



ЭКОНОМИЧЕСКИЕ ОСНОВАНИЯ ПРИНЦИПА СВОБОДЫ ДОГОВОРА И ЕГО ОГРАНИЧЕНИЙ

Карапетов Артем Георгиевич

*д.ю.н., директор Юридического института «М-Логос»,
профессор Высшей школы экономики*

ПРОЯВЛЕНИЯ СВОБОДЫ ДОГОВОРА

1. Свобода от принуждения к заключению договора
2. Свобода определять контрагентов по собственному усмотрению
3. Свобода определять форму и процедуры заключения договора
3. Свобода определять тип и содержание договора («содержательная свобода договора»)
 - а) Свобода определять условия договоров
 - б) Свобода заключать непоименованные договоры
 - в) Свобода заключать смешанные договоры

ОБЩИЕ ВОПРОСЫ

Свобода договора и принцип судебной защиты договорных прав

- Одно без другого в теории существовать может (например, натуральные обязательства из игр и пари)
- Но на практике свобода договора теряет бóльшую часть своего фактического значения, если она не сопровождается судебной защитой договорных обязательств
- Поэтому понятие свободы договора нередко расширяется и включает в себя не только идею невмешательства государства в частные контракты, но и требование к государству обеспечивать приведение в исполнение договоров. Но лучше не путать эти правовые феномены. Аргументы в пользу судебной защиты обязательств отличаются от аргументов пользу свободы договора

ЭТИЧЕСКИЕ ОСНОВАНИЯ СВОБОДЫ ДОГОВОРА

Все в частном праве предопределяется теми или иными политико-правовыми соображениями, принципами и идеями.

Что же предопределяет идею свободы договора?

Этическая составляющая

Априорная этика негативной свободы может объяснить невмешательство государства в частные трансакции.

Впрочем, она с трудом объясняет защиту договорных обязательств и применение мер принуждения в отношении должника (то есть поправание свободы). Тот факт, что свобода договора оборачивается по факту заключения договора колоссальным подавлением свободы, объясняется уже совсем иными резонами.

ЭТИЧЕСКИЕ ОСНОВАНИЯ СВОБОДЫ ДОГОВОРА

«Принцип вреда» (harm principle) Дж.Ст. Милля : нельзя ограничивать свободу индивидов за исключением случаев, когда эта свобода угрожает причинением вреда интересам третьих лиц или общества

Имели ли эти этические факторы значение при развитии доктрины свободы договора? - Безусловно, да.
Могут ли они исчерпывающе объяснить эту идею? - Безусловно, нет!

ЭКОНОМИЧЕСКИЕ ОСНОВАНИЯ СВОБОДЫ ДОГОВОРА

КОЛОССАЛЬНОЕ ЗНАЧЕНИЕ ИМЕЕТ ЭКОНОМИЧЕСКОЕ, УТИЛИТАРНОЕ ОБЪЯСНЕНИЕ СВОБОДЫ ДОГОВОРА

Принцип свободы договора наряду с частной собственностью - основа основ любой рыночной экономики.

-чем больше свобода договора, тем больше рыночной свободы и тем больше рыночной экономики

-чем сильнее ограничена свобода договора, тем меньше рынка

История хорошо это иллюстрирует (средневековый период, эпоха laissez-faire, развитие государства благосостояния в 20 веке, правый поворот в 1980-1990-е годы, нынешний финансовый кризис...). Сфера свободы договора в целом послушно расширяется или сужается вслед за изменениями в базовых представлениях элит о рынке и роле государства в регулировании

ЭКОНОМИЧЕСКИЕ ОСНОВАНИЯ СВОБОДЫ ДОГОВОРА

ОСНОВНАЯ ПРИЧИНА НЕЖЕЛАТЕЛЬНОСТИ ВМЕШАТЕЛЬСТВА ГОСУДАРСТВА В СФЕРУ ЧАСТНЫХ ТРАНСАКЦИЙ – СРАВНИТЕЛЬНАЯ ЭКОНОМИЧЕСКАЯ ЭФФЕКТИВНОСТЬ ПОСЛЕДНИХ.

Почему?

- . Теория рационального выбора (rational choice theory). Люди в общем и целом ведут себя, стараясь максимизировать удовлетворение своих субъективных предпочтений, взвешивая издержки и выгоды. Соответственно, добровольность действия гарантирует, что на момент его совершения лицо считало его для себя более выгодным, чем бездействие или иное действие
- . Отсюда - идея «улучшения по Парето» как критерий экономической эффективности (согласие сторон гарантирует что, цена окажется между «резервными ценами» сторон и будет иметься «кооперативный излишек», и следовательно обе стороны прирастят свое экономическое благосостояние)

ЭКОНОМИЧЕСКИЕ ОСНОВАНИЯ СВОБОДЫ ДОГОВОРА

3. «Невозможность всезнающего регулятора»: информационные ограничения мешают бюрократам влезть в головы людям, оценить их резервные цены и предписывать цены и иные условия, которые могут их устроить. Самим сторонам куда проще адекватно оценить Парето-эффективность условий договора, чем не заинтересованному третьему лицу

4. Забвение мечты о благожелательном госаппарате. Теория публичного выбора (public choice theory) учит смотреть на работу госаппарата цинично и перестать верить, что бюрократы всегда склонны искренне стремиться помочь людям и имеют стимулы к поиску эффективных и удобных для людей решений.

