

ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
ВЫСШАЯ ШКОЛА ЭКОНОМИКИ

Научно-учебная лаборатория
«Институциональный анализ экономических реформ»

М.И. Одинцова

**ДОКТРИНА КРАЙНЕГО ЗАТРУДНЕНИЯ
В ЭКОНОМИКЕ ПРАВА**

Препринт WP10/2007/07

Серия WP10

Научные доклады лаборатории
институционального анализа

Москва
ГУ ВШЭ
2007



Издание осуществлено в рамках
Инновационной образовательной программы ГУ ВШЭ
«Формирование системы аналитических компетенций
для инноваций в бизнесе и государственном управлении»

Редакторы серии WP10
«Научные доклады лаборатории институционального анализа»
Я.И. Кузьминов, М.М. Юдкевич

Одинцова М.И. Доктрина крайнего затруднения в экономике права: Препринт
О42 WP10/2007/07. — М.: ГУ ВШЭ, 2007. — 32 с.

В работе рассматриваются подходы специалистов в области экономики права к доктрине крайнего затруднения, применяемой в общем праве в тех случаях, когда существенное изменение обстоятельств привело к резкому увеличению издержек, которые должен нести должник, исполняющий свои договорные обязательства. Эта доктрина общего права анализируется с точки зрения экономической эффективности, оцениваются аргументы в ее поддержку, а также позиции ее критиков. Основное возражение против данной доктрины заключается в сложности формулирования требований к информации, необходимой для определения условий, при которых применение доктрины будет эффективным. Поэтому не исключена вероятность того, что доктрина крайнего затруднения лишь повысит неопределенность процесса контрактации и приведет к росту судебных издержек. В статье анализируются некоторые важнейшие судебные дела о крайнем затруднении при исполнении договоров.

УДК 330:340
ББК 67.0

Odintsova M. The Commercial Impracticability Doctrine in Law and Economics: Working Paper WP10/2007/07. — Moscow: State University — Higher School of Economics, 2007. — 32 p. (in Russian).

The paper surveys the approach of law and economics scholars to the commercial impracticability doctrine in common law, which is invoked when an extraordinary contingency materializes that makes the promisor's performance extraordinary costly. The doctrine's efficiency justifications are analyzed and contrasted to the critical assessments of the commercial impracticability rule. The main objection to the impracticability defense is that the information necessary to identify the conditions under which it's application is efficient may be extremely difficult to formulate. Thus the possibility exists that the impracticability doctrine introduces uncertainty into the contracting process and fosters greater litigation costs. Some of the leading cases are analyzed.

Препринты ГУ ВШЭ размещаются на сайте:
<http://new.hse.ru/C3/C18/preprintsID/default.aspx>.

© Одинцова М.И., 2007
© Оформление. Издательский дом ГУ ВШЭ, 2007

Договорная ответственность в целом является строгой, должник, который не может исполнить свои обязательства по договору, обязан возместить кредитору его потери. Однако большинство правопорядков предусматривает освобождение должника от договорной ответственности, если исполнение договора стало невозможным, или его исполнение возможно, но крайне затруднительно для должника. В общем праве в этих случаях применяется доктрина практической невозможности исполнения (*impossibility*), которая освобождает должника от его обязательств без выплаты компенсации кредитору, если исполнение договора становится «невозможным», а также доктрина «крайнего затруднения в исполнении договора» (*commercial impracticability*). Последняя применяется, когда исполнение договора остается физически возможным, однако издержки его исполнения в результате появления непредвиденных обстоятельств увеличиваются настолько, что делает исполнение договора намного более дорогостоящим, в результате чего должник оказывается в крайне затруднительном положении. Доктрина крайнего затруднения возникла в деле *Mineral Park Land v. Howard* (1916)¹. Наиболее характерной особенностью этой доктрины является требование, чтобы исполнение договора стало крайне затруднительным («невозможным» с коммерческой точки зрения), и причиной тому было бы появление непредвиденных обстоятельств².

Суды в Америке лишь изредка выносили решения об освобождении должника от договорных обязательств лишь на основании того, что исполнение договора становилось более дорогостоящим. Они часто приходили к заключению, что дополнительные затраты, даже если они вызваны непредвиденными обстоятельствами, еще не дают достаточного повода считать обязательства экономически неосуществимыми³. Например, неудачными оказались попытки судовладельческих компаний доказать, что в связи с закрытием Суэцкого канала они должны быть освобождены от договорных обязательств из-за более долгого и дорогостоящего пути вокруг мыса Доброй Надежды.

Решения по делам, касающимся невозможности исполнения (*impossibility*) и крайнего затруднения (*impracticability*), активно обсуждались в рамках дисциплины «экономика права». Основным критерий, который

¹ *Mineral Park Land v. Howard* 172 Cal. 289, 156 at 458 (1916).

² Posner R., Rosenfield A. Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analyses // *Journal of Legal Studies*. 1977. Vol. 6. N. 1. P. 83–118.

³ Мозолин В.П., Фарнсворт Е.А. Договорное право в США и СССР. История и общие концепции. М.: Наука, 1988.

использует эта дисциплина при оценке правовых доктрин, — критерий экономической эффективности⁴. Этот критерий подвергался критике в литературе, однако в сфере договорного права его применение почти неизбежно, если стороны могут по своему усмотрению менять условия соглашения. Если нормы договорного права неэффективны, то стороны найдут способы обойти их в самом договоре (если, конечно, транзакционные издержки переговоров не превышают связанные с ними выгоды). «Это убедительная причина для того, чтобы ожидать, что нормы договорного права в действительности продиктованы соображениями эффективности, даже если судьи и адвокаты испытывают затруднения при изложении экономических предпосылок права»⁵.

В работе рассматриваются аргументы, предлагаемые в рамках дисциплины «экономика права» в обоснование доктрины крайнего затруднения, а также основные доводы критиков этой доктрины.

Аргумент о распределении риска

Наиболее известное обоснование доктрин невозможности и крайнего затруднения в исполнении договора заключается в том, что эти доктрины восполняют пробелы в договорах, а именно распределяет риски, которые сами стороны не учли в договоре. Именно такое обоснование предложили Познер и Розенфильд⁶ в своей статье, посвященной экономическому анализу доктрин невозможности, тщетности и крайнего затруднения при исполнении договора. Авторы предположили, что эти доктрины эффективно возлагают риски определенных непредвиденных событий на кредитора по договору в тех ситуациях, когда кредитор может с меньшими издержками нести эти риски по той причине, что кредитор обнаруживает меньшее неприятие риска, или же вследствие того, что ему проще устранить риск с помощью рынка страхования. В тех случаях, когда должник может принять меры для предотвращения возникновения неблагоприятного события, или же имеет возможность застраховаться от риска, доктрина не применяется и не должна применяться. К аналогичным выводам относительно ус-

⁴ См., например: Познер Р. Экономический анализ права. В 2 т. СПб.: Экономическая школа, 2004. Т. 1. С. 13–20.

⁵ Posner R., Rosenfield A. Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analyses // The Journal of Legal Studies. 1979. Vol. 6. P. 89.

⁶ Ibid. P. 83–118.

ловий, при которых доктрина не должна применяться, приходят Джоскоу⁷ (1977) и Брюс⁸ (1982).

