

САНКТ-ПЕТЕРБУРГСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

На правах рукописи

Лугманов Радик Рашитович

**Гражданско-правовые информационные обязательства, вытекающие из
принципа добросовестности**

Научная специальность: 12.00.03- Гражданское право, предпринимательское
право, семейное право, международное частное право

Диссертация на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Научный руководитель:
доктор юридических наук, доцент
Рудоквас Антон Дмитриевич

Санкт-Петербург
2021

Оглавление

Введение.....	5
Глава 1 Информационные обязанности в зарубежном праве.....	16
1.1. Французский правопорядок.....	16
1.1.1. Понятия, используемые в доктрине и практике.....	17
1.1.2. Составные элементы информационной обязанности.....	17
1.1.2.1. Материальный элемент	18
1.1.2.2. Психологический элемент.....	24
1.1.3. Классификация информационных обязанностей.....	30
1.1.3.1. Обязанность информирования до заключения договора.....	30
1.1.3.2. Обязанность информирования после заключения договора.....	35
1.1.3.3. Различие информационных обязанностей по правовому характеру исполнения.....	40
1.1.3.4. Обязанность информирования, предупреждения и консультирования.....	43
1.1.4. Исполнение информационной обязанности.....	47
1.2. Германский правопорядок.....	52
1.2.1. Источники возникновения информационных обязанностей.....	52
1.2.2. Принцип добросовестности (Treu und Glauben).....	54
1.2.3. Функции и правовые последствия применения принципа добросовестности.....	60
1.2.4. Вспомогательные обязанности.....	64
1.2.5. Отдельные аспекты дифференциации обязанностей.....	66
1.2.6. Вспомогательные поведенческие обязанности (Verhaltenspflichten).....	67
1.2.7. Информационные обязанности в составе вспомогательных обязательств.....	71
1.2.7.1. Понятия, классификация и цель раскрытия информации.....	72
1.2.7.2. Составные элементы обязанности по предоставлению информации.....	76

1.2.7.3. Часто встречающиеся условия ограничения обязанности информирования.....	83
1.2.8. Исполнение информационной обязанности.....	86
1.3. Краткие выводы.....	89
Глава 2 Информационные обязанности в российском праве.....	91
2.1. Принцип добросовестности как основание информационных обязанностей.....	91
2.2. Текущее состояние законодательства и судебной практики информационного взаимодействия в контексте принципа добросовестности.....	109
2.2.1. Правила об ошибке и обмане.....	123
2.2.2. Правила о преддоговорной ответственности и заверениях об обстоятельствах.....	137
2.2.2.1. Заверения об обстоятельствах.....	148
2.3. Конституционализация частного права.....	151
2.3.1. Постановка проблемы.....	151
2.3.2. Общие предпосылки раскрытия информации.....	157
2.4. Экономико-правовая основа информационных обязанностей	161
2.4.1. Характеристика информации.....	161
2.4.2. Экономическая механика рыночной сделки.....	168
2.4.3. Эффективное распределение благ и трансакционные издержки	171
2.4.4. Неполнота договоров, неопределенность, ограниченная рациональность	175
2.4.5. Внешние эффекты	180
2.4.6. Информационная асимметрия	183
2.4.7. Оппортунизм, моральный риск, неблагоприятный отбор.....	187
2.4.8. Принципы свободы договора и частной автономии	194
2.4.8.1. Свобода договора и обязанность информирования	195
2.5. Актуальные научные позиции	203
2.6. Модельные правила раскрытия информации	220

2.6.1. Существенность информации, внутренний и внешний аспект информации, извинительность (упречность незнания).....	224
2.6.2. Договорная позиция сторон.....	235
2.6.3. Внешние эффекты и оппортунизм.....	240
2.6.4. Информация и рыночное взаимодействие.....	242
2.6.5. Информация и защита личной и имущественной неприкосновенности контрагента.....	255
2.6.6. Информация и достижение цели исполнения договорного обязательства.....	265
2.6.7. Информационное взаимодействие в аспекте заключенности и действительности договора, а также иная преддоговорная коммуникация	273
2.6.8. Иные факторы, потенциально влияющие на решение суда о наличии обязанности информирования.....	278
2.6.8.1. Защита слабой стороны.....	279
2.6.8.2. Профессиональный статус и доверие к компетентности.....	282
2.6.9. Обобщенные правила раскрытия информации.....	283
Заключение.....	287
Библиографический список	291

Введение

Работа посвящена информационному взаимодействию на преддоговорной и договорной стадиях между формально равными участниками оборота, которые, как правило, осознают наличие информационной асимметрии. Обязанность информирования о значимых для другой стороны обстоятельствах может основываться на требованиях закона или условиях договора. Однако, огромную научную и практическую ценность имеют такие информационные обязанности, которые связывают поведение сторон социального взаимодействия, притом, что сами стороны ни о чем подобном и не помышляли. Такая ситуация стала возможна в российском правовом порядке в связи с действием принципа добросовестности, настраивающего участников оборота на учет прав и законных интересов друг друга, на сотрудничество и обмен необходимой информацией.

К обмену информацией нельзя относиться легкомысленно. В данном вопросе нужно соблюдать разумный баланс интересов участников оборота, для которых информация, с одной стороны, может играть существенную роль в принятии тех или иных решений, а с другой стороны, представлять собой ценный актив, обладание которым сулит определенные экономические выгоды. Также следует учитывать интересы всего общества, в контексте, например, таких ценностей как увеличение общественного благосостояния, стабильность оборота, солидарность в осуществлении и исполнении гражданских прав и обязанностей. При этом нужно понимать различия в функциональной направленности информации: она может влиять как на общую целесообразность тех или иных моделей поведения (динамику субъективных связей), так и на безопасность личности или имущества участников оборота (статическую субъективных связей).

Поскольку информационное взаимодействие между людьми является естественным социальным процессом, который происходит вне всякой связи с действием права, критически важно понимать экономическую основу такого

взаимодействия, и только затем пытаться определить, в каких конкретно случаях (при каких условиях) такое взаимодействие становится юридически значимым, а значит, влекущим определенные правовые последствия. В рамках данной работы сознательно не уделяется должное внимание вопросам последствий неисполнения обязанности информирования, т.к. признавая важность данного вопроса, мы считаем, что в условиях отсутствия отечественной доктрины информационного взаимодействия, этот вопрос является вторичным, т.е. следующим в исследовательской программе автора. Для того, чтобы понять, когда молчание об обстоятельствах будет влечь за собой ответственность, в первую очередь следует выяснить условия возникновения информационных обязанностей.

Актуальность темы исследования

Информационная недостаточность является признанным источником рыночных провалов, которые в свою очередь имеют общее негативное влияние на общественное благосостояние. Незнание определенных сведений, влияющих, например, на согласие лица совершить те или иные юридически значимые действия, может приводить к неэффективному перемещению благ, бесполезной трате ресурсов и в целом к росту социально невозполнимых потерь.

С другой стороны, информация сама является ценным благом, обладание которым сулит определенные выгоды в руках информированной стороны. Получение такой выгоды нельзя воспринимать однозначно в качестве источника социальных потерь. Зачастую многое будет зависеть как от вида информации, так и сложившихся условий конкретной разбираемой ситуации. Более того, во многих случаях сохранение информации в тайне будет стратегически выгодно и всему обществу.

Проблема информационной транспарентности не имеет простого и очевидного ответа. Соблюдению прав и законных имущественных интересов одной стороны часто будет противопоставляться необходимость учитывать не менее важные интересы другой стороны, третьих лиц и общества в целом. То есть проблема информационного взаимодействия в договорных и

преддоговорных отношениях имеет позитивное и негативное влияние, выходящее за пределы конкретной рассматриваемой относительной связи.

Это сложный клубок взаимосвязанных и часто противоречивых интересов, которые нужно взаимно уравновесить либо предложить некоторую модель, которая бы учитывала данные интересы.

Значительную сложность добавляет экономическая природа рассматриваемых отношений, развитие которых в первую очередь подчиняется объективно существующим экономическим законам, на которые невозможно прямо и гарантированно успешно воздействовать в смысле достижения заданных результатов. В этом аспекте речь будет идти о воздействии как о создании стимулов (позитивных или негативных) к определенному поведению без гарантий изменения данного поведения в нужном направлении и без расчета на то, что такое воздействие будет изолированным, т.е. не влияющим на другие аспекты объективно действующего механизма рыночного взаимодействия.

Сложность учета многофакторности влияния информационных обязанностей, как стимула к тому или иному поведению, затруднительность в определении универсальных социально желательных результатов такого воздействия приводит к тому, что в научной литературе, посвященной информационным обязанностям как правило изучается информационное взаимодействие в строго определенном аспекте без явных попыток учесть разноплановые интересы сторон и общества.

Соответственно, несмотря на огромную социальную значимость информации в целом и потребность получения информации не осведомленной стороной конкретно складывающихся отношений в частности, невозможно сделать общий вывод о необходимости раскрытия любой информации и во всех случаях. Характер информации, складывающихся отношений, влияние информации на эффективность использования благ, социальные издержки и много другое необходимо оценить, взвесить и найти некоторый баланс прежде, чем делать поспешные выводы о желательности тех или иных правил раскрытия информации.

В российском правовом порядке отсутствует доктрина информационных обязанностей, что однозначно является негативным фактором, влияющим на предсказуемость и стабильность развития гражданского оборота.

Научная новизна научно-исследовательской работы определяется выбором объекта исследования. Практически все отечественные научные работы, так или иначе связанные с информационной недостаточностью, направлены на исследование любых других вопросов, но не обязанности информирования. Более того, реформа гражданского законодательства, которая способствовала официальному признанию в гражданском праве системообразующего принципа добросовестности, неизбежно поставила вопросы об условиях возникновения, исполнения, ответственности за неисполнение различных вспомогательных обязанностей, не предусмотренных законом или договором, но в силу самого факта социального контакта возникающих как следствие действия принципа добросовестности. Среди таких вспомогательных обязанностей свое место занимают обязанности информирования. Данная научная работа является первой российской комплексной работой, посвященной условиям возникновения информационных обязанностей, вытекающих из принципа добросовестности, которая, однако, не осложнена пусть важными, но все же вторичными для избранной темы традиционными вопросами об ответственности за нарушение тех или иных преддоговорных или договорных обязанностей.

Степень научной разработанности темы научно-исследовательской работы

В российском праве отсутствует доктрина информационных обязанностей как вспомогательных обязанностей, вытекающих из принципа добросовестности. В научной литературе имеется несколько работ, которые в контексте преддоговорного взаимодействия и ответственности за нарушения на преддоговорной стадии так или иначе затрагивают некоторые аспекты информационных обязанностей, в частности, А.Д. Рудокваса, Е.А. Крашенинникова, Ю.В. Байгушевой, А.Г. Архиповой, А.Г. Карапетова, К.В.

Нама, Д.Е. Богданова, Ю.А. Голубцовой, О.В. Мазур, А.В. Демкиной, К.В. Гнищевича. Однако, научных работ, объектом исследования которых были бы исключительно обязанности информирования, в отечественной доктрине нет.

Объектом диссертационного исследования являются гражданско-правовые общественные отношения, складывающиеся на преддоговорной и договорной стадии, по поводу информации, имеющей значение для принятия решения о совершении юридически значимых для соответствующего лица действий, а также влияющей на его личную и имущественную неприкосновенность в условиях информационной асимметрии.

Предмет диссертационного исследования составляют правовые проблемы информационного взаимодействия, возникающие в процессе применения правил о добросовестном ведении переговоров, а также исполнении договорных обязательств. Исследуется проблема возникновения информационных обязанностей в зависимости от цели предполагаемого информационного взаимодействия и характера информации.

Цели и задачи диссертационного исследования. Целью настоящей работы является определение условий возникновения информационных обязанностей на преддоговорной и договорной стадии в связи с действием принципа добросовестности.

Цель работы предопределила постановку следующих задач:

- 1) исследовать доктринальные и практические подходы к определению природы, оснований и условий возникновения и последующего исполнения информационных обязанностей в германском и французском правопорядках;
- 2) выявить возможные закономерности развития информационных обязанностей в указанных правопорядках в контексте действия принципа добросовестности;
- 3) определить значение принципа добросовестности в российской правоприменительной практике;
- 4) определить достаточность действующего законодательства для построения доктрины информационных обязанностей, связанных с принципом добросовестности;

5) определить пути содержательного наполнения имеющихся правил о добросовестном поведении на преддоговорной и договорной стадии в контексте информационного взаимодействия;

6) предложить общие условия раскрытия информации и факторы, которые должны учитываться судебной практикой.

Методологическую основу исследования составили общенаучные и частнонаучные методы: исторический, логический, системно-структурный, формально-юридический и сравнительно-правовой, а также метод экономического анализа права.

Теоретической основой диссертационного исследования послужили труды таких известных отечественных ученых, как А.Д. Рудоквас, А.Г. Карапетов, И.Б. Новицкий, С. В. Сарбаш, А. П. Сергеев, К.В. Нам, К. И. Скловский и др.

Использовались также работы зарубежных исследователей в области частного права, экономического анализа права и экономики информации: R. Zimmermann, S. Whittaker, S. Breidenbach, M. Kovac, R. Sefton-Green, M. El Gharbi, M. Fabre-Magnan, M. Myriam, G. M. Rehm, G. Akerlof, R. Cooter, T. Ulen, O. Hart, F. Hayek, J. Hirshleifer, S. Shavell, A.T. Kronman, R. Posner, H.A. Simon, A. Schwartz, M. Spence, G. Stigler, J. Stiglitz и др., поскольку имеет место недостаточная разработанность рассматриваемой темы в российской литературе.

Нормативно-правовую и эмпирическую базу диссертационного исследования составили нормы российского и зарубежного частного права, положения российской и зарубежной судебной практики. Выбор французского и германского правопорядков в качестве объектов сравнительно-правового исследования обусловлен рядом исторических причин. Огромное значение имеет факт существенного влияния Французского гражданского кодекса 1804 г. (далее ФГК) на последующие европейские кодификации. При этом в самом ФГК изначально была норма, прямо посвященная принципу добросовестности, которая, однако, до последних десятилетий прошлого столетия не имела сколько-нибудь существенного влияния на французское правоприменение. Но данное обстоятельство не имело негативного влияния на признание в доктрине

и появление в практике обязанностей информирования, которые впоследствии стали весьма широкими. С другой стороны, ФГК послужил определенным примером и для Германского гражданского уложения (далее ГГУ), в котором также закрепленный принцип добросовестности не только имел огромное практическое значение для самого германского правопорядка, но и послужил удачной основой развития данного принципа в других европейских правопорядках (и наднациональных актах). Не вызывает сомнения и определенное влияние германского гражданского права на развитие современного российского права.

Основные положения, выносимые на защиту:

1. Принцип добросовестности — это легальное средство развития права посредством судебного правотворчества. Принцип добросовестности позволяет судам, с опорой на соответствующее положение статьи 1 ГК РФ, формировать нормативный массив «второго уровня» *iuris civilis supplendi et corrigendi gratia*, формально не отменяя при этом нормы позитивного права. Для удобства и снятия провокационности данного заявления, принято говорить о кристаллизации принципа добросовестности в судебной практике. При наличии вытекающего из упомянутого принципа и адресованного участникам оборота общего требования вести себя добросовестно, в действительности акцент смещается на требование вести себя по праву, формируемому в том числе судебным правотворчеством.

2. Конституционализация частного права – это действенный механизм развития частного права, а конституционные ценности — это объективные ориентиры для поиска баланса интересов при рассмотрении частноправовых споров. Судебная система корректирует, дополняет, развивает право путем обращения к неким ценностным ориентирам, подлежащим имплементации в правоприменительную практику. В качестве таких ориентиров принципиально можно помыслить достаточно широкий набор морально-этических, экономических и других ценностей. В целях устранения негативных эффектов, вызванных применением предельно оценочных категорий, таких как справедливость, разумность и т.п.,

необходимо обращаться к более понятным и имеющим относительно распознаваемое содержание конституционным ценностям.

3. Правила о заблуждении, обмане, преддоговорной ответственности (в релевантных случаях) и заверениях об обстоятельствах показывают следствие информационного дисбаланса участников соответствующих общественных отношений. Однако, не существует безусловной корреляции между обязанностью информирования и указанными институтами. Данные институты лишь косвенно помогают в определении условий возникновения и объема информационных обязанностей.

4. Информационные обязанности принципиально неоднородны. Необходимо различать функциональную направленность данных обязанностей. В целом можно выделить четыре вида информационных обязанностей: 1) обязанности, направленные на обеспечение цели переговоров (защита от противоречивого поведения, заключение действительного договора); 2) обязанности, направленные на обеспечение целесообразности заключения договора; 3) обязанности, направленные на защиту жизни, здоровья, имущества на преддоговорной и договорной стадии правоотношения; 4) обязанности, направленные на достижение цели договорного обязательства.

5. Одной из центральных идей, лежащих в основе возможности увеличения общественного благосостояния, является идея нежелательности разъединения блага и информации о нем на разных сторонах договорного или преддоговорного взаимодействия. Благодаря реализации данной идеи блага стремятся к перемещению в сторону их наиболее эффективного использования.

6. Общими предпосылками раскрытия информации являются наличие имеющей существенное значение для контрагента информации у одной стороны, а также незнание этой информации другой стороной при условии осознания осведомленной стороной наличия информационной асимметрии. Само по себе знание стороны о нехватке информации у другой стороны не свидетельствует о недобросовестности этой стороны. При этом фактор извинительности

(упречности) незнания может приниматься в расчет лишь в исключительных случаях.

7. Конституционно-правовая ценность экономической и социальной солидарности является одной из ключевых причин возложения на участников социального контакта защитной обязанности информирования контрагента о значимых для него обстоятельствах как на преддоговорной, так и на договорной стадии деловых отношений. Если при таком подходе правильно акцентируется внимание на основных целях вступления в переговоры и его последующего исполнения договора, то в контексте обеспечения безопасности договаривающихся сторон принципиально не допускается конфликт интересов. В результате вступления в переговоры и последующего заключения договора, между сторонами возникает необходимая взаимозависимость, порождающая взаимное доверие к обеспечению сторонами личной и имущественной неприкосновенности друг друга.

Другой ключевой причиной возложения защитной обязанности информирования является конституционно-правовая ценность повышения благосостояния граждан, которая, преломляясь в практическую плоскость гражданско-правовых отношений, препятствует формированию условий для генерирования социальных потерь.

8. Социальная солидарность в утилитарном смысле, а также экономическая эффективность распределения благ в контексте увеличения общественного благосостояния требуют наличия информационной обязанности, связанной с исполнением основного договорного обязательства. Общность интересов в исполнении договорного обязательства предполагает сотрудничество, направленное на достижение цели вступления в договор. Более того, даже после отпадения целевой общности интересов (отказ от договора и т.п.) социальная солидарность и экономическая эффективность предполагают минимально необходимое соучастие сторон договора в обеспечении интересов друг друга.

9. Преддоговорное информационное взаимодействие может опосредоваться двумя информационными обязанностями: 1) информационная обязанность,

обеспечивающая интерес в заключенности и действительности договора, 2) информационная обязанность, обеспечивающая целесообразность договора.

10. Контрагенты обязаны информировать друг друга в случае очевидно наблюдаемого заблуждения в основных вопросах будущей сделки, влияющих на саму возможность заключения эффективной сделки: предмете, субъекте и ее природе, а также об обстоятельствах, свидетельствующих о ничтожности или незаключенности сделки либо об изменении намерений достичь соглашения с данным контрагентом в результате ведения переговоров.

11. Контрагенты договорного правоотношения как правило обязаны раскрывать существенную информацию о своем предоставлении.

Степень достоверности и апробация результатов диссертационного исследования.

Результаты исследования были отражены в статьях, опубликованных в журналах, являющихся рецензируемыми научными журналами, рекомендованными ВАК для публикации результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук:

1. Лугманов Р.Р. Умолчание об обстоятельствах: критерии определения информации, подлежащей раскрытию// Законодательство. 2017. № 9. С. 48-56.
2. Лугманов Р.Р. Принцип добросовестности и вспомогательные обязательства в германском частном праве// Законодательство. 2019. № 2. С. 78-85.
3. Лугманов Р.Р. Функциональный критерий разграничения информационных гражданско-правовых обязательств// Закон и Власть. 2021. № 1. С. 43-48.
4. Лугманов Р.Р. Некоторые проблемы информационных обязанностей. Зарубежный опыт// Государство и право: теория и практика. 2021. № 3. С. 68-72.
5. Лугманов Р.Р. Принцип добросовестности как средство развития права// Право и политика. 2021. № 5. С. 60-75.

Публикации по итогам научно-практических конференций:

1. Лугманов Р.Р. Принцип добросовестности и обязанность информирования// Материалы XV Международной научно-практической конференции «Конституция Российской Федерации и современный правопорядок (Кутафинские чтения)» - М.: 2019. С. 35-39.
2. Лугманов Р.Р. Принцип добросовестности как политико-правовой метод// Право. Общество. Государство. Сборник научных трудов студентов и аспирантов. С.: 2019. С. 120-125.

Положения, содержащиеся в настоящей работе, были изложены и обсуждены на научно-практических конференциях:

1. 09 апреля 2019 г. II Международная научно- практическая Конференция «Право и современная экономика: новые вызовы и перспективы». Тема доклада: «Принцип добросовестности и обязанность информирования» (СПбГЭУ);
2. 18 апреля 2019 г. XI итоговой студенческой научной конференции Санкт-Петербургского института (филиала) ВГУЮ (РПА Минюста России). Тема доклада: «Принцип добросовестности как политико-правовой метод»
3. 19 декабря 2019 г. Международная научно- практическая Конференция «Научные исследования современных проблем развития России: Диалог поколений». Тема доклада: «Принцип добросовестности как политико-правовой метод».

Структура выпускной квалификационной работы. Работа состоит из введения, двух глав, объединяющих 9 параграфов, заключения, списка нормативных актов и судебной практики, библиографического списка.

Глава 1 Информационные обязанности в зарубежном праве

1.1. Французский правопорядок

В доктрине французского гражданского права указывается, что проблема информационных обязанностей была новаторским образом полноценно рассмотрена в монографии де Жюльгара, опубликованной в 1945 году¹. В то время считалось, что по общему правилу никто не обязан информировать другую сторону о значимых для нее обстоятельствах, если только такое обязательство не предусмотрено в законе или договоре. Со временем данный подход был поставлен под сомнение из-за необходимости учитывать фактическое неравенство сторон; постепенно возросло количество специальных законов, так или иначе связанных с обязанностью информирования, а также ужесточились требования к добросовестному ведению переговоров со стороны судебной практики².

Договорной процесс весьма сильно эволюционировал. Время, отводимое на заключение договора, в целом сократилось, что ставило под сомнение возможность проведения глубоких исследований с целью самостоятельного выявления сторонами информации относительно значимых для них обстоятельств.

К тому же стала очевидна и частая информационная асимметрия, когда одна сторона в состоянии решающим образом повлиять как на формирование условий договора, так и просто на объем доступной другой стороне релевантной информации из-за того, что находится ближе к ее источнику. Как следствие, нельзя было не признать, что существует риск доминирования одной стороны в договорных отношениях³.

¹ Olivier Frédéric Boyer. *Le silence et le contrat: approche comparée*. Institut de Droit Comparé Université McGill Montréal Septembre. 1991. Thèse présentée à la Faculté d'études supérieures et de recherche en vue de l'obtention de la Maîtrise en droit (LL.M). 1991. P. 27; John Bell. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies: Vol 7, 2004-2005*/ Hart Publishing. 2006. P. 146

² Boyer. *Ibid.* P. 27.

³ Agnès DUPONT. *Le devoir de conseil en matière de garanties*. URS. Paris. 2002. P. 4

Сейчас суды Франции довольно активно вмешиваются и в переговорный процесс, и в исполнение договора, налагая на стороны дополнительные обязанности, которые ими в действительности даже не предполагались⁴.

1.1.1. Понятия, используемые в доктрине и практике

Французская доктрина и практика используют различные термины для обозначения в целом схожих правовых явлений, так или иначе связанных с информационным обменом, например, обязанность предоставлять информацию (*l'obligation de renseigner*), обязанность получать информацию (*l'obligation de se renseigner*), консультировать (*devoir de conseil*), предупреждать (*devoir de mise en garde*), предоставлять сведения (*l'obligation de renseignement*), иногда говорят о привлечении внимания (*d'attirer l'attention*) и т.п.⁵ Такое разнообразие в использовании схожих терминов не всегда кажется обоснованным и даже представляется произвольным.

1.1.2. Составные элементы информационной обязанности

Довольно существенным аспектом изучаемой темы является проблема выделения составных элементов информационной обязанности. Во французской доктрине такими составными элементами называют необходимые условия, которые должны быть выполнены, чтобы информационная обязанность была признана существующей.

На вопрос о том, почему обязанность информирования не считается возникшей сама по себе в силу накопления определенного фактического состава, а нуждается в признании ее существующей, можно ответить, что, в отличие от

⁴ На заре становления Гражданского кодекса Франции известный французский юрист и государственный деятель Жан-Этьен-Мари Порталис высказал весьма характерную для того времени мысль: «Человек, имеющий дело с другим человеком, должен быть внимательным и мудрым; он должен заботиться о своих интересах и получать соответствующую информацию и не пренебрегать тем, что полезно...» Цит. по Agnès DUPONT. *Le devoir de conseil en matiere de garanties*. URS. Paris. 2002. P. 4; John Bell. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies: Vol 7, 2004-2005*/ Hart Publishing. 2006. P. 146.

Судебная практика была солидарна с доктриной. В одном из дел Кассационный суд Франции указал, что «контрагент, допустивший ошибку из-за своей доверчивости или небрежности, должен винить только себя». Цит. по Olivier Frédéric Boyer. *Le silence et le contrat: approach comparee*. Institut de Droit Comparé Université McGill Montréal. 1991 P. 34 .

⁵ Mehanna Myriam. *La prise en compte de l'intérêt du cocontractant*. Thèse de Doctorat. 2014. P. 212.

обычных договорных обязательств, она является довольно специфической, поскольку кредитор весьма редко прямо требует ее исполнения, как правило сам узнавая о ее существовании только оказавшись в суде⁶, и, как следствие, желая уже лишь применения санкции за имевшее место ее нарушение. Упомянутые условия существования обязанности группируются вокруг так называемых материального и психологического элементов⁷.

1.1.2.1. Материальный элемент

Определение материального элемента информационной обязанности связано с ответом на вопрос о цели признания наличия такой обязанности, что довольно логично, ведь было бы странно предположить, что контрагенты обязаны информировать друг друга обо всех обстоятельствах, которые потенциально относятся к заключаемому или исполняемому договору. Поэтому очевидно, что в первую очередь следует выяснить именно характер информации, подлежащей передаче между контрагентами.

В доктрине можно выделить несколько подходов к определению материального элемента информационной обязанности⁸.

Во-первых, данный элемент иногда связывают с информацией, присущей (свойственной, т.е. относящейся к самой сущности) предмету договора⁹. Данный критерий проще всего показать на классическом примере, предложенном римским юристом Цицероном в трактате «Об обязанностях», ставшем в некотором роде отправной точкой для обсуждения информационных обязанностей сторон договорных отношений в европейской цивилистической традиции¹⁰. Речь шла о торговце пшеницей, судно которого прибыло первым на голодающий Родос. Вопрос состоял в том, обязан ли этот торговец сообщить своим покупателям о предстоящем прибытии большого количества других

⁶ Фактически именно суд ретроспективно устанавливает, что информационное обязательство определенного содержания все-таки существовало и, соответственно, было нарушено должником.

⁷ М. Fabre-Magnan. De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie. 2014. P. 120.

⁸ *Ibid.*, p. 123.

⁹ Статья 1110 ФГК.

¹⁰ Цицерон. О старости. О дружбе. Об обязанностях / русский пер. В.О. Горенштейн, М.Е. Грабарь-Пассек, С.Л. Утченко. М., 1993. С.136.

судов, которые он заметил по пути, и которые положат конец и голоду и высоким ценам на соответствующие товары. Не вдаваясь сейчас в полемику, которая была в литературе, отметим только мнение Потье, который указывал, что информация о других судах была «чуждой» проданным вещам¹¹. В контексте высказывания Потье необходимо рассмотреть, какое именно значение имеет термин «свойственная» (*intrinsèque*) применительно к информации.

Согласно словарю французского языка Littré, свойственный (присущий) – это прилагательное, обозначающее, что нечто находится внутри чего-то; внутреннее качество, которое имеет объект независимо от любых соглашений¹². Таким образом, применительно к купле-продаже информация, присущая предмету договора, будет касаться материальных характеристик продаваемой вещи (качество, количество и т.д.)¹³. А что касается информации о новых прибывающих судах, то она не может рассматриваться в качестве неотъемлемой части договора купли-продажи, а скорее относится к элементам, позволяющим оценить целесообразность вступления в договор для одной из сторон. Более того, информацию о скором конце блокады нельзя считать имеющей отношение к исполнению покупателя, даже если она влияет на цену товара, т.е. на количество подлежащих уплате денежных единиц. Редкость товара, влияющая на цену товара, не является внутренним качеством соответствующей вещи, т.к. она (редкость) зависит от внешних обстоятельств, в которых данная вещь оказалась¹⁴.

Во-вторых, в свете изложенного может представлять интерес сравнение внутренних качеств вещи (свойственных этой вещи) с понятием существенного качества (предоставления) в связи с новым регулированием в ст. 1132-1133 ФГК¹⁵.

¹¹ M. Fabre-Magnan. Op. cit., P. 28; Pothier, Robert-Joseph. *Traité du contrat de vente, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*. Tome 1. Debure. Paris. 1762. 502 p. Режим доступа:

<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9612079j/f270.image.texteImage/> // Дата обращения: 10.10.2019).

¹² Dictionnaire Littré. <https://www.littre.org/definition/intrins%C3%A8que>

¹³ Например, условия хранения, сорт пшеницы, место и способ хранения, перевозки и т.д., в отличие, например, от личных причин (мотивов) вступления в договор.

¹⁴ M. Fabre-Magnan. Op. cit., P. 124.

¹⁵ Code civil

В контексте сложившейся традиции считается, что согласие стороны вступить в договор может быть опровергнуто в том числе ошибкой, которая может привести к аннулированию договора при определенных условиях, а именно: 1) если это так называемая «ошибка-препятствие» или 2) если ошибка касается существенных качеств предоставления. «Препятствием» является ошибка настолько серьезная, что она позволяет считать, что в действительности никакого согласия не было¹⁶. Что касается ошибки в существенных качествах предоставления, то речь идет о более широком понимании обстоятельств (прямо или косвенно согласованных), связанных с предоставлением, которые заблуждавшаяся сторона считала основополагающими, потому что они имели решающее влияние на ее согласие вступить в договор¹⁷. По сути, речь идет о «каузальных мотивах». Таким образом, в рамках этой концепции существенными качествами будут признаваться различные сопутствующие договору обстоятельства, наличие или отсутствие которых стороны имели в виду при заключении договора, как необходимую предпосылку их согласия вступить в эту сделку¹⁸.

В-третьих, можно выделить еще один подход, согласно которому конкретные обстоятельства, подлежащие раскрытию, определяются через понятие релевантной информации¹⁹. Строго говоря, это любые обстоятельства, которые могут вызвать изменения в поведении контрагента, т.е. если бы он знал эту информацию, то поступил бы иначе (отказался бы от заключения договора, иным образом исполнил бы договорные обязательства и т.д.). Если же описывать

https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?sessionId=80D10328A4CBB5102FF366615A5891BB.tpdila12v_3?cidTexte=JORFTEXT000032004939&dateTexte=20160211

¹⁶ Например, одна сторона думает о купле-продаже, а другая о безвозмездном пользовании.

См. Catherine Goux. L'erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons. Cahiers de la Faculté de droit de Namur; Vol 11. Namur: FUNDP. Faculté de droit. 1999. P. 15.

¹⁷ Amélie Dionisi-Peyrusse. Droit civil - Tome 2. Les obligations. CNFPT. 2008. P. 41

¹⁸ Следует отметить, что если ошибка связана с конкретным обстоятельством, которое не обязательно является существенным в глазах большинства людей, то добавляются особые требования. В этом случае помимо того, что заблуждающийся должен доказать, что указанный аспект был для него лично существенным, он также должен будет доказать, что его контрагент знал (должен был знать) о существенном характере этого элемента для данного субъекта. Такая ситуация называется "общая ошибка", что, правда, не означает, что именно обе стороны допустили ошибку. Это просто означает, что ошибка должна быть связана с обстоятельством, которое, как известно обеим сторонам, было существенным, по крайней мере для одной из них.

¹⁹ M. Fabre-Magnan. Op. cit., P. 132.

данную информацию более конкретно, то она должна обладать рядом вполне определенных характеристик:

- а) раскрываемая информация должна быть связана с целью обязательства, вытекающего из договора;
- б) она должна быть полезна для контрагента;
- в) использование информации должно быть законным.

А. Обстоятельства, касающиеся цели обязательства.

В целом может показаться, что это условие вполне очевидно и нет смысла его выделять отдельно²⁰. Однако, в некоторых случаях специальное выделение данного признака может иметь практическое значение, т.е. несмотря на наличие интереса кредитора в получении этой информации, она не должна передаваться, т.к. не имеет отношения к цели обязательства²¹. В целом, судебная практика накопила большое количество решений, в которых суд устанавливает информационную обязанность, например, для агентства по недвижимости²², страховщика²³, туристического агентства²⁴, адвоката²⁵, банкира²⁶, хирурга²⁷, подрядчика²⁸, владельца автосервиса²⁹, пенсионного фонда³⁰ и т.д.

Б. Информация, полезная для контрагента.

В контексте рассматриваемой темы полезной будет являться такая информация, которая помогает контрагенту принимать обоснованное решение, соответствующее актуальной стадии развития отношений (согласие вступить в

²⁰ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 19 janvier 1983, 81-16.183. Дело об обязанности информирования (предупреждения), которая лежит на продавце, а не на ремонтнике прибора. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007011246> (Дата обращения: 10.11.2019). Здесь и далее решения Кассационного суда Франции используются с помощью интернет ресурса <https://www.legifrance.gouv.fr/>, если иное специально не сказано.

²¹ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 9 janvier 1990, 88-17.291. Дело об акциях Creusot-Loire и обязанностях банка информировать о банкротстве компании. В своем решении Кассационный суд проводит различие между событиями, затрагивающими, с одной стороны, ценные бумаги, права на них, а с другой стороны, событиями, касающимися судьбы компании-эмитента данных ценных бумаг.

²² Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 18 avril 1989, 87-12.053

²³ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 7 mars 1989, 87-13.053

²⁴ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 29 juin 1976, 74-14.611

²⁵ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 18 janvier 1989, 87-11.001

²⁶ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 13 mars 1990, 88-16.740

²⁷ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 7 juin 1989, 88-11.675

²⁸ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 28 février 1989, 87-14.731

²⁹ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 20 juin 1979, 78-10.318

³⁰ Cour de Cassation, Chambre sociale, du 29 mars 1990, 87-14.550 87-14.885

договор, внести изменения или прекратить договор, исполнить договор и т.п.)³¹. В этом смысле стоит заметить, что даже если информация связана с предметом обязательства, но не может представлять интерес для кредитора, то ее раскрывать не обязательно³².

Однако, здесь нужно понимать, что это довольно тонкий вопрос. Например, лечащий врач очевидно знает состояние пациента, однако, далеко не всегда обязан раскрывать эту информацию пациенту, если эта информация не поможет, а наоборот, скорее будет способствовать принятию неверного решения, т.к. оно не будет основано на всей полноте знаний об этих обстоятельствах³³. В этом случае передача информации имеет больше недостатков, чем преимуществ. По этой причине врач, например, не обязан информировать пациентов об исключительных рисках, связанных с операцией³⁴; т.е. как правило, его обязанность ограничивается обычно предсказуемыми рисками³⁵.

Однако иногда закон прямо запрещает заинтересованному лицу использовать определенную информацию, даже если она полезна.

В. Использование информации должно быть законным.

Нет ничего удивительного в относительно частом возникновении ситуации, когда некое лицо, вступая в деловые отношения, имеет большой интерес воспользоваться этим поводом для того, чтобы сначала получить от контрагента, а потом использовать определенную информацию, которая в обычной практике является малодоступной или особо ценной.

Однако, закон может запрещать ее использование по соображениям публичного порядка. Например, такая ситуация может возникнуть в сфере трудовых отношений, когда работодателю выгодно принимать во внимание определенную информацию о кандидате на работу, что, однако, наказуемо с

³¹ Adeline Villain. L'immixtion du juge dans les contrats. Droit. 2013. P. 48

³² Не интересна в смысле, что не будет помогать принимать, например, своевременное решение.

³³ В экстренной ситуации врач может не спрашивать у пациента согласия на определенные действия, задержка в осуществлении которых может причинить еще больший вред, чем вред от совершенных манипуляций. См.: Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 11 octobre 1988, 86-12.832

³⁴ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 3 janvier 1991, 89-19.544

³⁵ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 19 avril 1988, 86-15.607

точки зрения запрета дискриминации³⁶. То же касается, например, так называемой инсайдерской информации, относительно которой закон запрещает соответствующим лицам использовать информацию, полученную в ходе своей профессиональной деятельности, для извлечения прибыли на соответствующем рынке³⁷.

Другим примером в данном случае является ситуация с профессиональной тайной. В частности, отмечается недопустимость для того же врача раскрывать информацию об истории болезни пациента³⁸.

Таким образом, информационная обязанность может выглядеть достаточно широкой по охвату обстоятельств, подлежащих раскрытию, если они так или иначе связаны с целью обязательства, полезны для контрагента и при этом их раскрытие не противозаконно. Однако, такая широта охвата обстоятельств, подлежащих раскрытию не должна пугать, т.к. в любом случае имеется процессуальная сложность доказывания кредитором как самого наличия ущерба, так и причинной связи между умолчанием и ущербом, как влияния соответствующей информации на поведение кредитора, так и в целом самого факта существования информационной обязанности. Трудности доказывания указанных обстоятельств часто будут препятствовать применению ответственности в отношении должника в информационном обязательстве³⁹. К тому же, как было указано выше, материальный элемент - не единственный, определяющий существование информационной обязанности. Другим условием ее бытия является, условно говоря, психологический элемент обязанности предоставлять информацию.

³⁶ Смотрите, например, Article 225-1 du Code pénal; Article L. 1132-1 du Code du travail https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?jsessionid=27A714294199BA8971B1B4B833F82FFD.tpdila22v_1?idArticle=LEGIARTI000033461473&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20170508&categorieLien=id&oldAction= (Дата обращения: 15.11.2019)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000028650462&cidTexte=LEGITEXT000006072050> (Дата обращения: 16.11.2019) И наконец, довольно курьезный случай стал предметом рассмотрения Кассационного суда. Cour de Cassation, Chambre sociale, du 17 avril 1991, 90-42.636

³⁷ L 465-1 du Code monétaire et financier <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006654281&cidTexte=LEGITEXT000006072026&dateTexte=20100211&oldAction=rechCodeArticle> (Дата обращения: 16.11.2019)

³⁸ А так же банковская, биржевая, частная, уголовно-исполнительная и т.д. тайны. Agnès DUPONT. Op. cit., P. 27.

³⁹ M. Fabre-Magnan. Op. cit., P. 185.

1.1.2.2. Психологический элемент

Первопричиной, по которой вопрос о возникновении и пределах информационной обязанности вообще возникает, является объективно существующая данность в виде информационной асимметрии (неравенства) между контрагентами⁴⁰. Для измерения этого неравенства используется психологический элемент⁴¹.

Нарушение информационной обязанности и, как следствие, наложение санкции на неисправного должника возможно только в том случае, если последний а) знал или должен был знать о важности информации для своего контрагента и б) знал содержание этой информации.

А. Знание о важности информации для своего контрагента

Это довольно простая мысль, которая вытекает из естественного положения вещей: каждого интересуют исключительно свои потребности и поэтому, например, на этапе переговоров каждый должен объяснить контрагенту, что он ожидает от договора и что может предложить взамен. Соответственно, если контрагент ожидает от сделки нечто иное, чем обычно ожидается от сделки при сравнимых обстоятельствах, то он должен об этом прямо заявить, и если он этого не делает, то у его контрагента появляется основание утверждать, что предоставление информации не произошло по той причине, что он не знал о ее значимости для кредитора. Однако, данное лицо не может прикрываться незнанием важности определенной информации, например, для решения его контрагента вступить в договор, если цель вступления в договор очевидна, что имеет место, например, когда покупатель собирается использовать вещь по ее обычному назначению, не поясняя продавцу свои особые цели.

С точки зрения распределения бремени доказывания важность соответствующей информации должна быть доказана кредитором информационной обязанности, т.е., например, этот последний должен доказать,

⁴⁰ Agnès DUPONT. Op. cit., P. 16; Djamila Mahi-Disdet. L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique. Droit. Université d'Avignon, 2011. P. 8.

⁴¹ M. Fabre-Magnan. Op. cit., P. 187.

что он специально подчеркнул свой интерес в особом использовании приобретаемой вещи⁴².

Однако, для целого ряда случаев судебная практика выработала презумпцию осознания контрагентом важности информации для другой стороны.

Этому способствовало многократное возникновение на практике определенных типичных фактических обстоятельств, свидетельствующих о тесной связи между релевантной информацией и предметом данного вида договора. В том числе и этим объясняется частое обнаружение в судебной практике информационных обязательств, одной из сторон которых является профессионал, который в принципе должен быть осведомлен о типичных ожиданиях своих клиентов, а значит, естественно предположить, что он знает о том, какая именно информация важна для них.⁴³

В судебной практике также разъясняется, что в случаях, когда объект предоставления может оказаться опасным при определенном его применении, продавец должен по собственной инициативе уведомить об этом покупателя и спросить его, на каких условиях он намерен использовать его, не дожидаясь получения соответствующей информации от покупателя⁴⁴.

Все изложенное безусловно важно, однако, для обнаружения информационной обязанности необходимо наличие второго аспекта психологического элемента: знания соответствующей информации.

Б. Знание соответствующей информации.

Для того чтобы одна сторона была обязана передавать информацию другой стороне, конечно же ей нужно эту информацию знать. Например, обязанность

⁴² Например, интерес в нетипичном использовании вещи. См.: Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 20 juin 1995, 93-15.801

⁴³ По мнению некоторых авторов, существует тенденция придать обязанности консультирования основополагающий характер: она должна навязываться всем специалистам в качестве постоянной обязанности, а не привязываться к конкретному договору. Agnès Dupont. *Op. cit.* P. 5.

⁴⁴ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 15 juin 1976, 74-12.985; Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 6 décembre 1976, 75-12.442

Это достаточно просто для понимания, т.к. очевидно, что информация, позволяющая избежать опасности, гарантированно представляет интерес для типичного контрагента.

аптеки раскрывать информацию о противопоказаниях приема лекарственных средств охватывает только те факты, которые известны на момент ввода препаратов на рынок и были переданы аптеке после этой даты⁴⁵.

Однако, можно найти судебные дела, в которых на определенных профессионалов накладывались специальные обязанности искать и проверять информацию с целью ее последующей передачи своим контрагентам⁴⁶. В этом смысле интересно заметить, что, например, на врачей закон непосредственно возложил прямую обязанность поддерживать и совершенствовать свои знания⁴⁷.

Более того, встречаются мнения о наличии тенденции к признанию того, что любой профессионал обязан постоянно совершенствовать знания в области своей специализации, чтобы иметь возможность качественно информировать своего клиента⁴⁸. Причем оценка адекватности знания специалистом определенной информации оценивается судом не конкретно применительно к данной ситуации, а абстрактно (мог ли он иметь соответствующие знания с учетом его навыков и квалификации). Отсюда неизбежно вытекает презумпция знания профессионалом информации, подлежащей передаче клиенту, которую можно опровергнуть, лишь доказав, что он приложил все необходимые усилия для поиска соответствующей информации (*obligation de moyen*). Но еще раз нужно указать, что имеется ввиду область его специализации, т.е. профессионал не обязан, условно говоря, знать все.⁴⁹

Говоря о некоторых профессионалах (например, банкир, нотариус), следует отметить, что поиск соответствующей информации не может ограничиваться информацией, полученной от клиента⁵⁰. Обязанность предоставлять информацию, давать советы, консультировать предполагает

⁴⁵ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 8 avril 1986, 84-11.443

⁴⁶ Например, в случае агента по недвижимости. См.: Cour de cassation, Chambre civile 1, du 5 janvier 1985, 83-13.560

⁴⁷ Статья R.4127-11 Code de la santé publique

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=CC468DB7227F9BE4C25B37D51EEB6671.tplgfr25s_3?idSctionTA=LEGISCTA000006196408&cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20191109 (Дата обращения: 17.11.2019)

⁴⁸ M. Fabre-Magnan. Op. cit., P. 190

⁴⁹ Agnès Dupont. Op. cit., P. 21-22; Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 30 novembre 1971, 70-12.547

⁵⁰ Agnès Dupont. Op. cit. P. 20

активную деятельность должника, усилия которого должны быть направлены на осознанное понимание ситуации кредитора, чтобы в результате реализации данной обязанности клиенту была предоставлена полезная информация.

И конечно же в контексте изучаемого аспекта немаловажный интерес вызывает вопрос влияния психологического состояния самого кредитора на судьбу обязанности должника. По общему правилу, если лицо, считающее себя кредитором информационной обязанности, знало соответствующую информацию, то никакого обязательства на самом деле не существовало⁵¹. С другой стороны, незнание информации приводит к возникновению информационной обязанности, если добавляется еще один необходимый элемент: незнание кредитора должно быть извинительным, на что ориентирует правоприменителей и обновленный Кодекс⁵².

Итак, отсутствие информации у лица, считающего себя кредитором, будет считаться извинительным, если а) это лицо не может знать данную информацию и/или⁵³ б) если это лицо имеет законные ожидания, вытекающие из обоснованного доверия к своему контрагенту⁵⁴. Более того, тот факт, что кредитор имеет профессиональный статус не исключает обязанность информирования со стороны должника, который не является

⁵¹ François Diesse. Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat // 43 Arch. Phil. Droit. 1999. P. 282

⁵² Ст. 1112-1 ФГК устанавливает, что сторона, которая обладает важной информацией, имеющей решающее значение для согласия другой стороны обязана предоставить ее другой стороне, если последняя законно не знает эту информацию или действует на доверии по отношению к своему контрагенту.
https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=1669FE32B304E2432E5A7669DC7992D1.tplgfr25s_3?idSectionTA=LEGISCTA000032007101&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20191110(Дата обращения: 18.11.2019)

Ст. 1132 ФГК указывает, что ошибка в праве или факте, если она не является непростительной, является причиной недействительности договора, когда она связана с существенными качествами причитающейся выгоды или выгоды договаривающейся стороны.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000032040846&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20161001>(Дата обращения: 18.11.2019)

⁵³ Christian von Bar and Eric Clive. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)/ Full Edition. European Law Publishing GmbH, Munich. 2009. P. 488

⁵⁴ Olivier Frédéric Boyer. Op. cit. P. 33

Любопытно отметить, что, например, в Англии, Ирландии, Шотландии, Словакии не признаются обязанности раскрывать информацию, даже если соответствующему лицу понятно, что его контрагенту не известны существенные обстоятельства, влияющие на его решение заключить договор. Исключение существует лишь применительно к ограниченному числу контрактов *uberrimae fidei*, например, в страховании, когда право защищает сложившиеся между сторонами особо доверительные отношения. Christian von Bar and Eric Clive. Op. cit. P. 498.

профессионалом⁵⁵, хотя и ведет к уменьшению интенсивности указанной обязанности⁵⁶.

В контексте неосведомленности кредитора следует упомянуть проблему обнаружения кредиторской обязанности запрашивать информацию (*le devoir de s'informer*). Данный вопрос находит свое разрешение через концепцию непростительной ошибки (*d'erreur inexcusable*)⁵⁷, наличие которой парализует возможности кредитора привлечь к ответственности должника⁵⁸. Однако, данное ограничение информационной обязанности не действует, если имел место обман (в том числе мошенническое умолчание об обстоятельствах), на что указывает и судебная практика и законодатель⁵⁹.

В основе особого значения непростительной ошибки лежит принцип справедливости, в соответствии с которым недопустимо санкционировать ошибку легкомысленного человека⁶⁰. Из этого принципа логически следует, что неизвинительная ошибка не должна приниматься во внимание, так как напрямую связана с неоправданной небрежностью или даже глупостью самого ошибавшегося⁶¹.

В каких случаях можно сказать, что на соответствующей стороне лежала обязанность самостоятельно искать информацию? Для этого необходимо совпадение двух условий: а) сторона должна осознавать необходимость получения информации и б) иметь возможность ее получить⁶². Эта возможность

⁵⁵ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 24 novembre 1976, 74-12.352; См. также Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 4 juillet 1989, 88-12.779

⁵⁶ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 11 juin 1980, 78-15.086

⁵⁷ Olivier Frédéric Boyer. Op. cit. P. 35.

⁵⁸ Cour de Cassation, Chambre sociale, du 3 juillet 1990, 87-40.349; Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, du 4 juillet 2007, 06-15.881

⁵⁹ Olivier Frédéric Boyer. Op. cit. P. 35; Ejan Mackaay. Law and Economics for Civil Law Systems. Edward Elgar Publishing. 2013. P. 457 (560) См. также Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 23 mai 1977, 76-10.716; Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 9 octobre 2012, 11-23.869. Ст. 1139 ФГК указывает, что ошибка, вызванная мошенничеством, всегда простительна.

⁶⁰ Florian Maume. Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matiere contractuelle. Thèse Evry-Val-d'Essonne, dir. D. Houtcieff, 2015. P. 347.

⁶¹ Amélie Dionisi-Peyrusse. Op. cit. P. 42.

⁶² M. Fabre-Magnan. Op. cit. P. 202.

Ст. 1642 ФГК указывает, что продавец не несет ответственности за какие-либо очевидные дефекты, в которых покупатель мог бы убедиться сам.

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=D152D86E888D28991CE95106EDDE5722.tplgfr25s_3?idArticle=LEGIARTI000006441932&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20161001 (Дата обращения: 18.11.2019)

оценивается в каждом конкретном деле с учетом персональных (профессиональных) характеристик лица, претендующего на статус кредитора информационной обязанности⁶³. При этом в любом случае самого факта профессионального статуса заявителя мало для того, чтобы суд отказал в иске. Суд обязан указать причины, по которым он решил, что профессионал знал или должен был знать соответствующую информацию⁶⁴.

Что касается законного ожидания, основанного на доверии, то речь идет о таком состоянии отношений, когда особая связь вызвана либо самим характером взаимоотношений, либо положением (качеством) соответствующей стороны. Например, договор страхования явно предполагает добросовестное взаимодействие сторон, поскольку страховщики не могут получить всю необходимую информацию и вынуждены полагаться на лояльность страхователей. Или, например, долгосрочные деловые отношения могут вызывать обоснованное ожидание раскрытия информации, даже если кредитор мог бы получить ее сам.

С другой стороны, доверие, основанное на качестве сторон, возникает, как правило, между профессионалом и его клиентами, что логично при том уровне предполагаемой осведомленности, которой обладает профессионал, совершая часто повторяющиеся однотипные сделки. Таким образом, профессионал обязан информировать клиента до заключения договора и консультировать после.

Итак, мы увидели, что психологический элемент на стороне кредитора имеет значение в определенных рамках, что логично вытекает из общей идеи, что каждый должен заботиться о получении информации, которая предоставляет для него интерес, поскольку договор хотя и является средством объединения интересов, но именно противоречащих интересов сторон.⁶⁵ Поэтому стопроцентный патернализм со стороны более информированной стороны все равно невозможен.

⁶³ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 15 novembre 1978, 77-13.736; Cour de cassation, Chambre civile 1, du 23 avril 1985, 83-17.282.

⁶⁴ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 3 janvier 1977, 75-12.204.

⁶⁵ Djamila Mahi-Disdet. Op. cit. P. 9.

1.1.3. Классификация информационных обязанностей

Данная проблема вряд ли имеет ярко выраженное практическое значение, однако во французской доктрине она породила известное разнообразие в решениях. Некоторые авторы (V. P. Malaurie, L. Aynes) вообще не признают наличия каких-то объективных отличий, способных служить основанием для деления информационных обязательств на виды⁶⁶. Другие признают, но предлагаемое каждым из них деление довольно сильно разнится от автора к автору. Есть ряд авторов (G. Viney, P. Jourdain), которые признавали только договорные информационные обязательства, в то время как другие пытались распространить действие договорного режима на случаи умолчания на преддоговорной стадии при условии, что впоследствии будет заключен договор (F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque). И наоборот, ряд авторов выделяли только преддоговорное обязательство информировать, как наиболее значимое для доктрины и практики (P. Roubier, R. Saleilles, J. Schmidt)⁶⁷.

Встречаются и другие подходы к делению информационных обязанностей, а именно основанные на сложившейся судебной практике или на требованиях закона; обязательства предоставлять информацию о содержании договора или о целесообразности договора; обязательства информировать, предупреждать и консультировать и т.д.⁶⁸ Пожалуй самым распространенным является хронологическое деление информационных обязанностей: преддоговорная и договорная обязанность по предоставлению информации⁶⁹.

1.1.3.1. Обязанность информирования до заключения договора

Вся история развития информационной обязанности свидетельствует о ее постоянном расширении. В этом смысле имевшие место в прошлом сомнения в том, действует ли принцип добросовестности на преддоговорной стадии и как

⁶⁶ Ph. Malaurie et L. Aynes, Droit civil. Les obligations, 2e éd. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 43, № 3, Juillet-septembre 1991. № 636. P. 348; Djamila Mahi-Disdet. Op. cit. P. 196.

⁶⁷ Djamila Mahi-Disdet. Op. cit. P. 197

⁶⁸ M. Fabre-Magnan. Op. cit. P. 222.

⁶⁹ См. критику хронологического критерия деления информационных обязанностей: Лугманов Р.Р. Функциональный критерий разграничения информационных гражданско-правовых обязательств// Закон и Власть. 2021. № 1. С. 43-48.

следствие, связаны ли участники переговоров нигде не зафиксированными, но подразумеваемыми информационными обязательствами, ушли в прошлое, к тому же реформа гражданского права внесла в это дело соответствующую ясность⁷⁰.

С другой стороны, в литературе указывается, что информационное обязательство на самом деле соответствует общей договорной теории и одному из важнейших ее принципов – автономии воли. Согласно этому принципу, участники оборота должны принимать на себя обязательства добровольно, а значит, и договоры должны основываться исключительно на их воле⁷¹. Как следствие, среди трех условий действительности договора (Ст. 1128 ФГК) мы находим «согласие сторон», которое и обеспечивает необходимый учет воли соответствующей стороны через правила о недостатках согласия (Ст. 1130-1144 ФГК).

Информационная обязанность преддоговорного периода направлена в том числе на то, чтобы согласие соответствующего лица было максимально осознанным и обоснованным. Хронологический критерий в литературе воспринимается вполне естественно, т.к. данное обязательство возникает до заключения договора именно для того, чтобы обеспечить беспорочное согласие на вступление в данный договор. Ключевыми правовыми средствами обеспечения информированного согласия являются институты ошибки (*l'erreur*) и обмана умолчанием (*la r tidence dolosive*).

Если поверхностно посмотреть на институт ошибки, то может возникнуть соблазн утверждать, что любая ошибка связана с нарушением информационной обязанности, т.к. очевидно, что, если бы заблуждающаяся сторона была лучше информирована, она не совершила бы ошибку. Однако, при общей верной

⁷⁰ Ст. 1112, 1112-1 ФГК

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=F9FE2DDA73C94F33B0F85F824EBB111F.tplgfr37s_2?idSectionTA=LEGISCTA000032007101&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20161001 (Дата обращения: 20.11.2019)

См. также Marine Goubinat. *Les principes directeurs du droit des contrats*. Droit. Université Grenoble Alpes, 2016. P. 93; Christophe Vigneau. *The obligation of good faith in France*. *Comp. Labor Law and Pol'y Jornal*. P. 593; Jessica Dombre. *L'obligation d'information dans les contrats de crédit   la consommation*. 2011. P. 31.

⁷¹ Agnès Dupont. *Op. cit.* P. 8.

посылке о необходимости информации для устранения ошибки было бы опрометчиво все ошибки сводить к нарушению информационных обязательств. Во многих случаях контрагент может на законных основаниях игнорировать те или иные обстоятельства (даже связанные с собственным предоставлением), если, например, о них невозможно было узнать или ошибка кредитора была непростительной.

Похожая ситуация складывается и с обманом, который совершается в двух традиционных формах: активных действиях заинтересованного лица (ложное предоставление информации) и пассивном поведении данного лица (умолчании об обстоятельствах). Активные маневры, направленные на деформацию согласия контрагента, могут быть как связаны с имевшим место информационным обязательством, так и осуществляться вне такой связи. Другое дело умышленное умолчание об обстоятельствах, которому следует уделить некоторое внимание.

Исторически в судебной практике довольно долго господствовало воззрение, что только положительные, т.е. активные действия могут быть квалифицированы как ухищрения или маневры (*manœuvres*), с которыми закон связывает соответствующие последствия⁷². Поэтому Кассационный суд решительно выступал против того, чтобы умолчание считать обманом, которое приведет к недействительности договора⁷³, причем параллельно в доктрине встречались авторы, которые признавали равенство между умышленным умолчанием и обманом⁷⁴.

⁷² Причем изначально речь шла не просто об активных действиях в смысле ложных заявлений. Долгое время этого было мало. Необходимо было, чтобы лицо дополнительными внешними действиями создавало ложную картину. Ситуация изменилась после решения 6 ноября 1970 года, когда Кассационный суд впервые высказался в том смысле, что простая ложь (без внешних актов) может представлять собой мошенничество. См.: Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 6 novembre 1970, 69-11.665. Данный подход к пониманию лжи получил ограничение в судебной практике, выделив понятие *dolus bonus*. Речь идет о ситуации преувеличения (по сути обмана), но которое не выходит за рамки обычно принятого в коммерческой практике. См. также Olivier Frédéric Boyer. *Op.cit.* P. 28.

⁷³ M. Fabre-Magnan. *Op. cit.* P. 284.

⁷⁴ R. Demogue. *Traité des obligations en général*, tome I, Sources des obligations, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1923, №. 358, P. 561

http://www.europeana.eu/portal/en/record/9200365/BibliographicResource_3000094728676.html#rp=11 (Дата обращения: 22.11.2019)

Затем судебная практика постепенно меняла свою позицию и в решении от 15 января 1971 года Кассационный суд окончательно указал, что “обман может заключаться в молчании стороны, скрывающей от своего контрагента факт, который, если бы он был ему известен, предотвратил бы заключение договора”⁷⁵.

После реформы обязательственного права 2016 года ст. 1137 (вместо Ст. 1116) ФГК специально закрепила уже устоявшееся в доктрине положение, согласно которому обманом является также «преднамеренное сокрытие одним из контрагентов информации, о которой он знает, что она имеет определяющий характер для другой стороны»⁷⁶.

Исходя из сложившейся судебной практики молчание являлось основанием недействительности договора либо потому, что имело место преддоговорное обязательство информирования, умышленное нарушение которого в данном случае считалось мошенничеством, либо потому что имело место нарушение принципа добросовестности. Однако, такое отождествление мошеннического умолчания и нарушения информационной обязанности или нарушения принципа добросовестности длилось не долго. Начиная с решений Кассационного суда от 27 февраля 1996 года⁷⁷ и 1 мая 2000 года⁷⁸ стало складываться понимание, что обязательство вести себя добросовестно и выполнять информационное обязательство не являются равнозначными актами: принцип добросовестности по сути является основой второго, что впоследствии нашло свое выражение в реформе обязательственного права 2016 года.

Ст. 1104 и 1112 ФГК положили конец спорам о действии принципа добросовестности на преддоговорной стадии в условиях скупой формулировки

⁷⁵ Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 15 janvier 1971, 69-12.180

⁷⁶ Article 1137 Code Civil

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=A95DDCE6B8BD6E9EB504777E8CF1C7AE.tplgfr37_s_2?idArticle=LEGIARTI000032040993&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20161001

Таким образом, сейчас мошенничество может осуществляться в трех формах: намеренные маневры, ложь и умолчание.

⁷⁷ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 27 février 1996, 94-11.241

⁷⁸ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 3 mai 2000, 98-11.381

бывшей ст. 1134 ФГК, буквально указывавшей, что соглашения должны лишь исполняться добросовестно⁷⁹.

Законодатель пошел дальше и в ст. 1112-1 ФГК закрепил общую преддоговорную обязанность информирования, что наводит на мысль, что отныне информационное обязательство становится одним из важнейших принципов обязательственного права⁸⁰.

Отсюда возникает логичный вопрос: что общего между информационным взаимодействием в разрезе обмана умолчанием и генеральным информационным обязательством в контексте новой ст. 1112-1 ФГК? ⁸¹

Сложность заключается в том, что первая редакция ст. 1137 ФГК (10 февраля 2016 года) имела широкое содержательное наполнение и в этом смысле довольно сильно отличалась от содержания ст. 1112-1 ФГК. Мы видим, что в ст. 1112-1 ФГК обязанность информирования не распространяется на оценку стоимости предоставления. С другой стороны ст. 1137 ФГК содержала обычные условия (психологический элемент, рассмотренный выше), в виде знания информации и осознания ее решающего значения для согласия другой стороны. Иных уточнений данная норма не содержала, из чего можно было сделать вывод, что обман умолчанием может распространяться и на оценку стоимости предоставления, что с точки зрения обычной житейской логики вполне естественно, т.к. цена очень часто является обстоятельством, определяющим согласие. При этом если мы посмотрим на ст. 1139 ФГК, то увидим, что заблуждение, вызванное обманными маневрами (в том числе умышленным сокрытием информации) всегда простительно, даже если оно касается стоимости предоставления или простого основания договора⁸². Таким образом, исходя из

⁷⁹ Прежде судебная практика связывала преддоговорные информационные обязательства с п. 3 ст. 1134, 1135 и 1615 (если это купля-продажа) ФГК. Таким образом, по сугубо формальным признакам информационные обязательства имели договорный характер, что представлялось довольно странным, когда речь шла именно о преддоговорной стадии и в условиях отсутствия действующего договора. Соответственно, суд вынужден был применять договорную ответственность по ст. 1147 ФГК или ст. 1184 ФГК. См. также Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 26 nov. 2003, № 00-10.243 et № 00-10.949.

⁸⁰ Solene Rowan, *The new French law of contract*. British Institute of International and Comparative Law. 2017. P. 9.

⁸¹ Luciano Pontiroli, *Inside the Pandora's Vase. A Critical Assessment of some Aspects of the Reform of French Law of Contract*. 2017. P. 8.

⁸² Это правило было известно и до внесения соответствующих изменений в Кодекс. См., например, Ejan Mackaay. *Op. cit.* P. 457.

указанной довольно широкой сферы охвата правил Кодекса об обмане, стало трудно основывать обман умолчанием на общем требовании раскрытия информации, которое имеет известные ограничения. Соответственно, наиболее логичным основанием для запрета мошеннического удержания информации можно было бы определить только принцип добросовестности (ст. 1104 ФГК). Однако, трудно не заметить, что абз. 2 ст. 1112-1 ФГК был следствием развития практики, поддержанной законодателем, концентрированно выраженной в деле по поводу фотографий Эдуарда Балдюса⁸³. Законодатель сознательно закрепил в Кодексе уже существовавшее в практике правило, согласно которому умолчание об истинной стоимости отчуждаемого объекта не является мошенничеством. И в то же самое время мы видим, что в абз 2 ст. 1137 и ст. 1139 ФГК указано прямо противоположное правило.

С целью разрешения возникшего противоречия в 2018 году были внесены изменения в ст. 1137 ФГК, в которой добавился третий абзац, постулирующий, что «не является обманом то, что сторона не раскрывает своему контрагенту оценку стоимости предоставления»⁸⁴.

Итак, коротко рассмотрев различные случаи и основания возникновения преддоговорного информационной обязанности, следует перейти к рассмотрению информационной обязанности, возникающей после заключения договора.

1.1.3.2. Обязанность информирования после заключения договора

Обязанность информирования, возникающая после заключения договора, имеет цель отличную от цели преддоговорной информационной обязанности: она направлена на обеспечение надлежащего исполнения договора. Судя по более значительному уровню внимания французской доктрины к информационной обязанности, возникающей на преддоговорной стадии,

⁸³ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 3 mai 2000, 98-11.381.

⁸⁴ Article 1137 Code civil

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=0643F9C021158E5DCD8CCBB7FA148AA0.tplgfr37s_2?idArticle=LEGIARTI000036829827&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20191117&categorieLien=id&oldAction= (Дата обращения: 15.11.2019)

создается ощущение особой практической актуальности для доктрины именно этапа согласования и формирования договора. Однако, было бы ошибкой не признать, что даже в условиях наличия заключенного договора, условия которого полностью соответствуют намерениям сторон, результат исполнения такого договора может заметно отличаться от ожидаемого в том числе по причине отсутствия необходимого информационного взаимодействия. Кредитор договорного обязательства справедливо ожидает предсказуемый эквивалент своего собственного предоставления. Более того, он вправе ожидать защиты от любого потенциального вреда в ходе исполнения договора.

Информационные обязательства, влияющие на исполнение договора, могут быть установлены на основе применения того или иного закона⁸⁵ либо обнаружены судом на основе применения общих принципов обязательственного права⁸⁶. Дополнительные информационные обязательства не предусматриваются сторонами договора и в этом смысле проявляется их специфика: зачастую обнаружение такого рода обязательств будет откровенным сюрпризом для соответствующей стороны, учитывая, что при судебном ретроспективном обнаружении данных обязательств последние оказываются уже в нарушенном состоянии⁸⁷.

Обнаружение судом информационной обязанности означает увеличение содержания заключенного договора. Обоснование происхождения данного обязательства может вызывать некоторые сложности ввиду наличия альтернативных подходов⁸⁸.

⁸⁵ Art. L 113-2, al. 3 Code des assurances

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=FD4D90608DB0049EE1344EF081C98199.tplgfr41s_3?idSectionTA=LEGISCTA000006157200&cidTexte=LEGITEXT000006073984&dateTexte=20191117 (Дата обращения: 23.11.2019)

⁸⁶ Здесь нужно оговориться, что действительный интерес представляют не основные договорные информационные обязательства, а именно дополнительные, т.е. те, которые не были предметом соглашения сторон. Например, в обязательствах предоставлять информацию в рамках договора об оказании консультационных (юридических) и т.п. услуг никакой специфики складывающихся обязательственных отношений нет.

⁸⁷ Adeline Villain. *Op. cit.* P. 50.

Olivier Frédéric Boyer. *Op. cit.* P. 54.

⁸⁸ Излагаемые подходы релевантны для дореформенного периода, т.к. в связи с масштабными изменениями в обязательственном праве Франции, пока нет ясности, какой путь изберет французская практика.

Во-первых, суд может связать информационное обязательство с основным договорным обязательством, как, например, это могло бы быть в случае удержания инструкции по эксплуатации технически сложной вещи по договору купли-продажи. В таком случае основное обязательство попросту не выполнено, о чем мы еще упомянем в связи с понятием *obligation de resultat*. Как следствие, суд мог применить санкции на основании ст. 1184 ФГК (расторжение договора) либо ст. 1147 ФГК (возмещение убытков)⁸⁹.

Во-вторых, суд мог вывести информационное обязательство на основании п. 3 ст. 1134 или ст. 1135 ФГК⁹⁰.

Как мы видели, содержание п. 3 ст. 1134 ФГК долгое время было ограничено законодателем стадией исполнения договора, поскольку считалось, что нет причины для распространения принципа добросовестности на преддоговорный этап, т.к. изначально существовали механизмы исправления пороков согласия, чем достигался нужный результат, предотвращающий недобросовестность договаривающихся сторон⁹¹. Более того, в течение XIX и почти всего XX века абз. 3 ст. 1134 ФГК толковался как положение, благодаря которому не проводилось различие между актами доброй совести и актами по строгому праву. По сути все договоры рассматривались через призму добросовестности. И только в последние 20-30 лет XX века данный абзац приобрел новое применение: он предоставил судам правовую основу для наложения на стороны договора дополнительных обязательств⁹². Среди таких дополнительных обязательств находятся и информационные обязательства, которые, соответственно, влияют на исполнение договора. Обмен информацией в этом смысле направлен на максимально эффективное достижение сторонами цели основного договорного обязательства⁹³.

⁸⁹ M. Fabre-Magnan. Op. cit. P. 349; Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 13 mars 1990, 88-16.740

⁹⁰ П. 3 ст. 1134 ФГК гласил: «Они (соглашения) должны быть исполнены добросовестно». А ст. 1135 ФГК указывала, что «соглашения обязывают не только к тому, что в них указано, но также и ко всем последствиям, которые справедливость, обычаи или закон связывают с обязательством сообразно его характеру».

⁹¹ Marine Goubinat. Op. cit. P. 93; M. El Gharbi. L'obligation d'information dans les contrats, thèse PARIS-VAL DE MARNE, 1994. P. 362.

⁹² Christophe Vigneau. Op. cit. P. 593.

⁹³ François Diesse. Op. cit. P. 284.

Интересно при этом заметить, что судебная практика периодически обосновывала и преддоговорную ответственность должника в информационном обязательстве на основе нарушения принципа добросовестности⁹⁴. Указывалось, что данный принцип вне зависимости от стадии договорных отношений требует учитывать не только собственные интересы, но и интересы своего контрагента. Сотрудничество, а не частный эгоизм, находятся в центре внимания понятия добросовестности⁹⁵. Соблюдение принципа добросовестности требует, чтобы стороны обменивались информацией, проявляя максимальную честность и транспарентность в своих предварительных переговорах для достижения общих целей; чтобы стороны переговоров уважали интересы другой стороны, ее конфиденциальную информацию и отказывались от участия в параллельных переговорах.⁹⁶ Следуя данной логике, добросовестность стала одним из средств привнесения нравственности в позитивное право⁹⁷. При этом добросовестность довольно трудно определить, и тем более трудно отличить от связанного с ней понятия справедливости (ст. 1135 ФГК).

Изначально сфера применения ст. 1135 ФГК была узкой, и она рассматривалась в глазах составителей Кодекса как норма толкования договора. Т.е., они рассматривали справедливость как концепцию, которая должна играть лишь остаточную роль. Однако, постепенно суды отходили от этой классической концепции понимания роли данной статьи, осознавая, что она представляет собой мощный правовой инструмент, позволяющий судье вмешиваться в экономику договора⁹⁸.

Действительно, постепенно суды стали довольно часто использовать ст. 1135 ФГК в качестве основы для конструирования договорной информационной обязанности, несмотря на многочисленные критические замечания в отношении использования понятия справедливости, которое мало кому ясно⁹⁹. И хотя

⁹⁴ M. Fabre-Magnan. Op. cit. P. 350; Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 10 mai 1989, 87-14.294

⁹⁵ Adeline Villain. Op. cit. P. 2.

⁹⁶ Shahram Aryan, Bagher Mirabbasi. The Good Faith Principle and Its Consequences in Pre-Contractual Period: A Comparative Study on English and French Law. Journal of Politics and Law Vol. 9, №. 2. 2016. P. 232

⁹⁷ Christophe Vigneau. Op. cit. P. 594.

⁹⁸ M. El Gharbi. Op. cit. P.. 371.

⁹⁹ Adeline Villain. Op. cit. P. 48.

категория справедливости создает большой риск для правовой определенности¹⁰⁰, находились авторы, которые признавали ее наилучшей основой для появления дополнительных договорных обязательств¹⁰¹.

В литературе отмечается, что в судебной практике нередко встречается даже совместная ссылка на п. 3 ст. 1134 и ст. 1135 ФГК¹⁰². Нормы указанных статей выполняют по сути схожие функции. В части толкования договора то или иное проявление доброй совести может быть полностью поглощено ст. 1135 ФГК. В этом нет ничего удивительного, так как граница между добросовестностью и справедливостью довольно размыта. Поэтому и в доктрине нет единодушия по поводу соотношения данных понятий: одни считают, что справедливость является следствием добросовестности, другие, наоборот, добросовестность видят в качестве инструмента для применения справедливости. А кто-то продолжает верить в автономию добросовестности от понятия справедливости¹⁰³.

Конечно, ввиду указанной путаницы для нас нет никакой принципиальной разницы, какое именно основание подводить под информационное обязательство. Нахождение конкретной основы информационной обязанности по большому счету связано лишь с требованием к суду не изобретать новые обязательства для участников оборота. В этом смысле суд вынужден полагаться либо на волю сторон договора (что дополнительные обязанности косвенно согласованы сторонами), либо на закон (п. 3 ст. 1134, ст. 1135 ФГК).

После изменений 2016 года, ст. 1134 и ст. 1135 ФГК поменяли свою локацию в Кодексе, но не потеряли своего значения: ст. 1104 (п. 3 ст. 1134) ФГК расширила сферу действия принципа добросовестности на преддоговорную стадию, а ст. 1194 (ст. 1135) ФГК практически полностью сохранила свое содержание. Какова будет дальнейшая судьба практики обоснования

¹⁰⁰ Olivier Frédéric Boyer. Op. cit. P. 654.

¹⁰¹ Adeline Villain. Op. cit. P. 49.

¹⁰² Romain Loir. Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats, Mémoire de DEA « Droit des contrats », dirigé par Christophe Jamin. 2001, P. 6; Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 16 mars 1993, 91-11.194

¹⁰³ Romain Loir. Op. cit. P. 6.

информационных обязательств во французском договорном праве, пока неизвестно, но уже сейчас представляется, что суды вряд ли будут более разборчивы, строго отдавая предпочтение той или иной норме.

1.1.3.3. Различие информационных обязанностей по правовому характеру исполнения

Дополнительные к основным информационные обязательства всегда носят потенциально дестабилизирующий характер. Если вскользь посмотреть на судебную практику, то нетрудно заметить, что данные информационные обязательства часто обнаруживаются в договорах, стороной которых являются разного рода профессионалы: врачи, страховщики, агенты недвижимости и т.п.¹⁰⁴ Данные обязательства возникают как до, так и после заключения договора. Они могут быть направлены на то, чтобы кредитор осознанно вступил в договор, а также смог получить надлежащее исполнение и при этом избежал какого-либо имущественного или неимущественного ущерба. При этом для цели определения договорной обязанности информирования иногда не важно, когда информация непосредственно передается. Например, если информация передается после истечения срока действия договора, она не становится автоматически пост-договорной. В этом смысле и нарушение информационной обязанности, влияющее на исполнение договора, влечет за со собой именно договорную ответственность и никакую иную.

Во французском праве принято также делить информационные обязательства в зависимости от правовой природы их исполнения, которая напрямую связана с природой основных договорных обязательств, обслуживанию которых они и посвящены. В этом смысле принято делить основные договорные обязательства на обязательства результата (*obligation de resultat*) и обязательства приложения усилий (*obligation de moyens*).

¹⁰⁴ V. G. Viney. La responsabilité: conditions, ouvrage précité.
https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_4/2006_55/viney_professeur_9142.html
 (Дата обращения: 15.11.2019)

Различие между двумя указанными обязательствами имеет доктринальное происхождение и было осуществлено Р. Демогом, чтобы решить проблемы противоречия между ст. 1137 и 1147 ФГК¹⁰⁵. *Obligation de resultat* имеет место в том случае, если должник обязан достичь строго определенного результата. С другой стороны, можно сказать, что на должнике лежит *obligation de moyens*, если он должен приложить максимум доступных усилий, необходимых для обещанного предоставления, однако, без гарантии результата. В некоторых договорных типах как правило понятно, какое именно обязательство имеет место. Например, врач обязан лечить пациента, прилагая максимально возможные усилия, но он не может обязаться вылечить. Однако, такая ясность имеется не всегда. В таких случаях именно суду принадлежит право толкования договорных обязательств с учетом некоторых критериев. Например, различие между двумя видами обязательств может быть обнаружено в зависимости от того, имеет ли должник полный контроль над выполнением лежащей на нем обязанности, или какова роль (участие) кредитора в исполнении обязательства должника.

Интерес в подобном различии лежит в большей степени в процессуальной плоскости: если это *obligation de resultat*, то именно должник обязан доказать, что неисполнение произошло не по его вине. И наоборот, в случае *obligation de moyens* бремя доказывания вины должника переходит кредитору.

А. Вспомогательное информационное обязательство результата.

Если смотреть на случаи обнаружения информационных обязательств, дополняющих основное договорное обязательства результата или гарантии, то никакой пользы этот взгляд не принесет, т.к. если основное обязательство не исполнено, то ответственность наступает в любом случае (кроме непреодолимой силы) вне зависимости от причины нарушения¹⁰⁶. Аналогичная ситуация имеет место с гарантийным обязательством, поскольку должник является лицом ответственным за дефекты запущенной в оборот вещи вне всякой вины с его

¹⁰⁵ R. Demogue. *Traité des obligations en général*. Tome 5. Librairie Arthur Rousseau. Paris. 1925. P. 538. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6473507n/f552.image.texteImage> (Дата обращения: 2.12.2019).

¹⁰⁶ Т.е. не важно даже то, было ли вообще информационное обязательства и тем более, было ли оно нарушено.

стороны¹⁰⁷. Т.е. в указанных случаях будет наказываться не искажение (или замалчивание) информации, а сам факт несоответствия результата исполнения тому, что было обещано. Однако, ситуация меняется, если речь идет об основном обязательстве по приложению усилий.

Б. Информационное обязательство, вспомогательное по отношению к
обязательству по приложению усилий

Очевидно, что, если речь идет о том, что основное обязательство характеризуется необходимостью прилагать максимальные усилия для надлежащего договорного исполнения, привлечение должника к ответственности обусловлено установлением его вины. В этом случае нарушение информационной обязанности может представлять интерес, хотя в целом специфика элементов такого обязательства в контексте исполнения договора отсутствует.

Материальный элемент ничем не отличается от того, что мы уже рассмотрели выше. Такая информация по-прежнему имеет существенное значение для кредитора, поскольку она, будучи известной кредитору, помогла бы ему изменить свое поведение и получить ожидаемое надлежащее исполнение, что легко увидеть, например, на обязанности продавца передать инструкции покупателю вместе с проданной вещью (обязанность врача информировать пациента о мерах предосторожности и т.п.)¹⁰⁸.

Что касается психологического аспекта, то он также следует общим правилам: должник должен знать (или не вправе не знать) как саму информацию, так и ее важность для контрагента.