ЭКОНОМИЧЕСКИЕ ОСНОВАНИЯ СВОБОДЫ ДОГОВОРА

5. Сложности в просчете нечаянных побочных эффектов ограничений свободы договора:

- перенос ограничений неценовых условий в цену (pass-on effect),
- кросс-субсидирование,
- подавление целых рыночных секторов и массы потенциально эффективных сделок и др.

6. Феномен «научения» и риски подавления стимулов к росту рациональности

7. Риски перегрузки административной и судебной ветвей власти в случае попыток передоверить определение параметров сделок этим структурам

ОГРАНИЧЕНИЯ СВОБОДЫ ДОГОВОРА

НО СВОБОДА ДОГОВОРА НЕ БЕЗГРАНИЧНА

- 1) Она иногда приводит к экономической неэффективности и имеет другие утилитарные издержки
- 2) Зачастую порождает этические проблемы

ЦЕЛИ ОГРАНИЧЕНИЯ СВОБОДЫ ДОГОВОРА

1) *Защита публичного интереса*

Ну тут все более или менее очевидно (торговля голосами на выборах, коррупционные сделки, торговля оружием...)

2) *Защита основ нравственности*

Тут тоже все понятно (проституция, обращение в рабство, продажа органов для трансплантации...)

ОГРАНИЧЕНИЯ СВОБОДЫ ДОГОВОРА

3) Защита интересов третьих лиц (блокирование «негативных экстерналий» частных сделок)

Сделка может быть Парето-улучшающей для сторон, но создавать бóльшие издержки для третьих лиц (сделки в преддверии банкротства, антиконкурентные соглашения и др.).

Но тут нужно помнить о том, что негативные экстерналии имеются почти у любой сделки, и ограничения свободы договора могут быть predeterminedены только очень серьезными негативными экстерналиями.

Где эта тонкая грань – самый сложный вопрос (*пример с залогом и обеспечительной собственностью*)

4) Защита справедливости договорных условий (патернализм)

Это самое спорное основание. Экономисты обычно выступают против, юристы же обычно – за.

Почему?

Экономистов волнует Парето-улучшение (то есть наличие у сделки кооперативного излишка, то есть то, что сделка оказывается взаимовыгодной); их обычно не волнует пропорция распределения общей выгоды от трансакции.

Юристы же, воспитанные на идее справедливости, часто не могут уступить соблазну возмутиться несправедливостью распределения взаимных выгод от сделки (кооперативного излишка)

ОГРАНИЧЕНИЯ СВОБОДЫ ДОГОВОРА

Из-за чего и когда возникает несправедливость содержания договора?

- Неравенство переговорных сил из-за наличия мощной рыночной власти у одной из сторон (сделки с монополистами или совершение сделки с ситуативным монополистом в экстремальных ситуациях или при стечении тяжелых обстоятельств)
- Неравенство переговорных сил из-за информационной асимметрии
- Феномен ограниченной рациональности (bounded rationality) и массы других причин

ОГРАНИЧЕНИЯ СВОБОДЫ ДОГОВОРА

Что же такое несправедливость договора?

- Экономическая неэффективность сделки для одной из сторон (сбой в работе рационального выбора). Например, помещение риска на того из контрагентов, кто меньше его контролирует (в частности, случай со смещением момента платежа до момента зачисления средств на счет кредитора) без адекватной компенсации в цене
- Неравенство в распределении кооперативного излишка при сохранении за сделкой статуса Парето-улучшающей (например, когда монополист забирает львиную его долю, устанавливая цену на уровне максимально приближенном к резервной цене покупателя)

На практике отделить одну ситуацию от другой почти невозможно.

ОГРАНИЧЕНИЯ СВОБОДЫ ДОГОВОРА

Могут ли быть допущены патерналистские ограничения свободы договора?

Думаю, да, когда этический протест против несправедливых условий будет настолько сильным, что это перевесит всю ту этическую и утилитарную ценность, которую несет в себя идея свободы договора. В b2b сделках такое вмешательство в принципе по общему правилу следует запретить, кроме случаев, когда:

- 1) имеет место подавляющий разрыв переговорных возможностей (например, сделка с монополистом)
- 2) несправедливость условий настолько вопиюща, что очевидно, что без наличия порока воли такую сделку контрагент никогда бы не заключил (например, продажа предприятия по цене в десятки раз ниже рыночной цены, освобождение от ответственности за умысел или недобросовестность, лишение заказчика права на расторжение договора при невыполнении работ, привязка оплаты работ субподрядчика к моменту получения оплаты от заказчика и т.п.)