Нарушение договорных обязательств предположительно происходит потому, что стороны не учли в договоре то особое стечение обстоятельств, которое и явилось причиной его нарушения. Стороны договора могут распределить риски и возложить их на ту сторону, которая способна нести соответствующий риск с меньшими издержками. Условия договора, определяющие цену, количество товара или средство правовой защиты договора, могут эффективно распределять риски между сторонами. Договорное распределение риска является более эффективным, так как создает соответствующие стимулы к инвестициям, т.е. способствует эффективному размещению ресурсов, а также использует различия в способности сторон договора нести бремя риска. Возможность использования сравнительных преимуществ, которыми стороны обладают в отношении предотвращения определенного риска или более низких издержек несения бремени риска, зависит от того, насколько хорошо договоры распределяют риски, связанные с будущим состоянием дел. Более детальное и точное распределение между сторонами договора будущих рисков требует высоких издержек подтверждения этих рисков и проведения переговоров, которые могут превысить выгоды, получаемые благодаря предпринятым усилиям. Чем более отдаленным является риск и чем меньше вероятность наступления определенного события, тем меньше будет выгода от усилий, направленных на учет этого риска в договорах. Непредвиденные обстоятельства большинство ученых в сфере экономики права рассматривают как предельный случай отдаленных рисков (они охватывают те риски, вероятность которых стороны оценивают почти как нулевую). В этом случае издержки специфицирования договорных обязательств в случае возникновения непредвиденных обстоятельств по определению превышают ожидаемые выгоды. Отсутствие соответствующих условий, распределяющих риски в договорах, может явиться следствием ограниченной рациональности человека и его неспособности предвидеть определенные события. И наконец, оно может быть следствием асимметричного распределения информации, при котором одна из сторон договора знает больше о возможных рисках, чем другая сторона, и не информирует ее о них. Для

⁷ Joskow P. Commercial Impossibility. The Uranium Market and the Westinghouse Case // The Journal of Legal Studies. 1977. Vol. 6. N. 1. P. 119–176.

⁸ Bruce Chr. An Economic Analysis of The Impossibility Doctrine // The Journal of Legal Studies. 1982. Vol. 11. N. 1 P. 311–332.

общества может оказаться менее затратным, если стороны не будут принимать во внимание некоторые маловероятные события при заключении договоров и будут полагаться на суды, которые разрешат конфликт в отношениях между сторонами, если таковой возникнет. В этом случае суд может принимать решение о распределении риска *ex post*, после того как непредвиденное обстоятельство, повлиявшее на исполнение договора, стало реальностью.

Познер и Розенфильд предложили теоретические рамки для анализа эффективного распределения риска. Когда одной из сторон становится невыгодно исполнять принятые обязательства и спор решается в суде, суд может выбрать одну из следующих альтернатив. Он может принять решение о принудительном исполнении договора, он может заставить нарушившую договор сторону возместить потери пострадавшей стороны, и, наконец, он может освободить должника от его обязательств по договору, т.е. аннулировать договор. Первые два решения возлагают риск возникших непредвиденных обстоятельств на должника по договору, а последнее — на кредитора. Для того чтобы эффективно распределить риск, суд, в соответствии со схемой анализа, предложенной Познером и Розенфильдом, должен выявить ту сторону, которая может нести бремя риска с меньшими издержками (*best risk bearer*). Для того чтобы определить, какая из сторон может с меньшими издержками нести бремя риска, необходимо выяснить, кто из них обладает лучшей способностью для принятия следующих мер:

- мер по предотвращению неблагоприятного события;
- мер по минимизации величины потерь, возникающих у кредитора вследствие неисполнения договора, либо до нарушения договора (меры предосторожности), либо после наступления неблагоприятного события (меры по уменьшению суммы взыскиваемых убытков);
- мер по страхованию остаточного риска, который не удастся с разумными затратами предотвратить.

Определить сторону, которая обладает большими возможностями предотвращения риска, гораздо проще, чем выявить ту сторону, которая может лучше застраховать риск (или путем самострахования, или за счет покупки страховки у третьей стороны). При этом возможна ситуация, при которой одна из сторон может предотвратить риск, а другая сторона может с меньшими издержками застраховать риск. Именно потому, что факторы, на основе которых определяется сторона, которая может с меньшими издержками нести бремя риска, часто указывают на разные стороны договора, определить эффективное распределение риска бывает весьма сложно.

Познер и Розенфильд выдвинули предположение, что способность нести бремя остаточного риска определяется издержками оценки соответствующего риска, транзакционными издержками покупки страховки у третьей стороны, а также степенью неприятия риска стороной договора.

При существенном изменении обстоятельств могут возрасти издержки должника, связанные с исполнением договорных обязательств, в результате чего должник окажется в затруднительном положении. Наиболее значительный тип судебных дел, которые часто возникают в периоды экономической нестабильности и при которых сторона, находящаяся в невыгодном положении, может попытаться освободиться от договорной ответственности, охватывает те случаи, когда происходят существенные изменения в издержках исполнения договора в период, прошедший между заключением договора и сроком его исполнения. Неустойчивость рыночной конъюнктуры приводит к тому, что хотя исполнение договора остается физически возможным, оно становится крайне невыгодным для должника, а в некоторых случаях грозит разорением.

В течение многих десятилетий в американском общем праве действовал принцип, в соответствии с которым одно лишь увеличение издержек не дает возможности должнику аннулировать договор, воспользовавшись доктриной невозможности его исполнения. Первым делом, в котором суд признал обстоятельство, освобождающее от ответственности, было дело *Mineral Park Land v. Howard* (1916)⁹. Однако оно стало скорее исключением из общего правила, в соответствии с которым возросшие издержки исполнения договора не являются основанием для аннулирования договора¹⁰, за исключением тех случаев, когда возросшие издержки были исключительно высоки.

⁹ В этом деле ответчик взял на себя обязательство перевезти песок и гравий с земли истца в количестве, достаточном для строительства моста. Стороны договорились о цене 5 центов за кубический ярд песка и гравия, взятого с земли ответчика. Но ответчик взял лишь часть песка и гравия, необходимого для реализации проекта, и приобрел оставшуюся часть в другом месте. Истец подал иск в суд, требуя от ответчика, чтобы тот заплатил ему по 5 центов за каждый кубический ярд песка и гравия, который ответчик приобрел в другом месте. Ответчик просил суд освободить его от выполнения договорных обязательств, мотивируя свою просьбу тем, что оставшийся песок и гравий находились под водой и затраты на его извлечение в 10–12 раз превысили бы договорную цену. Суд принял сторону ответчика и освободил его от выполнения договорных обязательств, мотивировав свое решение тем, что их выполнение было бы крайне затруднительным по причине чрезмерных и неразумных затрат.

¹⁰ Так, в деле *Portland Section of the Counsel of Jewish Women v. Sisters of Charity*, 266 Ore. 448, 513 P. 2d 1183 (1973) суд отказался освободить ответчика от его обязатель-

Правило, которое лежит в основе доктрины крайнего затруднения, можно интерпретировать следующим образом: суды устанавливают верхнюю границу затрат, при превышении которой должник освобождается от своих обязательств по договору, и кредитор не получает возмещения своих потерь¹¹. Экономическое воздействие этого правила зависит от того, в соответствии с какими критериями устанавливается эта верхняя граница. Соображения эффективности требуют, чтобы чистая выгода от договора для общества была положительной, т.е. сумма, на которую неожиданно увеличились издержки должника по сравнению с договорной ценой, не должна превышать прибыль кредитора от договора. Если бы суды обладали информацией, необходимой для определения этого верхнего предела увеличения издержек должника, то правило было бы эффективным. Однако величина издержек должника — это частная информация, и суд не может получить ее, но даже если бы она могла быть получена, издержки ее подтверждения и оценки в суде оказались бы чрезвычайно высокими¹². Именно поэтому суды, как правило, не могут

ства обеспечить больничный уход за одним человеком, которого выберет истец, в течение всей его жизни, в обмен на пожертвование больнице, произведенное истцом в 1927 г. Суд не принял во внимание довод ответчика, что издержки больницы возросли за период с момента пожертвования до начала судебного разбирательства с нескольких долларов в день до 140 долл. в день на одного человека.

¹¹ Выбор между аннулированием договора, который допускает доктрина крайнего затруднения, и компенсацией положительного договорного интереса (*expectation damages*) можно представить следующим образом:

$$d = V - r, \text{ при } c \leq B, \text{ и}$$

$$d = 0 \text{ при } c > B,$$

где d — возмещение потерь кредитора, которое выплачивает должник; B — параметр, который служит в качестве границы издержек должника и который законодатель выбирает из интервала $[k; K]$ — множества возможных значений издержек c ; c — издержки должника, связанные с исполнением договорных обязательств; $(V - r)$ — чистая ценность договора для кредитора, V — общая ценность договора, r — цену, которую заплатит кредитор. Если законодатель выбирает верхнюю границу издержек $B = K$, то аннулирование договора становится невозможным и должник обязан возместить потери кредитора в любом случае, независимо от того, каковы его реальные издержки исполнения договора. Задача законодателя — выбрать такую величину B , которая максимизировала бы благосостояние сторон на стадии *ex ante*, т.е. до того, как станет известна информация об изменении обстоятельств (Sykes A. *The Doctrine of Commercial Impracticability in a Second-Best World* // *The Journal of Legal Studies*. 1990. Vol. 19. N. 1. P. 43–94).