¹⁰⁷ Ст. 1641 ФГК

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=417C45427F399111CF83AC0404934A5C.tplgfr37s_2?idArticle=LEGIARTI000006441924&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20191117 (Дата обращения: 5.12.2019); Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 24 avril 1990, 88-15.409; Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 12 septembre 2018, 17-22.064

¹⁰⁸ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 25 juin 1996, 94-16.702

1.1.3.4. Обязанность информирования, предупреждения и консультирования

Другим важным делением информационных обязательств во французской доктрине и практике является разграничение данных обязательств по степени их содержательного наполнения. В этом смысле обычно выделяют три вида информационной обязанности, которые могут зависеть от договорного типа и/или качеств контрагентов¹⁰⁹:

А- простая обязанность информировать;

Б- обязанность предупреждать;

В- обязанность дать совет (консультировать)¹¹⁰.

А. Обязанность информировать (l'obligation de renseignement).

Простая обязанность предоставить информацию связана с требованием передачи данных в объективном или, иначе говоря, в необработанном состоянии¹¹¹.

Такое отношение к содержанию обязательства нейтрально само по себе.¹¹² Учет интересов контрагента довольно ослаблен, т.к. для исполнения данной обязанности достаточно просто передать исходную информацию. Однако, даже такая необработанная информация часто позволяет договаривающейся стороне использовать ее для более полного удовлетворения своих договорных интересов¹¹³.

Б. Обязанность предупреждать (l'obligation de mise en garde).

Это обязанность предоставлять информацию, которая привлекает внимание контрагента к отрицательным аспектам, недостаткам, рискам или опасности, которые так или иначе связаны с основным обязательством.¹¹⁴ В этом

¹⁰⁹ Adeline Villain. Op. cit. P. 48.

¹¹⁰ Agnès DUPONT. Op. cit. P. 4.

¹¹¹ Mehanna Myriam. Op. cit. P. 226.

¹¹² M. El Gharbi. Op. cit. P. 322.

¹¹³ Например, как это должно было быть в случае, рассмотренном Кассационным судом в деле Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 11 juin 1996, 94-18.250.

¹¹⁴ M. Fabre-Magnan. Op. cit., P. 372.

смысле предупреждать — это значит давать информацию, но с акцентом на некоторые негативные стороны заключаемой или исполняемой сделки, чтобы адресат информации смог принять адекватное решение.¹¹⁵

Способ исполнения обязанности по предупреждению показывает особое внимание должника к интересам кредитора. В этом смысле зачастую нужно будет не просто подробно описать имеющиеся риски, но и убедиться, что контрагент связал полученное предупреждение со своей ситуацией, т.е. информация должна быть приспособлена к конкретной ситуации кредитора.¹¹⁶ Довольно часто обязанность предупреждения обнаруживается на стороне профессионала, например, банкира¹¹⁷, нотариуса¹¹⁸ и т.д. Более того, присутствие юриста рядом с клиентом не освобождает от ответственности нотариуса, выполняющего свои обязанности по консультированию¹¹⁹.

В. Обязанность дать совет, консультировать (l'obligation de conseil).

Обязанность консультировать является следующей видом информационной обязанности. По сути, должник информационной обязанности должен максимально учесть интересы контрагента и выйти за пределы своей договорной позиции. Данная обязанность гораздо шире простой передачи необработанной информации: речь идет о том, чтобы должник передал разностороннюю информацию с целью обеспечения кредитору возможности принять не просто взвешенное, а наилучшее решение¹²⁰. Необходимо связать передаваемую информацию с поведением контрагента, которое ему необходимо

¹¹⁵ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 10 décembre 1996, 94-16.082; Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 22 mai 2001, 98-14.087

¹¹⁶ Agnès Dupont. Le devoir de conseil en matière de garanties. URS. Paris. 2002. P. 5. См. также Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 20 octobre 2009, 08-20.274; Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 12 juin 2012, 11-18.277

¹¹⁷ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 27 juin 1995, 92-19.212. Последующая судебная практика будет постоянно уточнять основные принципы этого обязательства: Cour de cassation, Chambre mixte, 29 juin 2007, 06-11.673; Cour de cassation, Chambre mixte, 29 juin 2007, 05-21.104

¹¹⁸ Cour de cassation 1^{re} chambre civile 21 février 1995, 93-14.233; Выполняя свой долг по консультированию, нотариус должен был спросить о возможности строительства на таких землях с учетом плана землепользования и предупредить своих клиентов о различных рисках, связанных с этим актом.

¹¹⁹ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 10 juillet 1995, 93-16.894

¹²⁰ Mehanna Myriam. Op. cit. P. 324.

выбрать ради преследуемой цели¹²¹, а также показать ему выгоды и недостатки, которые можно извлечь из данной информации. Т.е. это уже не просто объективная информация, а информация о целесообразности того или иного поведения¹²².

Обязанность консультирования напрямую связана с необходимостью тесного сотрудничества, поскольку без последнего невозможно предоставить действительно полезную информацию, полноценно учитывающую цель вступления контрагента в договор и другие его интересы, связанные с договорным исполнением¹²³. При этом нередко встречается утверждение, что сторона должна сама запросить необходимую информацию, например, о целях использования объекта¹²⁴, для качественного выполнения обязанности консультирования¹²⁵. Однако, было бы ошибкой считать, что требование о сотрудничестве между сторонами подразумевает исключительно одностороннее проявление инициативы должника. Сотрудничество – это всегда обоюдный процесс, как следствие, кредитор в информационном обязательстве также имеет встречную обязанность, но уже по передаче сведений о сфере использования, например, приобретаемого объекта, целях вступления в договор, чтобы его должник смог правильно выполнить лежащую на нем обязанность консультирования, предоставив релевантную информацию. Доказывание факта предоставления указанной встречной информации лежит на самом управомоченном лице¹²⁶.

В свете изложенного стоит отметить вопрос разграничения обязанности предупредить и обязанности консультировать, поскольку они представляются очень похожими. Можно даже сказать, что предупреждение — это то же консультирование, только негативного свойства, т.е. совет что-то не делать в связи с определенными опасностями, связанными с нарушением данного

¹²¹ M. Fabre-Magnan. Op. cit. P. 378; Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 30 mai 2006, 03-14.275

¹²² M. Fabre-Magnan. Op. cit. P. 9.^[11]_{SEP}

¹²³ François Diesse. Op. cit. P. 290; Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 1 décembre 1992, 90-18.238

¹²⁴ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 18 janvier 2000, 97-10.720

¹²⁵ Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 19 octobre 1994, 92-21.543; Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 19 juin 1996, 94-12.777

¹²⁶ Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 28 octobre 2010, 09-16.913

совета¹²⁷. Однако, при определенных обстоятельствах данное разграничение не представляет затруднений. Например, в товаре используется серная кислота — это простая информация. Серная кислота вызывает сильнейшие ожоги при попадании на кожу — это предупреждение. Далее. В случае попадания кислоты на кожу, срочно смыть вещество большим количеством воды, нейтрализовать остатки раствором пищевой соды и немедленно обратиться к врачу — это консультация. Соответственно, обязанность консультировать предполагает предоставление более глубоких сведений, что более обременительно, конечно, для должника информационной обязанности. С другой стороны, такое обязательство является обязательством по приложению усилий, что делает вопрос доказывания исполнения несколько проще¹²⁸.

Следует отметить, что последствия передачи информации в процессе консультирования как правило будут вне досягаемости должника, поскольку кредитор, очевидно, в силу принципа автономии воли вправе самостоятельно решать, следовать ему полученным советам или нет.

Правда, этот вопрос является достаточно сложным. Конечно, обязательство предоставлять информацию в любой из указанных форм не отменяет автономию воли другой стороны. Последняя сохраняет за собой полную свободу действий в отношении выполнения рекомендаций, однако, в доктрине указывается, что в некоторых случаях, когда рекомендация является предупреждением о явном риске, эта рекомендация становится обязанностью отказать в заключении договора¹²⁹. Однако, в случае обязательства предоставлять информацию в смысле "сдерживания", возникает сомнение в том, нет ли здесь вмешательства в чужие дела? Вопрос о том, где проходит грань между вмешательством и выполнением обязанности информирования, остается открытым.

На первый взгляд, принцип невмешательства в чужие дела означает, что должник по информационному обязательству не должен подменять своего

¹²⁷ M. Fabre-Magnan. Op. cit., P. 390.^[127]_{SEP}

¹²⁸ Agnès Dupont. Op. cit., P. 78.

¹²⁹ Mehanna Myriam. Op. cit., P. 236.

контрагента в ведении бизнеса. Однако эта концепция не наделяет должника (особенно профессионала) полным иммунитетом, поскольку принцип невмешательства не исключает обязанности специалиста проявлять осмотрительность¹³⁰.

1.1.4. Исполнение информационной обязанности

Проблема обнаружения информационных обязательств, также как (хотя и в меньшей степени) - проблематика классификации их видов и т.п. вопросы безусловно имеют огромное значение. Другим не менее важным аспектом рассматриваемой темы является проблема исполнения информационных обязательств.

Эта последняя проблема ставит вопросы о том, как определить, каким образом и в каком виде информация должна доходить до ее получателя.

В случаях, когда информационное обязательство налагается законом, обычно не возникает проблем, как именно такое обязательство исполнять. В этом смысле можно упомянуть ст. 2 Регламента № 90-02 de la COB, в которой указано, что информация, предоставляемая общественности, должна быть точной, конкретной и искренней¹³¹. Аналогичным образом, правила о защите прав потребителей предусматривают детальный перечень обстоятельств, подлежащих раскрытию.¹³²

В целом же следует отметить, что французским законодательством было предусмотрено множество обязанностей по раскрытию информации, при этом большинство таких обязанностей появилось для вполне конкретных областей: страхования, кредитования, торговли ценными бумагами и т.д.¹³³ Т.е. как мы

¹³⁰ Agnès Dupont. Op. cit., P. 33-34.

¹³¹ Arrêté du 5 juillet 1990 portant homologation de règlements de la Commission des opérations de bourse.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000715430&categorieLien=id>

(Дата обращения: 7.12.2019)

¹³² ст. 5, ст. 6 Директивы ЕС 2011/83/ЕС от 25 октября 2011 г. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32011L0083> (Дата обращения: 15.11.2019); LOI n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000028738036&categorieLien=id>

(Дата обращения: 15.11.2019)

¹³³ Madeleine van Rossum. The Duty of Disclosure: Tendencies in French Law, Dutch Law and English Law; Criteria, Differences and Similarities between the Legal Systems. 7 Maastricht J. Eur. & Comp. 2000. P.301.

См. также

видим, этот вопрос не вызывает особых трудностей в тех случаях, когда законодатель устанавливает специальные правила передачи информации, однако, ситуация меняется в условиях отсутствия какого-либо положения, разъясняющего сторонам этот вопрос. В таком случае соответствующий должник вынужден сам решать, как и в каких формах должна передаваться информация для обеспечения того, чтобы получатель информации получил и правильно понял эту информацию.

Например, мы не найдем какого-то общего правила исполнения информационной обязанности в аспекте формы передачи информации. Чаще всего должник сам выбирает между устной и письменной формой, что правда, имеет процессуальное преломление в вопросах доказывания. Однако, встречаются дела, в которых вопрос формы исполнения информационной обязанности приобретает важное значение с учетом особых обстоятельств¹³⁴. При этом даже внутри определенной формы исполнения обязательства можно обнаружить дополнительные специфические требования. Например, если речь

а) L.111-1 и L. 111-2 Code de la Consommation установили общее обязательство в отношении раскрытия информации в контексте отношений между профессионалом и потребителем ;

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565&idArticle=LEGIARTI000032220903&dateTexte=&categorieLien=cid> (Дата обращения: 15.11.2019)

б) в купле-продаже: ст. 1602 ФГК предусматривает, что продавец должен ясно объяснить, что он обязан делать. Также установлено, что соглашение, которое является неясным и двусмысленным, должно толковаться против продавца;

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=A0511D40F46FE0AA759DB2CEC3FB5ADB.tplgfr37s_2?idSectionTA=LEGISCTA000006150280&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20191117 (Дата обращения: 10.12.2019)

в) в коммерческом праве: ст. L. 141-1 Code de commerce устанавливает обязанность раскрыть основные характеристики фонда ;

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=9A945F7AA9494B8A9FD2FF5B9BF9630E.tplgfr31s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006161257&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20190513 (Дата обращения: 10.12.2019)

г) в трудовом праве: L. 1221-3 , L. 3171-1 и L. 4141-1 Code du travail обязывают работодателя соблюдать обязательство информировать как при заключении трудового договора, так и на стадии его исполнения;

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050> (Дата обращения: 10.12.2019)

д) в банковском праве: L. 313-22 Code monétaire et financier налагает на кредитные организации обязательства ежегодно информировать гаранта об изменении суммы обеспеченного долга

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=9A945F7AA9494B8A9FD2FF5B9BF9630E.tplgfr31s_1?idSectionTA=LEGISCTA000022422905&cidTexte=LEGITEXT000006072026&dateTexte=20190513 (Дата обращения: 10.12.2019)

е) в страховом деле: L 112-2, L 112-3, L 113-2, L 113-4 Code des assurances различного вида информация должна быть раскрыта как страхователем, так и страховщиком.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006073984> (Дата обращения: 10.12.2019)

¹³⁴ Врач выполнил обязанность консультирования в устной форме, однако с учетом конкретных обстоятельств (возраст пациента), суд признал, что этого было недостаточно. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 29 mai 1984, 83-12.016

идет о письменной форме, то может потребоваться применение специальных мер для лучшего получения информации адресатом сообщения: большие видимые буквы, и т.п.¹³⁵

Устная информация также может в определенной форме меняться от простых слов до подробного объяснения даже в рамках одного и того же вида информационной обязанности (например, предупреждения или консультирования). В конце концов, от должника может потребоваться просто повторить информацию, чтобы убедиться в том, что его правильно поняли.

Особые требования могут предъявляться по вопросу качества передаваемой информации. Должник обязан предоставлять кредитору полезную и эффективную информацию.

Очевидно, что для выполнения своей функции информация должна быть **точной**¹³⁶. Неточная информация не только не несет пользы для кредитора, но порой может оказаться вредной. Однако, из этого не следует, что должник всегда обязан проверять информацию перед ее передачей. Например, как мы видели в похожих делах, врач не обязан проверять информацию, предоставленную производителем лекарственных препаратов, всякий раз, как выписывает лекарство пациенту, но при этом врач обязан постоянно совершенствовать свои знания¹³⁷. Напротив, можно найти дела, в которых профессионалы будут нести ответственность за то, что не проверили информацию, полученную извне. Например, дантист, ошибочно следуя рекомендациям иностранного врача, ставил зубные протезы, в действительности противопоказанные пациенту¹³⁸.

С другой стороны, непрофессиональный должник не несет ответственности, если он, исполняя свою информационную обязанность, руководствуется неверными данными, предоставленными самим кредитором¹³⁹.

Следующая важная характеристика качества предоставляемой информации касается **достаточности** информации.

¹³⁵ M. Fabre-Magnan. Op. cit., P. 390.^[1]_{SEP}

¹³⁶ M. El Gharbi. Op. cit., P. 403.

¹³⁷ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 8 avril 1986, 84-11.443

¹³⁸ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 24 janvier 1990, 87-18.008

¹³⁹ M. El Gharbi. Op. cit., P. 343.

В тех случаях, когда информационное обязательство основано, например, на законе, достаточность информации оценивается в связи с требованиями, указанными в самом законе. Однако, когда информационное обязательство как бы открывается судом в качестве дополнительного и заранее не предусмотренного обязательства, достаточность информации оценивается в свете характеристик сторон или характера услуг (особенностей товара) по договору¹⁴⁰.

И наконец, предоставляемая информация должна передаваться **своевременно**. Это значит, что преддоговорное информационное обязательство, влияющее на получение согласия кредитора, должно быть исполнено до выражения данного согласия. Договорная информационная обязанность, соответственно, может быть выполнена в любое время, но до возникновения того или иного ущерба¹⁴¹.

Дополнительно следует отметить, что по общему правилу информация должна быть представлена на французском языке. Обязательное использование французского языка предусмотрено законом от 4 августа 1994 года, который предусматривает, что "в описании, предложении, презентации, инструкции по применению или использованию, в описании объема и условий гарантии товара или услуги, а также в счетах и квитанциях использование французского языка обязательно"¹⁴².

Еще один вопрос, интересный в свете проблемы исполнения информационной обязанности, заключается в том, кто должен взять на себя инициативу: кредитор или должник?

В литературе отмечается, что информационное обязательство следует исполнять должнику самостоятельно и вне связи с требованием кредитора, т.к. статистически последний редко будет требовать непосредственно исполнения. Скорее всего кредитор узнает о существовании информационной обязанности

¹⁴⁰ *Ibid.*, P. 345.

¹⁴¹ M. Fabre-Magnan. Op. cit., P. 417.

¹⁴² Art. 2 Loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005616341&dateTexte=20191118>

(Дата

обращения: 10.12.2019)

только тогда, когда оно уже будет в нарушенном состоянии, и в этом смысле сможет требовать уже не его исполнения, а применения ответственности за его нарушение¹⁴³. В судебной практике также отмечается, что инициатива в исполнении информационного обязательства лежит на стороне должника, так как кредитору значительно сложнее узнать об обстоятельствах, релевантных для соответствующих договорных отношений¹⁴⁴.

Принудительное исполнение информационной обязанности, влияющей на согласие кредитора, не будет иметь для него никакой пользы. Порок согласия уже случился, и в этом смысле кредитора может интересовать только исправление имущественных последствий данного порока. Характеристика информационной обязанности, влияющей на исполнение договора в принципе будет та же, с тем лишь исключением, что интерес в принудительном исполнении может быть найден, если кредитор не может полноценно пользоваться результатом предоставления без получения соответствующей информации (например, инструкции по эксплуатации вещи) или полученная по договору вещь в процессе использования может оказаться опасной¹⁴⁵.

В контексте рассматриваемой темы важно отметить, что если одна сторона не обязана предоставлять информацию, то в случае прямого вопроса второй стороны, первая не вправе солгать. При этом может показаться, что она вправе просто проигнорировать вопрос и оставить риск, например, неверного согласия на противоположной стороне. Однако, такой прямолинейный ответ дать нельзя, т.к. мы видели, что для возникновения информационной обязанности нужно совпадение материального и психологического элементов, и в случае, если значение запрашиваемой информации для контрагента становится очевидным, то при знании запрашиваемой информации, адресат запроса становится обязанным раскрыть данную информацию¹⁴⁶.

¹⁴³ M. Fabre-Magnan. Op. cit., P. 375.^[11]_{SEP}

¹⁴⁴ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 4 juillet 1989, 88-12.779

¹⁴⁵ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 15 juin 1976, 74-12.985

¹⁴⁶ M. Fabre-Magnan. Op. cit., P. 377.

Итак, рассмотрев информационные обязанности в контексте французского правопорядка, теперь следует перейти к германскому правопорядку с целью обзора текущего состояния германской доктрины и практики, а также наблюдения сходств и различий.

1.2. Германский правопорядок

1.2.1. Источники возникновения информационных обязанностей.

В германском праве не составляет труда найти традиционные правовые источники возникновения информационных обязанностей¹⁴⁷.

Во-первых, очевидно, что таким источником может быть тот или иной нормативно-правовой акт, предусматривающий специальные условия возникновения информационных обязанностей и правила их регулирующие¹⁴⁸. Например, до 2011 года в связи с Германским гражданским уложением (далее- ГГУ) действовал специальный акт («Положение об обязанности информирования и подтверждения в соответствии с гражданским законодательством»- BGB-InfoV), посвященный информационному взаимодействию между коммерсантами и потребителями в сфере дистанционных договоров, таймшеринга, договоров в области электронной коммерции, туристской деятельности, а также содержащий ряд информационных требований к кредитным организациям¹⁴⁹.

Во-вторых, обязанность информирования может специально не предусматриваться, но как бы предполагается в качестве возможного негативного условия возникновения определенных последствий в контексте правил о заблуждении (§ 119 ГГУ), обмане (§ 123 ГГУ) или правил возложения ответственности за неосторожное поведение на преддоговорной стадии (*culpa in*

¹⁴⁷ MüKoBGB/Krüger, 8. Aufl. 2019, BGB § 260 Rn. 1.

¹⁴⁸ § 260 BGB; § 402 BGB; § 469 BGB; § 666 BGB; § 681 BGB; § 1605 I BGB; § 1698 BGB; § 1799 BGB; § 2027 BGB; § 2218 BGB; § 3 II FernUSG; § 31 II WpHG; § 51a GmbHG; § 131 AktG; § 26 Abs. 4 UrhG; § 166 Abs. 1 HGB; § 10 UmweltHG и т.д.

¹⁴⁹ Данный акт окончательно был отменен 30 июня 2018 г. и теперь полноценные правила информационного взаимодействия в соответствующих сферах можно найти в ст. 242-251 Вступительного акта Германии к ГГУ (EGBGB). Volker Züllighoven. Verbraucherschutz durch Informationspflichten im Wettbewerbsrecht: Am Beispiel der Irreführung durch Unterlassen. 2010. S. 37.

contrahendo), повлекшее за собой нарушение доверия, и как следствие, убытки контрагента (§ 241 II, § 280 I, § 311 II и III ГГУ)¹⁵⁰.

В-третьих, в самом договоре в качестве его основного предмета может быть предусмотрена передача соответствующей информации, например, договор об оказании информационных, консультационных услуг.

В-четвертых, договором также могут быть предусмотрены дополнительные обязанности, связанные с предметом договора и направленные на передачу информации¹⁵¹.

В большинстве случаев, как правило, не будут актуальными вопросы условий возникновения, содержания информационных обязательств, пределов, способов исполнения и ответственности за неисполнения или ненадлежащее исполнение. Соответствующая регламентация либо предусмотрена договором, либо может восполняться императивными и/или диспозитивными нормами соответствующего правового акта.

Иного рода проблема возникает тогда, когда суд констатирует наличие нарушенной информационной обязанности, при этом ни в законе, ни в договоре не прослеживаются явные следы данной обязанности.

Такая ситуация примечательна еще и тем обстоятельством, что германскому суду всегда требуется ссылка на ту или иную норму права в судебном правоприменении. Соответственно, в случаях обнаружения неписанных информационных обязанностей суду также требуется правовое обоснование, в основу которого может быть положен такой фундаментальный принцип германского права как принцип добросовестности (Treu und Glauben)¹⁵².

¹⁵⁰ Однако, сразу отметим, если смотреть на информационные обязанности только через призму, например, норм об оспаривании или *culpa in contrahendo*, то исследование будет носить фрагментарный и малополезный характер. В самих указанных нормах нет критериев раскрытия информации. Более того, простое наблюдение за поведением разумных участников оборота свидетельствует, что зачастую раскрытие информации будет вызвано не стремлением исполнить якобы имеющуюся обязанность, а потребностью избежать губительных последствий для «жизни» выгодной лицу сделки в виде, например, ее оспаривания по заблуждению. См. Gebhard M. Rehm. *Aufklärungspflichten im Vertragsrecht*. 2003. S. 7; *Bürgerliches Gesetzbuch / O. Palandt*. 73. Aufl. München: Beck, 2014. § 241, Rn. 7.

¹⁵¹ Stephan Breidenbach. *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluss*. 1989. S. 1.

¹⁵² «Однако, как ни странно, именно в этой общности мы находим первый ключ к разгадке важности данного параграфа. Ведь его безвкусица позволила ему стать той опорой, на которую можно навешивать многочисленные

1.2.2. Принцип добросовестности (Treu und Glauben)

Согласно § 242 ГГУ должник обязан осуществлять исполнение добросовестно, как этого требуют обычаи оборота¹⁵³.

На первый взгляд § 242 ГГУ выглядит как общее положение обязательственного права, регулирующее способы исполнения, как, например, §§ 243, 269, 271 ГГУ, и при этом ссылающееся на коммерческий обычай, как это схожим образом указано в § 346 Торгового кодекса Германии (HGB). Однако, по мере развития доктрины и практики стало очевидно, что § 242 ГГУ, который формально относится только к существующему обязательству и только в отношении должника, в действительности не может применяться таким буквальным образом. Фактически, содержание и значение заключенного в нем принципа добросовестности существенно расширено в сравнении с его текстуальным внешним выражением, далеко выступая за пределы как вопросов исполнения обязательства в частности, так и материнской отрасли права в целом¹⁵⁴.

В настоящее время принцип добросовестности работает как «аварийный клапан» для снятия напряжения между писаным правом и фактическими обстоятельствами дела, которые нельзя игнорировать. Он направлен на закрытие пробелов и устранение строгости норм с точки зрения неправовых социально-этических ценностей. В этом отношении принцип добросовестности, который в той или иной контексте выражен не только в § 242, но и в §§ 138, 157, 162, 307, 320 и 815¹⁵⁵, можно назвать своего рода точкой перехода (мостиком) к

ценностные решения немецких судов, приобретая тем самым легитимность в глазах юристов, привыкших обосновывать свои решения ссылками на письменный юридический текст». Цит. по: Basil Markesinis, Hannes Unberth and Angus Johnston. *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*. 2006. P. 120
Grobecker Wolfgang. *Implied terms und Treu und Glauben: Vertragsergänzung im englischen Recht in rechtsvergleichender Perspektive*.- Berlin:Duncker und Humblot. 1999. S. 166.

¹⁵³ Гражданское уложение Германии: Вводный закон к Гражданскому уложению» (пер. с нем.; введ. сост. В. Бергманн; научн. ред. Т.Ф. Яковлева; 4-е изд., перераб.). – М.: Инфотропик Медиа, 2015. С. 63.

¹⁵⁴ MüKoBGB/Schubert, 8. Aufl. 2019, BGB § 242 Rn. 87.

¹⁵⁵ В последующем изложении, часто ссылаясь на § 242 ГГУ, как нормативную основу принципа добросовестности нельзя не отметить некоторую условность такой ссылки, т.к. нет доказательств того, что разработчики ГГУ действительно планировали функциональное разделение, например, § 157 и § 242 ГГУ. Изначально первый проект ГГУ (§ 359 E I) содержал одну общую оговорку о том, что договор обязывает договаривающуюся сторону к тому, что вытекает из положений и характера договора в соответствии с законом и обычаем со ссылкой на добросовестность. См.: Marietta Auer. *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit*. 2005. P. 104; Wolfgang. *Op. cit.* P. 165; Reinhard Zimmermann, Simon Whittaker. *Good Faith in European Contract Law*. 2000. P. 19; Нам. К.В. Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук «Принцип

регуляторам и ценностям более высокого уровня: Основному закону и правам человека¹⁵⁶.

Принцип добросовестности идеально подходит для этой роли по причине абстрактности своего содержания, что заставляет правоприменителя оперировать теми или иными ценностными категориями¹⁵⁷. Как следствие, отсутствие жесткого и заранее определенного содержания принципа добросовестности, выраженного в § 242 ГГУ, позволяет праву развиваться, своевременно отражая социально-экономические изменения даже без соответствующей коррекции буквы закона¹⁵⁸. Как метко указано в литературе, принцип добросовестности «доминирует над всей правовой жизнью»¹⁵⁹.

И все равно нельзя не признать, что при таком подходе очень сложно говорить о каком-то конкретном содержании принципа добросовестности, пригодном для стороннего практического обозрения¹⁶⁰. Полезной в этом смысле является правовая казуистика, позволившая развивать право со ссылкой на соответствующий параграф ГГУ (например, § 242 ГГУ) в решениях высших судебных инстанций.

Последовательное накопление и систематизация правоприменительной практики постепенно привели к кристаллизации юридического содержания принципа добросовестности, что благоприятно повлияло на решение проблемы определенности права, т.е. повысило предсказуемость правового регулирования общественных отношений и в целом дальнейшего правового развития.

При этом сразу нужно сделать оговорку, что в немецкой правовой традиции понятие *Treu und Glauben*¹⁶¹ принято отличать от понятия *guten*

добросовестности. Основы теории и правоприменения в контексте немецкого правового опыта». М. 2021 С. 41-42.

¹⁵⁶ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (далее – GG); Zimmermann, Whittaker. Op. cit. P. 23.

¹⁵⁷ «Является существенной связующей нитью между (писаным) и (неписаным) правом» Цит. по: Stefan Purner, Principle of Good Faith in German Case-Law, 25 Zb. Prav. Fak. Sveuc. Rij. 247, 264 (2004) P. 259

¹⁵⁸ Basil Markesinis, Hannes Unberth. The german law of tort. A comparative treatise. Hart publishing. 2002. P. 31.

¹⁵⁹ Joseph Beautridge. Understanding Good Faith in the Context of Contractual Performance. Lessons to learn from the German System. AGLJ Vol. 2 2016. P. 41.

¹⁶⁰ Erman, BGB, 12. Auflage. Schmidt, Otto. 2008. § 242. Rn. 5.

¹⁶¹ Сочетание слов «Treu und Glauben» (надежность и доверие) является исторически выработанной так называемой парной формулой, компоненты в некоторой степени являются синонимами. MüKoBGB/Schubert BGB § 242 Rn. 8. См. более подробно Нам. К.В. Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических

Glauben, которое касается субъективных знаний участника оборота в сфере юридически значимых фактов¹⁶². Treu und Glauben часто понимается как стандарт, вытекающий из внеправовых социальных императивов¹⁶³. Добросовестность в этом смысле направлена на защиту обоснованного доверия контрагента и учет его интересов, заслуживающих защиты, с точки зрения актуальных на данный момент социальных и этических ценностей.

Учет интересов другой стороны можно показать на примере толкования договора (§ 157 BGB). В этом смысле условия договора нужно понимать так, чтобы они не давали одностороннего преимущества только одной стороне, а позволяли бы учитывать интересы и ее контрагента, что достигается посредством всестороннего взвешивания интересов участвующих сторон. В качестве примера реакции на недостаточный учет заслуживающих защиты интересов другой стороны, можно привести способ толкования договорных положений в невыгодном свете для той стороны, которая разработала соответствующие положения (*interpretatio contra proferentem*)¹⁶⁴.

Всестороннее взвешивание интересов участников правоотношений на основе принципа добросовестности направлено на достижение баланса интересов¹⁶⁵. Те или иные интересы в принципе могут занять законное место, даже если они не защищены конкретным законом, если суд сочтет это необходимым. Достижение между сторонами баланса интересов при том, что в обороте естественным образом присутствует конкуренция противоположных интересов требует ответа на вопрос, в какой степени соответствующая сторона должна подчинять свои интересы потенциально мыслимым противоположным интересам. Ответить на данный вопрос и тем самым найти равновесную точку можно, принимая во внимание следующее:

наук «Принцип добросовестности. Основы теории и правоприменения в контексте немецкого правового опыта». М. 2021. С. 30.

¹⁶² Zimmermann, Whittaker. Op. cit. P. 30. § 122 II BGB; § 932 II BGB; § 15 I HGB; Art. 17 WG.

¹⁶³ Нам. К.В. Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук «Принцип добросовестности. Основы теории и правоприменения в контексте немецкого правового опыта». М. 2021. С. 56

¹⁶⁴ § 305c II BGB; MüKoBGB/Busche BGB § 157 Rn. 8.

¹⁶⁵ Palandt, BGB 73. Auflage 2014. § 242 Rn. 7; Purner. S. Op. cit. P. 256.

1. Субъективный элемент. Вопрос вины той или иной стороны рассматриваемых судом правоотношений не всегда, но как правило должен приниматься во внимание при оценке значимости соответствующих интересов. Например, в случае злоупотребления правами в связке с умышленными действиями правообладателя, было бы странно не учитывать категорию вины. Защита законных ожиданий требует доброй воли защищаемого лица¹⁶⁶. То же самое справедливо и для ответчика, который может защититься от последствий недостатка в титуле отчуждателя только в случае, если он не знал о реальном положении дел не по своей вине¹⁶⁷. В этом смысле очевидна фундаментальная близость принципа добросовестности и категории доверия. На примере доктрины недопустимости нарушающего доверие контрагента противоречивого поведения (*venire contra factum proprium*) видно, что противоречивое поведение одной стороны становится менее ценным в глазах суда при взвешивании конфликтующих интересов, чем поведение обоснованно доверившейся контрагенту другой стороны¹⁶⁸. Правда, само по себе противоречивое поведение не имеет заранее определенной негативной окраски: например, если «пострадавшее» лицо не понесло никаких экономических потерь или оно в действительности не полагалось на предыдущее противоречивое поведение своего контрагента¹⁶⁹. В этом смысле нужно заметить, что субъективный элемент включен во всеобъемлющее взвешивание конфликтующих интересов. Он, конечно, значительный, однако, не является обязательным и не имеет исключительно решающего значения¹⁷⁰.

2. Публичные интересы и интересы третьих лиц. Указанные аспекты могут приниматься в расчет при взвешивании противоположных интересов сторон и определении баланса между ними. Публичные интересы или интересы третьих

¹⁶⁶ MüKoBGB/Schubert BGB § 242 Rn. 50.

¹⁶⁷ BGH NJW 1961, 777. Здесь и далее судебные акты германской практики приводятся с использованием интернет ресурса <https://beck-online.beck.de/>, если не сказано об ином.

¹⁶⁸ BGH NJW 1967, 1364.

¹⁶⁹ BGHZ 204, 145.

¹⁷⁰ Добросовестность и вина не всегда связаны. Например, в случае неприемлемости исполнения для должника (так называемая корректирующая функция принципа добросовестности) вопрос вины кредитора может вообще не подниматься. См. подробнее Нам. К.В. Принцип добросовестности: развитие, система, проблемы теории и практики. - Москва: Статут, 2019. С. 92-104.

лиц могут вступать в противоречие с теми правовыми последствиями, которые были бы получены при взвешивании интересов непосредственно вовлеченных в отношении сторон. В виду указанного обстоятельства сфера применения принципа добросовестности заметно расширяется¹⁷¹.

3. Основные права, зафиксированные в конституционном праве. При взвешивании конкурирующих интересов участников правоотношения суд должен принимать во внимание конституционные ценности, выраженные в основных правах¹⁷². Идеи и ценности, зафиксированные в Основном законе, представляют собой тот необходимый базис, который влияет на принятие решений в том числе в сфере частного права.

Оставляя в стороне историко-политические причины принятия Основного закона, укажем лишь, что основные права (Grundrechte), зафиксированные в Art. 1-19 GG принципиально направлены на защиту гражданина в его различных отношениях с государством¹⁷³ и поэтому адресатом основным прав является именно государство (Art. 1 III GG).¹⁷⁴ В этом смысле возникает вопрос, как они могут регулировать отношения между отдельными лицами? Ответом является решение проблемы *Drittwirkung der Grundrechte*. Надо сказать, что некоторое время, например, *Bundesarbeitsgericht* (далее BAGE) высказывался за прямое действие основных прав человека.¹⁷⁵ Однако, Конституционный суд Германии (далее BVerfG) в знаменитом деле *Lüth* 15.01.1958 г. впервые решительно выступил за теорию косвенного влияния основных прав на частное право (*mittelbare Drittwirkung der Grundrechte*)¹⁷⁶. В соответствие с данной правовой позицией основные права образуют объективную систему ценностей, которые имеют косвенное влияние на частное право посредством таких общих понятий,

¹⁷¹ MüKoBGB/Schubert BGB § 242 Rn. 52; MüKoBGB/Schubert BGB § 242 Rn. 212, 213.

¹⁷² BVerfGE 7, 198.

¹⁷³ За исключением Art. 9 III GG, в соответствие с которой право на создание обществ по охране и улучшению условий труда и материального положения принадлежит каждому человеку и гарантировано для всех профессий. Соглашения, которые ограничивают это право или направлены на то, чтобы воспрепятствовать его осуществлению, являются недействительными, и меры, направленные на это, являются незаконными.

¹⁷⁴ Art. 1 III GG: Следующие основные права связывают законодательство, исполнительную и судебную власть как непосредственно применяемое право.

¹⁷⁵ BAGE 4, 240. Наемные работники имеют конституционные права на свободу слова в отношении работодателей. См. также BAGE 1 258; BAGE 4, 274.

¹⁷⁶ BVerfGE 7, 198

как например, *Treu und Glauben* (§ 242 ГГУ) или *Sittenwidrigkeit* (§ 138 ГГУ). Таким образом, судья, разрешая конкретный частноправовой спор и взвешивая конкурирующие интересы, должен оценивать влияние основных прав посредством применения общих положений (принципов) частного права. Это соответствует традиционному прецедентному праву ВГН и BVerfG¹⁷⁷. В этом смысле противоречащие друг другу частноправовые позиции должны быть сбалансированы таким образом, чтобы каждая сторона с точки зрения основных прав, могла реализовать свои гражданские права в максимально возможной степени (практическая согласованность- *praktische Konkordanz*)¹⁷⁸. При этом влияние основных прав на частное право все равно рассматривается в контексте обязанности государства (в лице судьи) по их защите¹⁷⁹. И в практическом применении результат влияния основных прав в конечном счете зависит от приоритета, придаваемого конституционным ценностям в конкретном рассматриваемом деле¹⁸⁰.

4. Европейская конвенция о правах человека. Конвенция предоставляет участникам оборота права по отношению к государству, а не между собой. При этом в любом случае все государственные органы в государствах-членах (и суды в том числе) обязаны соблюдать положения Конвенции¹⁸¹. При отправлении правосудия по конкретному гражданскому делу суд обязан учитывать как

¹⁷⁷ BVerfGE 7, 198; BVerfGE 25, 256; BVerfGE 81, 242; BVerfGE 89, 214; BVerfGE 97, 169; BVerfGE 102, 347; MüKoBGB/Schubert BGB § 242 Rn. 53.

¹⁷⁸ BVerfGE 89, 214; BVerfG NJW 2018, 1667.

¹⁷⁹ Basil Markesinis, Hannes Unberth. *The German law of tort. A comparative treatise.* Hart publishing. 2002. P. 29; Breidenbach S. Op. cit. P. 24; Palandt, BGB 73. Auflage 2014. § 242. Rn. 11.

¹⁸⁰ Любопытные мысли можно найти в п. 39-41 одного из решений Конституционного суда BVerfGE 34, 269: «Иногда право можно найти вне позитивных правовых норм, установленных государством. Такое право исходит из всего конституционного порядка и имеет своей целью “исправление” писаного права (закона). Именно судья должен “открыть” это право и посредством своих решений придать ему силу. Основной закон не ограничивает применение судьями исключительно законов в их буквальном смысле при вынесении решений по делам, находящимся на их рассмотрении. Такой подход предполагает базовую полноту законных норм, которая недостижима на практике. Решение суда может способствовать реализации таких внеправовых ценностей, воплощению их в жизнь”. При этом как справедливо отмечается авторами, “сегодня нам до сих пор не удалось найти волшебную формулу, которая бы определила линию, которая должна быть проведена между тем, что можно правильно классифицировать как “толкование”, и тем, что обычно называют “судебным развитием” закона”. Zimmermann, Whittaker. Op. cit. P. 22.

¹⁸¹ MüKoBGB / Schubert BGB § 242. Rn. 75, 76.

положения Конвенции в целом, так и правоприменительную практику ЕСПЧ в частности¹⁸².

1.2.3. Функции и правовые последствия применения принципа добросовестности

На данный момент уже бесспорно, что § 242 ГГУ имеет в действующем германском праве значение, выходящее далеко за рамки его буквального смысла и намерений законодателя. Например, принцип добросовестности фактически стал действенным инструментом судебного развития права¹⁸³, на что неоднократно обращал внимание BVerfG, указывая, что суд обязан «выводить материальное право из общих правовых основ с признанными методами правосудия в случае недостаточности правовых норм»¹⁸⁴.

С точки зрения стороннего наблюдателя можно заметить, что в судебной практике принято основывать свое решение ссылкой на § 242 ГГУ тогда, когда решение данного дела не может быть основано на правовых механизмах, изложенных в других положениях. При этом дело не только в стремлении суда восполнить регуляторные пробелы, но и, например, в иногда возникающей потребности внести необходимые коррективы в правоприменение действующего закона, независимо от того, содержит ли он диспозитивные или императивные нормы. В этом смысле правосудие на основании принципа добросовестности характеризуется в том числе решением, ориентированным на индивидуальный случай и неучтенные законом или договором интересы: так сказать «правосудия в каждом конкретном случае».¹⁸⁵

Таким образом, § 242 ГГУ позволяет учитывать индивидуальные особенности рассматриваемого дела в сравнении с более абстрактными гипотезами стандартных норм объективного права. При этом, как уже было

¹⁸² Постоянный тренд, выражающийся в гармонизации европейского частного права, приводит к все большему и большему расширению обязанности информирования под воздействием принципа добросовестности. Züllighoven V. Op. cit. P. 36.

¹⁸³ Wolfgang G. Op. cit. P. 166-168; Basil Markesinis, Hannes Unberth and Angus Johnston. The German Law of Contract. A Comparative Treatise. 2006. P. 120; MüKoBGB/Schubert BGB § 242 Rn. 22-27.

¹⁸⁴ BVerfG NJW 1991, 2549 (2550).

¹⁸⁵ Например, BAG NJW 2005, 775 (778). Basil Markesinis, Hannes Unberth and Angus Johnston. The German Law of Contract. A Comparative Treatise. 2006. P. 122.

указано выше, § 242 ГГУ является важным "каналом" для использования ценностей более высокого порядка в частноправовых спорах¹⁸⁶.

Право, которое создается в результате судебного развития закона, становится определяющим элементом его дальнейшего развития. Таким образом, каждое оригинальное судебное решение является вкладом в текущее развитие права. После того, как судебная практика закрепляется, она становится эталоном, который стабилизирует развитие права на данный момент времени и по определенному кругу дел.¹⁸⁷

В целом же дальнейшее развитие права под влиянием принципа добросовестности влечет за собой определенный круг типичных правовых последствий:

а) Дополнение и конкретизация обязательств (Begründung und Konkretisierung von Pflichten)

В рамках существующих договорных отношений применение принципа добросовестности может приводить к уточнению основных субъективных обязанностей. Классическим в этом смысле примером может считаться проблема конкретизации времени или способа исполнения обязательства, если в самом договоре спорное обстоятельство оказалось не урегулировано¹⁸⁸.

В дореформенной период § 242 ГГУ служил основой для дополнения сложившихся отношений различного вида вторичными обязанностями, например, защитными обязанностями (Schutzpflichten). Теперь их обоснование строится на § 241 абз. 2, § 311 абз. 2 и 3 ГГУ.¹⁸⁹ С другой стороны, не все вторичные обязанности переместились в новые положения обновленного ГГУ. Как мы увидим далее, некоторые обязанности по предоставлению информации (Auskunftspflichten), а именно, направленные на обеспечение исполнения основных обязательств, по-прежнему основываются на § 242¹⁹⁰.

б) Ограничение прав (Beschränkung von Rechten)

¹⁸⁶ MüKoBGB / Schubert BGB § 242. Rn. 23

¹⁸⁷ BGH NJW 1993, 3323 (3325 f.).

¹⁸⁸ Wolfgang G. Op. cit. P. 169.

¹⁸⁹ Что довольно спорно. Erman, BGB, 12. Auflage. Schmidt, Otto. 2008. § 242. Rn. 20.

¹⁹⁰ BGHZ 185, 83; BGHZ 204, 172; BGH VersR 2016, 1236.

Формально обоснованное осуществление прав может приводить к неприемлемым результатам, которые вызываются столкновением с конкурирующими правами и законными интересами, учитывать которые необходимо с точки зрения действия принципа добросовестности. В этом смысле § 242 ГГУ идеально подходит для ограничения осуществления существующих прав, тем самым играя роль своего рода внутреннего барьера. Ограничение может заключаться, например, в том, что право не может быть осуществлено или принудительно реализовано определенным образом, несмотря на положения договора или закона¹⁹¹.

в) Предоставление прав (Gewährung von Rechten)

Использование принципа добросовестности может привести к созданию новых прав или расширению юридического содержания прежних. В этом смысле то преимущество, которое таким образом получает одна сторона, неизбежно корреспондирует встречному ограничению прав или наложению соответствующих обязанностей на другую сторону.¹⁹²

г) Коррекция частной автономии (Materielle Schranken der Privatautonomie)

При определенных обстоятельствах права и обязанности сторон могут быть подвержены корректировке, а бремя несения последствий срабатывания соответствующих рисков перераспределяется между сторонами с помощью принципа добросовестности путем взвешивания конфликтующих интересов и нахождения необходимого баланса (например, § 313)¹⁹³. При этом действует принцип наименее возможного вмешательства и наименьшего отклонения от правовых последствий, которые должны были возникнуть сами по себе. Поэтому отклонение от предусмотренных прав и обязанностей допускается только в той мере, в какой это необходимо для учета интересов, подлежащих защите, без несоразмерного ущерба конфликтующим интересам.

¹⁹¹ Zimmermann, Whittaker. Op. cit. P. 24.

¹⁹² BGHZ 124, 321 (324).

¹⁹³ Zimmermann, Whittaker. Op. cit. P. 25.

Принцип добросовестности, не имея полноценного содержания, в практическом смысле представляет собой как бы открытую норму, конкретное наполнение которой возможно только путем ее практического применения.¹⁹⁴ Это является причиной разработки внутренней системы § 242, основанной на прежней судебной практике, при этом ориентирующей суды при принятии решений по новым делам¹⁹⁵. В тесном сотрудничестве доктрины и практики Федеральный Верховный суд Германии разработал и классифицировал различные сферы применения принципа добросовестности, упорядочив их по типичным группам дел (Fallgruppen)¹⁹⁶. Разделение на функциональные группы основано на правовых последствиях типичных для соответствующего функционального проявления принципа добросовестности. Соответственно, для упорядочения групп дел § 242, было установлено деление на три или четыре функциональные группы. Эти группы касаются: способа исполнения (так называемая функция конкретизации), возникновения вторичных обязательств (так называемая дополняющая функция), злоупотребления правами или недопустимого осуществления прав (так называемая ограничительная функция), контроля за содержанием сделок в целях ограничения частной автономии (так называемая коррекционная функция)¹⁹⁷.

В итоге создается последовательная и согласованная система типовых положений и оценочных аспектов различных уровней абстракции, которая позволит пользователю нормативного материала правильно классифицировать конкретный разбираемый случай, сравнивая его с сопоставимыми составами, что приведет к предсказуемому решению.¹⁹⁸

¹⁹⁴ Zimmermann, Whittaker. Op. cit. P. 31

¹⁹⁵ Jack Beatson and Daniel Friedman. Good Faith and Fault in Contract Law. 2002. P. 171.

¹⁹⁶ Zimmermann, Whittaker. Op. cit. P. 23; Нам. К.В. Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук «Принцип добросовестности. Основы теории и правоприменения в контексте немецкого правового опыта». М. 2021. С. 104.

¹⁹⁷ Количество указанных групп и их наименование может быть предметом дискуссии, что по сути не имеет научной ценности и поэтому остается без нашего внимания.

¹⁹⁸ Справедливости ради стоит отметить, что многогранность принципа добросовестности в его возможных практических проявлениях приводит к вариативности взгляда на его функциональную сферу. Это обстоятельство не может приводить к конкуренции подходов, выделяя какой-то из них как правильный, а другие как неправильные. Скорее это указывает на различные точки приложения взглядов исследователей, что только обогащает общую доктрину добросовестности. Например, встречается подход, согласно которому добросовестность выполняет три основные функции: 1) она служит правовой основой судебного развития права,

В контексте нашего исследования наибольшую ценность представляет дополняющая функция принципа добросовестности, применение которой приводит к появлению различного вида вспомогательных обязанностей¹⁹⁹.

1.2.4. Вспомогательные обязанности

Изначально законодатель не предусматривал какие-либо вспомогательные обязанности, сопутствующие и дополняющие основные обязанности по предоставлению. Формулировка § 242 ГГУ, как мы видели, изначально касалась исключительно характера исполнения обязательства должником. Постепенные изменения, происходившие в германском частном праве на протяжении более чем 100 лет, привели к появлению и глубокой разработке системы вспомогательных обязанностей, которые находятся на разной степени взаимодействия с основными обязанностями по договору²⁰⁰.

Несмотря на скупое буквальное содержание § 242 должник обязан сделать все, что в его силах, чтобы обеспечить реализацию законного интереса кредитора и сохранение результата посредством применения принципа добросовестности. В этом смысле принцип добросовестности неизбежно приводит в том числе к судебному уточнению и даже расширению основной обязанности должника по договорному предоставлению²⁰¹. С другой стороны, кредитор в обязательстве не может оставаться безучастным, и поэтому принцип добросовестности предполагает, что и кредитор тоже будет способствовать реализации своего интереса в исполнении обязательства.²⁰² Поэтому не только на должника, но и на кредитора исполняемого обязательства могут распространяться дополнительные обязанности, предполагающие, например, некую координацию и

2) она составляет основу правовой защиты в делах частного права и 3) обеспечивает нормативную основу для перераспределения рисков в договорном праве. Beatson J., Friedman D. Op. cit. P. 171. См. также Purner S. Op. cit. P. 250; Нам. К.В. Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук «Принцип добросовестности. Основы теории и правоприменения в контексте немецкого правового опыта». М. 2021 С. 105.

¹⁹⁹ Zimmermann, Whittaker. Op. cit. P. 24.

²⁰⁰ Beatson J., Friedman D. Op. cit. P. 177; Cremades, Bernardo M. Good Faith in International Arbitration. American University International Law Review 27 №. 4. 2012. P. 773.

²⁰¹ Wolfgang G. Op. cit. P.167.

²⁰² BGH NJW 2007, 3777.

сотрудничество.²⁰³ Таким образом, изначально вспомогательные обязанности развивались под крылом § 242 ГГУ, что в конечном счете привело к формированию достаточно разработанного комплекса обязанностей, из которых в процессе реформы законодатель выделил группу так называемых защитных обязанностей (Schutzpflichten)²⁰⁴.

В ходе реформы ГГУ 2002 года давно признанные в доктрине и практике обязанности по защите были закреплены в общих нормах обязательственного права.²⁰⁵ В § 241 II ГГУ указано, что «в соответствии с содержанием обязательства каждая из сторон может быть обязана учитывать права, правовые блага и интересы другой стороны»²⁰⁶. Данное положение дополняется § 311 абз. 2 и абз. 3, который распространяет защитные обязательства за пределы установленных договорных отношений. При этом § 241 ГГУ по-прежнему регулирует только обязанности по предоставлению, в то время как вспомогательные обязанности, теперь основываться либо на § 241 II ГГУ, либо на общем положении § 242 ГГУ.

Сразу следует отметить, что после реформы ГГУ вопросы дифференциации вспомогательных обязанностей, их нормативного распределения являются довольно запутанными и не до конца ясными даже для немецких юристов. В результате образовался целый пучок обязанностей (Aufld-, Beratgs-, Ausk-, Anzeige-, Mitwirken-, Unterlassungs-, Fürsorge-, Obhuts- und SchutzPfl), которые частично относятся к § 241 I и частично к § 241 II.²⁰⁷

По этой причине, а также в силу иной содержательной направленности настоящего исследования, мы не ставим перед собой цели сколько-нибудь полноценно исследовать сущность, виды и взаимное влияние вспомогательных обязательств и не претендуем на терминологическую чистоту.

²⁰³ BGH NJW-RR 2011, 89.

²⁰⁴ MüKoBGB/Schubert BGB § 242 Rn. 172

²⁰⁵ Erman, BGB, 12. Auflage. Schmidt, Otto. 2008. § 241. Rn. 1.

²⁰⁶ Гражданское уложение Германии: Вводный закон к Гражданскому уложению» (пер. с нем.; введ. сост. В. Бергманн; научн. ред. Т.Ф. Яковлева; 4-е изд., перераб.). – М.: Инфотропик Медиа, 2015. С. 63.

²⁰⁷ Palandt, BGB 73. Auflage 2014. § 242. Rn. 23.

1.2.5. Отдельные аспекты дифференциации обязанностей

Обязанности по предоставлению (Leistungspflichten), подразумеваемые в § 241 ГГУ, не являются цельными. В действительности их можно представить как некую категорию, разделенную на виды: основные (Hauptleistungspflichten) и дополнительные (Nebenleistungspflichten), первичные и вторичные (Primäre und sekundäre Leistungspflichten) и т.д.²⁰⁸.

Основные обязанности предполагают предоставление задолженного, т.е. того, на что была направлена воля сторон, вступивших в относительную правовую связь (например, передать определенный предмет во временное пользование), в то время как дополнительные обязанности, не определяя тип договора, носят обслуживающий характер, связанный с обеспечением основного предоставления (например, обязанность продавца хранить подлежащую передаче проданную вещь)²⁰⁹.

И те и другие потенциально мыслимы в качестве первичных обязанностей, от которых следует отделять вторичные обязанности, которые возникают позже в качестве определенного результата развития первичных обязанностей. Например, в случае нарушения обязательства, возникает новая (вторичная) обязанность по предоставлению, которая направлена на возмещение убытков. Такая обязанность может либо заменить нарушенную первичную обязанность по предоставлению (например, § 280 III, §§ 281, 282, 283 ГГУ или § 311a II ГГУ), либо стать дополнительной в том смысле, что она существует наряду с сохранившейся первичной обязанностью (например, требование о возмещении убытков в случае просрочки предоставления: § 280 II и § 286 ГГУ). Кроме того, к вторичным обязанностям относятся не только обязанности по возмещению убытков, но и так называемые ликвидационные обязанности²¹⁰, возникающие после расторжения договора и направленные на достижение эквивалентности, и

²⁰⁸ Егоров А.В. Структура обязательственного отношения: наработки германской доктрины и их применимость в России / Вестник гражданского права. 2011. Т.11. № 3. С. 241- 274.

²⁰⁹ Palandt, BGB 73. Auflage 2014. § 241 Rn. 11; Erman, BGB, 12. Auflage. Schmidt, Otto. 2008. § 242. Rn. 8.

²¹⁰ Егоров А.В. Указ. соч. С. 241- 274.

приведение сторон в status quo: например, обязанность вернуть вещь после прекращения договора аренды.

От указанных видов обязанностей по предоставлению следует отличать вспомогательные обязанности поведенческого свойства, которые не направлены непосредственно на предоставление в смысле § 241 I ГГУ, но рассчитаны на удовлетворение других интересов кредитора²¹¹. К ним относятся прежде всего обязанности по защите, лояльности, сотрудничеству и предоставлению информации²¹².

1.2.6. Вспомогательные поведенческие обязанности (Verhaltenspflichten)

Происхождение вспомогательных обязанностей традиционно связывают с именами Хьюго Кресса и Генриха Штолля (Hugo Kress und Heinrich Stoll)²¹³, которые в начале XX в. поместили защитные обязанности в отдельную категорию и привели аргументацию, обосновывающую указанное выделение. Надо сказать, что имеется некоторая сложность в понимании точного объема обязанностей, охватываемых новым § 241 II ГГУ. Буквальное толкование текста данного абзаца не дает основания полагать, что законодатель имел в виду только защитные обязанности. Правда, данный вопрос носит скорее научный, нежели практический смысл, т.к. идеи, заложенные в основании данной новеллы, проистекали из практики применения § 242 ГГУ и в этом смысле не претерпели никаких изменений²¹⁴.

Вспомогательные обязанности могут встречаться в различных договорных типах и какой-либо предопределенности в этом смысле нет²¹⁵. Интенсивность и содержание данных обязанностей зависят от характера конкретной относительной связи между соответствующими лицами, обстоятельств

²¹¹ Peter Winkler von Mohrenfels. Abgeleitete Informationsleistungspflichten im deutschen Zivilrecht. 1986. S.19; Breidenbach S. Op. cit. P. 1.

²¹² Beatson J., Friedman D. Op. cit. P. 177; Wolfgang G. Op. cit. P. 169;

²¹³ Pohlmann, André. Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten. Berlin. Duncker & Humblot André Pohlmann. 2002. P. 22. MüKoBGB/Bachmann BGB § 241 Rn. 48.

²¹⁴ Подробнее о мотивах выделения защитных обязанностей смотрите: Нам. К.В. Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук «Принцип добросовестности. Основы теории и правоприменения в контексте немецкого правового опыта». М. 2021 С. 118.

²¹⁵ Erman, BGB, 12. Auflage. Schmidt, Otto. 2008. § 241. Rn. 10.

исполнения, обычаев оборота и требований добросовестности²¹⁶. Под вопросом находится возможность понуждения к исполнению вспомогательных обязанностей, поэтому ответ скорее всего ответ зависит от конкретного вспомогательного обязательства и обстоятельств нарушения²¹⁷.

Вспомогательные обязанности как правило направлены на удовлетворение различных интересов. Так, например, интересам сохранения целостности товаров служит защитная обязанность²¹⁸ в договоре купли-продажи (*Schutzpflicht*)²¹⁹. Причем защитные обязанности могут иметь довольно широкую сферу охвата, возникая (в различных договорных типах) не только на стадии исполнения, но и на преддоговорном этапе взаимодействия сторон, а также после прекращения договора, либо признания его недействительным. При этом значение защитных обязанностей трудно переоценить, т.к., учитывая особенности германского деликтного права, нельзя не признать достоинства защитных обязанностей, направленных на охрану не только классических объектов абсолютных прав (личная и материальная неприкосновенность кредитора, которая не зависит от его заинтересованности в исполнении), но и других имущественных интересов соответствующей стороны²²⁰.

Обязанности сотрудничать (*Mitwirkungspflichten*) довольно разносторонние. При этом очевидная сложность заключается в том, что в отличие от партнерских соглашений, характерной чертой которых является содействие достижению общей цели, в иных договорных типах стороны в первую очередь преследуют свои экономические цели. В этом смысле обязанность сотрудничать в целях достижения цели соглашения *prima facie* должна ограничиваться просто надлежащим выполнением своих обязанностей по предоставлению. Однако, это не так. Обязанность по сотрудничеству выходит за рамки формального исполнения договора и рассматривается в контексте

²¹⁶ BGH NJW 2010, 1135 (1137)

²¹⁷ Beatson J., Friedman D. Op. cit. P. 178

²¹⁸ Georg Müller. Vorvertragliche und vertragliche Informationspflichten nach englischem und deutschem Recht. S. 208; MüKoBGB / Bachmann BGB § 241 Rn. 114-120

²¹⁹ Pohlmann A. Op. Cit. P. 24.

²²⁰ Wolfgang G. Op. cit. P. 181; Breidenbach S. Op. cit. P. 11; Palandt, BGB 73. Auflage 2014. § 242 Rn. 35; BGHZ 196, 340; BGHZ 166, 84.

добросовестности. Нельзя заранее определить, в чем именно будет типично выражаться ожидаемое поведение контрагента, стремящегося исполнить обязанности данного вида. Скорее можно лишь обозначить общие векторы содержательного наполнения подобных обязанностей в зависимости от тех или иных обстоятельств.

Обязанности по сотрудничеству могут быть обнаружены тогда, когда некое препятствие для достижения цели делового контакта (переговоров или исполнения заключенного договора) попадает в зону влияния соответствующей стороны²²¹. Может даже возникнуть состояние зависимости одной стороны, в зону ответственности которой входит некое исполнение в соответствии с условиями обязательства, от другой стороны, которая может разумно оказать помощь первой стороне, особенно если при этом не страдают ее интересы²²².

Довольно актуальны обязанности по сотрудничеству в ситуации заключения сделки, которая, например, требует одобрения или некоего разрешения²²³. В этом случае на первый план выходит обязанность каждой из сторон сделать все, что в ее силах, для обеспечения одобрения сделки соответствующим третьим лицом, и тем более, воздержаться от любого поведения, которое может помешать данному одобрению²²⁴.

На стадии исполнения договора определение сферы охвата обязанностей по сотрудничеству может вызывать некоторые сложности ввиду их функционального пересечения с дополнительными обязанностями по предоставлению, что исключает их рассмотрение в контексте § 241 II ГГУ. Другое дело, если намеченного предоставления будет недостаточно для достижения цели основного обязательства. В этом случае может потребоваться,

²²¹ Wolfgang G. Op. cit. P. 179

²²² BGHZ 174, 61; BGH NJW 2016, 491.

²²³ Если официальное утверждение предоставляется при условии внесения изменений в договор, то стороны могут быть обязаны внести соответствующие изменения в договор: BGHZ 67, 35; если в утверждении отказано, то может возникнуть обязанность опять таки внести изменения в договор, повторить сделку по исполнению или заключить новую: BGHZ 38, 149; BGH также считает, что обе стороны в соответствии с § 242 BGB обязаны сотрудничать при замене нотариуса, если первоначально заказанный нотариус оказался ненадежным: BGHZ 87, 165.

²²⁴ BGHZ 67, 34.

чтобы соответствующая сторона приложила дополнительные усилия в соответствии с § 241 II ГГУ²²⁵.

Обязанность по обеспечению лояльности (*Loyalitätspflicht*) вытекает из § 242 ГГУ²²⁶ и в целом направлена на обеспечение того, чтобы стороны договора воздерживались от каких-либо действий, которые могут поставить под угрозу успех в исполнении договора и достижении его цели.²²⁷ Т.е., соответствующая сторона должна иметь возможность в полной мере получить удовлетворение от договорного предоставления и не сталкиваться с препятствиями в виде чисто буквального исполнения основных обязательств.

При этом важно отметить некоторое функциональное смешение с другими вспомогательными обязанностями²²⁸: в зависимости от характера основного предоставления, обязанность лояльности может иметь различное содержание и выражаться в обязанности по информированию, разъяснению, консультированию, проявлению заботы и даже сотрудничеству либо в воздержании от определенных действий²²⁹. Особую значимость обязанность лояльности приобретает в пост-договорный период в целях обеспечения (закрепления) успеха исполнения²³⁰.

Существуют и другие вспомогательные обязанности, имеющие свою регуляторную область в виде интересов, подлежащих учету, обслуживанию, защите. Их соотношение, иерархия, нормативное обоснование может вызывать споры, что, однако, не входит в предмет нашего исследования²³¹.

²²⁵ BGHZ 174, 61.

²²⁶ Нам. К.В. Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук «Принцип добросовестности. Основы теории и правоприменения в контексте немецкого правового опыта». М. 2021 С. 129

²²⁷ BGHZ 93, 39.

²²⁸ Нам. К.В. Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук «Принцип добросовестности. Основы теории и правоприменения в контексте немецкого правового опыта». М. 2021. С. 241.

²²⁹ Wolfgang G. Op. cit. P. 176

²³⁰ Например, бывший контрагент нарушит принцип добросовестности в виде обязанности лояльности, если будет переманивать клиентуру своего предыдущего контрагента и тем самым ставить под угрозу экономическую базу последнего: BGH NJW 1964, 1621. Или, например, арендодатель обязан терпимо относиться к временному размещению объявления о перемещении медицинской практики арендатора после расторжения договора аренды: RGZ 161, 330, 338.

²³¹ Нам. К.В. Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук «Принцип добросовестности. Основы теории и правоприменения в контексте немецкого правового опыта». М. 2021 С. 119-120.

Единственной релевантной для нас обязанностью, к которой мы последовательно шли начиная с фундаментального базиса в виде принципа добросовестности, является вспомогательная информационная обязанность. Данная обязанность представляется настолько специфической, что вполне свободно могла бы рассматриваться в контексте защитных обязанностей²³², обязанности лояльности²³³, сотрудничества²³⁴; она может иметь проявление на преддоговорной, договорной или пост-договорной стадии²³⁵, размывая тем самым попытку строгой дифференциации вспомогательных обязанностей по тем или иным четким критериям²³⁶.

Учитывая данное обстоятельство, переходим к специальному рассмотрению информационного взаимодействия по германскому частному праву.

1.2.7. Информационные обязанности в составе вспомогательных обязательств

Ключевым вопросом исследования информационных обязанностей является вопрос: когда существует такая обязанность? Однако, ввиду чрезвычайной сложности рассматриваемого вопроса, ответа на него не дали ни законодатель, ни судебная практика, ни доктрина²³⁷. Единственной аксиомой, которая красной нитью проходит через большинство источников по рассматриваемой теме, является утверждение об отсутствии общей обязанности по предоставлению информации ввиду естественного конфликта интересов между соответствующими сторонами²³⁸. Скорее всего, разумно ожидать, что каждый из партнеров по договору запросит у другой стороны информацию,

²³² BGH NJW 1957, 826; BGHZ 64, 46; NJW 1975, 824.

²³³ BGH NJW 2012, 2184.

²³⁴ BGHZ 133, 44 (47) = NJW 1996, 2158; BGH NJW 1973, 1793.

²³⁵ RGZ 161, 330, 338.

²³⁶ Нам. К.В. Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук «Принцип добросовестности. Основы теории и правоприменения в контексте немецкого правового опыта». М. 2021. С. 123

²³⁷ Decker, Leo. Aufklärungspflichten über Innenprovisionen, Kickbacks und Retrozessionen bei der Kapitalanlage. 2010. S. 19.

²³⁸ Mitja Kovac. Comparative Contract Law and Economics (New Horizons in Law and Economics series). 2011. P. 103; Wolfgang G. Op. cit. P. 174; Alexander Reich-Rohrwig. Aufklärungspflichten vor Vertragsabschluss: unter besonderer Berücksichtigung des Unternehmenskaufs. 2015. S. 122.

имеющую существенное значение. Кроме того, часто говорится, что информационные обязанности не должны заходить слишком далеко²³⁹.

При этом различного рода пустые формулы, использующие принцип добросовестности в контексте учета интересов контрагента и мнения общественности, с целью наложения обязанности передать информацию, имеющую решающее значение для формирования воли, и которую можно обоснованно ожидать²⁴⁰, совершенно не помогают обозначить общие и непротиворечивые границы информационных обязанностей²⁴¹. Поэтому возникает ощущение, что апелляция к добросовестности в таких случаях является не более, чем указанием на причину (общее основание) последующей ответственности (§ 241 II, § 311, § 242, § 280 ГГУ и т.д.), нежели чем ссылкой на позитивно закрепленное регуляторное правило, обосновывающее конкретное требование информационного взаимодействия. В связи с указанным наблюдением следует заметить, что для обоснования информационных обязанностей полезно обращаться к многочисленным случаям судебной практики, генерализируя которые можно индуктивным методом вычислить квазируководящие проявления обсуждаемого принципа, релевантные для типичных групп дел²⁴².

1.2.7.1. Понятия, классификация и цель раскрытия информации

Обращаясь к немецкоязычным источникам, легко заметить терминологическое разнообразие в обозначении правовой формы, опосредующей информационное взаимодействие между участниками оборота: *Aufklärungspflicht* (обязанность предоставления (раскрытия) информации); *Informationspflicht* (обязанность информировать); *Hinweispflicht* (обязанность извещать); *Offenbarungspflicht* (обязанность оглашать); *Anzeigepflicht* (обязанность уведомлять) и т.д.²⁴³

²³⁹ RGZ 111, 234.

²⁴⁰ BGH Urt. v. 13.12.1990 – III ZR 333/89, BGH NJW-RR 1991, 439, 440; BGH NJW 70, 655.

²⁴¹ Rehm G. Op. cit. P. 8; Decker L. Op. cit. P.21

²⁴² Rehm G. Op. cit. P. 6; Breidenbach S. Op. cit. P. 5.

²⁴³ Erman, BGB, 12. Auflage. Schmidt, Otto. 2008. § 242 BGB; Palandt, BGB 73. Auflage 2014. § 242 Rn. 37; Decker

Точность перевода данных терминов, их смысловые оттенки безусловно могут вызывать сомнения, однако, цель нашего исследования не предусматривает достижения терминологической чистоты словоупотребления в условиях ограниченности источников и низкой научной значимости данного вопроса.

Иногда можно заметить, что термин Informationspflicht используется как родовое понятие, обнимающее другие информационные обязанности²⁴⁴. Однако, часто можно встретить и другое мнение, что это разнообразие языковых средств направлено ни на что иное, как на то, чтобы избежать чрезмерно монотонного стиля языка (Phänomen sprachlicher Kreativität),²⁴⁵ и в этом смысле никакой четкой систематизации не происходит²⁴⁶.

Тем не менее, можно заметить, что в литературе часто проводят различие между обязанностью Aufklärungspflicht в сфере преддоговорных отношений, и обязанностью Auskunftspflicht применительно к информационному взаимодействию уже после заключения договора²⁴⁷. Указывается, что информационная обязанность Auskunftspflicht имеет исковую силу в отличие от обязанности Aufklärungspflicht, о которой кредитор, как правило, не знает до момента нарушения данной обязанности, что в практическом смысле будет означать заключение договора на условиях иных, чем они могли бы быть, если бы кредитор данной информационной обязанности вовремя знал о существенных обстоятельствах, влияющих на решение о совершении этой сделки²⁴⁸. Обязанность Aufklärungspflicht должна исполняться должником спонтанно, т.е. без специального запроса со стороны кредитора²⁴⁹. В случае неисполнения данной обязанности, у кредитора появляется возможность

L. Op. cit. P. 17;

²⁴⁴ MüKoBGB/Bachmann BGB § 241 Rn. 124-128; Decker L. Op. cit. P. 17.; Müller G. Op. cit. P. 22; Reich-Rohrwig A. Op. cit. P. 27.

²⁴⁵ Pohlmann A. Op. Cit. P. 35; Winkler von Mohrenfels P. Op. cit. P. 23

²⁴⁶ Breidenbach S. Op. cit. P. 4.

²⁴⁷ Beatson J., Friedman D. Op. cit. P. 178; Münchener Kommentar zum BGB 8. Auflage 2019. § 241 BGB. Rn. 121. (Bachmann).

²⁴⁸ Pohlmann A. Op. Cit. P. 34.

²⁴⁹ Конкретной правовой основой такой обязанности являются нормы § 311 (II) ГГУ, § 241 (II) ГГУ. См. также Breidenbach S. Op. cit. P. 2; Müller G. Op. cit. P. 22.

предъявления вторичных требований, связанных с нарушением обязанности раскрытия информации на преддоговорной стадии (например, в контексте § 123 ГГУ)²⁵⁰.

С другой стороны, вспомогательная информационная обязанность *Auskunftspflicht* вытекает из заключенного договора²⁵¹, в рамках исполнения которого кредитор информационной обязанности *Auskunftspflicht* знает или может знать о своем праве на информацию в тот период, когда у него еще имеется возможность направить свое поведение в нужное ему русло²⁵². Таким образом, ретроактивное определение обязанности раскрытия информации *Aufklärungspflicht* в уже нарушенном и не подлежащем принудительному исполнению состоянии противостоит обязанности раскрытия в смысле *Auskunftspflicht*, предмет которой направлен на будущее возможное поведение кредитора и должника²⁵³.

В терминологическом смысле, наверное, можно выделить понятие *Beratung*, которое предполагает передачу более глубокой информации, т.е. рекомендации или консультации, значение которых выходит за рамки передачи простых фактов, расширяясь до оценки передаваемой информации для целей ее получателя²⁵⁴.

Таким образом, ключевой особенностью всех информационных обязанностей является их принципиальная способность повлиять на поведение получателя информации в актуальный промежуток времени²⁵⁵. При этом наибольшую важность данные обязанности имеют на преддоговорной стадии,

²⁵⁰ Сама по себе такая информация не имеет абсолютной ценности для кредитора информационной обязанности. Главная цель преддоговорной информации - помочь кредитору заключить договор в собственных интересах без искажения его воли. В этом смысле передача информации после заключения договора бесполезна, т.к. ее цель уже не может быть достигнута. См. Rehm G. Op. cit. P. 4; Pohlmann A. Op. Cit. P. 29.

²⁵¹ Правда в условиях отсутствия в договоре конкретного правила поведения сторон по вопросу информационного взаимодействия, непосредственной основой информационной обязанности является именно § 242 ГГУ.

²⁵² Münchener Kommentar/Roth (2001), §242 Rdnr. 260; Winkler von Mohrenfels P. Op. cit. P. 19.

²⁵³ Erman, BGB, 12. Auflage. Schmidt, Otto. 2008. § 241. Rn. 17. Также следует отметить общий крен от договорной информационной обязанности (например, выдать инструкцию по эксплуатации товара) в сторону преддоговорной обязанности, как имеющей несоизмеримо больший научно-практический смысл. Züllighoven V. Op. cit. P. 71.

²⁵⁴ Decker L. Op. cit. P. 18.

²⁵⁵ Palandt, BGB 73. Auflage 2014. § 242 Rn. 37.

Еще, применительно к договорным обязанностям информирования говорят об угрозе достижения цели договора. RGZ 111, 233 (234); BGHZ 80, 80; BGHZ 105, 108 (110).

когда прямой договорной связи еще нет, а взаимное влияние на интересы контрагентов уже имеется. С другой стороны, информационные обязанности могут сохраняться и после прекращения основной обязанности по предоставлению²⁵⁶.

Говоря об информационных обязанностях, нельзя забывать о необходимом и принципиальном разграничении пассивного умолчания и активного обмана (Täuschung).

Важно понимать, что дезинформация (Fehlinformation) может быть предоставлена как в рамках наличия обязанности информирования, так и без нее (по собственной инициативе или в ответ на вопросы). В принципе, предоставление ложной информации практически всегда противоправно, если только законом не допускается иное в качестве средства защиты.²⁵⁷ Однако, в этом вопросе есть тонкое место: грань между неполными и неверными сведениями.²⁵⁸

В любом случае активное предоставление ложной информации следует исключить из сферы нашего внимания, поскольку 1) применяются гораздо более строгие правила, 2) ответственность за ложную информацию может быть никак не связана с вопросом наличия информационной обязанности.

Тот, кто даже добровольно предоставляет информацию другой стороне, просто должен действовать добросовестно. В этом смысле тот, кого спрашивают об определенном обстоятельстве, должен либо ответить правдиво, либо, если он этого не хочет, отказаться от ответа.²⁵⁹

Говоря о цели раскрытия информации нужно помнить ключевую особенность информационных обязанностей, которая заключается в разноплановости их конкретного практического проявления. Как уже было указано выше, информационные обязанности могут быть направлены на формирование свободной воли лица, совершающего сделку; на защиту его

²⁵⁶ BGH NJW 1997, 254.

²⁵⁷ Wolfgang G. Op. cit. P.174.

²⁵⁸ BGH NJW 2000, 3346; BGH NJW-RR 2001, 314.

²⁵⁹ BGHZ 186, 96.

преддоговорных или договорных прав и законных интересов, которые при этом могут не охватываться правилами деликтного права; на обеспечение беспрепятственного совершения сделки или сохранения результатов ее совершения.²⁶⁰ И тем не менее, несмотря на целевое пересечение информационных обязанностей с защитными обязанностями, обязанностями лояльности и сотрудничества, имеет смысл рассматривать информационные обязанности отдельно, как довольно специфические, имеющие важные особенности, позволяющие выделять их в отдельный вид. Ключевой же особенностью информационных обязанностей в контексте германского права является их отсутствие в качестве общего правила²⁶¹.

1.2.7.2. Составные элементы обязанности по предоставлению информации

Выявить необходимые составные элементы информационных обязанностей по германскому праву довольно трудная задача, поскольку проблема условий существования информационных обязанностей до сих пор не решена²⁶². И дело, конечно же не только в том, что такие обязанности весьма разнонаправленные. В целом, при определенном уровне абстракции все равно можно найти нечто общее в любых информационных обязанностях, если только доктриной и практикой однозначно было бы признано их наличие в качестве общего правила. Однако, за пределами потребительского права это не так²⁶³. Как следствие, мы можем на основе судебной практики и доступной литературы выявить некоторые из часто повторяющихся условий, при наблюдении которых в том или ином случае можно с некоторой долей уверенности допускать возможность признания судом наличия информационных обязанностей.

А. Знание лица, предоставляющего информацию.

²⁶⁰ MüKoBGB/Bachmann BGB § 241 Rn. 55-59

²⁶¹ Züllighoven V. Op. cit. P. 38; OLG Köln, 26.01.2016 - 12 U 69/15.; BGH WM 1977, 394, 396; BGH NJW 2001, 2021; BGH NJW 1984, 2289, 2290.

²⁶² Reich-Rohrwig A. Op. cit. P. 131.

²⁶³ Erman, BGB, 12. Auflage. Schmidt, Otto. 2008. § 241. Rn. 14. Erman, BGB, 12. Auflage. Schmidt, Otto. 2008. § 242. Rn. 93.

Обязанность предоставить информацию естественным образом имеет в качестве своего первого общего условия то обстоятельство, что должник знает соответствующие факты, подлежащие раскрытию²⁶⁴. При этом иногда можно встретить дела, в которых суд устанавливает обязанность соответствующей стороны приложить дополнительные усилия для получения информации, подлежащей раскрытию²⁶⁵. При этом отмечается неоднородность категории «профессионал». Например, в специализированной торговле продавец обязан раскрыть информацию (которую знал или должен был знать), имеющую значение для целей использования товара. Однако, покупатель не может рассчитывать на получение информации от продавца об отдаленных рисках, которые могут быть известны лишь производителю товара, благодаря его экспертным знаниям²⁶⁶.

Что касается специальных знаний, которыми лицо не обладает, то такое лицо может освободить себя от информационной обязанности, раскрыв свою неспособность предоставить информацию своевременно и точно.²⁶⁷ Правда, в этом случае имеет значение, активно ли данное лицо продвигало рассматриваемую сделку (в этом случае можно ожидать повышенного профессионализма) или же оно привлекалось по инициативе его контрагента.

Б. Незнание лица, которого следует информировать.

В целом очевидно, что если лицо не нуждается в соответствующей информации, то никакой информационной обязанности нет²⁶⁸. При этом одного лишь факта незнания информации недостаточно, если установлено, что сторона, претендующая на статус кредитора информационной обязанности, легко могла самостоятельно получить соответствующие данные при проявлении той степени

²⁶⁴ Reich-Rohrwig A. Op. cit. P. 131; Breidenbach S. Op. cit. P. 56.

²⁶⁵ BGH WM 1992, 602; BGH NJW 1993, 2433. Иное решение: BeckRS 2012, 19780.

²⁶⁶ BGH NJW 2004, 2301.

²⁶⁷ BGH NJW 2004, 2301; BGH NJW-RR 2000, 426; BGH NJW-RR 1998, 1345.

²⁶⁸ Breidenbach S. Op. cit. P. 32; Ruth Sefton-Green. Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law. 2005. P. 39.

заботы о собственных интересах, которая от нее ожидается по воззрениям оборота.²⁶⁹

Таким образом, знание одной стороны должно контрастировать с возможностью знания другой стороны. Обязанность информировать часто оправдывается конкретным преимуществом в знаниях в отношении особых, необычных или нетипичных рисков.²⁷⁰

Что касается распределения бремени доказывания, то истец должен доказать, что обладание соответствующей информацией позволило бы избежать потерь, а ответчик в свою очередь обязан доказать обратное (т.е. что негативные последствия все равно бы наступили), если желает освободиться от ответственности²⁷¹.

Говоря об исключении обязанности информирования в случае возможности относительно дешевого самостоятельного получения информации, следует указать, что это возражение не относится к случайным и неожиданным рискам, которые кредитор информационной обязанности обычно не мог бы предполагать²⁷². С другой стороны, обязанность предоставлять информацию не предполагается, если, например, сторона может обоснованно посчитать ее излишней в связи с имеющимся или ожидаемым поведением контрагента²⁷³. Например, в случае таких весьма сложных сделок, как приобретение компании, можно обоснованно предполагать наличие у контрагента высокой квалификации или проведения экспертных консультаций (due diligence).