ОГРАНИЧЕНИЯ СВОБОДЫ ДОГОВОРА

В b2c договорах умеренная защита потребителя от несправедливых условиях оправдана в силу:

- особенно ярко выраженных аргументов о справедливости защиты слабой стороны при неравенстве переговорных сил
- ограниченной рациональности потребителя
- «ухудшающего отбора» в части неценовых условий
- экономической неэффективности принуждения потребителя к изучению всех условий договора

Но эти ограничения должны в основном затрагивать «периферийные» условия договора, а не цену и предмет договора в целом (за исключением случая нетранспарентного изложения таких условий о цене и предмете).

ОГРАНИЧЕНИЯ СВОБОДЫ ДОГОВОРА

Но даже в таких случаях нужно быть очень осторожным в силу того, что регулятору, как правило, сложно просчитать побочные эффекты таких ограничений (компенсация за счет цены, кросс-субсидирование, подавление стимулов для совершения эффективных сделок и т.п.).

Пример с безвозвратными билетами.

К сожалению, у нас в стране (да и не только) очень часто ограничение свободы договора происходит без детального балансирования ценностей и просчета рисков.

ОГРАНИЧЕНИЯ СВОБОДЫ ДОГОВОРА

ИТОГ:

- Ограничения свободы договора возможны, но должны быть приведены очень веские политико-правовые аргументы в пользу такого шага, взвешены все возможные «про» и «контра» и просчитаны регуляторные риски
- Отсюда идея о свободе договора как базовой **ОПРОВЕРЖИМОЙ ПРЕЗУМПЦИИ** («не уверен, не ограничивай»)
- Бремя аргументации лежит на том, кто предлагает ограничения

К этому набору принципов пришли за рубежом, но пока мучительно приходят у нас

ОГРАНИЧЕНИЯ СВОБОДЫ ДОГОВОРА

Могут ли иметься сугубо догматические основания для ограничения свободы договора?

Наш ответ отрицательный. Любые ограничения, не predetermined очень весомыми политико-правовыми основаниями, являются недопустимыми *de lege ferenda*, а иногда и неконституционными *de lege lata*.

То, что то или иное ограничение укоренено в традиции, не является само по себе достаточным, чтобы сдержать автономию воли (*пример, с реальностью займа*). Возможно, у такого ограничения вовсе не было политико-правового основания, либо оно было, но потеряло актуальность в новых условиях.

ОГРАНИЧЕНИЯ СВОБОДЫ ДОГОВОРА

Но тот факт, что некое ограничение укоренено в догматике, может быть признаком того, что у такого ограничения есть политико-правовое основание, которое возможно не очевидно. Так что здесь требуется особенно внимательный политико-правовой анализ. Тем не менее, и здесь бремя аргументации при анализе *de lege ferenda* лежит на стороннике ограничения.

МОДЕЛИ ОГРАНИЧЕНИЯ СВОБОДЫ ДОГОВОРА

МОДЕЛИ ОГРАНИЧЕНИЯ СВОБОДЫ ДОГОВОРА

- 1) Ex ante контроль – императивные нормы
- 2) Ex post контроль – оценка условий договора судами

У каждой из этих моделей есть свои преимущества и недостатки.

- Ex ante модель более предсказуема, но не способна обеспечить ту интенсивность ограничения свободы договора, которая predeterminedena политико-правовыми соображениями. Ex post модель более гибкая, но чревата дестабилизацией оборота.

- Ex ante модель предполагает меньше литигационных издержек, но больше издержек на введение ограничений. В случае с ex post контролем все наоборот.

- Обе модели допускают «ошибки I рода» (избыточные ограничения) и «ошибки II рода» (недостаточные ограничения). Полностью исключить такие ошибки невозможно, но право должно их минимизировать

МОДЕЛИ ОГРАНИЧЕНИЯ СВОБОДЫ ДОГОВОРА

Оптимальное следующее сочетание этих инструментов:

- Минимизация императивных норм договорного права в блоке общих правил о договорах и обязательствах и блоке специальных норм о конкретных видах договоров до случаев, когда такие ограничения абсолютно очевидны и убедительно обоснованы защитой публичного интереса, интереса третьих лиц и т.п..
- Учет статуса контрагентов и дифференциация степени императивности патерналистски ориентированного регулирования в зависимости от статуса защищаемого контрагента (для коммерсантов меньше патернализма, для обывателей – больше)
- Достаточно интенсивное императивное регулирование потребительских договоров и некоторых иных сделок, которые заключаются в большинстве случаев в условиях явного неравенства переговорных возможностей
- Развитие практики судебного *ex post* контроля для пресечения явных злоупотреблений, проскочивших через сито императивных норм

МОДЕЛИ ОГРАНИЧЕНИЯ СВОБОДЫ ДОГОВОРА

Такая стратегия в целом намечена в Постановлении Пленума ВАС РФ №16 от 14 марта 2014 года «О свободе договора и ее пределах»

Так что теперь на повестке стоит вопрос о развитии этих общих принципов в реальной судебной практике

Более подробный анализ нижеизложенной проблематики приводится в книге:

Карапетов А.Г., Савельев А.И.

Свобода договора и ее пределы.

В 2-х томах. М., 2012

(есть в Консультанте Плюс)

УДАЧИ!

МЛОГОС
юридический институт

Карапетов Артем Георгиевич

д.ю.н., директор
Юридического института «М-Логос»

<http://www.m-logos.ru>