¹² В экономической теории проводится различие между информацией, которую стороны могут наблюдать (*observable information*), и информацией, которая может быть проконтролирована третьей стороной (*verifiable information*). Это различие проводится потому, что издержки доказывания третьей стороне, что существовало некоторое состояние дел или были произведены определенные действия, могут

модифицировать договоры и менять договорные цены в соответствии с изменившимися условиями, а вынуждены применять довольно «грубый» инструмент — доктрину крайнего затруднения. Если применяется эта доктрина, то договор аннулируется и кредитор не получает возмещения понесенных потерь. В случае, если суд отказывается применить доктрину крайнего затруднения, должник обязан возместить возникшие у кредитора убытки.

Чем более высока установленная граница увеличения издержек должника, тем больше вероятность, что будут исполняться договоры, которые с точки зрения эффективности следовало бы аннулировать. Однако если граница установлена на чересчур низком уровне, то может возникнуть неэффективность другого рода — будут аннулироваться эффективные договоры. В данных условиях суды выбирают достаточно высокий уровень этой границы, чтобы воспрепятствовать неэффективному аннулированию договоров¹³. Что касается реальной судебной практики, то граница эта остается весьма неопределенной. В деле *Mineral Park* увеличение издержек в 10–12 раз оказалось достаточным для аннулирования договора. Увеличение затрат в 2 раза оказалось недостаточным для применения доктрины крайнего затруднения¹⁴.

Предложенный Познером и Розенфильдом аргумент о распределении риска позже был дополнен другими соображениями в обоснование доктрины крайнего затруднения. Основное внимание другие авторы уделяли влиянию этой доктрины на стимулы сторон договора, а следовательно, и на их поведение. Возможный отказ суда применить эту доктрину и аннулировать договор создаст для должника стимулы к эффективному сокращению риска с помощью рынка страховых услуг,

превышать выгоды от этого. Шварц утверждает, что суд не сможет использовать правила, основанные на ненаблюдаемой информации (*unobservable information*) или на той информации, которую третья сторона — суд — не может проконтролировать (*unverifiable information*), от применения этих правил откажутся и сами договаривающиеся стороны. Именно это соображение убедительно объясняет, по его мнению, тот факт, что суды в гораздо большей степени склонны аннулировать договоры в тех случаях, когда исполнение стало невозможным (например, вследствие уничтожения предмета договора или по причине государственного вмешательства), по сравнению с теми делами, в которых исполнение договора стало затруднительным с экономической точки зрения (См.: Schwartz A. *Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies* // *The Journal of Legal Studies*. Vol. 21. N. 2. P. 271–318).

¹³ Schäfer H.-B., Ott C. *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechtes*. Berlin: Springer, 2000. P. 429.

¹⁴ См.: *Transatlantic Financing Corp. v. United States*, 363 F. 2d 312 (D.C. Cir. 1966).

повлияет на его стимулы к тому, чтобы сообщать кредитору информацию о вероятности неисполнения договора, а также заставит его принимать меры, направленные на то, чтобы избежать события, которое сделает для него коммерчески невыгодным исполнение договора¹⁵. Для кредитора, напротив, возможность применения судами доктрины крайнего затруднения может создавать стимулы к принятию мер, направленных на уменьшение суммы взыскиваемых убытков и оптимизацию своих расходов, предпринимаемых с целью получения выгод от договора. В этом случае применение доктрины крайнего затруднения может приводить к полезным последствиям даже в тех случаях, когда кредитор не является стороной, которая проявляет меньшее неприятие риска или может с меньшими издержками диверсифицировать или застраховать риск. И наконец, еще одним аргументом в поддержку доктрины крайнего затруднения может быть сокращение потерь, связанных с возможным банкротством должника.

Доверие кредитора к договору

Кредиторы могут готовиться к получению выгоды от договора, осуществляя необходимые для этого инвестиции. Например, готовясь к получению оборудования, кредитор может затратить средства на обучение работников. Если условия договора не создают для него стимулов к ограничению этих расходов, то их возмещение в случае неисполнения должником своих обязательств приведет к тому, что кредитор будет сверх меры полагаться на данные ему обещания, и затраты этих средств будут превышать оптимальные¹⁶.

Если бы оптимальный с точки зрения обеих сторон уровень доверия кредитора к договору был известен суду, то суд мог бы создать у кредитора стимулы к принятию оптимальных мер по подготовке к получению выгод от договора, отказываясь присуждать возмещение потерь сверх этого уровня. Однако оптимальный уровень доверия кредитора к дого-

¹⁵ Должники зачастую обладают большей информацией о вероятности тех событий, которые могут сделать их исполнение «невозможным» или крайне затруднительным. Если освобождение должника от договорной ответственности не ставится в зависимость от раскрытия им этой важной информации в момент заключения договора, то могут возникнуть проблемы — должники будут заключать договоры с отрицательной ожидаемой ценностью, или не будут принимать необходимые меры предосторожности, требующие от них определенных затрат.

¹⁶ Shavell S. Damages Measures for Breach of Contract // Bell Journal of Economics. 1980. Vol. 11. P. 466–490.

вору обычно суду неизвестен. Суд, однако, может приблизить уровень доверия к оптимальному, сокращая число случаев, в которых должник выступает в качестве страховщика тех выгод от договора, которые получает кредитор. Именно это достигается, как утверждает Сайкес, с помощью доктрины невозможности исполнения договора¹⁷.

Однако данный аргумент может вызвать возражения. Во-первых, судам сложно сбалансировать выгоды от сокращения чрезмерного доверия и неблагоприятные последствия доктрины крайнего затруднения, которые могут возникать как до, так и после заключения договора (судебные издержки). Во-вторых, доктрины невозможности исполнения договора и крайнего затруднения действуют лишь в случае возникновения непредвиденных обстоятельств, которые влияют на издержки исполнения договора должником, поэтому они не смогут серьезно повлиять на сокращение избыточного доверия со стороны кредитора¹⁸.

Усилия кредитора по уменьшению суммы взыскиваемых убытков

Брюс¹⁹ предложил другое объяснение доктрин невозможности и крайнего затруднения. Если действует правило компенсации положительного договорного интереса (*expectation damages*), то должник выступает в качестве страховщика выгод кредитора от сделки, поэтому у кредитора не будет стимула к уменьшению своих потерь, которые он понесет в случае неисполнения договора должником. Договорное право пытается скорректировать эту проблему, вводя требование к кредитору об уменьшении суммы взыскиваемых убытков и лишая его права на возмещение тех убытков, которых он мог бы избежать благодаря разумным усилиям по *уменьшению своих потерь*. Однако если это требование уменьшения суммы взыскиваемых убытков трудно реализовать вследствие того, что суд не может наблюдать *надлежащие* усилия кредитора, в этом случае правило компенсации положительного договорного интереса кредитора может привести к недостаточным усилиям кредитора по уменьшению суммы взыскиваемых убытков.

¹⁷ Sykes A. The Doctrine of Commercial Impracticability in a Second-Best World // The Journal of Legal Studies. 1990. Vol. 19. N. 1. P. 43–94.

¹⁸ Sykes A. Impossibility Doctrine in Contract Law // Palgrave Dictionary of Economics and The Law / Ed. by P. Newman. L.: Macmillan Reference Ltd., 1998. Vol. 2. P. 264–268.

¹⁹ Bruce Chr. An Economic Analysis of The Impossibility Doctrine // The Journal of Legal Studies. 1982. Vol. 11. N. 1. P. 311–332.