В. Несправедливость информационной асимметрии

Сразу нужно отметить, что простое различие в осведомленности не приводит с неизбежностью к обязанности информирования, поскольку в результате невозможно будет использовать различные информационные

²⁶⁹ BGH NJW 1996, 1339; BGH NJW-RR 1994, 907; BGH NJW 1993, 1643.

²⁷⁰ BGH NJW 1992, 555; BGH NJW-RR 1992, 879.

²⁷¹ BGH NJW 2013, 1807; BeckRS 2008, 00661; Georg Müller. Vorvertragliche und vertragliche Informationspflichten nach englischem und deutschem Recht. – Heidelberg: Verl. Recht und Wirtschaft, 1994 S. 32;

²⁷² BGH NJW 1999, 2032; BGH NJW 2001, 2163.

²⁷³ BGH NJW-RR 1996, 497.

преимущества (знание рынка, продукта, компаний и т.п.), которые можно было бы получить, прилагая ментальные усилия и осуществляя финансовые инвестиции. Например, на преддоговорной стадии каждый из партнеров несет самостоятельную ответственность за свои собственные действия и поэтому должен за свой счет, на свой страх и риск получить информацию, необходимую для принятия решения²⁷⁴. Это правило, однако, знает исключения в отношении экстраординарных рисков, которые он по воззрениям оборота не мог ожидать.

Однако в некоторых случаях использование таких преимуществ может показаться необоснованным.²⁷⁵ Это ставит сложную задачу провести грань между законным поиском выгоды от наличия информации, с одной стороны, и обязанностью защищать интересы, другой стороны.²⁷⁶ В судебной практике можно нередко встретить своего рода формулу, согласно которой сторона обязана спонтанно (без запроса) предоставить информацию в случаях, если «другая сторона имела право рассчитывать на то, что она с точки зрения добросовестности будет проинформирована о фактах, которые, очевидно, имеют решающее значение для формирования воли этой стороны».²⁷⁷ Это предполагается, в частности, в случае наличия таких обстоятельств, которые могут нарушить или существенно поставить под угрозу договорную цель предоставления.²⁷⁸

Однако очевидно, что эта широкая формула открыта для критики ввиду наличия весьма субъективных оценочных критериев, что помогает конкретному правоприменителю в весьма ограниченной степени.²⁷⁹ Почти все условия, которые уже были изложены или будут указаны позже, могут быть ограничены и обесценены другими обстоятельствами. С. Брайденбах в этом контексте выдвигает теорию «подвижной системы» (beweglichen System), которая строится на динамичном взаимодействии, открывающемся в каждом

²⁷⁴ BGH, NJW 1989, 763.

²⁷⁵ Erman, BGB, 12. Auflage. Schmidt, Otto. 2008. § 241. Rn. 15.

²⁷⁶ BGH NJW-RR 2009, 1101.

²⁷⁷ BGH, NJW 2001, 3331; BGH NJW 2010, 3362; BGH NJW 2012, 846; BGH NJW 2013, 1807.

²⁷⁸ BGH, NJW-RR 1991, 439.

²⁷⁹ BGH NJW 2000, 3558.

рассматриваемом споре, между потребностью в информации одной стороны, информационным преимуществом другой стороны и особой функциональной ролью конкретного контрагента, характеризующей рассматриваемое правоотношения.²⁸⁰

Г. Существенность обстоятельств, подлежащих раскрытию.

Рассматриваемое условие – в большой степени оценочное. Оно, однако, является необходимым, поскольку информационное обязательство позволяет защитить в том числе имущественную сферу контрагента, а также помочь свободному формированию воли на совершение сделки и достижению запланированных результатов.²⁸¹

Некоторым подспорьем в установлении содержания обсуждаемого условия может служить тот факт, что квалификация существенности обстоятельства может быть поставлена в зависимость от его распознаваемости для другой стороны. Чем более важным является данное обстоятельство и чем более выраженным является информационный пробел, тем более очевидным должна быть обязанность по информированию для обязанной стороны.²⁸² Например, использование новых технологий ожидаемо требует специального информирования и даже консультирования по условиям их использования, опасностям, рискам и т.д., в том числе и для коммерческих (профессиональных) заказчиков.²⁸³ Или, например, необходимо предоставить информацию об определенных правовых препятствиях, если они не известны другой стороне, что может поставить под угрозу цель договора.²⁸⁴

Д. Обоснованное доверие контрагенту.

²⁸⁰ Breidenbach S. Op. cit. P. 61.

²⁸¹ Breidenbach S. Op. cit. P. 21; Pohlmann A. Op. Cit. P.34; BGH, NJW 1983, 2493. См. также Лугманов Р.Р. Принцип добросовестности и вспомогательные обязательства в германском частном праве// Законодательство. 2019. № 2. С. 83.

²⁸² BGH NJW 1997, 3230

²⁸³ OLG Stuttgart CR 1989, 598; Zahrnt NJW 1995, 1785.

²⁸⁴ BGHZ 18, 248 (252) = NJW 1955, 1916 – Devisenausländer.

В качестве возможного условия существования информационной обязанности может рассматриваться состояние особого доверия²⁸⁵, характеризующее соответствующее правоотношение²⁸⁶. Конфликт интересов, естественный практически для любых договорных отношений, может смягчаться в пользу лица, имеющего право на информацию вследствие заслуживающего защиты его особого доверия контрагенту, который таким образом, более не может беспрепятственно преследовать свои собственные интересы. Такое состояние возможно тогда, когда контрагент принимает на себя (или создает видимость принятия) исполнение новой дополнительной функции, выходящей за пределы строго обозначенных типовых прав и обязанностей, обусловленных договором.

В каких случаях как правило можно обнаружить проявление особого доверия к контрагенту? В случаях периодической возобновляемости или продолжительной длительности деловых контактов²⁸⁷; особой заинтересованности договаривающихся сторон, например, в случае личных доверительных отношений между сторонами²⁸⁸, в отношениях клиента с банком, адвокатом, нотариусом, врачом и в контексте других "доверительных операций",²⁸⁹ в отношениях между акционерами и обществом в связи с их обязанностью проявлять лояльность.²⁹⁰

С другой стороны, различного вида рекламные заявления, содержащие явные, распознаваемые преувеличения, как правило не способствуют созданию оправданного доверия в отношении полноты, своевременности и правильности информации.²⁹¹

Е. Личные обстоятельства.

²⁸⁵ Лугманов Р.Р. Принцип добросовестности и вспомогательные обязательства в германском частном праве// Законодательство. 2019. № 2. С. 83.

²⁸⁶ Erman, BGB, 12. Auflage. Schmidt, Otto. 2008. § 241. Rn. 15.

²⁸⁷ Breidenbach S. Op. cit. P. 53.

²⁸⁸ BGH NJW 1992, 300.

²⁸⁹ BGH NJW-RR 2006, 923; BGH NJW-RR 2007, 569; BGH NJW 2007, 2485.

²⁹⁰ BGH NJW-RR 2003, 169;

²⁹¹ Reich-Rohrwig A. Op. cit. P. 215.

Информационные обязанности могут обосновываться некоторыми особо значимыми личными обстоятельствами сторон, которые по воззрениям оборота и с точки зрения добросовестности заслуживают учета: правовая или языковая неграмотность,²⁹² признанная (распознаваемая) неопытность контрагента,²⁹³ наличие физических недугов²⁹⁴ другой стороны, что опять же в основном связано со сделками, которые трудно понять обывателю с юридической точки зрения, например, обменные операции на фондовом рынке,²⁹⁵ и т.д.²⁹⁶

При этом нужно понимать, что профессиональная подготовка и деловой опыт контрагента не всегда освобождают от обязанности информирования. Встречаются дела, в которых суд констатирует потребность информирования даже в пользу профессионально подготовленных участников оборота по фьючерсным сделкам.²⁹⁷

Сложные ситуации правового взаимодействия возникают в случаях, если сторона запрашивает об особых обстоятельствах, доказывая, что они для нее особенно важны, или показывает, что в определенном отношении полагается на своего партнера по договору, его знания и опыт и т.д.

В таких случаях несмотря на общее право стороны молчать при отсутствии обязанности информирования, суд может усмотреть соответствующую информационную обязанность с учетом всех обстоятельств дела и оценки поведения сторон в разрезе принципа добросовестности. При этом, как мы уже указывали выше, даже в условиях отсутствия обязанности раскрытия информации, стороны не могут сознательно лгать, поскольку такое поведение, ввиду наличия в нем злого умысла, будет противоречить общему требованию добросовестного поведения, а значит - с большой долей уверенности будет признано недобросовестным.²⁹⁸

²⁹² BGH NJW 1997, 3230; OLG Stuttgart NJW 1982, 2608, 2609.

²⁹³ BGH NJW 1966, 1451; BGH NJW 1974, 849, 851; BGH NJW 1992, 300, 302.

²⁹⁴ OLG Stuttgart JW 1934, 571.

²⁹⁵ BGH NJW 2011, 1949.

²⁹⁶ Лугманов Р.Р. Принцип добросовестности и вспомогательные обязательства в германском частном праве// Законодательство. 2019. № 2. С. 83.

²⁹⁷ BGH NJW 1981, 1440; BGH NJW 2011, 1949; BGH NJW 2004, 3628;

²⁹⁸ Erman, BGB, 12. Auflage. Schmidt, Otto. 2008. § 241. Rn. 17; Wolfgang G. Op. cit. P. 174.

1.2.7.3. Часто встречающиеся условия ограничения обязанности информирования²⁹⁹

А. Общедоступные обстоятельства, а также обычные рыночные условия и риски.

В целом, это пример классического проявления принципа ответственности за собственные действия (автономия воли) и элемент перераспределения рисков неблагоприятных последствий в сторону контрагента, который может самостоятельно получить информацию³⁰⁰. При этом, например, в контексте механики ценообразования на свободном рынке продавец, как правило, не обязан информировать покупателя о себестоимости своей продукции и схеме расчета цены.³⁰¹ Также нет обязанности информировать контрагента о существовании на рынке более выгодных конкурирующих предложений, иных благоприятных рыночных условий или о типичных деловых рисках³⁰².

Да, потенциальный контрагент может задавать прямые вопросы, предполагающие некоторую консультацию о состоянии рынка или регуляторном давлении. Это может относиться, в частности, к налоговой нагрузке бизнеса или каким-то вопросам финансирования. В этом случае разъяснение требуется только в той мере, в какой это имеет непосредственное отношение к исполнению договора или может быть ожидаемо в соответствии с общепринятой практикой.

²⁹⁹ Общая особенность любых попыток провести некую классификацию условий за и против информационных обязанностей заключается в принципиальной невозможности понять, в каком соотношении находятся данные условия. Система таких условий весьма подвижна, наличие и сила того или иного условия оценивается судом в каждом случае и с учетом всех релевантных обстоятельств. В этом смысле, например, из того факта, что общедоступные обстоятельства не раскрываются, нельзя сделать однозначный вывод, что так происходит всегда. В конкретном деле суд может признать, что, несмотря на характер информации, могут заслуживать преимущественного внимания личные обстоятельства пострадавшего контрагента (например, физические или психические недостатки). С другой стороны, факт неграмотности может быть не учтен, если лицо добровольно решило «играть» на высокорисковых сделках.

³⁰⁰ Erman, BGB, 12. Auflage. Schmidt, Otto. 2008. § 242. Rn. 93.

³⁰¹ Breidenbach S. Op. cit. P. 68; BGH BeckRS 2008, 26951; BGH NJW-RR 2011, 270.

³⁰² Erman, BGB, 12. Auflage. Schmidt, Otto. 2008. § 242. Rn. 93.

Однако, при отсутствии специальных заслуживающих учета обстоятельств сторона вправе дать понять, что хочет ограничить консультацию собственным набором предложений. При этом лишь в рамках собственного спектра предложений она должна информировать контрагента об условиях и тарифах, которые являются более выгодными для него (например, провайдеры интернета и связи о новых тарифах или, например, компании по прокату автомобилей о новых доступных вариантах).³⁰³

Таким образом, по общему правилу, любой, кто нуждается в дополнительной консультации, должен либо самостоятельно искать информацию, либо оплатить ее отдельно, привлекая, например, финансовых или налоговых консультантов³⁰⁴.

Б. Вопросы кредитоспособности.

По общему правилу, нет обязанности специального информирования о собственном финансовом положении или положении третьей стороны, имеющей отношение к делу. Исключение может касаться ситуации, например, подачи должником заявления о банкротстве. Что касается раскрытия информации о третьих лицах, то, например, в финансовой сфере этому мешает банковская тайна. И тем не менее, в исключительных случаях банк может быть обязан раскрывать третьим лицам информацию о кредитоспособности клиентов.³⁰⁵

В. Правовые консультации.

³⁰³ BGH NJW-RR 2008, 470;

Правда, данный вопрос довольно сложный, т.к. прямолинейный подход к раскрытию информации о лучших условиях собственного предоставления вряд ли предполагается во всех случаях делового взаимодействия. В общем и целом, никто не обязан действовать против своих коммерческих интересов в качестве общего правила, обрекая себя на худшие договорные условия. В случае преддоговорного контакта само заинтересованное лицо должно проявить инициативу и задать вопрос о более выгодной цене, скидке и т.п., о наличии более дешевой альтернативы дорогого товара, предлагаемого сейчас к продаже. Другое дело, если отношения уже сложились, и контрагент долгое время пользуется услугами одного поставщика, обоснованно рассчитывая по этой причине на его лояльность, диктующую необходимость проинформировать клиента о новых тарифах и условиях предоставления уже оказываемой услуги.

³⁰⁴ Лугманов Р.Р. Принцип добросовестности и вспомогательные обязательства в германском частном праве// Законодательство. 2019. № 2. С. 82.

³⁰⁵ BGH NJW 1973, 1923.

По общему правилу контрагенты не обязаны предоставлять друг другу юридические консультации, если это не стало предметом их договора. Ни одна из сторон не обязана информировать другую сторону о своих договорных ожиданиях (планируемом способе использования предмета договора), имеющихся или потенциальных правах и о том, как лучше всего их защитить.³⁰⁶

В случае экономически связанных, но юридически независимых сделок (например, договоров купли-продажи и лизинга) может потребоваться разъяснение различных аспектов правовой самостоятельности договоров.³⁰⁷

Г. Различного рода тайны.

На проблему существования информационных обязанностей может оказывать влияние уважаемое законом право на коммерческую, промышленную и профессиональную тайны³⁰⁸. Это очень сложный аспект проблематики раскрытия информации, который требует от суда внимательного взвешивания конкурирующих интересов сторон и прав третьих лиц. Очевидно, например, что в банковской практике может возникать конфликт между обязанностью раскрытия банком информации об одном из его клиентов и обязанностью банка (правом клиента) в сохранении банковской тайны.³⁰⁹ В этом смысле сложно заранее определить универсальное правило, которое было бы применимо в любых случаях конфликта между правом одного лица на раскрытие информации и правом (обязанностью) другого лица в сохранении конфиденциальности. Конфликт интересов между раскрытием информации и сохранением тайны может быть решен путем взвешивания соответствующих интересов. Что же касается стороннего наблюдателя, то можно приводить лишь разного рода примеры, когда судебная практика встала на тот или иной путь в поиске баланса интересов в такого рода конфликтах. Например, арендатор-квартиросъемщик, имеющий психические отклонения или страдающий заразной болезнью, в

³⁰⁶ BGH NJW 1987, 1631; OLG München NJW-RR 1998, 1663.

³⁰⁷ BGH NJW 2011, 2877; BGH NJW 2011, 2874

³⁰⁸ Нам. К.В. Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук «Принцип добросовестности. Основы теории и правоприменения в контексте немецкого правового опыта». М. 2021. С. 125

³⁰⁹ BGH NJW 1991, 693.

некоторых случаях может быть обязан сообщить о своем недуге арендодателю, если будет признано, что интересы арендодателя, заслуживающие защиты, в данном случае имеют больший вес, чем интересы арендатора.³¹⁰

1.2.8. Исполнение информационной обязанности

Вопросу исполнения информационных обязанностей в литературе уделяется гораздо меньшее внимание, чем вопросу обнаружения этих обязанностей. В контексте целей нашего исследования градус значимости исходного вопроса безусловно более высок, нежели вопросов исполнения или, например, ответственности за нарушение обязанности. Поэтому мы сознательно всячески избегаем рассмотрения весьма объемных и безусловно нужных, но вторичных вопросов об ответственности за нарушение информационных обязанностей или об оспаривании сделок в силу заблуждения или обмана, и в заключение лишь обозначим некоторые аспекты исполнения данных обязанностей.

Объектом любой обязанности по информированию являются данные о тех или иных обстоятельствах, релевантных в контексте будущих или настоящих отношений³¹¹. При этом структурно информационная обязанность вроде бы ничем не отличается от обычной простой обязанности, внутри которой долгу обязанного лица по поводу предоставления определенных благ противостоит право соответствующего управомоченного лица. Однако, выше мы уже заметили, что преддоговорную информационную обязанность *Aufklärungspflicht* отличает то обстоятельство, что 1) она должна исполняться без предварительного встречного требования кредитора, т.е. спонтанно и 2) право требования кредитора находится в «спящем» состоянии до момента нарушения данной обязанности, по сути, сразу трансформируясь во вторичную (охранительную) обязанность по возмещению убытков³¹². В этом смысле

³¹⁰ Логика рассуждения по данному вопросу: BVerfGE NJW 1991, 2411.

³¹¹ Reich-Rohrwig A. Op. cit. P. 50

³¹² Лугманов Р.Р. Принцип добросовестности и вспомогательные обязательства в германском частном праве// Законодательство. 2019. № 2. С. 80.

возникает некоторое сомнение, а существовало ли вообще право требования, которое нельзя было принудительно реализовать?

Так или иначе, не имея ответа на данный вопрос, отметим иные особенности исполнения информационной обязанности, которые мы смогли наблюдать.

Исполнение информационной обязанности зависит от ее цели, которая прямо связана с потребностями управомоченного адресата информации. В этом смысле содержание причитающейся информации должно быть пригодно для эффективного удовлетворения информационных потребностей кредитора.³¹³ Поэтому в принципе, не существует никаких ограничений по характеру обстоятельств, которые могут быть раскрыты³¹⁴. Главное, чтобы в результате информационного взаимодействия обеспечивались потребности кредитора информационной обязанности³¹⁵.

С точки зрения времени настоящие, прошлые или будущие обстоятельства без ограничений включаются в круг потенциально релевантных обстоятельств: все они могут оказывать мотивирующее воздействие на принимаемое решение, быть связанными с договорной целью или служить сохранению личной или имущественной целостности кредитора.

В принципе, информация может быть предоставлена в устной форме, а в случае более сложных вопросов и особенностей информационного содержания, которые не могут быть сразу поняты, может потребоваться письменное разъяснение³¹⁶. Например, при продаже лекарственных средств и в случае потенциального наличия негативных побочных эффектов необходимо, чтобы покупатель до предполагаемого использования был проинформирован об этом с помощью письменного текста на упаковке или инструкции³¹⁷. При этом очевидно, что главное не форма, а обеспечение достижения цели передачи информации. Как следствие, сама по себе передача контрагенту информации не

³¹³ BGH NJW 1970, 653.

³¹⁴ Вопросы различного рода тайн мы умышленно опускаем.

³¹⁵ BAG NJW 2009, 2616.

³¹⁶ BGHZ 105, 108.

³¹⁷ BGH NJW 1972, 2217.

исключает анализ судом данного предоставления с позиций ясности, полноты и правильности данных³¹⁸, оценка которых основывается в том числе на нормальном использовании языка. Если информация просто доводится до сведения непрофессионального получателя, решающим фактором является то, чего может ожидать среднестатистический достаточно осведомленный адресат из круга подобных получателей информации³¹⁹.

Если информация не может быть предоставлена определенным образом, например, из-за нехватки времени или конфликтующих интересов, то это обстоятельство и связанный с ним риск должны быть указаны получателю с достаточной ясностью. В случае невозможности предоставления информации или в случае неизбежной опасности (как и ее незначительности или исключительной редкости) от ее предоставления можно полностью отказаться.³²⁰

Если сторона договора выражает только субъективное мнение, то это мнение принципиально не поддается объективной оценке на предмет его правильности, однако, оно не может противоречить внутреннему убеждению стороны, высказавшей это мнение. Так, следует отметить, что как правило, сторона, от которой требуется предоставление информации, не обязана проверять имеющуюся у него информацию на предмет ее правильности.³²¹ Только в исключительных случаях, когда имеются обоснованные ожидания, что должник обладает полными и точными сведениями и при этом принял на себя новую функциональную роль (например, консультанта), упущения, связанные с недостатками должника в собственной информированности, могут быть поставлены ему в вину и привести к нарушению информационной обязанности³²².

В заключение стоит отметить, что на основании проведенного исследования не представляется возможным дать исчерпывающий и

³¹⁸ Wolfgang G. Op. cit. P. 175.

³¹⁹ Reich-Rohrwig A. Op. cit. P 213.

³²⁰ BGH NJW 1959, 811.

³²¹ BGH NJW 2006, 2041.

³²² Reich-Rohrwig A. Op. cit. P. 520.

практически применимый универсальный ответ на вопрос о конкретных характеристиках подлежащей передаче информации и способах их оценки. Скорее есть некоторые общие познавательные векторы и огромная казуистика, созданная судебной деятельностью, учитывающая все релевантные обстоятельства рассматриваемого дела в контексте понимания добросовестности в конкретном случае. В этом смысле уже классической можно считать часто встречающуюся позицию, что отправной точкой оценки поведения сторон является «золотое правило», установленное судебной практикой, согласно которому информационная обязанность возникает в отношении всех обстоятельств, которые признаны существенными для заключения и исполнения договора другой стороной и раскрытие которых можно ожидать с точки зрения добросовестности.³²³

1.3. Краткие выводы

Сравнительный анализ французского и германского правопорядков показал устойчивую тенденцию к расширению информационных обязанностей, правда средства используются разные.

Французское право, традиционно пропитанное духом солидарности (*esprit de solidarite*), склонно рассматривать требования в отношении информации как выражение общей обязанности информирования³²⁴. Мы видели, что сначала судебная практика под чутким надзором Кассационного суда Франции, а в конечном счете законодатель предоставили для такого расширения правовые основания.

С другой стороны, германский правопорядок не признает общей обязанности информирования. В литературе указывается, что обязанность информирования не может быть безграничной.³²⁵ При этом очевидно, что в обоих правопорядках работают схожие инструменты защиты согласия, однако, в отличие от французской доктрины и практики, в Германии обязанность

³²³ BGH NJW 1979, 2243.

³²⁴ John Bell. Op. cit. P. 149

³²⁵ Нам. К.В. Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук «Принцип добросовестности. Основы теории и правоприменения в контексте немецкого правового опыта». М. 2021. С. 125.

информирования имеет неразрывную связь с дополняющей функцией принципа добросовестности, что накладывает свой отпечаток на обоснование случаев возникновения данной обязанности. Характерной чертой германской практики является ее глубокое развитие, что выразилось в накоплении огромного количества однотипных кейсов, наполняющих практически содержанием общие формулировки генеральных клаузул.

Условия возникновения информационных обязанностей в основных чертах схожие. Требуется знание информации, имеющей значение для юридически значимых действий контрагента, ее существенный характер. При этом обязанность информирования не может существовать в условиях неосмотрительности самого кредитора и в отсутствие потребности в данной информации. В принципе, почти каждое условие возникновения информационной обязанности имеет различные исключения, которые заметно осложняют предсказание решения по возможному делу. В этом смысле интересно заметить, что несмотря на постулируемое отсутствие в Германии информационных обязанностей как общего правила на преддоговорной и договорной стадии, справедливо будет заметить огромное число исключений, при осознании которых впору уже говорить о переворачивании презумпции³²⁶. Так или иначе, но сравнительно-правовой анализ обогащает нас ценным познавательным материалом, который даже без умысла на заимствование чужих институтов и доктрин позволяет увидеть некоторые закономерности и что еще важнее, используемую аргументацию, которая может быть релевантной в контексте зарождающейся доктрины информационных обязанностей в российском праве.

³²⁶ Nils Jansen, Reinhard Zimmermann. Commentaries on European Contract Laws. Oxford University Press, 2018. P. 390

Глава 2 Информационные обязанности в российском праве

2.1. Принцип добросовестности как основание информационных обязанностей

Облачая тему исследования в своего рода формулу, в которой одна часть раскрывается через другую, мы с неизбежностью сталкиваемся с потребностью раскрытия содержания основополагающего элемента прежде, чем переходить к изучению искомого, но зависимого элемента. В этом смысле, принцип добросовестности³²⁷ выступает отправной точкой, с которой связаны познавательные надежды на удачное нахождение доктринальной основы для информационных обязанностей³²⁸. Поскольку в рамках данного научного исследования проблема раскрытия информации в решающей степени представляет интерес именно для российского правопорядка, то основные познавательные усилия следует направить на отечественное понимание концепции доброй совести, используя уже проведенное сравнительно-правовое исследование лишь в субсидиарном справочном режиме³²⁹.

Интерес к проблеме понимания концепции добросовестности заметно повышается в связи с изменениями в гражданском законодательстве. 1 марта 2013 г. статья 1 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее, ГК РФ) получила новое содержание в п. 3 и новое наполнение в п. 4.³³⁰ Законодатель указал, что при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно (п. 3); Никто не вправе

³²⁷ А как мы уже видели на примере Франции, такая связь не является неизбежной.

³²⁸ Лугманов Р.Р. Принцип добросовестности как средство развития права// Право и политика. 2021. № 5. С. 61.

³²⁹ Следует отметить, что в европейской цивилистике можно найти бесчисленное количество работ, посвященных попыткам найти верное значение доброй совести. В этом смысле затевать очередное подобное исследование представляется мало перспективным занятием, особенно на фоне явно выраженной в последние десятилетия в германской доктрине функциональной направленности *True und Glauben*, что дает более практичные материалы для исследований. Благодаря крупным сравнительно-правовым исследованиям европейского частного права стало очевидно, что найти общепризнанное содержание принципа добросовестности не представляется возможным, его практическое применение в различных правопорядках плохо предсказуемо. См. Ширвиндт А.М. Принцип добросовестности в ГК РФ и сравнительное правоведение/ *Aequum ius*. Сборник статей от друзей и коллег к 50-летию профессора Д.В. Дождева. Отв. Ред. А.М. Ширвиндт. – М. Статут, 2014. С. 228.

³³⁰ Федеральный закон от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ "О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации"

извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения (п. 4). В 2015 году законодатель словно усилил акцент на доброй совести, специально указав на ряд дополнительных обязанностей в п. 3 ст. 307, ст. 434.1 ГК РФ и других статьях.

В научной литературе можно встретить мнения, что изменениями 2013 г. законодатель именно ввел добросовестность как принцип в отечественную гражданско-правовую материю³³¹. Такой позиции вторит и ст. 6 Концепции развития гражданского законодательства РФ (далее, Концепция), согласно которой с целью укрепления нравственных начал гражданско-правового регулирования необходимо введение в гражданское законодательство принципа добросовестности³³². Подобные положения мы находим и в пояснительной записке к проекту федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации»³³³.

Между тем, такая позиция не может быть воспринята однозначно в силу некоторых причин.

Во-первых, следует отметить, что п. 2 ст. 6 ГК РФ изначально содержал правило восполнения регуляторных пробелов посредством аналогии права со ссылкой на требования в том числе добросовестности³³⁴. Помимо этого упоминания мы находим и другие случаи обращения к добросовестности в том

³³¹ Голубцов В.Г. Принцип добросовестности как элемент правового механизма стимулирования должника к надлежащему исполнению обязательств и гарантирования интересов кредиторов: анализ судебно-арбитражной практики// "Вестник Пермского университета. Юридические науки", 2016, № 2
- URL: <http://base.garant.ru/57289218/> (дата обращения: 14.12.2019).

³³² Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 7 октября 2009 г. –URL: <http://base.garant.ru/12176781/> (дата обращения: 1.09.2017).

³³³ Пояснительная записка к проекту федерального закона N 47538-6 "О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации"- URL: <http://base.garant.ru/58024598/> (дата обращения: 12.12.2019).

³³⁴ Такое содержание статьи породило различного рода блуждания и поиски соотношения между упомянутыми в статье понятиями. Например, С.А. Иванова полагает, что добросовестность и разумность являются составляющими (гранями) принципа социальной справедливости, которыми он не исчерпывается и т. д. Поводом для этого служил подход законодателя, который упоминает эти принципы совместно в ст. 6, 10 ГК РФ и других нормах гражданского права. Иванова С.А. Некоторые проблемы реализации принципа социальной справедливости, разумности и добросовестности в обязательственном праве // Законодательство и экономика. 2005. № 4 – URL: <http://base.garant.ru/5159028/> (дата обращения: 12.12.2019)

или ином контексте в ст. 10, п. 3 ст. 53, абз. 2 п. 1 ст. 220, п. 1 ст. 234, ст. 302-303, ст. 602, ст. 662, ст. 1103, ст. 1109, ст. 1222, ст. 1252, ст. 1361, ст. 1466, ст. 1512 ГК РФ уже с момента принятия каждой части ГК РФ³³⁵. Ряд указанных статей обращается к категории добросовестности как некой субсидиарной оценочной категории, результат сравнения с которой (как неким эталоном) непосредственно влияет на правовые последствия соответствующего поведения³³⁶.

Во-вторых, принцип права может пониматься в различных значениях. Например, это понятие может обозначать основное направление (начало), которое находит свое наполнение в юридических нормах³³⁷. Или может пониматься как средство толкования права или применения права по аналогии³³⁸. В последнем случае нужно признать, что принцип добросовестности давно находится внутри правовой материи гражданского права, при необходимости являясь основой для восполнения законодательных пробелов³³⁹.

Помимо сказанного нужно отметить два принципиально мыслимых подхода к выявлению данных принципов: путем их законодательного закрепления³⁴⁰ и/или путем их индуктивного выведения из общего смысла позитивных норм³⁴¹. Если следовать логике, например, авторов Концепции, то для развития экономики и становления гражданского общества необходимо использовать «все возможные меры и средства гражданского законодательства,

³³⁵ ГК РСФСР 1922 г. в ст. 43, стр. 59, ст. 60, стр. 98, ст. 197, ст. 262, ст. 400 ГК, а так же ГК РСФСР 1964 г. в ст. 61, ст. 152- 155, ст. 474, ст. 511 также обращались к категории добросовестности.

³³⁶ Например, п. 3 ст. Ст. 55 ГК РФ и последующее разъяснение понимания добросовестности в Постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30 июля 2013 г. № 62 "О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица" (далее ВАС РФ).

³³⁷ Шершеневич Г. Ф. Курс гражданского права. Задачи и методы гражданского правоведения. Казань, 1898. С. 84—86.^[1]См, например, похожие определения: Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права / С.Н. Братусь. – М.: Госюриздат, 1963. С. 136; Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории "хозяйственного права"- URL: <http://civil.consultant.ru/elib/books/3/> (дата обращения 01.12.2019); Щенникова Л.В. Принципы гражданского права: достижения цивилистики и законодательный эффект // Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. Вып. 2. М., 2002. С. 42; Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / А. В. Асосков, В. В. Байбак, Р. С. Бевзенко [и др.]; отв. ред. А. Г. Карапетов. – Москва: М-Логос, 2020. С. 47

³³⁸ Гамбаров Ю. С. Курс гражданского права. Том 1. Часть общая. – СПб. : Тип. М. М. Стасюлевича, 1911. С. 361-362, 371-372; Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. I: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / Отв. ред. Е.А. Суханов. – 2-е изд., стереотип. – М.: Статут, 2011. С.74

³³⁹ Лугманов Р.Р. Принцип добросовестности как средство развития права// Право и политика. 2021. № 5. С.62.

³⁴⁰ Российское гражданское право. Указ. соч. С.74; Попова Ю.А., Василенко Е.В. Место принципов разумности и добросовестности в системе принципов гражданского права// Общество и право. 2012. № 1 (38). С. 84.

³⁴¹ Братусь С.Н. Указ. соч. С. 69; Основные положения гражданского права. Указ. соч. С. 47.

чтобы обеспечить добросовестное и надлежащее осуществление гражданских прав и исполнение гражданских обязанностей». Оставляя в стороне ряд вопросов к логичности и обоснованности заявленного посыла, заметим, что среди этих средств указывается потребность введения принципа добросовестности, из чего, видимо, нужно сделать небесспорный вывод, что прежде гражданское право не признавало данный принцип³⁴². Помимо прочего можно встретить утверждение, что в ст. 1 и ст. 10 ГК РФ законодатель ввел новое понимание принципа добросовестности: в так называемом объективном смысле.

Само по себе деление добросовестности на два «смысла» так же не бесспорно, однако в отечественной доктрине нашло авторитетную поддержку³⁴³. В этом случае принято говорить, что объективная добросовестность настраивает действительное поведение в соответствии с неким объективным стандартом среднего участника оборота, учитывающего права и законные интересы другого лица, а субъективная добросовестность указывает на извинительное незнание неких юридически значимых обстоятельств, с которыми закон обычно связывает определенные правовые последствия³⁴⁴. При этом сразу нужно оговориться, что во-первых, такое деление не всеми признается³⁴⁵, а во-вторых, сложно непротиворечиво представить, что же имел ввиду законодатель, например, в п. 2 ст. 6 или п. 1 ст. 10 ГК РФ, если не добросовестность как некую должную (эталонную) модель поведения (если вообще допускать такое понимание концепции добросовестности).

³⁴² Иной подход: Нам. К.В. Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук «Принцип добросовестности. Основы теории и правоприменения в контексте немецкого правового опыта». М. 2021. С. 344.

³⁴³ Новицкий И. Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права. – 2006. – № 1 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «Консультант Плюс»; Дождев Д.В. Совершенствование правоприменения новой редакции общей части Гражданского кодекса Российской Федерации: общие принципы в теории и судебной практике. М.: 2017. С. 4.

³⁴⁴ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 "О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации"; Дождев Д.В. Указ. соч. С.4; Нам. К.В. Принцип добросовестности: некоторые проблемы развития доктрины. Вестник гражданского права. № 6, 2017. С. 78; Ср. True und Glaube предполагает стандарт честного, лояльного и внимательного поведения, учитывающее интересы другой стороны, включающее защиту разумного доверия. Zimmermann, Whittaker. Op. cit. P. 31.

³⁴⁵ Нам. К.В. Принцип добросовестности: некоторые проблемы развития доктрины. Вестник гражданского права. № 6, 2017. С. 80; Церковников М.А. О добросовестности в институтах вещного права // Вестник гражданского права. 2017. № 2- СПС «КонсультантПлюс»; Егоров А. В. Принцип добросовестности в Гражданском кодексе РФ: первые шаги реформы // Legal insight. 2013. № 2. С. 7; Фомина А. В. Соотношение принципов презумпции добросовестности и презумпции виновности в гражданском праве РФ // Северо-Кавказский юридический вестник. 2001. № 2. С. 92.

Так или иначе, но не вдаваясь в сущностный и тем более терминологический спор между сторонниками и противниками данного деления, отметим, что изучение добросовестности в разрезе его признанного понимания как принципа гражданского права не обязательно требует одновременного рассмотрения данной категории еще и как извинительного незнания соответствующих фактов. Указанные правовые явления вполне допустимо изучать отдельно и вне концентрации на спорном аспекте наличия или отсутствия связи с категорией доброй совести и их взаимном соотношении³⁴⁶.

Проблеме «смысла» категории добросовестности в литературе традиционно уделяется много внимания. Добросовестность понимают как основное начало гражданского права,³⁴⁷ «каучуковое» правило, расширяющее рамки судейского усмотрения и позволяющее выходить за рамки законности³⁴⁸, как состояние невиновности³⁴⁹, как принцип-презумпция³⁵⁰, как средство социализации права и укрепления нравственных начал³⁵¹, как дополнительное требование, апеллирующее к нравственности³⁵², идеал честного поведения³⁵³, стандарт поведения³⁵⁴, как предположение³⁵⁵, морально-нравственное

³⁴⁶ Нам. К.В. Принцип добросовестности: некоторые проблемы развития доктрины. Вестник гражданского права. № 6, 2017. С. 78.

³⁴⁷ Харсеева В. Л. Понятие и содержание принципа добросовестности в гражданском праве // Общество: политика, экономика, право. 2013. № 4. С. 125.

³⁴⁸ Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. М., 1992. С. 21.

³⁴⁹ Емельянов В.И. Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами. – М.: "Лекс-Книга", 2002. – С. 91 – 92.; Богданов Е. Категория "добросовестности" в гражданском праве // Российская юстиция. 1999. № 9. URL: <http://base.garant.ru/3541320/> (дата обращения 20.12.2019)

³⁵⁰ Виниченко Ю.В. О презумпции добросовестности в российском праве. Ученые записки Казанского университета. Серия гуманитарные науки. 2018. С. 285- 298.

³⁵¹ Богданов Е.В. Гражданское право России как регулятор экономических отношений // Законодательство и экономика. – 2012. – № 1. – С. 34.

³⁵² Дождев Д.В. Добросовестность (bona des) как правовой принцип // Политико-правовые ценности: история и современность. – М., 2000. – С. 97

³⁵³ Кулапов В. Л., Малько А. В. Теория государства и права. М.: Норма: ИНФРА-М, 2011. С. 196.

³⁵⁴ Богданов Д. Е. Указ. соч. С. 102.; Микрюков В.А. Принцип добросовестности — новый нравственный ограничитель гражданских прав // Журнал российского права. 2013. №6. С. 17—24.

³⁵⁵ Трунин А. А. Добросовестность как предположение. (на примере толкования договора) // Правоведение. - 2015, № 4. С. 112

понятие³⁵⁶, как частноправовой инструмент ограничения автономии воли³⁵⁷, как норма-правило³⁵⁸, генеральная оговорка³⁵⁹ и даже как этически нейтральную категорию.³⁶⁰ При этом еще чаще встречаются работы, в которых авторы ограничиваются перечислением чужих взглядов на понимание добросовестности, не замечая научную и практическую бесплодность такого подхода³⁶¹.

Таким образом, нетрудно заметить, что несмотря на частое использование концепции добросовестности в законе и правоприменительной практике, наука затрудняется сформулировать конвенциональное понимание данной концепции. Большинство научных работ по данной теме содержит рассуждения общего характера, не позволяющие увидеть сколько-нибудь предсказуемые критерии практического использования данной концепции.

В контексте нашей темы наибольший интерес представляет добросовестность в стандартном своем понимании, а именно, как правовой принцип³⁶². В этом смысле изучение добросовестности в указанном контексте позволило выявить ее функциональное проявление в двух направлениях.

Во-первых, по внешним признакам можно заметить, что концепция добросовестности нацелена на саморегуляцию поведения участников социального взаимодействия, которые должны ограничивать эгоизм в преследовании своих интересов и учитывать конкурирующие интересы иных

³⁵⁶ Вердян Г.В. Теория добросовестности как философская и социальная категория // Вестник финансового университета. 2011. № 5. С. 25; Поляков М.А. Общеправовой принцип добросовестности в современном российском праве // Вестник Нижегородской академии МВД России, 2011, № 1 (14). С. 386; Гаврилов Ю.В. Значение принципа добросовестности в системе принципов российского гражданского права // Вестник Балтийского федерального университета им. И. Канта. 2015. Вып. 9. С. 86—93.

³⁵⁷ Бибиков А.И. О понятии добросовестности в гражданском праве // Евразийский Союз Ученых (ЕСУ), № VIII, 2014. С. 8-11.

³⁵⁸ Нам. К.В. Принцип добросовестности как норма-правило // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. № 1. 2020. С. 57.

³⁵⁹ Нам. К.В. Указ. соч. С. 59.

³⁶⁰ Ульянов А.В. Добросовестность в гражданском праве // Журнал российского права. – 2014. № 6. – С.133–140

³⁶¹ Рыженков А.Я. Принцип добросовестности в обновленном гражданском законодательстве // Пробелы в российском законодательстве. № 3. 2013. С. 69; Филиппова Т.А., Жаркенова С.Б. Принцип добросовестности при исполнении обязательства // Известия АлтГУ. Юридические науки. 2018. № 6 (104) С. 197- 202; Федин И.Г. Добросовестность как правовая категория. Актуальные проблемы российского права. 2018. № 4 (89). С. 21-30; Мерзликина Р. А. Принцип “добросовестность” в гражданском законодательстве // Юридические исследования. № 3. 2013. С. 50-51.

³⁶² Нам. К.В. Принцип добросовестности как норма-правило // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. № 1. 2020. С. 57.

лиц³⁶³. Собственно, об этом написано в п. 3 ст. 1 ГК РФ³⁶⁴. В этом смысле можно предположить, что участники оборота должны руководствоваться не только, условно говоря, законом или договором, но и неким дополнительным регулятором под названием добросовестность³⁶⁵. Более того, по формальным признакам и сам кодекс в п. 4 ст. 1 ГК РФ настраивает на принципиально мыслимое несовпадение требований закона и добросовестности³⁶⁶. Такой дополнительный источник правового регулирования теоретически может служить проводником, например, нравственных начал в гражданском праве, смягчая или ужесточая его под воздействием внеправовых ценностей более высокого порядка. Однако, при таком подходе становится крайне важно заранее понимать, какое именно поведение ожидает правопорядок от участников оборота при вступлении в те или иные социальные отношения помимо тех, что указаны в позитивном праве. Но вся сложность ситуации заключается в принципиальной невозможности единообразного (и стабильного на протяжении сколько-нибудь длительного времени) понимания такого источника (например, нравственных категорий) регулирования конкретно складывающихся отношений в определенном фактическом контексте как внутри одного правопорядка, так и в отношениях субъектов из разных правопорядков.

Другой связанной проблемой является сложность для участников оборота однообразного дедуктивного выведения конкретной диспозиции поощряемой (предполагаемой) правовой нормы, даже если допустить единообразное понимание лежащих в основе такой нормы нравственных идей и ценностей. Последняя проблема усугубляется еще и тем немаловажным обстоятельством, что правильное понимание ожидаемого поведения будет оцениваться судом

³⁶³ «Общее предписание, адресованное участникам гражданских правоотношений» См. Скловский К.И. Применение права и принцип добросовестности // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. № 2. 2018. С. 96; Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / А. В. Асосков, В. В. Байбак, Р. С. Бевзенко [и др.] ; отв. ред. А. Г. Карапетов. – Москва: М-Логос, 2020. С. 167.

³⁶⁴ Об этом указано и в п. 1 постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»

³⁶⁵ Новицкий И. Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права. – 2006. – № 1 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «Консультант Плюс».

³⁶⁶ Скловский К.И. Указ соч. С. 95

впоследствии и ретроспективно, что вносит соответствующую неопределенность в правоотношения и справедливо ставит вопрос о практической пользе и значении самостоятельной аналитической работы участников оборота в целях соизмерения своего поведения с потенциально мыслимыми категориями, наполняющими принцип добросовестности.

Таким образом, ни в самом законе, ни в ином потенциально мыслимом внешне объективированном источнике формирования стандарта добросовестного поведения мы не находим четко сформулированных правил, образующих требуемый стандарт, и более того, пока не можем предсказуемо познать этот внешний источник³⁶⁷.

Это довольно чувствительная проблема в ситуации, когда требование соблюдать нечто имеется, но содержательное понимание данного требования оказывается недоступным³⁶⁸. Однако, представляется, что в проблематике добросовестности акценты нужно выставлять несколько иначе³⁶⁹.

Вторая функциональная направленность концепции добросовестности заключается в появлении возможности (правового обоснования) обращения к механизму развития писаного права средствами судебного правотворчества³⁷⁰. В

³⁶⁷ Тем не менее встречаются авторы, излишне упрощающие остроту проблемы, называя, например, содержащиеся в п. 3 ст. 307 ГК РФ абстрактные требования искомыми «критериями добросовестности», что, безусловно, в корне неверно хотя бы уже по тем причинам, что указанные виды поведения 1) не являются достаточными в том смысле, что не исчерпывают возможный перечень видов поведения, отмеченных знаком доброй совести, 2) принципиально не являются необходимыми для каждого анализируемого случая, 3) сами нуждаются в детализации в конкретных случаях, без чего указанные требования становятся бесполезными, превращаясь не более, чем в моральные пожелания. См. Голубцов В.Г. Принцип добросовестности как элемент правового механизма стимулирования должника к надлежащему исполнению обязательств и гарантирования интересов кредиторов: анализ судебно-арбитражной практики// "Вестник Пермского университета. Юридические науки", 2016, № 2 - URL: <http://base.garant.ru/57289218/> (дата обращения: 14.12.2019).

³⁶⁸ Эта особенность ярко бросается в глаза и, казалось бы, должна в первую очередь обращать на себя внимание исследователей, отстаивающих рассмотрение добросовестности через призму принципа права. Многочисленные работы, так или иначе затрагивающие данную концепцию, традиционно указывают на различные стороны принципа права: его общеобязательность, максимальную абстрактность, потребность в конкретизации через нормы права и/или судебное рассмотрение конкретных дел и т.п., однако, видно, что постоянно ускользает от внимания исследователей главный вопрос: как же соблюдать положение о доброй совести в конкретном правоприменении (т.е. участникам оборота, если отстаивать позицию, что принцип обращен именно к ним в качестве некоего требования и/или суду, если защищать тезис о судебной конкретизации данного принципа). См.: Склоцкий К.И. Указ. соч. С. 101

³⁶⁹ В отечественной литературе трудно найти позицию, близко похожую на высказанную в данной работе. Но даже там, где двойственность добросовестности допускается, предпринимаются попытки снизить значимость такого деления, с чем очень сложно согласиться. См. Нам. К.В. Принцип добросовестности как норма-правило// Вестник экономического правосудия Российской Федерации. № 1. 2020. С. 67.

³⁷⁰ Иную точку зрения высказал К.В. Нам, что, однако, не помешало автору признать, что иногда «последовательное судебное корректирование применения позитивных норм в многочисленных однородных делах, доктринальное обоснование, оформление и систематизация таких подходов по факту приводят к

этом контексте вспоминается одна из распознаваемых ролей добросовестности в Германии, которая в самом широком практическом смысле сводилась к образованию своего рода шлюза, через который в правовую систему проникали актуальные для определенного времени социально-этические ценности³⁷¹. Законодатель объективно не способен предусмотреть все многообразие жизненных ситуаций и обеспечить их соответствующими правилами поведения³⁷². В таких условиях именно суд получает возможность не просто буквально применять закон и обеспечивать исполнение обязательств, но адаптировать поведение участников оборота с точки зрения актуальных политико-правовых ценностей, релевантных для данного разбираемого случая. В результате, как справедливо отметил А.Д. Рудоквас, наличие в континентальных правовых порядках «общих оговорок» относительно добросовестности, разумности и справедливости с неизбежностью приводит к формированию судебной практикой нормативного массива «второго уровня» по отношению к позитивному праву, порождая дуализм любой правовой системы, подобный тому, который был институционализирован в римском праве сосуществованием «цивильного права» с «преторским правом», а в английском праве – «общего права» с «правом справедливости»³⁷³.

Практические наблюдения показывают, что именно суд ретроспективно оценивает было ли рассматриваемое поведение добросовестным или нет. Никаких заранее определенных критериев для такой оценки не предполагается и в этом смысле можно лишь предлагать те или иные варианты политико-правовых ценностей, которые могут быть положены в основу нахождения баланса при судебном взвешивании конкурирующих интересов (судебного

появлению новых правовых институтов, многие из которых потом и де-юре становятся нормами позитивного права». См.: Нам. К.В. Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук «Принцип добросовестности. Основы теории и правоприменения в контексте немецкого правового опыта». М. 2021 С. 279-280.

³⁷¹ Дождев Д.В. Принцип добросовестности в гражданском праве// Принцип формального равенства и взаимное признание права. М., 2016. С. 151; Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Далее GG). Zimmermann, Whittaker. Op. cit. P. 23.

³⁷² Нельзя сказать, чтобы не было попыток. Например, Прусское земское уложение 1794 г. с 15 тысячами параграфов или Гражданский кодекс Марии Терезии 1766 г. в 8 томах.

³⁷³ Rudokvas A.D. Trust and Fiduciary Ownership in Russia// KLRI Journal of Law and Legislation. V. 7. № 2, 2017. P. 58.

усмотрения) при разрешении потенциальных споров. При этом в аспекте такого понимания механики действия принципа добросовестности важно в первую очередь понять другое: несмотря на то, что буквально законодатель обращается с требованием добросовестности именно к участникам оборота, актуального механизма самостоятельной оценки своего планируемого или уже совершенного поведения они не имеют³⁷⁴.

Суд ретроспективно оценивает поведение участников оборота и только суд определяет соответствие данного поведения некоему неписанному правилу поощряемого поведения³⁷⁵. Причем такой контроль осуществляется судом *ad hoc* и поэтому применимость решения суда по конкретному делу в разрезе иных отношений может вызывать некоторые сомнения. Лишь когда высшая судебная инстанция сформирует правовую позицию, релевантную для определенной группы дел с однотипной фабулой, можно говорить, что появилось внешне объективированное правило поведения (суть позитивное право «второго уровня»), образованное посредством судебного правотворчества³⁷⁶. В таких случаях правоприменитель сможет соизмерять свое планируемое или реальное поведение с правилом поведения, называемым правопорядком в качестве соответствующего принципу добросовестности, поскольку кристаллизация таких правил была осуществлена средствами судебной практики. При этом в любом случае данная сформированная практика будет постоянно опаздывать, формируя новое правило поведения с некоторой задержкой.

И тем не менее, даже с учетом данного недостатка обратный подход, а именно, бескомпромиссный акцент на требованиях к участникам оборота самостоятельно соизмерять свое поведение с неким неписанным стандартом

³⁷⁴ Актуальность определяется адекватностью найденных критериев любым возможным отношениям и обстоятельствам. Как мы покажем далее, инструменты для оценки собственного поведения в качестве добросовестного всегда будут отличаться принципиальной неполнотой.

³⁷⁵ Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / А. В. Асосков, В. В. Байбак, Р. С. Бевзенко [и др.] ; отв. ред. А. Г. Карапетов. – Москва: М-Логос, 2020. С. 87.

³⁷⁶ Как справедливо было подмечено, «истолковывая законодательство, судьи создают право, и это происходит во всех правовых системах, где существуют независимые суды»- Р. Кутер, Т. Улен. Право и экономика; пер. с англ. под науч. ред. Д. Раскова при участии М. Тимофеева. - М.: Издательский дом «Дело» РАНХиГС, 2018 С. 78.

добросовестности, представляется менее неэффективным³⁷⁷. Такая двухстадийность оценки поведения участников оборота на предмет его соответствия принципу доброй совести справедливо может поставить вопрос о значении и пользе первой стадии (самооценки), если реальное практическое значение имеет только вторая стадия судебного раскрытия принципа добросовестности применительно к обстоятельствам рассматриваемого спора. Помимо прочего, постоянная потребность такого «угадывания» ожидаемого добросовестного поведения, а на самом деле предполагаемого решения потенциального судебного спора, не может нести позитивный заряд в реальной хозяйственной практике, участники которой, как считается, должны стараться принимать эффективные экономические решения³⁷⁸.

Таким образом, изначально познавательные акценты нужно сдвигать с самооценки поведения участника оборота на судебную механику оценки поведения данного субъекта, поскольку в практической плоскости не кто иной, как именно суд в качестве единственной управомоченной инстанции способен определить что есть добросовестно, а что нет, формируя тем самым модельные ожидания типизированных решений по делам со схожей фабулой³⁷⁹. Когда та или иная модель оценки поведения участников оборота на предмет соответствия добросовестности попадает в Пленум Верховного суда РФ (далее, ВС РФ), то такая модель превращается в правовую позицию высшей судебной инстанции, которая настраивает нижестоящие суды на одинаковое разрешение однотипных кейсов³⁸⁰. Такая сформированная правовая позиция, доступная для

³⁷⁷ Если продолжить мысль одного автора, что абстрактность принципа добросовестности означает то, что «он сам по себе без конкретизации не диктует какого-либо общего правила с четким и определенным содержанием», то вывод напрашивается один: нет правила- нет и требования его соблюдения. Нам. К.В. Принцип добросовестности как норма-правило// Вестник экономического правосудия Российской Федерации. № 1. 2020. С. 60.

³⁷⁸ Фактически, никто этим заниматься и не будет.

³⁷⁹ Одним из путей преодоления неопределенности содержания принципа добросовестности является обращение к прецедентам толкования данного понятия в предшествующих аналогичных делах. Дроздова Т.Ю. Добросовестность в российском гражданском праве. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Иркутск, 2004. С.19.

³⁸⁰ В силу конституционно-правового статуса ВС РФ дает разъяснения по вопросам судебной практики (ст. 126 Конституции РФ). Также, согласно ст. 5 Федерального конституционного закона от 05.02.2014 г. № 3-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации», Пленум ВС РФ рассматривает материалы анализа и обобщения судебной практики и дает разъяснения судам по вопросам судебной практики в целях обеспечения единообразного применения законодательства РФ. Соответственно, установлено и основание для отмены или изменения судебных постановлений в порядке надзора (ст. 308.8. АПК РФ, ст. 391.9 ГПК РФ, ст. 341 КАС РФ). См. также Постановление Конституционного Суда РФ от 23.12.2013 № 29-П "По делу о проверке

общественности, с различной степенью детализации и качества юридической техники в мотивировке выносимого акта формирует гипотезу и диспозицию нормы права, сгенерированной судебной практикой³⁸¹.

Именно с такой правовой нормой имеет смысл соизмерять свое поведение участнику оборота, что создает большую степень уверенности, что при отсутствии новых привходящих факторов, способных повлиять на переоценку обстоятельств, решение по такому же делу будет однотипно предсказуемым³⁸². И как было упомянуто выше, в такой системе всегда будет проблема некоторого временного разрыва между потребностью в определенности права при вступлении в отношения участниками оборота с нетипичными обстоятельствами дела и удовлетворением этой потребности путем формирования высшим судом соответствующей правовой позиции. В промежутке между этими точками участники оборота всегда будут в зоне риска, никогда до конца не понимая, как именно нужно выстраивать свои отношения, чтобы суд впоследствии не расценил это поведение в качестве недобросовестного.

Такая ситуация имеет потенциально дестабилизирующий характер в условиях наличия требования к поведению участников оборота и при отсутствии возможности заранее и самостоятельно успешно познать эти самые требования. В ответ на практическую потребность наполнить конкретным регуляторным содержанием объективный стандарт добросовестного поведения, обращенного к участникам оборота, Верховный суд сформировал некий общий

конституционности абзаца первого пункта 1 статьи 1158 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина М.В. Кондрачука" (далее, КС РФ). Правда, есть довольно ощутимые сложности, связанные с редкостью надзорного производства, а также со значением для практики определений судебных коллегий ВС РФ особенно в свете Постановления КС РФ от 17.10.2017 № 24-П "По делу о проверке конституционности пункта 5 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан Д.А. Абрамова, В.А. Ветлугаева и других". Идея Иванова А.А. про работу на опережение: С.Л. Савельев. Прецедент в России. Унификационный потенциал практики Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ. – Москва: Статут, 2020. С. 4

³⁸¹ Нам. К.В. Принцип добросовестности как норма-правило// Вестник экономического правосудия Российской Федерации. № 1. 2020. С. 58; Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / А. В. Асосков, В. В. Байбак, Р. С. Бевзенко [и др.] ; отв. ред. А. Г. Карапетов. – Москва : М-Логос, 2020. С. 189.

³⁸² Подход К.В. Нама к добросовестности как «технической норме», предназначенной для поиска решения, единственно правильного для конкретной ситуации, с поиском «индивидуальной справедливости» в ущерб «справедливости общеправовой» наоборот создает предпосылки для правовой неопределенности. Нам. К.В. Принцип добросовестности как норма-правило// Вестник экономического правосудия Российской Федерации. № 1. 2020. С. 61.

системообразующий оценочный вектор, позволяющий при высокой степени соответствия ему с максимальной долей уверенности избежать ретроспективного осуждения судом рассматриваемого поведения в качестве недобросовестного³⁸³. В п. 1 постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее — постановление № 25) указывается, что добросовестным является такое поведение, которое ожидается от любого участника оборота, учитывающего права и интересы другой лица, обменивающегося необходимой информацией³⁸⁴.

Проблема только заключается в том, что несмотря на положительные отзывы в доктрине, практическая польза от такого широкого вектора определения допустимого (добросовестного) поведения в действительности стремится к нулю³⁸⁵. Тотальная забота о контрагенте, стопроцентный учет его интересов в ущерб своим интересам, полное раскрытие ЛЮБОЙ (необходимой) информации, хотя бы отдаленно имеющей намек на важность для другой стороны безусловно устраняет риск ex post негативной судебной оценки поведения такого контрагента в качестве недобросовестного. Однако много ли пользы от такого бесхитростного поведения, мало оставляющего личным интересам и так много интересам контрагента в условиях пока еще доминирующей конкурентной модели относительно свободного рынка? Если представить предложенное ВС РФ правило, которое якобы наполняет содержанием принцип добросовестности, в виде шкалы от 0 до 10, то лишь максимальный учет чужих интересов (в бухгалтерском смысле учитывать- это значит вычитать, т.е. на воображаемой шкале это 0) будет гарантированно

³⁸³ Конечно, выработка этой позиции должна формировать единообразие судебной практики, однако, такого рода абстрактными позициями этого не сделать.

³⁸⁴ Данное предписание в силу своей абстрактности признается не нормативным, однако, указывается, что участники оборота все равно связаны им. Нам. К.В. Там же. С. 65

³⁸⁵ Смотрите иную позицию К.В. Нама, который считает, что обязанность учета прав и интересов другой стороны правоотношения является действенным средством для уяснения содержания правил поведения. Нам. К.В. Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук «Принцип добросовестности. Основы теории и правоприменения в контексте немецкого правового опыта». М. 2021. С. 235. В действительности, как нам представляется, это никакое не средство, поскольку сам по себе «учет» не отвечает на вопрос о том, какой критерий лежит в основе определения приемлемости того или иного варианта решения.

соответствовать стандарту добросовестного поведения без риска последующего судебного осуждения такого поведения. Но проблема заключается в том, что такой максимальный частнопредпринимательский патернализм вряд ли можно расценить как норму. Совершенно очевидно, что можно и нужно иметь в виду множество обстоятельств конкретных правоотношений, сдвигающих «индикатор добросовестности» на гипотетической шкале от «нуля» к иным значениям, вплоть до воображаемой «десятки» (полное умолчание информации в нашем случае). Но познать эти «полутона», средние величины допустимого поведения на основе лишь указанного правила об учете прав и законных интересов другой стороны совершенно невозможно.

При этом здоровая конкуренция подразумевает совсем иное: пользу и преимущества должен иметь активный и умелый участник оборота, который способен эффективно собирать релевантную информацию об открывающихся возможностях для увеличения собственного экономического благосостояния³⁸⁶. Обязанность всегда делиться информацией обо всех фактах, которые в силу их ценности также имеют значение для стороны о них не знающей, сильно подрывает всякие рыночные стимулы для инициативы и инвестиций в свои знания и способности, что однозначно негативно скажется на общественном благосостоянии в долгосрочной перспективе³⁸⁷.

Соответственно, оба пути гипотетически возможны: буквально выполнять правило, сформулированное ВС РФ и/или ждать формирования судебной практики, индуктивно выводящей более детальные и точечные правила поведения на основе разбираемых кейсов³⁸⁸.

И тот и другой путь представляются малоэффективными, т.е. в одном случае подрываются стимулы для эффективности рыночной экономики, построенной на здоровом эгоизме, а во втором случае, постоянная работа в

³⁸⁶ Однако, мы также понимаем, что свобода в тотальном эгоизме в преследовании своих интересов это такая же крайность, как и абстрактное требование учета прав и законных интересов других лиц.

³⁸⁷ Kronman, A. T. Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts. *The Journal of Legal Studies*, 7(1), 1978. P. 9.

³⁸⁸ Скловский К.И. Указ. соч. С. 100. О судебном прецеденте: <https://rg.ru/2020/07/17/verhovniy-sud-arbitraj-dok.html> <https://rg.ru/2020/07/17/vs-dok.html>

состоянии правовой неопределенности под риском быть привлеченным к ответственности при полной неспособности заранее понять, где находится грань между дозволенным и порицаемым поведением с точки зрения абстрактных требований добросовестности.

Как мы уже сказали, первый путь дает слишком общие ориентиры гарантированно дозволенного поведения. Эти границы настолько далеки от реально необходимых в конкретном случае, что ценность таких границ для целей самостоятельного познания весьма сомнительна. С другой стороны, индуктивное выведение правил добросовестного поведения может показать высокую эффективность на длинной дистанции, как это случилось в судебной практике Германии вопреки сомнениям, например, И.А. Покровского в разрезе проблем определенности и прочности права³⁸⁹. Но данный путь требует много времени, большой креативности, смелости и интеллектуальных сил судебного сообщества, при сопутствующем накопительном итоге негативных эффектов в условиях медленного содержательного наполнения принципа добросовестности, хотя и стремящихся (эффектов) к уменьшению (но не общего итога) за счет снижения количества ошибок по мере роста определенности права.

Соответственно, для устранения пропасти правовой неопределенности в промежутке между актуальным состоянием доктрины добросовестности и неким отдаленным состоянием накопленного багажа однотипных кейсов, формирующих правовые ожидания участников оборота посредством выявления предсказуемой судебной оценки такого рода поведения, необходимо попробовать предложить рабочую модель, которая поможет ускорить повышение предсказуемости одобряемого поведения без долгого ожидания прохождения конкретных случаев через судебную практику³⁹⁰.

³⁸⁹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут (в серии «Классика российской цивилистики»), 1998. С. 262.

³⁹⁰ Например, в Германии добросовестность использовалась как механизм практики и доктрины, с помощью которого правопорядок развивался, что позволило создать и новые институты, отсутствующие в позитивном праве. Ширвиндт А.М. Указ. соч. С. 217; Нам К.В. Развитие принципа добросовестности (Treu und Glauben). Современный этап. Внутренняя систематика// Вестник экономического правосудия Российской Федерации. № 7. 2018. С. 86.

При этом нужно сделать очень важный вывод- предлагаемый акцент на судебном правотворчестве, внешне выражающемся в ретроспективной оценке судом рассматриваемого поведения, позволяет увидеть за требованием к участникам оборота вести себя добросовестно не что иное как просто требование вести себя по праву - праву, формируемому судебной властью путем скрупулезного нахождения баланса конфликтующих интересов при взвешивании политико-правовых ценностей, релевантных в однотипных рассматриваемых случаях³⁹¹. В этом смысле добросовестность — это не какой-то внеправовой нескончаемый источник справедливых правил, дедуктивно открываемых судом как естественное право или законы физики. Добросовестность — это можно сказать и есть право, живое, актуальное, динамично развивающее требования закона и адаптирующее его в соответствии с меняющимися целями правового развития³⁹². В этом смысле можно увидеть, что наш подход *mutatis mutandis* имеет некоторое историческое основание в европейской цивилистической традиции. Подобный подход был известен еще в римском праве, и что важно, теперь получает особую актуальность в отечественном правопорядке на фоне вопроса соотношения позитивного права и права, развивающегося под эгидой добросовестности. Два противоположных принципа (консерватизм и прогрессивность) прекрасно уживались в сознании

³⁹¹ К. И. Скловский приводит пример с добросовестным владельцем, который одновременно является владельцем незаконным в обоснование позиции, что недобросовестность всегда имеет право на обсуждение только в контексте действий правомерных (видимо, и наоборот). Такая позиция снова показывает неприемлемость смещения под козырьком единого понятия добросовестности того, что относится к судебному развитию права и в конечном счете выливается в формирование нормативной системы «второго уровня», и психологического состояния знания/ не знания неких юридически значимых фактов. См.: Скловский К.И. Указ. соч. С. 95.

³⁹² В этом смысле интересно завершение параграфа IV, посвященного True und Glauben: § 242 ГГУ не является ни «queen of rules», ни «bane plague», а приглашением или напоминанием о том, что суды выполняют все то, что они делают, и всегда делали: указывать, дополнять и изменять закон, т. е. развивать его в соответствии с воспринимаемыми потребностями своего времени. См.: Zimmermann, Whittaker. Op. cit. P. 32; добрая совесть - это всего лишь слова закона, которые судья или ученый произносят, когда принимаются за правовое творчество. Ширвиндт А.М. Указ. соч. С. 223. Иное мнение высказано К.В. Намом, который считает, что “принцип добросовестности призван не создавать новые правовые положения и нормы, а корректировать правовое регулирование конкретных правоотношений в случаях, когда формальное регулирование отклоняется от тех целей и задач, которые преследуются и подразумеваются правом. Иными словами, приводить букву закона в соответствие с его духом”. Нам К.В. Развитие принципа добросовестности (Treu und Glauben). Современный этап. Внутренняя систематика// Вестник экономического правосудия Российской Федерации. № 7. 2018. С. 89. Однако, как метко указано авторитетными авторами, на данный момент не удалось найти действенную формулу, которая определяет границу, которая должна быть проведена между тем, что может быть должным образом классифицировано как интерпретация и тем, что называется судебным развитием закона. См. Zimmermann, Whittaker. Op. cit. P. 22.

римского юриста. Уважение к гражданскому праву вовсе не исключало возможности адаптации правового регулирования посредством преторских эдиктов, которые по сути формировали правовую систему второго уровня (*ius praetorium*), которая при этом вовсе не отменяла гражданское право (*ius civile*), а наоборот, активно взаимодействовала с ним *iuris civilis supplendi et corrigendi gratia*.³⁹³ Более того, под воздействием преторских эдиктов, в римском праве появились новые институты, например, бонитарная собственность. При этом надо заметить некоторую принципиальную схожесть в деятельности римского претора и английского лорда-канцлера (канцлерский суд)³⁹⁴. Формируемые им доктрины и нормы постепенно складывались в систему -право справедливости (*law of equity*), которая к XVIII веку, вне всякого сомнения, уже носила прецедентный характер, как и нормы общего права³⁹⁵.

Соответственно, если смотреть на добросовестность под таким углом, то возникает сомнение в верности тезиса, что добросовестность является одним из «пределов осуществления гражданских прав»³⁹⁶. Если и пытаться говорить в подобном ключе, то во-первых, нужно учитывать функциональную направленность данной категории, во-вторых, учитывать, что добросовестность (в смысле такого функционала, как судебного правотворческого механизма) может накладывать свой отпечаток не на право, но на свободу воли и в-третьих, с точки зрения направленности на поведение участников оборота норм «открытых» или откорректированных посредством судебного правотворчества, вообще такая постановка вопроса не имеет смысла. Право и корреспондирующие ему обязанности всегда имеют границы. Право, которое имеет своим источником

³⁹³ Римское частное право: учебник / под ред. И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского. – М. : КноРус, 2013.

³⁹⁴ Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / А. В. Асосков, В. В. Байбак, Р. С. Бевзенко [и др.] ; отв. ред. А. Г. Карапетов. – Москва : М-Логос, 2020. С. 156; Rudokvas A.D. Trust and Fiduciary Ownership in Russia// KLRI Journal of Law and Legislation. V. 7. № 2, 2017. P. 58.

³⁹⁵ Цвайгерт К., Кёtz Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х тт. — Том I. Основы: Пер. с нем. — М.: Междунар. отношения, 2000.С. 286;

³⁹⁶ См. Вердиян Г.В. Реализация принципа добросовестности в современном гражданском праве// Правовая инициатива. 2013. № 10. URL: <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=20800388> (дата обращения 29.12.2019); Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / А. В. Асосков, В. В. Байбак, Р. С. Бевзенко [и др.] ; отв. ред. А. Г. Карапетов. – Москва : М-Логос, 2020. С. 168.

механизм судебного правотворчества под знаком принципа добросовестности, не ограничивает само себя. Оно просто существует в установленном судом пределе³⁹⁷.

В заключение следует задать вопрос: а можно ли каким-то образом выработать релевантные для нашей темы общие правила добросовестного информационного взаимодействия иначе, чем через судебное правотворчество?³⁹⁸ На данный момент ответ очевиден: никак³⁹⁹. Другое дело, что мы можем предложить некую исходную модель, позволяющую как минимум найти более адекватные общие границы добросовестного информационного взаимодействия, пользуясь которой суды в рамках своей деятельности более системно, а значит и предсказуемо смогли бы ретроспективно оценивать поведение участников оборота, быстрее формируя необходимые и прежде неписанные правила поведения.

В силу сходства правопорядков Франции и Германии, накопивших в доктрине и судебной практике богатый опыт осмысления и детализации концепции информационных обязанностей в ее практическом применении, можно было бы предложить судам действовать «на упреждение», имплементирую в Постановлениях Пленума ВС РФ зарубежный опыт, не дожидаясь возникновения аналогичных казусов в российской правоприменительной практике, однако не механически, а пропуская его сквозь фильтр правовых позиций Конституционного суда РФ. Как это может происходить на практике, и почему такой подход безальтернативен с точки

³⁹⁷ Лугманов Р.Р. Принцип добросовестности как средство развития права// Право и политика. 2021. № 5. С. 68.

³⁹⁸ Скловский К.И. Указ. соч. С. 95.

³⁹⁹ Дождев Д.В. Принцип добросовестности в гражданском праве// Принцип формального равенства и взаимное признание права. М., 2016. С. 151;

Справедливости ради нужно отметить, что, например, И.А. Покровский считал такой подход неприемлемым. См.: Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. – М., Статут (в серии «Классика российской цивилистики»), 1998. С. 103. Отдельно отметим позицию К.В. Нама, который принципиально указывая на необходимость наполнения добросовестности материально-правовым содержанием посредством анализа, систематизации и обобщения судебной практики, задавал справедливый вопрос, «что делать, если такой опыт применения принципа добросовестности отсутствует или незначительный»? И сразу отвечает, что лишь обращение к чужому опыту в сравнительно-правовом ключе может быть единственным выходом, с чем мы, конечно, категорически не согласны. Нам К.В. Принцип добросовестности как норма-правило// Вестник экономического правосудия Российской Федерации. № 1. 2020. С 85; Нам К.В. Принцип добросовестности: некоторые проблемы развития доктрины // Вестник гражданского права. № 6, 2017. С. 60.

зрения создания оптимального правового регулирования в рассматриваемой сфере, мы покажем в дальнейшем.

Таким образом, подход, который мы предлагаем, не создает ненужную конкуренцию судебному правотворчеству, никакой разумной альтернативы которому на самом деле не существует. Мы лишь выявляем инструменты, помогающие судебному правотворчеству эффективнее (а значит и более предсказуемо) функционировать.

2.2. Текущее состояние законодательства и судебной практики информационного взаимодействия в контексте принципа добросовестности

Для толкования, конкретизации закона или его развития (допускаем, что могут быть использованы и какие-то иные формулировки) в целом не имеет значения, как называть тот процесс, в котором участвует суд, действуя под флагом добросовестности⁴⁰⁰. Важно безусловно другое: какие критерии должен класть суд в обоснование своих выводов в рассматриваемом деле?

В литературе, конечно, встречаются работы, в которых обосновывается нормативная самодостаточность концепции добросовестности в свете якобы конкретизирующих поправок ГК РФ в 2015 году (п. 3 ст. 307 ГК РФ и ст. 434.1 ГК РФ)⁴⁰¹. Не менее важный акцент делается и на разъясняющей практике Верховного суда РФ, а именно, на п. 1 Постановления № 25.

Проблема, однако, заключается в том, что якобы центральное требование принципа добросовестности, заключающееся в учете прав и законных интересов других лиц,⁴⁰² во-первых, само нуждается в изрядной конкретизации⁴⁰³, а во-

⁴⁰⁰ Функциональная направленность добросовестности, как она часто понимается в германском праве, безусловно имеет большое значение для доктрины и практики. Наше высказывание касается лишь общего объяснения механизма деятельности суда в силу концепции доброй совести в разрезе нашей темы.

⁴⁰¹ Голубцов В.Г. Принцип добросовестности как элемент правового механизма стимулирования должника к надлежащему исполнению обязательств и гарантирования интересов кредиторов: анализ судебно-арбитражной практики// "Вестник Пермского университета. Юридические науки", 2016, № 2 - URL: <http://base.garant.ru/57289218/> (дата обращения: 14.12.2019).

⁴⁰² А также содействие цели обязательства и тем более предоставление необходимой информации.

⁴⁰³ Нам. К.В. Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук «Принцип добросовестности. Основы теории и правоприменения в контексте немецкого правового опыта». М. 2021. С. 299

вторых, обращено к самим участникам оборота, а не к суду, акцент на деятельности которого мы определили в предыдущем параграфе в качестве наиболее важного вектора действия принципа добросовестности. В этом смысле суду для констатации выполнения/ нарушения требования об учете прав и законных интересов другой стороны все равно нужны некие вспомогательные средства, отсутствующие в предложенных законодателем и ВС РФ формулах⁴⁰⁴. Более того, данные формулы текстуально предельно похожи и в этом смысле разъясняющая роль п. 1 Постановления ВС РФ № 25 может быть поставлена под сомнение⁴⁰⁵. Буквальные формулировки закона (п. 3 ст. 307 и ст. 434.1 ГК РФ) и разъяснения п. 1 постановления Пленума ВС РФ № 25 довольно трудно воспринимать как действенные инструменты (критерии) оценки поведения в контексте доброй совести. Все сказанное особенно ярко видно в разрезе изучаемой темы: информационных обязанностей, поскольку если передача необходимой информации (п. 3 ст. 307 ГК РФ) или содействие в получении необходимой информации (п. 1 ПП ВС № 25) это и есть критерий оценки поведения как добросовестного, то как понять, в каких случаях и какая именно информация должна быть предоставлена, чтобы такое поведение было расценено как соответствующее добросовестности? Поэтому представляется, что акцент на перечисленных поведенческих моделях как на критериях оценки поведения соответствующего либо не соответствующего доброй совести не имеет практического смысла, поскольку всегда будет требоваться еще один и самый главный шаг: оценка конкретного рассматриваемого поведения в аспекте надлежащего учета конкурирующих прав и законных интересов и/или в

⁴⁰⁴ Согласно иному мнению, «вытекающая из принципа добросовестности обязанность учета прав и интересов другой стороны ... является определенным масштабам для правового регулирования». См.: Нам. К.В. Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук «Принцип добросовестности. Основы теории и правоприменения в контексте немецкого правового опыта». М. 2021 С. 110.

⁴⁰⁵ Дополнительное к тексту закона указание на поведение, ожидаемое от любого участника оборота, вряд ли можно оценить положительно, поскольку 1) оно добавляет только путаницу и ложные связи с принятыми в рассматриваемом сегменте спора правилами ведения социального и делового взаимодействия; 2) снова настраивает на некоторую усредненную ожидаемую поведенческую модель вопреки изначальной направленности добросовестности на учет индивидуальных особенностей рассматриваемого случая (как и субъектов отношений).

контексте достаточности объема раскрываемой информации (или упречности ее сокрытия) в данном индивидуальном случае.

Теперь посмотрим, какие общие правовые позиции или закономерности можно обнаружить в судебной-арбитражной практике, которые бы подтвердили или может быть наоборот- поставили под сомнение выдвинутый выше тезис⁴⁰⁶.

Сперва нужно отметить, что п. 3 ст. 307 ГК РФ в доктрине и практике признается своего рода детализацией концепции добросовестности, сформулированной в рамках п. 3 ст. 1 ГК РФ⁴⁰⁷. При этом, однако, можно найти правовую позицию Конституционного суда Российской Федерации (далее, КС РФ), согласно которой в указанном в п. 3 ст. 307 ГК РФ информационном взаимодействии суд нашел выражение не принципа добросовестности, а некоего принципа солидаризма⁴⁰⁸.

Как указано в одном из постановлений, рассматриваемое информационное взаимодействие так же входит и в стандарт добросовестного поведения хозяйствующего субъекта в гражданском обороте, основанный на принципе ожидаемости, то есть предсказуемости действий субъекта, ведущего себя так же, как любое другое лицо, действующее сообразно доброй совести и разумной осмотрительности в делах⁴⁰⁹. Таким образом, имеются некоторые свидетельства того обстоятельства, что иногда судебная практика склонна разграничивать некий принцип солидаризма и принцип добросовестности, вводя в оборот еще и своеобразный принцип ожидаемости (на основании п. 1 ППВС № 25), правда, не предлагая сколько-нибудь внятных критериев его раскрытия. Представляется, однако, что такое активное творчество в создании новых принципов не выглядит оправданным, их содержательная ценность на фоне уже имеющихся принципов

⁴⁰⁶ Анализ практики за 2015- 2019 года специально был нацелен на поиск практического преломления интересующих нас новелл в гражданском законодательстве.

⁴⁰⁷ Решение Арбитражного суда Свердловской области от 01.02.2019 по делу № А60-52714/2018; Витрянский В.В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. М., 2016. С. 231 - 232; Сарбаш С.В. Элементарная догматика обязательств. М., 2016. С. 18 - 20; Карапетов А.Г. Заверения об обстоятельствах и условия о возмещении потерь в новой редакции ГК РФ // Закон. 2015. № 6. С. 45.

⁴⁰⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 10.03.2016 № 7-П. См. также: Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 11.04.2019 № Ф04-778/2019 по делу № А45-14260/2018; Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 10.07.2018 № Ф04-2416/2018 по делу № А27-12804/2017;

⁴⁰⁹ Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 28.12.2017 № Ф04-4932/2017 по делу № А70-14907/2016.

(которые сами крайне нуждаются в единообразном содержательном наполнении) вызывает сомнения; их появление вряд ли способствует делу укрепления правовой определенности⁴¹⁰.

В судебной практике можно обнаружить некоторые намеки на проявление конкретизирующей функции принципа добросовестности (в германском варианте). Однако, в целом Верховный суд по-прежнему является заложником общей линии, изложенной в п. 1 ст. 431 ГК РФ: при толковании условий договора судом принимается во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений (буквальное толкование)⁴¹¹. При этом необходимость для высшей судебной инстанции отреагировать на имплементацию в ГК РФ принципа добросовестности привело к попытке как бы усидеть на двух стульях: при общем тренде буквального толкования смещаются акценты в сторону конкретизирующей функции принципа добросовестности в самом жестком из возможных вариантов: конкретизация смысла использованных в договоре слов и выражений через призму среднего стандарта разумного и добросовестного поведения с одновременным допущением исключений ввиду возможного иного значения под влиянием «деловой практики и иных обстоятельств дела»⁴¹². А между тем конкретизирующая функция принципа добросовестности (например, в Германии) выполняет куда более широкую роль, которая выражается в реконструировании гипотетической воли сторон, как если бы они сами предусмотрели данную конкретизацию имеющихся пробельных условий с учетом прав и законных интересов друг друга⁴¹³. Например, если обязательство

⁴¹⁰Сформулированный КС РФ принцип солидаризма не выглядит по замыслу суда принципом исключительно гражданского права. КС РФ распространил его действие и на поведение участников исполнительного производства (Определение Конституционного Суда РФ от 24.04.2018 № 1076-О).

