исполнения в натуре не ограничена действующим общим правом, вопрос заключается не в том, вправе ли кредитор требовать исполнения в натуре, если кредитор не может (или должник может) приобрести аналогичный товар на другом рынке. Вопрос состоит в другом: будет ли кредитор требовать исполнения в натуре, если поставка товара негибкая на рынке и товар имеется в наличии у должника?

Reports. 1948. Vol. 56. P. 808, 810 («Обычно договоры заключены с тем, чтобы быть исполненными, не предоставляя выбор исполнения или уплаты убытков»); Corbin A. Does a Pre-Existing Duty Defeat Consideration?: Recent Noteworthy Decisions // Yale Law Journal. 1917. Vol. 27. P. 362, 363 (договорная обязанность не находится в альтернативе: исполнять или возместить убытки).

⁴⁹ См.: U.N. Doc. A/CONF.97/C.1/SR.18 (1980), paras. 60, 63, 64.

⁵⁰ Ibid. Para. 60 (Japan), para. 64 (France), para. 66 (Belgium).

⁵¹ См.: U.N. Doc. A/CONF.97/C.1/SR.30 (1980), para. 55.

Ответ на этот вопрос, очевидно, будет решаться кредитором путем комплексного экономико-правового анализа сложившейся ситуации. Правовой аспект, с одной стороны, составляет правомерность требований кредитора: кредитору необходимо надлежаще выполнить требования и соблюсти условия договора и Конвенции для обращения к тому или иному средству правовой защиты. С другой стороны, кредитору необходимо не только принять во внимание внешние факторы, связанные с требованием исполнения в натуре, но и учесть схожие обстоятельства, препятствующие получению компенсации взамен неисполненного обязательства в случае расторжения договора.

Economical-legal Analysis of Performance Execution Efficiency on the Basis of the CISG's Application (Summary)

*Yevgeniy N. Korzhov**

The CISG's (Convention On The International Sale of Goods, 1980) provisions on specific performance illustrate the problem of giving clear guidance to courts that must apply the CISG's provisions. One of the most important items that have to be defined by the creditor, besides the availability of one or other remedy, is the benefits of its execution for the creditor. The giving problem is examined in the present article from the point of efficiency of execution specific performance or damages in return on the economical and legal base. In respect of this the economic analysis affects the Coase Theorem and Pareto superior allocation criterion with the purpose of optimal protection of creditor's interests.

* Yevgeniy N. Korzhov – post-graduate student of the chair of private law, Russian Foreign Trade Academy.