При определенных обстоятельствах освобождая должника от обязательств по договору, доктрина невозможности исполнения договора заставляет кредиторов интернализировать²⁰ выгоды от эффективного уменьшения потерь и создает стимулы к усилиям по уменьшению этих потерь.

Следуя этому подходу, Брюс дает оценку решений по ряду дел, отличающихся от позиций Познера и Розенфильда²¹. Так, в деле *Stratford v. Seattle Brewing and Malting Co*²² одна из сторон арендовала помещение для использования его в качестве бара. В результате референдума арендатор лишился лицензии на продажу спиртного, необходимой для содержания бара. Познер и Розенфильд утверждают, что в этом случае арендодатель обладал большей информацией о значимых для дела факторах, чем арендатор. То есть, хотя стороны были в равной степени информированы о возможности потери лицензии (арендодатель был пивоваром), арендодатель обладал большей информацией о потерях, которые возникнут в такой ситуации, поэтому Познер и Розенфильд приходят к выводу, что аннулирование договора было правильным решением.

Брюс не соглашается с Познером и Розенфильдом в том, что если арендодатель хочет определить потенциальный ущерб арендатора, он может получить информацию о нем на стадии заключения договора. Он считает это дело аналогичным британским «делам о коронации». Решение суда должно, по его мнению, зависеть от относительной способности сторон снова сдать помещение внаем, т.е. от их относительной способности *уменьшить величину потерь*, возникающих вследствие непредвиденного обстоятельства. Поскольку в этом деле арендатор, так же, как и арендодатель, мог сдать помещение в аренду, и стороны в одинаковой степени были способны использовать помещение в других целях, Брюс считает, что договор не следовало аннулировать, если право арендатора сдавать помещение в поднаем не было специально ограничено в договоре. Именно эта причина – запрет на субаренду, видимо, и

²⁰ В случае компенсации положительного договорного интереса кредитор не получит выгоду от своих усилий по уменьшению суммы взыскиваемых убытков, эту выгоду получит лишь должник, поскольку размер выплачиваемой им компенсации уменьшится. Эта выгода будет иметь внешний по отношению к кредитору характер. Если потери кредитора не компенсируются, у него появляются стимулы к усилиям по уменьшению величины потерь. В этом случае экономисты говорят об интернализации выгод – должник чувствует на себе выгоды от соответствующего поведения.

²¹ Bruce Chr. An Economic Analysis of the Impossibility Doctrine // The Journal of Legal Studies. 1982. Vol. 11. N. 1. P. 329.

²² 94 Wash. 125, 162. P. 31 (1916).

стала основанием для аннулирования договора в деле *Stratford*. Однако она отсутствовала в аналогичных делах *Shepard v. Sullivan*²³ (1916) и *Kahn v. Wilhelm*²⁴ (1915), которые также были аннулированы.

Аналогичный принцип Брюс применяет к анализу дел, в которых суд отказался аннулировать договоры об аренде выставочных залов для демонстрации автомобилей, ставшей невозможной в результате федеральных ограничений на продажу новых автомобилей во время Второй мировой войны. В этих делах «наилучшим альтернативным способом» использования выставочных залов была продажа подержанных автомобилей или их ремонт. Обычно у арендатора по сравнению с типичным арендодателем (компанией по торговле недвижимостью) больше возможностей использования помещений с одной из перечисленных целей. Поэтому соображения эффективности, по мнению Брюса, требовали, чтобы эти контракты не аннулировались, за исключением тех случаев, когда договор специально ограничивал использование помещения для целей, не предусмотренных договором об аренде.

В других случаях выводы Брюса не отличаются от выводов, к которым приходят Познер и Розенфильд, хотя рассуждения, приводящие к этим выводам, иные. В двух делах, обсуждаемых Познером и Розенфильдом, компании договорились о производстве специализированного оборудования – лифта в деле *Siegel v. Eaton & Prince Co*²⁵ и вентиляционно-оборудования в деле *Huyett & Smith Mfg. Co. v. Chicago Edison Co*²⁶ – и установке его в зданиях, принадлежащих заказчику. В каждом из этих случаев здание, в котором должно было устанавливаться оборудование, сгорело до момента получения и установки оборудования. В обоих случаях договор был аннулирован.

Познер и Розенфильд положительно оценивают решения по этим делам, поскольку производитель специализированного оборудования может лучше, чем другая сторона, оценить степень специфичности оборудования и издержки его переналадки с тем, чтобы оно могло использоваться у других покупателей. Кроме того, производителю проще, чем покупателю, получить страховку. Производитель может минимизировать трансакционные издержки страхования, покупая единую страховку на все продаваемые изделия, в то время как каждому покупателю пришлось бы покупать отдельную страховку.

²³ 94 Wash. 125, 162. P. 34 (1916).

²⁴ 118 Ark.239, 177 S.W. 403 (1915).

²⁵ 165 Ill. 550, 46 N.E. 449 (1896).

²⁶ 167 223, 47 N.E. 384 (1897).

Брюс согласен с Познером и Розенфильдом в отношении того, что дела решены правильно, однако делает акцент не на вопросах страхования, а на возможности сторон предпринять определенные шаги, нацеленные на уменьшение потерь. Поскольку производителю было проще, чем первому покупателю, найти альтернативного покупателя своего оборудования, то аннулирование договора было, по мнению Брюса, эффективным уже только по этой причине.

Брюс не соглашается с позицией Познера и Розенфильда по поводу оценки решения в судебном деле *Paris v. Stratton Cripple Creek Mining & Dev. Co.*²⁷. В этом деле водитель грузовика заключил договор с горнодобывающей компанией о перевозке руды на расположенный неподалеку металлургический завод. Когда завод обанкротился, горнодобывающая компания предприняла попытку аннулировать договор с водителем грузовика, и ей это удалось — она выиграла судебное дело.

Познер и Розенфильд считают решение суда правильным с экономической точки зрения. Они аргументируют свою позицию тем, что, хотя у горнодобывающей компании и было больше возможностей оценить вероятность закрытия завода, но водитель грузовика мог оценить величину потерь, и у него были возможности распределить риски путем заключения договоров с клиентами, занятыми в других сферах бизнеса. Брюс не согласен с этим подходом по двум причинам. Во-первых, отсутствуют данные, свидетельствующие о том, что водитель грузовика мог с меньшими издержками, чем горнодобывающая компания, застраховаться от потерь, вызванных неисполнением договора. И во-вторых, не является столь невероятной возможность того, что должник найдет другого покупателя своей продукции, и в этом случае ему по-прежнему будут нужны услуги кредитора-перевозчика. Если же контракт аннулируется, то должник, видимо, не будет инвестировать достаточно средств в поиск альтернативных покупателей.

Брюс предлагает в связи с этим «общее правило, в соответствии с которым в подобных делах неисполнение договора будет рассматриваться как *нарушение договора*, за исключением тех случаев, когда должник может доказать, что он принял все разумные меры по поиску альтернативных покупателей, и он также в состоянии показать, что его издержки страхования были выше, чем у кредитора»²⁸. Вопрос о страховании, по мнению Брюса, не следует выдвигать на пер-

²⁷ 94 Wash. 125, 162. P. 31 (1916).

²⁸ Bruce Chr. An Economic Analysis of the Impossibility Doctrine // The Journal of Legal Studies. 1982. Vol. 11. N. 1. P. 330.

вый план, как это делают Познер и Розенфильд, а необходимо ставить лишь после того, как стороны приняли оптимальные меры, направленные на уменьшение величины потерь, возникающих в результате неисполнения договора.