⁴¹¹ п. 43 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 № 49 "О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении и толковании договора"

⁴¹² Комментарий к постановлению Пленума ВС РФ от 25.12.2018 № 49 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении и толковании договора» (часть 3)// Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2019. № 11. С. 111.

⁴¹³ При этом в разрезе конкретизирующей функции принципа добросовестности есть сомнения в корректности использования излюбленной в доктрине формулы «стандарта добросовестного поведения». Как верно отметил К.В. Нам, определение содержания прав и обязанностей сторон всегда казуистично и не может определяться какими-то объективными стандартами. См.: Нам. К.В. Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук «Принцип добросовестности. Основы теории и правоприменения в контексте немецкого правового опыта». М. 2021. С. 236.

должно быть исполнено в определенный день, но стороны не позаботились об указании конкретного периода времени внутри дня и данное условие нельзя вывести из обычной практики взаимодействия сторон, то добросовестность будет влиять на конкретизацию условия о времени исполнения, запрещая исполнение в ночное и другое явно неудобное и неожиданное для кредитора время. Однако, если обратить внимание на указанное разъяснение, то можно увидеть, что ВС РФ имел ввиду совсем иное. В итоге из данной правовой позиции можно сделать вывод, что учет принципа добросовестности в понимании ВС РФ носит субсидиарный характер и активируется судом только применительно к семантике использованных в договоре слов и выражений, а не к реконструкции гипотетической воли сторон в условиях пробельности последних⁴¹⁴.

Тем не менее, редкие случаи проявления конкретизирующей функции добросовестности все же имеют место. Так, в одном из дел было установлено, что в одном из пунктов договора имелась обязанность поставщика предоставить возможность заказчику провести проверку поставляемого товара на предмет его соответствия требованиям, установленным в техническом задании. Однако, нигде в условиях договора не установлены конкретное место и время проверки, как, впрочем, и сама процедура. Поставщик неоднократно предлагал провести проверку товара в месте нахождения заказчика, однако, последний уклонялся от ответа, впоследствии заявив, что отдельного ответа на обращение поставщика не требовалось. Суд не согласился с позицией заказчика, отметив, что заказчик, действуя добросовестно, должен был дать ответ на обращение поставщика⁴¹⁵.

В свете указанного в п. 43 разъяснения ВС РФ потенциально может возникнуть сомнение также в признании судом дополняющей функции принципа добросовестности, поскольку последняя направлена, как правило, на достижение результатов, которые стороны точно не имели в виду (например, на

⁴¹⁴ Ср.: § 157 Германского гражданского уложения: договоры следует толковать добросовестно, принимая во внимание обычаи оборота.

⁴¹⁵ Постановление Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 13.02.2019 по делу № А06-7540/2018; См. аналогичное дело Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 31.10.2016 № 09АП-50832/2016-ГК по делу № А40-66144/2016

преддоговорной стадии), либо имели ввиду только цель обязательства (в действующем договоре), но без формирования соответствующей воли на принятие на себя вспомогательных обязанностей, служащих достижению цели основного обязательства⁴¹⁶. При этом в целом нельзя не отметить общую противоречивость стремления ВС РФ стоять на прежних формальных правилах буквального толкования условий договора с одной стороны, и позитивно реагировать на потребность учитывать набирающий силу тренд перехода от декларативной к реальной имплементации принципа добросовестности – с другой стороны, например, в разрезе ее функции конкретизации и дополнения.

В то же время, если не ограничивать сферу действия п. 43 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 № 49 исключительно проблемами толкования уже имеющихся в договоре неясно сформулированных условий (без решения, однако, проблемы толкования договора в контексте пробельных условий), то не будут вызывать сомнения постепенно появляющиеся в судебной арбитражной практике случаи действия дополняющей функции добросовестности. Например, обязанность должника уведомить кредитора о возникновении обстоятельства непреодолимой силы⁴¹⁷; обязанность управомоченной стороны уведомить контрагента о своем намерении приостановить или отказаться от исполнения в силу обстоятельств, свидетельствующих, что встречное исполнение не будет произведено в срок⁴¹⁸;

⁴¹⁶ Абз. 3 п. 43 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 № 49 "О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении и толковании договора" гласит, что «толкование договора не должно приводить к такому пониманию условия договора, которое стороны с очевидностью не могли иметь в виду». При этом понимание данного разъяснения в контексте «принципа абсурдности» вполне допустимо, однако, не вполне очевидно.

⁴¹⁷ П. 10 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7 (ред. от 07.02.2017) "О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств".

⁴¹⁸ Абз. 3 п. 57 Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 22.11.2016 № 54 "О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении". Причем правовая позиция, согласно которой право на приостановление исполнения по sinalлагматическому договору должно осуществляться только после предварительного уведомления об этом должника кредитором, поскольку противоположный подход создает правовую неопределенность в отношении того, находится ли в просрочке одна или обе стороны обязательства, довольно часто встречается в судебной практике. См. например, Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 18.03.2019 № 10АП-20854/2018 по делу № А41-26593/18; Постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 20.03.2018 № 11АП-2863/2018 по делу № А55-28806/2017 (Постановлением Арбитражного суда Поволжского округа от 05.07.2018 № Ф06-34568/2018 данное постановление оставлено без изменения); Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 19.07.2017 № Ф07-6935/2017 по делу № А56-33210/2016;

обязанность кредитора в случае просрочки должника уведомить последнего об утрате интереса к принятию исполнения⁴¹⁹; обязанность ответчика при наличии обстоятельств, препятствующих ему своевременно произвести оплату по договору, немедленно уведомить об этом контрагента по наступлении срока исполнения обязательства⁴²⁰; обязанность информирования в контексте применения правил об условных сделках (п. 3 ст. 157 ГК РФ) и условном исполнении обязательств (ст. 327.1 ГК РФ)⁴²¹. Встречаются и более классические примеры проявления дополняющей функции добросовестности в контексте обязанности предоставить информацию, которая прямо влияет на исполнение договора⁴²².

Другой пример дополняющей функции добросовестности связан с ситуациями, когда неисполнение обязанности информирования в рамках одного договорного отношения негативно повлияло на реализацию интереса управомоченного лица в рамках иных договорных отношений с участием тех же лиц⁴²³.

Что касается стадийности информационного взаимодействия, то применительно к преддоговорной стадии динамики обязательства можно было

Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 17.04.2019 № 07АП-2102/2019 по делу № А45-35877/2018 и т.д.

⁴¹⁹ Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 26.03.2019 № Ф04-466/2019; Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 11.10.2018 № Ф04-4379/2018 по делу № А75-17147/2017. Однако, в соответствии с разъяснением в п. 11 Постановления Пленума ВАС РФ от 22.10.1997 № 18 "О некоторых вопросах, связанных с применением Положений Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре поставки" по договорам поставки товаров к определенному сроку уведомления покупателем поставщика об отказе принять просроченные товары не требуется. См. также постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 16.11.2018 № 15АП-16931/2018 по делу № А53-20621/2018). См. также разъяснение правила разграничения строгого и обычного срока договора: постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 02.11.2017 № Ф04-4176/2017 по делу № А75-15294/2016.

⁴²⁰ Постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 25.12.2018 № 09АП-62783/2018 по делу № А40-200893/18.

⁴²¹ Сторона, которая владеет информацией о наступлении соответствующего условия должна сообщить об этом другой стороне, не владеющей такой информацией. См. постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 20.12.2018 № 08АП-11960/2018 по делу № А46-5660/2018; постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 25.01.2017 № Ф07-11452/2016 по делу № А56-83912/2015; постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 18.04.2019 № Ф04-608/2019 по делу № А46-5660/2018; Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 13.12.2018 № Ф04-5462/2018 по делу № А46-5734/2018.

⁴²² Постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 27.11.2018 № 11АП-17057/2018 по делу № А55-14261/2018; постановление Двадцатого арбитражного апелляционного суда от 06.03.2018 № 20АП-4291/2017 по делу № А23-4672/2016.

⁴²³ Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 03.10.2016 № 02АП-7050/2016 по делу № А82-12151/2015; постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 27.09.2017 № 02АП-5130/2017 по делу № А82-5037/2016; Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 29.03.2017 № 02АП-738/2017 по делу № А82-6707/2016.

ожидать обнаружения обилия соответствующей судебной-арбитражной практики, как это можно наблюдать в европейских правовых порядках, например, во Франции и в Германии, где преддоговорная стадия традиционно вызывает неизменно более высокий интерес, чем стадия исполнения договора и тем более постдоговорная стадия. Однако, нашей правоприменительной практике в контексте п. 3 ст. 307 и п.1 п. 2 ст. 434.1 ГК РФ случаи обнаружения преддоговорной обязанности информирования практически неизвестны⁴²⁴. В этом смысле выглядит довольно странно отсутствие со стороны участников оборота так называемого «спроса на право» несмотря на то, что российский правовой порядок не отличается повышенной честностью оборота.

В контексте п. 3 ст. 307 ГК РФ можно отметить одно дело, в котором помимо прочего решался вопрос о преддоговорной обязанности раскрытия информации⁴²⁵. Это дело примечательно выводами суда, что ответчик при заключении договора должен был информировать истца о том, что цена продаваемого ему товара будет отличаться от цены продажи другим покупателям, находящимся в той же группе покупателей, что и истец, а также предоставить ему справедливую и реализуемую возможность приобретения товара по цене, применяемой к этой группе покупателей⁴²⁶. Однако, следует заметить, что за пределами ситуаций явного переговорного неравенства участников оборота, следует избегать идеи генерализации требования о раскрытии информации о ценности предмета сделки. В этом контексте можно вспомнить новеллу 2016 г., а именно, ст. 1112-1 ФГК, в которой французский

⁴²⁴ Апелляционное определение Алтайского краевого суда от 31.05.2017 по делу № 33-5703/2017. В указанном деле истец не представил ответчику полную и достоверную информацию об обстоятельствах, имеющих влияние на размер премии по договору страхования (что влияет на заключение договора), а также внезапно прекратил переговоры. В указанном случае сложно уверенно размышлять в плоскости информационных обязанностей истца, но можно вести речь и о преддоговорных нарушениях иного вида, например, заведомом отсутствии намерения достичь соглашения (п. 2 ст. 434.1 ГК РФ).

⁴²⁵ Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 03.08.2016 № Ф04-2932/2016 по делу № А46-10433/2015

⁴²⁶ Французская практика Кассационного суда Франции имеет отчасти похожий пример учета интересов контрагента. См. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 11 juin 1996, 94-18.250. Однако, в этом деле речь шла об уже заключенном договоре, в рамках которого клиенты компании доверили ей установку систем отопления и горячего водоснабжения, и управление ими в интересах клиентов, что также включает информирование их о любых возможностях благоприятного изменения тарифов. В этом смысле уже заключенный договор в большей степени ориентирует стороны на обязанность сотрудничества для достижения цели обязательства, что включает в себя и обмен необходимой по фактам дела информацией.

законодатель кодифицировал широкие преддоговорные обязанности раскрытия информации, сделав при этом исключение в абз. 2 ст. 1112-1 ФГК для обстоятельств, указывающих на истинную стоимость объекта договора.

Пост-договорная стадия дает довольно редкие случаи обязательного информационного взаимодействия даже для развитых зарубежных правопорядков. В нашей практике можно найти дело, согласно обстоятельствам которого лизинговая компания воспользовалась правом на односторонний отказ от договора по причине неоднократного нарушения договора лизингополучателем. Компания имела право самостоятельно изъять предмет лизинга в случае неисполнения лизингополучателем обязательства возвратить предмет лизинга по истечении трех недель после уведомления лизингополучателя о прекращении договора. На момент прекращения договора имущество находилось у третьего лица на сервисном обслуживании и впоследствии лизингодатель самостоятельно изъясил имущество. Однако, лизингодатель, планируя изъятие имущества, не информировал лизингополучателя о планируемой дате изъятия, что в итоге лишило лизингополучателя возможности зафиксировать состояние имущества на дату его возврата⁴²⁷.

К кому обращено информационное требование п. 3 ст. 307 ГК РФ? Неоднократно встречалась позиция судов, согласно которой на должнике, а не на кредиторе лежит первичная обязанность совершения необходимых действий и принятия разумных мер по исполнению обязательства. Предполагается, что в случае возникновения обстоятельств, находящихся вне контроля должника и препятствующих исполнению им обязательства, он освобождается от ответственности, если у него отсутствует возможность принять разумные меры для устранения таких обстоятельств. При этом должник должен незамедлительно сообщить кредитору о наличии таких обстоятельств после

⁴²⁷ Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 09.11.2017 № 02АП-3602/2017 по делу № А28-10107/2016.

того, как ему стало о них известно⁴²⁸. Анализ судебно-арбитражной практики показывает, что такой же вывод можно сделать, если исполнение основного обязательства зависит от информации, которая находится у кредитора и которая не была предоставлена должнику. В этом случае не допускается формальный подход и ссылка на ст. 405 ГК РФ. Должник обязан приложить усилия и обратиться к истцу за предоставлением информации⁴²⁹.

Отмеченные правовые позиции не следует генерализировать, поскольку в сфере информационного взаимодействия как в любой сфере сотрудничества, вряд ли можно однозначно и абстрактно делать вывод о том, кто первый должен исполнить указанную обязанность. Во-первых, учитывать права и законные интересы контрагента невозможно «по очереди»; во-вторых, ни в п. 3 ст. 307 ГК РФ, ни в абз. 3 п. 1 Постановление Пленума ВС РФ № 25 нельзя найти основания для вывода о том, что некий стандарт поведения, ожидаемого от любого участника оборота, учитывающего права и законные интересы другой стороны, предполагает содействие, например, в получении необходимой информации лишь в ответ на соответствующий запрос; в-третьих, распределение прав и обязанностей в основном обязательстве (дать, сделать, не делать) может не совпадать с распределением прав и обязанностей в дополнительном обязательстве, вытекающем из принципа добросовестности. Кредитор в основном обязательстве может быть одновременно должником в дополнительном. П. 3 ст. 307 ГК РФ в частности и п. 3 ст. 1 ГК РФ в целом не устанавливает заранее определенное распределение дополнительных прав и обязанностей. Например, в германском праве давно признано, что несмотря на

⁴²⁸ п. 4 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 3 (2018); Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 03.04.2018 № 5-КГ18-17; Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 07.02.2019 по делу № А74-7025/2018; Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 26.11.2018 № 18АП-15648/2018 по делу № А76-13356/2018; Постановление Двадцатого арбитражного апелляционного суда от 04.03.2019 № 20АП-8522/2018 по делу № А62-8375/2017; Постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 03.12.2018 № 14АП-9745/2018 по делу № А44-4878/2018; Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 11.04.2019 № Ф04-778/2019 по делу № А45-14260/2018.

⁴²⁹ Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 05.04.2017 № 02АП-598/2017 по делу № А29-9364/2016; Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 19.10.2018 № 02АП-7227/2018 по делу № А82-8147/2018; Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 10.07.2018 № Ф04-2416/2018 по делу № А27-12804/2017.

формулировку § 242 Германского гражданского уложения, указанный параграф обращен не только к должнику, но и к кредитору в основном обязательстве⁴³⁰.

Объем предоставляемой информации. В некоторых судебных актах можно найти попытку определить объем информации, подлежащей раскрытию. Указано, что объем предоставляемой информации должен определяться исходя из указанного в п. 3 ст. 307 ГК РФ критерия ее необходимости, под которой следует понимать достаточность данной информации для реализации прав участника⁴³¹.

Следует отметить, что вряд ли возможно в законе установить универсальный для всех видов обязательств объем подлежащей раскрытию информации без учета конкретных обстоятельств дела и целевой направленности данного раскрытия. Следовательно, всякий раз достаточность объема раскрываемой информации будет меняться. При этом надо отметить, что в зарубежном законодательстве также известны попытки определить объем раскрываемой информации. Например, в новой ст. 1112-1 ФГК (в контексте процесса заключения договора) указывается, что следует раскрывать информацию, имеющую решающее значение (*importance déterminante de l'information*). Какая это информация? По всей видимости, это только релевантная информация, т.е. относящаяся к причине вступления в обязательство, к объекту обязательства или характеристикам договаривающихся сторон. Иначе говоря, предоставленная информация должна позволить другой стороне принять взвешенное решение о вступлении в обязательство.

Однако, помимо рационального подхода к решению вопроса содержательного наполнения дополнительных обязанностей, можно найти огромное количество решений, где либо приводятся ничем не мотивированные

⁴³⁰ MüKoBGB/Schubert, 8. Aufl. 2019, BGB § 242 Rn. 87. См. также Лугманов Р.Р. Принцип добросовестности и вспомогательные обязательства в германском частном праве// Законодательство. 2019. № 2. С. 80.

⁴³¹ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 18.02.2019 № 09АП-1330/2019 по делу № А40-213395/18; Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 03.12.2018 № 09АП-57857/2018 по делу № А40-175266/18

ссылки на п. 3 ст. 307 ГК РФ⁴³², либо избыточные ссылки в условиях, когда имеется специальное регулирование⁴³³.

С другой стороны, нельзя абсолютизировать идею субсидиарности требования раскрытия информации в контексте п. 3 ст. 307 ГК РФ в условиях, когда схожее, но узкое правило изложено в том или ином нормативном акте или договоре. Ошибочное применение п. 1 ст. 307.1 ГК РФ может привести к выхолащиванию смысла п. 3 ст. 307 ГК РФ и недопониманию того, что содержание данной нормы гораздо шире содержания специального правила и что вопрос соотношения общей и специальной нормы должен решаться не абстрактно, а конкретно в каждом случае⁴³⁴. Так, в одном из дел суд указал, что правило, предусмотренное п. 1 ст. 718 ГК РФ, касающееся содействия заказчика, является специальным и подлежит применению в соответствии с п. 1 ст. 307.1 ГК РФ, тогда как п. 3 ст. 307 ГК РФ представляет собой общую норму и в силу того же положения ГК РФ не применяется⁴³⁵.

С другой стороны, в судебной практике можно отыскать подходы, совпадающие с общим трендом констатации отсутствия обязанности предоставлять общедоступную информацию, наблюдаемым в рассмотренных ранее зарубежных правовых порядках⁴³⁶.

И наконец, верна та правовая позиция, согласно которой возможность обнаружения информационных обязанностей основана на общих началах гражданского законодательства (общем требовании добросовестного поведения

⁴³² Например, постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 04.09.2017 № Ф01-3359/2017 по делу № А28-4630/2016. В этом смысле такие судебные дела не поддаются анализу в разрезе информационных обязательств, т.к. причина ссылки на п. 3 ст. 307 ГК РФ неизвестна.

⁴³³ Например, постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 30.10.2017 № Ф07-10746/2017 по делу № А44-9330/2016 и др. См. также ст. 11 Федерального закона от 25.04.2002 N 40-ФЗ "Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств".

⁴³⁴ п. 3 ст. 307 ГК РФ нельзя рассматривать изолированно как норму обязательственного права вне связи с принципом добросовестности и его дополняющей функцией, которая очевидно содержательно шире одного из своих проявлений в виде обязанности оказывать содействие в достижении цели договорного обязательства. См.: Лугманов Р.Р. Умолчание об обстоятельствах: критерии определения информации, подлежащей раскрытию// Законодательство. 2017. № 9. С. 49.

Иное мнение см. Архипова А.Г. Обязанность предоставить информацию по п. 3 ст. 307 ГК РФ// Вестник экономического правосудия Российской Федерации, 2017. № 2. СПС Консультант Плюс.

⁴³⁵ Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 13.06.2018 № 13АП-12511/2018 по делу № А56-52643/2017.

⁴³⁶ Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 19.02.2019 № Ф04-6659/2018 по делу № А27-7391/2017.

участников оборота - п. 3 ст. 1 ГК РФ, п. 2 ст. 6 ГК РФ), а не на п. 3 ст. 307 ГК РФ. Соответственно, дата вступления в силу Закона № 42-ФЗ в контексте правил п. 2 ст. 4 и п. 2 ст. 421 ГК РФ (п. 82, 83 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7) не имеет значения⁴³⁷.

На основе анализа судебной-арбитражной практики за 2015-2019 гг. в целом можно сделать вывод, что некоторое оживление судебного правотворчества наблюдается в вопросе информационного взаимодействия на договорной стадии. Это обстоятельство объяснимо тем, что наш правопорядок находится в самом начале долгого пути развития доктрины информационных обязанностей, и на начальном этапе проще всего тестировать те или иные подходы на той стадии динамики обязательств, где для правоприменителя меньше всего ожидается сложностей в понимании зарождающейся доктрины. В самом деле, договорное взаимодействие предсказуемо характеризуется повышенной степенью несвободы в реализации частных интересов⁴³⁸ в сравнении с преддоговорной стадией. На договорной стадии заведомо выше степень вовлеченности контрагентов в дела друг друга и, соответственно, выше риск негативного влияния. Изначальная преддоговорная конкуренция будущих контрагентов после заключения договора трансформируется в общность интересов в достижении цели обязательства⁴³⁹. Отсюда и повышенные требования лояльности и сотрудничества, нежели те, которые предъявлялись на преддоговорной стадии⁴⁴⁰. Как отмечалось ранее, исследование зарубежных правопорядков подтверждает вывод об относительно меньшей научно-практической актуальности исследования договорной стадии динамики обязательств в разрезе информационного взаимодействия⁴⁴¹.

С другой стороны, значительный научно-практический пробел присутствует в отношении преддоговорной стадии информационного

⁴³⁷ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 28.12.2017 № Ф05-557/2017 по делу № А40-54368/2016.

⁴³⁸ Замена свободы договора до заключения договора на отсутствие свободы после.

⁴³⁹ BGN NJW 1974, 849 (851)

⁴⁴⁰ Purner. S. Op. cit. P. 254.

⁴⁴¹ Züllighoven V. Op. cit. P. 71.

взаимодействия. Следовательно, именно для этой стадии имеется необходимость в поиске критериев раскрытия информации, вытекающих из принципа добросовестности.

Более того, в контексте проведенного сравнительно-правового анализа можно заметить, что несмотря на высокую степень содержательного наполнения принципа добросовестности в Германии посредством механизма индуктивного вывода из большого массива рассмотренных судебных дел своего рода правил требуемого поведения, встречаются научные работы, в которых авторы прямо признают изначальную бессодержательность признанных в доктрине и практике общих формул раскрытия добросовестного поведения⁴⁴².

Приведем некоторые, наиболее часто встречающиеся формулы. Указывается, что существует обязательство разъяснять такие обстоятельства, в отношении которых «другая сторона имела право добросовестно ожидать разъяснений с учетом требований оборота»⁴⁴³ или такие обстоятельства, «которые могут иметь узнаваемое значение для решения другой стороны»⁴⁴⁴, в частности, потому, что они могут препятствовать достижению цели договора⁴⁴⁵.

Эти формулы имеют общую широту охвата, почти аналогичную генеральной клаузуле, и, таким образом, мало способствуют правовой определенности в отношении информационной обязанности⁴⁴⁶. В действительности, это лишь «понятия-формы», подлежащие наполнению конкретным содержанием *ad hoc*, поскольку они не обеспечивают предсказуемой основы для принятия решений. Ведь вряд ли можно предсказать, что будет означать в том или ином случае «добросовестность» или «ожидание с точки зрения требований оборота» для целей конкретизации обязанности предоставлять информацию. Всякий раз обстоятельства конкретного случая должны иметь решающее значение для заполнения этих формул⁴⁴⁷.

⁴⁴² Rehm G. Op. cit. P. 8; Decker L. Op. cit. P. 21.

⁴⁴³ BGH NJW-RR 1991, 439, 440; BGH, NJW 1980, 2460 (2461); BGH, NJW 1992, 1222; BGH NJW 1983, 2493 (2494); BGH NJW 1989, 763 (764).

⁴⁴⁴ BGH, 20.02.1967 - III ZR 134/65; OLG Köln, 26.01.2016 - 12 U 69/15.

⁴⁴⁵ BGH NJW 1979, 2243; BGH NJW 1989, 763 (764).

⁴⁴⁶ Rehm G. Op. cit. P. 8; Decker L. Op. cit. P. 21.

⁴⁴⁷ BGHZ 96, 302, 311; BGH NJW 1986, 918; BGH, ZIP 1991, 321, 323

В свете всего изложенного, справедливо встает вопрос о необходимости обнаружения требуемых критериев оценки поведения в качестве добросовестного или недобросовестного, что позволило бы сформулировать общее правило раскрытия информации.

Соответственно, ответ на данный вопрос можно искать как минимум в двух плоскостях: 1) в рамках уже имеющихся правовых механизмов, закрепленных в позитивном праве или сформулированных в доктрине и практике либо 2) выйти за пределы имеющегося гражданско-правового инструментария и посмотреть на проблему под другим углом зрения.

2.2.1. Правила об ошибке и обмане

Общий вопрос, который нужно задать в данном параграфе звучит так: можно ли определить основания, условия возникновения информационных обязанностей и объем информации, подлежащей раскрытию, посредством обращения к понятиям ошибки, обмана и заверений об обстоятельствах с одной стороны, и к доктрине преддоговорной ответственности - с другой стороны?

В рамках темы нашего исследования мы не ставим перед собой задачи всестороннего рассмотрения указанных институтов, каждый из которых заслуживает отдельного пристального внимания и полноценно изучается в специальной литературе. Нашей целью является лишь анализ актуального положения указанных институтов в законодательстве, доктрине, и практики их применения исключительно в разрезе узко поставленного вопроса об информационных обязанностях.

Поскольку заблуждение и обман очень удобно рассматривать вместе, то последующее изложение может иметь соответствующее содержательное пересечение.

Коротко напомним, что заблуждение (ошибка)- это (не вызванное умышленным поведением контрагента) расхождение воли на совершение сделки

и внешнего ее выражения⁴⁴⁸, а обман – это поведение, посредством которого в другом лице умышленно вызываются и поддерживаются ошибочные представления⁴⁴⁹. Если в германском и французском праве это может быть любое поведение, то в российском правовом порядке обман как правило предполагает усеченный вариант активной формы (передачу информации, не соответствующей действительности)⁴⁵⁰ или пассивную форму (умолчание об обстоятельствах, о которых лицо должно было сообщить с точки зрения добросовестности)⁴⁵¹.

Нужно отметить, что в литературе иногда встречаются попытки увидеть в правилах, например, об ошибке (ст. 178 ГК РФ) готовые критерии раскрытия информации. Так, например, указывается, что к обстоятельствам, которые в силу характера договора должны быть доведены до сведения другой стороны, нужно относить информацию:

- о предмете сделки, в частности таких его качествах, которые в обороте рассматриваются как существенные;
- о природе сделки;
- о лице, которое вступает в сделку, или лице, связанном со сделкой;
- об обстоятельстве, которое участник переговоров упоминает в своем волеизъявлении или из наличия которого он с очевидностью для другой стороны исходит, совершая сделку⁴⁵².

⁴⁴⁸ Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права: Введение и общая часть. Перевод с немец. Т. 1. Полут. 2. – М. : Иностранная литература, 1950. С. 197.; Годэмэ Е. Общая теория обязательств. Перевод с французского. – М. : Юридическое издательство МЮ СССР, 1948. С. 63.

⁴⁴⁹ Эннекцерус Л. Указ. соч. С. 219; Годэмэ Е. Указ соч. С. 78. Встречаются и более узкие определения. См.: Постановление Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 22 марта 2018 г. по делу № А35-5505/2017.

⁴⁵⁰ За исключением *dolus bonus*.

⁴⁵¹ Абз. 2 п. 2 ст. 179 ГК РФ, абз. 2 п. 99 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 "О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации". «Безмолвный обман». Голевинский В. И. О происхождении и делении обязательств. – Варшава: Тип. О. Бергера, 1872. СПС Консультант Плюс.

⁴⁵² Демкина А.В. Добросовестное и недобросовестное поведение на преддоговорном этапе // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2016. № 4. СПС "Консультант Плюс". Подобные мысли в контексте объема раскрываемой информации можем найти и в работе Мазур О.В. Требование разумности в соотношении с требованием добросовестности в гражданском праве : диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук: 12.00.03 - Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право / Мазур Ольга Вадимовна ; С.-Петербург. гос. ун-т экономики и финансов. — Санкт-Петербург, 2012. С. 70. Встречаются и другие редкие попытки определить обстоятельства, подлежащие раскрытию в рамках информационных

Представляется, что ответ на поставленный в начале параграфа вопрос должен учитывать некоторые заслуживающие внимания обстоятельства:

1) Обсуждение вопроса раскрытия информации в контексте обстоятельств, указанных в ст. 178 ГК РФ должно быть локализовано в контексте преддоговорного информационного взаимодействия. Очевидно, что после заключения договора, как и после исполнения договора, характер релевантной информации может быть совсем иной.

2) Принципиально следует понимать специфику объекта взаимодействия в разрезе рассматриваемого вопроса (ст. 178, 179 ГК РФ). Значение имеет не информация сама по себе, что в большей степени справедливо в контексте некоторых интеллектуальных прав, например, права авторства или права автора на имя, а функциональная направленность информации на обеспечение действительности сделки⁴⁵³.

3) Ст. 178 ГК РФ делает акцент на стабильности оборота, добавляя механизм п. 5 ст. 178 ГК РФ. Элемент распознаваемости ошибки носит оценочный характер и связан с объективным стандартом осмотрительности среднего гипотетического контрагента в сравнимых обстоятельствах. Данное правило лишней раз указывает на отсутствие обязательного внимания к поведению контрагента заблуждавшейся стороны в контексте изначальной оценки допустимости оспаривания сделки⁴⁵⁴. С другой стороны, такой подход может поставить вопрос о соотношении распознаваемости объективной и

обязанностей. См.: Архипова А.Г. Обязанность предоставить информацию по п. 3 ст. 307 ГК РФ// Вестник экономического правосудия Российской Федерации, 2017. № 2. СПС Консультант Плюс.

⁴⁵³ Лугманов Р.Р. Функциональный критерий разграничения информационных гражданско-правовых обязательств// Закон и Власть. 2021. № 1. С. 44.

⁴⁵⁴ Иного мнения придерживается А.Г. Карапетов. См.: Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. – М.: М-Логос, 2018. С. 740. Более того, фактически, рассматривая п. 5 ст. 178 ГК РФ и п. 2 ст. 179 ГК РФ в системном единстве, он выводит дополнительное общее условие оспоримости сделки, заключенной под влиянием заблуждения или обмана, а именно – недобросовестность контрагента заблуждающегося лица. См.: Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. – М.: М-Логос, 2018. С. 742. Однако, этот подход приведет к выводу, что оспаривание по заблуждению, как и оспаривание в силу наличия обмана умолчанием возможно только в случае нарушения информационной обязанности контрагента, вытекающей из принципа добросовестности (нарушение законного требования, если такое имело место). При этом А.Г. Карапетов выделяет два случая, когда возможно оспаривание сделок при безупречности поведения контрагента: невиновное введение в заблуждение и обоюдная ошибка.

субъективной. Например, может ли быть оспорена сделка, если с точки зрения обычного стандарта осмотрительности, принятого в подобных отношениях, суд понимает объективную затруднительность распознавания ошибки, но затем появляются доказательства, что именно контрагент заблуждавшейся стороны каким-то образом знал об этом заблуждении. Представляется, что данный вопрос должен решаться дифференцированно с учетом цели правила п. 5 ст. 178 ГК РФ (защита стабильности оборота). Мы исходим из позиции, что само по себе знание о заблуждении контрагента и недобросовестное поведение — это не одно и то же. При этом наличие информационной обязанности следует определять с точки зрения добросовестности. Соответственно, если суд приходит к выводу, что с точки зрения доброй совести 1) сторона должна была раскрыть информацию; 2) обстоятельства, подлежащие раскрытию, относятся к категории существенных, зная которые сторона не совершила бы сделку, то 3) оставлять сделку действительной лишь в виду не распознаваемости заблуждения для третьих лиц, значит одобрять нарушение информационной обязанности и, что то же самое в рассматриваемом контексте, недобросовестное поведение. При этом, как мы укажем ниже, субъективная распознаваемость ошибки даже в отсутствие информационной обязанности может иметь несколько иное значение.

4) Акцент на факте распознаваемости заблуждения представляется удобным в контексте ошибки, но неудобным в контексте информационных обязанностей. Для доктрины информационной обязанности может иметь важное значение не распознаваемость ошибки контрагента, а понимание причины поведения контрагента в условиях отсутствия информации: например, добровольное принятие на себя риска отсутствия информации/ отказа от исследования вопроса, неизвинительное незнание обстоятельств⁴⁵⁵. К тому же нужно учитывать, что

⁴⁵⁵ «Может», потому что эти обстоятельства иногда служат ограничителями для информационной обязанности, а не условиями ее возникновения. В этом смысле их обнаружение не является обязательным, но может иногда быть важным для должника предполагаемой или доказанной информационной обязанности, если он стремится снять с себя ответственность. При этом справедливости ради нужно отметить, что практика дополнила условия оспоримости сделки по причине ошибки условием извинительности ошибки в п. 5 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 10 декабря 2013 г. № 162 "Обзор практики применения арбитражными судами статей 178 и 179 Гражданского кодекса Российской Федерации", что также характерно для французского права, однако, не характерно для германского права. Эннекцерус Л. Указ. соч. С. 204. Однако,

осознание существенности обстоятельств, например, для принятия контрагентом решения о совершении сделки и осознание его заблуждения по поводу этих обстоятельств суть не одно и то же. Должник информационной обязанности может и не знать о том, что контрагент заблуждается по поводу неких существенных обстоятельств, однако, это может не влиять на его обязанность спонтанно (без запроса) раскрыть эти существенные обстоятельства при наличии всех условий, появления данной обязанности с учетом требования добросовестности.

5) Не только обстоятельства, указанные в п. 2 ст. 178 ГК РФ, но и в целом обстоятельства, имеющие оценочный признак «существенности»⁴⁵⁶ в контексте принятия решения о вступлении в сделку (п. 1 ст. 178 ГК РФ), не могут рассматриваться как обстоятельства, имеющие необходимую и достаточную связь с обстоятельствами, подлежащими раскрытию в силу информационных обязанностей, т.к. а) информация может влиять не только на желание вступить в сделку, но и на желание вступить в сделку на иных условиях; б) информация может в целом влиять на принятие любых иных юридически значимых решений, например, на решение о продолжении несения расходов на ведение переговоров; в) необходимо учитывать функциональную направленность информации, а не формальные или случайные признаки⁴⁵⁷. Соответственно информация может не только влиять на решение стороны совершать те или иные юридически значимые действия, но и влиять на сохранение status quo в имущественной и личной сфере контрагента (то, что в немецком праве называется защитные обязательства Schutzpflichten).

факт извинительности незнания лица о существенных для судьбы сделки обстоятельствах не должен иметь значение в случае совершения контрагентом обмана.

⁴⁵⁶ В практике встречаются ошибочная позиция, согласно которой п. 2 ст. 178 ГК РФ содержит закрытый перечень «условий», при наличии которых заблуждение предполагается достаточно существенным. См.: Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 3 октября 2017 г. по делу № А43-25651/2016; Постановление Арбитражного суда Московского округа от 6 декабря 2018 г. по делу № А40-86763/2018.

⁴⁵⁷ Вопрос о том, является ли заблуждение существенным или нет, должен решаться судом с учетом конкретных обстоятельств каждого дела исходя из того, насколько заблуждение существенно не вообще, а именно для данного участника сделки. См.: Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. – М.: М-Логос, 2018. С. 739. См. также: Апелляционное определение Липецкого областного суда от 5 сентября 2018 г. по делу № 33-3150/2018.

б) Вопрос об обстоятельствах, подлежащих раскрытию (их объеме), можно рассматривать отдельно от вопроса о случаях (условиях) возникновения обязанности раскрытия данных обстоятельств. Однако, следует помнить, что в практической плоскости не всегда рационально так поступать, поскольку информационная обязанность не может существовать абстрактно. Возникновение, исполнение или нарушение информационной обязанности имеет значение в контексте конкретных обстоятельств, раскрытие которых в определенном объеме ожидается в силу действия принципа добросовестности⁴⁵⁸. В этом смысле абз. 2 п. 2 ст. 179 ГК РФ выглядит наиболее корректным, т.к. показывает необходимую практическую связь между умышленным нарушением обязанности раскрытия и обстоятельствами, которые нужно было раскрыть.

7) Продолжая предыдущий тезис, нужно указать, что умышленное нарушение информационной обязанности — это всегда активный или пассивный обман. С другой стороны: а) активный обман не свидетельствует с необходимостью, что имело место нарушение информационной обязанности, если только не допускать существование всеобщей абсолютной обязанности не лгать⁴⁵⁹; б) пассивный обман всегда подразумевает нарушение информационной обязанности, вытекающей из принципа добросовестности.

8) Следует учитывать, что абз. 2 и абз. 3 п. 6 ст. 178 ГК РФ – это не две стороны одной медали. Эти абзацы говорят о разном. Абз. 2 п. 6 ст. 178 ГК РФ в первую очередь содержит механизм перераспределения рисков, а не указание на последствия недобросовестности контрагента заблуждавшейся стороны⁴⁶⁰.

⁴⁵⁸ Необходимость учета требований добросовестности, которые индивидуализируются в каждом деле по-разному, хорошо видна в сравнительно-правовом контексте. В нашей практике также можно иногда встретить требование учета обстоятельств конкретного рассматриваемого дела. Например, обстоятельство возраста стороны и статус его контрагента. См. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 23 июля 2019 г. по делу № А40-175042/2018; Постановление Арбитражного суда Московского округа от 30 мая 2019 г. по делу № А40-216117/18.

⁴⁵⁹ Очень верное различие между активным обманом и умолчанием проводит исследователь в работе Kovacs M. *Op. cit.* Р. 48. Он справедливо показывает, что если не делать такого различия, то фактически выхолащивается идея защиты обладателя производительных факторов. Соответственно, делается вывод, что лгать в ответ на прямой вопрос можно только в том случае, если контрагент сознательно приобрел продуктивную, общественно полезную информацию. О сущности и различиях производительной и перераспределительной информации смотрите далее в контексте экономического анализа права.

⁴⁶⁰ В этом смысле нам сложно согласиться с критикой положений п. 6 ст. 178 ГК РФ, высказанной А.Д. Рудоквасом, который указал на противоречивость формулировок, считая, что в силу п. 3 ст. 307 ГК РФ знание о заблуждении контрагента всегда требует от добросовестного участника оборота это заблуждение развеять. См.

Более того, обязанность возместить контрагенту заблуждавшейся стороны реальный ущерб нельзя рассматривать как ответственность, а скорее, как «плату за аннулирование сделки»⁴⁶¹. Даже если у стороны нет обязанности раскрыть информацию и при этом она осознает заблуждение контрагента, то не раскрывая информацию, она не становится недобросовестной⁴⁶², но берет на себя риски оспаривания данной сделки, что служит дополнительным стимулом к добровольному обмену информацией, если для этой стороны последствия оспаривания сделки экономически менее выгодны, чем последствия раскрытия информации и, например, потенциальная корректировка цены⁴⁶³.

9) Так же данный абзац показывает, что между информационной обязанностью одной стороны и заблуждением ее контрагента нет неизбежной корреляции. В противном случае было бы трудно убедительно объяснить случаи, когда сторона заблуждалась по поводу неких решающих для нее обстоятельств, и одновременно ее контрагент нарушил лежащую на нем информационную обязанность (но при этом не знал и не должен был знать о заблуждении стороны) и все равно заблуждавшаяся сторона была бы обязана возместить убытки контрагенту⁴⁶⁴.

10) Дополнительным аргументом в пользу наличия разрыва между информационными обязанностями и ошибкой является абз. 3 п. 6 ст. 178 ГК

Рудоквас А.Д. Нарушение обязанностей информирования: преддоговорная ответственность, заверения и гарантии возмещения потерь// Вестник экономического правосудия Российской Федерации. - 2016. -№ 11. С. 60. См. также Голевинский В.И. О происхождении и делении обязательств // "Вестник гражданского права", 2016, № 2, 3. Автор указывает, что если сторона знала об ошибке контрагента, но не вывела его из заблуждения, то она была бы виновна в обмане. При этом он видит прямую связь между недобросовестными действиями контрагента и обманом, подчеркивая, что договаривающиеся стороны должны действовать добросовестно.

⁴⁶¹ Зезекало А. Ю. Заблуждение при совершении сделки: Европейская правовая традиция и современное российское право: Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Специальность 12.00.03 - Гражданское право; Предпринимательское право; Семейное право; Международное частное право /А. Ю. Зезекало ; Науч. рук. Д.О. Тузов. - Томск, 2008. -26 с. - Библиогр.: С. 9

⁴⁶² Даже с точки зрения экономического анализа становится ясно, что аргумент о более дешевом способе исправления заблуждения ввиду близости стороны к источнику информации не всегда релевантен. Да, экономика пострадает от тщетных издержек заблуждавшейся стороны (плюс издержки на судебный процесс), но такой подход не учитывает способ получения информации, а также инвестиции обладателя информации в ее получение. См. также справедливые замечания в специальной литературе: Kovacs M. Op. cit. P. 49.

⁴⁶³ Об этом иногда пишут и в зарубежной литературе, когда указывают, что частным стимулом к раскрытию информации является вовсе не опасение последствий нарушения информационных обязанностей и уж тем более не признание их наличия, а экономически рациональное решение исключить неблагоприятные для себя последствия оспаривания выгодной сделки. См. например, Ejan Mackaay. Op. cit. P. 457

⁴⁶⁴ Возмещение убытков, случаи ограничения оспаривания сделки призвано сгладить негативные имущественные последствия для другой стороны. Эннекцерус Л. Указ. соч. С. 191.

РФ⁴⁶⁵. Если бы законодатель считал, что контрагент всегда обязан раскрывать информацию, в том числе перечисленную в п. 2 ст. 178 ГК РФ, то распределение бремени доказывания должно было бы быть другим. Т.е. контрагент должен был бы доказать, что заблуждение возникло не по причине нарушения информационной обязанности, что спасло бы его от возмещения убытков.

11) В общем нужно учитывать, что та или иная сторона сделки (иногда обе стороны) совершает ошибку в силу различных обстоятельств. Безусловно, такого вида волевые ошибки прямо связаны с недостатком информации⁴⁶⁶. Однако, из этого факта не следует, что совершению ошибки обязательно предшествует нарушение контрагентом преддоговорной информационной обязанности⁴⁶⁷.

12) Сама логика институтов ошибки и обмана обслуживает идею принципиальной неприемлемости последствий совершенной сделки для правопорядка, хотя и ставит эти последствия под условие дополнительного волеизъявления со стороны заинтересованного лица. В этом смысле аннулирование сделки есть крайний и наиболее жесткий вариант развития динамики обязательственных отношений. Условия для развития такого сценария не могут полностью совпадать с критериями определения обстоятельств, подлежащих раскрытию в рамках информационной обязанности, если только нет политико-правовых причин для жесткого ограничения вмешательства в автономию воли.

13) Как уже было указано выше в п. 7, проблематика активного обмана может находиться вне связи с вопросом нарушения информационной обязанности. Другое дело, пассивный обман. Закон и судебная практика прямо указывают на необходимую связь между возможностью аннулирования сделки по данному виду обмана и нарушенной информационной обязанностью⁴⁶⁸. При

⁴⁶⁵ Апелляционное определение Свердловского областного суда от 18 апреля 2019 г. по делу № 33-6561/2019

⁴⁶⁶ Kovacs M. Op. cit. P. 25.

⁴⁶⁷ В некоторых комментариях к ГК РФ правильно подмечено, что существенное заблуждение могло возникнуть в силу разных причин: «Ими могут быть вина самого участника сделки, неправильное поведение его контрагента и третьих лиц, а также иные сопровождающие заключение сделки обстоятельства». Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / под ред. О.Н. Садикова. 3-е изд., испр., перераб. и доп. М.: КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 2005. С. 489.

⁴⁶⁸ П. 7 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 10.12.2013 № 162 "Обзор практики применения арбитражными судами статей 178 и 179 Гражданского кодекса Российской Федерации"; п. 99 Постановления

этом, признавая такую необходимую связь между причиной и следствием, мы можем увидеть и некоторые проблемные вопросы, потенциально характеризующие информационную обязанность, как причину последующего возможного оспаривания.

а) Причинно-следственная связь между обманом и решением совершить сделку, как условие оспаривания по данному основанию указана в п. 9 ИП ВАС № 162, абз. 3 п. 99 ПП ВС РФ № 25⁴⁶⁹. Данное условие является предсказуемо необходимым для такого серьезного шага в отношении стабильности оборота, как аннулирование сделки. Однако, из факта наличия данного свойства оспаривания логически нельзя сделать вывод о неизбежной необходимости причинно-следственной связи между обстоятельствами, подлежащими раскрытию и решением контрагента совершить сделку. Правильнее сказать, что это скорее вопрос политики права и стремления правопорядка сузить или расширить сферу охвата информационных обязанностей в зависимости от целей правового регулирования⁴⁷⁰.

б) Извинительность незнания обстоятельств является чувствительным вопросом в разрезе оспаривания вследствие ошибки и обмана. Если для ошибки наше регулирование предлагает стандартный вариант решения, т.е. учет осмотрительности заблуждающегося лица, то применительно к обману ответ на вопрос не так очевиден⁴⁷¹. Представляется, что несмотря на отсутствие

Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 "О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации".

⁴⁶⁹ Годэмэ Е. Указ. соч. С 80, 220.

⁴⁷⁰ Т.е. замыкается ли сфера обстоятельств, подлежащих раскрытию, исключительно обстоятельствами, которые находятся в прямой связи с решением совершить сделку, или могут быть иные ситуации, когда обязанность раскрытия информации, вытекающая из принципа добросовестности есть, а основания для оспаривания отсутствуют? Ответ на этот вопрос мы не найдем ни в ст. 178-179 ГК РФ, ни в судебной-арбитражной практике. (Но не потому, что договор оказался незаключенным).

⁴⁷¹ Судебная практика допускает ограничения оспаривание сделки по причине неизвинительности незнания. Указывается, что соответствующая сторона имела возможность самостоятельно выяснить определенный вопрос. См.: п. 5 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 10 декабря 2013 г. № 162 "Обзор практики применения арбитражными судами статей 178 и 179 Гражданского кодекса Российской Федерации".

Указанный аспект приобретает решающее значение, например, в спорах, вытекающих из отношений страхования. См.: Постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 11 марта 2020 г. по делу № А43-41552019; Постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 30 июня 2017 г. по делу № А43-30869/2016. Однако, было бы ошибкой указать, что осмотрительность контрагента имеет значение только в разрезе отношений страхования и отношений профессионала с непрофессионалом. Встречаются дела, где таких признаков нет. См.: Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 11 июля 2019 г. по делу № А28-9738/2018; Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 27 марта 2019 г. по делу № А82-

серьезных отличий в правовом режиме последствий ошибки и обмана, фактически обман наиболее неприемлемая причина несоответствия воли и волеизъявления, поскольку в данном случае порок воли прямо зависит от поведения другого лица⁴⁷². В этом смысле извинительность незнания фактической картины не должна приниматься в расчет при оценке возможности оспаривания по данному основанию⁴⁷³. С другой стороны, ввиду отсутствия отечественной доктрины информационных обязанностей, нет возможности соотнести данный тезис с правилами, ограничивающими информационные обязанности, и в этом смысле в силу определенных политико-правовых причин результат рассуждений на эту тему может быть любым⁴⁷⁴. В сравнительно-правовом аспекте можно вспомнить, что, например, во Франции извинительность незнания кредитора является критерием обнаружения информационной обязанности должника. Однако, данный критерий не действует, если речь идет об обмане (Art. 1138 Code civil)⁴⁷⁵.

14) Любопытный вопрос возникает в контексте абз. 3 п. 2 ст. 179 ГК РФ. Не является ли указание лишь на факт знания контрагента (или на невозможность не знать) об обмане его партнера третьим лицом достаточным основанием считать, что информационная обязанность всегда возникает в указанном случае?

23895/2017; Постановление Двадцатого арбитражного апелляционного суда от 22 ноября 2018 г. по делу № А06-3261/2018; Постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 30 мая 2016 г. по делу № А13-14193/2015; Постановление Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 22 марта 2018 г. по делу № А35-5505/2017; Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 20 ноября 2015 г. по делу № А61-2982/2013; Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 10 марта 2016 г. по делу № А70-4385/2015; Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 15 октября 2019 г. по делу № А39-5575/2018. Довольно общее и нередко встречающееся обоснование необходимости учета поведения заблуждавшейся стороны состоит в следующем: в силу п. 2 ст. 1, ст. 421 ГК РФ граждане и юридические лица свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора. Из положений абз. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ следует, что лицо, являясь хозяйствующим субъектом и действуя в рамках предпринимательской деятельности, осуществляемой им на свой риск, должно проявлять достаточную осмотрительность в делах и разумность при заключении сделок.

⁴⁷² О неэффективности поощрения инвестиций в обманные действия см.: Одинцова М.И. Экономика права: Учебное пособие. М.: ИД ГУ-ВШЭ. 2007. С. 131.

⁴⁷³ О том, что обман имеет больший негативный вес в нашем правовом порядке, можно судить по принципиальной допустимости умышленных манипуляций по отношению к мотивам контрагента в совершаемой сделке, что по общему правилу невозможно в контексте заблуждения (кроме случая пп. 5 п. 2 ст. 178 ГК РФ). См.: Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 9 апреля 2015 г. № 17АП-1055/2015-ГК; Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 3 сентября 2018 г. № 18АП-10962/2018.

⁴⁷⁴ Возможный контраргумент практического свойства заключается в принципиальной сложности доказывания умысла. Это значит, что зачастую вопросы разбираемого дела будут скатываться на уровень ошибки, вызванной неосторожным умолчанием об обстоятельствах, но именно в ошибке приобретает большое значение осмотрительность заинтересованного лица.

⁴⁷⁵ Аналогичное регулирование и в германском праве. Эннексерус Л. Указ. соч. С. 219.

Принципиально понятно, что с позиции политико-правовых соображений законодателю доступны почти любые регуляторные и охранительные схемы. Однако, недифференцированный подход к возникновению информационной обязанности может вызывать сомнения. Чем принципиально отличается обман собственным поведением от обмана третьим лицом? На первый взгляд источником обмана. Если бы в силу принципа добросовестности имела место информационная обязанность, но контрагент удержал информацию и в то же время третье лицо обмануло контрагента по тому самому обстоятельству, о котором он в результате поведения контрагента оказался в неведении, то на стороне потерпевшего возникает право выбора предъявления деликтного требования к третьему лицу, контрагенту или обоим вместе в силу солидаритета⁴⁷⁶. Однако, ситуация сильно меняется, если у контрагента не было обязанности раскрытия информации. Более того, введение объективного критерия в абз. 3 п. 2 ст. 179 ГК РФ «должен был знать» потенциально позволяет увидеть необходимость прилагать повышенные усилия для распознавания обмана контрагента со стороны третьих лиц, что подразумевает дополнительные и некомпенсируемые расходы⁴⁷⁷. Соответственно, мы считаем, что в ситуации отсутствия информационной обязанности (законность молчания и отсутствие необходимости проведения дополнительных исследований) факт возможности получения информации об обмане или даже ясное осознание обмана со стороны третьего лица не должны приводить к 1) возникновению информационной обязанности, 2) праву контрагента взыскать с такого лица убытки в силу п. 4 ст. 179 ГК РФ. Однако, как и в ситуации с заблуждением, оспаривание все равно возможно без встречной компенсации убытков, что должно послужить дополнительным стимулом добросовестному контрагенту к раскрытию ставшего ему известным обмана контрагента третьим лицом, если последствия

⁴⁷⁶ Возможность кумулятивного влияния на согласие стороны вступить в сделку допускается в германском праве. См.: Эннекцерус Л. Указ. соч. С. 222. В этом смысле при правильном подходе к выбору теории причинно-следственной связи, наш правопорядок также сможет допускать параллельное влияние иных факторов, вместе оказывающих решающее влияние на согласие стороны вступить в сделку.

⁴⁷⁷ Если только не редуцировать данную формулу исключительно к случаям функциональной связи между контрагентом и третьим лицом: работник, поверенный и т.п.

аннулирования сделки для него имеют больший негативный экономический эффект, чем риск коррекции цены договора либо изначальный отказ от заключения договора⁴⁷⁸.

Таким образом, отвечая на поставленный в начале параграфа вопрос в контексте заблуждения и обмана, в первую очередь нужно учитывать отсутствие в нашем правовом порядке доктрины информационных обязанностей, вытекающих из принципа добросовестности. Этот факт накладывает свой отпечаток и на механику решения вопросов, которые принципиально могут или должны быть связаны с доктриной информационных обязанностей. Как уже было замечено, информация всегда служит какой-то цели. Наиболее очевидные цели следующие: а) побуждение лица вступить в сделку (в том числе на определенных условиях), б) сохранение личной неимущественной и имущественной целостности контрагента (объекты абсолютных прав или заслуживающие уважения имущественные интересы, составляющие в случае негативного воздействия на них чисто экономические потери), в) достижение (обеспечение) цели совершения сделки. В этом смысле обстоятельства, подлежащие раскрытию, а также их объем имеют пусть отдаленно, но ожидаемые конечные критерии⁴⁷⁹. Соответственно, обстоятельства, указанные в п. 2 ст. 178 ГК РФ являются хорошим подспорьем для ответа на вопрос о круге обстоятельств, подлежащих раскрытию в контексте информационной обязанности, направленной на получение согласия вступить в сделку. Однако, учитывая функцию норм об оспаривании по ошибке или в силу обмана, нельзя сделать однозначный вывод, что этими обстоятельствами их круг должен ограничиваться даже в рамках цели получения согласия. Нужно учитывать, что угол зрения на категорию заблуждения изначально настроен в связи с оценкой состояния пострадавшей стороны. В этом смысле изучение, развитие и

⁴⁷⁸ См. несколько иной подход Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. – М.: М-Логос, 2018. С. 794-795.

⁴⁷⁹ Объем раскрытия информации всегда будет оценочной характеристикой предоставления, поскольку определяется через категорию необходимости и достаточности данной информации для достижения цели предоставления в конкретных обстоятельствах рассматриваемого дела.

применение норм и доктрины об ошибке вполне можно представить вне всякой связи с наличием/ отсутствием доктрины информационных обязанностей⁴⁸⁰. Если указанный аспект и получает какое-то значение, то лишь в разрезе определения последствий заблуждения в зависимости от поведения контрагента (абз. 2-3 п. 6 ст. 178 ГК РФ). И как раз именно в этом вопросе и могут возникать неубедительные, противоречивые решения, если рассматривать вопрос имущественных последствий ошибки без учета доктрины информационных обязанностей.

Иначе обстоит дело в регулировании последствий обмана посредством умолчания, имплементированным в действующую редакцию ст. 179 ГК РФ в 2013 году вместе с появлением в кодексе категории добросовестности в качестве принципа права.

Законодатель установил прямую связь между возможностью аннулирования сделки и некими требованиями добросовестности. В этом смысле очевидно, что ст. 179 ГК РФ не самодостаточна. Ст. 178 ГК РФ, которая содержит только общие ориентиры (круг) обстоятельств, которые обычно рассматриваются как существенные, принципиально не может помочь в установлении тех случаев, когда именно должны раскрываться указанные в ст. 178 ГК РФ обстоятельства⁴⁸¹. Однако, при общем верном посыле учитывать добросовестность для определения и случаев и обстоятельств подлежащих раскрытию, судебная практика в отсутствие доктрины информационных обязанностей совершает юридический кульбит, закрывая глаза на отсутствующее звено в цепи рассуждений.

Как правило существует общий шаблон мотивировки решения суда в контексте анализа обмана в форме умолчания. Сначала суд ссылается на п. 21 постановления Пленума ВС РФ № 7 от 24.03.2016 г. "О применении судами

⁴⁸⁰ Зезекало А. Ю. Заблуждение при совершении сделки. Томск: Изд-во Том. ун-та, 2011. – 198 с.

⁴⁸¹ Правда мы осознаем, что такая связь тоже не безупречна, т.к. на примерах судебной практики видно, что обман может касаться мотивов контрагента, что обычно не может рассматриваться в качестве релевантного обстоятельства в контексте правил об ошибке. Точно также нет никаких причин считать, что умышленный обман возможен исключительно в отношении перечисленных в п. 2 ст. 178 ГК РФ обстоятельств. Пример тому обман в отношении стоимости предоставления, что мы наблюдали во французском правопорядке.

некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств", указывая, что если стороне переговоров ее контрагентом представлена неполная или недостоверная информация либо контрагент умолчал об обстоятельствах, которые в силу характера договора должны были быть доведены до ее сведения, и сторонами был заключен договор, то эта сторона вправе потребовать признания сделки недействительной и возмещения вызванных такой недействительностью убытков (ст. 178 или ст. 179 ГК РФ) либо использовать способы защиты, специально предусмотренные для случаев нарушения отдельных видов обязательств, например, статьи 495, 732, 804, 944 ГК РФ. Затем через упоминание п. 2 ст. 179 ГК РФ словно для подтверждения того, что и так указано в норме, суд ссылается на п. 7 и п. 9 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 10.12.2013 № 162 "Обзор практики применения арбитражными судами статей 178 и 179 Гражданского кодекса Российской Федерации". Однако в конце суд обычно делает не основанный на предыдущем изложении вывод, что в предмет доказывания по спору о признании сделки недействительной, как совершенной под влиянием обмана, входит установление факта того, что ответчик при заключении оспариваемых договоров намеренно умолчал об обстоятельствах, зная о которых, истец не выразил бы свою волю на их заключение⁴⁸². Таким образом, в отсутствие в России доктрины информационных обязанностей, суд обычно, видимо понимая, что оспаривание сделки должно быть связано только с некими существенными обстоятельствами, сдвигает акценты с определения случаев обнаружения информационной обязанности на, условно говоря, «технический вопрос» установления факта умышленности умолчания и существенности нераскрытых обстоятельств в разрезе причинно-следственной связи для принятия решения другой стороной. Суд, игнорируя необходимое звено в виде принципа добросовестности, сразу аксиоматично устанавливает

⁴⁸² Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 2 марта 2020 г. № 09АП-4679/2020; Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 22 июля 2019 г. № 09АП-17887/2019.

связь между фактом знания (или долженствования знать) существенных обстоятельств, влияющих на решение стороны вступить в сделку и возможностью аннулировать сделку, видимо презюмируя наличие неисполненной информационной обязанности⁴⁸³.

При этом в целом теоретически допустимо видеть в п. 1-2 ст. 178 ГК РФ искомый критерий определения обстоятельств, подлежащих раскрытию. В этом смысле можно вспомнить опыт французского правопорядка, допускающего в ст. 1112-1 ФГК преддоговорные информационные обязанности, направленные на раскрытие обстоятельств, имеющих решающее значение для согласия другой стороны на совершение сделки⁴⁸⁴, что также находит поддержку и в доктрине. Ответ на этот вопрос лежит в плоскости политики права и может решаться любым образом. Важно другое, а именно, что ст. 178 ГК РФ и ст. 179 ГК РФ при любом подходе к наличию/ отсутствию в них критериев обнаружения информации, подлежащей раскрытию, не помогают обозначить условия возникновения информационной обязанности.

2.2.2. Правила о преддоговорной ответственности и заверениях об обстоятельствах

Следующие правила отечественного правопорядка, заслуживающие внимания в контексте информационных обязанностей, относятся к доктринам преддоговорной ответственности (*culpa in contrahendo*) (ст. 434.1 ГК РФ) и заверений об обстоятельствах (*representations and warranties*) (ст. 431.2 ГК РФ).

Culpa in contrahendo является доктриной, созданной в недрах германского права как ответ на потребности оборота, которые невозможно было удовлетворить средствами договорного или деликтного права. Традиционно ее

⁴⁸³ Следует отметить, что даже в отсутствие доктрины информационных обязанностей теоретически у суда есть возможность гибко подходить к вопросу последствий умолчания об обстоятельствах посредством оценочного инструмента – «должной осмотрительности» или «непростительности ошибки». Этот оценочный резервный «клапан» позволяет судам индивидуально подходить к разрешению спора об аннулировании сделки в условиях отсутствия возможности определить случаи возникновения информационных обязанностей тем более, что для заблуждения и обмана наличие неисполненной информационной обязанности не всегда необходимо. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 22 июля 2019 г. N 09АП-17887/2019.

⁴⁸⁴ Art. 1112-1 Code civil. URL:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000032007138> (Дата обращения: 02.01.2020.)

появление связывают с именем Р. Иеринга, предложившего теорию ответственности за вину при заключении договора⁴⁸⁵. Виновное поведение контрагента привело к заключению договора, который на самом деле оказался недействительным. Соответственно, такой недействительный договор считался юридическим фактом особого рода, который вызвал соответствующие правовые последствия, отличные от тех, на которые была направлена воля сторон⁴⁸⁶. Эти последствия заключались в праве добросовестной стороны требовать возмещение убытков по правилам договорного права, но в объеме «негативного интереса», что свойственно деликтному праву.

Постепенное развитие доктрины под влиянием взглядов Г. Дернбурга, Б. Виндшейда, Ф. Леонгарда, П. Эртманна, А. Тура, Г. Штолля, Г. Дёлле, К. Баллерштедта, К. Ларенца и др. привело к формированию стройной концепции, которая была реципирована многими европейскими правовыми порядками. Переговоры о заключении договора рассматриваются как основание преддоговорных обязанностей, связанных с принципом добросовестности. Нарушение данных обязанностей является самостоятельным основанием квазидоговорной ответственности особого рода вне зависимости от заключенности и действительности договора.

В результате недавней реформы обязательственного права Германии преддоговорная ответственность как доктрина, направленная на защиту добросовестности участников оборота, была имплементирована в кодексе через абз. 1 § 280, § 241, абз. 2 § 311 ГГУ. Основаниями применения доктрины преддоговорной ответственности являются:

- причинение вреда жизни и здоровью, также имуществу контрагента в преддоговорный период в связи с нарушением преддоговорных обязанностей;
- нарушение преддоговорных обязанностей в связи с недобросовестным ведением переговоров, что привело к видимости заключения действительного

⁴⁸⁵ *Culpa in contrahendo*, или возмещение убытков при недействительности или незаключенности договоров / Р. Фон Иеринг ; пер. с нем. М. Б. Жужжалова // Вестник гражданского права. - 2013. - Т : 13, № 3. - С. 190-266.

⁴⁸⁶ Гнищевич Константин Викторович. Преддоговорная ответственность в гражданском праве (*culpa in contrahendo*) : диссертация ... кандидата юридических наук : 12.00.03 / Гнищевич Константин Викторович; [Место защиты: ГОУВПО "Санкт-Петербургский государственный университет"].-Санкт-Петербург,2010.С. 21.

договора либо не привело к его заключению из-за противоречивого поведения контрагента, внушившего уверенность в успешном завершении переговоров, либо привело к заключению действительного, но невыгодного для добросовестной стороны договора.

Соответственно, добросовестное ведение переговоров включает в себя также обязанность позитивного информирования контрагента об обстоятельствах, влияющих на действительность либо выгодность заключаемого договора, а также обстоятельствах, влияющих на серьезность намерений стороны заключить договор⁴⁸⁷.

Доктрина *culpa in contrahendo* получила признание в большинстве стран континентальной правовой системы (в частности, в итальянском, французском, немецком, бельгийском, швейцарском, голландском, португальском и греческом праве)⁴⁸⁸ и закреплена в ряде основополагающих актов «мягкого права»⁴⁸⁹.

Российский правовой порядок в целом благосклонно воспринял доктрину *culpa in contrahendo*⁴⁹⁰, последовательно ее развивая сначала в потребительских отношениях (ст. 12 Закона РФ от 07.02.1992 № 2300-1 "О защите прав потребителей")⁴⁹¹, а затем в 2015 году закрепив специальные правила в ст. 434.1 ГК РФ⁴⁹². В отечественной литературе указывается, что преддоговорная

⁴⁸⁷ См. дело о срыве переговоров о покупке финтес-клуба Определение СК по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 29 января 2020 г. № 305-ЭС19-19395 по делу № А40-98757/2018

⁴⁸⁸ European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules, edited by Sellier. Munich, July 2008 // [Электронный ресурс]. Доступно на URL: http://www.legiscompare.com/IMG/pdf/13_CH_5_Good_faith.pdf (дата обращения: 10.02.2020).

⁴⁸⁹ См. п. 2.1.15 Принципов УНИДРУА. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_14121/ (Дата обращения: 7.01.2010), ст. 2.301 Принципов Ландо. URL: https://www.trans-lex.org/400200/_pecl/#head_41 (Дата обращения: 7.01.2010).

⁴⁹⁰ В п. 6 Раздела 1 Концепции отмечается: «Развитие экономики и становление гражданского общества требуют использовать все возможные меры и средства гражданского законодательства, чтобы обеспечить добросовестное и надлежащее осуществление гражданских прав и исполнение гражданских обязанностей. В перечне данных мер указывается и *culpa in contrahendo*». В п. 7.7. снова акцентируется внимание на добросовестности и теперь уже только на предпринимательских отношениях: «В целях предотвращения недобросовестного поведения на стадии переговоров о заключении договора в ГК следует для отношений, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, предусмотреть специальные правила о так называемой преддоговорной ответственности (*culpa in contrahendo*), ориентируясь на соответствующие правила ряда иностранных правовых порядков».

⁴⁹¹ Закон содержит детальное описание логически предшествующих ответственности обязанностей информирования в ст. 8-10, чего нельзя сказать о всей остальной сфере гражданского оборота за пределами потребительских отношений. Лугманов Р.Р. Умолчание об обстоятельствах: критерии определения информации, подлежащей раскрытию// Законодательство. 2017. № 9.С. 49.

⁴⁹² Кроме ответственности за *culpa in contrahendo*, связанной с причинением вреда личности или имуществу контрагента, разработка которой в Германии было необходимо в условиях слабости деликтного права, не знающего принципа генерального деликта.

ответственность подразумевает в своем основании две группы обязанностей: обязанность последовательного ведения переговоров и обязанность по предоставлению информации⁴⁹³. В целом нарушение этих преддоговорных обязанностей может привести к срыву переговоров о заключении договора, к попытке заключения впоследствии оказавшегося недействительного или незаключенного договора или заключению договора на условиях, отличных от тех, на которые могла бы рассчитывать потерпевшая сторона при добросовестном ведении переговоров другой стороной⁴⁹⁴.

В п. 2 ст. 434.1 ГК РФ указано, что при вступлении в переговоры о заключении договора, в ходе их проведения и по их завершении стороны обязаны действовать добросовестно, в частности не допускать вступление в переговоры о заключении договора или их продолжение при заведомом отсутствии намерения достичь соглашения с другой стороной. Среди примеров недобросовестных действий при проведении переговоров указывается и предоставление стороне неполной или недостоверной информации, в том числе умолчание об обстоятельствах, которые в силу характера договора должны быть доведены до сведения другой стороны.

Попробуем найти основания и условия раскрытия информации в контексте требования добросовестного ведения переговоров в доктрине и практике.

Так, О.В. Мазур, в контексте формулирования объективного стандарта добросовестного поведения на преддоговорной стадии указывает, что каждая сторона должна раскрыть значимую для другой стороны информацию, доступ к которой невозможен или затруднителен для другой стороны, с учетом характера договора и относительного положения сторон в переговорном процессе⁴⁹⁵. Под значимой информацией автор понимает такую информацию, которая может повлиять на решение другой стороны заключить договор на определенных

⁴⁹³ Демкина А.В. Добросовестное и недобросовестное поведение на преддоговорном этапе // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2016. № 4. СПС "КонсультантПлюс".

⁴⁹⁴ Жильцов. А.Н. Право, подлежащее применению к обязательствам, возникающим вследствие недобросовестного ведения переговоров о заключении договора// Закон, 2016. № 8. URL: <http://base.garant.ru/57234293/> (Дата обращения: 10.01.2020.)

⁴⁹⁵ Мазур. О.В. Указ. соч. С. 15.

условиях⁴⁹⁶. При оценке доступа к информации предлагается учитывать профессиональный статус сторон (сферу их деятельности) и существо обязательства, которое может по мнению автора свидетельствовать об обоснованности ожидания раскрытия информации со стороны контрагента⁴⁹⁷. Однако, представляется, что каждое из указанных условий раскрытия информации не помогает ответить на вопрос о причинах такой аксиоматичной связи между вступлением в переговоры и раскрытием указанной информации.

А.В. Демкина на основании правовой позиции, изложенной в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 года № 25, делая акцент на поведении, ожидаемом от любого участника оборота, так же делает беспелляционный вывод, что действуя добросовестно, участник оборота, учитывая права и законные интересы другого, не может воспользоваться его незнанием или неопытностью и поэтому обязан предоставлять необходимую информацию⁴⁹⁸. Соответственно, мы снова видим попытку найти прямую связь между абстрактной категорией добросовестности и обязанностью раскрыть информацию через утверждение, что пользоваться чужим незнанием и неопытностью – это однозначно недобросовестно.

Другие авторы указывают, что партнеры по преддоговорным переговорам должны раскрывать сведения, имеющие существенное значение для будущего договора. Эти сведения условно делятся на три группы: 1) те, которые могут воспрепятствовать действительности договора, 2) либо те, которые могут сорвать исполнение договора, 3) а также сведения об особых свойствах предмета будущего договора. При этом, поскольку каждый участник оборота должен самостоятельно заботиться о своих интересах, то общим условием раскрытия

⁴⁹⁶ Мазур. О.В. Указ. соч. С. 68.

⁴⁹⁷ Приводятся примеры потребительских договоров и договора на поставку сложного технологического оборудования.

⁴⁹⁸ Демкина А.В. Добросовестное и недобросовестное поведение на преддоговорном этапе // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2016. № 4. URL: <http://base.garant.ru/57281842/> (Дата обращения: 25.12.2019); Демкина А.В. Основания возникновения преддоговорного обязательства// Журнал российского права, 2017. № 1. URL: <http://base.garant.ru/57205842/#ixzz6L5MkB6tF> (Дата обращения: 25.12.2019).

информации является характеристика обстоятельств как необычных для данной ситуации, раскрытие которых можно ожидать по воззрениям оборота⁴⁹⁹.

Следует частично согласиться с предложенным подходом, акцентирующим внимание на существенности подлежащей раскрытию информации для тех целей, на которые она может быть направлена: факт заключения и действительности сделки, достижение результатов договорного взаимодействия и охрана имущественных и личных неимущественных прав участника переговорного процесса. При этом интересно заметить, что подход к определению содержания информационной обязанности, предусмотренной в ст. 434.1 ГК РФ выглядит несколько уже предложенного подхода, что, однако, не должно влечь необоснованных (буквальных) ограничительных выводов о содержании преддоговорной информационной обязанности. Статью 434.1 ГК РФ нельзя рассматривать как статью, подразумевающую сколько-нибудь закрытый перечень⁵⁰⁰ информационных преддоговорных обязанностей, поскольку п. 3 ст. 307 ГК РФ в целом настраивает оборот на учет прав и интересов других лиц и обмен необходимой информацией максимально абстрактным образом. Что касается сомнений, то их может породить апелляция авторов к категории «воззрения оборота», поскольку в условиях российской действительности, исходящей в основном из алеаторного характера переговорного процесса в условиях традиционной информационной асимметрии (например, на рынке подержанных автомобилей или на вторичном рынке квартир) последовательная ориентация не на чаяемые кем-то, а на реально существующие «воззрения оборота» с неизбежностью приведет к абсурдным результатам, явно противным целям имплементации в ГК РФ принципа добросовестности, как их понимали реформаторы.

Ю.А. Голубцова, исследуя вопрос вины в контексте введения в заблуждение и обмана и критикуя тезис К.В. Гнищевича о том, что основанием

⁴⁹⁹ Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В. Обязанности при ведении преддоговорных переговоров// Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2013 г. № 6. URL: <http://base.garant.ru/57596794/#ixzz6L5OZZOoB> (Дата обращения: 28.12.2019).

⁵⁰⁰ При условии, что вообще там есть.

преддоговорной ответственности является виновное нарушение обязанности добросовестного ведения переговоров⁵⁰¹, признается, что не может себе представить “виды, характер и содержание таких обязанностей”⁵⁰². Отдавая должное проблеме вины, а равно сложности определения ее формы и разграничения составов ст. 178 и ст. 179 ГК РФ, не можем согласиться со столь неожиданным заявлением, игнорирующим очевидное основание привлечения к ответственности контрагента заблуждавшейся стороны.

Д.Е. Богданов к добросовестному поведению на преддоговорной стадии относит обязанность раскрывать любые сведения, имеющие существенное значение для другой стороны и эта обязанность по его мнению обусловлена тем, что нераскрытие информации может повлечь за собой совершение сделок под влиянием ошибки или обмана, что в свою очередь является основанием для признания их недействительными и взыскания ущерба⁵⁰³. Однако, если с последствиями обмана еще можно согласиться, то логическая связь между ошибкой и взысканием ущерба уже не так очевидна. Мы исходим из той позиции, что упречна не ошибка сама по себе⁵⁰⁴, но нарушение информационной обязанности, вызвавшее ошибку заблуждавшейся стороны⁵⁰⁵. При этом о нарушении этой обязанности можно говорить не всегда, а лишь тогда, когда ее появление ожидаемо с позиции добросовестности.

А.Г. Карапетов среди оснований применения *culpa in contrahendo* выделил недобросовестное умолчание о таких обстоятельствах, которые в силу характера договора должны быть доведены до сведения другой стороны. Так же он указал,

⁵⁰¹ Гнищевич К.В. Преддоговорная ответственность в российском гражданском праве (*culpa in contrahendo*) // Вестник ВАС РФ. 2009. № 3. С. 42.

⁵⁰² Голубцова Ю.А. Вина контрагента заблуждавшейся стороны сделки в российском гражданском праве // Вестник Пермского университета. Юридические науки. январь-март 2014 г. выпуск 1. URL: <http://base.garant.ru/57572031/#ixzz6L5PhDwqM> (Дата обращения: 04.01.2020).

⁵⁰³ Богданов Д. Е. Развитие института преддоговорной ответственности в гражданском праве России // Законодательство и экономика. – 2011. – № 4. С. URL: <http://base.garant.ru/59606720/> (Дата обращения: 04.01.2020).

⁵⁰⁴ Это справедливо только для самой заблуждавшейся стороны, что и зафиксировано в абз. 2 п. 6 ст. 178 ГК РФ.

⁵⁰⁵ В этом смысле вспоминается позиция Д.О. Тузова, согласно которой основанием преддоговорной ответственности за *culpa in contrahendo* является конкретное поведение одного из контрагентов. Тузов Д.О. О понятии "несуществующей" сделки в российском гражданском праве // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2006. № 10. URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=CJI&n=15328#011700183308107959> (Дата обращения: 20.01.2020). Добавим только, что поведение, влекущее ответственность в контексте рассматриваемой темы, должно быть именно недобросовестным.

что обязанность раскрытия информации должна вытекать из принципа добросовестности. Однако, выделяя обязанность раскрытия информации необходимой контрагенту для принятия решения о несении расходов на дальнейшие переговоры, автор ограничился единственным примером действия принципа добросовестности в интересующей нас теме без попыток определить общее правило (закономерность) возникновения преддоговорной обязанности информирования⁵⁰⁶. На фоне верных, хотя и очевидных, мыслей о необходимой причинно-следственной связи между добросовестностью и вытекающей из нее информационной обязанностью, автор не усмотрел проблем в содержании п. 19 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, в котором указано, что недобросовестность действий ответчика предполагается, если имеются обстоятельства, предусмотренные подпунктами 1 и 2 пункта 2 статьи 434.1 ГК РФ. Автор поясняет, что, если истец смог доказать эти явные признаки недобросовестного поведения, бремя опровержения такой квалификации своего поведения переносится на ответчика⁵⁰⁷. Однако, представляется, что в случае с обязанностью информирования опровергать уже нечего, т.к. истец либо доказывает, что из принципа добросовестности вытекает нарушенная в данном случае информационная обязанность, либо нет. Принципиально не может существовать не предусмотренная законом или неким соглашением информационная обязанность вне связи с добросовестностью. Ответчик может доказывать не свою добросовестность, а отсутствие/ наличие обстоятельств, с которыми добросовестность связывает наличие/ отсутствие обязанности информирования, которую он не исполнил⁵⁰⁸.

А.Д. Рудоквас, по сути, ставит знак равенства между знанием стороны о заблуждении контрагента и обязанностью добросовестного участника переговоров развеять это заблуждение. Данный вывод делается на основании

⁵⁰⁶ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. – М.: М-Логос, 2017. С. 1006.

⁵⁰⁷ Там же. С. 1009.

⁵⁰⁸ Например, действительную осведомленность контрагента об обстоятельствах, умолчание которых тот ставит ему в вину, либо неизвинительность незнания об общедоступных данных и т.п.

толкования п. 3 ст. 307 ГК РФ, критику содержания которого мы уже проводили в соответствующем параграфе. Автор делает вывод (и затем критикует его), что “заключение договора со стороной, которая знала или должна была знать о наличии заблуждения, не всегда порождает ответственность этой стороны за убытки, поскольку осознание ею наличия заблуждения контрагента, по мысли законодателя, не тождественно возникновению заблуждения вследствие зависящих от этой стороны обстоятельств”⁵⁰⁹. Представляется, однако, что несмотря на не совсем удачную формулировку закона, осознание контрагентом наличия заблуждения у другой стороны не всегда влечет нарушение информационной обязанности. При этом заблуждение контрагента принципиально может зависеть от добросовестного поведения другой стороны в том смысле, что данная сторона могла, хотя и не обязана была (и в этом смысле не ответственна) развеять это заблуждение⁵¹⁰. Сложно согласиться с однозначным тезисом о необходимой связи между в крайней степени бессодержательным требованием п. 3 ст. 307 ГК РФ и однозначной констатацией, что контрагенты всегда обязаны проявлять заботу об интересах контрагента без учета множества иных факторов, потенциально влияющих на возникновение и объем обязанности информирования.

В судебно-арбитражной практике довольно мало дел, которые представляли бы интерес в разрезе нашей темы особенно применительно к цели обнаружения условий информационных обязанностей и обстоятельств, подлежащих раскрытию. Тем не менее можно выделить несколько дел, которые потенциально могут служить некоторыми примерами разрешения споров по аналогичным делам.

В деле ООО «Декорт» против ООО «Ашан» речь шла о проблеме срыва

⁵⁰⁹ Рудоквас А.Д. Нарушение обязанностей информирования: преддоговорная ответственность, заверения и гарантии возмещения потерь. Комментарий к п. 21 Постановления Пленума ВС РФ от 24.03.2016 № 7 "О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств" // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2016, № 11. С.60-61.