Определение стороны, которая может с меньшими издержками нести бремя риска (*best risk bearer*), может оказаться весьма затруднительным, поскольку издержки страхования у сторон могут быть приблизительно равными, или же суд может не располагать информацией, необходимой для решения данного вопроса. В этом случае Брюс, исходя из соображений эффективности, предлагает выбирать не освобождение от договорной ответственности, а другой вариант — нарушение договора, при котором сторона, не исполнившая договор, возмещает потери потерпевшей стороны. Брюс приводит две основные причины, по которым такой вариант оказывается более эффективным. Во-первых, экономической функцией договорного права является достижение эффективности обмена. Если договаривающиеся стороны знают, что неисполнение договора будет рассматриваться как его нарушение, то у них будут сильные стимулы к тому, чтобы обеспечить взаимовыгодность обмена на стадии заключения договора. Эти стимулы будут подорваны, если следствием неисполнения договора станет его аннулирование. Во-вторых, если известно, что одно из правил имеет преимущественное значение в делах, для которых характерна высокая степень неопределенности, то это сократит издержки, вызванные большим количеством тяжб. Наконец, на третью причину указывают Познер и Розенфильд: «...в типичном деле о нарушении договора единственными действующими лицами, имеющими отношение к договору, являются исполнитель и плательщик, и производственная деятельность в соответствии с договором контролируется и осуществляется исключительно исполнителем. Поэтому действует твердая презумпция, что он обладает большими возможностями, чем заказчик, для того, чтобы предотвратить неблагоприятное событие, которое сделает выполнение договора экономически нецелесообразным. Эта презумпция не абсолютная, однако, достаточная для того, чтобы сделать норму безусловной ответственности общим правилом для выяснения, имело ли место нарушение договора, или нет»²⁹.

Доводы о том, что применение доктрины крайнего затруднения оправдано соображениями создания у кредитора стимулов к уменьшению

²⁹ Posner R., Rosenfield A. Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analyses // The Journal of Legal Studies. 1979. Vol. 6. P. 111.

суммы взыскиваемых убытков, сталкиваются с теми же трудностями, что и доводы о необходимости создания оптимальной степени доверия кредитора к договору. Исходя из имеющей у него информации, суд не всегда может определить действительно ли выгоды, связанные с усилением стимулов к уменьшению величины взыскиваемых убытков, превышают возможные издержки, вызванные моральным риском³⁰, возросшими судебными издержками и неэффективным распределением риска, то есть возложением риска непредвиденных обстоятельств не на ту сторону, которая может нести его бремя с меньшими издержками³¹. Кроме того, встречаются случаи применения доктрины крайнего затруднения, в которых вряд ли возможны какие-либо действия кредитора с целью уменьшения величины взыскиваемых убытков. Классическим в этом плане является дело *Mineral Park Land v. Howard (1916)*, уже упоминавшееся выше. Наконец, те существенные изменения обстоятельств, которые делают исполнение договора крайне затруднительным для должника, могут не коррелировать с обстоятельствами, в которых уменьшение суммы взыскиваемых убытков кредитором особенно важно и его усилия трудно проконтролировать. Примером может служить ситуация, когда обещанный товар кредитор по договору может без особых трудностей приобрести у других продавцов, и суду в этом случае несложно удостовериться, что кредитор принял необходимые меры, а не сидел сложа руки и способствовал тем самым увеличению суммы убытков.

³⁰ Моральный риск — понятие, которое возникло в страховом деле, и отражало тот факт, что страховка может повысить вероятность несчастного случая, потому что у застрахованного лица снижаются стимулы к принятию мер предосторожности. В экономической теории, которая заимствовала это понятие из страхового дела, оно применяется в тех случаях, когда экономический агент максимизирует свою полезность и это может причинить вред интересам другого лица, но само лицо, причиняющее этот вред, не несет связанные с этим издержки. Причиной появления морального риска являются высокие издержки контроля (например, страховые компании не могут наблюдать уровень мер предосторожности, принимаемых застрахованным лицом) в условиях асимметрии информации (когда застрахованное лицо располагает информацией о своих планах, которая недоступна страховой компании).

³¹ Например, даже если ожидаемые издержки освобождения должника от его договорных обязательств в случае непредвиденных обстоятельств невелики для кредитора, но если кредитор не склонен к риску, то это будет небольшим утешением для него, если ему не повезет и это обстоятельство возникнет. Sykes A. Impossibility Doctrine in Contract Law.// Palgrave Dictionary of Economics and The Law/ Ed. by P. Newman. L.: Macmillan Reference Ltd. 1998. Vol. 2. P. 267.

Издержки, связанные с банкротством должника

Наконец, еще одним аргументом в поддержку доктрины крайнего затруднения могут быть издержки, связанные с банкротством должника, который вынужден исполнить договорное обязательство или возместить возникшие в связи с неисполнением договора потери кредитора. Банкротство компании может вызвать необходимость несения значительных издержек. В большинстве случаев, возможно, эти издержки оправданы — руководство компании может быть заменено, а ресурсы направлены туда, где они могут быть использованы более эффективно. Однако если банкротство не явилось следствием плохого управления компанией или изменения условий конкуренции на рынке, а произошло вследствие неблагоприятного стечения обстоятельств, которое должник не мог предвидеть или предотвратить, и если при этом не возникает необходимости в изменении размещения ресурсов в экономике, то общество может выиграть, если удастся избежать потерь, вызванных банкротством должника. Именно это и может оправдать аннулирование некоторых договорных обязательств, выполнение которых приведет должника к банкротству.

Так, в деле *Westinghouse* именно опасение относительно значительного неблагоприятного воздействия банкротства компании как с экономической точки зрения, так и с точки зрения национальной безопасности, заставляло судей первой инстанции оказывать серьезное давление на стороны и направлять их к урегулированию конфликта на тех условиях, которые гарантировали бы выживание компании *Westinghouse*³².

В 1970-х гг. большую известность получил ряд судебных дел, в которых компания *Westinghouse Electric Corp.* попыталась воспользоваться доктриной крайнего затруднения для того, чтобы добиться аннулирования долгосрочных договоров, в которых она взяла на себя обязательство поставлять окись урана по фиксированной цене компаниям — производителям электроэнергии. В начале 1970-х гг. компании *Westinghouse* удалось убедить компании — производители электроэнергии в выгоды приобретения у нее ядерных реакторов. Пытаясь обойти конкурентов, компания *Westinghouse* взяла на себя обязательство снабжать покупателей ядерных реакторов окисью урана по фиксированной цене — 8–10 долл. за фунт. Это предложение показалось покупателям привлекательным, и к середине 1975 г. обязательства компании на 40 тыс. тонн превышали

³² Eagan W. The Westinghouse Uranium Contracts: Commercial Impracticability and Related Matters // American Business Law Journal. 1980. Vol. 18. P. 295.

ее запасы и форвардные контракты. В это время рыночная цена на уран поднялась выше 30 долл. за фунт. В этих условиях восполнение нехватки урана для выполнения обязательств обошлось бы компании *Westinghouse* почти в 2 млрд долл., что привело бы к ее банкротству. В сентябре 1975 г. компания заявила, что не будет исполнять заключенные договоры. Компания попыталась освободиться от своих обязательств, ссылаясь на то, что их выполнение стало для нее крайне затруднительным. Двадцать семь компаний по производству электроэнергии подали против компании *Westinghouse* 14 судебных исков.

В этом деле не было оснований для применения доктрины невозможности исполнения договора, поскольку компания *Westinghouse* могла приобрести уран на рынке. Поэтому она попыталась воспользоваться доктриной крайнего затруднения. Однако заключенные ею договоры недвусмысленно возлагали риск на поставщика урана. Прежде всего, сама идея о снабжении потребителей топливом была неплохой. Компания могла реализовать возможности экономии от масштаба, которых не было у отдельных электростанций. Кроме того, специализируясь на этом рынке, компания *Westinghouse* могла бы достичь лучшего понимания рисков, чем отдельные электростанции. Идея была хорошей, но компания очень плохо ее реализовала. Непонятно, почему она не предприняла никаких шагов для того, чтобы защитить себя от разрушительных последствий роста цен на окись урана. Компания *Westinghouse* могла принять ряд мер: заключать больше форвардных контрактов на уран по фиксированной цене, интенсивнее создавать запасы урана, проводить собственные исследования рынка урана, чтобы выяснить было ли обоснованным всеобщее ожидание роста цен, и, наконец, компания могла бы пересмотреть договоры с потребителями и включить в них оговорку о скользящих ценах, которая увязывала бы цены на окись урана с общим уровнем инфляции или с индексом товарных цен.