⁵¹⁰ В соответствии с нашим анализом, законодатель таким образом просто перераспределяет риски несения убытков, которые могли быть предотвращены самой знающей о заблуждении, но не проявившей для этого необходимое усердие стороной. В этом смысле дать право данной стороне еще и взыскать убытки с заблуждавшейся стороны было бы верхом несправедливости.

переговоров и оценке поведения ответчика в качестве недобросовестного⁵¹¹. Стороны длительное время вели переговоры об аренде склада. Несмотря на то, что потенциальный арендодатель (ООО «Декорт») проводил под надзором потенциального арендатора (ООО «Ашан») подготовительные работы на складе с целью удовлетворения требований арендатора, последний внезапно и неоправданно прекратил переговоры на стадии обмена экземплярами договора. ООО «Ашан» утверждало, что в его действиях нет недобросовестности, т.к. ООО «Декорт», «действуя добросовестно и разумно, могло и должно было предвидеть вероятность незаключения договора». Однако, суд пришел к выводу о том, что имело место внезапное и неоправданное прекращение переговоров. Довод ответчика о том, что сделка не была согласована с его наблюдательным советом, не был принят судом, т.к. ответчик не сообщал истцу об этом условии заключения сделки.

В этом деле мы видим более широкое понимание преддоговорной информационной обязанности, чем указано в пп. 1 п. 2 ст. 434.1 ГК РФ. По сути ожидаемое информационное взаимодействие так же рассматривается в контексте вопроса о внезапности прекращения переговоров и определения периода несения обоснованных расходов, связанных с переговорами, соответствующей стороной. Общее правило самостоятельного несения имущественных рисков недостижения соглашения имеет то ограничение, которое связано с моментом утраты намерения, которое является одновременно моментом создания необоснованного ожидания успешности завершения переговоров. Указанный момент зависит от изменений планов контрагента, что само по себе правомерно, однако, о чем обязательно должна узнать другая сторона. После информирования этой стороны о рисках недостижения согласия по той или иной обоснованной причине (например, появление более выгодного конкурирующего предложения), последующие расходы другой стороны, связанные с подготовкой к заключению договора, будут исключительно в зоне риска самого действующего лица. Таким образом, серьезность намерений

⁵¹¹ Определение Верховного Суда РФ от 22.05.2018 № 305-ЭС18-1723 по делу № А41-90214/2016

потенциального арендатора по сути является одновременно стимулом к несению расходов другой стороны. Открытость и прозрачность намерений контрагента в отношении судьбы переговоров залог признания такого поведения добросовестным (правомерным).

В другом деле некто Плетнев П.С. (истец) вел переговоры с ответчиком о покупке фитнес-клуба, которые завершились неожиданно для истца и привели к необоснованным расходам. В данном случае ответчик умолчал о параллельных переговорах с другим покупателем, создав у истца представление о том, что сделка состоится⁵¹².

В этом деле суд подтвердил ряд принципиальных аспектов рассматриваемой темы. Само по себе прекращение переговоров без указания мотивов отказа не свидетельствует о недобросовестности соответствующей стороны. Именно на истце лежит бремя доказывания, что ответчик действовал недобросовестно с целью причинения вреда истцу (однако, не понятно, почему именно с такой целью). Участники переговоров несут риск незаключения договора и в этом смысле нельзя требовать от другой стороны возмещения понесенных в процессе переговоров расходов в случае их безрезультатности. Недобросовестность в поведении стороны переговоров появляется тогда, когда эта сторона теряет намерение заключить договор, но тем не менее продолжает эти переговоры, провоцируя другую сторону на несение дополнительных расходов. Проблема создания видимости намерения может решаться в том числе открытым информационным взаимодействием, которое устраняет теперь уже необоснованное состояние ожидания успешности переговоров и одновременно обосновывает риск несения расходов действующей стороны в случае продолжения переговоров с таким контрагентом.

Другие встречающиеся в практике дела имеют слабый познавательный интерес в контексте понимания условий возникновения информационной обязанности в контексте пп. 2 п. 2 ст. 434.1 ГК РФ, но могут представлять

⁵¹² Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 29.01.2020 № 305-ЭС19-19395 по делу № А40-98757/2018.

интерес в других аспектах, имеющих отношение к нашей теме. Эксплуатация доверия к банку как профессионалу и финансовая неграмотность клиента, влияющая на неправильную оценку принимаемых рисков и желание вступить в договор⁵¹³; распределение рисков незнания неблагоприятных для судьбы сделки обстоятельств⁵¹⁴; вопрос должной осмотрительности участника переговоров⁵¹⁵ и т.д.

2.2.2.1. Заверения об обстоятельствах

Следующим возможным источником познания информационных обязанностей, вытекающих из принципа добросовестности, могли бы быть правила о заверениях об обстоятельствах.

Проблемам, связанным с регулированием заверений об обстоятельствах посвящено много научных обсуждений на страницах юридической литературы и различных дискуссионных площадках. Мы не будем пытаться обсуждать многочисленные вопросы крайне спорной имплементации чужеродного регулирования, которые не релевантны в контексте поиска оснований, условий и объема преддоговорной информационной обязанности, но лишь укажем, что следует согласиться с позицией А.Д. Рудокваса о том, что сфера регулирования статьи о заверениях об обстоятельствах частично накладывается на сферу регулирования статьи о преддоговорной ответственности⁵¹⁶.

Считается, что заверения – это «утверждения, сделанные до заключения договора или непосредственно в момент его заключения, в отношении какого-либо существующего или относящегося к прошлому обстоятельства, имеющего существенное значение для заключения договора и сделанные с целью побудить другую сторону вступить в договор»⁵¹⁷.

Несмотря на использование специфического лингвистического средства,

⁵¹³ Апелляционное определение Иркутского областного суда от 14 октября 2019 г. по делу № 33-8378/2019.

⁵¹⁴ Апелляционное определение Московского городского суда от 28.08.2019 по делу № 33-33053/2019.

⁵¹⁵ Определение Верховного Суда РФ от 14 августа 2017 г. № 309-ЭС17-10569; Определение Верховного Суда РФ от 18.06.2018 № 305-ЭС18-6928 по делу № А40-17586/2017

⁵¹⁶ Рудоквас А.Д. Нарушение обязанностей информирования: преддоговорная ответственность, заверения и гарантии возмещения потерь // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. - 2016. - № 11. С. 59

⁵¹⁷ Падиряков А.П., Барабаш Р.В. Заверения, гарантии и обязательства возмещения убытков в англо-американской и российской правовых системах // Международное публичное и частное право. - 2015. - № 6. С. 44- 48.

не должно вызывать сомнения, что заверения — это не более чем информация о неких обстоятельствах⁵¹⁸. При этом передача такой информации может осуществляться как в рамках исполнения позитивной обязанности информирования, так и вне связи с ней.

Говоря о причинах огромного значения, которое приобрели заверения об обстоятельствах в Англии, необходимо указать, что по общему правилу в данной юрисдикции отсутствует преддоговорная обязанность информирования в связи с принципом добросовестности. В этом смысле гражданский оборот нуждался в управлении рисками последствий информационной асимметрии⁵¹⁹. При этом сама по себе нехватка информации у соответствующей стороны может повлиять как на возможность заключения договора, так и на его цену, обеспечения и другие условия⁵²⁰.

Что касается российского правопорядка, то в литературе встречается мнение, что появление в Кодексе соответствующей новеллы было обусловлено стремлением побудить участников оборота использовать заверения об обстоятельствах в договорах, подчиненных российскому праву, «на манер заверений и гарантий в договорах, подчиненных английскому праву»⁵²¹. Появление такого института в российском праве должно было послужить делу повышения правовой определенности и привлекательности структурирования сделок по российскому праву.

Другой автор указывает, что «значение ответственности за предоставление недостоверной информации по правилам ст. 431.2 ГК РФ состоит в том, чтобы создать правовые основания для возмещения убытков в тех ситуациях, когда с этой задачей не справляется институт ответственности за неисполнение

⁵¹⁸ В контексте ст. 431. 2 ГК РФ — это не любая информация, а лишь значимая для решения другой стороны заключить договор.

⁵¹⁹ Рудоквас А.Д. Некоторые проблемы применения ст. 431.2 ГК РФ в связи с принципом добросовестности // Вестник гражданского права, Том 17, № 2, 2017, С. 34.

⁵²⁰ Томсинов А.В. Заверения об обстоятельствах и возмещение потерь в российском праве в сравнении с *representations, warranties and indemnity* в праве Англии и США. Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 11. С 91 – 111.

⁵²¹ Будылин С.Л. Заверения и гарантии. Компаративное исследование. – М.: Инфотропик Медиа, 2017. С. 150; Томсинов А.В. Мера убытков за недостоверные заверения в праве Англии и США// Вестник гражданского права. 2015. № 5. С. 100-114.

обязательства»⁵²². Правда, достижение цели правовой определенности может вызывать сомнение в условиях частичного функционального наложения данного института и института преддоговорной ответственности в сфере активного предоставления информации, направленной на побуждение контрагента совершить сделку.

Так или иначе, но при всей общей научно-практической значимости ответа на вопрос о критериях разграничения сфер регулирования норм о заверениях об обстоятельствах и о преддоговорной ответственности, для ответа на поставленный нами в начале настоящего параграфа другой вопрос он бесполезен. Само по себе действующее регулирование в ст. 431.2 ГК РФ направлено на регламентацию лишь последствий передачи недостоверной информации, имеющей целью побудить другую сторону вступить в договор. Соответственно, вне зависимости от того факта, что часть сферы регулирования данной статьи относится к области преддоговорной ответственности, сами по себе правила о заверениях об обстоятельствах никак дополнительно не помогают нам в поиске оснований возникновения обязанности информирования и определении объема информации, подлежащей раскрытию.

Таким образом, кратко рассмотрев различные возможности действующего регулирования и судебно-арбитражной практики в контексте инструментов, которые могли бы помочь в решении поставленной задачи, мы приходим к выводу, что нормы об ошибке и об обмане, преддоговорной ответственности и заверениях об обстоятельствах в той или иной степени отражающие последствия нарушения в том числе преддоговорных информационных обязанностей, слабо помогают нам в определении общего правила, применимого к любой ситуации. Рассмотренные институты подсвечивают лишь некоторые признаки, позволяющие весьма косвенно судить о наличии связи между последствием (оспариванием сделки, взысканием убытков) и преддоговорной информационной обязанностью, связанной с принципом добросовестности.

⁵²² Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307-453 Гражданского кодекса Российской Федерации/ Отв. Ред. А.Г. Карапетов. – М.: Статут. 2017. С. 959.

Для того, чтобы попробовать сформулировать более действенный механизм оценки поведения в качестве добросовестного в контексте информационного взаимодействия, обратимся к тем ценностям, которые могут лежать в основе такой оценки.

2.3. Конституционализация частного права

2.3.1. Постановка проблемы

Предмет нашего исследования направлен на изучение информационных обязанностей в связи с действием принципа добросовестности. Однако, вопреки устоявшемуся мнению, мы не считаем добросовестность полноценным и самостоятельным источником критериев⁵²³ оценки правоприменения и настаиваем на понимании данной категории лишь как формального обоснования существования нормативной системы «второго уровня», формируемой судебной системой путем поиска (и последующей фиксации) приемлемого баланса конкурирующих интересов *ad hoc* посредством взвешивания релевантных для рассматриваемого случая политико-правовых ценностей⁵²⁴. Такие ценности, дополнительно используемые для оценки поведения в качестве одобряемого или осуждаемого можно черпать из различных источников, например, из морально-этических концепций добра, совести⁵²⁵ и справедливости⁵²⁶ или из

⁵²³ Постулирование неразрывной связи между категориями добросовестности и нравственности является традиционной для отечественных публикаций на эту тему. Богданова Е.Е. Принцип добросовестности и судебное усмотрение // Законы России: Опыт, Анализ, Практика. 2012, № 1. С. 14.

⁵²⁴ Сразу нужно оговориться, что принципиально нет ничего принципиально невозможного и конвенционально можно дойти до того, чтобы, например, завтра всем обществом начать называть «кошку» «собакой». Сущностно ничего не поменяется. Другое дело, если мы сознательно начнем ограничивать восприятие рассматриваемой «кошки» как существа с меньшим количеством характеристик, чем оно есть на самом деле (например, с отрицанием предрасположенности к ловле мышей). В этом смысле вопрос будет стоять лишь в эффективности, целесообразности такого сознательно редуцированного подхода. Так и в рассматриваемом вопросе оценка восприятия добросовестности как концепции, которая «фиксирует минимальный уровень альтруизма и учета интересов ближнего» это не вопрос истинности или ложности, а вопрос целесообразности. Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / А. В. Асосков, В. В. Байбак, Р. С. Бевзенко [и др.] ; отв. ред. А. Г. Карапетов. – Москва : М-Логос, 2020. С. 167.

⁵²⁵ Новикова Т. В. Понятие добросовестности в российском гражданском праве: диссертация ... кандидата юридических наук: 12.00.03 / Новикова Татьяна Васильевна; [Место защиты: ГНУ "Южный федеральный университет"].- Ростов-на-Дону, 2009.- С. 13-23.

⁵²⁶ Новикова Т. В. Указ. соч. С. 28;

Сорокина, Е. А. Категория добросовестности в западной традиции права: Историко-теоретический аспект: диссертация ... кандидата юридических наук: 12.00.01 / Сорокина Е.А.; [Место защиты Российском университете дружбы народов] -М.,2009.. С.33- 37, 81, 115; Белов В.А. Добросовестность, разумность, справедливость как принципы гражданского права // Законодательство. 1998, № 8. URL: <http://base.garant.ru/3540963/> (Дата обращения: 20.01.2020).

системообразующих принципов, пронизывающих определенную правовую систему⁵²⁷.

Познание морально-этических концепций естественным образом затруднено ввиду принципиального отсутствия конвенционального восприятия тех или иных ценностей, которые понимаются различным образом как во времени и в пространстве (в различных социально-культурных традициях), так и в рамках одного общества в один период времени в силу различий в воспитании, образовании, культурном бэкграунде и конечно же конкретной занимаемой позиции интересанта в рассматриваемом споре⁵²⁸. В этом смысле обращение к нравственным ценностям, например, попытку судить по справедливости, можно идентифицировать с произволом, объективно завуалированным правопорядком под категорию “отправление правосудия”⁵²⁹.

Ни о какой определенности права в таком случае не приходится говорить, поскольку единообразное понимание той же категории справедливости в условиях естественной социальной разобщенности общества по интересам, обусловленным происхождением, образованием, достатком, религиозными взглядами и т.п., принципиально невозможно⁵³⁰. Если нам важна предсказуемость правового регулирования в условиях многообразия общественных интересов, необходимо видимо отойти от бесплодной идеи прямолинейного поиска нравственно-этических ценностей, якобы скрепляющих данное общество и потенциально способных влиять на поведение участников

⁵²⁷ Учебник: в 3 т. Том 1: — 6-е изд., перераб. и доп. / под ред. Сергеева А. П., Толстого Ю. К. — М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. С. 15; Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. I: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / Отв. ред. Е.А. Суханов. — 2-е изд., стереотип. — М.: Статут, 2011. С. 23. Иное мнение: Кулаков В.В. Основные принципы гражданского права как особая форма права // Вестник Пермского университета. Юридические науки, 2013, № 4. URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=CJI&n=77150#05906655166628363> (Дата обращения: 15.01.2020).

⁵²⁸ Шуныева А.Е. Справедливость в доктрине конституционной экономики // Современное право, 2010. № 1. С. 154

⁵²⁹ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. — М., Статут (в серии «Классика российской цивилистики»), 1998. — С. 254–255.

⁵³⁰ Витрянский В.В. Гражданский кодекс и суд // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. - 1997. - № 7. С. 132; Аракелян А.Ю. Справедливость: цивилистический аспект // Современное право. -2007. № 10. С. 58. Некоторые авторы используют более мягкие выражения. См.: Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / А. В. Асосков, В. В. Байбак, Р. С. Бевзенко [и др.] ; отв. ред. А. Г. Карапетов. — Москва : М-Логос, 2020. С. 164.

оборота, в пользу более предсказуемых категорий, которые, правда, так же являются весьма оценочными, но в конечном счете отражающими конечные цели правового регулирования, эталоны поощряемого частного и публичного взаимодействия и которые при этом уже имеют действенный механизм взаимного взвешивания с целью нахождения необходимого баланса⁵³¹. Соответственно, мы предлагаем при оценке конкретного поведения в качестве добросовестного учитывать конституционные ценности, лежащие в основе правового регулирования вообще и частноправового регулирования в частности⁵³².

Следует сказать, что данный подход не должен восприниматься как неожиданный и, более того, он может рассматриваться в качестве рационального примера использования ссылки на принцип добросовестности в качестве повода для трансляции в частное право конституционно-правовых ценностей⁵³³. В этом смысле нет причин не доверять разумности и эффективности германского подхода, который вполне можно считать закономерной реакцией на перманентную опасность добросовестности как открытой нормы, позволившей в период нацистской Германии без текстуального изменения закона добиваться крайне незтичных, аморальных по меркам современного общества результатов, воспринимаемых однако как вполне справедливые и приемлемые в контексте признаваемой в то время идеологии⁵³⁴. В 1958 г. Конституционный суд Германии в деле *Lüth* выступил в поддержку теории косвенного влияния основных прав на частное право (*mittelbare Drittwirkung der Grundrechte*)⁵³⁵, согласно которой основные права образуют объективную систему ценностей, которые влияют на частное право с помощью принципа *Treu und Glauben* (§ 242 ГГУ)⁵³⁶.

⁵³¹ Лугманов Р.Р. Принцип добросовестности как средство развития права // Право и политика. 2021. № 5. С. 69.

⁵³² Конституционное право. Общая часть: Учебно-методическое пособие к лекциям и семинарам (программа дисциплины, тезисы лекций, практикум) / Под ред. Н.А. Богдановой - М.: И «Зерцало-М», 2017. С. 52

⁵³³ BVerfGE 7, 198, 204.

⁵³⁴ Нам. К.В. История развития принципа добросовестности (*Treu und Glauben*) в период с 1900 по 1945 г. // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. № 6. С. 88.

⁵³⁵ BVerfGE 7, 198, 204.

⁵³⁶ Общие частноправовые положения были описаны как "точки входа" для основных прав в частное право.

Строго говоря, в интересующей нас теме следует выделить две теории⁵³⁷, основанные на том факте, что конституционное и гражданское право принципиально непохожие отрасли и проникновение элементов одной отрасли в другую должно иметь особую механику⁵³⁸. Это теория прямого горизонтального эффекта (*unmittelbare Drittwirkung*) и теория косвенного горизонтального эффекта (*mittelbare Drittwirkung*)⁵³⁹.

В соответствие с теорией прямого горизонтального эффекта, основные права влияют на сферу частного права точно так же, как в отношениях между государством и индивидом. В литературе отмечается, что прямое действие основных прав в горизонтальных отношениях порождает тенденцию усиления в контексте защиты человеческого достоинства, закрепленной в ст. 1 Основного Закона ФРГ⁵⁴⁰. Однако, по общему правилу прямое действие основных прав разворачивается в вертикальных отношениях, что проявляется, например, в том, что гражданин может обратиться в Федеральный Конституционный суд в случае нарушения публичной властью его основных прав⁵⁴¹.

Согласно теории косвенного горизонтального эффекта Основной Закон устанавливает объективную систему ценностей, которая служит конституционной основой для принятия решения во всех отраслях права по любым категориям дел, а не только в контексте защиты гражданских прав от нарушения со стороны публичной власти⁵⁴². Косвенное действие основных прав проявляется в их действии опосредованно через господствующие в соответствующих отраслях права общие оговорки, например, такую как добросовестность.

⁵³⁷ Еще встречается такое деление «вертикальное» (гражданин-государство) и «горизонтальное» (гражданин-гражданин) действие конституционных прав. Eric Engle. Third Party Effect of Fundamental Rights (*Drittwirkung*) // HANSE LAW REVIEW (HanseLR). Vol. 5, №. 2. 2009. P. 165.

⁵³⁸ В Основном Законе есть только одно исключение из общего правила действия основных прав в отношении «гражданин-государство». Абз. 3 ст. 9 признает недействительными сделки, направленные на ограничение свободы объединений. См. BAG NJW 2007, 622, 623.

⁵³⁹ Eric Engle. Op. cit. P. 165-173.

⁵⁴⁰ Детлев В. Беллинг, Антье Херольд, Марек Кнайс. Действие основных прав между частными лицами // LEX RUSSICA (РУССКИЙ ЗАКОН). Т. 99. № 2. 2015 С. 27.

⁵⁴¹ Ст. 93 Основного Закона ФРГ. URL: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/ (Дата обращения: 10.02.2020).

⁵⁴² Конституционное право. Под. Ред. Н.А. Богдановой. Указ. соч. С. 144.

Указанная система ценностей, сосредоточенная на правах человека, естественным образом оказывает влияние и на частное право, ведь никакая норма частного права не может вступать с ней в противоречие, и все гражданско-правовые нормы должны толковаться в соответствии с ее духом. При этом с точки зрения материального и процессуального права спор между частными лицами об их правах и обязанностях, вытекающих, например, из гражданско-правовых сделок, на который оказывают влияние основные права, все равно остается спором именно частного права. Именно частное право толкуется и применяется несмотря на то, что суд должен следовать нормам публичного права в виде Основного Закона.

Относительно российского правопорядка, наверное, не будет ошибкой сказать, что действующее гражданское право довольно сильно пропитано духом публичности посредством многочисленных императивных норм. Этот «ползучий» процесс наступления публичного права получил некоторое смягчение с появлением специального механизма толкования гражданско-правовых норм⁵⁴³. Тем не менее сама потребность соизмерять регуляторный эффект нормы с ее влиянием на права третьих лиц или публичные интересы уже показывает возможность учитывать в частной сфере требования, вытекающие из конституционных прав⁵⁴⁴.

Помимо включения в частноправовую ткань императивных норм, конституционализация частного права происходит и посредством абстрактного или конкретного конституционного нормоконтроля, например, признанием какой-либо статьи Гражданского кодекса не соответствующей Конституции⁵⁴⁵. Также влияние конституционных прав на сферу частного права происходит путем толкования (нахождения конституционно-правового смысла) релевантных для рассматриваемого случая гражданско-правовых категорий⁵⁴⁶.

⁵⁴³ Постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 "О свободе договора и ее пределах".

⁵⁴⁴ См. например, ст. 169 ГК РФ с ее категорией «основ правопорядка и нравственности».

⁵⁴⁵ Постановление Конституционного Суда РФ от 16.01.1996 № 1-П "По делу о проверке конституционности частей первой и второй статьи 560 Гражданского кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина А.Б. Наумова"

⁵⁴⁶ Например, понятие «имущество» в контексте ст. 35 Конституции РФ. Постановление Конституционного Суда РФ от 16.05.2000 № 8-П "По делу о проверке конституционности отдельных положений пункта 4 статьи 104

Однако, в контексте нашей темы безусловно значимым является другой вопрос: допускает ли российское конституционное право возможность непосредственного использования конституционных прав и свобод без их предварительной конкретизации в рамках действующего законодательства?

Беглый взгляд на принцип действия Конституции РФ отражает довольно распространенное в обществе мнение, что ч. 1 ст. 15 Конституции РФ позволяет участникам оборота ссылаться на конституционные права и свободы, а также обязывает соблюдать их в том числе в рамках горизонтальных отношений. Однако, это не так, поскольку в теории конституционного права известно, что специальная в этом смысле ст. 18 Конституции РФ прямо указывает обязанных субъектов в виде публичной власти⁵⁴⁷. Соответственно, возможный вопрос об адресате конституционных прав имеет очевидный ответ: прямое соблюдение конституционных прав ожидается в первую очередь от законодательных органов, органов исполнительной власти и судебных органов. Законодатель, принимая новые законы, обязан воплощать в них конституционно-правовые ценности, корректное транслирование которых контролирует Конституционный Суд в порядке соответствующего нормоконтроля. С другой стороны, суд безусловно связан законодательными предписаниями в силу принципа разделения властей. Однако, когда законодатель закладывает в частноправовой массив максимально абстрактную открытую норму, а условия конкретного рассматриваемого спора высвечивают, например, некий пробел в регулировании, он тем самым приглашает судебную систему к активному правоприменению (суть правотворчеству)⁵⁴⁸ в контексте теории косвенного горизонтального эффекта, которая должна основывать свои решения на тщательном взвешивании закрепленных в Конституции объективных ценностей,

Федерального закона "О несостоятельности (банкротстве)" в связи с жалобой компании "Timber Holdings International Limited"

⁵⁴⁷ Должиков, А. В. (2012). Влияние конституционных прав на российскую правовую систему // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 6 (91). С. 114.

⁵⁴⁸ Лугманов Р.Р. Принцип добросовестности как средство развития права// Право и политика. 2021. № 5. С. 71.

маскируя эту работу формальной ссылкой на отраслевой правоприменительный принцип добросовестности⁵⁴⁹.

Среди всего многообразия конституционно-правовых ценностей, принципиально мыслимых в качестве имеющих отношение к нашей теме, особенно выделим те, которые могут быть отнесены к экономической основе конституционного строя, что, однако, нисколько не принижает значение иных ценностей, которые могут оказаться более значимыми в конкретных условиях⁵⁵⁰.

Собственность, свобода экономической деятельности (в разрезе принципов свободы договора и частной автономии), рыночная экономика, свобода перемещения товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции в силу прямого отношения к формированию основ гражданского оборота имеют особое значение для темы исследования информационных обязанностей.

Не менее важными признаются ценности, закрепленные в новой ст. 75.1 Конституции РФ, среди которых самыми актуальными для нас является: устойчивый экономический рост страны, повышение благосостояния граждан, социальное партнерство и экономическая солидарность.

Поиск и соблюдение баланса между частными и публичными конституционно-правовыми ценностями будет являться истинным смыслом всего последующего правового и экономического анализа.

2.3.2. Общие предпосылки раскрытия информации

Сравнительно-правовой анализ зарубежных правопорядков помогает нам тем, что показывает некоторые общие закономерности в регулировании

⁵⁴⁹ Как верно подметил автор, «кристаллизация принципа добросовестности в судебной практике должна происходить в рамках тех ценностных установок и приоритетов, которые заданы в Конституции РФ». См. Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / А. В. Асосков, В. В. Байбак, Р. С. Бевзенко [и др.] ; отв. ред. А. Г. Карапетов. – Москва : М-Логос, 2020. С. 187.

⁵⁵⁰ Преобладающий экономический уклон последующего изложения ни в коем случае не означает неизбежного приоритета экономических конституционных ценностей в их конкретном проявлении. Это лишь попытка описать предмет исследования в понятийном аппарате и с использованием соответствующих инструментов области гражданского оборота, в которой экономические аргументы потенциально могут иметь больший априорный вес, что, однако, не исключает возможности влияния иных ценностей, которые суд примет во внимание и сочтет более значимыми для конкретного случая.

информационных обязанностей. Конечно, слепое неаргументированное заимствование чужих решение не приветствуется, поэтому мы вправе отталкиваться лишь от тех условий возникновения информационных обязанностей, которые представляются нам наиболее адекватными. Такими общими предпосылками раскрытия информации являются 1) знание стороны об обстоятельствах, подлежащих раскрытию, 2) (извинительное)⁵⁵¹ незнание контрагента об этих обстоятельствах, 3) осознание осведомленной стороной наличия информационной асимметрии⁵⁵².

Это максимально общие, начальные предпосылки информационного взаимодействия, которые, впрочем, не могут являться незыблемыми, т.е. иногда допускаются исключения⁵⁵³. Иные аспекты проблемы раскрытия информации не могут восприниматься в качестве базовых, поскольку фактически являются условиями раскрытия/ не раскрытия информации в конкретных случаях, аналитическое обращение к которым релевантно лишь после констатации наличия предпосылок раскрытия информации.

Каждое из условий раскрытия или умолчания об обстоятельствах, использованное в данном исследовании, является конкретным выражением объективных ценностных категорий, использование которых в конкретном правоприменении становится возможным посредством формального обращения суда к категории добросовестности, что в свою очередь открывает сложную проблему соотношения соответствующих ценностей⁵⁵⁴. Представляется, что

⁵⁵¹ Как мы увидим в соответствующем разделе нашего исследования, критерий извинительности незнания является довольно спорной категорией. Такое незнание может быть актуальным, однако является сложным для целей генерализации его применения.

⁵⁵² Как было указано в начале исследования, ситуации отсутствия информационной асимметрии, либо осознания ее наличия, а также еще более сложные ситуации неосведомленности обязанной стороны о фактах, подлежащих сначала «добыче» для последующего раскрытия, не входят в предмет нашего исследования и являются по сути следующим и более глубоким этапом в развитии доктрины информационных обязанностей. Переход к следующему этапу исследования целесообразен только после формирования и закрепления базовых принципов раскрытия информации в условиях осознаваемого наличия информационной асимметрии.

⁵⁵³ Например, как мы уже указали, иногда можно помыслить лежащую на должнике обязанность знать (узнать) обстоятельства, подлежащие раскрытию, или, например, извинительность незнания может быть проигнорирована в случае риска причинения вреда жизни или здоровью, равно как и в случае умышленного введения в заблуждение.

⁵⁵⁴ Под конституционными ценностями можно понимать совокупность целей, установок, принципов, закрепленных в Конституции и/ или выработанных Конституционным Судом в процессе конституционного нормоконтроля, обеспечивающих оптимальное развитие личности, общества и государства на основе баланса частным и публичных интересов. См. также Мамонов В. В. Конституционные ценности современной России // Вестник Саратовской государственной юридической академии. № 4 (93). 2013 г. С. 125- 132.

идеальным с точки зрения определенности права была бы ситуация закрепленной и всеми признаваемой иерархии конституционных ценностей⁵⁵⁵. Однако, вопрос о том, является ли система ценностей иерархической, довольно сложный и в юридической науке однозначного ответа пока не имеет⁵⁵⁶. Например, В.Д. Зорькин считает, что закрепленные в Конституции ценности образуют системное единство и находятся в определенном иерархическом соподчинении⁵⁵⁷. С другой стороны С.А. Белов на основании анализа практики Конституционного Суда РФ отмечает противоречивость ценностной основы Конституции и, как следствие, стремление Суда найти компромисс между либеральными идеями приоритета прав человека и принципами социальной солидарности, социальной ответственности и приоритета публичных интересов⁵⁵⁸. Соответственно, необходимым следствием принципиальной противоречивости ценностного ядра и отсутствия явного приоритета тех или иных ценностей Конституции является проблема разрешения коллизий данных ценностей⁵⁵⁹.

Другой конституционно-правовой проблемой релевантной в контексте ценностного обоснования информационных обязанностей является проблема конкуренции конституционно-правовых ценностей⁵⁶⁰. Эта проблема появляется тогда, когда одна и та же сфера регулирования может найти свое обоснование в различных конституционных ценностях. В контексте нашей темы можно с большой долей уверенности предположить, что право стороны договора сохранить при себе важную для нее и контрагента информацию можно одинаково успешно обосновать посредством обращения не только к свободе

⁵⁵⁵ Что, правда, было бы крайне сложно в условиях не до конца определенного перечня данных ценностей, а также их принципиальной подвижности в силу взаимного влияния.

⁵⁵⁶ Суханова А.А. Конституционные ценности современной России: иерархия и конкуренция // Вестник Челябинского государственного университета. Серия: Право. 2015. № 23 (378). Вып. 44. С. 53.

⁵⁵⁷ Зорькин, В. Д. Аксиологические аспекты Конституции России [Электронный ресурс] / В. Д. Зорькин // Сравнит. конституц. обозрение. – 2008. – № 4 (65). – С. 7–20

⁵⁵⁸ Белов С. Ценности российской Конституции в тексте и в практике её толкования // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. №4 (131). С.68–83.

⁵⁵⁹ Сам С.А. Белов доказывает ошибочность распространенных в литературе утверждений о преимуществе либеральных ценностей, заложенных в Конституции, показывая на некоторых примерах практики КС РФ обратное преобладание публичных интересов.

⁵⁶⁰ Суханова А.А. Указ. соч. С. 54.

экономической деятельности (ст. 8, 34 Конституции РФ), но и, например, к праву частной собственности (ст. 35 Конституции РФ)⁵⁶¹, понимаемому в конституционно правовом смысле довольно широко⁵⁶².

В контексте информационных обязанностей, складывающихся в горизонтальных обязательственно-правовых отношениях, довольно часто возникает вопрос соотношения частных и публичных интересов. Право частной собственности одного лица может сталкиваться с глобальной публично-правовой ценностью максимизации общественного благосостояния, которая теперь доктринально может быть выведена из новой ст. 75.1 Конституции РФ. Социальная солидарность, которая часто прослеживается в информационных обязанностях, направленных на сохранность личной и имущественной неприкосновенности неинформированной стороны, одновременно совпадает с обеспечением неприкосновенности собственности данного лица, его жизни, здоровья и достоинства личности и в целом с общей целью устойчивого экономического роста страны и повышения благосостояния граждан, поскольку сокрытие информации о фактах, создающих угрозу личной и имущественной неприкосновенности договорного партнера является помимо прочего источником невозполнимых социальных потерь, устранение которых во многих случаях будет дешевле всего более информированному контрагенту.

Поиск баланса равновеликих противоречащих ценностей, выявление совпадения нескольких ценностей в процессе разрешения частного спора, попытки найти исключения из нередко встречающегося преобладания публичных интересов над частными интересами - все это является фактической задачей судебного контроля в гражданских делах о раскрытии информации,

⁵⁶¹ Мы не рассматриваем свободу информации (ст. 29 Конституции РФ), т.к. в доктрине конституционного права давно признано, что она не распространяется на горизонтальные отношения равных частных субъектов. Свобода информации предназначена для того, чтобы дать возможность личности получить информацию, важную для ее социального и политического положения в современном обществе. Соответственно, адресатом этой свободы является государство, которое должно не препятствовать личности в реализации данной свободы. См.: Братановский С.Н., Лапин С.Ю. Право на доступ к информации как элемент конституционного права на информацию // Гражданин и право. 2012. № 8. С. 23.

⁵⁶² От этого может зависеть и мотивировочная часть решения суда, обосновывающая наличие или отсутствие в рассматриваемом споре обязанности информирования. См. например, ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

действенным инструментом которого стала возможность обращения к принципу добросовестности.

2.4. Экономико-правовая основа информационных обязанностей.

2.4.1. Характеристика информации

Исследование информационных обязанностей без описания объекта данных обязанностей выглядит несколько странным. Однако, этой проблемой грешат практически все современные (среди изученных автором) работы в области информационных обязанностей, что выдает отношение авторов таких исследований к понятию информации как к обычной и даже интуитивно понятной категории. Позволим себе не согласиться с таким подходом и предложим ряд примечательных наблюдений, полезных для дальнейшего исследования.

В этом вопросе, однако, сложно претендовать на полноту исследования, но в общем такой цели и нет. Любое явление окружающей действительности можно определить самым разнообразным способом, что будет зависеть от критериев, лежащих в основе этой логической операции. Соответственно, обозначив те или иные признаки информации в контексте заявленной темы, нельзя претендовать на исключительность проделанной работы, не допускающей альтернатив.

В договорных отношениях знание неких обстоятельств, которые имеют отношение к сделке и влияют на желание стороны заключить договор вообще или на определенных условиях в частности, определяет такую информацию как частную, если она известна только одной стороне, или как публичную, если она общедоступна⁵⁶³. Такому делению в значительной части коррелирует деление информации на асимметричную и симметричную⁵⁶⁴. При этом симметричная информация, которой обладают обе стороны, не обязательно должна быть общедоступной. Полная симметрия предполагает равенство в знаниях о личных предпочтениях, параметрах сделки, ее ценности и т.п. контрагента, что обычно

⁵⁶³ Р. Кутер, Т. Улен. Указ. соч. С. 124.

⁵⁶⁴ Лугманов Р.Р. Некоторые проблемы информационных обязанностей. Зарубежный опыт// Государство и право: теория и практика. 2021. № 3. С. 68.

не соответствует действительности⁵⁶⁵. Асимметричная информация представляет собой общее правило и в этом смысле имеет большое практическое значение в виде аксиоматично взятой базовой величины, существование которой в той или иной степени объясняет ряд рыночных провалов⁵⁶⁶, что может привлекать внимание, например, юристов, которые тем самым получают экономическое обоснование для правового вмешательства в естественно складывающиеся отношения.

Информация о некоем объекте может восприниматься непосредственно, либо опосредованно. В этом смысле можно условно выделить информацию прямую либо косвенную. Использование разного рода этикеток с обозначением сведений о товаре является ярким примером одновременного существования обоих этих видов информации. Данные о технических условиях изготовления, хранения и транспортировки, составе, мерах безопасности, правилах пользования и т.п. предоставляют лицу прямую информацию о той или иной сфере взаимодействия с данным товаром. В том же время с данной информацией может соседствовать обозначение товарного знака или знака обслуживания, что является примером косвенной информации, поскольку она несет полезные сведения, например, о качестве товара не путем передачи технических условий изготовления, а посредством апеллирования к репутации фирмы⁵⁶⁷.

В литературе иногда можно встретить попытку сравнения информации и традиционных экономических благ. Так, например, указывается, что информация коренным образом отличается от других благ. Информация обнаруживается и передается, тогда как большинство экономических благ производится и потребляется⁵⁶⁸. Представляется, однако, что такая характеристика не является точной.

⁵⁶⁵ A. Mitchell Polinsky; Steven Shavell (ed.), Handbook of Law and Economics, Handbook of Law and Economics, Elsevier, edition 1, volume 1, number 1. 2007. P. 61.

⁵⁶⁶ A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell. Op. cit. P. 61.

⁵⁶⁷ Например, турист может выбрать гостиницу по соответствующим описаниям, локации, описанию номеров и предоставляемых услуг, а может просто заселиться в отель Ritz, ничего не выбирая. См. также: Kaplow L., Shavell S. Economic analysis of law // Harvard Law School and National Bureau of Economic Research Handbook of Public Economics, Vol. 3, Edited by A.J Auerbach and M. Feldstein. 2002. P. 1701.

⁵⁶⁸ Р. Кутер, Т. Улен. Право и экономика; пер. с англ. под науч. ред. Д. Раскова при участии М. Тимофеева.- М.: Издательский дом «Дело» РАНХиГС, 2018. С. 506.

Информация не только может передаваться, но и довольно легко потребляться (использоваться) самим обладателем информации, особенно, когда ее передача экономически нежелательна для целей высвобождения ее ценности⁵⁶⁹. При этом потребление информации весьма специфическое: в отличие от других благ потребление информации не уменьшает ее в количественном выражении, правда снижает ее полезность, что однако, свойственно любому потреблению вне зависимости от вида блага.

Точно так же информация может не только обнаруживаться, но и производиться (в широком смысле слова)⁵⁷⁰. Учитывая потенциальную сложность четкого разделения обнаружения информации и ее производства, более интересным представляется предложенное Д. Хиршлейфером деление информации как некоторого предсказания, предвидения (будущего знания) и открытия. Если первое в свое время будет очевидным для неосведомленных лиц, то второе не обязательно, но возможно уже существует, хотя и скрыто от посторонних глаз до тех пор, пока не будут приложены определенные творческие усилия и не будет сделано открытие⁵⁷¹. Соответственно, используя указанное деление, информацию также можно представить как ту, которая имеет социальную ценность (открытие) и ту, которая имеет частную ценность (фактически лишь воздействуя на цену какого-то блага, перераспределяя доход в пользу информированного лица)⁵⁷². Указывается, что обладание частной информацией, позволяющее перераспределить благосостояние пользу лица ею обладающего, не приносит пользы обществу. С другой стороны, различного рода изобретения и открытия «увеличивают размер пирога», повышая общественное

⁵⁶⁹ Arrow, K. J. Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention. Readings in Industrial Economics, 1972. P. 225.

⁵⁷⁰ Например, объекты интеллектуальных прав, как признаваемые и охраняемые правом результаты творческой деятельности человека.

⁵⁷¹ См. более подробно: Jack Hirshleifer. The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity. The American Economic Review, Vol. 61, №. 4.1971. pp. 561-574.

⁵⁷² Kaplow L., Shavell S. Economic analysis of law. Harvard Law School and National Bureau of Economic Research. Handbook of Public Economics, Volume 3, Edited by A.J Auerbach and M. Feldstein. 2002. P. 1700.

благополучие. Такую информацию называют еще производительной или технологической⁵⁷³.

Помимо производительной и перераспределительной информации в литературе упоминается информация, касающаяся обеспечения безопасности, которая направлена на помощь участникам оборота избежать вреда⁵⁷⁴.

В литературе встречается упоминание информации, которую можно использовать один раз либо неоднократно⁵⁷⁵. Например, если некоторое полезное ископаемое находится в недрах определенного земельного участка, то ее использование путем разработки такого участка фактически приведет к раскрытию такой информации и даже ее обесцениванию. С актуальностью данного примера, однако, можно поспорить, в силу наличия вторичного и даже многоэтапного влияния раскрытия такого рода информации. Взаимное приспособление участников оборота, так или иначе связанных с рынком данного вида ресурса и его заменителя (а также сопутствующих товаров), будет происходить волнообразно и на протяжении некоторого времени. Более того, даже если ограничить влияние данной информации одним субъектом и обратить внимание лишь на частный перераспределительный эффект, то мы снова можем увидеть, что использование информации потенциально возможно неоднократно, по крайней мере до тех пор, пока будут находиться желающие вступить в сделку в период коррекции цены под действием такой информации⁵⁷⁶.

С другой стороны, использование информации, относящейся к категории производительной, чаще всего действительно будет иметь длящийся эффект, плодами которого так или иначе смогут воспользоваться разные участники оборота.

⁵⁷³ Jack Hirshleifer. The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity. The American Economic Review, Vol. 61, №. 4. 1971. P. 569; Р. Кутер, Т. Улен. Право и экономика; пер. с англ. под науч. ред. Д. Раскова при участии М. Тимофеева.- М.: Издательский дом «Дело» РАНХиГС, 2018.- С. 509. Авторы, понимая сложность убедительного деления информации на указанные виды, предлагают третий, «смешанный» вид информации.

⁵⁷⁴ Р. Кутер, Т. Улен. Указ. соч. С. 513.

⁵⁷⁵ Kaplow L., Shavell S. Economic analysis of law. Harvard Law School and National Bureau of Economic Research. Handbook of Public Economics, Volume 3, Edited by A.J Auerbach and M. Feldstein. 2002. P. 1699.

⁵⁷⁶ Т.е. ценность информации и возможность ее неоднократного использования подвержено насыщению и предельная выгода постепенно убывает, пока не сформируется новое равновесие спроса и предложения, так или иначе включающее в себя всю доступную информацию.

Сравнивая информацию и любое другое экономическое благо, можно заметить сходство в ключевом признаке: способности информации удовлетворять потребности участников гражданского оборота, приносить полезность. При этом среди различных признаков экономических благ, относящихся к информации, иногда выделяют признаки неконкурентности в потреблении и неисключаемости из потребления⁵⁷⁷. Считается, что информация неконкурентна в потреблении, т.к. она способна к потреблению другими участниками без помех, а ее полезность при этом не снижается⁵⁷⁸. Представляется, однако, что такой признак не является общим для любой информации, особенно, если это частная перераспределительная информация, срок актуальности которой измеряется малым временным промежутком.

Считается также, что информация неисключаема из потребления, поскольку признаются значительные сложности в попытках запретить другому лицу пользоваться данным видом блага. Такие правовые или технические запреты безусловно существуют, однако их практическая эффективность весьма относительна. Объясняется данная проблема невозможностью присвоения информации в классическом смысле. Довольно часто создание информации дорого, а ее копирование и передача дешевы⁵⁷⁹. В этом смысле информацию иногда сравнивают с общественными благами, пытаясь найти определенные сходства в ключевых характеристиках⁵⁸⁰.

По назначению информация бывает благом, которое позволяет непосредственно удовлетворить потребности участников оборота, либо благом, которое может выступать в качестве фактора производства (вторичным благом)⁵⁸¹. Как верно заметил Дж. Стиглер, информация, которой обладает

⁵⁷⁷ Р. Кутер, Т. Улен. Указ. соч. С. 162.

⁵⁷⁸ На это указывают Р. Кутер и Т. Улен, делая акцент лишь в доступности информации третьими лицами, фактически смешивая этот признак с другим признаком: исключаемости блага.

⁵⁷⁹ Р. Кутер, Т. Улен. Указ. соч. С. 162; Arrow, K. J. Op. cit. P. 225.

⁵⁸⁰ Stiglitz, J. E. The Contributions of the Economics of Information to Twentieth Century Economics. The Quarterly Journal of Economics, 115(4), 2000. P. 1448.

⁵⁸¹ Если посмотреть на вопрос достаточно широко, то можно заметить, как любая перераспределительная информация (некое знание о рыночной конъюнктуре, например) всегда будет вторичным благом, ценность которого реализуется через некоторое рыночное поведение, в результате которого и появляются (перераспределяются в пользу актора) новые блага, которые и были истинной целью актора.

человек на рынке труда, это капитал, который дает более высокую заработную плату, чем если бы работа была получена в отсутствие необходимой информации⁵⁸². Данный тезис можно легко обобщить, увидев множество ситуаций, в которых информация дает ее обладателю некоторое преимущество в увеличении полезности от обладания или приобретения других благ, что в целом свидетельствует о сложности рассматриваемой категории, характерные признаки которой сильно зависят от ситуации.

Наконец, следует развеять миф, будто информацию легко продать. Такая позиция находит поддержку среди тех ученых, которые недооценивают существенные особенности информации как блага, слабо учитывают влияние рыночных провалов и в то же время сильно переоценивают возможности правового инструментария⁵⁸³.

Информацию нельзя также просто продать, как, например, стол⁵⁸⁴. Покупатель всегда может убедиться, если не в качестве стола (или в некоторой степени качества), то как минимум в его основных свойствах, просто рассмотрев этот предмет. С информацией все не так⁵⁸⁵. Существует серьезный парадокс в спросе на информацию: ценность информации неизвестна покупателю, пока он не получит ее. Но в таком случае он получает ее фактически бесплатно и нет убедительных причин, по которым покупатель заплатил бы за нее, поскольку, например, раскрытая информация после ее оценки покупателем окажется не соответствующей ожиданиям покупателя, не имевшего предварительной возможности ее оценить, либо она окажется ценной для покупателя, но в силу оппортунизма (морального риска) он сделает вид, что информация оказалась бесполезной⁵⁸⁶. Соответственно, продавец может сохранить обладание информацией без ее раскрытия перед продажей, однако, потенциальный покупатель будет основывать свое решение о покупке информации на менее

⁵⁸² George J. Stigler. Information in the Labor Market. *Journal of Political Economy*. Vol. 70, №. 5. 1962. P. 104.

⁵⁸³ Eisenberg, M. A. Disclosure in Contract Law. *California Law Review*, 91(6), 2003. P. 1660.

⁵⁸⁴ Stiglitz, J. E. Op. cit. P. 1449.

⁵⁸⁵ Jack Hirshleifer. The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity. *The American Economic Review*, Vol. 61, №. 4. 1971. P. 565.

⁵⁸⁶ Stiglitz, J. E. (2000). Op. cit. P. 1449.

релевантных критериях. Например, он может опираться на среднее значение ценности информации при сравнимых условиях, полагаясь на прошлый опыт.⁵⁸⁷

В этом случае такое усреднение и некоторого рода дисконтирование цены покупаемой информации неизбежно ведет к неоптимальному распределению проданной информации.⁵⁸⁸

Принципиальная делимость информации (ее неконкурентное использование), а также свойство достоверности определяют характеристику информации как товара⁵⁸⁹. Например, если потребитель может много раз покупать один и тот же товар в магазине, то каждая единица информации как товара принципиально должна отличаться от других единиц уже проданной информации тому же лицу. Что же касается свойства неисключительности из потребления, к которой нужно прибавить известную проблему морального риска, то в результате таких осложнений сколько-нибудь серьезное отношение к любой информации как к обычному товару не имеет смысла, и при этом защитные механизмы правового регулирования (например, патентное право) лишь немного сглаживает проблему, но нисколько не приближают ее полное решение.

При наличии соответствующим образом настроенных правовых норм информация потенциально может стать товаром, однако, всегда нужно понимать, что никакая юридическая защита не сможет сделать столь нематериальный объект, как информация, полноценным товаром. Само по себе использование информации обязательно раскрывает ее хотя бы частично. Любой покупатель может разрушить монополию продавца в обладании информацией, даже не дойдя до стадии заключения договора. В этом смысле единственной гарантированной возможностью извлечения ценности из обладания информацией является использование информации самим первоначальным

⁵⁸⁷ Проблема негативного отбора на рынке с асимметричной информацией о качестве товара при невозможности гарантированно предварительно убедиться в его качестве ведет к усреднению цены на основе прежде испытанного опыта.

⁵⁸⁸ Arrow, K. J. Op. cit. P. 226.

⁵⁸⁹ P. Кутер, Т. Улен. Указ. соч. С. 507; Arrow, K. J. Op. cit. P. 225.

обладателем⁵⁹⁰. Однако, будет ли такое использование социально эффективным? Сможет ли он использовать эту информацию так же эффективно, как и другое лицо, которое, возможно, ценило бы эту информацию больше, чем обладатель? Соответственно, нетрудно заметить, что если информацию и рассматривать как товар, то товар с особыми атрибутами, сильно затрудняющими достижение оптимального распределения. С одной стороны, любая информация, например, о новом способе производства, повышении его эффективности и т.п. социально полезное «открытие» должна быть общедоступна и причем бесплатно (желательно с учетом расходов на передачу). Такое соединение информации и блага (ресурса) создает предпосылки для использования последнего с максимально возможным приращением общественного благосостояния. С другой стороны, такое оптимальное (и бесплатное) использование информации лицами, которые смогут извлечь из нее максимальную пользу, не создает никаких стимулов для производства такой информации, инвестиций в ее открытие⁵⁹¹.

Для того, чтобы лучше понимать предметную область регулирования информационных обязанностей необходимо ясно понимать базовую механику и принципы договорного взаимодействия участников оборота.

2.4.2. Экономическая механика рыночной сделки

Рыночные сделки по общему правилу совершаются исключительно в интересах их участников⁵⁹², которые по общему правилу обладают возможностью достоверно оценить⁵⁹³ свою пользу (сопоставив с издержками) и добровольно совершить трансакцию. Этот тезис, однако, не учитывает различные влияющие факторы, о которых участники оборота не знают либо

⁵⁹⁰ Лугманов Р.Р. Некоторые проблемы информационных обязанностей. Зарубежный опыт// Государство и право: теория и практика. 2021. № 3. С. 69.

⁵⁹¹ Arrow, K. J. Op. cit. P. 227.

⁵⁹² Теории рационального выбора, которую мы берем за основу в нашем исследовании, нисколько не противоречат и безвозмездные сделки. В конечном счете, даже благотворительность удовлетворяет определенные персональные потребности благотворителя, которые также можно максимизировать.

⁵⁹³ Очевидно, что такая оценка - субъективна, и в этом смысле достоверность олицетворяет лишь самостоятельное полноценное осознание своих целей, ценностей и интересов. Одинцова М.И. Экономика права. Учебное пособие. — М.: Издательский дом ГУ ВШЭ. 2007. С. 5

предпочитают не знать. Например, в отсутствие соответствующих стимулов внешние эффекты, производимые сделкой, слабо учитываются участниками оборота, пока существование этих эффектов само по себе слабо влияет на возможность удовлетворения их собственных интересов⁵⁹⁴.

Фундаментальной особенностью любой добровольной возмездной сделки⁵⁹⁵ является то, что она может быть совершена только в том случае, если передаваемое благо⁵⁹⁶ ценится меньше, чем приобретаемое взамен⁵⁹⁷. Любые домыслы об эквивалентности обмениваемых благ представляют собой заметное упрощение действительности, поскольку в этом случае излишне акцентируется внимание на итоговой обозримой для восприятия договорной цене, которая представляет собой результат произошедшего торга. Однако, не должно вызывать сомнений то обстоятельство, что, если бы стороны оценивали предполагаемые к обмену блага одинаково, никакая сделка попросту не была бы совершена.

С точки зрения теории рационального выбора, любой участник оборота будет стремиться к максимизации своей полезности (либо прибыли, если речь идет о коммерсантах), что означает получение большего количества благ за единицу затраченных ресурсов, либо заданного количества благ, но с меньшими затратами этих ресурсов⁵⁹⁸. Эта формула принятия рациональных решений характерна для обеих сторон предполагаемого торга, что приводит к естественному состоянию конкуренции даже в рамках одной сделки.

⁵⁹⁴ Маккай, Иян. Право и экономика для континентальной правовой традиции; пер. с англ. под науч. ред. Д. Раскова.- М.: Издательский дом «Дело» РАНХиГС, 2019. С. 57; Познер Р. А, Экономический анализ права : В 2-х т. /Пер. с англ. под ред. В. Л. Тамбовцева. СПб. : Экономическая школа, 2004. Т. 1. С. 26.

⁵⁹⁵ А при нужном уровне абстракции - и безвозмездной сделки.

⁵⁹⁶ Здесь и далее мы не делаем различий между благами и ресурсами, что является упрощением изложения, кроме тех случаев, когда это различие может иметь значение по смыслу обсуждаемого вопроса.

⁵⁹⁷ Маккай, Иян. Указ. соч. С. 44, 135; Уинтер Г. Вопросы права и экономики/ пер. с англ. Т. Шишкиной; под науч. редакцией М. Одинцовой.- М.: Изд-во Института Гайдара, 2019. С. 127

⁵⁹⁸ Ключевая аксиома экономической теории состоит в довольно простой объяснительной идее: индивидуумы предпринимают те действия, которые по их мнению, принесут им наибольшую чистую пользу, за вычетом всех затрат, связанных с этими действиями. См.: Хейне П. Экономический образ мышления. Издательство: Новости «Catallaxy», 1997. С. 23. Такая экономическая логика вызвана суровой правдой жизни: в нашем мире ресурсы ограничены, чего нельзя сказать о человеческих потребностях. См.: Познер Р. А, Указ. соч. С. 4; Элликсон. Р. Порядок без права: как соседи улаживают споры/ пер. с англ. М. Марков и А. Лашев; науч. ред. Перевода Д. Кадочников.- М.: Изд-во Института Гайдара, 2017. С. 308; Карапетов А.Г. Экономический анализ права. – М.: Статут, 2016. С. 43.

Каждая сторона обладает информацией о собственной оценке передаваемого и получаемого блага, которая не совпадает с такой же оценкой, осуществляемой контрагентом. При этом обе стороны выигрывают от возникающей рыночной кооперации по итогам совершенной сделки, если в результате добровольного торга блага перемещаются в сторону наиболее полезного будущего использования⁵⁹⁹. Возникающий за счет разницы между ценностью передаваемых и получаемых благ результат называется кооперативным выигрышем, который технически делится посредством согласованной договорной цены⁶⁰⁰. Соответственно, конкретное числовое значение цены в пределах подразумеваемого кооперативного выигрыша зависит в том числе от знаний (догадок) конкретной стороны сделки об оценке передаваемого взамен блага. Информация о чужой внутренней оценке передаваемого блага позволяет информированной стороне, используя те или иные переговорные возможности, получить большую долю кооперативного выигрыша, что соответствует базовым представлениям о мотивах принятия эффективных решений рациональными акторами в рыночной экономике⁶⁰¹. Таким образом, деление итогового кооперативного выигрыша не обязательно будет равным⁶⁰².

В практическом смысле проблема недостатка информации о внутренней оценке передаваемого блага несколько сглаживается для тех видов благ, которых либо много на рынке (блага массового производства), либо они имеют легко распознаваемые заменители. В таких случаях попытки узнать встречную оценку торгуемого блага не имеют большого смысла, т.к. если, например, продавца не устраивает сложившаяся на рынке в данной местности цена, то он попросту не

⁵⁹⁹ Кутер Р., Улен Т. Указ. соч. С. 105.

⁶⁰⁰ И это единственное, что доступно для стороннего наблюдения, и что создает иллюзию достижения некой эквивалентности в обмене.

⁶⁰¹ Здесь и далее затрагиваются вопросы эффективности распределения благ и ресурсов, но не производства, кроме случаев специально указанных.

⁶⁰² Любопытно отметить, что если бы стороны знали чужую оценку передаваемого блага и как следствие размер кооперативного выигрыша, то при отсутствии иных негативно влияющих факторов, сдвигающих баланс переговорных возможностей, деление кооперативного выигрыша было бы примерно равным. Косвенно эту идею можно обосновать посредством результатов игры «Ультиматум» из теории игр. Salant, S. W., Sims, T. S., Baird, D. G., Gertner, R. H., & Picker, R. C. Game Theory and the Law: Ready for Prime Time? Michigan Law Review, 94(6). 1996. P. 1878.

выйдет на этот рынок со своим предложением; равным образом поступит и покупатель в своей оценке ценности подлежащих уплате денежных средств (либо иного обмениваемого блага)⁶⁰³. Каждый участник этого рынка будет иметь практически уникальную оценку передаваемого блага, однако, это не будет иметь большого значения для контрагента (он не сможет получить предельную выгоду от продолжения переговоров ради передела кооперативного выигрыша), поскольку конкурентный рынок однотипных товаров не позволит это сделать⁶⁰⁴. С другой стороны, соответствующее знание внутренней оценки почти всегда имеет значение для рынка уникальных благ, где нет четких внешних ценовых ориентиров и где индивидуальность размера подлежащего распределению кооперативного выигрыша приобретает высокую актуальность в контексте эффективного распределения благ⁶⁰⁵.

2.4.3. Эффективное распределение благ и трансакционные издержки

Когда участники оборота совершают сделки, в результате которых по их субъективному мнению увеличивается их благосостояние за счет прироста получаемой ценности или иными словами деления кооперативного выигрыша (когда каждый получает то, что ценит больше, чем то, что отдает взамен), появляется другая проблема, которая заключается в том, что рациональное поведение контрагентов в рамках конкретной сделки (путем стремления к максимизации своей полезности) еще не означает, что произошедшее перераспределение оптимально с точки зрения максимизации общественного

⁶⁰³ В действительности на принятие решения о покупке блага по соответствующей цене влияет еще один фактор: альтернативные издержки, полное знание которых повысило бы эффективность трансакции.

⁶⁰⁴ В том числе с точки зрения высоких предельных издержек на проведение дополнительных, уникальных переговоров при наличии более дешевой альтернативной возможности получить иное адекватное предложение с более предсказуемым распределением гипотетической кооперативной выгоды.

⁶⁰⁵ Как отмечают Р. Кутер и Т. Улен, неотъемлемым элементом любого торга является стратегия предугадывания, насколько готов уступить контрагент. См.: Кутер Р., Улен Т. Указ. соч. С. 126. При этом экономисты зачастую мыслят в категориях предельных издержек и выгод (маржинализм). Только понимание, что предельные выгоды от продолжения переговоров будут больше предельных издержек на эти переговоры, способно побудить рационального актора продолжать данные переговоры. Но для правильной оценки предельных выгод нужно хотя бы приблизительно понимать стоимостное «дно» для данного вида блага в глазах его обладателя. В то же время см. критический анализ данного подхода в работе: Саймон Г. А. Рациональность как процесс и продукт мышления. Thesis, 1993. Вып. 3. С. 17.

благосостояния⁶⁰⁶. Максимизация общественного благосостояния как цель экономического развития является давно признанной общественной ценностью. Очевидно, что в рамках различных экономических школ данная ценность подвергается соответствующей ревизии, однако, в рамках данного исследования автором не предпринимается явная попытка совместить в единой системе другие конкурирующие экономические ценности общественного развития. При этом полностью отказаться от какого-то бы то ни было ценностного ориентира в построении экономических моделей абсолютно невозможно и не рационально.

Так или иначе, но своего рода функциональная независимость рационального поведения участников оборота приводит к тому, что при определенных условиях (например, равные переговорные возможности, наличие совершенной информации и т.д.) любое добровольное распределение благ в рамках конкретной сделки будет эффективным с точки зрения критерия Парето, однако, только такое распределение, которое направляет благо тому, кто ценит его больше всего на рынке⁶⁰⁷, приведет к максимизации общественного благосостояния⁶⁰⁸.

В условиях наличия совершенных рынков для всех товаров и услуг, когда ни один рациональный участник оборота не имеет рыночной власти (т.е. не действует в качестве ценообразующего субъекта), когда нет экстерналий, когда все обладают симметричной и совершенной информацией, когда отсутствуют трансакционные издержки, складывается общее конкурентное равновесие в экономике, которое также будет эффективным по Парето⁶⁰⁹. Однако, указанной идеальной совокупности перечисленных элементов в действительности не бывает, что, как следствие, делает актуальным вопрос о наиболее эффективном

⁶⁰⁶ Максимизация — это выбор наилучшей альтернативы, в условиях существующих ограничений. Сумма эффективных сделок, максимизирующих полезность отдельных индивидов (или прибыли, если говорить про фирмы), ведет к максимизации общественного благосостояния. Соответственно, такое поведение отдельных индивидов подталкивает их к точке покоя или равновесию. При этом, как заметили Р. Кутер и Т. Улен, они не стремятся к данному равновесию. Они просто пытаются максимизировать то, на что был направлен их интерес. См.: Кутер Р., Улен Т. Указ. соч. С. 18; Элликсон. Р. Указ. соч. С. 308; Одинцова М.И. Указ. соч. С. 5.

⁶⁰⁷ А это совсем не обязательно сторона рассматриваемой сделки.

⁶⁰⁸ A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell. Handbook of Law and Economics, Elsevier, edition 1, volume 1, number 1. 2007. P. 22.

⁶⁰⁹ Hatzis, Aristides N. Op. cit. P. 165. Состояние, когда все выгоды от обмена исчерпаны. Описанное состояние соответствует Первой теореме экономики благосостояния. A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell. Op .cit. P. 23.

распределении благ, причем вне зависимости от того, является ли рассматриваемые блага уникальными или нет, а также имеются ли им достаточные заменители⁶¹⁰.

Если же посмотреть на проблему в узком сегменте, то можно поставить следующий вопрос: каким образом конкретный участник оборота встретит своего уникального контрагента, заключит с ним сделку, которая позволит создать и поделить максимально возможную кооперативную выгоду? Ответ довольно очевидный: гарантированно никак в условиях ненулевых трансакционных издержек⁶¹¹.

Как верно подметил Р. Коуз, чтобы совершить сделку, нужно определить, с кем желательно ее заключить, оповестить потенциального контрагента о ее условиях, провести переговоры, подготовить договор, затем собрать другие сведения, чтобы убедиться, что условия договора выполняются и т.д.⁶¹² Все эти действия влекут за собой довольно значительные расходы, размер которых зависит в том числе и от степени усердия актора в стремлении максимизировать свою полезность⁶¹³. Как следствие, можно предположить с определенной долей уверенности, что высокие трансакционные издержки являются препятствием⁶¹⁴ на пути совершения тех сделок, которые очевидно имели бы место в мире, где рынки работали бы без издержек⁶¹⁵. И если попытаться примерно обобщить все многообразие видов трансакционных издержек, то по меткому замечанию И. Маккая под такими издержками следует в принципе понимать все то, что мешает участникам оборота достичь взаимовыгодного соглашения⁶¹⁶.

⁶¹⁰ Кутер Р., Улен Т. Указ. Соч. С. 52.

⁶¹¹ И это помимо прочих, указанных выше проблем.

⁶¹² Конкретный состав трансакционных издержек может варьироваться в зависимости от взглядов исследователей.

⁶¹³ Впоследствии мы увидим, что и для поиска информации действует закон убывающей предельной полезности.

⁶¹⁴ Согласно результатам исследования, проведенного Джоном Уоллесом и Нортом (Wallis and North 1986), трансакционные издержки составляли в 1970 г. 45 % ВВП США. См.: Меркуро, Н., Медема, С. Экономическая теория и право: от Познера к постмодернизму и далее/ пер. с англ. Т. Шишкиной; науч. ред. перевода М. Одинцова. – М.: Изд-во Института Гайдара, 2019. С. 457.

⁶¹⁵ Коуз Р. Фирма, рынок и право / Пер. с англ. М.: Новое издательство, 2007. С. 109; Douglas W. Allen, Transaction costs. 1999. P. 908; Hatzis, Aristides N. Op. cit. P. 165; Stiglitz, J. E. The Contributions of the Economics of Information to Twentieth Century Economics. The Quarterly Journal of Economics, 115(4), 2000. P. 1445. Карапетов А.Г. Указ. соч. С. 167.

⁶¹⁶ Маккай, Иян. Указ. соч. С. 249.

Независимо от того, какая литература исследуется, одним из основных аспектов общей проблемы трансакционных издержек является частная проблема неведения (как найти контрагента, как обмениваться информацией, описывать, проверять, измерять товары, контролировать исполнение и т.д.)⁶¹⁷. Например, стороны прилагают усилия для поиска контрагентов по договору, и очевидно, что их усилия по поиску, как правило, не будут оптимальными с социальной точки зрения⁶¹⁸. С одной стороны, они могут искать недостаточно: поскольку излишек, полученный при поиске партнера по контракту, как правило, делится между ними на торгах, то частная отдача от поиска может быть меньше социально необходимой. С другой стороны, участники оборота могут искать больше, чем социально желательно в силу чрезмерной траты ресурсов (например, того же времени)⁶¹⁹.

Р. Коуз среди прочего ставил вопрос о роли трансакционных издержек в контексте эффективного распределения ресурсов. Исследуя природу фирмы, автор пришел к выводу о допустимости альтернативной формы организации экономики, которая может добиваться высоких результатов без значительных трансакционных издержек, порождаемых рынком⁶²⁰, что в свою очередь позволит увеличить ценность производства⁶²¹. В другой работе Р. Коуз фактически переворачивает стандартный подход к внешним эффектам, не вызывавший сомнений в контексте доктрины А. Пигу, доказывая взаимонаправленное действие как источника воздействия таких экстерналий на воспринимающее их лицо, так и наоборот - последнего на первого. Впоследствии на основе работы Р. Коуза, Дж. Стиглер вывел то, что теперь называется

⁶¹⁷ Douglas W. Allen, *Transaction costs*. 1999. P. 906.

⁶¹⁸ Любые размышления на тему информации в контексте трансакционных издержек должны начинаться с признания того факта, что информация является таким же ресурсом и зачастую не бесплатным. Хейне П. Указ. соч. С. 41

⁶¹⁹ Kaplow L., Shavell S. *Op. cit.* P. 1703.

⁶²⁰ Аксиома: рынки не работают бесплатно. See: Armen A. Alchian, Harold Demsetz H. *Production, Information Costs, and Economic Organization*. *The American Economic Review*, Vol. 62, №. 5. 1972. P. 783.

⁶²¹ Как указал Р. Коуз, «ценовой механизм организации производства» имеет такие очевидные издержки, которые состоят в выяснении соответствующих цен. Автор указывает, что эти издержки могут быть сокращены благодаря появлению специалистов, которые станут продавать эту информацию, правда, он уверен, что полностью эти издержки не могут быть устранены. Так же автор обращает внимание и на издержки проведения переговоров, заключение договоров для каждой трансакции, что неизбежно для рыночных механизмов. Коуз Р. Указ. соч. С. 41.

«теоремой Коуза», которую можно воспринимать как предсказание того, что договаривающиеся стороны смогут успешно вести переговоры об эффективном распределении ресурсов, независимо от первоначального закрепления прав⁶²², если только эти стороны не будут нести транзакционные издержки⁶²³. Таким образом, несмотря на то, что транзакционные издержки являются повсеместными и сама мысль о мире без таких издержек кажется иллюзорной, направление научно-практических усилий понятно: необходимо искать способы снижения транзакционных издержек, значительную часть которых составляют расходы на поиск и обработку информации⁶²⁴.

2.4.4. Неполнота договоров, неопределенность, ограниченная рациональность

Перечисленные в заголовке факторы добавляют свои особенности, которые нужно учитывать при построении эффективных модельных правил раскрытия информации.

Роль неопределенности в обменных операциях весьма велика и довольна негативна. Например, неопределенность (непрочность) имущественных прав ограничивает торговлю, снижает оценку актива⁶²⁵ в силу наличия повышенного риска и потребности предусмотреть в цене актива своего рода страховую премию, полагающуюся покупателю.

⁶²² Как верно было подмечено, право не нужно и нежелательно при успехе торга, однако право необходимо и желательно, когда торг терпит неудачу. См.: Кутер Р., Улен Т. Указ. соч. С. 114.

⁶²³ При отсутствии транзакционных издержек распределение ресурсов не зависит от распределения имущественных прав. See: Douglas W. Allen. *Op. cit.* P. 897. Или. «Если права собственности четко определены, и вытекающие из них правомочия можно свободно обменивать, а также если транзакционные издержки (включающие издержки сбора информации, издержки ведения переговоров и издержки реализации прав) равны нулю, то размещение ресурсов будет эффективным и неизменным, каким бы ни было первоначальное распределение прав собственности». См.: Одинцова М.И. Указ. соч. С. 38. Существует большое количество вариантов теоремы Коуза, которые применяются в разных областях жизнедеятельности.

⁶²⁴ See: Douglas W. Allen. *Op. cit.* P. 902. Для полноты картины стоит отметить обратную сторону проблемы снижения транзакционных издержек. В тени явной функции информации, заключающейся в обеспечении возможности получить лучший распределительный результат, находится ее обратная сторона: помешать менее эффективным акторам получить ценный ресурс. См. подробнее работу Дж. Стиглера в контексте рынка рабочей силы. Stigler G. J. *Information in the Labor Market*. *Journal of Political Economy*. Vol. 70, №. 5. 1962. P. 104.

⁶²⁵ А во многих случаях речь будет идти об ухудшающем отборе и недостаточном инвестировании (или даже отказе от инвестирования) в относительно рискованные виды деятельности. Невозможность учесть неочевидные обстоятельства и как следствие, неспособность заблаговременно перераспределить риски приведет к неоптимальному распределению ресурсов. Argow K. J. *Op. cit.* P. 224; Кутер Р., Улен Т. Указ. соч. С. 219.

Экономическая эффективность требует устранения различного рода неопределенностей, например, путем действенных правил о приобретательной давности, об ограничении виндикации, (книжном) владении объектами недвижимости и т.д., которые бы предсказуемо позволили очистить титул от пороков, обеспечили передачу (закрепление) права собственности тем участникам оборота, которые ценят его выше⁶²⁶. Такие правила не должны поощрять воровство, одновременно с этим должны стимулировать собственников следить за своим имуществом, сокращать затраты контрагентов на поиск лиц, уполномоченных на отчуждение соответствующих активов, упрощать возврат в оборот потерянных и брошенных вещей.

В идеальном мире в отсутствии мешающих факторов договор может быть идеальным. Такой договор предусматривает полностью осуществимое обязательство, идеально удовлетворяющее целям кредитора и должника. В идеальном договоре предусмотрены и урегулированы все некогда непредвиденные обстоятельства⁶²⁷. Однако, в реальности неопределенность в обстоятельствах, влияющих на принятие решений рациональным участником оборота, является неотъемлемой частью жизни, что обязательно нужно принимать в расчет⁶²⁸. Недостаток информации может привести к изменению ценности сделки или даже невозможности ее исполнения, утрате цели (бессмысленности исполнения) или ошибке⁶²⁹. Соответственно, кажется правдоподобным, что, если бы стороны могли предвидеть потенциально имеющие значение обстоятельства, они обязательно бы учли их в договоре⁶³⁰. Однако, это не так.

Альтернативное объяснение неполных договоров заключается в существовании упомянутых выше транзакционных издержек, поскольку ничто на рынке не работает бесплатно⁶³¹. Существует огромная практическая разница

⁶²⁶ Кутер Р., Улен Т. Указ. соч. С. 219.

⁶²⁷ Hatzis, Aristides N. Op. cit. P. 165.

⁶²⁸ Маккай, Указ. соч. С. 54.

⁶²⁹ Кутер Р., Улен Т. Указ. соч. С. 504-505.

⁶³⁰ Stiglitz, J. E. Op. cit. P. 1444.

⁶³¹ Kostritsky, Juliet P., "Bargaining with Uncertainty, Moral Hazard and Sunk Costs: A Default Rule for Precontractual Negotiations". Faculty Publications. 1993. P. 652; Кутер Р., Улен Т. Указ. соч. С. 216; Schwartz, Alan and Scott, Robert

между знанием тех или иных потенциально возможных обстоятельств, влияющих на эффективность перераспределения ресурсов, и способностью согласовать договорные условия, учитывающие риски возникновения данных обстоятельств. Более того, необдуманное предположение о возможности наступления определенных обстоятельств вкупе с провалами в рациональности одной из сторон переговоров, способно вообще помешать заключению договора⁶³².

Принципиально невозможно предусмотреть, а потом договориться обо всех потенциально непредвиденных обстоятельствах, которые могут иметь отношение к выполнению сторонами своих обязательств⁶³³. Затраты на столь непрактичное действие будут перевешивать все выгоды, которые может принести такой детальный договор⁶³⁴. Соответственно, потенциально высокая цена заключения идеального договора приводит к тому, что все договоры фактически являются неполными⁶³⁵.

Проблема договорной неполноты является многослойной. Трудности не только в осознании некогда непредвиденных обстоятельств и в способности договориться о распределении риска наступления таких обстоятельств. Сложности заключаются уже в самом измерении вероятности материализации соответствующего риска и величины убытка в случае такой материализации. Произведение двух указанных величин является ожидаемой величиной убытка и экономической основой для будущих переговоров о перераспределении риска между сторонами и определения своеобразной страховой премии, которая будет учтена в договорной цене либо в каких-то периферийных условиях,

Е., "Contract Theory and the Limits of Contract Law". Faculty Scholarship Series. Paper 308. 2003. P. 595; Armen A. Alchian, Harold Demsetz. *Op. cit.* P. 783.

⁶³² И здесь нет ничего однозначно позитивного. Тот факт, что сторона уберегла себя от «ошибки» и отказалась от заключения договора без согласования условия, которое регулирует риск возникновения маловероятного, но субъективно важного для этой стороны обстоятельства, не ведет к эффективному распределению ресурсов, а лишь указывает на иррациональность мышления данного лица.

⁶³³ Лугманов Р.Р. Умолчание об обстоятельствах: критерии определения информации, подлежащей раскрытию// Законодательство. 2017. № 9. С. 48.

⁶³⁴ А. Mitchell Polinsky, Steven Shavell. *Op. cit.* С. 76.

⁶³⁵ *Ibid.*, 76; Hart, O. Incomplete Contracts and Control. *American Economic Review*, 107(7), 2017. P. 1732.

устанавливающих новый договорный баланс между договорным «страховщиком» и «страхователем»⁶³⁶.

В идеале рациональные участники оборота будут продолжать уточнять ожидаемую величину убытков от наступления все новых и новых потенциальных событий и договариваться о включении дополнительных договорных условий, предусматривающих риск наступления данных событий, до тех пор, пока издержки на выяснение этих событий плюс другие транзакционные издержки не сравняются с величиной ожидаемых убытков (за вычетом «страховой премии»), которые в результате более детального уточнения удастся нивелировать (переложить на сторону, которой дешевле с ними справиться).

И здесь становится заметно, что с проблемой договорной неполноты прямо связана другая проблема: рациональность участников оборота⁶³⁷. С точки зрения теории рационального выбора участник оборота должен стремиться к максимизации своей полезности, в чем бы она не выражалась, наиболее оптимальным образом⁶³⁸. Имея такую направленность, рациональное лицо соизмеряет свое положение до заключения договора и ожидаемое положение после его заключения. Очевидно, что в результате заключения и исполнения договора должно улучшиться положения лица, принимающего соответствующее решение⁶³⁹. И здесь некоторые авторы указывают на два аспекта рациональности: 1) общая нацеленность на улучшение своего положения⁶⁴⁰ и 2) формирование ожидания достижения такого результата выбранным способом⁶⁴¹. Если в первом смысле довольно трудно утверждать, что люди могут быть систематически нерациональными⁶⁴² (отложив в сторону какие-то патологии,

⁶³⁶ Рациональные участники оборота перераспределяют риск таким образом, чтобы несли его та сторона, которой дешевле нивелировать негативные последствия. Однако, в ответ на такое «страхование» данная сторона должна получить в той или иной форме «страховую премию». Познер Р. А. Указ. соч. С. 144.

⁶³⁷ Kostritsky, Juliet P. Op.cit. P. 651; A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell. Op. cit. P. 75.

⁶³⁸ Schwartz, Alan, Scott, Robert E. Op. cit. P. 551.

⁶³⁹ В экономической теории рациональный человек – это максимизатор, соглашающийся лишь на лучший вариант. Герберт А. Саймон. Указ. Соч. С. 24.

⁶⁴⁰ Одинцова М.И. Указ. соч. С. 107.

⁶⁴¹ A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell. Op. cit. P. 41.

⁶⁴² Одинцова М.И. Указ. соч. С. 5.

приводящие к явно деструктивному поведению), то существует определенное беспокойство по поводу предположения, что люди рациональны во втором смысле. Люди крайне плохо умеют правильно оценивать вероятность наступления событий, особенно мелких⁶⁴³. Способность человеческого разума правильно формировать ожидания и затем решать сложные проблемы на основе множества переменных весьма ограничена⁶⁴⁴. Как указывает Г. Саймон, «сложность глубоко присуща самой природе вещей, и разработка приемлемых аппроксимирующих процедур и эвристических методов... составляет самую сердцевину» человеческого интеллекта⁶⁴⁵.

В дополнение к сказанному учеными признается и экспериментально доказано, что существует большое количество систематических ошибок в мышлении (когнитивные искажения)⁶⁴⁶. Указанные аспекты проблемы приводят к осознанию невозможности⁶⁴⁷ и бессмысленности стремления к полной транспарентности в силу принципиальной невозможности принимать абсолютно рациональные решения на основе сколько-нибудь значительного объема релевантной информации⁶⁴⁸. Соответственно, в практическом смысле речь можно вести лишь о некотором удовлетворительном уровне притязаний в контексте фактически складывающейся ограниченной рациональности участников оборота⁶⁴⁹. При этом такая разумная достаточность как характеристика удовлетворительного уровня притязаний всегда будет предельно

⁶⁴³ Ограничения вычислительной мощности могут быть важными ограничениями, входящими в понимание рационального выбора. Simon, H. A. A Behavioral Model of Rational Choice. *The Quarterly Journal of Economics*, 69(1), 99. 1955. P. 101.

⁶⁴⁴ В специальной литературе даже отмечается, что не совсем корректно говорить о максимизации полезности или прибыли в условиях неопределенности и ожиданий. Соответственно, ученые попытались учесть эту проблему путем появления в качестве критерия рациональности понятие максимизации субъективно ожидаемой полезности (СОП). См. подробнее критику: Герберт А. Саймон. Рациональность как процесс и продукт мышления. Thesis, 1993. Вып. 3. С. 28.

⁶⁴⁵ Герберт А. Саймон. Указ. соч. С. 32.

⁶⁴⁶ Некоторые из многочисленных когнитивных ошибок описаны и в отечественный литературе. См. например, Карапетов А.Г. Указ. соч. С. 70- 87.

⁶⁴⁷ Карапетов А.Г. Указ. соч. С. 101.

⁶⁴⁸ Т.е. это становится очевидно даже вне осознания существования оптимальной равновесной точки, в которой предельные издержки от поиска дополнительной информации достигают размера предельных выгод от такого поиска. См., например, George J. Stigler. *Op. cit.* P. 96; Маккай, Иян. Указ. соч. С. 48.

⁶⁴⁹ Герберт А. Саймон. Указ. соч. С. 33.

субъективна и в этом смысле сложно оцениваемая для стороннего наблюдателя⁶⁵⁰.

2.4.5. Внешние эффекты

Производство благ, их последующий обмен происходит явно не в вакууме. Внешние эффекты (экстерналии) в этом смысле представляют собой фактическое и как правило не учитываемое воздействие определенной активности (производства, трансакций) на третьих лиц⁶⁵¹. Как представляется, основная видимая проблема заключается в том, что повсеместно возникающие экстерналии не учитываются в системе цен и в договорных условиях, не участвуют в принятии решения о производстве определенных благ или добыче ресурсов (нет интернализации⁶⁵²). Соответственно, производство определенных благ (в том или ином количестве), их последующее распределение может приводить к результатам далеким от состояния максимизации общественного благосостояния⁶⁵³.

Прорывная статья Р. Коуза «Проблема социальных издержек» предложила оригинальное понимание механики образования внешних эффектов и желаемой реакции на них. Критикуя устоявшийся пигувианский подход к последствиям ущерба, Р. Коуз верно подмечает обоюдосторонний характер проблемы внешних эффектов⁶⁵⁴. Он отвергает априорную предосудительность любого вреда и доказывает, что с точки зрения эффективности значение имеет лишь соотношение затрат и выгод, которые должны оцениваться в контексте деятельности каждого участника рассматриваемого отношения. Необходимо сравнивать ценность утрачиваемого блага (в результате внешнего эффекта) одного лица и ценность приобретаемого блага другого лица (условно причинителя вреда)⁶⁵⁵. Концепт обоюдостороннего характера экстерналий

⁶⁵⁰ Маккай, Иян. Указ. соч. С. 467. См. также подробное объяснение трех форм рациональности в работе: Уильямсон О.И. Поведенческие предпосылки современного экономического анализа. Thesis, № 3. 1993. С. 40.

⁶⁵¹ О различных видах экстерналий см., например, Bruce C. Greenwald and Joseph Stiglitz. Externalities in Economies with Imperfect Information and Incomplete Markets. The Quarterly Journal of Economics, 1986, vol. 101, issue 2, P. 229.

⁶⁵² Включение внешних эффектов в затраты/ доход производителя этих эффектов. Robert L. Birmingham, The Duty to Disclose and the Prisoner's Dilemma: Laidlaw v. Organ, 29 Wm. & Mary L. Rev. 249. 1988. 249- 283 pp.

⁶⁵³ Кутер Р., Улен Т. Указ. соч. С. 52; Mitchell Polinsky, Steven Shavell. Op. cit. P. 30.

⁶⁵⁴ Коуз Р. Указ. соч. С. 92.

⁶⁵⁵ Коуз Р. Указ. соч. С. 93.

разрушает аксиоматичную значимость юридической причинно-следственной связи между делинквентом и потерпевшим (по крайней мере в глазах экономистов институционалистов), позволяя взглянуть на проблему непредвзято, в поисках наиболее эффективного решения⁶⁵⁶.

В интересующей нас теме проблема внешних эффектов может проявляться в различных аспектах. Например, при заключении договора стороны прилагают усилия по поиску партнеров. В силу причин, уже рассмотренных выше, такие усилия, как правило, не будут оптимальными: с одной стороны они могут искать недостаточно, а с другой стороны, они могут прилагать слишком большие усилия, не учитывая оптимальный баланс предельных издержек и выгод от такого поиска. При этом еще одна проблема заключается в том, что, когда одна сторона находит и заключает договор со второй, все остальные прежде потенциальные стороны лишаются возможности заключить договор с этой стороной⁶⁵⁷. Рассмотрение данного аспекта еще и под таким углом интересно по той причине, что сама по себе заключенная сделка может не приводить к максимально эффективному распределению ресурсов и благ, поскольку в силу перманентной неопределенности и информационной асимметрии никогда до конца неизвестна степень интенсивности предпочтений конкретных сторон, что само по себе важно в контексте формирования максимально возможного кооперативного выигрыша, который делится в процессе исполнения договора⁶⁵⁸.

Довольно очевидно, что рационального участника оборота мало интересуют экстерналии (как минимум негативные точно), если для этого в правовой системе отсутствуют соответствующие стимулы. Само по себе, например, перепроизводство благ, с неэффективной тратой ресурсов, никак не повлияет на решение о производстве дополнительной единицы блага, если в составе предельных издержек учитываются только частные издержки

⁶⁵⁶ На различных примерах (кондитер и доктор С. 100, производство циновок и химических элементов С. 102, дым от камина и соседские отношения С. 103, пары пива и проблема чистого воздуха С. 107) автор показывает одну и ту же механику экономически релевантного принятия решения: взвешивается ценность того, что утрачивается и того, что приобретается в целях максимизации ценности производства.

⁶⁵⁷ Kaplow L., Shavell S. Op. cit. P. 1703.

⁶⁵⁸ A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell. Op. cit. P. 30.

производителя. Более того, даже если бы, например производитель *ex ante* стал бы интересоваться вопросом внешних эффектов, в подавляющем большинстве случаев он не смог бы гарантированно узнать о всех будущих жертвах своего производственного решения, не говоря уже о конкретных размерах неучтенной доли социальных издержек⁶⁵⁹.

Неэффективность рынка при наличии неучтенных внешних эффектов может оправдывать ограничения в сфере частной автономии воли. Конечно, некоторые идеалисты, преувеличивающие возможности теоремы Коуза действовать в реальной экономической действительности, могут возразить против пигувианского обоснования государственного вмешательства, борющегося с рыночными провалами, утверждая, например, что «жертва» и причинитель вреда всегда могут договориться о некотором оптимальном уровне негативного (и, кстати, позитивного) воздействия, которое максимизирует эффективность использования ресурсов. Однако, это снова не так⁶⁶⁰. Как мы знаем, в условиях высоких транзакционных издержек, патологической неосведомленности и провалов в рациональности поведения участников оборота огромное значение приобретают оптимально настроенные правовые нормы, распределяющие права и обязанности наиболее эффективным образом и в определенной степени нивелирующие проблему неспособности сторон договориться об интернализации внешних эффектов⁶⁶¹.

Роль государства на этом может не ограничиваться, поскольку помимо выработки определенных правил, оптимизирующих экономическую активность в контексте интернализации внешних эффектов, государство может быть лучшим сборщиком информации как о самих внешних эффектах, их размерах и третьих лицах, испытавших воздействие внешних эффектов, так и о пользе и

⁶⁵⁹ Ibid

⁶⁶⁰ A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell. *Op. cit.* P. 30.

⁶⁶¹ Другая идея, которая красной линией проходит через работу Р. Коуза, заключается в необходимости учитывать/сравнивать стоимость устранения/снижения негативных внешних эффектов силами делинквента или жертвы, чтобы определить сторону, которой это будет дешевле (*cheapest cost avoider*- в терминологии Г. Калабреззи). Этот аспект проблемы внешних эффектов довольно трудно представить в аргументации юриста, однако, возможность более дешевого способа нивелировать последствия негативных внешних эффектов может являться сильным аргументом в глазах экономиста для обоснования строго определенного распределения прав и обязанностей. *Karlow L., Shavell S. Op. cit.* P. 1693.

стоимости объективно доступных мер предосторожности либо средств устранения негативных внешних эффектов⁶⁶². Соответственно, если государству будет известно об ожидаемом ущербе, стоимости его предотвращения и т.д., оно может попытаться заставить делинквента или третье лицо действовать оптимальным образом посредством, например, повышенной ставки определенного налога или сбора, правила об определенном виде (условиях) ответственности/ отказе в привлечении к ответственности, поскольку как делинквент (так и третье лицо/потерпевший), который, как предполагается, знает свою цену меры предосторожности/ устранения последствий, в таком случае будет соответствующим образом балансировать между вынужденными затратами и снижением ожидаемого ущерба, который будет нанесен⁶⁶³.

Подводя итог рассуждению, следует заметить, что, если при столкновении с проблемой внешних эффектов мы признаем возможность не идти путем классической правовой реакции на возникновение вреда, мы должны признать, что возникающая проблема не сводится просто к ограничению (наказанию) деятельности тех, кто является источником причинения вреда. Однако, чтобы запустить механизм эффективной интернализации внешних эффектов, необходимо признать существование и в дальнейшем считаться с проблемой доступности и достаточности информации, без которой эффективное распределение прав и обязанностей будет невозможно.

2.4.6. Информационная асимметрия

Как мы уже выяснили, участники гражданского оборота не в состоянии заключить полностью обусловленный договор в том числе по причине перманентной, неустранимой неопределенности. Всегда присутствующие затраты на сбор информации, которые обычно выше на преддоговорной стадии, чем в иных контекстах, добавляют субъективный аспект к объективно

⁶⁶² Именно объективных, потому что субъективная оценка внешних эффектов и возможности их предотвратить/ снизить либо устранить наиболее дешевым способом зачастую будет скрыта от внешнего наблюдателя, и лишь иногда и в самом искаженном виде (из-за провалов в рациональности и проблемы оппортунизма) она будет проявляться через институт возмещения вреда в контексте судебной защиты прав.

⁶⁶³ Kaplow L., Shavell S. Op. cit. 1694-1695 pp.

существующей неизвестности потенциально релевантных обстоятельств, в той или иной степени относящихся к планируемой сделке⁶⁶⁴. Желательно, чтобы стороны ограничивали поиск дополнительной информации таким размером предельных издержек, который не должен превысить размер ожидаемой предельной полезности от обладания такой дополнительной информацией⁶⁶⁵. Информационная неопределенность, однако, не является единственным барьером на пути к заключению (полного) договора вообще и эффективного договора в частности. Другой стороной общего вопроса информационной недостаточности является проблема информационной асимметрии.

Асимметричная информация является особенностью практически любых договорных отношений⁶⁶⁶. Продавец товара часто знает о его качестве больше, чем потенциальный покупатель. Соискатель работы обычно знает о своих способностях больше, чем его потенциальный работодатель. Заемщик знает о своей кредитоспособности больше, чем кредитор и т.д. Общей особенностью такого рода состояния является неодинаковое знание сторон о некоторых обстоятельствах, так или иначе связанных с потенциальной сделкой⁶⁶⁷. При этом объективно складывающийся рациональный экономический порядок в рыночной экономике определяется как раз тем фактом, что знание обстоятельств никогда не бывает в концентрированном виде, а существует исключительно как разрозненные фрагменты неполного и порой противоречивого знания, которым обладают все отдельные люди.⁶⁶⁸ Более того, сама по себе асимметричность информации не свидетельствует, что договор не может обеспечить, например, выигрыш по Парето⁶⁶⁹. В этом смысле достаточно вспомнить различных

⁶⁶⁴ Kostritsky, Juliet P., Op. cit. 645-646 pp.

⁶⁶⁵ Герберт А. Саймон. Указ. соч. С. 30; A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell. Op. cit. P. 58; George J. Stigler. Op. cit. P. 96.

⁶⁶⁶ Franklin, Eric H., Mandating Precontractual Disclosure. Scholarly Works. Paper 770. 2013. P. 562.

⁶⁶⁷ Такого рода обстоятельства в принципе можно понимать как минимум в трех вариантах: 1) широкий (любые факты, которые так или иначе касаются обстоятельств планируемой сделки), 2) средний (факты, которые как минимум релевантны для лица, обладающего этой информацией, в контексте данной сделки); 3) узкий (факты, знание которых точно было бы релевантно не только (а может быть и не столько) для обладателя информации, но и для его контрагента).

⁶⁶⁸ F. A. Hayek. The Use of Knowledge in Society. The American Economic Review, Vol. 35, №. 4. 1945, P. 519.

⁶⁶⁹ Не стоит забывать, что эффективность по Парето не единственный критерий распределительной эффективности в силу его сильной непрактичности, что признается многими экономистами.

экспертов и вообще профессионалов, которых как раз нанимают именно из-за их экспертности⁶⁷⁰.

Следует признать, что информация, полученная до заключения договора, может иметь положительную стратегическую ценность, независимо от ее операционной ценности, поскольку позволяет лучше оценить общие условия торговли, предлагаемые на рынке⁶⁷¹. Информационная асимметрия может выполнять крайне важную рыночную функцию, и ее не следует устранять любой ценой и уж точно без веских оснований. Несмотря на часто встречающуюся в правовой литературе негативную оценку информационной асимметрии, главной защитницей информационной асимметрии является экономика⁶⁷².

Давно известным фактом является то, что информация, как правило, не является бесплатной⁶⁷³. Соответственно, для определенных видов социально полезной информации экономически рациональное общество должно формировать регуляторную среду, которая бы вознаграждала тех, кто будет инвестировать в добычу информации⁶⁷⁴.

Если бы закон всегда, т.е. в качестве общего правила требовал раскрытия информации для исправления информационной асимметрии, то в силу потенциальной неопределенности в будущей способности доказать свой исключительный случай (т.е. исключение из общего правила), который позволил бы оправдать сделанные инвестиции, многие инвестиции, не имеющие ярко выраженной предварительной (и причем субъективно понимаемой самим инвестором) высокой социальной оценки (с множеством сопутствующих условий, вытекающих из требования закона), попросту не были бы произведены⁶⁷⁵.

⁶⁷⁰ Маккай, Иян. Указ. соч. С. 465.

⁶⁷¹ Alberto Bennardo. Information Gathering, Disclosure and Contracting in Competitive Markets. CSEF Working Papers 190, Centre for Studies in Economics and Finance, University of Naples, Italy. 2008. P. 3.

⁶⁷² Franklin, Eric H., Op. cit. P. 562.

⁶⁷³ Akerlof, G. The Economics of Caste and of the Rat Race and Other Woeful Tales. The Quarterly Journal of Economics, 90(4), 1976. P. 629.

⁶⁷⁴ См. более подробно о стимулах в знаменитых работах: Kronman, A. T. Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts. The Journal of Legal Studies, 7(1), 1978. 1–34 pp.; Jack Hirshleifer. The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity. The American Economic Review, Vol. 61, №. 4, 1971, 561-574 pp.

⁶⁷⁵ Справедливости ради нужно признать, что часто исследователь рассчитывает на себя еще и по той причине, что существуют запретительные транзакционные издержки достижения соглашения о продаже информации.

Таким образом, информационная асимметрия стимулирует конкретных лиц брать на себя расходы по сбору информации⁶⁷⁶, что, однако, само по себе не предопределяет с необходимостью и социальную желательность как самой информации, так и любого размера расходов по ее сбору.

Частная информация стимулирует ускорение обмена во всех ситуациях, когда есть собственник блага, не владеющий информацией, и обладатель информации, не имеющий данного блага. Абстрагируясь от многих важных вопросов, связанных с желательностью конкретного обмена (добровольность, эффективность, обман, ошибка и т.п.), стратегически можно признать, что в целом следует поощрять соединение полезной информации, позволяющей более эффективно использовать ресурс, и сам ресурс⁶⁷⁷. Если посмотреть на вопрос ассиметричной информации под определенным углом, то речь можно вести и о том, как обеспечить наилучшее использование ресурсов, ценность использования которых определенным образом знают только некоторые люди. С другой стороны, это и проблема использования знания, которое никому не дано в целом⁶⁷⁸.

Несмотря на все сказанное, большинство исследователей информационной асимметрии признают, что она может приобретать деструктивный характер тогда, когда более информированная сторона оппортунистически старается использовать свое информационное преимущество для перераспределения выигрыша от заключенного договора в ущерб контрагенту⁶⁷⁹.

Есть хороший пример, когда собственник клада делит с нашедшим клад его стоимость. Однако, в отношении информации не ясно, как заставить, например, покупателя выплатить продавцу-исследователю соответствующую часть ценности. Более того, часто у покупателя не будет нужной суммы и это означает, что такое лицо нужно будет брать в «долю» в будущем предприятии, успех которого далеко не всегда очевиден.

⁶⁷⁶ Franklin, Eric H. Op. cit. P. 563.

⁶⁷⁷ Либо собственник должен получить информацию, либо информированное лицо должно получить благо. Опять же, соединение блага и информации не должно происходить любой ценой, все так же нужно учитывать итоговую эффективность объединения знания и контроля за благом, чтобы сделать это с наименьшими издержками. См. также Кутер Р., Улен Т. Указ. соч. С. 507.

⁶⁷⁸ F. A. Hayek. Op. cit. P. 520

⁶⁷⁹ Строго говоря, такой результат будет практически всегда вне зависимости от гипотетических положительных мотивов перераспределения ресурсов, даже если таковые имели место. Более того, было бы ошибкой излишне акцентировать внимание на мотивах информированной стороны совершить сделку, т.к. с точки зрения экономической теории, рационального актора (*homo economicus*) интересует только собственная полезность (прибыль), получить которую можно только в том случае, если удовлетворить чьи-то интересы. Таким образом, само по себе стремление к собственной выгоде (причем к максимизирующей) приводит к социально полезным последствиям. Но происходит это не потому, что данного актора сколько-нибудь интересует чье-то благо, а лишь в силу действия рыночных законов!

Корень проблемы кроется уже в самых базовых особенностях обменных операций, которые были рассмотрены выше. Ценность передаваемого и получаемого блага весьма субъективна. Не существует никакой естественной ценности даже для общепризнанных благ (хлеб, золото, вода и т.д.)⁶⁸⁰. Не может быть абсолютной эквивалентности обмениваемых благ, т.к. стороны оценивают один и тот же объект не одинаково⁶⁸¹. Разная оценка добровольно обмениваемых благ и приводит к формированию общей выгоды как результата обмена⁶⁸². А вот информационная асимметрия может привести к тому, что контрагент неправильно оценит свой и встречный актив, условия планируемого перемещения, что может привести к неэффективному перераспределению благ, которое может не только не улучшить его личное благосостояние, но и будет социально бесполезно⁶⁸³.

В конечном итоге информационная асимметрия ведет не только к договорной неполноте, ставит под сомнение обоснованность принудительной силы договора, но и открывает путь для оппортунистической практики⁶⁸⁴.

2.4.7. Оппортунизм, моральный риск, неблагоприятный отбор

Существует много определений оппортунизма и вряд ли удастся найти единственно верное, соответствующее взглядам всех экономистов и юристов⁶⁸⁵. В известном учебнике «Право и экономика для континентальной правовой традиции» И. Маккай представил ряд подходов к определению этого понятия, а затем, подводя итог, подчеркнул, что сторона ведет себя оппортунистически в том случае, «если она стремится хитростью или силой изменить в свою сторону и в ущерб другой стороне распределение общей прибыли, на которое может при обычных условиях рассчитывать каждая сторона при вступлении в такие

⁶⁸⁰ Маккай, Иян. Указ. соч. С. 515.

⁶⁸¹ Маккай, Иян. Указ. соч. С. 44.

⁶⁸² Одинцова М.И. Указ. соч. С. 107.

⁶⁸³ Kostritsky, Juliet P. Op. cit. P. 644; A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell. 2007. Op. cit. С. 34.

⁶⁸⁴ Стоит признать, что процесс влияния асимметричности информации на оппортунизм обладателя информации является двусторонне направленным.

⁶⁸⁵ См. например,

отношения»⁶⁸⁶. Далее и несколько в ином контексте автор выражает свою позицию более знакомым юристам образом, фактически уравнивая в значении понятие оппортунизма и недобросовестного поведения⁶⁸⁷.

Сложно согласиться с экономической (и если дальше идти, то и правовой) полезностью упрощенных попыток определять одно неизвестное через другое неизвестное. В правовой литературе (особенно отечественной), например, существуют аксиоматичные попытки выдать желаемое за действительное, определяя как мейнстрим некое морально-этическое содержание понятия добросовестности, что на самом деле выдает не более, чем ценностные ориентиры исследователя, но никак не объясняет объективно существующую категорию⁶⁸⁸. Туманные определения не помогают нам в практической действительности и поэтому в рамках данной статьи отбрасываются как бесполезные⁶⁸⁹.

Понимание оппортунизма, кажется, легче почувствовать, чем понять через точное и бесспорное определение, поскольку примеры, которые используются для описания оппортунистического поведения, специально подбираются таким образом, что они не вызывают сомнений в их релевантности у большинства как профессионалов, так и обывателей⁶⁹⁰. Например, как правило, не будет сомнений в квалификации акта насилия (угрозы) покупателя редкой вещи по отношению к продавцу за его несговорчивость при получении предложения продать товар по сниженной цене либо вопреки прежде состоявшейся договоренности с другим лицом. Коварный обман продавца, знающего о бесполезности (неисправности) продаваемой им вещи, с целью покупки этой вещи неосведомленным

⁶⁸⁶ Маккай, Иян. Указ. соч. С. 254.

⁶⁸⁷ Маккай, Иян. Указ. соч. С. 481, см. также Карапетов А.Г. Указ. соч. С. 34.

⁶⁸⁸ Лугманов Р.Р. Принцип добросовестности как средство развития права // Право и политика. 2021. № 5. С.69.

⁶⁸⁹ Более практичным представляется подход к пониманию добросовестности, избавленный от бездоказательной и неконструктивной морально-этической сердцевины; подход функционально объясняющий данный институт в контексте социально-экономических, политических и т.д. потребностей конкретного общества. См. более подробно альтернативное и как нам представляется более ценное объяснение категории добросовестности: Хесселинк М.В. Принцип добросовестности // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 8. С. 158–187.

⁶⁹⁰ Познер Р. Указ. соч. С. 124.

покупателем с большим дисконтом также не вызывает сомнений в оппортунистической направленности такого поведения.

Чуть менее очевидна, но также как правило порицаема, будет попытка добиться дополнительного перераспределения кооперативного выигрыша в сторону покупателя, который под предлогом угрозы донести в полицию о преступлении продавца, о котором ему стало известно, требует снижения цены продаваемого товара. Еще менее очевидной, но все еще пока порицаемой, т.к. право не должно поощрять самоуправство, будет ситуация, когда, например, арендодатель, проникнув на земельный участок арендатора, заберет свой предмет аренды, который арендатор по окончании срока договора аренды не вернул, скрывал и в целом незаконно удерживал вопреки здравому смыслу, закону и даже исполнительному производству.

Степень очевидности оппортунизма особенно для не юристов можно снижать довольно долго, добавляя все новые и новые обстоятельства, например, добавив социально терпимую и в массе даже поощряемую цель в виде заботы о ближнем, когда покупатель, подделывая сертификат, скидочную карту или иной знак, дающий право на льготную скидку, обманывает продавца в аптеке в целях купить дешевле необходимое лекарство для больного родственника. Список примеров с более четкой градацией степени упречности поведения можно продолжать, достигнув некоторого смятения даже в рядах юристов, что будет свидетельствовать о новом провале даже в контекстуальном способе определения понятия оппортунизма⁶⁹¹.

Представляется, однако, что проблема неоднозначного понимания категории оппортунизма заключается в нежелании увидеть очевидное: исходную идею, лежащую в основе этого зловещего понятия: ориентацию на собственный интерес⁶⁹².

⁶⁹¹ Еще легче представить себе непротиворечивые примеры оппортунистического поведения после заключения договора, когда *ex post* попытки перераспределить уже запланированный кооперативный выигрыш противоречат не только основополагающему принципу договорного права *pacta sunt servanda* (что экономисту так же безразлично, как и цвет глаз судьи), но и экономической эффективности (не касаясь темы эффективных нарушений, конечно).

⁶⁹² Уильямсон О.И. Указ. соч. С. 43.

Не время и не место углубляться в основы рыночной экономики, плюсы и минусы экономического либерализма в различных вариантах, альтернативные идеологии, однако, заметим, что стремление участника оборота к максимально возможному с учетом имеющихся ресурсов удовлетворению своих интересов не имеет изначальной негативной окраски. При этом столь желанное сотрудничество посредством взаимного приспособления является неизбежным следствием экономической системы, построенной на ориентации на собственный интерес, удовлетворение которого зачастую возможно, лишь принимая во внимание существование какого-то чужого интереса⁶⁹³. При этом в различных обществах с разными социально-экономическими, политическими, и культурными системами и нормами степень допустимости ориентации на собственный интерес будет отличаться. Граница допустимого и порицаемого не может быть некой данностью, ее «местонахождение» социально детерминировано даже в рамках одного общества. То, что будет социально оправдано для обывателя, будет неприемлемо, например, для экономиста. То, что приемлемо для представителя одной экономической школы, в то же самое время категорически противно представителю другой и т.д. Таким образом, оппортунизм — это собирательное понятие, которое указывает на актуальные для данного правопорядка социально порицаемые формы ориентации участника оборота на собственный интерес⁶⁹⁴. В ядре данной формы поведения могут находиться относительно стабильные для большинства развитых правопорядков конкретные виды поведения, например, насилие, кража, активный обман⁶⁹⁵ либо менее очевидные, такие как умолчание об обстоятельствах (пассивный обман) и т.д.⁶⁹⁶ Некоторые из очевидных и признаваемых большинством видов

⁶⁹³ Хейне П. Указ. соч. С. 25.

⁶⁹⁴ Средства борьбы с оппортунизмом могут быть самыми разнообразными, под стать различию в формах этого явления. Иногда можно встретить мнение будто высокая конкуренция на свободном рынке ограничивает стимулы к оппортунистическому поведению, с чем, видимо, можно согласиться, но что очевидно не исключает уместность специальных мер, точно направленных на борьбу с тем или иным конкретным видом оппортунизма. См. Jacques Crémer and Fahad Khalil. Gathering Information before Signing a Contract. *The American Economic Review*, Vol. 82, № 3. 1992. P. 575; Одинцова М.И. Указ. соч. С. 106; Hatzis, Aristides N., Op. cit. P. 172.

⁶⁹⁵ Kostritsky, Juliet P. Op. cit. P. 642.

⁶⁹⁶ Отказ учитывать фактическую сторону вопроса, излишний идеализм приводит к недопониманию самых базовых вещей, лежащих в основе рыночного обмена. Почему мы не можем рассчитывать, что люди всегда будут говорить нам правду? Да потому что это противоречит их интересам. Соответственно, любые попытки

оппортунистического поведения запрещены правом порядком, а другие, менее очевидные, формально не запрещаются⁶⁹⁷.

С проблемой оппортунизма тесно связана проблема морального (субъективного) риска, появление которого часто объясняется информационной асимметрией⁶⁹⁸, что, конечно же, представляет собой несколько упрощенный подход.

Моральный риск удобнее всего увидеть в области, в которой он изначально и был обнаружен⁶⁹⁹. В страховом деле риск повышения вероятности наступления страхового случая появляется всякий раз после получения страховки. Следует признать, что застрахованное лицо может не иметь высоких стимулов к принятию мер предосторожности, если у страховщика нет возможности эффективно наблюдать поведение застрахованного лица⁷⁰⁰. Но если обобщить проблему и выделить характерные особенности ситуаций, в которых возникает проблема морального риска, то ключевыми среди них будут следующие:

1. Одна сторона имеет интересы, которые отличны от интересов другой стороны и в целом эти интересы противоречат общей типовой цели договорных отношений данного вида.
2. Одна сторона дает другой стороне гарантию защиты от неблагоприятных для нее последствий, риск возникновения которых как раз и повышается в результате последующего поведения защищенной стороны⁷⁰¹.

прямолинейного игнорирования базовых интересов рационального участника оборота (например, путем широко понимаемых обязанностей раскрытия информации) приведут лишь к еще большим транзакционным издержкам, но теперь уже направленным на обход установленных правил, либо на уход в теневой рынок, а иногда обернутся и отказами от сделок. Диксит, Авинаш. Теория игр. Искусство стратегического мышления в бизнесе и жизни/ Авинаш Диксит и Барри Нейбафф; пер. с англ. Н. Яцюк.- М.: Манн, Иванов и Фербер, 2018. С. 236.

⁶⁹⁷ Например, умолчание об обстоятельствах при ведении переговоров далеко не везде признается формой пассивного обмана. Более того, даже там, где существуют обязанности раскрытия информации, их обнаружение в конкретном кейсе обусловлено рядом требований и в этом смысле они не представляют собой неизбежную данность. С экономической точки зрения обязанность раскрывать информацию также вызывает вопросы, т.к. прямо влияет на стимулы к ее получению.

⁶⁹⁸ Holmstrom, B. Moral Hazard and Observability. *The Bell Journal of Economics*, 10(1), 1979. P. 74.

⁶⁹⁹ Одиноца М.И. Указ. соч. С. 141; Кутер Р., Улен Т. Указ. соч. С. 66.

⁷⁰⁰ Atgow, K. J. Op. cit. P. 223.

⁷⁰¹ И. Маккай в контексте изменения стимулов указывает на парадокс компенсации, связанный с проблемой морального риска. Маккай, Иян. Указ. соч. С. 77.

3. Отсутствует дешевый способ контроля за поведением соответствующей стороны и нет гарантированной возможности компенсировать убытки за счет этой стороны.

Не будет ошибкой заметить, что проблема морального риска может возникать и за пределами отношений страхования⁷⁰², что фактически является следствием расширительного толкования данного термина, и ведет к охвату тех ситуаций, которые обычно рассматриваются в контексте проблематики оппортунизма.

Немного изменяя те или иные признаки понятия морального риска, можно добиться в определенной степени содержательного наложения с признаками, типичными для оппортунизма в той или иной форме. Как было показано выше, понятие оппортунизма не является содержательно стабильным, что означает возможность его раскрытия через такие признаки, которые представляются актуальными исследователю в данном социально-экономическом контексте. Довольно легко увидеть моральный риск всякий раз, когда после заключения договора одна из сторон не проявляет ожидаемый уровень заботы об интересах договорного контрагента⁷⁰³. Точно так же исследователь может увидеть соответствующие поведенческие искажения и в процессе заключения договора, что придет к тому, что более общий термин оппортунизм и специфический термин моральный риск, привычный для отношений страхования, содержательно станут взаимозаменяемыми. Нам же представляется, что с точки зрения принципа «бритвы Оккамы», если и использовать самостоятельно термин моральный риск, то только после вступления в договорные отношения, когда соответствующая сторона уже получила средство переключения рисков (иммунитет от последствий своего поведения⁷⁰⁴), наличием которого она впоследствии злоупотребляет в ущерб контрагенту, предоставившему это средство⁷⁰⁵.

⁷⁰² Например, в трудовых, агентских отношениях, в целом в потребительских отношениях различных договорных типов и т.д.

⁷⁰³ Уильямсон О.И. Указ. соч. С. 48.

⁷⁰⁴ Карапетов А.Г. Указ. соч. С. 59.

⁷⁰⁵ Kostritsky, Juliet P., Op. cit. С. 670.

Наконец, информационная асимметрия и оппортунизм вызывают к жизни проблему неблагоприятного отбора, которая обозначает специфическую негативную тенденцию, характерную для преддоговорной стадии⁷⁰⁶. Например, если появляются новые виды товаров и услуг, качество которых может быть оценено только после заключения договора, если качество привычных товаров и услуг может стать известным лишь через некоторое относительно длительное время фактического использования, если качество определенных товаров может быть оценено лишь с использованием сложных технических средств, либо в принципе плохо может быть определено, то эти и подобные ситуации являются подходящей почвой для такого рыночного сбоя сигнальной функции ценового механизма как неблагоприятный отбор.

Статья нобелевского лауреата по экономике Д. Акерлофа «Рынок «лимонов»: неопределенность качества и рыночный механизм» является весьма значительным вкладом в литературу по экономике информации. Эта статья содержит простую, но очень важную идею, которая находит свое широкое применение во многих областях. В статье анализируется рынок продукта (один из примеров, поддержанные автомобили), на котором продавцы лучше информированы о качестве, чем покупатели.

Главная идея Д. Акерлофа заключается в том, что если покупатель не может наблюдать разницу в качестве между выставленными на продажу товарами, то продавцы некачественного товара предпочтут торговать на рынке высококачественной продукции⁷⁰⁷, что в итоге приведет к тому, что рынки сольются в один рынок с одной равновесной ценой для всех единиц подобного вида товара. В таком случае покупатели не будут готовы платить высокую цену, соответствующую ожиданиям продавцов высококачественного товара. Использование рыночной статистики для вынесения некоего мнения о качестве товара приведет к своего рода усреднению цены, ее дальнейшему снижению, что

⁷⁰⁶ Кутер Р., Улен Т. Указ. соч. С. 67.

⁷⁰⁷ Хотя бы уже по той причине, что высокое качество товара влияет на репутацию не конкретного продавца, а всех продавцов товара такого вида. Джордж Акерлоф. Рынок «лимонов»: неопределенность качества и рыночный механизм. Thesis, 1994, вып. 5. С. 91-104

негативно отразится на продавцах высококачественных товаров, которые в свою очередь не будут согласны продавать товар ниже предела, соответствующего их минимально допустимой оценке⁷⁰⁸. Процесс вымывания продавцов качественных товаров может продолжаться до тех пор, пока на рынке не останутся только продавцы некачественных товаров. При этом как верно заметил Д. Акерлоф, издержки оппортунистического поведения не ограничиваются размером потерь обманутого покупателя. В такие издержки нужно включать потери, связанные с сокращением сферы честного бизнеса⁷⁰⁹. Соответственно, перманентно присутствующая на рынках неопределенность в отношении качества товара может оправдывать многие из известных нам институтов.

2.4.8. Принципы свободы договора и частной автономии

Свобода договора является фундаментальным принципом договорного права⁷¹⁰. В контексте нашей темы исследования важно понять, насколько этот принцип релевантен для определения случаев раскрытия информации. При этом данный принцип, как и другие принципы, перечисленные в ст. 1 и ст. 2 ГК РФ, имеет конституционно-правовое значение и в этом смысле пригоден в качестве инструмента оценки поведения в контексте добросовестности⁷¹¹. Как мы помним, Конституция РФ обеспечивает условия для устойчивого экономического роста страны и повышения благосостояния граждан, гарантирует свободу экономической деятельности, право каждого на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской, и иной не запрещенной законом экономической деятельности, (статьи 8, 34, 75.1).

⁷⁰⁸ Lofgren, K.-G., Persson, T., & Weibull, J. W. Markets with Asymmetric Information: The Contributions of George Akerlof, Michael Spence and Joseph Stiglitz. *Scandinavian Journal of Economics*, 104(2), 2002. С. 197.

⁷⁰⁹ Акерлоф Дж. Рынок «лимонов»: неопределенность качества и рыночный механизм. Thesis, 1994, вып. 5. С. 98

⁷¹⁰ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. – М.: М-Логос, 2017. С. 832. "Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 3 (2018)" (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 14.11.2018) (ред. от 26.12.2018)

⁷¹¹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 30 января 2009 г. № 1-П г. Санкт-Петербург "По делу о проверке конституционности положений пунктов 2, 3 и 4 статьи 13 и абзаца второго пункта 11 статьи 14 Федерального закона "Об обороте земель сельскохозяйственного назначения" в связи с жалобой гражданки Л.Г. Погодиной"

На этих конституционных предписаниях основан и принцип гражданского права о свободе договора (п. 1 ст. 1 ГК РФ)⁷¹².

Очевидно, что Конституция РФ является основанием и для других частноправовых принципов, служащих частному интересу (равенство участников гражданско-правовых отношений, неприкосновенность собственности, недопустимость произвольного вмешательства в частные дела, беспрепятственное осуществление гражданских прав, автономия воли и т.д.)⁷¹³. Однако, в сфере договорного взаимодействия, в разрезе возможности выстраивать свои отношения с учетом или без учета интересов лиц, вступающих в договорную связь, большое значение может иметь именно принцип свободы договора, что, однако, в любом случае предполагает необходимость учета иных конституционно-правовых начал, для взвешивания подлежащих балансированию конкурирующих интересов в случае возникновения судебного спора по факту подозрения в нарушении информационных обязанностей.

2.4.8.1. Свобода договора и обязанность информирования

При вступлении в правоотношение (соглашение) участник оборота имеет в своем распоряжении правовой инструмент для удовлетворения своих потребностей с помощью использования своих воли и способностей по крайней мере в той степени, в какой они находят выражение в соглашении. Обеспеченная правом договорная свобода определения момента вступления в соглашение, контрагента и условий соглашения позволяет реализовать эти возможности в соответствии со своими личными предпочтениями (потребностями). Каждое лицо имеет право, но при этом несет ответственность за правильное формулирование, а затем удовлетворение своих потребностей, за развитие и использование для этого необходимых способностей⁷¹⁴.

⁷¹² Постановление Конституционного Суда РФ от 23.02.1999 № 4-П "По делу о проверке конституционности положения части второй статьи 29 Федерального закона от 3 февраля 1996 года "О банках и банковской деятельности" в связи с жалобами граждан О.Ю. Веселяшкиной, А.Ю. Веселяшкина и Н.П. Лазаренко"

⁷¹³ Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / А. В. Асосков, В. В. Байбак, Р. С. Бевзенко [и др.] ; отв. ред. А. Г. Карапетов. – Москва : М-Логос, 2020. С. 49.

⁷¹⁴ Новицкий И. Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права. – 2006. – № 1 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «Консультант Плюс».

Как мы знаем, в рыночной экономике частные лица самостоятельно формируют потребности и расставляют соответствующие приоритеты⁷¹⁵. В этом смысле предполагается, что частные лица сами в состоянии определить иерархию своих потребностей и наилучшим образом позаботиться об эффективных средствах их удовлетворения⁷¹⁶. Соответственно, свобода договора предназначена прежде всего для того, чтобы дать субъекту правовую возможность принять свободное решение о средствах удовлетворения своих потребностей. Указанную сущностную черту свободы договора мы будем именовать «самоопределение».

Возможность самостоятельно определять пути и средства удовлетворения своих потребностей неизбежно сопровождается обязанностью нести ответственность за последствия своих свободных решений, даже если их результаты не всегда соответствуют ожиданиям. Данный тезис вполне обоснован, т.к. если частное лицо изначально определяет свои потребности в качестве основных ориентиров в принятии решений, то оно не может ожидать, что другие лица возьмут на себя риски и ответственность за возможные негативные последствия.

Договор представляет для сторон практическую ценность как бы второго уровня, которая одновременно является и средством для достижения основных потребностей (ценности первого уровня) и стабильную правовую основу для предсказуемого планирования дальнейших решений с целью удовлетворения последующих потребностей⁷¹⁷. Соответственно, возможность предсказуемого планирования условий своей жизни посредством договора предполагает наличие уверенности для одной стороны договора в том, что и другая сторона также полагается на договор в указанном целеполагании. Договорные требования и их стабильность в течение срока действия договора являются своего рода

⁷¹⁵ Маккай, Иян. Право и экономика для континентальной правовой традиции; пер. с англ. под науч. ред. Д. Раскова.- М.: Издательский дом «Дело» РАНХиГС, 2019. С. 16.

⁷¹⁶ Теория рационального выбора как основание принципа свободы договора. См. Улен Т.С. Теория рационального выбора в экономическом анализе права // Вестник гражданского права. 2011. Т. 11. № 3// СПС КонсультантПлюс.

⁷¹⁷ Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы. Т. 1: Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. М.: Статут, 2012 С. 18; М. Fabre-Magnan. Op. cit. P. 60.

обеспечительными мерами указанного планирования, поскольку участники оборота получают возможность ожидать, что их права будут соблюдаться. Поэтому без действия принципа *pacta sunt servanda* самоопределение как сущностная черта свободы договора попросту не имеет смысла⁷¹⁸. Указанная стабильность может быть достигнута только в том случае, если далеко не каждое последующее изменение предпочтений одной из сторон, способно оправдать отступление от достигнутых договоренностей. Следовательно, ценность договора наиболее ярко проявляется в его необходимом свойстве быть обязательным для исполнения даже вопреки последующим измененным интересам одной из сторон⁷¹⁹.

Таким образом, свобода договора и частная автономия основываются в равной степени на самоопределении и самостоятельной ответственности за последствия своих действий. И как уже было подмечено выше, свобода договора неизбежно предполагает, что участник оборота лучше других способен определять свои собственные потребности⁷²⁰. Без этой аксиомы свобода конструировать свои правоотношения под свою ответственность была бы эфемерной и бессодержательной.

При этом нужно сразу оговориться, что этот тезис не предполагает, что каждый участник оборота всегда должен принимать лучшее решение для удовлетворения своих потребностей. Как мы уже определили прежде, скорее нужно говорить более реалистично, допуская лишь правовую возможность принимать это лучшее, рациональное решение в условиях перманентной информационной недостаточности, ограниченных когнитивных возможностей, трансакционных издержек и других мешающих факторов⁷²¹. Однако, нужно еще раз повториться, т.к. это действительно важно: по общему правилу именно участник оборота способен судить о своих потребностях гарантированно лучше,

⁷¹⁸ Карапетов А.Г., Савельев А.И. Указ. соч. С. 23. Как утверждают в специальной литературе, одной из основных функций договорного права является удержание контрагентов от оппортунистического поведения по отношению друг к другу. Одинцова М.И. Указ. соч. С. 107.

⁷¹⁹ Справедливости ради нужно отметить и другую точку зрения, выраженную в теории эффективного нарушения договора. См. Sugata Bag. *Economic Analysis of Contract Law*. 2018. P. 68.

⁷²⁰ Одинцова М.И. Указ. соч. С. 5; Маккай, Иян. Указ. соч. С. 460.

⁷²¹ Breidenbach S. Op. cit. P. 12.

чем любой мыслимый сторонний субъект, принимающий решение⁷²². В этом смысле даже неудачи добавляют веса данным рассуждениям, поскольку позволяют лицу учиться и адаптироваться для более успешного использования своей свободы в будущем.

Говоря о существенных характеристиках свободы договора (самоопределение и личная ответственность), позволяющих участникам оборота предсказуемо планировать свою жизнь, снова обратим внимание на проблему информационной асимметрии и возможно связанной с ней обязанности информирования. Может показаться достойным внимания тезис о том, что если договаривающаяся сторона недостаточным образом информирована об условиях сделки, сопутствующих обстоятельствах и ее последствиях, то появившийся информационный дефицит способен помешать цели оптимального удовлетворения собственных потребностей. Можно подумать, что возможность достижения оптимального результата договорного взаимодействия обязательно коррелирует с полной осведомленностью обо всех релевантных обстоятельствах соответствующей сделки⁷²³. Гипотетически можно предположить, что только так сторона может принять, что называется, лучшее решение. В этом смысле можно представить, что идеальная договорная свобода существует только в случае отсутствия информационной асимметрии и при наличии сотрудничества между контрагентами.

Однако, зададимся вопросом, насколько правильно жестко связывать обязанность информирования с принципом свободы договора? Наша изначальная позиция заключается в том, что сама по себе информационная асимметрия не свидетельствует о необходимости возникновения обязанности информирования⁷²⁴.

Очевидно, что для принятия решения и отстаивания своих интересов любому лицу необходимо иметь определенные интеллектуальные (и конечно

⁷²² Наличием субъектов профессиональной деятельности, например, врачей, не подрывается этот аргумент, а скорее показывает лишь общее правило, допускающее некоторые исключения.

⁷²³ Eisenberg, M. A. Disclosure in Contract Law. California Law Review, 91(6), 2003. P. 1647.

⁷²⁴ Decker, Leo. Op. cit. P. 26

экономические) предпосылки. Эти предпосылки образуют минимальную внеправовую основу свободного самоопределения, как необходимой сущностной черты свободы договора. В этом смысле нет ничего удивительного в том, что, например, ст. 178 ГК РФ предусматривает возможность аннулирования эффекта сделки по причине существенного заблуждения. Однако, наша позиция, прослеживаемая на протяжении всего исследования, заключается в том, что сама по себе правовая категория ошибки принципиально не способна обосновать наличие обязанности информирования.

Потребность договаривающейся стороны в информации не предполагает ее максимальную полноту, поскольку такое идеальное состояние, как мы знаем, недостижимо, а потому не может служить юридически приемлемым критерием стандарта раскрытия информации⁷²⁵. Аналогичным образом мы увидели, что природные ограничения интеллектуальных возможностей человека исключают реальный учет сколько-нибудь значительного количества факторов в той или иной степени релевантных для решения стороны заключить договор⁷²⁶. Прибавим к этому принципиальную невозможность согласовать все возможные ситуации с договорным партнером в силу постоянного присутствия высоких транзакционных издержек⁷²⁷.

Помимо сказанного, следует весьма осторожно относиться к идее абсолютизации цели оптимального удовлетворения собственных потребностей. В контексте элементарной схемы рыночного взаимодействия такая цель действительно может выглядеть фундаментальной. В силу самой возможности ее достижения участники оборота и вступают в договорные отношения, нисколько при этом не заботясь об интересах своего контрагента иначе, чем через призму возможности удовлетворить свои потребности.

⁷²⁵ Закон убывающей предельной полезности усилий, потраченных для получения дополнительной единицы информации, ясно показывает, что предположение о том, что свобода договора обязательно должна предполагать информационное равенство сторон, обладающих максимальным объемом информации, не имеет никакого практического смысла.

⁷²⁶ Как верно заметил Саймон, в пору уже рассматривать в качестве ограниченного ресурса не информацию, а внимание. Саймон. THESIS, 1993, вып. 3. С. 35

⁷²⁷ A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell. Handbook of Law and Economics, Elsevier, edition 1, volume 1, number 1. 2007. P. 21.

Однако, поскольку в сделке участвует как минимум две стороны и несмотря на базовую направленность любой сделки на взаимовыгодный результат, достижение этого результата не является обязательно необходимым. Как мы знаем, Парето эффективные сделки являются скорее красивой идеей, нежели обыденной реальностью. Это особенно актуально, если учитывать тот факт, что ни одна сделка не происходит в вакууме, т.к. любая сделка является источником внешних эффектов. В этом смысле, более реалистичный критерий эффективности обмена Калдора-Хикса несколько смещает акценты при оценке результатов обменных операций, но без ревизии принципов действия их базовой механики.

Также нужно помнить, что цель оптимального удовлетворения собственных потребностей в некоторых случаях придется соизмерять с целью защиты интересов третьих лиц, что будет требовать искать баланс данных интересов без использования аксиоматичных постулатов.

Следует заметить, что по статистике, большинство договоров, несмотря на принципиальные различия в доступности информации, как правило, дают взаимоприемлемые результаты⁷²⁸. Это значит, что участники оборота по общему правилу способны заключать оптимальные договоры и получать ожидаемые результаты без обязательного судебного вмешательства или дополнительного законодательного обременения информационными обязанностями. При этом нетрудно заметить, что конкуренция в рыночной экономике служит необходимым естественным заградительным инструментом от односторонней эксплуатации договорной неосведомленности⁷²⁹. Поэтому свобода договора не требует от сторон быть полностью информированными⁷³⁰. Очевидно, что

⁷²⁸ В этом смысле, можно жаловаться на большое количество оспариваний сделок по тому или иному основанию, но эту информацию нужно понимать не абсолютно, а относительно общего числа заключенных и исполненных сделок. В этом смысле прав автор, указывая, что людям свойственно замечать только неисправные вещи. Хейне. П. Указ. соч. С. 20.

⁷²⁹ Иное мнение: Michael R. Darby and Edi Karni. Free Competition and the Optimal Amount of Fraud. *Journal of Law and Economics*, Vol. 16, №. 1, 1973. P. 68.

⁷³⁰ Мы признаем проблему «рынка лимонов», но считаем, что значение этой проблемы несколько преувеличено. К тому же мы считаем, что в конечном счете имеет значение не информационная асимметрия, а характер (плюс способ обретения) полученной и удержанной информации. Акерлоф Дж. Рынок «лимонов»: неопределенность качества и рыночный механизм. *THESIS*. 1993. Вып 5. с. 95-104

свободная личность должна сама развивать свои способности и доступ к новой информации. И как мы выяснили прежде, свобода договора принципиально двойственна: она неразрывно связана как с возможностью достижения оптимального результата, так и с риском неудачи, что является естественным отражением самоопределения и индивидуальной ответственности. Если участник оборота не будет иметь широких возможностей избежать невыгодных для него договоров, ссылаясь на якобы нарушенную информационную обязанность, у него появится сильный стимул использовать свободу заключать договоры обдуманно и ответственно с самого начала⁷³¹.

Таким образом личная ответственность как сущностный элемент свободы договора выполняет двойную функцию: 1) она оправдывает ценность договора для контрагента, поскольку последний по общему правилу может полагаться на действительность договора, 2) она оказывает стимулирующее воздействие на каждую сторону, которая вынуждена более ответственно определять необходимый в данном случае договорный тип, момент его заключения, условия и личность контрагента.

Указанное стимулирующее воздействие имеет экономически обоснованные пределы. Участник оборота, действующий рационально, сам решает, нужна ли ему более подробная информация или же ему выгоднее полагаться на свои естественно несовершенные знания⁷³². Если он прекращает поиск информации, т.к. ее ожидаемая польза ниже, чем связанные с этим издержки⁷³³, то он принимает рациональное решение, заслуживающее юридического признания⁷³⁴. В этой модели поведения отражена вся суть

⁷³¹ Одна из граней явления, названного «парадоксом компенсации», проявляется в моральном риске иждивенчества. См.: Маккай, Иян. Указ. Соч. С. 77.

⁷³² Хейне. П. Указ. соч. С. 28.

⁷³³ Маккай, Иян. Указ. соч. С. 47.

⁷³⁴ Однако, юридического признания (нейтралитета) заслуживает и простая неосмотрительность контрагента, что традиционно подтверждается в доктрине и практике зарубежных правовых порядков. Мазур О.В., А.П. Сергеев, Т.А. Терещенко. Ответственность за недобросовестные переговоры как ограничение свободы договора (на примере положений ст. 434.1 ГК РФ) // Свобода договора: сборник статей / А.А. Амангельды, В.А. Белов, А.А. Богустов и др.; отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2016. (СПС Консультант Плюс); Основные положения гражданского права : постатейный ком-ментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / А. В. Асосков, В. В. Байбак, Р. С. Бевзенко [и др.] ; отв. ред. А. Г. Карапетов. – Москва : М-Логос, 2020. С. 89.

самоопределения и всегда идущей с ним под руку личной ответственности как элементов свободы договора. И в этом смысле довольно сложно ожидать от правовой системы эффективных требований более высокого уровня информированности участников оборота вопреки их первоначальной воле и существующим в экономике закономерным ограничениям, слабо подверженным прямолинейному воздействию права.

Абсолютное (или даже в значительной степени) информационное равенство сторон не может быть установлено. В лучшем случае можно попытаться лишь компенсировать недостатки объективно более слабой стороны и причем в строго ограниченном количестве случаев⁷³⁵. Поэтому с точки зрения свободы договора, в случае информационной асимметрии достаточно, чтобы лицо, нуждающееся в информации, имело потенциальную, а не фактическую возможность получить достаточную информацию. Учитывая тот факт, что в договорном взаимодействии принимают участие как минимум две стороны, их конкурентное взаимодействие, их борьба позволяет им добиваться наилучшего результата в данных конкретных, а не вымышленных и идеальных обстоятельствах.

Обязанность раскрытия информации, по сути, заставляет должника заботиться об интересах кредитора вопреки своим интересам, что слабо согласуется с внутренним механизмом согласования конкурирующих интересов в условиях свободного рынка⁷³⁶. Притом, что важно, этот тезис не может быть оспорен вероятным аргументом о том, что оптимальная конкуренция может начаться только тогда, когда обе стороны будут полностью проинформированы. Напротив, мы считаем, что их конкуренция начинается только тогда, когда стороны понимают свое информационное несовершенство и стремятся к получению договорных преимуществ. Соответственно, можно презюмировать,

⁷³⁵ Доктрина защиты слабой стороны как ограничитель свободы договора. См.: Томтосов А.А. Новые подходы к защите слабой стороны договора // Свобода договора: сборник статей / А.А. Амангельды, В.А. Белов, А.А. Богустов и др.; отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2016 (СПС Консультант Плюс)

⁷³⁶ Говоря о конкуренции на свободном рынке нельзя не вспомнить ставший уже классическим пример дорожного сотрудничества в час пик. Хейне. П. Указ. соч. С. 19-23.

что тот, кто окажется лучше информирован, обоснованно добьется лучшего результата в конкурентной борьбе⁷³⁷.

2.5. Актуальные научные позиции

Изложение ключевых подходов к решению проблемы раскрытия информации следует начать с работы Э. Кронмана «Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts». Автор предлагает ставшую уже классической теорию, которая дает объяснение, почему в одних случаях договорное отношение может предполагать обязанность раскрытия информации, а в других нет⁷³⁸.

Э. Кронман замечает, что с точки зрения экономической теории, ошибки сторон о некотором фактическом состоянии окружающего мира представляют собой издержки, которые не локализуются исключительно на стороне, которая их понесла⁷³⁹. В целом, стоимость транзакции увеличивается именно за счет несения дополнительных расходов, прямо связанных с ошибкой. При этом действенным средством борьбы с ошибкой является информация, стоимость получения которой, однако, неодинакова для сторон. Рациональные участники оборота могут минимизировать свои затраты на гипотетическую ошибку, перераспределив риск ее возникновения на ту сторону, для которой получение соответствующей информации будет дешевле всего⁷⁴⁰. Соответственно, при односторонней ошибке можно предположить, что заблуждающаяся сторона находится в лучшем положении, чтобы предотвратить свою ошибку, что как

⁷³⁷ При условии сознательных правомерных инвестиций в свою повышенную информированность.

⁷³⁸ Сразу нужно сделать ряд оговорок: во-первых, автор задает вопрос об обязанности раскрытия в контексте проблемы односторонней ошибки. Э. Кронман признает важность вопроса соотношения обязанности информирования и обмана, однако, предпочитает уклониться от его решения; во-вторых, автор заметно сужает поставленный вопрос ситуацией, когда информированная сторона знает о том, что другая сторона заблуждается; в-третьих, во всех случаях, когда автор использует словосочетание «обязанность раскрытия», имеется в виду лишь фигура речи, но не истинная юридическая обязанность. Контрагент не вправе обратиться в суд с требованием, например, о возмещении вреда, вызванного нарушением обязанности информирования. Указанные обстоятельства необходимо учитывать, что, однако, не снижает общую концептуальную познавательную ценность идей автора.

⁷³⁹ Т.е. проблема усиливается тем обстоятельством, что частные издержки в конечном счете ухудшают процесс перемещения благ по направлению наиболее ценного их использования.

⁷⁴⁰ Kronman, A. T. Op. cit. P. 4.

минимум разумно для случаев, когда другая сторона не знает об ошибке контрагента⁷⁴¹.

Далее автор, предлагая комбинированное правило, учитывающее степень способности контрагента распознать ошибку, верно подмечает возможность существования ситуаций, когда сторона будет знать или иметь основания знать об ошибке контрагента, но при этом все равно не иметь обязанности раскрывать информацию. Признавая такой вариант, Э. Кронман обосновывает его предположением общего свойства, что соответствующая информация скорее всего является продуктом дорогостоящего поиска, а значит, правило, допускающее неразглашение информации является действенным способом защиты инвестиций в производство таких знаний⁷⁴². С другой стороны, правила, требующие раскрытия информации, являются эффективными в тех случаях, когда осведомленность соответствующей стороны не является результатом преднамеренного поиска, а значит, нет угрозы сокращения объема такой информации из-за лишения стороны стимула к ее получению⁷⁴³.

Предложенную логику автор подкрепляет тем тезисом, что такое дифференцированное правило раскрытия информации в общих чертах соответствует эффективному распределению риска односторонней ошибки, который должен быть возложен на ту сторону, для которой его предотвращение будет дешевле всего⁷⁴⁴.

Размышляя на тему распределительной эффективности, Э. Кронман отмечает ее прямую зависимость от скорости поступления на рынок информации

⁷⁴¹ Kronman, A. T. Op. cit. 6-7 pp.

⁷⁴² Kronman, A. T. Op. cit. P.9.

⁷⁴³ Следует признать, что в односторонней ошибке знание о том, что сторона заблуждается, часто не будет плодом преднамеренных инвестиций. При этом следует помнить, что само по себе такое знание является общим маркером, но далеко не единственным, оправдывающим обязанность раскрытия.

⁷⁴⁴ Желание Э. Кронмана «закольцевать» правило раскрытия информации и требование эффективного распределения рисков понятно, однако, в данном случае результат выглядит не до конца убедительным, т.к. известно, что есть разница между стоимостью производства (получения) информации и ее передачи. Как правило, передача информации стоит несоразмерно мало, нежели ее производство. Как следствие, информированность лица (вне зависимости от способа информированности) плюс знание о заблуждении контрагента уже потенциально достаточно для перераспределения риска на такого контрагента, как более «дешевого» лица, способного в данном случае устранить ошибку (без учета уже понесенных расходов на получение информации, способной устранить ошибку). Заставить заблуждающуюся сторону производить второй раз ту же самую информацию, которая уже произведена (добыта) информированной стороной, зачастую будет представлять собой социально неоправданную трату ресурсов. См. иное мнение: Kronman, A. T. Op. cit. 16-17 pp.

об изменившихся обстоятельствах, влияющих на соотношение спроса и предложения⁷⁴⁵. При этом от его взгляда не ускользает тот факт, что информация не появляется на рынке, условно говоря, из ниоткуда. Очевидно, что ее носителями являются конкретные акторы, которые в свою очередь становятся обладателями информации, упрощенно говоря, двумя диаметрально противоположными способами: умышленно либо случайно. Автор пытается внести ясность в столь ключевой для данной теории вопрос, указывая, что информация, полученная преднамеренным путем, означает такую информацию, приобретение которой связано с расходами, которые не были бы понесены в противном случае; он указывает на необходимую связь между целевыми расходами и получением информации⁷⁴⁶.

Э. Кронман верно подмечает, что несмотря на социальную желательность скорейшего поступления на рынок новой информации в общедоступном виде, отказ информированному лицу в частном использовании такой информации без ее раскрытия подрывает стимулы к ее производству в будущем, что в итоге негативно скажется на той общественно полезной цели, ради которой и нужно было скорейшим образом раскрывать эту информацию⁷⁴⁷. С другой стороны, лишая случайно информированное лицо выгод владения частной информацией, право не сможет дестимулировать это лицо и повредить обороту, поскольку указанное лицо совершит определенные действия, случайно повлекшие получение ценной информации, в любом случае. При этом социально полезное правило о неразглашении специально полученной информации не предполагает возможности солгать на заданный вопрос, однако, допускает молчание в ответ на такие запросы⁷⁴⁸.

Э. Кронман пытается усилить свою аргументацию ссылкой на соответствие предложенного правила о неразглашении умышленно добытой

⁷⁴⁵ Лугманов Р.Р. Некоторые проблемы информационных обязанностей. Зарубежный опыт// Государство и право: теория и практика. 2021. № 3. С. 69.

⁷⁴⁶ Автор приводит пример с бизнесменом, который в автобусе случайно подслушивает ценный разговор. В данном случае, расходы на покупку билета в автобус не были обусловлены желанием получить необходимую информацию, а были бы понесены в любом случае.

⁷⁴⁷ Kronman, A. T. Op. cit. P. 14

⁷⁴⁸ Kronman, A. T. Op. cit. P. 15.

информации гипотетической договоренности, которую достигли бы разумные участники оборота в условиях, видимо, отсутствия транзакционных издержек. Автор считает, что стороны в принципе могут распределить тот или иной конкретный риск, предусмотрев его в договоре, однако, когда это сделано не было, договорное право может предложить правовую норму, действующую по умолчанию, снижающую транзакционные издержки и при этом имитирующую ту гипотетическую договоренность, которую стороны выбрали бы для себя, если бы могли сознательно решить этот вопрос.⁷⁴⁹ Но договорное право, как правило, будет представлять собой некую общую регуляторную модель поведения, всякий раз в чем-то отличающуюся от реально наблюдаемого поведения рассматриваемого случая. С другой стороны, гипотетически мыслимое правило, требующее индивидуального подхода к раскрытию информации, неизбежно столкнется с необходимостью исследовать множество фактических вопросов, сложно разрешимых в ретроспективном ключе⁷⁵⁰. Более того, как правильно замечает автор, стоимость администрирования подобного рода гибкого правила раскрытия информации скорее всего будет весьма существенной, что ставит большой вопрос в контексте достижения эффективного использования ресурсов в масштабах общества⁷⁵¹. Так же такой индивидуальный подход может создавать неверные стимулы участникам оборота, которые могут инвестировать больше ресурсов, чем они инвестировали бы в противном случае, просто ради того, чтобы «попытать удачу» склонить чашу весов правосудия в свою пользу, во-первых, искусственно создавая новые индивидуальности своего случая, во-вторых, затеявая судебные тяжбы в надежде, что в данном деле суд увидит нечто особенное, что склонит чашу весов в их пользу. Выход из сложившейся ситуации автор видит в своего рода усреднении и формировании неких общих правил для определенных классов дел, касающихся соответствующего вида информации (например, информация о рыночных условиях, о дефектах имущества и т.д.). Для

⁷⁴⁹ О роли договорного права в контексте информационной недостаточности.

⁷⁵⁰ Это выглядит малопривлекательным в гипотетическом применении с учетом противоположных интересов сторон, которые довели спор до судебного разбирательства, и перманентно царящего в таких случаях оппортунизма.

⁷⁵¹ Kronman, A. T. Op. cit. P. 17. Та же мысль: Michael R. Darby and Edi Karni. Op. cit. P. 77.

определения соответствующего правила, которое будет применяться к определенной категории дел, необходимо сначала выяснить, является ли информация, по поводу которой устанавливается это правило, чаще всего результатом случайного или умышленного поиска. Соответственно, чем выше вероятность того или иного способа получения информации, тем больше поддержки должно получить определенное общее правило⁷⁵². Например, по мнению автора, информация о рыночных условиях обычно является результатом умышленного поиска, что должно служить основанием для установления общего правила не раскрытия информации. С другой стороны, если мы встречаем фидуциарные отношения между, например, адвокатом и клиентом, опекуном и подопечным и т.д., то обязанность раскрытия представляется автору вполне естественной⁷⁵³.

Работа Э. Кронмана породила бурную дискуссию в научном сообществе. Среди многообразия работ с поддержкой или критикой идеи Э. Кронмана в рамках данной работы мы выделим некоторые, в силу узконаправленного научного интереса автора работы, заслуживающие отдельного внимания.

Так, С. Левмор, задавая вопрос о необходимости требовать от покупателя или продавца при совершении сделки раскрытия информации, предлагает формировать правила с учетом как поощрения производства социально полезной информации, так и оценки общественной пользы или ущерба, которые могут возникнуть в результате сокрытия/раскрытия информации и которые нужно взвешивать в каждом случае⁷⁵⁴.

⁷⁵² Kronman, A. T. Op. cit. P. 18.

⁷⁵³ Возможно, пример с фидуциарными отношениями является тонким местом в теории Э. Кронмана, т.к. предложенный критерий наличия усилий (а значит, расходов) к производству информации в любых случаях информационной асимметрии между профессионалом и обывателем должен приводить к обратному выводу: общему правилу о неразглашении информации договорному контрагенту. Однако, экономически это неверно, поскольку в такого рода отношениях именно информационная асимметрия является одной из причин появления данных отношений. Люди нанимают профессионалов именно по причине их профессиональности, которая, между прочим, формируется целенаправленными и часто дорогими усилиями. Доверие к профессиональным знаниям и опыту контрагента позволяет избежать социально бесполезных дублирующих расходов, что опять-таки экономически эффективно в контексте распределения ресурсов.

⁷⁵⁴ Saul Levmore, Securities and Secrets: Insider Trading and the Law of Contracts, 68 Virginia Law Review 117. 1982. P 136.

С. Левмор согласен с Э. Кронманом в том, что большой общественный интерес к поощрению поиска общественно полезной информации может служить достаточным оправданием правила неразглашения соответствующей информации. Однако, автор справедливо подмечает, что допускаемое предложенным правилом молчание защитит покупателя-инвестора лишь до тех пор, пока продавец не научится задавать правильные вопросы, требующие от покупателя либо раскрытия информации, либо нечестных заявлений, т.е. обмана⁷⁵⁵. Например, покупатель квартиры может спросить: "Есть ли в этом доме что-нибудь, что могло бы раздражать типичного покупателя?"⁷⁵⁶ Конечно, когда речь идет, например, о качестве продаваемого актива, тем более об опасных его свойствах, правило раскрытия информации является эффективным в любом случае, позволяя неинформированной стороне сберечь социально бесполезные и часто дублирующие расходы. Но решение проблемы не выглядит таким очевидным, когда речь будет идти о социально желательных и рискованных инвестициях, плодами которых оппортунистически захочет воспользоваться неинформированная сторона в случае успеха информированного контрагента. Соответственно, если бы право позволило покупателю-инвестору нечестно ответить на общий или конкретный уточняющий вопрос о перепродаваемом им объекте, это создало бы не только перспективу окупить социально полезные инвестиции этого покупателя⁷⁵⁷, но и уберечь неинформированного второго покупателя от экономически

⁷⁵⁵ См. также знаменитое дело *Laidlaw v. Organ*, 15 US 178 (1817), в ходе которого выяснилось, что продавец задавал вопрос: "Есть ли новости, которые бы повлияли на повышение цены или себестоимости предмета, предназначенного для покупки?"

⁷⁵⁶ Может ли такой вопрос служить эффективным средством раскрытия, например, различных недостатков в качестве вещи, сейчас не имеет большого значения. Речь идет не о смысловом совершенстве, но об интеллектуальном векторе гипотетического решения проблемы молчания контрагента. Важно понять, что подобное поведение неосведомленной стороны вынуждает реагировать информированного контрагента, тем самым выдавая информацию. Более того, стратегия продолжающегося молчания в ответ на четко заданный вопрос уже не может оставаться по-прежнему эффективной. Зачастую такое молчание будет представлять самостоятельный сигнал, косвенным образом информирующий контрагента. Rothschild, M., Stiglitz, J. *Equilibrium in Competitive Insurance Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information*. *The Quarterly Journal of Economics*, 90(4), 1976. 629-649 pp; Michael Borden, *Mistake and Disclosure in a Model of Two-Sided Informational Inputs*, 73 *Missouri Law Review*. 2008. P. 688.

⁷⁵⁷ Эти инвестиции всегда имеют некоторую вероятность успешности, что добавляет остроты проблеме.

неэффективных дублирующих исследований, которые уже были проведены информированным покупателем⁷⁵⁸.

В итоге автор формулирует правило «оптимальной нечестности», направленное на стимулирование общественно полезных исследований без риска социально бесполезного дублирования усилий⁷⁵⁹. Более того, это правило должно распространяться и на третьих лиц, которые хотя и не провели самостоятельно исследования, но благодаря своей сноровке и предпринимательским аналитическим способностям (даже просто понаблюдав за действиями инвестора) также рискуют и совершают подобные действия по купле потенциально недооцененного актива, поскольку даже такие действия ускоряют поступление новой социально полезной информации на рынок, быстрее адаптирует его к изменившимся обстоятельствам и перенаправляют ресурс в руки тех, кто ценит его выше.

Другой автор, М. Борден, признавая позитивный вклад Э. Кронмана и С. Левмора в развитие доктрины информационных обязанностей, предложил по его мнению усовершенствованную модель, которая при сохранении стимулов участников оборота к инвестированию в информацию не требует правила «оптимальной нечестности» С. Левмора, тем самым ослабляя напряженность между предложенными правилами информирования и традиционными положениями договорного права так или иначе основанными на морали⁷⁶⁰.

Автор сделал важное наблюдение, согласно которому в литературе, посвященной обязанностям информирования, традиционно разбираются ситуации, в которых только одна сторона инвестировала средства в

⁷⁵⁸ Правда, автор предлагает обход запрета на обман путем найма агента, который действительно будет не информирован и значит честно сможет отвечать вопросы, неудобные для принципала, без риска привлечения к ответственности. Saul Levmore. *Op. cit.* P. 140.

⁷⁵⁹ Как представляется, одной из желательных целей такого поведения является состояние дезинформированной стороны, которое должно быть ровно таким же, каким оно было прежде, когда никакой информации не было. Так же желательно, чтобы такая сторона не имела возможности получить информацию от контрагента в силу несправедливости ситуации. Автор считает, что из-за возможного изменения стоимости объекта и риска вымогательства нельзя допустить возможность требовать раскрытия информации от информированной стороны. Saul Levmore. *Op. cit.* P. 140.

⁷⁶⁰ Michael Borden, *Mistake and Disclosure in a Model of Two-Sided Informational Inputs*, 73 *Missouri Law Review*. 2008. 667-706 pp.

информацию, которая, например, влияет на стоимость продаваемого актива⁷⁶¹. Модель, которую предложил автор, предусматривает более реалистичную ситуацию, когда обе стороны в той или иной степени понести расходы на получение информации.

Односторонняя информационная модель структурно может включить два состояния: проблему разглашения информации со стороны продавца и ту же проблему со стороны покупателя. Эта модель имеет четыре элемента: 1) сторона, «сидящая» на неактивном объекте, которая ничего не делает особенного, кроме как владеет активом, использует его в меру своего понимания; 2) инертный актив⁷⁶²; 3) контрагент, который инвестировал средства в изменение стоимости, ценности инертного актива; 4) инвестиции такого контрагента в информацию, которая может перевести прежнее использование актива в положение более ценного его использования⁷⁶³. Анализируя такую одностороннюю информационную модель, автор приходит к выводу, что с экономической точки зрения оптимальным правилом будет такое, которое устанавливает соответствующие стимулы для инвестиций в информацию⁷⁶⁴.

Проблема раскрытия информации несколько усложняется, если допустить, что и покупатель и продавец уже внесли вклад в развитие своей информированности. В этом случае обе стороны инвестировали в информацию, которая потенциально может повысить стоимость актива⁷⁶⁵. В такой двусторонней информационной модели выбор правила раскрытия информации будет влиять на стимулы обеих сторон, инвестирующих в информацию.

Автор приводит следующий пример: продавец- фармацевтическая компания, чей препарат контролирует диабет. Стоимость препарата с учетом затрат продавца на его разработку составляет 50 миллионов долларов.

⁷⁶¹ Односторонняя информационная модель.

⁷⁶² Под инертностью автор понимает некоторую неопределенность в ценных свойствах актива.

⁷⁶³ Michael Borden. *Op. cit.* P. 680.

⁷⁶⁴ Michael Borden. *Op. cit.* P. 681.

⁷⁶⁵ Добавим свое мнение: конечно, исследования могут быть направлены не только буквально на повышение стоимости актива, но и в целом на более эффективное его использование, что может наоборот снижать его ценность, что, однако, в контексте экономии на использованных ресурсах безусловно экономически эффективно и социально желательно.

Покупатель, исследовав химические свойства препарата, пришел к выводу, что данный препарат может быть преобразован в другое лекарство, которое, например, сможет бороться с определенным видом рака. Такой гипотетический препарат покупатель предварительно оценивает в 50 миллиардов долларов. Покупатель обращается к продавцу с предложением выкупить права на этот препарат с учетом ожидаемой чистой прибыли от продажи лекарства от диабета за определенный период. Соответственно, такая двусторонняя модель имеет следующие элементы: 1) продавец, который инвестировал средства в создание актива, в увеличение его стоимости; 2) динамический актив, т.е. актив, который изменился в некоторых свойствах (в том числе в стоимости) в результате воздействия продавца; 3) покупатель, инвестиции которого еще больше способны изменить актив, параллельно увеличив его стоимость; 4) инвестиции, совершенные покупателем.

М. Борден пытается показать, что покупателю совершенно необязательно молчать в ответ на заданный вопрос и тем более не стоит лгать. Он считает, что в двусторонней модели продавец уже имел все возможности для использования своего актива, а значит, нет или почти нет опасности, что он сможет пролить свет на некое новое использование актива, даже если покупатель в ответ на вопрос продавца намекнет, что в его руках актив станет более ценным⁷⁶⁶. Такой оптимистичный результат двусторонней модели инвестирования позволил автору сделать следующие выводы: 1) в отличие от односторонней модели, покупателю удастся сохранить значительную часть кооперативного выигрыша от сделки, несмотря на частичное раскрытие информации; 2) намек на предполагаемую повышенную ценность актива в руках покупателя действительно частично передает информацию, что может отразиться на цене

⁷⁶⁶ Представляется, однако, что это утверждение является тонким местом данного подхода. Довольно легко смоделировать ситуацию, когда такие возможности не будут исчерпаны. Обобщать подобные выводы довольно сложно и многое будет зависеть от обстоятельств конкретной транзакции. В любом случае, для покупателя необоснованная вера в будущее бездействие продавца слишком рискованна и может обернуться как минимум паузой в совершении сделки, пока продавец будет пытаться самостоятельно раскрыть скрытую ценность, как максимум - проблемой оппортунизма и снижения эффективности перераспределения актива из-за шантажа продавца. См. рассуждения автора о проблеме перераспределения кооперативного выигрыша: Michael Borden. *Op. cit.* P. 690.

актива, тем самым снизив некоторый стимул покупателя, т.к. ожидаемая прибыль от его инвестиций будет меньше⁷⁶⁷; 3) поскольку стимулы покупателя инвестировать все равно сохраняются (пусть и в меньшем размере), то сохраняются и перспективы увеличения общественного благосостояния за счет новой информации; 4) передача абстрактной информации продавцу может побудить последнего к дальнейшему инвестированию в собственные знания с различными вариантами исхода.⁷⁶⁸

Возможность блокирования сделки автор рассматривает, но называет такой исход маловероятным. Оптимальным же вариантом он считает ситуацию продажи актива тому же покупателю, но по более высокой цене, которая будет учитывать гипотетическую повышенную ценность объекта, точный размер которой принципиально неизвестен продавцу. Признавая некоторое снижение эффективности сделки для покупателя, который вынужден будет бесплатно перераспределить часть своего выигрыша в пользу продавца, автор тем не менее считает, что это лучший исход, поскольку позволяет избежать еще большей стратегической неэффективности в масштабах всего общества, если позволить владеющим информацией контрагентам лгать⁷⁶⁹. Более того, совершение такой сделки все равно будет социально желательно, поскольку актив в итоге переместится в сторону максимально ценного своего использования.

В данной модели обе стороны сохраняют стимулы к будущему инвестированию в добычу ценной информации, поскольку каждая сторона фактически может рассчитывать на удовлетворение своего имущественного интереса в той или иной степени⁷⁷⁰.

⁷⁶⁷ Есть сильные сомнения в успехе каждых подобных переговоров, поскольку заинтригованный продавец, не имеющий возможности даже приблизительно понять субъективную ценность актива для покупателя и таким образом вычислить размер кооперативного выигрыша, станет вести себя не рационально, блокируя сделку. Косвенно подобный пример поведения контрагента мы встретим в игре «Ультиматум» из теории игр.

⁷⁶⁸ Есть сомнения, что автор в полной мере признает значимость проблемы социально бесполезных дублирующих издержек на инвестиции в добычу информации. Правда, в другом контексте автор все же попытается гипотетически взвесить перераспределительные потери покупателя и социальные выгоды от перемещения актива в сторону его более ценного использования. Michael Borden. *Op. cit.* P. 690.

С другой стороны, возможно, что он имел в виду сохранение стимулов к инвестициям в будущие знания с другими активами.

⁷⁶⁹ Michael Borden. *Op. cit.* P. 692.

⁷⁷⁰ Но в целом автора интересует не проблема перераспределения выигрыша между сторонами, но проблема совершения социально желательных сделок, желательно с сохранением стимулов к инвестированию в

За несколько лет до выхода в свет работы Э. Кронмана другой автор, Д. Хиршлейфер, исследовал вопрос частной и социальной ценности информации в контексте эффективности инвестиций в ее приобретение. Для наших целей интересно заметить, что по механике образования информации Д. Хиршлейфер делил ее на так называемые «предвидение» и «открытие». «Предвидение» — это знание, которое в свое время станет очевидным для всех; это информация, которую природа откроет сама⁷⁷¹. Например, догадка о некоторой аномальной погоде представляет собой вероятностное знание, которое все равно станет известно всем через некоторое время. В этом смысле «предвидение» несет в себе лишь ценность знания определенных обстоятельств в контексте приоритета во времени⁷⁷². «Открытие», наоборот, это знание, которое не станет известным само по себе через некоторое время. «Открытие» — это результат специфических усилий человека, это знание, которое скрыто от глаз, пока не будет сознательно извлечено⁷⁷³.

По мнению Д. Хиршлейфера информация, которая относится к категории «предвидение» не имеет социальной ценности, т.к. не увеличивает общественное благосостояние. Такая информация несет выгоду только ее обладателю, поскольку он может либо изменить собственное потребление соответствующего блага, либо заняться спекуляцией, перераспределяя доход в свою пользу⁷⁷⁴. Такую информацию еще называют «перераспределительной». Таким образом, поскольку эта информация не увеличивает общественное благосостояние, а лишь перераспределяет доход в пользу более информированного лица, то инвестиции в получение перераспределительной информации в конечном итоге представляют собой социальные потери, а значит являются социально

информацию. «Учитывая мое предположение о существенном профиците, проблема заключается не в том, как разделить увеличенный пирог, а в том, чтобы обеспечить его запекание». Michael Borden. *Op. cit.* P. 704.

⁷⁷¹ Jack Hirshleifer. *The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity*. *The American Economic Review*, Vol. 61, №. 4. 1971. P. 562

⁷⁷² Eisenberg, M. A. *Disclosure in Contract Law*. *California Law Review*, 91(6), 2003. P. 1664.

⁷⁷³ Jack Hirshleifer. *The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity*. *The American Economic Review*, Vol. 61, №. 4. 1971. P. 562

⁷⁷⁴ Автор выделяет также торговлю информацией, хотя и признает фактическую сложность такой идеи. Jack Hirshleifer. *The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity*. *The American Economic Review*, Vol. 61, №. 4. 1971. P. 565.

нежелательными. С другой стороны, доступность такой информации для всего общества может быть полезной, поскольку поможет рынку быстрее адаптироваться к изменившимся, но прежде неизвестным обстоятельствам, однако, автор не считает такие выгоды достаточными для обоснования инвестиций в получение этой информации.