Существенное изменение обстоятельств, сделавшее крайне затруднительным исполнение компанией договорных обязательств, можно было предвидеть, и все, кроме компании *Westinghouse*, его ожидали. Электростанции, заключившие договоры с *Westinghouse*, стремились именно к защите от роста рыночных цен, и эта защита была частью того набора обязательств, которые брала на себя компания *Westinghouse*. Таким образом, компания *Westinghouse* добровольно взяла на себя риск, связанный с ростом цен, в обмен на то, чтобы электростанции покупали реакторы именно у нее. Обеим сторонам было хорошо известно, кто из них брал на себя риски, связанные с ростом цен. И наконец, компания не

предприняла никаких мер, чтобы уменьшить последствия неблагоприятных изменений.

Подобная политика была, видимо, обусловлена тем, что компания *Westinghouse* рассчитывала на преходящий характер повышения цен и была уверена в том, что вскоре цены вернуться к исходному уровню³³. Кроме того, компания сама способствовала росту своих потерь, продолжая заверять покупателей, что ее запасов окиси урана достаточно для выполнения всех обязательств, хотя цены уже начали расти.

Конечно, компания *Westinghouse* могла сослаться на то, что в момент заключения договоров ей не было известно о существовании международного картеля, созданного с целью контроля цен на уран, и это явилось бы непредвиденным обстоятельством, которое компания не могла предусмотреть. Действительно, о существовании картеля стало известно лишь тогда, когда судебные процессы были в самом разгаре. Вторым обстоятельством, на которое полагалась компания *Westinghouse*, был размер ожидаемых ею потерь, которые намного превосходили потери во всех других судебных делах, в которых судом было отказано в аннулировании договора.

Ни одно из урановых дел не дошло до стадии судебного разбирательства, они были урегулированы во внесудебном порядке. Контрагенты компании *Westinghouse* согласились пересмотреть цену в обмен на выплаты наличными, а также на поставки оборудования и услуг по более низким ценам или без оплаты. Кроме того, партнеры компании *Westinghouse* должны были получить долю от суммы, вырученной в результате иска компании *Westinghouse* против международного уранового картеля (по утверждению компании, эта сумма составила более 400 млн долл.)³⁴.

Обоснование доктрины крайнего затруднения со ссылкой на потери общественного благосостояния в результате банкротства должника можно было бы принять, если бы применение доктрины ограничивалось только теми случаями, которые отвечают этим условиям, и не создавало дополнительных проблем в виде возложения риска на ту сторону, для которой его бремя связано с большими издержками по сравнению с другой стороной. Освобождение от ответственности стороны, которая более способна предотвратить риск, создает условия для морального риска с ее стороны. Кроме того, подобное применение доктрины может создавать

³³ Joskow P. Commercial Impossibility. The Uranium Market and the Westinghouse Case // The Journal of Legal Studies. 1977. Vol. 6. N. 1. P. 145.

³⁴ Hurst T. Inflation, Deflation and Long Term Contractual Relationships under UCC Section 2—615 // Commercial Law Journal. 1990. Vol. 95. N. 3. P. 303.

стимулы для компаний к чрезмерному, не оправданному производственными соображениями, использованию заемных средств³⁵.

Справедливость как основание доктрины крайнего затруднения

Итак, каждое из рассмотренных выше оснований доктрины крайнего затруднения допускает возражения. Даже их совместное использование не дает уверенности в том, что применение этой доктрины оправдано с точки зрения соображений экономической эффективности. В литературе встречается ряд довольно резких высказываний в адрес доктрины крайнего затруднения. Сайкес указывает на то, что практическое применение доктрины крайнего затруднения вносит неопределенность в процесс заключения договоров на стадии *ex ante*, а также повышает издержки судебного решения споров на стадии *ex post* при почти полном отсутствии экономических выгод, которые могли бы оправдать эти затраты. Доктрина не учитывает экономические факторы, которые определяют, является ли освобождение от договорных обязательств эффективным или нет. Сайкес подвергает сомнению эффективность доктрины на практике и утверждает, что для большинства значимых судебных дел информация, которая необходима для эффективного применения доктрины в судах, как правило, отсутствует³⁶.

Трайэнтис³⁷ также дает доктрине отрицательную оценку: «В целом, судебное перераспределение риска посредством доктрины договорного права, как, например, доктрины крайнего затруднения, является нарушением свободы контракта, которое не может быть оправдано соображениями экономической эффективности. Задачу исправления неэффективного распределения риска, явившегося следствием когнитивных ошибок и предрассудков, следует предоставить динамичным интеллектуальным и рыночным силам, которые с течением времени могли бы с ней справиться»³⁸. Трайэнтис ссылается на то обстоятельство,

что за последние несколько столетий наблюдалось впечатляющее развитие человеческих способностей, связанных с пониманием вероятностей и статистическим обоснованием принимаемых решений. Многие психологи предсказывают еще более значительный прогресс в этой области. Кроме того, люди обладают способностью обучаться по мере накопления опыта хозяйствования. Академические знания в области теории принятия решений проникают в деловую среду, и многие менеджеры уже знакомы с ними. Наконец, важную роль в исправлении неэффективного распределения риска между сторонами договора играют финансовые стимулы к его улучшению и дисциплинирующее воздействие рынка. Неопределенность воздействует на любые хозяйственные решения. При прочих равных условиях те экономические агенты, которые в меньшей степени ошибаются в оценке будущего, обходят своих конкурентов и вытесняют их с рынка. Именно по этим причинам договорное право, по убеждению Трайэнтиса, обладает весьма ограниченными возможностями корректировать неэффективное распределение риска.

Однако правоведы оценивают правовые доктрины и судебные решения не на основе критерия эффективности, а исходя из принципа справедливости. Может быть, вмешательство суда в случае существенного изменения обстоятельств оправдано с точки зрения справедливости?

Одна из сторон, которая в соответствии с договором взяла на себя определенный риск, могла допустить ошибку в оценке этого риска и не получила компенсацию за несение его бремени (в виде надбавки к цене, если эта сторона является продавцом или скидки с цены, если она является покупателем)³⁹. Однако требование справедливости должно действовать и в том случае, когда та сторона, которая не несет риск, заплатила более высокую цену. Это имеет место тогда, когда она переоценила риск, который несет другая сторона. Если бы законодатель руководствовался исключительно соображениями справедливости, то ему следовало бы использовать *симметричный* подход к неблагоприятным и благоприятным рискам. Благоприятные риски также оказывают воздействие на выполнение договорных условий. Технологическое изобретение, например, может существенно снизить издержки исполнения договора. Если кредитор недооценивает благоприятные риски,

³⁵ Sykes A. Impossibility Doctrine in Contract Law // Palgrave Dictionary of Economics and The Law / Ed. by P. Newman. L.: Macmillan Reference Ltd. 1998. Vol. 2. P. 267.

³⁶ Sykes A. The Doctrine of Commercial Impracticability in a Second-Best World // The Journal of Legal Studies. 1990. Vol. 19. N. 1. P. 43–94.

³⁷ Triantis G. Contractual Allocation of Unknown Risks. A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability // The University of Toronto Law Journal. Vol. 42. N. 4. P. 450–483.

³⁸ Ibid. P. 480.

³⁹ Сторона договора не получает достаточной компенсации, когда на нее возлагается непредвиденный риск, поскольку этот риск не был распределен в договоре (Schwartz A. Sales Law and Inflation // Southern California Law Review. 1976. Vol. 50. N. 1. P. 8–11).

то цена, о которой он договорится, не будет отражать возможное уменьшение издержек выполнения договорных обязательств. Поэтому с точки зрения справедливости правовая доктрина крайнего затруднения является односторонней. Цель доктрины крайнего затруднения — защитить должника от тяжелых последствий существенного изменения обстоятельств, за которые он не получил достаточного возмещения в договоре, но одновременно эта доктрина позволяет должнику воспользоваться неожиданной прибылью, которую он получит при благоприятном стечении обстоятельств⁴⁰.

Сторона договора может получить недостаточную компенсацию за несение бремени риска, если она недооценила риск вследствие неправильной оценки вероятности его возникновения. Однако суды не располагают информацией, необходимой для определения того, действительно ли сторона не получила достаточной компенсации, и в какой степени. Факты, имеющие отношение к процедуре оценки риска, — это частная информация той стороны, которая добивается перераспределения риска. Вследствие этого информационного ограничения судам приходится использовать достаточно грубые и вводящие в заблуждение показатели «заменители» для определения того, имела ли место недостаточная компенсация. Доктрина крайнего затруднения использует два таких «заменителя»: существенное изменение обстоятельств и величина возникающих при этом потерь. Первый показатель — существенное изменение обстоятельств — чрезмерно широкий, поскольку он не позволяет определить, был ли риск разумно оценен и эффективно распределен, т.е. возложен на ту сторону, которая могла бы нести его бремя с меньшими издержками, или же была допущена когнитивная ошибка, следствием которой стала недостаточная компенсация соответствующего риска. Несущая бремя риска сторона получила недостаточное возмещение лишь в последнем случае, когда риск был недооценен. Другой «заменитель», который используется судами, — это величина потерь, возникающих, если риск стал реальностью. Однако этот показатель также не лишен недостатков. Главный из них заключается в том, что он смешивает вероятность и результат. Адекватность компенсации рисков должна оцениваться не

⁴⁰ Отсутствие симметрии в правовом подходе к благоприятным и неблагоприятным рискам становится еще более очевидным, если вспомнить, что возможность воспользоваться благоприятным стечением обстоятельств для сторон договора ничем не ограничена, а подверженность неблагоприятным рискам ограничивается законами об ограниченной ответственности и освобождением от долговых обязательств в случае банкротства.

в сравнении с реально возникшими потерями, а в сравнении с ожидаемыми потерями⁴¹ и риском на стадии заключения договора. Многие непредвиденные события с суровыми последствиями имеют невысокую вероятность и ожидаемые от них потери значительно меньше, чем реально возникшие.

В целом судам сложно получить информацию об оценке сторонами риска, которая позволила бы им непосредственно определить, действительно ли сторона договора допустила ошибку или проявила предвзятость в оценке риска, что привело к неправильному определению платы за риск, в результате чего она получила недостаточную компенсацию за несение бремени риска. «Заменители», которыми пользуются суды, применяя доктрину крайнего затруднения, имеют серьезные недостатки, и это означает, что у судов нет надежного метода выявления случаев недостаточной компенсации, а также определения ее степени⁴². Отсюда следует, что достичь «справедливого» решения возникшего конфликта судам вряд ли удастся.

Доктрина крайнего затруднения акцентирует внимание на катастрофическом увеличении издержек одной из сторон, не учитывая природу или вероятность соответствующего события, вызвавшего затруднение в исполнении договора. Интерпретируемая подобным образом доктрина представляет собой «страховочную сетку», которая снижает уязвимость должника, защищая его от катастрофических потерь. Однако в экономике существуют и другие механизмы, которые могут обезопасить должника — правило ограниченной ответственности, освобождение его от долговых обязательств при банкротстве. В связи с этим наблюдающийся в общем праве отказ судов применять доктрину крайнего затруднения представляется вполне обоснованным. «Продолжающееся существование доктрины, даже если и в основном не применяемой, лишь вносит вклад в сохранение замешательства и неопределенности в отношении сферы ее применения и смысла»⁴³.

⁴¹ Ожидаемое значение — результат, который экономические агенты ожидают в среднем. Ожидаемое значение, связанное с неопределенной ситуацией, является средневзвешенным всех возможных результатов, где вероятность каждого результата используется в качестве частоты или веса соответствующего значения.

⁴² Triantis G. Contractual Allocation of Unknown Risks. A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability // The University of Toronto Law Journal. Vol. 42. N. 4. P. 481.

⁴³ Ibid.

Модификация договоров – судебное дело *Alcoa v. Essex Group, Inc.*

В США суды, как правило, не модифицируют условия договоров, в основном по тем причинам, которые указывались выше. Однако один из редких случаев, когда суд модифицировал условия договора в части, касающейся цены, — ставшее широко известным дело *Aluminium Company of America v. Essex Group, Inc.*⁴⁴. Компания *Essex* построила завод по производству глинозема вблизи от алюминиевого завода компании *Alcoa* в округе Уоррик в штате Индиана. Компания *Essex* не имела других поставщиков, поэтому для защиты своих специфических инвестиций, рассчитанных на длительные отношения с компанией *Alcoa*, она заключила долгосрочный контракт на 15 лет. Первоначально договорная цена включала как постоянные, так и переменные элементы. Все затраты, не связанные с наймом рабочей силы (в основном затраты на топливо), были проиндексированы с помощью промышленного компонента индекса оптовых цен⁴⁵. Однако один из компонентов этого индекса не отслеживал издержки. Производство алюминия весьма энергоемкое, и хотя большая часть алюминия, производимого компанией *Alcoa*, поступала с заводов, использовавших энергию с гидроэлектростанций, завод в округе Уоррик работал на электроэнергию, полученной из ископаемого топлива. Когда разразился энергетический кризис 1973 г., цены на топливо компании *Alcoa* значительно возросли, а значение компонента оптового индекса цен увеличилось незначительно. Одновременно на рынке вырос спрос на алюминий. Это привело к тому, что издержки компании *Alcoa* увеличились весьма значительно по сравнению с договорной ценой на алюминиевые чушки, производимые для компании *Essex*, которые та затем продавала на рынке по возросшим ценам и получала неожиданно высокую прибыль. Компания *Alcoa* попробовала аннулировать договор или изменить в судебном порядке договорную цену. Компания *Essex* попыталась воспротивиться этому, но суд вынес решение о том, что изменившиеся условия привели к тому, что для компании *Alcoa* договор утратил смысл (получение компанией

⁴⁴ 499 F.Supp. 53 (W.D.Pa., 1980).

⁴⁵ Компания *Alcoa* выбрала этот показатель для индексирования договорной цены, следуя совету видного экономиста Алана Гринспена, который позже был назначен председателем Федеральной резервной системы США. Этот факт убедительно демонстрирует, насколько трудно бывает предвидеть будущее направление изменения цен.

Alcoa прибыли) и изменил договорную цену. Действительно, как установил суд, издержки производства алюминия составили около 36 центов за фунт, в то время как цена за алюминий на рынке была 73 цента за фунт, что приносило около 37 центов прибыли на фунт алюминия. Суд пришел к выводу, что потери компании *Alcoa* в тот год, когда был подан иск, составили 20 млн долл., и оценил будущие потери за весь срок действия договора в сумме более 75 млн долл. Компания *Essex* получала при этом неожиданную прибыль, которая на одну треть определялась закрепленным в договоре способом индексирования цены, а на две трети активным спросом на алюминий, обусловившим рост рыночной цены.

Суд при рассмотрении данного дела применил доктрину взаимного заблуждения (*mutual mistake*), сочтя, что стороны ошиблись, выбирая способ индексирования цен. Кроме того, суд применил также доктрину тщетности договора (*frustration of purpose*). Поскольку спад на рынке привел бы к потере компанией *Essex* выгод от договора и принес бы неожиданную прибыль компании *Alcoa*, то суд модифицировал условия договора, и при этом выбрал минимальную цену, которая гарантировала бы получение компанией *Alcoa* скромной прибыли. Стороны сочли решение суда неудовлетворительным и позже пересмотрели условия договора. По сути, суд не разрешил возникший конфликт, он просто поменял фон, на котором проводились переговоры об изменении условий договора, и сделал его более выгодным для компании *Alcoa*. По иронии судьбы вскоре после того, как было принято судебное решение, на рынке алюминия произошел обвал цен, и его рыночная цена стала ниже исходной договорной цены⁴⁶.