Что касается информации, которую автор отнес к категории «открытие», то такая информация влечет технологические выгоды для всего общества, поскольку позволяет лучше или иначе использовать имеющиеся ресурсы, изменить технологические процессы и в целом увеличить общественное благосостояние⁷⁷⁵. Такую информацию еще называют «производительной». При этом генерирование информации данного типа без соответствующих стимулов для частных лиц будет весьма ограничено.

Вопросы общественной пользы получения и раскрытия производительной информации и частных стимулов к ее получению принципиально противоречивы, что отчетливо видно, например, в контексте проблемы сроков и объема защиты интеллектуальных прав. Создавая частные стимулы к добыче производительной информации, право вызывает определенный финансовый эффект для такого инвестора, который опять-таки во многом будет определяться перераспределительным вектором движения дохода от использования осведомленной стороной производительной информации⁷⁷⁶. Одним из действенных способов создания таких финансовых стимулов к получению производительной информации является право осведомленной стороны не раскрывать свои знания контрагенту, настаивая на исполнении договора, заключенного под влиянием односторонней ошибки.

⁷⁷⁵ Как метко выражаются некоторые ученые, производительная информация увеличивает общий «пирог», что в конечном счете повышает потенциальную долю каждого человека. Что касается распределительной информации, то она не увеличивает размер «пирога», но влияет на рост доли лица, обладающего этой информацией. Coleman, Jules L. A Bargaining Theory Approach to Default and Disclosure Provisions in Contract Law. Faculty Scholarship Series. Paper 4195. 1989. P. 694; Eisenberg, M. A. Disclosure in Contract Law. California Law Review, 91(6). 2003. P. 1664.

⁷⁷⁶ Jack Hirshleifer. The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity. The American Economic Review, Vol. 61, №. 4. 1971. P. 571.

Однако, Д. Хиршлейфер не занимался непосредственно обязанностями раскрытия информации. Скорее его работу можно рассматривать как нацеленную на изучение вопроса эффективности инвестиций в генерирование различных видов информации.

В несколько ином аспекте, а именно в контексте проблемы разграничения односторонней и двусторонней ошибки можно рассматривать работу Р. Кутера и Т. Улена⁷⁷⁷. Авторы имели возможность изучить работы современников, в том числе Э. Кронмана и Д. Хиршлейфера. Они также выделяли производительную и перераспределительную информацию, которая либо способствовала росту общественного благосостояния, либо просто перемещала стоимость в сторону более информированного лица, что приводило к социальным потерям ресурсов, которые тратились обеими сторонами в качестве защитных мер и одновременно в целях получения информационного преимущества⁷⁷⁸. И та и другая информация могла быть получена умышленно либо случайно. В отличие от Э. Кронмана указанные авторы не считали способ получения информации решающим фактором без учета экономического эффекта, производимого этой информацией. Однако, необходимость учета обоих факторов привела к их объединению, в результате чего был сделан вывод, что защите должна подлежать лишь та информация, которая была производительной по вызываемому экономическому эффекту и при этом была получена посредством инвестиций⁷⁷⁹.

Вслед за Д. Хиршлейфером Р. Кутер и Т. Улен признавали перераспределительный (финансовый) эффект во многих случаях генерирования производительной информации, что привело авторов к формулированию третьего вида информации: смешанной⁷⁸⁰. Такая информация по мнению авторов подлежит защите в большинстве случаев, однако, сами эти случаи, а точнее исключения из общего правила не разъясняются.

⁷⁷⁷ Р. Кутер, Т. Улен. Указ. соч. С. 508.

⁷⁷⁸ Р. Кутер, Т. Улен. Указ. соч. С. 510.

⁷⁷⁹ Р. Кутер, Т. Улен. Указ. соч. С. 511.

⁷⁸⁰ Р. Кутер, Т. Улен. Указ. соч. С. 512.

Кроме указанных видов информации Р. Кутер и Т. Улен выделяют еще информацию, касающуюся безопасности. Авторы уверены, что именно в отношении такого вида информации закон может устанавливать эффективную обязанность раскрытия, которая помогает контрагенту избежать вреда, а также снижает необходимость будущих контрагентов производить ненужные защитные инвестиции, которые не увеличивают общественное благосостояние, фактически являясь социальными потерями⁷⁸¹.

Ж. Коулман, напротив, вовсе не признавал различия между информацией, полученной случайно или преднамеренно, но акцентировал свое внимание на производительном и перераспределительном аспекте влияния информации⁷⁸². Он считал, что вся информация имеет как производительное (технологическое), так и перераспределительное измерение. В этом смысле соотношение размера инвестиций в генерирование информации и размера социальных выгод будет влиять на общую эффективность использования ресурсов, что также зависит от того, является ли полученная информация преимущественно технологической или перераспределительной. Соответственно, эффективность навязывания обязанности информирования зависит от того, доминируют ли технологические или перераспределительные аспекты информации. Если информация в значительной степени является перераспределительной по своему воздействию, то право на генерируемую информацию может быть неэффективным⁷⁸³.

Другой автор, Э. Франклин, предложил целую «систему раскрытия информации»⁷⁸⁴. Исследуя принцип свободы договора, как основу договорного права, он пришел к выводу, что данный принцип помогает рациональным участникам оборота наиболее эффективно использовать имеющиеся ресурсы, поскольку никто кроме самих действующих лиц не может лучше знать их собственные интересы, а также же способы их наилучшего удовлетворения. При этом для корректного функционирования свободы договора необходимо, чтобы

⁷⁸¹ Р. Кутер, Т. Улен. Указ. соч. С. 514.

⁷⁸² Ж. Коулман берет это различие из работы Д. Хиршлейфера. Coleman, Jules L.A Bargaining Theory Approach to Default and Disclosure Provisions in Contract Law. Faculty Scholarship Series. Paper 4195. 1989. P. 694.

⁷⁸³ Coleman, Jules L.A. Op. cit. 695.

⁷⁸⁴ Franklin, Eric H. Op. cit. P. 557.

каждая сторона имела определенный доступ к информации, влияющей на принятие соответствующих преддоговорных решений. Однако, равный доступ к информации является скорее исключением, нежели правилом, соответственно, информационная асимметрия является нормой договорных отношений⁷⁸⁵. Автор не делает поспешных выводов об изначальной предосудительности информационной асимметрии, поскольку вслед за Э. Кронманом наглядно показывает необходимую связь между правом удерживать информацию и производством этой информацией. Однако, Э. Франклин признает, что существуют случаи, когда обязательное раскрытие информации является правильным в контексте проблемы негативного влияния асимметрии на свободу договора. Автор указывает, что информационная асимметрия может опровергнуть предположение о том, что стороны действительно свободно заключают договор. Без некоторого минимально необходимого уровня информации роль договора как лучшего средства эффективного распределения редких ресурсов будет поставлена под сомнение. В условиях информационной асимметрии невозможно принять осознанное решение о заключении договора. Более того, автор настаивает, что в таких условиях сделанное «решение» вообще не является юридически связывающим решением и противоречит принципу свободы договора. Для решения возникшей проблемы автор предлагает определенный тест, который предполагает два этапа.

1) Анализ информационной асимметрии, во время которого основное внимание уделяется способности сторон получить равный доступ к факту, подлежащему раскрытию. Равный доступ существует тогда, когда стороны имеют равную вероятность найти информацию, если они прилагают одинаковые усилия. Более того, равный доступ не требует, чтобы усилия всегда были успешными; он только требует, чтобы равные усилия вознаграждались равными шансами на успех⁷⁸⁶.

⁷⁸⁵ Franklin, Eric H. Op. cit. P. 562.

⁷⁸⁶ Franklin, Eric H. Op. cit. P. 566.

В ситуациях, когда договаривающиеся стороны не имеют такого равного доступа, признается, что информационная асимметрия достаточно высока, а это значит, что нужно переходить ко второму этапу теста.

2) Анализ заинтересованных сторон. Автор признает, что поскольку информационная асимметрия является общим правилом и далеко не любая асимметрия противоречит идее свободы договора, то должен существовать дополнительный и очень веский аргумент для навязывания обязанности информирования, который по мнению автора выражается в сильном общественном интересе к раскрытию информации⁷⁸⁷. Необходимо определить, чьи интересы за пределами сделки могут быть затронуты ее эффектом, а затем выяснить, насколько сильно интересы третьих лиц перевешивают интересы договаривающихся сторон, желающих использовать асимметрию информации в качестве рычага влияния на переговорах⁷⁸⁸. Такие интересы автор предлагает оценивать через расходы (потери) заинтересованных третьих лиц в результате не раскрытия информации, а также расходы информированной стороны от раскрытия информации⁷⁸⁹.

И наконец, Мелвин А. Айзенберг предложил свой подход к раскрытию преддоговорной информации, который он назвал «принцип раскрытия»⁷⁹⁰. Он указал три причины, которые, по его мнению, требуют раскрытия информации: 1) полнота информации лежит в основе принудительной силы свободно принятого договорного обязательства; 2) обязанность информирования может сэкономить социальные затраты на дублирующий поиск информации, которая уже есть у другой стороны; 3) отказ в исправлении ошибочных представлений

⁷⁸⁷ Franklin, Eric H. Op. cit. P. 567.

⁷⁸⁸ Franklin, Eric H. Op. cit. P. 568.

⁷⁸⁹ Трудно обойтись без некоторой критики изложенного подхода. Очевидно, что автор не обязан следовать логике предыдущих исследователей, однако, сложно не отметить полное игнорирование проблемы стимулов к производству социально полезной информации (природы информации плюс стимулы к ее получению). Так же не очевидна необходимость учета социально бесполезных расходов на генерирование перераспределительной информации, хотя эти расходы могут быть довольно значительными, а в то же время интересы третьих лиц слабо затронутыми.

⁷⁹⁰ Melvin A. Eisenberg. Foundational Principles of Contract Law. Oxford University Press. 2018. P. 599.

увеличивает ресурсы, которые должны быть направлены на распределение товаров для их наиболее ценного использования⁷⁹¹.

Согласно указанному «принципу раскрытия», право должно требовать раскрытия существенных фактов⁷⁹², кроме тех случаев, когда требование о раскрытии информации повлечет за собой значительные затраты на эффективность⁷⁹³. По сути, речь идет об общей презумпции в пользу правила раскрытия информации, которую по мнению автора нельзя преодолеть «относительно небольшими затратами на эффективность»⁷⁹⁴. Однако, как указывает М. Айзенберг, данный принцип не имеет прямого действия, а является своего рода основой многоуровневого правила раскрытия информации.

Данное правило предполагает, что за пределами некоторых исключений, лицо, обладающее частной информацией о существенных фактах (кроме его собственных предпочтений и намерений), должно раскрыть информацию, если только оно не является покупателем⁷⁹⁵, информация не является чем-то большим, чем просто догадка⁷⁹⁶, информация была приобретена случайно или ненадлежащим образом, а также если субъект и его контрагент находятся в доверительных отношениях таким образом, что разумное лицо, занимающее позицию контрагента, ожидало раскрытия.

Исключения⁷⁹⁷, по мнению автора, составляют те случаи, когда 1) риск ошибки был возложен на заблуждающуюся сторону, 2) данная сторона была уведомлена о том, что ее представления ошибочны либо ее ошибка была непростительна, т.к. не были приложены разумные усилия по поиску информации, 3) контекст, в котором была совершена сделка, предполагает

⁷⁹¹ Eisenberg, M. A. Op. cit. 1647.

⁷⁹² Существенным является такой факт, который с большой вероятностью повлияет на решение неосведомленной стороны в целом заключить договор или на определенных условиях. Melvin A. Eisenberg. *Foundational Principles of Contract Law*. Oxford University Press. 2018. P. 595.

В дальнейшем автор уделяет значительное внимание введенному им понятию «молчаливого предположения», критика состоятельности которого будет изложена позже.

⁷⁹³ Ibid

⁷⁹⁴ Ibid

⁷⁹⁵ При этом по мнению М. Айзенберга продавцы должны быть обязаны раскрывать информацию в любом случае.

⁷⁹⁶ Информация, которая не является производительной, должна раскрываться в любом случае, даже если она получена умышленно.

⁷⁹⁷ При условии, что стороны не находятся в доверительных отношениях, и информация была получена надлежащим образом.

определенный повышенный уровень риска, соразмерный своего рода игре, в которой использование ошибки контрагента не являются предосудительным⁷⁹⁸.

Следует отметить, что были и другие авторы, исследовавшие проблему раскрытия информации в договорных отношениях, однако, приведенные выше точки зрения перекрывают большую часть исследовательского поля и в этом смысле являются достаточным научным материалом, позволяющим в полной мере подойти к изучению нашей проблемы без риска неуместного дублирования уже изложенных позиций.

2.6. Модельные правила раскрытия информации

Все многообразие законодательного материала, судебной практики и теории, использованное в проведенном исследовании, в концентрированном виде описывает, как правило, одну общую фактическую ситуацию: сторона договора, обладающая информацией, которая имеет отношение к договорному взаимодействию, решает эту информацию не раскрывать другой стороне. В грубом приближении принципиально мыслимы три правовые реакции на данную ситуацию: 1) осуждение неразглашения, которое приравнивает такое поведение к обману умолчанием; 2) одобрение неразглашения через механизм защиты информации и получения вознаграждения за инвестиции в генерирование информации или 3) терпимость к неразглашению как к «побочному продукту» свободного рыночного взаимодействия.

М. Айзенберг для иллюстрации своих идей использует два примера: 1) продажу доходного дома, у которого имеется незаконный септический резервуар, о чем умалчивает продавец и 2) покупку земельного участка, в недрах которого по данным покупателя имеется руда, о чем не знает продавец и о чем умалчивает покупатель⁷⁹⁹.

В другом, ставшем уже классическом примере из дела *Laidlaw v. Organ*, Э. Кронман показывает столкновение интересов торговца табаком и покупателя,

⁷⁹⁸ Melvin A. Eisenberg. *Foundational Principles of Contract Law*. Oxford University Press. 2018. P. 620.

⁷⁹⁹ Eisenberg, M. A. *Disclosure in Contract Law*. *California Law Review*, 91(6). 2003. P. 1652.

который, зная о том, что был подписан мирный договор 1812 г., не раскрывает эту информацию продавцу, поскольку ее раскрытие существенным образом повлияет на договорную цену⁸⁰⁰.

Эти и подобные примеры как минимум подсвечивают проблему существования различий, часто наблюдаемых в правовой реакции на неразглашение информации продавцом и покупателем, а также различий в последствиях умолчания о «внутренних» фактах, относящихся к договорному объекту, и «внешних» фактах, в том числе относящихся к общей рыночной обстановке, влияющей на цену такого объекта.

Проведенный анализ зарубежной судебной практики и актуальной теории помог выявить следующие факторы, которые обычно рассматриваются в контексте проблемы неразглашения информации:

- информационная асимметрия (знание одной стороны и незнание другой);
- характер нераскрытого факта (ст. 1112-1 ФГК, ст. 1132-1133 ФГК, производительная, перераспределительная, смешанная информация; открытие или догадки, «внешняя» или «внутренняя» информация и т.д.);
- договорная позиции сторон («продавец- покупатель»);
- способ получения информации (умышленно или случайно; законно или нет);
- активное или пассивное сокрытие существенной информации (ст. 1139 ФГК; § 123 ГГУ);
- важность нераскрытого факта для неинформированной стороны;
- характер договора (договорные типы, особенно подверженные моральному риску, например, договор страхования, доверительного управления имуществом);
- извинительность незнания неинформированной стороны;
- отношения между сторонами (ст. 1112-1 ФГК; § 241 II, § 280 I, § 311 II, III ГГУ) и т.д.

⁸⁰⁰ Anthony T. Kronman. Op. cit. P. 9.

В научной литературе довольно сложно найти примеры попыток объединить те или иные факторы в единую систему⁸⁰¹. Как правило, акцентируется внимание на отдельных факторах, имеющих для авторов ключевое значение в обосновании правил информационного взаимодействия. Представляется, однако, что ключевые факторы должны быть в той или иной степени учтены в общих модельных правилах раскрытия информации, в которых соответствующим факторам был бы присвоен должный вес, что в свою очередь позволило бы суду принимать решения по делам, в которых отдельные факторы вступают друг с другом в противоречие.

Для начала обозначим ряд генеральных идей, понятий и знаковых обстоятельств, учет которых представляется желательным в проектировании модельных правил раскрытия информации:

- соединение информации и блага на одной стороне;
- передача блага тому лицу, которое ценит его больше;
- трансакционные издержки;
- стимулы генерирования информации;
- скорость поступления информации на рынок;
- распределение риска ошибки на ту сторону, которой легче ее устранить;
- равный доступ к информации;
- ограниченная рациональность участников оборота;
- информационная недостаточность и асимметрия;
- стремление к удовлетворения собственных интересов, как естественный источник оппортунизма;
- внешние эффекты.

Как мы знаем, договорное право является действенным средством эффективного использования ограниченных ресурсов и перераспределения благ. Стороны, вступая в договорные отношения, преследуют свои интересы, легально удовлетворить которые можно лишь посредством удовлетворения встречных

⁸⁰¹ Такой работой является статья Eisenberg, M. A. Disclosure in Contract Law. California Law Review, 91(6), 2003. pp. 1645- 1692, с последующим включением данного текста в книгу Melvin A. Eisenberg. Foundational Principles of Contract Law. Oxford University Press. 2018. p. 904.

интересов потенциального контрагента. Соответственно, не должна вызывать удивление базовая взаимовыгодная направленность свободно совершаемых обменных операций, в результате которых блага перемещаются в сторону их наиболее эффективного и ценного использования.

Достижению цели эффективного перемещения благ служат добровольно принимаемые на себя договорные обязательства. Доверие к обязательствам, обеспеченное силой государственного принуждения, помогает экономить ресурсы, связанные с обеспечением сделок и последующими спорами, позволяет расширять горизонт планирования хозяйственной деятельности, а также в целом снижает транзакционные издержки, что само по себе уже имеет важное преимущество с точки зрения эффективности⁸⁰².

Однако, стабильность обязательственных отношений может вступать в противоречие с базовой нацеленностью обменных операций на взаимовыгодный результат. Если покупатель обнаруживает, что недавно приобретенный дом заражен, например, термитами, произведенный обмен уже сложно рассматривать как взаимовыгодный и отражающий движение объекта в сторону его лучшего и самого ценного использования.⁸⁰³

Прежде мы уже рассматривали транзакционные издержки и отмечали высокую роль информационной недостаточности в их образовании. Теперь же следует отметить еще один источник транзакционных издержек, все также связанный с проблемой недостатка информации: аннулирование сделки.

Фактически в результате аннулирования сделки потенциально обе стороны будут нести условно дублирующие транзакционные издержки в связи с новой попыткой договорного взаимодействия с другими лицами⁸⁰⁴. Такие издержки должны расцениваться как социальные потери и в этом смысле социально нежелательны. Более того, как мы знаем, рациональный участник оборота, намеревающийся аннулировать сделку, должен соизмерять не только фактическую (остаточную) выгоду оспариваемой сделки с вероятными

⁸⁰² Маккай, Иян. Указ. соч. С. 482.

⁸⁰³ Anthony T. Kronman. Op. cit. P. 24.

⁸⁰⁴ Christopher T. Wonnell, The Structure of a General Theory of Nondisclosure, 41 Case W. Res. L. Rev. 1991. P. 335.

альтернативными издержками в виде выгоды от гипотетической замещающей сделки, но и размер снижения полезности от обладания благом вследствие исполнения актуальной сделки с вероятным размером будущих административных и трансакционных издержек, связанных с оспариванием данной сделки и заключением/ исполнением замещающей сделки. Как следствие, представляется сомнительной потенциальная идея, что любую сделку, нарушающую критерий эффективности по Парето вследствие утаивания информации, которая влияет на решение стороны вступить в договор, социально желательно аннулировать.

Более того, следует признать, что вторым источником экономической неэффективности может быть сама, условно говоря, потерпевшая сторона⁸⁰⁵. Если учитывать ограниченную рациональность участников оборота, следует адекватно относиться к их реальным возможностям соизмерять соответствующие издержки и выгоды в их точно рассчитанной вероятности. К этому нужно прибавить принципиальную невозможность интернализации сопутствующих административных издержек источником их возникновения, что приводит к тому, что такие издержки входят в размер не восполняемых социальных потерь.

2.6.1. Существенность информации, внутренний и внешний аспект информации, извинительность (упречность незнания)

О каких фактах следует вести речь в контексте доктрины и практики раскрытия информации? Как мы успели убедиться, анализируя правила раскрытия информации в зарубежных правовых порядках, обязанность раскрытия возникает в отношении существенных обстоятельств. Это довольно неопределенная категория фактов, единообразное понимание которых принципиально невозможно. В каждом правовом порядке в силу сложившейся судебной практики, господствующей теории и цивилистической традиции

⁸⁰⁵ Собственно, эти мысли являются логическим следствием вывода Р. Коуза об обоюдостороннем характере экстерналий.

категория «существенности» будет наполняться своим несколько отличным содержанием.

Принципиально возможны два основных понимания существенных обстоятельств, которые в зависимости от угла зрения образуют своего рода крайние точки данного понятия, между которыми допустимы иные, компромиссные, но менее четкие варианты.

Во-первых, речь может идти о таких существенных обстоятельствах, которые составляют саму суть, природу объекта гражданских прав, отражают его неотъемлемые, содержательные качества (объективный взгляд)⁸⁰⁶. Во-вторых, существенными могут признаваться такие обстоятельства, которые являются значительными для принятия определенного юридически релевантного решения (причем не только о совершении именно сделки) в глазах конкретной стороны или среднего участника оборота (условно субъективный взгляд)⁸⁰⁷.

В контексте фундаментальных принципов частного права автономии воли и свободы договора, руководствуясь базовыми знаниями механики совершения рыночных сделок, следует прийти к выводу, что применительно к обязанностям информирования субъективный подход к пониманию существенных обстоятельств является более адекватным⁸⁰⁸. Никто не сможет заменить конкретного участника оборота в процессе принятия решения о том, с кем, когда и на каких условиях совершать сделку, а также принимать иные юридически значимые решения. Базовый принцип движения ресурсов и благ по пути их наиболее ценного использования в рыночной экономике опирается на субъективно воспринимаемую ценность передаваемого и получаемого благ⁸⁰⁹.

⁸⁰⁶ Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 15 октября 2019 г. по делу № А39-5575/2018.

⁸⁰⁷ Анализируя отечественную судебную-арбитражную практику, мы встречали различного рода дела, в которых суд устанавливал наличие информационной обязанности в отношении обстоятельств, которые влияли на динамику преддоговорных отношений (например, несение расходов на продолжение переговоров), договорных отношений (например, уведомление о решении прекратить отношения), пост-договорных отношений (например, возможность обеспечения доказательств состояния взаимных расчетов в контексте возмещения убытков). Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 29.01.2020 № 305-ЭС19-19395 по делу № А40-98757/2018; Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 18.03.2019 № 10АП-20854/2018 по делу № А41-26593/18; Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 09.11.2017 № 02АП-3602/2017 по делу № А28-10107/2016.

⁸⁰⁸ Eisenberg, M. A. Disclosure in Contract Law. California Law Review, 91(6). 2003. P. 1648.

⁸⁰⁹ Маккай, Иян. Указ. соч. С. 460.

Одно и то же благо внешне статичное в течение определенного промежутка времени, имеющее потенциально конечный набор объективно воспринимаемых характеристик, тем не менее обладает разным набором субъективно воспринимаемых существенных характеристик, влияющих на осознание ценности данного блага в глазах конкретных участников оборота⁸¹⁰.

Данное замечание, между прочим, указывает на сомнительность буквального применения так называемого «золотого правила нравственности», поскольку не учитывает вышеизложенного аспекта. Раскрытие информации о значимых для данного лица обстоятельствах совсем не обязательно имеет какое-либо значение для лица, воспринимающего такую информацию. Однако, такая информация может стать значимой в силу причин, указанных М. Азейнбергом в контексте «концепции молчаливого предположения»⁸¹¹, либо быть использована в оппортунистических целях. При этом, поскольку число возможных существенных обстоятельств субъективно бесконечно, а совершение сделок должно быть источником твердых обязательств, а не постоянных сомнений в определенности приобретенных прав, закон должен ограничивать право стороны на оспаривание по причине заблуждения некими особыми, довольно очевидными случаями, при наступлении которых сама возможность эффективного взаимного обмена, как правило, принципиально поставлена под большое сомнение, как это происходит, например, в случае заблуждения в предмете сделки. Но следует учитывать, что при определенных условиях оспаривание сделок может не стоять на страже эффективности сделок, а быть самостоятельным источником нестабильности и значительных трансакционных и административных издержек, в социальном контексте воспринимаемых как невозполнимые потери.

Таким образом, потребность в компромиссе между признанием за субъектом исключительной способности определять лучшее использование своих ресурсов и благ, тем самым направляя их в сторону самого ценного

⁸¹⁰ Stigler, G. J. The Economics of Information. *Journal of Political Economy*, 69(3), 1961. P. 214.

⁸¹¹ Eisenberg, M. A. Disclosure in Contract Law. *California Law Review*, 91(6). 2003. P. 1649.

использования⁸¹², с одной стороны, и социальной потребностью в стабильности прав и обязанностей, с другой стороны, приводит ученых и практиков к поиску баланса между конкурирующими социально значимыми ценностями.

Эта проблема может решаться за счет прежде уже упомянутого разделения области применения института заблуждения об обстоятельствах и такой категории как обязанность информирования. В этом случае категория существенности может иметь разное содержательное наполнение в контексте заблуждения и обязанностей информирования. Информация может быть субъективно существенной для принятия решения о совершении стороной юридически значимых действий, однако, заблуждение по этому вопросу не будет являться основанием для оспаривания сделки.

Отчасти имея политико-правовой аспект, вопрос о разделении сферы действия доктрины заблуждения об обстоятельствах и обязанностей информирования в принципе может решаться по-разному, однако, следует признать, что за пределами допустимых и социально желательных случаев оспаривания сделок, обязанность информирования решает схожую функцию: стоит на страже эффективности частных трансакций, но при этом без столь явного столкновения с такой ценностью как обеспечение стабильности оборота. Проблемы возникают несколько иного рода, и конкурирующие ценности все также необходимо взвешивать. Цель обеспечения эффективности частных трансакций может сталкиваться теперь с целью максимизации общественного благосостояния, когда раскрытие информации принесет пользу заинтересованному частному лицу, но причинит стратегический вред общественному развитию.

Далее мы покажем некоторые довольно существенные аспекты данной проблемы, а пока заметим, что деление информации на «внутреннюю» и «внешнюю», иногда встречаемое в литературе, в контексте приведенной аргументации носит объективный характер. Такое деление имеет смысл, если

⁸¹² А как мы знаем, за уважением частных интересов участников оборота скрывается социальных интерес в эффективном использовании ограниченных ресурсов и ценных благ.

правопорядок придает значение обозначенному характеру информации и связывает с фактом незнания, например, «внутренней» информации некоторые правовые последствия. Однако, легко заметить возможную содержательную схожесть понятия существенной информации в объективном смысле и внутренней информации, что ставит вопрос о потребности множить сущности, выделяя дополнительную категорию информации.

В контексте информационных обязанностей, а точнее за пределами действия института ошибки⁸¹³, т.е. там, где имеет значение субъективная оценка значимости тех или иных обстоятельств для принятия решения о совершении сделки, выделение, по сути, объективно воспринимаемой категории «внешней информации» приводит порой к сомнительным результатам: сторона может знать о том, что конкретное обстоятельство было основной причиной совершения контрагентом сделки, понимать, что контрагент заблуждается по поводу данного обстоятельства, однако, молчать, т.к. данная информация относится к категории внешней и в этом смысле общедоступной⁸¹⁴.

Например, покупатель, страдающий болезнью дыхательных путей, о чем знает продавец⁸¹⁵, приезжает на осмотр квартиры в незнакомый район в выходной день. Покупатель во время осмотра высказывает свое удовлетворение квартирой, парадной, ухоженностью двора и в целом чистым воздухом в доме и во дворе. Однако, продавец понимает, что рядом находится фабрика, которая в будни издает не очень приятный, хотя и терпимый для местных жителей, запах. Продавец не сообщает данную информацию несмотря на то, что для покупателя такая информация может быть важной для принятия решения о вступлении в договор, и лишь сам покупатель, явившись в эту местность в будний день, смог бы оценить степень соответствия чистоты воздуха своим ожиданиям. Такая информация является внешней по отношению к предмету купли-продажи и в принципе легкодоступной. Однако, вызывает большое сомнение, что такого

⁸¹³ Уточнение необходимо, т.к. поле действия каждой из данных правовых категорий может частично накладываться.

⁸¹⁴ А внешнюю информацию как правило не раскрывают, иначе нет смысла в выделении такой категории

⁸¹⁵ Например, покупатель сообщил продавцу об этом.

объективного атрибута совершаемой сделки достаточно для констатации отсутствия обязанности информирования несмотря на то, что более информированная сторона осознает факт незнания существенного обстоятельства контрагентом.

Очевидно, что в этих случаях невозможность оспаривания сделки или отсутствие права на взыскание убытков в силу нарушения обязанности информирования будет способствовать неэффективному перемещению благ, что принципиально противоречит самой идее договорного права в целом и базовым экономическим принципам рыночных трансакций, в частности.

Вопрос учета характера информации (внутренней-внешней) приобретает значение в принципиально иной ситуации, которая прежде не рассматривалась и в этом смысле выходит за рамки нашего исследования: сторона договора не знает о заблуждении другой стороны. Более того, эта ситуация может быть усилена отсутствием информационной асимметрии, что эпизодически уже встречалось в контексте изучения зарубежного опыта. Информационная асимметрия, которую мы определяли как одно из необходимых условий начала диалога о наличии/отсутствии обязанности информирования, в указанном случае не имеет значения. При определенных обстоятельствах сторона может быть обязана найти соответствующую информацию и передать ее контрагенту. Соответственно, такая сторона может быть обязана информировать контрагента вне зависимости от отсутствия сведений о его заблуждении.

В этой сложной и крайне противоречивой ситуации помимо сугубо экономических критериев могут учитываться различные политико-правовые аспекты. С точки зрения эффективности, ничего не меняется: блага все также желательно, чтобы переходили по направлению своего наиболее ценного использования. Но поскольку ни одна из сторон не осознает актуальный спрос на соответствующий вид информации, возникает два непростых вопроса: 1) какую именно информацию сторона должна искать и передавать; 2) какая именно сторона и почему (эта два аспекта второго вопроса прямо связаны) должна это делать.

Отвечая на поставленные вопросы, следует отметить, что широкие обязанности информирования принципиально не эффективны. Вопреки мнениям некоторых авторов, обязанность раскрытия, как общее правило, несет в себе потенциально большой экономический вред⁸¹⁶. Такое правило было бы источником неопределенности, создало бы сдерживающий момент в развитии гражданского оборота. В практическом смысле будет возникать огромное количество неочевидных ситуаций, в которых заранее будет не ясно, нужно ли раскрыть ту или иную информацию. Эта неопределенность будет отрицательно влиять на деловой и инвестиционный климат. С точки зрения долгосрочного развития общества, широкие и заранее неопределенные обязанности информирования чрезвычайно нежелательны и поэтому не могут быть поддержаны.

Следует отметить, что принципиально мыслим любой подход к определению набора обстоятельств, подлежащих раскрытию вне зависимости от запроса на получение этой информации. В зависимости от характера объекта, его обычного назначения, потенциально вредных свойств и других релевантных обстоятельств, порядок может требовать от соответствующей стороны раскрытия этих фактов.

В деле решения именно этого вопроса может помочь деление информации на внутреннюю и внешнюю. В ситуации, когда обе стороны не владеют информацией, либо спрос на ее получение не очевиден другой стороне, отнесение тех или иных сведений к разряду внешних, т.е. общедоступных устраняет возможность привлечения стороны к ответственности за неразглашение этой информации. Экономическая логика такого решения достаточно проста: как мы уже отметили выше, широкие обязанности раскрытия неэффективны. Нельзя быть обязанным раскрыть информацию в принципе, но можно быть обязанным информировать контрагента о конкретных сведениях, влияющих, например, на безопасность контрагента (сохранение его личной и

⁸¹⁶ М. Айзенберг устанавливает принцип раскрытия как общее правило безапелляционно, не приводя никаких убедительных аргументов в пользу своей «презюмции раскрытия информации». Eisenberg, M. A. Disclosure in Contract Law. California Law Review, 91(6). 2003. P. 1647.

имущественной неприкосновенности), на возможность достичь цели совершения сделки, либо информировать о необычных характеристиках предоставления, обычно не ожидаемых средним участником оборота при сравнимых обстоятельствах. Конкретный набор фактов, подлежащих раскрытию, и ситуаций, в которых такое раскрытие необходимо, будет складываться постепенно по мере формирования и развития судебной практики.

Поскольку передача информации, как правило, ничего не стоит, может возникнуть соблазн объявить, что это является аргументом в пользу наложения широких обязанностей информирования на соответствующую сторону. Однако, во-первых, стоимость передачи информации не может быть основным критерием определения желательных правил раскрытия информации, поскольку этот аспект будет сталкиваться, например, с проблемой обеспечения стимулов к добыче данной информации; во-вторых, фактор низкой стоимости передачи информации относительно актуален лишь в ситуации, когда соответствующая сторона уже владеет информацией и причем бесплатно, случайно, либо получила ее естественным образом в силу владения предметом договора (пример о продаваемом доме с термитами).

Но ситуация не выглядит сколько-нибудь очевидной, если соответствующая сторона не владеет информацией и тем более случайно. Т.е. ее основные расходы будут состоять не из стоимости передачи информации, а из стоимости добычи и потом уже передачи информации⁸¹⁷. Соответственно, такому гипотетическому должнику информационных обязанностей довольно критично понимать, какую именно информацию не нужно предварительно добывать, чтобы потом раскрывать.

⁸¹⁷ Имеется принципиальная разница между расходами на передачу информации и устранение заблуждения в условном внешнем смысле (что действительно как правило ничего не стоит) и расходами на получение этой информации, которая потом может быть дешево раскрыта незнающей стороне в целях устранения заблуждения. Кто в этом смысле будет является более дешевой стороной, способной устранить заблуждение неинформированной стороны? Нам не кажется очевидным, что такой стороной по-прежнему будет более информированная сторона, которая понесла возможно немаленькие расходы на собственную информированность в целях получения некоего конкурентного преимущества. См. также Anthony T. Kronman. Op. cit. P. 33.

Данный аспект проблемы вскрывает другую проблему - процессуальную проблему доказывания, что лицо знало ту или иную информацию, но скрыло. Критерий стоимости добычи информации релевантен только в ситуации, когда сторона- должник не знает эту информацию. Но проблема заключается в том, что уверенно определить, знала ли сторона соответствующую информацию или нет, зачастую не представляется возможным. Соответственно, за пределами ситуаций, когда сторона спрашивает об определенных фактах, либо иным образом доводит до контрагента свою заинтересованность в определенных фактах, влияющих на решение заключить сделку, проблема может решаться через установление определенных презумпций знания информации и через придания юридического значения категории «внешняя» информация.

Категория «внешней» информации получает правовое значение в связи с другой не менее известной категорией - упречности (извинительности) незнания. Это во многом оценочная категория, которая направлена на учет конкретных обстоятельств сделки. Довольно просто увидеть связь между констатацией объективно воспринимаемого факта («внешней» информации) и правовым выводом об упречности незнания данного факта. Однако, поскольку это оценочная категория, то суд может учесть разные фактические обстоятельства, повлиявшие в данном случае на возможность стороны лицеизреть данный внешний (общедоступный) факт.

В контексте российского права категория внешней информации, как правило, не выделяется, что, правда, легко объясняется отсутствием доктрины информационных обязанностей. Встречающаяся в ГК РФ категория явных недостатков (ст. 580, п. 3 ст. 720 ГК РФ), не имеет содержательного совпадения с категорией «внешней» информации⁸¹⁸. Что касается извинительности

⁸¹⁸ Явные недостатки- категория оценочная и в самом этом понятии заложено то обстоятельство, что продавец не скрывает их, что он выставил их напоказ. Эта категория может меняться от вида товара/ услуги к другому виду товара/услуги. Но смысл одинаков. Со скрытыми недостатками немного сложнее. Для того, чтобы объявить некое качество недостатком, возможны варианты: 1) так указано в легальном акте– объективный недостаток, 2) такое качество не соответствует субъективному пониманию должного для контрагента). В отсутствие объективных признаков недостатка экономически нецелесообразно использовать вариант 2), т.к. неизвестно, что данное свойство является существенным для контрагента, а в силу морального риска вполне возможна а) актуализация страхов, б) шантажирование продавца на предмет дисконта.

незнания, то принципиальную схожесть данной конструкции можно наблюдать в разрезе действия принципа добросовестности в субъективном смысле, когда совершению определенных действий в условиях незнания соответствующих обстоятельств придаются юридически значимые последствия.

Весьма гибкая конструкция извинительности (упречности) незнания позволяет использовать различные аргументы в целях обоснования того или иного правового результата⁸¹⁹. Обстоятельства, учитываемые судом, могут быть самого различного порядка: сложившиеся длящиеся, доверительные отношения, экспертность контрагента, наличие/ отсутствие технической возможности получить необходимые сведения, близость к источнику информации и стоимость получения информации, физиологические и психологические характеристики участника оборота и многое другое.

Мы считаем, что категория извинительности (упречности) незнания является рабочим инструментом судебной *ex post* коррекции сложившихся отношений, пользоваться которым нужно весьма эпизодически и крайне выверенным способом.

Объективная категория внешней информации позволяет соответствующей стороне быть уверенной в том, что в условиях отсутствия явно выраженной информационной асимметрии контрагент сам получит интересующую его информацию, что позитивно повлияет на стабильность оборота и расширит горизонт хозяйственного планирования сделок. Исключения из правила не раскрытия информации должны быть предсказуемыми для участников оборота и список таких исключений должен быть принципиально конечным.

Постепенное накопление судебной практики, ее укрепление и развитие поможет обороту предсказуемо понимать актуальный перечень возможных обстоятельств, при наличии которых соответствующая сторона должна проявить дополнительные усилия по поиску нужной информации и передачи ее контрагенту.

⁸¹⁹ См.: ст. 3.2.2 PICC, ст. II.-7:201 DCFR. Лугманов Р.Р. Умолчание об обстоятельствах: критерии определения информации, подлежащей раскрытию// Законодательство. 2017. № 9. С. 55.

Использование логики извинительности (упречности) незнания относительно лучше работает в обозначенном выше контексте: когда стороны не осознают о заблуждении другой стороны, когда информационная асимметрия не очевидна⁸²⁰. Активное и широкое применение обязанностей информирования в таких ситуациях может стать серьезным источником дестабилизации оборота и экономической неэффективности. С другой стороны, неуместное вмешательство суда в отношения, в которых информационная асимметрия очевидна (все классические примеры, используемые в литературе), так же может быть источником нестабильности и неэффективного перемещения ресурсов и благ.

В ситуации, когда обе стороны не знают некоторой информации, имеющей огромное значение для желания одной стороны заключить договор, (упречность) извинительной незнания действительно экономит ресурсы, позволяя определить сторону, которой в данном случае, например, проще либо дешевле всего получить необходимую информацию. Однако, ситуация не так очевидна, если одна из сторон знает о заблуждении другой стороны несмотря на то, что информация условно «внешняя». В этом случае несмотря на то, что информация являлась общедоступной, возможно дешевле будет устранить заблуждение контрагента именно знающей стороне, что позволит незнающей стороне сэкономить на дополнительных (хотя и не произведенных в данном случае) расходах. Проблема лишь заключается в том, что это обстоятельство может не иметь значения в контексте стратегической экономической цели договорного взаимодействия участников гражданского оборота: направлять блага по пути их наиболее ценного использования.

Таким образом, категория извинительности (упречности) незнания является допустимым инструментом определения обязанности информирования при двусторонней не информированности, либо неочевидности информационной асимметрии, однако, в случае односторонней не информированности может давать неожиданные результаты. Однако, если

⁸²⁰ Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 15 октября 2019 г. по делу № А39-5575/2018; Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 10 марта 2016 г. по делу № А70-4385/2015.

рассматривать данный критерий как инструмент точечного и весьма редкого вмешательства суда в самые вопиющие случаи деформации свободного договорного взаимодействия и в целях, например, защиты явно слабой стороны договора, то применение данного критерия можно допустить и в делах с ярко выраженной информационной асимметрией.

2.6.2. Договорная позиция сторон

Должна ли иметь правовое значение договорная позиция сторон? В правовой и экономической литературе отмечается, что вероятность ожидания раскрытия информации заметно повышается, если перед нами сторона, обладающая специальными знаниями или средствами, типично недоступными для тех, кто находится в положении другой стороны. В этом смысле нетрудно заметить, что чаще всего бремя раскрытия информации налагается на продавцов, чем на покупателей. В своей теории раскрытия информации М. Азейнберг пошел максимально далеко, предложив правило, согласно которому продавец всегда обязан раскрывать информацию своему контрагенту⁸²¹.

Однако, вопрос влияния договорной позиции сторон на обязанность раскрытия информации удобнее всего начать рассматривать через призму другой проблемы, которую поднял Э. Кронман в своей знаменитой работе. Как мы знаем, предложенное Э. Кронманом право совершать сделки без раскрытия информации создает сильные стимулы к получению ценной информации. С другой стороны, участники оборота не будут нести расходы на получения информации, если впоследствии они должны будут раскрыть эту информацию без компенсации своих расходов. Однако, различие случайного или преднамеренного способа получения информации является по мнению автора решением проблемы стимулов к получению информации. Проблема только заключается в том, что автор не предложил действенный способ уверенного определения способа получения информации. В действительности, правило раскрытия информации, целиком и полностью зависящее от решения вопроса о

⁸²¹ Eisenberg, M. A. Disclosure in Contract Law. California Law Review, 91(6), 2003. P. 1674.

способе получения информации, будет требовать индивидуального применения и пристального изучения фактических обстоятельств дела. Такая казуистика неизбежно повлечет огромные административные издержки, которые тяжелым грузом войдут в состав некомпенсируемых социальных потерь⁸²².

В глубине предложенной теории можно обнаружить двойственное понимание автором функции информации. С одной стороны, информация – это благо (товар), производство которого будет сдерживаться, если оно будет переведено в разряд общественного в том смысле, что каждый получит право на его использование без соразмерной компенсации затрат на его производство. С другой стороны, адекватная и своевременная информация является необходимым условием рационального и эффективного обмена в рыночной экономике. Не будет сильным преувеличением отметить, что большинство теоретических и практических сложностей, возникающих в контексте проблемы раскрытия информации, так или иначе связано именно с этой двойственной функцией информации.

Несмотря на значительный вклад Э. Кронмана в теорию информационных обязанностей, предложенного автором решения противоречия в двойственной функциональной направленности информации явно недостаточно для удовлетворительного практического использования. Самый простой вопрос возникает уже в ответ на использованный в статье пример купли-продажи дома, зараженного термитами. Будет ли тот факт, что продавец умышленно искал эту информацию, достаточным основанием для того, чтобы продать дом без раскрытия информации?

Можно посмотреть на проблему и с другой стороны. Ученый-искусствовед случайно оказался на распродаже всякой домашней утвари, среди которой замечает редкое и предположительно оригинальное произведение искусства. Как оригинальное произведение искусства, этот предмет стоит значительно дороже, чем мог бы себе позволить такой покупатель. Должно ли право требовать, чтобы покупатель раскрыл информацию перед покупкой либо

⁸²² К чести автора, нужно отметить, что он это понимает. Kronman, A. T. Op. cit. P. 17.

воздержался от такой покупки без раскрытия информации на том основании, что информация была приобретена случайно?⁸²³ Очевидный риск заключается в том, что с одной стороны существенная информация, влияющая на эффективное распределение благ, не будет раскрыта, что приведет к социальным потерям, а с другой стороны, недооцененное произведение искусства будет использоваться неоптимальным образом в отсутствие стимулов у покупателя к раскрытию информации, что также будет представлять собой социальные потери.⁸²⁴

Иногда встречающиеся аргументы о том, что информированная сторона могла бы продать информацию, мы сразу отмечаем как вымышленные, поскольку на практике невозможно продать информацию, предварительно не раскрыв ее⁸²⁵.

Недостаточно (не имеет смысла), чтобы покупатель получил информацию о неэффективном использовании ресурсов и благ, не имея возможности действовать в соответствии с этой информацией. Эффективное использование ресурсов и благ достигается за счет слияния ресурса и информации⁸²⁶. Потенциальный покупатель недооцененного блага может объединить информацию и это благо, придав последнему направление наиболее ценного в данных условиях использования, получая от этого прибыль как побочный продукт социально полезного поведения⁸²⁷.

С другой стороны продавец, который вне зависимости от способа получения информации (умышленно или случайно) скрывает факт заражения дома термитами, получает прибыль от временного разделения неэффективно используемого блага и информации о нем. Такое поведение приводит к

⁸²³ Kronman, A. T. Op. cit. P. 15.

⁸²⁴ Можно, конечно, попробовать возразить, что профессор должен был сознательно получить свое образование, однако, эта инвестиция все равно была бы осуществлена вне связи с намечающейся в данном случае прибылью от покупки, поскольку образование получалось, как подмечает сам Э. Кронман, для построения научной и преподавательской карьеры, а не для успеха от торговли предметами искусства.

⁸²⁵ Christopher T. Wonnell. Op. cit. P. 342; Jack Hirshleifer. Op. cit. P. 565; Stiglitz. Op. cit. 1449; Arrow, K. J. Op. cit. 225.

⁸²⁶ Christopher T. Wonnell. Op. cit. P. 343.

⁸²⁷ Правда, что есть «побочный продукт» зависит от угла зрения. Очевидно, что участник оборота в силу теории рационального выбора не думает об общественном благе, однако, выполняя определенный вид деятельности способен вызывать социально желаемый результат, как пчела, которая, питаясь нектаром и пыльцой, фактически опыляет цветущие растения, что происходит естественно для пчелы и как бы вторично.

неоптимальному перемещению благ и неучтенным дополнительным социальным потерям.

Таким образом, главной особенностью различного подхода к последствиям неразглашения информации покупателем и продавцом должна считаться идея выгоды от слияния или разделения информации и соответствующего блага, а не внешняя принадлежность к тому или иному статусу⁸²⁸.

Однако, идея социально одобряемого использования благ и ресурсов наиболее эффективным (ценным) образом вкупе с получением выгоды от такого использования не может оправдывать сокрытие любых существенных обстоятельств. В некоторых случаях (ошибка в предмете, субъекте и природе сделки) ставится под сомнение сама возможность направления блага в сторону его наиболее ценного использования⁸²⁹. Иные обстоятельства, имеющие существенное значение для принятия решения продавцом о совершении сделки, наоборот, лишь подчеркивают существенность прежней неэффективности использования отчуждаемого ресурса или блага.

Более того, поскольку системообразующее значение мы придаем вопросу слияния или разделения информации и блага, теряется смысл излишне акцентировать внимание на центральном вопросе Э. Кронмана об умышленном или случайном получении информации. С точки зрения эффективности использования ресурсов и благ как минимум случайное получение полезной информации, повышающей ценность вероятного использования недооцененного блага, теряет всякое значение в обосновании появления обязанности информирования. Да, в контексте эффективного распределения благ и сопутствующей этой цели проблеме высоких транзакционных издержек идеально, если бы стороны всегда раскрывали всю релевантную информацию, относящуюся к совершаемой сделке. Однако, в действительности проблема

⁸²⁸ Следует отметить, что эта идея работает в обе стороны: для продавца блага покупатель также является своего рода поставщиком, в данном случае своей платежеспособности. Соответственно, покупатель, скрывающий существенные факты в отношении своей платежеспособности подобен продавцу, который скрывает о дефектах в качестве продаваемого товара.

⁸²⁹ Franklin, Eric H. Op. cit. P. 563.

отсутствия стимулов к генерированию полезной информации является дополнительным и очень серьезным аргументом, сводящим на нет идею широких обязанностей информирования.

Этот вывод может не соответствовать различного рода морально-этическим аргументам, которые использовал, например, М. Айзенберг, старательно описывая пример утаивания информации другом, который обнаружил в гостях недооцененный объект, используемый неэффективно с социальной точки зрения⁸³⁰. В наших правилах мы конечно же предусмотрим возможность учета некоторых около нравственных аргументов в пользу эпизодического раскрытия информации. Однако, в целом, в сугубо коммерческом обороте такие аргументы не могут иметь сколько-нибудь действительное значения.

Так же следует учитывать, что существует большая разница между реальными потерями и недополученной прибылью. Прежнему владельцу блага выплачивается справедливая цена за актуальное на момент совершения сделки использование такого объекта. В целом же нужно понимать, что конкретное использование блага является функцией творческих усилий человека. Соответственно сложно вне определенного контекста придумать универсальные морально-этические причины, почему прежний собственник блага вправе претендовать на прибыль от чужого творческого озарения по поводу нового прежде неизвестного вида использования отчуждаемого блага.

Более того, теряется смысл в сомнительной идее С. Левмора, допускающей ложь в ответ на неудобные вопросы о наличии существенной информации. Такая идея сама по себе имеет далеко идущие негативные экономико-правовые последствия, которые заключаются, например, в выхолащивании защитной функции категории обмана, в общем снижении доверия к обменным операциям и увеличению некомпенсируемых социальных потерь⁸³¹. К тому же нужно быть

⁸³⁰ Eisenberg, M. A. Disclosure in Contract Law. California Law Review, 91(6). 2003. P. 1658.

⁸³¹ Кутер Р., Улен Т. Указ. соч. С. 515; Michael R. Darby and Edi Karni. Op. cit. P. 82; A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell. Op. cit. P. 52.

провидцем, чтобы увидеть исключительно разовый характер деловых контактов, основанных на обмане⁸³².

2.6.3. Внешние эффекты и оппортунизм

Внешним эффектам уже уделялось некоторое внимание в контексте рыночных провалов, при этом большая часть анализа была посвящена негативным экстерналиям и проблеме их интернализации. Теперь мы должны обратить свой взгляд на оборотную сторону проблемы внешних эффектов: позитивные экстерналии.

В контексте темы информационных обязанностей не трудно представить себе следующую модельную ситуацию. Лицо А инвестирует время и деньги в добычу некоторой информации, позволяющей ему предпринять определенные желаемые действия, которые, однако, «рикошетным» образом принесут пользу абсолютно постороннему лицу Б. Из-за обратного действия внешнего эффекта стимулы А к производству информации могут быть снижены, если ему не удастся получить компенсацию и тем самым интернализировать внешние эффекты, поскольку раскрыв информацию лицу Б, он лишает себя всякой возможности контролировать дальнейший ход событий из-за высоких транзакционных издержек и оппортунизма (морального риска).⁸³³ Указанный оппортунизм может выражаться, например, в завышении цены продажи позиции лица Б, интересующей лицо А, на основе новой ценной информации. Соответственно, раскрытие информации лицу Б не является рациональным действием в глазах лица А, а значит, не будет осуществлено.

В принципе эта идея уже была описана в контексте критики теории Э. Кронмана, однако, в данном случае мы раскрываем вопрос немного под другим углом, через знакомые экономической теории понятия внешних эффектов и оппортунизма. Социальные потери, к которым приводят указанные рыночные

⁸³² Michael Borden. Op. cit. P. 692.

⁸³³ Правовая мысль знает подобные примеры и попытки компенсации за счет третьего лица. Однако, теоретическая допустимость использования такого механизма все равно не способна объяснить причины, по которым нужно считаться с интересами случайно получившего выгоды третьего лица.

провалы, являются дополнительным аргументом против допущения широких информационных обязанностей.

Складывающуюся ситуацию можно описать в следующем примере. Некая компания планирует строить дорогу, часть которой должна пролегать через населенный пункт, рядом с которым имеются земельные участки в частной собственности. Опасаясь оппортунизма продавцов и последствий стратегии «не уступать» (hold-out)⁸³⁴ компания выкупает через подставных лиц примыкающие к будущей дороге дома и некоторые земельные участки.

Строительство дороги иногда создает позитивные внешние эффекты для собственников близлежащей недвижимости, которые компания не может интернализировать. Более того, позитивные внешние эффекты для таких лиц рикошетным образом превращаются в частные издержки самой компании, как источника этих эффектов.

Таким образом, право интернализировать необходимую часть позитивных внешних выгод от собственной деятельности с одновременной возможностью избежать частных потерь создает сильные стимулы для активной предпринимательской деятельности.

Однако, не трудно заметить, что с точки зрения рынка реализация такого права может создавать негативные внешние эффекты иного рода: скупка, например, земель определенного назначения может подавать неверные сигналы рынку об увеличении спроса на земли такого вида, что в действительности может быть далеко от истины. Неправильно оценивая альтернативные издержки своей текущей деятельности, потенциальные участники соответствующего рынка могут перераспределить свои ресурсы в направлении наименее ценного использования, о чем они узнают через некоторое время, когда будет открыта истинная цель скупки недвижимости (строго в определенном месте по ходу пролегания дороги). Информация подобного рода не может быть скрыта относительно долго. Соответственно, когда социальные выгоды от соединения информации и блага для целей их наиболее ценного использования

⁸³⁴ Одинцова М.И. Указ. соч. С. 95.

инициируются участником оборота, генерирующим данную информацию, такая ситуация временного рыночного провала не выглядит критичной. Трудно всерьез предполагать, будто человеческое общество когда-нибудь придумает идеально работающий механизм интернализации всех негативных внешних эффектов без риска создания других рыночных провалов в какой-то иной области.

Однако, решение данного вопроса может не быть одинаково желательным, если подобным знанием будет обладать не сам инициатор будущей деятельности, который и должен пожинать плоды от соединения блага и информации в их наиболее ценном использовании, а некое третье лицо, спекулятивно рассчитывающее получить соответствующую прибыль. В подобных ситуациях сложно безапелляционно заявить, что такой покупатель будет является более эффективным владельцем получаемого блага по сравнению с продавцом. Попробуем разобраться в этом вопросе немного подробнее.

2.6.4. Информация и рыночное взаимодействие

Предыдущий пример вскрывает проблему допустимости умолчания об обстоятельствах в условиях, когда соединение блага и информации несмотря на свою потенциальную социальную желательность осуществляется лицом, которое не выглядит как лучший, наиболее эффективный владелец и даже не имеет намерений быть таковым. Такая информация через некоторое время станет доступной окружающим условно сама по себе, что ставит вопрос об актуальности критериев, предложенных Д. Хиршлейфером, а также Р. Кутером и Т. Уленом.

То, что производительную информацию нежелательно раскрывать в обязательном порядке, не может вызывать значительных сомнений. В этом смысле мы не будем повторяться и приводить убедительные аргументы Р. Кутера и Т. Улена, с которыми мы согласны. Таким же образом, нет причин не доверять выводам Д. Хиршлейфера о природе информации как открытии, ценность производства которой для общества столь значительна, а риски

дестимулирования ее генерации в случае обязанности раскрытия столь велики, что необходимость дать источнику такой информации сохранить право ее удержания также не вызывает сомнений⁸³⁵. Проблема, как нам кажется, заключается лишь во второй половинке каждого из предложенного деления: так называемой перераспределительной информации в дихотомии Р. Кутера и Т. Улена, и предсказании, предвидении в дихотомии Д. Хиршлейфера.

Как было указано выше, в спекулятивном контексте может возникнуть ситуация, когда третье лицо владеет информацией, которая, однако, станет известна окружающим в любом случае через сравнительно небольшое время в силу деятельности факторов, от него не зависящих⁸³⁶. Применительно к дихотомии Р. Кутера и Т. Улена проблема усугубляется тем важным обстоятельством, что, к чести авторов, было верно подмечено, что существует значительная сложность в непротиворечивом делении информации на указанные виды, что, как следствие, привело авторов к необходимости введения неизбежного, но абсолютно выхолащивающего общий смысл, смешанного вида информации⁸³⁷. Другие авторы склонные повторять предложенную дихотомию, с различной степенью успешности предлагая примеры, якобы наглядно показывающие релевантность предложенного критерия деления, что, однако, часто выглядит весьма сомнительно⁸³⁸.

Попробуем поискать дополнительные аргументы, которые помогли бы усилить либо ослабить значение перераспределительного эффекта информации, предложенного Р. Кутером и Т. Уленом, а также темпорального фактора преимущества от знания информации в дихотомии Д. Хиршлейфера. Решение

⁸³⁵ Jack Hirshleifer. *Op. cit.* P. 569.

⁸³⁶ В случае строительства дороги, спекулянт, узнавший о планах такого строительства и скупке близлежащих объектов недвижимости, владеет производительной информацией, которая, однако, в ближайшее время и так станет всем известна.

⁸³⁷ В рассматриваемом контексте очень любопытно отметить меткую позицию, согласно которой «знание о каком-либо изменении в будущем, например, об изменении в предпочтениях потребителей, издержках производства или спросе, которые повлияют на цены определенных товаров в будущем, также можно рассматривать как «производительное». Сторона, которая знает, что рыночные цены возрастут или снизятся, может сократить или увеличить свои потребности в транспорте, складских мощностях, торговых точках, в этом смысле его знание «производительное», так как это позволит ему использовать труд и капитал более производительно». См. Одинцова М.И. Указ. соч. С. 130.

⁸³⁸ Steven Shavell. *Acquisition and Disclosure of Information Prior to Sale*. The RAND Journal of Economics, Vol. 25, №. 1. 1994. P. 21.

данной задачи удобнее всего произвести на классическом примере дела *Laidlaw v. Organ*, использованном большинством авторов в сфере информационного взаимодействия⁸³⁹.

В данном деле подсвечивается прежде обозначенная особенность информационной недостаточности, которая выражается в наличии объективно существующей информационной неопределенности, разумно помышлять об устранении которой не конструктивно, и субъективно складывающейся информационной асимметрии между договорными партнерами. И в том, и в другом случае незнание факта окончания войны и фундаментальных причин для роста цен на табак, может приводить к неэффективным экономическим решениям. Неосведомленная сторона, не зная о росте альтернативных издержек, будет использовать ресурсы прежним, но теперь уже менее ценным, образом. Соответственно, появляется сильный соблазн возникающие частные и социальные издержки рассматривать как доказательства необходимости введения информационных обязанностей даже по поводу таких внешних по отношению к предмету сделки обстоятельств. Такие обязанности, подкрепленные санкциями, нацеливаются на обеспечение двусторонней информированности об обстоятельствах, которые стали известны одной стороне случайно (по терминологии Э. Кронмана), относятся к разряду перераспределительной информации (по терминологии Р. Кутера и Т. Улена) либо станут известными «всем» через некоторое непродолжительное время (в теории Д. Хиршлейфера).

Есть предположение, что юридическое сообщество поддержит идею введения такой информационной обязанности, подкрепленной значительными санкциями, в благих целях повышения транспарентности, честности и даже эффективности двусторонних трансакций⁸⁴⁰. Однако, как представляется,

⁸³⁹ Barnett, Randy E., *Rational Bargaining Theory and Contract: Default Rules, Hypothetical Consent, the Duty to Disclose, and Fraud*. Georgetown Law Faculty Publications and Other Works. 1992. P. 794.

⁸⁴⁰ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 2.0] / Отв. ред. А. Г. Карапетов. – Москва : М-Логос, 2020. С. 911

аргументация против неразглашения указанных видов информации не является убедительной и в этом смысле должна быть подвергнута ревизии.

В практическом смысле нужно понимать, что правило о раскрытии информации подводит обязанное лицо к следующей альтернативе: «раскрой или воздержись». По всей видимости сторонникам обязанностей раскрытия информации оба варианта данной альтернативы представляются желанными, хотя и по разным причинам: требование «раскрой» приведет к передаче информации, которая уберезет кредитора от совершения сделки на нежелательных условиях, требование «воздержись» заставит должника не использовать информационное преимущество, что, является сильным мотивом не инвестировать средства в генерирование такой информации, при том, что такие инвестиции рассматриваются как социальные потери⁸⁴¹.

Позволим себе усомниться в результативности подобного подхода, в том, что ожидаемые цели будут достигнуты и в целом, что эти цели действительно желанные.

Во-первых, избыточная вера в действенную силу информационных обязанностей проистекает из явного недопонимания часто не учитываемой механики действия правовых норм. Норма права имеет далеко не прямое и неизбежное регуляторное воздействие на поведение участников оборота. Что правовая норма делает, так это связывает определенные правовые последствия с определенным видом поведения. В указанной причинно-следственной связи важно правильно понимать значимость и степень влияния одного элемента на другой элемент и обратно. С точки зрения теории рационального выбора рациональный участник оборота будет стремиться к максимизации своей полезности соизмеряя ожидаемые выгоды и ожидаемые издержки. Правая норма с этой точки зрения является лишь одним из стимулов⁸⁴², который должен приниматься в расчет рациональным участником оборота при принятии

⁸⁴¹ Steven Shavell. Acquisition and Disclosure of Information Prior to Sale. The RAND Journal of Economics, Vol. 25, №. 1. 1994. С. 21.

⁸⁴² Необязательно отрицательным, т.е. составляющим издержки, хотя как правило в экономической литературе принято относиться к правовому регулированию в указанном ключе.

решения. Причем речь всегда идет не о чистых издержках, а лишь об ожидаемых издержках, поскольку в силу некоторой вероятности несрабатывания нормы права в данном случае ожидаемые издержки принятия конкретного решения будут различаться.

Если же говорить совсем прямо, т.е. называть вещи своими именами, то правовую норму (а лучше говорить о ее санкции) можно представить в виде некой цены, которую участники оборота должны заплатить за определенное поведение (в конечном счете благо)⁸⁴³. Чем выше цена (помноженная на вероятность ее уплаты), тем меньше стимула к определенному поведению, и наоборот⁸⁴⁴. Максимизируя свою полезность, рациональные участники оборота выбирают лучшую альтернативу с учетом имеющихся правовых ограничений. Между данными ограничениями и соответствующим поведенческим выбором существуют обратно пропорциональная связь экономического свойства⁸⁴⁵. При этом к сказанному нужно прибавить проблему ограниченной рациональности, чтобы окончательно поставить под сомнение какую бы то ни было предопределенность между неким требованием о раскрытии информации и поведением в соответствии с моделью «раскрой или воздержись».

Во-вторых, если повышать размер ответственности и/или увеличивать вероятность привлечения к ответственности, правопорядок сможет в некоторой степени негативно воздействовать на стимулы к получению информации, которую затем необходимо раскрыть. Однако, даже если информация была получена случайно, требование о раскрытии информации, обеспеченное драконовскими санкциями и неотвратимостью наказания, приведет лишь к тому, что соответствующий участник оборота безучастно будет скрывать информацию, а не действовать в соответствии с ней⁸⁴⁶. Такой результат легко

⁸⁴³ М.И. Одинцова. Экономика права. ГУ-ВШЭ. 2007 С. 5-6

⁸⁴⁴ Р. Кутер, Т. Улен. Право и экономика; пер. с англ. под науч. ред. Д. Раскова при участии М. Тимофеева. - М.: Издательский дом «Дело» РАНХиГС, 2018. - 800 с. С. 4

⁸⁴⁵ Можно, конечно, возразить, что нет никакой экономической связи между нормой, например, уголовного права, устанавливающей санкцию, и определенным типом преступного поведения. Однако, с этим сложно согласиться, поскольку именно экономические законы, во многом похожие по принципу действия на законы физические, обладают огромным объяснительным потенциалом ожидаемых социальных последствий от изменения различного рода стимулов, в том числе и правовых стимулов.

⁸⁴⁶ Kronman, A. T. Op. cit. P. 15.

объясняется исследованием стимулов разумного человеческого поведения, приправленного обостренным чувством несправедливости, что довольно легко увидеть по результатам, например, игры «ультиматум» из теории игр⁸⁴⁷.

Таким образом, требование о раскрытии перераспределительной, случайной информации, а также информации, которая не относится к категории открытий и к тому же сама по себе станет известной всем через некоторое время не будет раскрыта с неизбежностью, и в крайнем случае может привести лишь к воздержанию от торговли⁸⁴⁸.

Однако, аргумент о том, что отказ от действий в соответствии с нераскрытой информацией является однозначно социально желательным в том числе из-за оценки инвестиций в генерирование такой информации в качестве социальных потерь, является ложным.

В действительности справедливо и обратное. В деле *Laidlaw v. Organ* суд указал, что информация об окончании войны в равной степени доступна для обеих сторон⁸⁴⁹. Конечно, такое заявление является своего рода преувеличением. Очевидно, что нужно иметь в виду не реальную доступность, а потенциальную возможность. К тому же не является секретом, что спекулятивная торговля может быть связана с расходами на получение информации. Соответственно, если конкретная информация фактически была доступна не всем участникам оборота, то она может быть весьма полезна тем, кто занимается торговыми операциями⁸⁵⁰.

При этом возможная идея о полном знании всех обстоятельств, имеющих отношение к той или иной актуальной деятельности участника оборота, является

⁸⁴⁷ В данной игре одному участнику дают некоторую сумму денег, которую он сможет оставить себе, если, поделится некоторой частью денег с другим участником, а последний примет предложенную ему сумму. По правилам игры второй участник знает размер выданной суммы денег. В результате было доказано, что второй участник игры как правило отказывается от предложенной суммы денег, если она значительно меньше половины первоначально выданной первому участнику суммы. Результаты данной игры косвенно подтверждают наше предположение, что адекватные участники оборота вряд ли будут делиться даже случайно полученной информацией, если ничего не будут получать взамен.

⁸⁴⁸ Нисколько себе не противореча, понимая логику принятия рациональных экономических решений, мы должны кратко указать на оборотную сторону любых запретов и ограничений того или иного вида торговой активности: образование черных рынков. Маккай, Иян. Указ. соч. С. 224.

⁸⁴⁹ Christopher T. Wonnell. *Op. cit.* P. 358

⁸⁵⁰ F. A. Hayek. *Op. cit.* 522.

своего рода утопией, что было показано выше в соответствующем разделе работы⁸⁵¹. Информация никогда не существует в абсолютной интегрированной форме в руках одного участника оборота. В действительности знание всегда представлено в виде огромного числа разрозненных сведений, которыми обладают участники оборота в отдельности⁸⁵².

Чтобы принимать правильные экономические решения, как правило не обязательно знать конкретную информацию, лежащую в основе движения цен⁸⁵³. Участнику оборота очень важно знать само изменение цен на конкретные блага и что происходит с актуальными для него альтернативными издержками. В этом смысле спекулятивная торговля, влияя на спрос и предложение, посылает правильный информационный сигнал рынку, позволяя рынку скорейшим образом адаптироваться к постоянным изменениям внешней обстановки⁸⁵⁴. К тому же нужно учитывать принципиальную разницу между знанием некоторой информации и ее правильным анализом. В этом смысле ошибки в оценке экономического эффекта из-за неправильного анализа известного события могут иметь существенные негативные последствия, гораздо большие, чем от незнания данного события и реакции лишь на актуальное изменение цены (стадия адаптации события в доступную для восприятия информацию)⁸⁵⁵. Неумышленная склонность спекулятивных операций передавать рынку информационные сигналы заслуженно объявляется источником позитивных внешних эффектов, которые интернализируются обществом и при этом не создают дестимулирующего воздействия на самих спекулянтов, которые,

⁸⁵¹ Как справедливо отметил Ф. Хайек несмотря на то, что идея о полном раскрытии информации является общим местом в науке, мало кто учитывает тот факт, что метод, с помощью которого такие знания могут быть максимально доступны, и является центральной проблемой, на которую нужно найти ответ.

⁸⁵² F. A. Hayek. Op. cit. P. 519.

⁸⁵³ В нашем случае знание о подписании мирного договора.

⁸⁵⁴ Автор весьма уместно называет действие механизма адаптации спроса и предложения, направления ресурсов в сторону наиболее ценного использования «чудом», которое мало кто в действительности осознает. По крайней мере попытки наложить широкие обязанности информирования явно выдают это глубокое недопонимание. См. F. A. Hayek. Op. cit. P. 527. См. также Kronman, A. T. Op. cit. P. 13.

⁸⁵⁵ При этом адаптацию своего поведения к изменившимся условиям весьма условно можно назвать источником каких-либо негативных последствий. Само по себе следование рынку, постоянно меняющимся условиям если и имеет негативный аспект, то лишь в контексте упущенной выгоды от знания фундаментальной информации на раннем этапе ее появления, соединенное с успешным анализом этой информации.

являясь их источником, в этой случае не участвуют в их интернализации⁸⁵⁶. Сам рынок является источником поощрения спекулянта за его корректирующее действие. Сам же рынок и ограничил размер такого вознаграждения коротким промежутком временем.

Другим, не менее полезным свойством спекулятивной торговли, о котором часто забывают, является ее особая функциональная роль в деле эффективной работы рыночного механизма⁸⁵⁷. Отвечая на сомнение, высказанное в конце предыдущего параграфа, следует прямо признать, что спекулянт не может быть однозначно признан более эффективным владельцем получаемого блага, чем продавец. Однако, исключительное значение спекулятивной торговли заключается в то, что такому торговцу и не нужно быть эффективным владельцем. Его действительной и чрезвычайно важной задачей является то, что он помогает рынку перемещать блага от тех, кто их ценит меньше, к тем, кто их ценит больше⁸⁵⁸.

Редкие случаи спекулятивной торговли, когда участники оборота подают неверный сигнал, условно можно поделить на две ситуации: 1) информацией обладает лицо, которое является источником возникшей рыночной активности, изначальным создателем этой информации и ее первым бенефициаром; 2) информацией дополнительно обладает третье лицо, которое не принимало участия в ее создании, не ведет той деятельности, информация о которой скрывается, и в целом не является изначальным информационным бенефициаром.

Обязанность раскрытия информации, приводящая к альтернативе «раскрой или воздержись» в первом случае будет негативно влиять на стимулы стороны к инвестированию в социально полезную информацию, а во втором случае, обязанность раскрытия будет влиять только на источник подачи неверных сигналов на рынок, что является социально желательным.

⁸⁵⁶ Christopher T. Wonnell. Op. cit. P. 359; Barnett, Randy E. Op. cit. P. 796.

⁸⁵⁷ Иное мнение: Kronman, A. T. Op. cit. P. 26.

⁸⁵⁸ Маккай, Иян. Указ. соч. С. 245.

Идея соединения блага и информации об этом благе, в целях наиболее ценного, эффективного использования данного блага работает в разные стороны. Как мы показали, покупатель не должен раскрывать информацию о приобретенном благе неинформированному продавцу, поскольку, несмотря на то, что его прибыль от соединения информации и блага не всегда основывается на своей активности в генерирование социально полезной информации, даже в случае чисто спекулятивной деятельности, прибыль от которой основывается в большей степени на информационной асимметрии, появляются дополнительные аргументы в пользу неразглашения информации по причине выполнения таким покупателем весьма значительной социально полезной функции передачи информации на рынок посредством торговых операций.

С другой стороны, покупатель обязан раскрывать информацию о своем встречном предоставлении, поскольку для своего контрагента он выступает своего рода продавцом, например, своей кредитоспособности. Уклонение от раскрытия такой информации приведет к разрыву между скрытой информацией и переданным благом, что создает угрозу неэффективного распределения благ.

Применительно к продавцу обязанность информирования, запрещающая разрыв между благом и информацией и приводящая к альтернативе «раскрой или воздержись», не создает значительных негативных стимулов. Как правило, информация об объекте поступает к его владельцу во время его использования условно бесплатно. Более того, негативные стимулы к добыче информации, которую потом необходимо будет раскрыть контрагенту, в определенной степени нивелируются естественным интересом собственника в знании позитивных и негативных характеристик своего блага. Позитивные характеристики повышают ценность блага, а негативные характеристики позволяют вовремя узнать, например, опасные особенности владения и пользования благом, что также полезно в целях понимания реальной его ценности и своевременного предотвращения вреда. Более того, за пределами аномалий, описанных Дж. Акерлофом, продавец, который решил передать благо

в сторону более ценного его использования, не сможет уйти с рынка, выбрав вторую опцию в альтернативе «раскрой или воздержись»⁸⁵⁹.

Проведенный анализ будет не полный, если не обратить внимание на зеркальную ситуацию продавца. Такая ситуация не анализируется исследователями информационных обязанностей, хотя она очень похожа на ситуацию покупателя, когда он получает прибыль от соединения приобретенного блага и нераскрытой информации об этом благе (его наиболее эффективном использовании). Получая взамен деньги, продавец получает благо, которое он вроде как ценит выше, чем то благо, которой передал покупателю при текущем его использовании⁸⁶⁰. Если бы продавец знал скрытую покупателем информацию, то он либо попросил бы большую цену, либо использовал благо иным образом, в соответствии с вновь обнаруженным более ценным видом использования. Однако, мы видели, что в целях поощрения генерации социальной полезной информации, а также в целях своевременной подачи необходимых сигналов рынку для адаптации спроса и предложения, раскрытие покупателем информации вне зависимости от ее производительной или перераспределительной направленности, случайного или умышленного способа получения, не является желательным, кроме некоторых случаев, когда действия участника оборота (спекулянта) подают неверные сигналы рынку и в этом смысле являются социально нежелательными.

Не трудно заметить, что идея поощрять появление социально полезной информации (производительной для Р. Кутера и Т. Улена, открытие для Д. Хиршлейфера) в действительности легко применима и к продавцу. Изобретая некое благо либо новое использование уже имевшегося в обороте блага,

⁸⁵⁹ Тот же аргумент можно вернуть покупателю, заявив, что, если покупателю нужно благо, он все равно его купит. Это верное замечание, однако, проблема раскрытия информации интересна не применительно к ежедневным сделкам, перемещающих блага, удовлетворяющие обычные человеческие потребности. Данная тема интересна в контексте коммерческих операций, когда покупатель либо инвестирует время и средства в появление социально полезной информации, либо без инвестиций замечает некий объект, используемый неэффективным образом текущим владельцем. Оставляя в стороне допустимые, но неактуальные для нас мотивы безвозмездной социальной пользы, действия покупателя в указанных выше случаях будут обусловлены, как правило, стремлением получить прибыль от действий, совершаемых в соответствии с нераскрытой информацией. Именно в таких случаях обязанности информирования будут создавать дестимулирующее воздействие, которое мы анализировали в соответствующей части работы.

⁸⁶⁰ Маккай, Иян. Указ. соч. С. 232.

продавец фактически выполняет одновременно две социально полезные функции: 1) расширяет объем «пирога», создает ценность, предоставляя обществу новое благо, либо прежнее благо с новым использованием, 2) вместе с благом передает информацию об этом благое либо о новом использовании данного блага⁸⁶¹. В этом случае нет разъединения блага и информации, как это могло бы случиться, если бы продавец передал благо, скрыв существенные недостатки, наличие которых ставит под сомнение саму идею перемещения благ в сторону их наиболее ценного использования. Этот, довольно простой пример показывает некорректность упрощенного подхода к фигуре продавца, в результате которого безапелляционно заявляется, что продавец всегда должен раскрывать всю информацию⁸⁶².

Более сложной проблемой является ситуация, когда лицо продает благо, ценность которого снизилась либо снизится в скором времени, о чем знает продавец, но не знает покупатель.

Должен ли продавец в данном случае раскрывать информацию, влияющую на цену передаваемого блага, является сложным политико-правовым вопросом, ответ на который отсутствует уже много веков. Классическим примером подобной ситуации является история, рассказанная Цицероном о продаже зерна на голодном острове Родос.

Проблема заключается в том, что источником прибыли продавца являлось разъединение информации и блага. Используя терминологию Р. Кутера и Т. Улена, а также Д. Хиршлейфера, такая информация выглядит как перераспределительная, при этом она станет известной общественности сама по себе через некоторое непродолжительное время.

Не имея твердой надежды значительно продвинуться в решении этой сложной задачи, попробуем привести некоторые аргументы, которые помогут

⁸⁶¹ Продавец сохраняет за собой лишь часть информации, составляющую сердцевину, суть изобретения, например, формулу нового лекарственного средства. В контексте потребительских свойств нового лекарства, сохранение за продавцом такой информации никак не влияет негативным образом на покупателя, а значит, выводится за скобки нашего рассуждения. Продавец передает всю релевантную информацию о новом продукте покупателю, необходимую для принятия покупателем адекватного решения о покупке этого продукта. Соответственно, в указанном смысле никакого разделения блага и информации не происходит.

⁸⁶² Eisenberg, M. A. Disclosure in Contract Law. California Law Review, 91(6), 2003. P. 1674.

хотя бы немного склонить чашу весов в пользу той или иной позиции. Однако, сразу отметим, что морально-этические аспекты мы не станем использовать, поскольку при таком подходе анализ лишается всякой способности быть оцененным объективно⁸⁶³.

Как мы помним, широко считается, что перераспределительная информация не несет никакой пользы обществу⁸⁶⁴. В случае, если для ее получения были инвестированы средства, для общества такие частные инвестиции считаются потерями. Однако, в случае с зерном для голодающего острова Родос не совсем очевидно, что скрытая информация о прибывающих судах была исключительно перераспределительной. Эта информация способна повлиять на рост потребления зерна, общее снижение расходов на питание, снижение потребления заменителей и так далее. Более того, само по себе появление корабля с зерном передавало правильную информацию рынку, повлияв на спрос и предложение. Вопрос заключается в том, является ли польза от влияния данной сделки на спрос и предложение достаточной, чтобы превзойти неэффективность использования денег покупателем?⁸⁶⁵

Представляется, однако, что позиция продавца и покупателя несколько различается. Если покупатель в ситуации наложения обязанности раскрытия, подкрепленной драконовскими санкциями, просто не совершит сделку, в результате чего благо останется на стороне продавца в своем текущем неэффективном использовании, то продавец, обладающий благом и ценящий благо меньше, чем денежные средства, которые рассчитывает выручить взамен, не имеет возможности не продавать, если в целом на рынке средневзвешенная цена на это благо выше его внутренней оценки стоимости данного блага. Таким образом, не обязанности информирования влияют на возможность совершения сделки продавцом блага без дефектов, а возможность получить часть кооперативного выигрыша от продажи блага. В случае с покупателем можно

⁸⁶³ Лугманов Р.Р. Принцип добросовестности как средство развития права// Право и политика. 2021. № 5. С. 69.

⁸⁶⁴ Прежде мы не согласились с таким упрощенным подходом и показали иной взгляд.

⁸⁶⁵ Заметим, что речь идет об эффективности использования именно встречного предоставления, т.е. денег. В то время как благо было направлено в сторону его наиболее ценного текущего использования.

сказать то же самое, однако, примеры, актуальные в контексте информационных обязанностей, возникают в ситуации, например, ценовых аномалий, а не в случае обычных ежедневных сделок, совершаемых по средним рыночным ценам. В таких редких случаях покупатель сильно похож на продавца, стремящегося получить сверхприбыль на незнании покупателя. Однако, если покупатель, не имея средств выплатить действительную стоимость блага, просто не совершит сделку, позволив благу пропасть в своей неэффективности использования, то продавец не сможет так сделать и все равно совершит сделку, привлекательность которой определяется, как мы уже успели убедиться, разницей между ценностью встречного предоставления и оценкой передаваемого блага.