Решение суда в деле *Alcoa* критиковалось комментаторами как весьма поверхностное. Суд постоянно говорил о потерях, которые понесет *Alcoa* за весь срок действия договора, что само по себе является всего лишь предсказанием будущего развития событий, однако даже не пытался оценить величину ожидавших *Alcoa* потерь в общем контексте. Хотя компания *Alcoa* и несла потери по договору с компанией *Essex*, но ее общие прибыли в 1979 г. составили почти 500 млн долл., а ставка процента по акциям компании в 1978 г. впервые за 22 года превысила 14%⁴⁷. Это означало, что и реальные, и потенциально возможные поте-

⁴⁶ Goldberg V. Relational Contract // Palgrave Dictionary of Economics and The Law / Ed. by P. Newman. 1998. Vol. 3. P. 289–293.

⁴⁷ Hurst T. Inflation, Deflation and Long Term Contractual Relationships under UCC Section 2–615 // Commercial Law Journal. 1990. Vol. 95. N. 3. P. 298.

ри компании не угрожали ее существованию, как это было в деле компании *Westinghouse*.

Внимание комментаторов привлекло, главным образом, средство судебной защиты, которое было выбрано судом в деле *Alcoa*. Обычно в делах о крайнем затруднении или тщетности договора суды освобождают сторону, которая находится в менее выгодном положении, от выполнения договорных обязательств. Суд же в этом деле внес «справедливые изменения» в договор, которые гарантировали бы прибыльность договора для компании *Alcoa*. Дело *Alcoa* не оказало серьезного влияния на развитие доктрины крайнего затруднения. Оно критиковалось комментаторами, и если бы его отменил суд более высокой инстанции, как ожидалась многими, то оно было бы забыто. Однако стороны урегулировали спор на условиях, которые остались конфиденциальными. Таким образом, решение суда остается скорее исключением, которое подтверждает общее правило.

Заключение

Аннулирование договорных обязательств на основании существенного увеличения издержек их исполнения может привести к более эффективному распределению издержек между сторонами договора. Перспектива аннулирования договора может помочь лучше распределить риск между сторонами, создать стимулы к оптимальной мере доверия к договору со стороны кредитора или побудить кредитора к принятию мер по уменьшению суммы взыскиваемых убытков. Однако сформулировать правило, в соответствии с которым договор аннулировался бы только в тех случаях, когда это действительно эффективно, чрезвычайно сложно. Проблемы возникают потому, что для эффективного применения этого правила судам потребовалась бы информация, которую они не могут получить с разумными затратами. Поэтому суды акцентируют внимание на степени затруднения, возникающего у должника при исполнении договорных обязательств, а также на возможности сторон предвидеть произошедшее существенное изменение обстоятельств. При этом суды не уделяют внимания относительной способности сторон нести бремя риска, степени их информированности и опасности проявления морального риска со стороны партнера по договору, который оказывается застрахованным от последствий, вызванных недостаточными мерами по предотвращению неблагоприятного события с его стороны. Именно по этой причине эффективность практического применения доктрины

крайнего затруднения ставится под сомнение многими учеными, работающими в области экономики права.

Выбор одного из альтернативных правил, основанный на соображениях экономической эффективности, должен учитывать также сравнительные издержки применения этих правил. Применение одних правил требует меньше издержек, чем применение других. Речь идет о затратах как самих сторон судебного спора, так и издержках работы судебной системы. Кроме того, правила, которыми должны руководствоваться стороны при заключении контракта, должны быть по возможности предсказуемыми, чтобы стороны с достаточной точностью могли бы предполагать, как оно будет применено. Неопределенное правило, применение которого непредсказуемо, заставляет договаривающиеся стороны уточнять параметры и условия договоров, что требует дополнительных затрат на стадии до заключения договора. Неопределенность и непредсказуемость правила приводит также к тому, что стороны не могут быть уверены в исходе судебного спора и не знают, каковы их шансы выиграть дело. Все это приведет к излишним инвестициям в решение споров с помощью судебной системы.

Если согласиться с точкой зрения, в соответствии с которой доктрина крайнего затруднения представляет собой «страховочную сеть», преследующую цель обезопасить стороны в случае существенного изменения обстоятельств, приведшего одну из сторон в крайне сложное экономическое положение, то можно предположить, что в экономиках, которые переживают процесс становления рыночных отношений, доктрины, аналогичные доктрине крайнего затруднения в общем праве, могут применяться достаточно активно. Однако их применение вряд ли будет способствовать уменьшению общей неопределенности договорных отношений и добавит к превратностям экономической жизни риски, обусловленные неясностью исхода при судебном решении возникающих споров. В развитой рыночной экономике США эта «страховочная сеть» используется достаточно осторожно. Даже в 1960–1980-х гг., когда Америка переживала период экономической нестабильности, участники хозяйственной жизни понимали, что возросшие издержки (за исключением случаев, когда должник находился на грани полной катастрофы) не будут служить основанием для применения доктрины крайнего затруднения. Это создавало у сторон стимулы не прибегать к судебному вмешательству, а искать другие способы решения проблем неравенства, возникающего в процессе исполнения договоров⁴⁸.

⁴⁸ Hurst T. Inflation, Deflation and Long Term Contractual Relationships under UCC Section 2—615 // Commercial Law Journal. 1990. Vol. 95. N. 3. P. 322.

Литература

1. *Мозолин В.П., Фарнсворт Е.А.* Договорное право в США и СССР. История и общие концепции. М.: Наука, 1988.
2. *Познер Р.* Экономический анализ права»: В 2 т. СПб.: Экономическая школа, 2004.
3. *Bruce Chr.* An Economic Analysis of The Impossibility Doctrine // The Journal of Legal Studies. 1982. Vol. 11. N. 1. P. 311–332.
4. *Eagan W.* The Westinghouse Uranium Contracts: Commercial Impracticability and Related Matters // American Business Law Journal. 1980. Vol. 18. P. 281–302.
5. *Goldberg V.* Relational Contract // Palgrave Dictionary of Economics and The Law / Ed. by P. Newman. L.: Macmillan Reference Ltd., 1998. Vol. 3. P. 289–293.
6. *Joskow P.* Commercial Impossibility, The Uranium Market and the Westinghouse Case // The Journal of Legal Studies. 1977. Vol. 6. N. 1. P. 119–176.
7. *Hurst T.* Inflation, Deflation and Long Term Contractual Relationships under UCC Section 2–615 // Commercial Law Journal. 1990. Vol. 95. N. 3. P. 290–322.
8. *Posner R., Rosenfield A.* Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analyses // Journal of Legal Studies. 1977. Vol. 6. N. 1. P. 83–118.
9. *Schäfer H.-B., Ott C.* Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechtes. Berlin: Springer. 2000.
10. *Schwartz A.* Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies // The Journal of Legal Studies. Vol. 21. N. 2. P. 271–318.
11. *Schwartz A.* Sales Law and Inflation // Southern California Law Review. 1976. Vol. 50. N. 1. P. 8–11.
12. *Shavell S.* Damages Measures for Breach of Contract // Bell Journal of Economics. 1980. Vol. 11. P. 466–490.
13. *Sykes A.* The Doctrine of Commercial Impracticability in a Second-Best World // The Journal of Legal Studies. 1990. Vol. 19. N. 1. P. 43–94.
14. *Sykes A.* Impossibility Doctrine in Contract Law // Palgrave Dictionary of Economics and The Law / Ed. by P. Newman. L.: Macmillan Reference Ltd. 1998. Vol. 2. P. 264–268.
15. *Triantis G.* Contractual Allocation of Unknown Risks. A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability // The University of Toronto Law Journal. Vol. 42. N. 4. P. 450–483.

*Препринт WP10/2007/07
Серия WP10
Научные доклады лаборатории
институционального анализа*

М.И. Одинцова

**Доктрина крайнего затруднения
в экономике права**

Публикуется в авторской редакции

Зав. редакцией оперативного выпуска *А.В. Заиченко*
Технический редактор *О.А. Быстрова*

ЛР № 020832 от 15 октября 1993 г.
Формат 60×84¹/₁₆. Бумага офсетная. Печать трафаретная.
Тираж 150 экз. Уч.-изд. л. 1.9. Усл. печ. л. 1,86.
Заказ № . Изд. № 815

ГУ ВШЭ. 125319, Москва, Кочновский проезд, 3
Типография ГУ ВШЭ. 125319, Москва, Кочновский проезд, 3

Для заметок