Таким образом, абстрагируясь от не совсем удобного примера с поставкой зерна на голодающий остров Родос⁸⁶⁶, в подобных ситуациях можно заметить, что 1) благо не обязательно перераспределяется в сторону его наиболее ценного использования (в случае с продавцом речь идет о встречном предоставлении, деньгах), 2) расходуются средства на получение перераспределительной информации. С другой стороны, продавец посылает рынку правильные сигналы, которые направлены на снижение цены. Нейтральным аргументом является то, что информационная обязанность не создаст негативные стимулы для продавца. Учитывая сказанное, есть слабое предположение, что в подобных случаях обязанность информирования более предпочтительна, т.к. в большей степени способствует повышению экономической эффективности распределения благ.

Представляется, что выводы будут другими, если в подобной ситуации продавцом будет лицо, создающее общественно значимую экономическую эффективность иным образом, нежели просто путем влияния на спрос и

⁸⁶⁶ Неудобный, потому что хотя мы и не желаем рассматривать морально-этические вопросы данной ситуации, нельзя не признать, что любые ошибки в оценке наших аргументов для стимулов продавца, чреватые гипотетическими проблемами в схожих ситуациях. Несмотря на то, что продавец, как обычный рациональный участник оборота, был бы готов на любую прибыль, пока предельные выгоды от его действий не сравняются с предельными издержками, следует признать сложность человеческой психики, страхи, различное отношение к риску, когнитивные ошибки и прочие провалы в рациональности, которые будут негативно влиять на стимулы продавца действовать (плыть на прежде окруженный остров) ради меньшей рентабельности. Для жителей острова слабые стимулы продавца грозят еще одним «днем» голода и возможно потерянными жизнями. В этом смысле аргумент Д. Хиршлейфера о том, что такая информация бесполезная, т.к. она все равно стала бы известна «завтра» приобретает абсолютно непрактичное значение.

предложение самим фактом своего появления. Если продавец генерировал информацию, которая позволяет использовать ресурсы для производства блага более экономичным образом, то несмотря на снижение себестоимости производства, ему должно быть позволено получить повышенную прибыль от своей инновации. В этом исключительном случае информация не появится сама собой на рынке иначе, как через действия данного лица. Поэтому отсутствие обязанности информирования в таком случае будет стимулировать оборот к эффективным инновациям, сокращающим расходы на производство благ, что в целом является социально полезной функцией.

2.6.5. Информация и защита личной и имущественной неприкосновенности контрагента

Может показаться, что рассмотрение информации в контексте ее защитного свойства как объекта информационных обязанностей носит условный характер, поскольку довольно часто проблема физической защиты личности или имущественной сферы контрагента как на преддоговорной, так и на договорной стадии найдет свое специальное регулирование. Например, если посетитель магазина поскользнулся и получил травму на только что вымытом участке пола, на котором не было указателя, информирующего об опасности, то избрать путь предъявления требования из нарушенной информационной обязанности, приведшей к появлению вреда, конечно можно, но такой путь вряд ли является оптимальным. Представляется более очевидным простое деликтное требование, которое, по сути, поглотит нарушение обязанности информирования. Существует общий запрет причинения вреда и в этом смысле способ его причинения не всегда имеет значение⁸⁶⁷.

⁸⁶⁷ За исключением, разве что причинения вреда правомерными действиями, который, однако, тоже может возмещаться, но в случаях указанных законом. См: Гражданское право: учебник: в 3 т. Т.3/ Е.Н. Абрамова, Н.Н. Аверченко, Ю.В. Байгушева; под. ред. А.П. Сергеева.- М. 2012. С. 18.

Другая принципиально похожая ситуация возникает в случае пересечения обязанности информирования и обязанности вести себя непротиворечиво⁸⁶⁸. В случае, если потенциальный покупатель через интернет находит, например, автомобиль в другом городе, затем договаривается о просмотре и возможной последующей покупке, несет расходы на билеты и гостиницу, однако, продавец, поддерживая его уверенность в продолжении переговоров, продает автомобиль другому лицу, то требование из нарушения обязанности информирования помыслить так же возможно⁸⁶⁹. Однако, представляется, что дело не в простом нарушении обязанности информирования, а в противоречивом поведении контрагента, который вызвал у несостоявшегося покупателя обоснованное доверие к серьезности намерения продавца заключить сделку. В этом смысле, информирование этого покупателя о параллельных переговорах безусловно перенесло бы риск несения последующих расходов на самого покупателя, однако, представляется, что поведение продавца и его реальное намерение заключить сделку имеют решающее значение⁸⁷⁰.

Можно привести множество примеров, когда информационное взаимодействие будет влиять на жизнь, здоровье или имущество контрагента. В целом, указанные объекты гражданских прав почти всегда охватываются абсолютными правоотношениями и в этом смысле не обязательно нуждаются в дополнительном регулировании. Однако, несмотря на общий запрет активного поведения, причиняющего вред указанным благам, в практической плоскости будет возникать большое количество ситуаций, когда вред одной стороны в известной мере явился результатом бездействия в виде умолчания об обстоятельствах другой стороны. В этом смысле можно справедливо поставить

⁸⁶⁸ Возможно пересечение преддоговорной защитной обязанности информирования с договорной обязанностью, например, передать товар свободным от прав третьих лиц, что, как следствие, приведет к конкуренции притязаний из *culpa in contrahendo* и договорных притязаний.

⁸⁶⁹ В контексте проблемы срыва переговоров о покупке фитнес центра тоже может подниматься вопрос о надлежащем выполнении обязанности информирования. См. Определение Верховного Суда Российской Федерации от 29.01.2020 № 305-ЭС19-19395 по делу № А40-98757/2018.

⁸⁷⁰ Он мог потерять намерение заключить данную сделку до соответствующего уведомления либо, несмотря на уведомление продолжать переговоры и даже создать видимость успешного их завершения.

вопрос о существовании общей обязанности проявлять заботу о личных и имущественных интересах контрагента.

Исследование данного вопроса в нескольких европейских правовых порядках привело к весьма различающимся ответам⁸⁷¹.

Так, во Франции действует модель генерального деликта, отражающая общий запрет причинения любого вреда (ст. 1240 ФГК). Под запретом не только вредоносные действия, но и бездействие. Согласно принципу *neminem laedere* защищаются любые интересы потерпевшего в случае виновного причинения вреда⁸⁷². Данный вопрос приобретает особую ценность в разрезе вопроса взыскания чисто экономических потерь, который имеет традиционно высокую актуальность в любом современном правовом порядке. При этом потенциальная пригодность французского деликтного права стать инструментом в руках недобросовестных участников оборота, перекладывающих риски своих финансовых потерь на иных лиц, не отразилась негативным образом на стабильности экономического оборота. Дело в том, что французская доктрина и практика выработали свои специфические средства судебного контроля, служащие барьером для необоснованных требований⁸⁷³. При этом интересно заметить, что во Франции истец не обязан доказывать, что ответчик нарушил обязанность проявлять заботу о его интересах. В этом смысле упречность поведения ответчика можно толковать достаточно широко, применяя разные стандарты поведения, например, главы хорошего семейства (*le bon père de famille*), справедливого и осторожного человека (*l'homme droit et avisé*) или хорошего профессионала (*le bon professionnel*)⁸⁷⁴.

В Англии нет ни принципа генерального деликта, ни общей обязанности заботиться о правах и интересах других участников оборота⁸⁷⁵. Соответственно, английскому праву чужд и общий запрет причинения любого вреда, хотя в

⁸⁷¹ Лугманов Р.Р. Деликтное право, как способ взыскания чисто экономических убытков // Вестник экономического правосудия РФ. 2019. № 2. С. 115- 153.

⁸⁷² Bussani M., Palmer V. *Pure Economic Loss in Europe*. Cambridge, 2003. P. 128.

⁸⁷³ Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. С. 403–404.

⁸⁷⁴ Van Dam C. *European Tort Law*. 2nd ed. Oxford University Press, 2013. P. 57.

⁸⁷⁵ Человек может как угодно проявлять небрежность по отношению ко всем на свете, если у него нет перед ними обязательств, см.: Lord Escher in *Le Lievre v. Gould* [1893]. См. также: Bussani M., Palmer V. *Op. cit.* P. 296–297.

отдельных случаях суд может увидеть специальную обязанность проявлять заботу (duty of care) в разрезе специального деликта (tort of negligence)⁸⁷⁶. Доказывание существования такой duty of care в целом может представлять заметные сложности, особенно если учесть действующий в Англии принцип caveat emptor⁸⁷⁷. Но в силу повышенного интереса к данному вопросу со стороны оборота и развития прецедентной практики в некоторых типичных случаях, нахождение такой обязанности не будет вызывать у суда особых проблем (например, в медицине у врачей по отношению к пациентам, в трудовом праве у работодателей по отношению к работникам и т.д.)⁸⁷⁸. На данном этапе развития английского права вопрос наличия обязанности проявлять заботу (duty of care) подлежит установлению в каждом разбираемом случае посредством трехступенчатого теста,⁸⁷⁹ согласно которому при рассмотрении конкретного дела необходимо последовательно ответить на три вопроса: 1) мог ли ответчик предвидеть, что его поведение повлечет соответствующие негативные последствия с учетом разумных требований к его осмотрительности; 2) имеются ли между истцом и ответчиком достаточно тесные отношения; 3) будет ли отвечать критерию справедливости возложение обязанности (duty of care) на ответчика при имеющихся обстоятельствах⁸⁸⁰.

В Германии в силу широкого применения концепции Treu und Glauben (§ 242 ГГУ и т.д.) можно уверенно говорить также и о достаточно широком действии вспомогательных защитных обязанностей (Schutzpflichten) учитывать права и законные интересы контрагента. И хотя германское деликтное право традиционно направлено на защиту объектов абсолютных прав, вынуждая практику прибегать к обходным путям для расширения круга объектов,

⁸⁷⁶ Bussani M., Palmer V. Op. cit. P. 139; Pure Economic Loss. Edited by W. H. van Boom, Helmut Koziol & Christian A. Witting. 2004. P. 11. ^[1]_{SEP}

⁸⁷⁷ Рудоквас А.Д. Некоторые проблемы применения ст. 431.2 ГК РФ в связи с принципом добросовестности // Вестник гражданского права, Том 17, № 2, 2017, С. 35; Лугманов Р.Р. Умолчание об обстоятельствах: критерии определения информации, подлежащей раскрытию // Законодательство. 2017. № 9. С. 48.

⁸⁷⁸ Bussani M., Palmer V. Op. cit. P. 141.

⁸⁷⁹ Впервые он был применен в деле Caparo Industries PLC v. Dickman [1990].

⁸⁸⁰ В специальной литературе встречаются и другие тесты, что отражает общий дискуссионный настрой доктрины и практики по отношению к такого рода неоднозначной проблеме.

подлежащих защите⁸⁸¹, именно добросовестность позволила обосновать широкий круг договорных, преддоговорных и пост-договорных обязанностей, не предусмотренных договором. На основе широкого действия этой концепции, судебная практика выработала большое количество случаев, когда от соответствующей стороны будет ожидать проявление заботы об интересах контрагента.

В российском правовом порядке при всех проблемах общепризнанного подхода к пониманию генерального деликта и сомнительности самой возможности компенсации чисто экономических потерь,⁸⁸² сам по себе вопрос формального обоснования защитных обязанностей не вызывает сложностей. П. 3 ст. 307 ГК РФ по аналогии с абз. II ст. 241 ГГУ прямо обязывает участников оборота на всех стадиях развития правоотношения учитывать права и законные интересы друг друга⁸⁸³.

Прежде мы уже подвергли критике столь широкое и неопределенное правило, несколько не способствующее правовой определенности, поскольку оно дает мало шансов предсказуемо и без обращения к судебной практике понять, какое именно добросовестное поведение ожидается законодателем от конкретного участника оборота в конкретном правоотношении. И поскольку требование об учете прав и законных интересов контрагента является максимально абстрактным, нам следует обратиться к конституционно значимым принципам и ценностям, взвешивание которых позволит найти баланс интересов сторон в конкретном деле.

Как разъяснил Конституционный суд РФ, указание в новой статье 75.1 Конституции Российской Федерации на то, что в Российской Федерации создаются условия для устойчивого экономического роста страны и повышения благосостояния граждан, для взаимного доверия государства и общества,

⁸⁸¹ Markesinis B., Unberath H. The German law of torts. A comparative treatise. Oxford, 2002. P. 25; Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. С. 363.

⁸⁸² Лугманов Р.Р. Деликтное право, как способ взыскания чисто экономических убытков // Вестник экономического правосудия РФ. 2019. № 2. С. 138- 149.

⁸⁸³ Лугманов Р.Р. Принцип добросовестности и вспомогательные обязательства в германском частном праве// Законодательство. 2019. № 2. С. 78.

гарантируются защита достоинства граждан и уважение человека труда, обеспечиваются сбалансированность прав и обязанностей гражданина, социальное партнерство, экономическая, политическая и социальная солидарность, направлено на достижение в государственной политике, в правовом регулировании и правоприменительной практике оптимального соотношения индивидуальной свободы и общественной солидарности. Это также конкретизирует положения о социальном государстве и согласуется с принципом недопустимости нарушения прав и свобод других лиц при осуществлении своих прав и свобод (статья 7, 17, часть 3 Конституции Российской Федерации)⁸⁸⁴.

Мы считаем, что защитная информационная обязанность до и после заключения договора чаще всего не будет отличаться⁸⁸⁵, поскольку дело не в стадии развития отношений, а в виде защищаемого интереса, который в нашем случае одинаковый на любой стадии⁸⁸⁶. В этом смысле на одной чаше весов должна быть не свобода договора, имеющая свое решающее значение до заключения договора, а более общий, но принципиально схожий принцип частной автономии, обслуживающий частный интерес посредством автономии воли на основе самоопределения и личной ответственности.

На другой чаше весов как правило находятся ценности, связанные с жизнью, здоровьем контрагента и его имущественной неприкосновенностью.

Несмотря на то, что, как мы видели, в литературе нет единого мнения об иерархии конституционных ценностей, мы считаем, что ценность жизни и здоровья человека имеют априорно большую значимость, чем право стороны переговоров (или договора) самостоятельно определять линию своего поведения

⁸⁸⁴ Заключение Конституционного суда РФ от 16 марта 2020 г. № 1-3 О соответствии положениям глав 1,2 и 9 Конституции Российской Федерации не вступивших в силу положений Закона Российской Федерации О поправке к Конституции Российской Федерации «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти, а также о соответствии Конституции Российской Федерации порядка вступления в силу статьи 1 данного Закона в связи с запросом Президента Российской Федерации».

⁸⁸⁵ Нам. К.В. Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук «Принцип добросовестности. Основы теории и правоприменения в контексте немецкого правового опыта». М. 2021. С. 246.

⁸⁸⁶ Case 1: Courgettes perishing. Zimmermann, Whittaker. Op. cit. P. 178.

в соответствии со своими предпочтениями⁸⁸⁷. Однако, признавая ключевую ценность личных прав на жизнь и здоровье, мы не готовы пойти настолько далеко, чтобы пытаться обосновать всеобщую обязанность активной защиты личных прав вне связи с наличным или предполагаемым договором либо требованиями закона⁸⁸⁸.

Вступление участников оборота в переговоры о заключении договора вызывает в той или иной степени состояние связанности и даже некоторой зависимости от поведения контрагента⁸⁸⁹. Участники переговоров пусть в разной степени, но вынуждены полагаться на то обстоятельство, что другая сторона заинтересована только в заключении (и потом исполнении) договора и что цель вступления в переговоры, его заключения (исполнения) диктует подразумеваемое состояние доверия между контрагентами. Общая направленность на заключение (исполнение) договора не может иметь сопутствующее средство в виде причинения вреда контрагенту⁸⁹⁰. Таким образом, ради заключения договора нельзя ставить под угрозу жизнь или здоровье контрагента⁸⁹¹. Во всех остальных случаях интерес лица, которое владеет информацией, направленный на заключение договора, никак не конфликтует с сопутствующим интересом контрагента в сохранении своей личной неприкосновенности.

⁸⁸⁷ В специальной литературе подчеркивается, что если говорить об иерархии ценностей, то ценность неприкосновенности личности является самой высокой. С другой стороны, интерес, связанный с владением, использованием и распоряжением собственностью является менее значимым. И наконец, шанс получения будущей прибыли должен находиться на еще более низкой ступени. Так же указывается, что если ценность последнего рода ставить в один ряд с ценностями, опосредующими абсолютные права, то отсутствие у них очевидных контуров неизбежно приведет к ограничению экономической свободы участников гражданского оборота через необоснованное расширение обязанностей *duty of care*. См.: Koziol H. *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*. Wien, Jan Sramek Verlag, 2015 P. 877–878. См. также: Bussani M., Palmer V. *Op. cit.* P. 21–22; Pure Economic Loss. *Op. cit.* P. 47.

⁸⁸⁸ В этом смысле знание, например, соседа по лестничной площадке о некоторой опасности, исходящей от использования какой-то вещи, и наблюдение за тем, как только что сосед занес подобную вещь в свою квартиру, само по себе не накладывает на сторону, обладающую информацией, обязанности ее раскрыть. См. Флейшиц Е.А. *Избранные труды по гражданскому праву*. В 2 т. Т. 2.- М.: Статут, 2015. С. 369-370.

⁸⁸⁹ Нам К.В. Повседневная преддоговорная ответственность и договор с защитным эффектом в пользу третьего лица // *Вестник экономического правосудия РФ*. 2018. № 12. С. 35

⁸⁹⁰ Например, продавец проводит предпродажную подготовку объекта принципиально опасного для здоровья покупателя, о чем он знает, но молчит.

⁸⁹¹ Нам К. В. Развитие принципа добросовестности (*Treu und Glauben*). Современный этап. Внутренняя систематика / К. В. Нам // *Вестник экономического правосудия Российской Федерации*. - 2018. - № 7. - С. 32.

Солидарность, как одна из конституционно защищаемых ценностей, позволяет участнику оборота быть уверенным, что, заботясь о чужой неприкосновенности, контрагент также проявит необходимую заботу об интересах противоположной стороны. Более того, поскольку раскрытие информации для владеющей этой информацией стороны зачастую не влечет каких-либо расходов⁸⁹², а произведенные инвестиции в получение такой информации были осуществлены вне связи с будущим риском ее раскрытия, то частная автономия такого обладателя информации может быть ограничена во имя более высокой ценности- личной неприкосновенности контрагента в виде его жизни и здоровья⁸⁹³.

Ситуация может несколько поменяться, если рассматриваемое лицо не владеет информацией. В изученных зарубежных правовых порядках знание релевантной информации как правило является необходимым условием информационной обязанности. Однако, данное условие не критично, если доверие стороны к компетенции ее контрагента вызвано, например, его особой профессиональной компетенцией либо более близким к источнику информации положением⁸⁹⁴. Мы видели, как на врачей накладывались дополнительные обязанности повышать свой уровень компетенции, что, конечно, ни в коем случае не выливалось в обязанность быть осведомленным обо всех аспектах медицины⁸⁹⁵. Однако, накладывая на такую сторону обязанность информировать себя для последующей передачи информации контрагенту, необходимо сделать такие случаи относительно предсказуемыми и в этом смысле избежать излишнего субъективизма в принятии судом решения по делу. Препятствием на пути к произволу и необоснованному ограничению автономии воли может быть

⁸⁹² В научной литературе можно встретить аргумент, что «... обязанность связана с тем, что он имеет больше возможностей предотвратить потенциальный вред». См.: Нам. К.В. Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук «Принцип добросовестности. Основы теории и правоприменения в контексте немецкого правового опыта». М. 2021. С. 128.

⁸⁹³ Как мы увидим далее, минимально необходимая забота об обеспечении неприкосновенности личности контрагента может найти объяснение и через принцип солидарности, который в том числе направлен и на защиту интересов слабой стороны, чья слабость проявляется в неизбежной степени зависимости от противоположной стороны во время преддоговорного или договорного взаимодействия.

⁸⁹⁴ И снова ситуация с продажей дома, зараженного термитами см.: М. Fabre-Magnan Op. cit. P. 87.

⁸⁹⁵ Cour de cassation, Chambre civile 1, du 5 janvier 1985, 83-13.560

обязанность суда выполнять тест на пропорциональность, который предполагает определение трех его элементов: обоснованности, необходимости и соразмерности.

Обоснованность - оценка реальности и действительности угрозы. Необходимость — это оценка предполагаемых действий со стороны обязанного лица. Это ответ на вопрос, нужно ли было вводить именно такое ограничение права, либо можно было другими средствами достичь той же цели защиты интересов контрагента от реальной и действительной угрозы. И наконец, соразмерность - соотношение выгод (положительный результат) и издержек (любое ограничение всегда носит печать некоторого негатива для заинтересованного лица). Прохождение данного теста и обоснование его результатов в мотивировочной части решения суда может служить делу защиты стабильности оборота от судебного произвола.

Точно так же обоснованное доверие возникает на стороне договора и вне связи с его профессиональным статусом, например, в силу длительности хозяйственных связей, когда интересы контрагента уже стали предсказуемыми и в этом смысле опасности для данного контрагента потенциально легче распознаваемы.

Опускаясь ниже по воображаемой иерархии ценностей, следует отметить, что все сказанное полностью справедливо и для имущественной целостности, зависящего от доверия контрагента, поскольку любое индивидуальное имущество – это в первую очередь не просто объект права собственности, а необходимое продолжение или даже средство обеспечения свободы личности и ее достоинства. В целом, представляется не заслуживающей внимания идея о возможности полноценного развития личности без имущественной обеспеченности.

И наконец, поскольку имущественные интересы принципиально шире только сохранения целостности вещей, может возникать вопрос о необходимости раскрытия информации о потенциальных экономических

потерях контрагента, не связанных с нарушением целостности объектов абсолютных прав.

Мы уже критиковали утверждение о том, что само по себе знание стороны о заблуждении контрагента будто бы свидетельствует о ее недобросовестности. В этом смысле без убедительных обоснований определения четкой границы осуществления свободы договора совершенно неприемлемо автоматически постулировать наличие недобросовестности, выводимое лишь из факта знания о заблуждении контрагента⁸⁹⁶.

Помимо обозначенных аспектов рассматриваемого вопроса, следует указать, что с экономической точки зрения, сторона, утаивающая информацию, имеющую значение для целей защиты личной или имущественной неприкосновенности договорного контрагента, разделяет благо, и информацию о нем. Сделка, совершенная в условиях такого разделения, принципиально не способна предсказуемо переместить блага в сторону их наиболее ценного использования, являясь по сути источником чистых социальных потерь⁸⁹⁷.

С другой стороны, информационная обязанность, защищающая указанные интересы, будет способствовать реализации правила «раскрой или воздержись» наиболее эффективным образом. Такая обязанность будет снижать вероятность будущего вреда, потенциальные административные издержки, связанные с судебными разбирательствами по случаю причинения вреда, а также будет способствовать снижению необходимости производить социально бесполезные защитные инвестиции против скрывающих такого рода информацию контрагентов⁸⁹⁸.

Таким образом, отвечая на поставленный в начале вопрос, нужно отметить, что в случае знания договорного партнера или стороны в переговорах о фактах, потенциально опасных для жизни, здоровья или имущества (как объекта абсолютных прав) контрагента, такая информация должна раскрываться,

⁸⁹⁶ Несмеянова С.Э. К вопросу об иерархии конституционных ценностей // Правовая парадигма. 2017. Т. 16. № 4. С. 72.

⁸⁹⁷ Saul Levmore. *Op. cit.* P. 135.

⁸⁹⁸ Кутер Р., Улен Т. Указ. соч. С. 514; Saul Levmore. *Op. cit.* P. 135.

поскольку это соответствует принципу солидарности, общей цели вступления в переговоры или в договор, а также имеющим конституционное значение интересам в защите жизни, здоровья, имущественной неприкосновенности участников оборота и в целом генеральной цели увеличения благосостояния граждан.

2.6.6. Информация и достижение цели исполнения договорного обязательства

Данный вид информационных обязанностей традиционно не привлекает к себе много внимания в научной литературе⁸⁹⁹. В отечественной судебной-арбитражной практике можно встретить дела, в которых со ссылкой на принцип добросовестности обнаруживаются информационные обязанности, связанные с исполнением договора. Так, например, в п. 10 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7 со ссылкой на п. 3 ст. 307 ГК РФ указано, что должник обязан принять все разумные меры для уменьшения ущерба, причиненного кредиторю обстоятельством непреодолимой силы, в том числе уведомить кредитора о возникновении такого обстоятельства⁹⁰⁰. В другом судебном акте содержится правовая позиция, согласно которой сторона при наличии обстоятельств, препятствующих ей своевременно произвести оплату по договору, должна в силу общей обязанности добросовестного поведения, немедленно уведомить об этом контрагента⁹⁰¹.

В абз. 3 п. 57 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 22.11.2016 № 54 указано, что сторона, намеревающаяся приостановить исполнение своего обязательства или отказаться от его исполнения на основании обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что другая сторона не произведет исполнение в установленный срок, обязана в разумный срок предупредить

⁸⁹⁹ Очень важно не смешивать информационные обязанности, влияющие на исполнение договора, и договорные (в хронологическом смысле) информационные обязанности. Первые могут быть шире вторых. См. подробнее Лугманов Р.Р. Функциональный критерий разграничения информационных гражданско-правовых обязательств// Закон и Власть. 2021. № 1. С. 43-48.

⁹⁰⁰ Указанная правовая позиция была дублирована в п. 10 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 22.11.2016 № 54.

⁹⁰¹ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 25.12.2018 № 09АП-62783/2018 по делу № А40-200893/18

последнюю об этом⁹⁰². Такое же поведение управомоченного лица ожидается в случае утраты у него интереса к принятию исполнения из-за просрочки должника⁹⁰³.

Также обязанность позитивного информирования как правило обнаруживается в контексте применения правил об условных сделках (п. 3 ст. 157 ГК РФ) и условном исполнении обязательств (ст. 327.1 ГК РФ). Соответственно, если стороны обусловили возникновение прав и обязанностей, а равно их исполнение, осуществление, изменение или прекращение, в зависимости от совершения определенных действий или наступления определенных обстоятельств, то сторона, которая владеет информацией о соответствующем действии или обстоятельстве должна сообщить об этом другой стороне, не владеющей такой информацией⁹⁰⁴.

В целом анализ судебно-арбитражной практики показал, что обнаружение судом обязанности информирования об обстоятельствах, так или иначе связанных не только с упомянутыми препятствиями к исполнению⁹⁰⁵, но и в целом с обстоятельствами, влияющими на договорное исполнение, является довольно распространенным явлением⁹⁰⁶. Соответственно, в целях повышения для участников оборота предсказуемости обнаружения таких не предусмотренных договором обязанностей следует дать объяснение по поводу возможных причин такой ситуации.

⁹⁰² Данная правовая позиция была многократно процитирована в практике нижестоящих инстанций. См. например, Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 18.03.2019 № 10АП-20854/2018 по делу № А41-26593/18; Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 05.07.2018 № Ф06-34568/2018; и т.д.

⁹⁰³ Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 26.03.2019 № Ф04-466/2019.

⁹⁰⁴ Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 20.12.2018 № 08АП-11960/2018 по делу № А46-5660/2018; Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 13.12.2018 № Ф04-5462/2018 по делу № А46-5734/2018 и т.д.

⁹⁰⁵ п. 4 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 3 (2018); Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 03.04.2018 № 5-КГ18-17; Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 26.11.2018 № 18АП-15648/2018 по делу № А76-13356/2018; Постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 03.12.2018 № 14АП-9745/2018 по делу № А44-4878/2018; Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 11.04.2019 № Ф04-778/2019 по делу № А45-14260/2018 и т.д.

⁹⁰⁶ Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 20.03.2019 № Ф06-44482/2019; Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 30.03.2018 № Ф07-2526/2018; Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 26.07.2018 № Ф10-2219/2018 и т.д.

Конституционный суд в одном из рассмотренных дел раскрывая конституционно-правовой смысл п. 3 ст. 307 ГК РФ указал, что взаимодействие участников оборота должно подчиняться принципу солидаризма⁹⁰⁷. Аналогичные правовые позиции встречаются и в судебной-арбитражной практике⁹⁰⁸. Помимо прочего в новой статье 75.1 Конституции РФ вводятся такие конституционные ценности, как социальное партнерство, экономическая, политическая и социальная солидарность. При этом следует признать, что пока довольно трудно уверенно понять, что конкретно имеется в виду в Конституции РФ и как новые ценности соотносятся с уже обозначенной конституционно-правовой ценностью под названием принцип солидаризма⁹⁰⁹.

Однако, в правовой науке требования солидарности (сотрудничества, оказания содействия) стали известны довольно давно. Идея солидарности пронизывала всю историю человеческого развития, что предопределялось условиями жизни человека в конкретном историко-культурном контексте⁹¹⁰.

К XIX в. индивидуализм приобрел опасные для стабильности общества формы, что в итоге привело к реакции в виде попыток сформулировать специальные меры, обеспечивающие сотрудничество участников оборота⁹¹¹. Основу новым идеям социальной солидарности обеспечили работы таких ученых как Э. Дюркгейм, Л. Дюги, О. Конт.

Так, например, О. Конт считал, что социальное чувство должно рассматриваться как необходимое основание всякой здоровой морали. Предлагаемая им новая философия должна постоянно стремиться обнаруживать связь каждого со всеми. О. Конт отмечал, что у человека нет иной возможности

⁹⁰⁷ Постановление Конституционного Суда РФ от 10.03.2016 № 7-П "По делу о проверке конституционности части 1 статьи 21, части 2 статьи 22 и части 4 статьи 46 Федерального закона "Об исполнительном производстве" в связи с жалобой гражданина М.Л. Ростовцева".

⁹⁰⁸ Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 11.04.2019 № Ф04-778/2019 по делу № А45-14260/2018; Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 10.07.2018 № Ф04-2416/2018 по делу № А27-12804/2017; Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 28.12.2017 № Ф04-4932/2017 по делу № А70-14907/2016.

⁹⁰⁹ Окара А.Н. Идеология и философия солидаризма. Материалы научного семинара. Вып. № 9. М.: Научный эксперт, 2010. С. 11 (128).

⁹¹⁰ Ем В.С., Яценко Т.С. Функциональное назначение и сфера применения принципа солидарности в гражданском праве. Вестник гражданского права. 2018. Т. 18. № 6. С. 9-29.

⁹¹¹ Дюркгейм Э. О разделении общественного труда / Пер. с фр. и послесл. Л.Б. Гофмана. М.: Наука, 1991. С. 8.

продлить свое существование иначе, как посредством рода. А значит, у человека нет иного пути, кроме как по возможности полнее слиться с обществом. В этом смысле удовлетворение общественной пользы будет необходимым средством обеспечения и частного благополучия.⁹¹²

Э. Дюркгейм отмечал ведущую роль социальной связи (солидарности) между людьми, выделяя два типа такой связи: механическую (характерную для ранних обществ)⁹¹³ и органическую (основанную на разделении труда и функций)⁹¹⁴. Э. Дюркгейм подметил важную особенность цивилизованного общества: чем глубже будет разделение труда, тем в большей степени люди будут зависеть друг от друга⁹¹⁵. Чем больше в обществе разнообразия, тем выше взаимная терпимость и шире основа для демократии. При этом отмечалось, что общество не может эффективно функционировать исключительно на принципах личного интереса.

Л. Дюги под солидарностью понимал факт взаимной зависимости, соединяющей в силу общности потребностей и разделения труда членов общества.⁹¹⁶ Он выступал решительно против придания какой бы то ни было ценности субъективным правам, отказывая в их принадлежности как индивиду, так и обществу в целом. Он говорил об «известном состоянии», «положении» людей в обществе, тесно ограниченном положением других, принужденных к определенному поведению (исполнять свой долг)⁹¹⁷.

Работы этих ученых заложили основу социологического направления юриспруденции, существенной чертой которого является признание сотрудничества в качестве важнейшего факта социальной жизни.

Идея солидарности традиционно рассматривается в трех аспектах, отражающих проявление данных взглядов в различных функциональных

⁹¹² Конт О. Дух позитивной философии: Слово о положительном мышлении / Пер. с фр.; Предисл. М.М. Ковалевского. 2-е изд. М.: Книжный дом "Либроком", 2011. С. 80.

⁹¹³ Дюркгейм Э. Указ. соч. С. 71.

⁹¹⁴ Дюркгейм Э. Указ. соч. С. 109.

⁹¹⁵ Дюркгейм Э. Указ. соч. С. 63.

⁹¹⁶ Дюги Л. Социальное право. Индивидуальное право. Преобразование государства / Пер. А. Либензона. СПб.: Изд. Юридического книжного магазина Н.К. Мартынова, комиссионера государственной типографии, 1909.С.7.

⁹¹⁷ Дюги Л. Указ. соч. С. 9.

областях: 1) социальная солидарность как источник, причина и конечная цель субъективных прав⁹¹⁸; 2) социальная солидарность как средство обеспечения интересов отдельных групп субъектов⁹¹⁹; 3) социальная солидарность в прикладном значении как средство достижения участниками разнообразных правоотношений целей, ради которых они в такие отношения вступают⁹²⁰.

Данная проблема вызывала научный интерес и у советских ученых⁹²¹, которые, правда, часто рассматривали солидарность в народном хозяйстве как неизбежное следствие отсутствия антагонизма классов в контексте общности интересов рабочих, крестьян и интеллигенции при ведущей роли государственных интересов.⁹²² Если же говорить в более утилитарном смысле, то солидарность проявлялась, например, в требовании к кредитору учитывать трудности должника в процессе исполнения обязательства, предполагая более активную продолжниковую позицию, с целью уменьшения вредных последствий его неисправности⁹²³.

В современном отечественном гражданском законодательстве идеи солидарности нашли выражение, например, в ст. 718, 750, 762, 1031 ГК РФ и др.

В целом, идея солидарности подкупает своей привлекательностью, по крайней мере в утилитарном смысле. В ситуации, когда речь идет о содействии должнику в исполнении обязательства, чисто эгоистические интересы кредитора и должника во многом должны совпадать⁹²⁴. Строго говоря, любое обязательство

⁹¹⁸ Каждый член общества, играя определенную социальную роль, выполняет социальную обязанность. Субъективные права нужны человеку именно в целях наилучшей реализации своей деятельности, но в той мере, чтобы поддерживать социальную солидарность. См. подробнее: Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства. М.: 1908. С. 21 – 22.

⁹¹⁹ Например, речь может идти о защите интересов слабой стороны правоотношений, об обеспечении человеку минимального уровня средств к существованию, несмотря на долги и т.п. См.: В.С. Ем., Т.С. Яценко. Указ. соч. С. 9-29.

⁹²⁰ В этом смысле можно привести в пример абз. 2 ст. 168 ГК РСФСР 1964 г., согласно которому каждая из сторон должна исполнять свои обязанности наиболее экономичным для социалистического народного хозяйства образом и оказывать другой стороне всевозможное содействие в исполнение ею своих обязанностей. Сейчас требование о содействии повторяется в п. 3 ст. 307 ГК РФ.

⁹²¹ Флейшиц Е.А. Указ. соч. С. 511-516.

⁹²² Новицкий И.Б. Солидарность интересов в советском гражданском праве (отношения товарищеского сотрудничества и социалистической взаимопомощи). М.: Госюриздат, 1951. С. 51-52.

⁹²³ Гавзе Ф.И. Обязательственное право (общие положения). Минск: Изд-во БГУ им. В.И. Ленина, 1968. С. 43 – 45. Советское гражданское право том 1. Под редакцией Заслуженного деятеля науки РСФСР, доктора юридических наук, профессора О.А. Красавчикова// Изд. 3-е. М. 1985. С. 474; Иоффе О.С. Правоотношение по советскому гражданскому праву. – Ленинград: Из-во Ленинградского ун-та. –1949. С. 48 (144)

⁹²⁴ Нам. К.В. Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук «Принцип добросовестности. Основы теории и правоприменения в контексте немецкого правового опыта». М. 2021.С. 109

стремится к своему исполнению; каждый участник оборота по общему правилу вступает в отношения именно для достижения экономической цели, опосредованной моментом исполнения обязательства⁹²⁵. И в этом смысле они находятся в необходимой зависимости друг от друга⁹²⁶. Да, в условиях эффективной конкуренции такая зависимость предельно ослаблена и по общему правилу неисполнение обязательства должником не должно приводить к хозяйственному коллапсу кредитора ввиду наличия механизма компенсации убытков и возможности заключить замещающий договор. Однако, такая оговорка верна лишь в сугубо правовой теории и формальное наличие юридических и рыночных компенсационных механизмов далеко не всегда помогает в реальной практике.

Во-первых, нужно учитывать слабо прогнозируемые административные издержки, которые неизбежно понесет общество в случае судебной защиты нарушенных договорных прав. Эти издержки в экономическом смысле бесполезны и являются примером внешних негативных эффектов.

Во-вторых, не нужно забывать о высоких транзакционных издержках, которые неизбежно возникнут при заключении замещающего договора. Такие дублирующие частные издержки входят в состав социальных потерь и в этом смысле снова бесполезны.

В-третьих, нужно учитывать, что срыв исполнения договора всегда имеет негативные внешние эффекты для третьих лиц прямо или косвенно, немедленно или с отложенным эффектом.

В-четвертых, нельзя забывать, что лицо, владеющее информацией, которая имеет значение для другой стороны в контексте достижения цели исполнения договорного обязательства, может являться самой дешевой стороной, способной помочь в предупреждении потерь контрагента.

⁹²⁵ Сарбаш С.В. Элементарная догматика обязательств: Учебное пособие / Исслед. центр частн. права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, Рос. школа частн. права. - М.: Статут, 2016. С. 36; Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 2: Общее учение об обязательствах и его отдельных видах. – М.: Статут, 2012. С. 109.

⁹²⁶ Гавзе Ф.И. Указ. соч. С. 44.

Соответственно, согласно теореме Коуза, в реальном мире ненулевых трансакционных издержек, приобретает огромное значение первоначальное распределение прав, которое должно помогать как бы имитировать тот результат, который был бы достигнут в мире без трансакционных издержек. В этом смысле наложение информационных обязанностей на контрагентов в целях соразмерной помощи в достижении цели договорного взаимодействия полностью соответствует экономической логике эффективного распределения ограниченных ресурсов и благ⁹²⁷.

Поэтому за исключением аномального развития отношений цель исполнения обязательства, как правило, должна совпадать для обеих сторон оптимально заключенного договора⁹²⁸. И для объяснения отсутствия непримиримого антагонизма интересов контрагентов и наличия их экономической зависимости совершенно не обязательно (да еще и со ссылкой на авторитет R. Demogue) прибегать к искусственным аналогиям и приравнивать сторон договора к партнерам, а сам договор считать квазикommerческим партнерством, временным товариществом, образованным для определенной цели⁹²⁹.

Следует отметить, что и вне связи с п. 3 ст. 307 ГК РФ, обязательственное право подразумевает некоторое необходимое участие кредитора в судьбе обязательства, поскольку требование о его надлежащем исполнении распространяется и на кредитора, выливаясь в итоге в так называемые кредиторские обязанности⁹³⁰. Обязательственные отношения могут быть осложнены неучтенными в договоре потребностями в передаче информации,

⁹²⁷ «Стороны обязательственного правоотношения обязаны вести себя таким образом, как это требуется исходя из конкретной ситуации для достижения цели обязательства, для избежания возникновения возможных убытков, для обеспечения исполнения обязательства»- Нам. К.В. Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук «Принцип добросовестности. Основы теории и правоприменения в контексте немецкого правового опыта». М. 2021. С. 243.

⁹²⁸ Нам К.В. Развитие принципа добросовестности (Treu und Glauben). Современный этап. Внутренняя систематика// Вестник экономического правосудия Российской Федерации. № 7. 2018. С. 95-98.

⁹²⁹ François Diesse. Op. cit. P. 262

⁹³⁰ Сарбаш С. В. Исполнение договорного обязательства. – М.: Статут, 2005. – 636 с. [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

имеющей важное значение в контексте надлежащего исполнения⁹³¹. Соответственно, необходимое в конкретном случае договорное информационное взаимодействие полностью укладывается в утилитарную логику солидарности, связывающую целевой связью участников сделки⁹³².

Однако, очевидно, что главной экономической целью исполнения обязательства договорное взаимодействие не ограничивается. Всегда присутствует сопутствующая цель в сохранении своего имущества. Зачастую необходимость выполнения не предусмотренных в договоре действий не будет учтена в его цене. Это может повлечь дополнительные неучтенные расходы, потерю времени, иные неблагоприятные последствия для исправной стороны. Соответственно, наложение судом обязанности сотрудничать в форме информационной обязанности не должно приводить к несоразмерным потерям на соответствующей стороне и тем более к иждивенчеству контрагента. В этом смысле как никогда удобно обратиться к тесту на пропорциональность для того, чтобы найти баланс интересов в конкретном случае в целях обеспечения договорной солидарности.

Более того, не будет большой ошибкой отметить, что общность цели в исполнении обязательства становится мало актуальной (в утилитарном аспекте солидарности) в ситуациях отказа от договора, непреодолимой силы и т.п. вынужденных обстоятельствах. В подобных случаях передача информации может и не составлять больших сложностей для управомоченного лица в виду ее нематериального содержания, что, однако, требует помнить, что сколько-нибудь значительные расходы, связанные с помощью неисправной стороне в условиях отпавшей общности интересов в исполнении договора, должны быть достаточно обоснованными и не приводить к несоразмерным ограничениям прав исправной стороны⁹³³.

⁹³¹ Сарбаш С.В. Элементарная догматика обязательств: Учебное пособие / Исслед. центр частн. права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, Рос. школа частн. права. – М.: Статут, 2016. С. 20.

⁹³² См. так же Хохлов В.А. Общие положения об обязательствах: Учеб. пособие. М.: Статут, 2015. С. 188

⁹³³ Например, можно ожидать информирования контрагента о наступлении обстоятельств непреодолимой силы или факта потери интереса к исполнению ввиду просрочки исполнения, однако, нельзя ожидать выполнение такой обязанности информирования любой ценой при наличии серьезных технических, природных или

Таким образом, если до заключения договора интересы сторон во многом различны, то после прохождения точки их пересечения появляется новая сугубо утилитарная цель в виде исполнения обязательства, выступающего средством достижения согласованных индивидуальных интересов⁹³⁴. Каждая сторона формирует в глазах контрагента обоснованное доверие к собственной приверженности данной цели, что поддерживает отсутствие конфликта интересов на основе осознания взаимодополняемости участников сделки и их взаимозависимости⁹³⁵. После отпадения указанной цели, идея договорной солидарности требует от сторон проявлять минимально необходимое сотрудничество, которое может оцениваться с точки зрения достижения баланса уже конфликтующих интересов сторон на основе принципа пропорциональности.

2.6.7. Информационное взаимодействие в аспекте заключенности и действительности договора, а также иная преддоговорная коммуникация.

Проблема раскрытия информации об обстоятельствах, которые могут повлиять на действительность или заключенность договора гораздо шире проблемы информационного взаимодействия в аспекте правил о заблуждении или обмане. Прежде мы уже указывали, что знание о существенных обстоятельствах (в понимании ст. 178 ГК РФ) или даже знание о заблуждении стороны об этих обстоятельствах само по себе не отвечает на вопрос, почему контрагент должен проявлять заботу о контрагенте и раскрывать информацию и тем более не отвечает на вопрос почему он должен прилагать дополнительные и возможно затратные усилия для поиска этой информации с целью последующей ее передачи.

экономических обстоятельств, препятствующих использованию немедленного и недорогого способа передачи информации.

⁹³⁴ Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В. Обязанности при ведении преддоговорных переговоров// Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2013 г. № 6. URL: <http://base.garant.ru/57596794/#ixzz6L5OZZOoB>

⁹³⁵ Лугманов Р.Р. Умолчание об обстоятельствах: критерии определения информации, подлежащей раскрытию// Законодательство. 2017. № 9. С. 54.

Поскольку речь всегда будет идти об ограничении права лица (должника предполагаемой информационной обязанности), свободно определять свое поведение, нам никак не уйти от вопроса соотношения интересов сторон договора.

Как мы знаем, свобода одного лица осуществлять свои права имеет конституционным ограничителем осуществление прав другим лицом. В этом смысле свобода одной стороны определять свое поведение неизбежно сталкивается со свободой другой стороны самостоятельно определять свое поведение. При таком линейном столкновении равнозначных ценностей найти предсказуемый баланс интересов попросту невозможно. Он будет возникать стихийно в силу самого факта владения информацией в определенном объеме и определяться простым правилом о допустимости осуществлять свои права настолько, насколько это позволяет ситуация и беспечность контрагента. Однако, естественный эгоизм осведомленной стороны может быть поставлен в некоторые изящные рамки, которые на деле оказываются ничем иным, как средством удовлетворения его же эгоистических интересов. Поскольку в договоре участвуют как минимум две стороны⁹³⁶, то нахождение оптимального баланса согласованных условий отвечает интересам обеих сторон. В этом смысле выгодный для осведомленной стороны договор порождает желаемые для нее последствия, которые могут быть поставлены под угрозу возможностью последующего оспаривания сделки по причинам, например, существенного заблуждения. В условиях презумпции оптимальности договора умолчание о препятствиях к действительности или заключенности этого договора теряет свой практический смысл. Как правило, конфликт интересов договаривающихся сторон является адекватным по отношению к любым условиям будущего договора кроме тех, которые закладывают мину⁹³⁷ последующего аннулирования

⁹³⁶ Для удобства и упрощения изложения мы всегда имеем в виду двусторонние соглашения.

⁹³⁷ Пример акцентирования внимания на том, кто был инициатором вступления в договор, впоследствии оказавшийся недействительным или незаключенным, см. Гнищевич Константин Викторович. Преддоговорная ответственность в гражданском праве (*culpa in contrahendo*): диссертация ... кандидата юридических наук : 12.00.03 / Гнищевич Константин Викторович; [Место защиты: ГОУВПО "Санкт-Петербургский государственный университет"].- Санкт-Петербург, 2010. С. 46.

сделки⁹³⁸. Соответственно, идея преддоговорной солидарности в прикладном значении позволяет достичь желаемый результат посредством необходимого сотрудничества.

Однако, сразу следует оговориться, что далеко не всякая существенная информация, имеющая решающее значение для вступления контрагента в сделку, должна раскрываться по данной логике. Мы исходим из той позиции, что преддоговорная солидарность сторон по общему правилу в большей степени отвечает их общим интересам только в том случае, если соответствующее незнание может привести к констатации ничтожности сделки или ее незаключенности⁹³⁹. Ничтожность и незаключенность суть явления объективные⁹⁴⁰. Однако, обоснование того факта, что солидарность на стадии заключения договора выгодна и осведомленной стороне, создает лишь предпосылку обязанности раскрытия информации в виде устранения конфликта интересов. В этом смысле справедливо будет заметить, что самого факта выгоды того или иного поведения для соответствующего лица никак недостаточно для вывода об обязательности такого поведения. Как мы знаем, идея самоопределения, выражающаяся в свободе принятия любых решений, имеет не только позитивную направленность. Мы имеем в виду, что экономическое самоуничтожение также охватывается частной автономией в рамках самоопределения и ее необходимой оборотной стороной – личной ответственностью. Как же ненавистен будет мир, в котором действия нам во благо будут поставлены нам же в обязанность! Поэтому дополнительным необходимым аргументом, склоняющим чашу весов в пользу раскрытия информации, является доверие стороны к действительности и заключенности договора и к отсутствию у контрагента желания вести себя противоречиво, создавая видимость заключенности и действительности договора вопреки

⁹³⁸ В этом смысле есть существенная разница между вытекающей из свободы договора личной ответственностью в виде риска несения убытков из-за безрезультатности переговоров и последствиями, связанными с безрезультатностью договора в силу противоречивого поведения контрагента, знающего о препятствиях к действительности или заключенности сделки.

⁹³⁹ Иная позиция: «Если контрагент знал о заблуждении, то обман». См. Брагинский М. И, Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. – М.: Статут, 1997. С. 172.

⁹⁴⁰ Если не брать в расчет гипотетическую возможность конвалидации сделки в случае ее ничтожности.

знанию о существенных препятствиях к этому⁹⁴¹. В этом смысле сторона может вести себя как угодно, но до тех пор, пока это не затрагивает обоснованно ожидаемые права и законные интересы другой стороны.

В случае, если соответствующая сторона не знает обстоятельств, влияющих на ничтожность или заключенность сделки, например, информацию о лицах, имеющих право на пользование продаваемым жилым помещением⁹⁴² (ст. 558 ГК РФ), ее обязанность знать (совершить активные действия по получению информации с целью ее последующей передачи) будет вытекать из факта близости к источнику информации (более дешевого способа получения) либо состоянием обоснованного доверия, вызванного уважительными причинами: функциональной ролью (профессиональным статусом) лица, длительностью или возобновляемостью отношений, поведением лица, создающего в контрагенте уверенность в наличии особых знаний и компетенции в существенных для легитимности сделки вопросах (создание видимости либо принятие на себя дополнительных функций).

Помимо условий ничтожности и незаключенности договора, могут иметь значение обстоятельства, влекущие ее оспоримость⁹⁴³. В этом случае условно действительная сделка порождает ожидаемый правовой результат, который, правда, поставлен под условие соответствующего отменительного волеизъявления управомоченного лица. При этом мы не имеем никаких аргументов против потенциальной обязанности раскрытия информации о существенных обстоятельствах предмета сделки, о стороне и природе сделки, поскольку указанные характеристики обоснованно могут считаться объективно необходимыми для легитимации любой сделки.

⁹⁴¹ В контексте материального права мы мало интересуемся процессуальными вопросами доказывания тех или иных фактов. Однако, стоит признать, что, как и в проблеме с доказыванием умысла, знание информации часто будет сложно доказать. В этом смысле правопорядок потенциально может использовать презумпцию знания, опровержение которой ляжет на плечи ответчика.

⁹⁴² А такое помыслить принципиально возможно.

⁹⁴³ К аналогичным выводам мы приходим, анализируя различные акты «soft law». Лугманов Р.Р. Умолчание об обстоятельствах: критерии определения информации, подлежащей раскрытию// Законодательство. 2017. № 9. С. 53

И все изложенные выше аргументы, позволяющие на основе преддоговорной солидарности обосновать обязанность раскрытия информации, имеющей значение для судьбы сделки, также релевантны для обстоятельств, влияющих на оспоримость сделки.

Помимо сказанного нужно отметить, что экономическая логика полностью соответствует проведенному выше анализу. Ничтожность сделки, констатация ее незаключенности, недействительность оспоримой сделки в контексте заблуждения о ее предмете, субъекте или природе – это все примеры глубоких пороков сделки, которые ставят под сомнение саму возможность направления благ в сторону их наиболее ценного использования⁹⁴⁴.

При этом мы категорически против того, чтобы слепо уравнивать ценность данных объективно необходимых свойств действительной сделки с ценностью иных характеристик предоставления, информация о которых якобы имела решающее значение для согласия контрагента вступить в сделку либо вступить в сделку на определенных условиях⁹⁴⁵. В этом смысле буквальное толкование пп. 5 п. 2 ст. 178 ГК РФ в системной связи с п. 3 ст. 178 ГК РФ вроде должно привести к выводу, что законодатель имел в виду что-то другое, но не мотив сделки. Однако, это весьма сомнительно и в этом смысле надо честно признать, что в пп. 5 п. 2 ст. 178 ГК РФ говорится именно про мотивы, но объективно воспринимаемые другой стороной как имеющие решающее влияние на согласие стороны совершить сделку⁹⁴⁶.

Поскольку мотивы сделки могут касаться самых разнообразных обстоятельств (особой применимости предмета сделки, выгоды сделки, субъективных предпочтений и т.д.), не обязательно воспринимаемых в обороте

⁹⁴⁴ Franklin, Eric H. Op. cit. P. 563.

⁹⁴⁵ Следует признать, что несмотря на то, что изложено в ст. 432 и 424 ГК РФ, в реальной коммерческой практике в условиях конкуренции цена должна считаться одним из существенных условий договора (хотя бы в экономическом смысле). Соответственно, недостаточное внимание к проблеме влияния выгоды сделки на решение стороны ее совершить, является недальновидным подходом, явно искажающим реальную картину ежедневной коммерческой практики.

⁹⁴⁶ Рудоквас А.Д. Некоторые проблемы применения ст. 431.2 ГК РФ в связи с принципом добросовестности // Вестник гражданского права, Том 17, № 2, 2017, С. 41; Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. – М.: М-Логос, 2018. С. 757.

в качестве существенных, то причины раскрытия такой информации и тем более дополнительные усилия для поиска данной информации для последующей ее передачи контрагенту, должны быть дополнительно обоснованы⁹⁴⁷.

И наконец, нужно отметить, что преддоговорное информационное взаимодействие не может иметь правовое значение исключительно в контексте решения вопросов о заключенности или действительности договора. Лучше всего вести речь в целом о функциональной направленности информации на заключение договора. Такой подход чуть шире прежде изложенного и включает в сферу своего анализа ситуации, когда стороны не смогли дойти до стадии заключения договора, однако, взаимодействовали в переговорном процессе, а значит, могли причинить друг другу вред (в том числе чисто экономический). Вопросы вреда мы уже обсуждали выше, поэтому в данном параграфе лишь акцентируем внимание на цели⁹⁴⁸ такой преддоговорной коммуникации: заключении договора. В этом смысле, если такая цель стала невозможна или подвергается сомнению, сторона, которая первая узнала об этом, должна поделиться такой информацией со своим контрагентом.⁹⁴⁹

2.6.8. Иные факторы, потенциально влияющие на решение суда о наличии обязанности информирования

Далее мы приведем некоторые, как нам кажутся, наиболее релевантные аргументы, которые могут влиять на принятие решения о наличии обязанности информирования в заявленном контексте, при взвешивании конкурирующих интересов сторон. Обоснование решающего значения того или иного аргумента

⁹⁴⁷ Иная точка зрения: Мазур О.В. Преддоговорная ответственность: анализ отдельных признаков недобросовестного поведения // Закон. 2012. № 5. С. 197 - 205.

⁹⁴⁸ Подробнее о цели (функциональной роли) информационной обязанности: Лугманов Р.Р. Функциональный критерий разграничения информационных гражданско-правовых обязательств// Закон и Власть. 2021. № 1. С. 43-48.

⁹⁴⁹ Это особенно актуально в контексте проблемы несения имущественных рисков недостижения соглашения в результате проводимых переговоров. По общему правилу (п. 1 ст. 434.1 ГК РФ) стороны самостоятельно несут расходы, связанные с проведением переговоров. Однако, это правило имеет очевидное ограничение, которое связано с моментом утраты намерения заключить договор. Соответственно, с этого момента ожидание успешности завершения переговоров будет необоснованным. Само по себе прекращение переговоров не является предосудительным. Однако, об изменении планов такого контрагента обязательно должна узнать другая сторона. Определение Верховного Суда РФ от 22.05.2018 № 305-ЭС18-1723 по делу № А41-90214/2016; Определение Верховного Суда РФ от 29.01.2020 № 305-ЭС19-19395 по делу № А40-98757/2018.

при решении спора по делу является прямой задачей суда, при этом изложение такого обоснования в мотивировочной части избавит оборот от неопределенности права, позволит выработать предсказуемые правила поведения при нахождении участниками оборота схожих обстоятельств по типичным делам, что в конечном счете благоприятно скажется на стабильности оборота с одновременным повышением эффективности делового климата⁹⁵⁰.

2.6.8.1. Защита слабой стороны

Важной составляющей распределения риска неинформированности при заключении договора является то, что каждая из сторон самостоятельно несет ответственность за получение информации, необходимой для заключения договора. Такая ответственность является оборотной стороной самоопределения, выражающей необходимое и естественное положение вещей. В условиях отсутствия активного противоправного влияния контрагента на решение стороны заключить договор, создаются предпосылки заключения потенциально оптимального договора, выражающего интересы обеих сторон. Тот факт, что информация отсутствует на момент заключения договора и, например, может быть предоставлена только другой стороной, принципиально не является сколько-нибудь решающим условием возникновения обязанности осведомленной стороны блюсти интересы контрагента, раскрывая полезную для его решения информацию, если эта сторона, например, может отказаться от заключения договора⁹⁵¹. В этом смысле обязанность осведомленной стороны предоставлять информацию может иметь целью обеспечение договорной свободы другой стороны тогда, когда не срабатывают механизмы рыночной конкуренции, способные компенсировать дефекты преддоговорного взаимодействия.

В целом доктрина защиты слабой стороны сложилась в зарубежных

⁹⁵⁰ Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы. Т. 2: Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. М.: Статут, 2012. С. 33.

⁹⁵¹ Очевидно, что эта позиция не абсолютна, поскольку для того, чтобы сработал аргумент о последствиях свободного самоопределения неосведомленной стороны, нужно, чтобы она осознавала свою неосведомленность. Как следствие, принятие решений в условиях такой неосведомленности часто будет добровольным принятием на себя риска. Kovacs M. Op. cit. P. 32.

правопорядках довольно давно⁹⁵². В германском, французском и других развитых правопорядках имеются положения, направленные на защиту слабой стороны договора от так или иначе навязанных контрагентами условий.

Идея защиты слабой стороны прослеживается и в отечественном законодательстве⁹⁵³, а также нашла отражение и в судебной практике⁹⁵⁴. В 2014 г. в п. 9 Постановлении Пленума ВАС РФ № 16⁹⁵⁵ высказана идея о защите слабой стороны, существенной характеристикой которой является такое положение контрагента, находясь в котором ему сложно согласовать содержание отдельных условий договора. При этом в п. 10 Постановления суд пытается предложить некоторые критерии определения уровня переговорных возможностей: 1) было ли присоединение к договору вынужденным, 2) уровень профессионализма сторон, 3) конкуренцию на соответствующем рынке, 4) наличие у присоединившейся стороны реальной возможности заключить аналогичный договор с третьими лицами на иных условиях и т.д. Таким образом, мы видим, что слабая сторона – это не статус лица, а характеристика переговорных возможностей, которая может быть обусловлена рядом оценочных свойств, выявленных по результатам рассмотрения дела⁹⁵⁶.

В научной литературе в силу оценочного характера понятия слабой стороны, встречается значительное разнообразие признаков такого состояния:

а) повышенная заинтересованность одного из субъектов договора в заключении договора по сравнению с его контрагентом⁹⁵⁷; б) отсутствие

⁹⁵² Томтосов А.А. Новые подходы к защите слабой стороны договора // Свобода договора: сборник статей / А.А. Амангельды, В.А. Белов, А.А. Богустов и др.; отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2016 (СПС Консультант Плюс).

⁹⁵³ п. 3 ст. 428, 493, 682 ГК РФ.

⁹⁵⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 23.02.1999 № 4-П "По делу о проверке конституционности положения части второй статьи 29 Федерального закона от 3 февраля 1996 года "О банках и банковской деятельности" в связи с жалобами граждан О.Ю. Веселяшкиной, А.Ю. Веселяшкина и Н.П. Лазаренко". В данном Постановлении Конституционный суд указал, что именно с целью недопущения умаления свободы договора, нельзя ограничиваться констатацией формального равенства сторон. Иногда нужно предоставлять некоторые преимущества экономически слабой и зависимой стороне ради выравнивания фактических возможностей сторон. См. также Брагинский М. И, Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. – М.: Статут, 1997. С. 793.

⁹⁵⁵ Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14 марта 2014 г. № 16 "О свободе договора и ее пределах".

⁹⁵⁶ В абз. 4 п. 2 Постановления суд отступает от данной логики, связывая характеристику слабой стороны со статусом контрагента. Очевидно, что нет серьезных причин для ограничительного толкования, однако, следует заметить, что обнаруживая цель ст. 310 ГК РФ в защите слабой стороны, нужно признать принципиальную возможность такой характеристики по отношению к предпринимателю, а не только к потребителю.

⁹⁵⁷ Томтосов А.А. Указ. соч. С. 263

достаточной информации относительно предмета деятельности контрагента; в) отсутствие достаточной информации относительно прав, обязанностей или ответственности контрагентов⁹⁵⁸; г) необдуманность решения о заключении договора, принятого в условиях, очевидно способствующих принятию необдуманного решения и позволяющих утверждать отсутствие соответствия воли субъекта, принявшего решения, его волеизъявлению;⁹⁵⁹ д) непрофессионализм в сфере, в которой заключается договор⁹⁶⁰; е) неравные переговорные возможности;⁹⁶¹ ж) хозяйственная или информационная зависимость от контрагента;⁹⁶² з) наличие доверительных отношений⁹⁶³.

Список можно продолжать, что является логичным следствием оценочного характера категории слабой стороны⁹⁶⁴. Далеко не с каждым пунктом можно согласиться, однако, мы вправе высказать свое субъективное мнение об общем признаке слабой стороны: наличие не компенсируемой конкурентными рыночными механизмами деформации переговорных возможностей⁹⁶⁵, повлиявшей на способность стороны в полной мере самостоятельно определить модель своего преддоговорного поведения и вызвавшей доверие к контрагенту, что он не воспользуется слабостью данного положения.

⁹⁵⁸ В целом информационная асимметрия. Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы. Т. 2: Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. М.:Статут, 2012. С.387-393

⁹⁵⁹ Славецкий Д.В. Принцип защиты слабой стороны гражданско-правового договора : Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 : Самара, 2004. С. 60. Автор указывает, что эти признаки могут проявляться по-разному: все вместе, по одному или в различных комбинациях. Однако, каждый из этих признаков должен быть учтен при рассмотрении спора по делу.

⁹⁶⁰ Томтосов А.А. Указ. соч. С. 263; Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы. Т. 2: Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. М.:Статут, 2012. С.387-393

⁹⁶¹ Томтосов А.А. Указ. соч. С. 263; Брагинский М. И, Витрянский В. В. Указ. Соч. С. 793

⁹⁶² Крашенинников Е.А. Указ. соч. С. 101-102. При этом по мнению автора о хозяйственной зависимости свидетельствует то обстоятельство, что условия договора рассчитаны на их применение при заключении множества однотипных договоров; информационная зависимость стороны возникает, например, если ей предлагается подписать объемный текст договора, который она не может изучить в течение отведенного для его заключения времени, либо если текст договора содержит недоступные для ее понимания специальные термины. См. также Карапетов А. Г., Савельев А. И. Указ. соч. С. 387-393.

⁹⁶³ Карапетов А. Г., Савельев А. И. Указ. соч. С. 387-393.

⁹⁶⁴ Лисицкая А. Ю. Понятие «слабая сторона договора» / А. Ю. Лисицкая // Бизнес. Образование. Право. – 2017. – № 4 (41). – С. 329.

⁹⁶⁵ Карапетов А. Г., Бевзенко Р. С. Комментарий к нормам Гражданского кодекса Российской Федерации об отдельных видах договоров в контексте Постановления Пленума ВАС РФ «О свободе договора и ее пределах» // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2014. № 8. С. 4–97.

2.6.8.2. Профессиональный статус и доверие к компетентности

Использование специальных знаний в качестве обоснования обязанностей по раскрытию информации довольно часто встречается в практике зарубежных правовых порядков. В основе особого значения категории профессионализма в контексте информационного взаимодействия контрагентов лежит понятие доверия. С точки зрения экономики, доверие имеет бесспорное положительное влияние на количество и качество заключаемых договоров. Положительное воздействие доверия должно приводить к тому, что контрагенты не будут вести себя оппортунистически, что в свою очередь по идее влечет за собой общее снижение степени бдительности. Оппортунизм, как мы знаем, очень дорого обходится как сторонам конкретной сделки, так и всему рыночному обороту. Затраты на предупреждение оппортунизма и контрзатраты на обход этих предупредительных мер безусловно входят в состав социальных потерь, а значит, социально нежелательны⁹⁶⁶.

Постоянная специализация рыночной экономики, ускорение и усложнение рыночного оборота влечет за собой некоторое неудобство в самостоятельном сборе информации, если рядом находится лицо, которое может производить ее с меньшими затратами⁹⁶⁷. Однако, из этого факта нельзя делать вывод о наличии общего принципа, согласно которому каждое компетентное лицо должно предоставлять информацию. Следует помнить, что доверие может быть обоснованным или беспричинным. Сам по себе профессиональный статус лица не может служить необходимым признаком, свидетельствующим о неизбежном возникновении обязанности информирования.

Доверие к профессионализму контрагента является инструментом точечного правового воздействия на рыночные отношения. Все аргументы за и против раскрытия информации полностью адекватны в контексте отношений профессионала и обывателя. В этом смысле, если доверие к профессионалу и может иметь значение в целях раскрытия информации, то лишь в разрезе его

⁹⁶⁶ Маккай, Иян. Указ. соч. С. 481.

⁹⁶⁷ Маккай, Иян. Указ. соч. С. 484.

обоснованности некими дополнительными и довольно весомыми обстоятельствами, например, наличием близких родственников или длительных деловых отношений, характером бизнес-процесса, например, адвоката, аудитора, агента и т.д.

2.6.9. Обобщенные правила раскрытия информации

Проведенный анализ потенциальных информационных обязанностей и результатов их регуляторного воздействия выявил потребность учета наиболее релевантных факторов, среди которых в конечном итоге можно выделить: 1) объединение блага и информации о нем на одной стороне в целях повышения эффективности использования блага; 2) передача актуальной информации рынку посредством сигналов, создаваемых действиями информированных участников оборота; 3) интернализация внешних эффектов; 4) создание стимулов к производству социально полезной информации; 5) предотвращение оппортунизма.

Увеличение общественного благосостояния происходит с помощью создания новых благ, появления нового использования привычных благ, снижения затрат на производство благ, а также перемещения благ в сторону их наиболее ценного использования. Другой общественно полезной целью является предотвращение социальных потерь стороной, для которой это сделать легче всего.

Общий анализ показал, что несмотря на проблему высоких транзакционных издержек, сдерживающих перемещение благ в сторону их наиболее ценного использования, раскрытие информации как общее правило стратегически неэффективно. Соответственно, обобщая все изложенное, актуальными представляются следующие правила:

1. Покупатель не обязан раскрывать информацию о приобретаемом благе, планируемом новом использовании и рыночных факторах, влияющих на цену данного блага, которую продавец не смог обнаружить в течение разумного периода времени, даже если такая информация является

существенной для решения продавца совершить сделку, за исключением случаев, указанных в п. 1, 2 и 3 раздела «Исключительные обстоятельства»

2. Покупатель обязан раскрыть информацию, связанную со своим встречным предоставлением, если информация влияет на решение контрагента вступить в договор, либо касается безопасности имущества и деловой репутации продавца. Например, информация о кредитоспособности покупателя, нахождении в санкционном списке, наличии/ отсутствии гражданства, если это важно в силу специфики договорных отношений, и т.п.
3. Продавец обязан раскрыть информацию, которая, как известно продавцу, является существенной для принятия решения покупателем совершить сделку, либо влияет на личную или имущественную безопасность контрагента.
4. Продавец не обязан раскрывать информацию, которая способствует повышению общественного благосостояния через создание новых благ, новое использование благ, создание более дешевых и качественных заменителей прежде использовавшихся благ⁹⁶⁸.
5. Обе стороны обязаны информировать друг друга в случае очевидно наблюдаемого заблуждения контрагента в основных вопросах будущей сделки, влияющих на саму возможность заключения эффективной сделки: о предмете, субъекте и ее природе, а также об обстоятельствах, свидетельствующих о ничтожности или незаключенности сделки либо об изменении намерений достичь соглашения с данным контрагентом в результате ведения переговоров.
6. Обе стороны обязаны раскрыть друг другу информацию, очевидно свидетельствующую о возникшей невозможности достижения цели

⁹⁶⁸ В этом случае продавец дополнительно подает правильные ценовые сигналы, воздействуя на рыночное предложение, освобождаясь от активов, которые вскоре подешевеют в результате собственной новаторской активности.

исполнения договорного обязательства или о создании значительной угрозы для такой цели.

7. В исключительных случаях суд может установить, что та или иная сторона обязана была раскрыть информацию своему контрагенту, если ее действия основывались на явно выраженной перераспределительной информации и побочно генерировали на рынке ложные ценовые сигналы.

Исключительные обстоятельства, которые могут учитываться судом:

1. Стороны заключили соглашение, предусматривающее определенные правила раскрытия информации на той или иной стадии гражданско-правового взаимодействия;
2. Отношения сторон основываются на высокой степени доверия и уверенности, что вызывает разумное ожидание раскрытия соответствующей информации, влияющей на заключение и исполнение договора;
3. В крайних случаях, т.е. преимущественно за пределами предпринимательских отношений, и в условиях отсутствия информационной асимметрии либо доказательств того, что стороны осознавали наличие информационной асимметрии, суд может принять во внимание извинительность (упречность) незнания соответствующей стороны при одновременном обосновании презумпции знания другой стороны, например, с точки зрения близости к источнику информации, характеристики информации как внешней (общедоступной), стоимости получения информации либо учесть иные факторы, которые по мнению суда явно несправедливо сдвигают баланс интересов сторон вне зависимости от эффективности транзакции.

В предложенных правилах раскрытия информации факт знания стороны о заблуждении контрагента является предпосылкой, а не условием раскрытия информации. Более того, на протяжении почти всего исследования мы имели в

виду ситуацию наличия информационной асимметрии, при которой соответствующая заинтересованная сторона знала о заблуждении другой стороны. И как многократно указывалось на страницах данного исследования, само по себе такое знание не является своего рода маркером недобросовестности, нечестности лица и в этом смысле представляет собой не конечную точку, а лишь начальный этап для последующих рассуждений.

Заключение

Проведенное исследование информационных обязанностей, вытекающих из принципа добросовестности, вобрало в себя сравнительно-правовой анализ соответствующего регулирования во Франции, Германии и Российской Федерации. На основании доктрины и практики указанных основных европейских правопорядков была показана высокая степень научной и практической разработанности данной темы. Вместе с тем было обращено внимание на ряд сложностей с определением догматической основы данных обязанностей, поиск которой всякий раз наталкивался на большие трудности. При этом широким информационным обязанностям во Франции противостоит формально узкий подход к определению круга информационных обязанностей по германскому праву. Однако, несмотря на отрицаемое в науке требование о раскрытии всякой существенной информации в качестве общего правила, мы видели, что прецедентная казуистика обросла огромным количеством дел, критическая масса которых способна перевернуть пока еще признаваемую презумпцию.

Германское право дало особенно ценный материал для размышлений на тему достаточности ссылки на принцип добросовестности в качестве все объясняющего основания возложения соответствующих обязанностей, не предусмотренных законом или договором. Некоторые авторы справедливо ставили острый вопрос о содержательном наполнении принципа добросовестности. Нетрудно заметить, что при решении конкретного дела ссылка суда на общие оговорки фактически открывает возможность исправления и развития права посредством судебного правотворчества. Легальную основу для такого подхода заложил Федеральный Конституционный суд Германии, допустив косвенное горизонтальное действие Основного закона в частноправовых отношениях.

В современном российском праве догматическую связь между принципом добросовестности и обязанностью информирования установил законодатель в результате реформ гражданского права. Общие правила о раскрытии

информации определены крайне абстрактным и в этом смысле неэффективным образом. Анализ судебно-арбитражной практики показал реальную беспомощность правоприменителей перед лицом «каучуковых» норм, использование которых при разрешении конкретных дел часто напоминало некий юридический ритуал вне всякой даже порой минимальной попытки обоснования такого использования. Двойственность функциональной направленности требований добросовестности привела к постановке вопроса о реальной направленности данных правил. На основе проведенного анализа мы высказали мысль, что принятые в обороте варианты понимания принципа добросовестности мало помогают в обычной хозяйственной практике, фактически никак не способствуя правовой определенности и сохранению стабильности оборота. Наш подход кардинально отличается от принятых в российской науке и практике, поскольку предлагает не акцентировать внимание на фактически бессодержательной норме о доброй совести, не искать морально-этические смыслы данной категории, но обратиться к более-менее объективным конституционно-правовым ценностям, которые как раз таки и могут транслироваться в частное право через такие генеральные оговорки, как добросовестность, разумность и справедливость.

Огромным преимуществом предлагаемого подхода является практическая верификация таких ценностей, поскольку их нахождение, подтверждение и объяснение находятся в компетенции Конституционного суда, богатая практика которого позволит наполнить данные ценности практическим смыслом. Такой подход позволит наглядно продемонстрировать механику принятия решения, которая более не будет покрыта завесой тайны судебного усмотрения. Очевидно, что судебное усмотрение - необходимое свойство правосудия, однако, возможность увидеть и проконтролировать ход рассуждений суда в мотивировочной части его решения и со ссылками на имеющие конституционное значение правовые позиции, добавит необходимую предсказуемость правоотношениям, что благоприятно скажется на деловом климате.

В процессе исследования была предпринята попытка «демистификации» категории добросовестности, раскрывая в этой категории изящный способ легализации судебного правотворчества или, лучше сказать, судебного развития права. В итоге мы приходим к выводу, что необходимо отказаться от часто признаваемого в доктрине тезиса о некоем, если не противопоставлении позитивного права и принципа добросовестности, то по крайней мере допущении их параллельного существования. Наша точка зрения состоит в том, что нет никакого стандарта добросовестности как объективно существующей морально-этической категории. Есть просто право, которое имеет несколько уровней. Суд со ссылкой на генеральную оговорку в необходимых случаях корректирует, дополняет и исправляет право. В этом смысле, участники оборота, действуя добросовестно, на самом деле действуют исключительно по праву и никак иначе.

Стремление выйти за пределы замкнутого круга законодательно сформулированных формул, якобы определяющих добросовестное поведение, позволило обратиться за помощью к праву конституционному, богатый материал которого лишь на примере свободы экономической деятельности уже показал силу своего регуляторного воздействия. Очевидно, что в конституционном праве есть перманентная проблема коллизии конституционных ценностей. Однако, Конституционный суд давно научился их успешно разрешать в том числе на основе ставшего уже классическим теста на пропорциональность.

Договорное право, регулирующее отношения между формально равными субъектами, является прямым целевым полем для применения методов поиска баланса конкурирующих интересов. Не пустая и формальная как мантра ссылка на статью про добросовестность, но огромная интеллектуальная работа, наглядно объясняющая участникам оборота, как суд пришел к такому выводу, должна лежать в основе решений суда в разрезе применения той или иной функции принципа добросовестности. Такой и только такой подход позволит добавить предсказуемости обороту и закрепить за договором крайне полезную

функцию долгосрочного и стабильного средства экономического прогнозирования хозяйственной деятельности.

Используя экономический анализ права, мы показали неэффективность требования о раскрытии информации в качестве общего правила. Центральная идея о соединении блага и информации о нем на одной стороне для целей увеличения общественного благосостояния, фактически ставшей теперь конституционно-правовой ценностью, является первичным маркером, позволяющим проверять обоснованность правил о раскрытии информации. Так же мы подвергли ревизии знаменитое правило «раскрой или воздержись» в контексте реальных стимулов, влияющих на человеческое поведение. Наше внимание не обошло и многочисленные и крайне сложные для учета рыночные провалы, сильно влияющие на эффективность распределения ресурсов и благ и которые нужно иметь в виду при конструировании эффективных правил раскрытия информации.

Итоговые правила раскрытия информации, сформулированные по результатам проведенного исследования, являются отправной точкой формирования сложной, многофакторной доктрины информационных обязанностей. Это первый шаг на пути долгой работы по адаптации данных правил к реальной практике. Также следует снова обратить внимание, что проведенное исследование в большей степени касалось ситуаций явно выраженной информационной асимметрии, притом, что в изученных зарубежных правовых порядках научная мысль и судебная практика шагнули далеко вперед, часто обращая внимание на ситуации, когда информационная асимметрия не была очевидна для сторон, когда определенная сторона должна прилагать дополнительные и некомпенсируемые усилия по добыче дополнительной информации и передаче ее контрагенту. Также следует отметить постепенное накопление зарубежной судебной практики, в которой прослеживается идея эпизодического обнаружения квазикредиторской обязанности информировать себя о необходимых фактах и даже контрагента - должника.

Библиографический список

1. Источники на русском языке.

1.1. Нормативно-правовые акты и иные официальные документы Российской Федерации.

1. Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993 г. – Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 10.02.2020).

2. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) [Электронный ресурс]: от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 01.01.2019). – Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 01.05.2020).

3. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 01.05.2020).

4. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья) от 26.11.2001 № 146-ФЗ (ред. от 18.03.2019). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 01.05.2020).

5. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18.12.2006 N 230-ФЗ (ред. от 18.07.2019). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 01.05.2020).

6. Гражданский Кодекс РСФСР 1964. (утв. ВС РСФСР 11.06.1964). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 01.05.2020).

7. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации" от 14.11.2002 № 138-ФЗ. (ред. от 02.12.2019). (с изм. и доп., вступ. в силу с 30.03.2020). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 01.05.2020).

8. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 N 95-ФЗ. (ред. от 02.12.2019). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 01.05.2020).

9. Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации" от 08.03.2015 N 21-ФЗ. (ред. от 27.12.2019, с изм. от 24.03.2020).

Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 01.05.2020).

10. Федеральный конституционный закон от 05.02.2014 № 3-ФКЗ (ред. от 02.08.2019) О Верховном Суде Российской Федерации (с изм. и доп., вступ. в силу с 25.10.2019). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 01.05.2020).

11. Закон РФ от 07.02.1992 № 2300-1 (ред. от 18.07.2019) О защите прав потребителей. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 01.05.2020).

12. Федеральный закон от 30.12.2012 № 302-ФЗ (ред. от 04.03.2013) О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 01.05.2020).

13. Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 7 октября 2009 г. –URL: <http://base.garant.ru/12176781/> (дата обращения: 1.05.2020).

14. Пояснительная записка к проекту федерального закона № 47538-6 "О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации"- URL: <http://base.garant.ru/58024598/> (дата обращения: 12.12.2019).

15. Федеральный закон от 25.04.2002 № 40-ФЗ (ред. от 02.12.2019) "Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств" (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2020). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс» (дата обращения: 01.05.2020).

1.2. Акты высших органов судебной власти Российской Федерации, имеющие нормативное содержание.

16. Постановление Конституционного Суда РФ от 16.01.1996 № 1-П "По делу о проверке конституционности частей первой и второй статьи 560 Гражданского кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина А.Б. Наумова"

17. Постановление Конституционного Суда РФ от 23.02.1999 № 4-П "По делу о проверке конституционности положения части второй статьи 29 Федерального закона от 3 февраля 1996 года "О банках и банковской деятельности" в связи с жалобами граждан О.Ю. Веселяшкиной, А.Ю. Веселяшкина и Н.П. Лазаренко".

18. Постановление Конституционного Суда РФ от 16.05.2000 № 8-П "По делу о проверке конституционности отдельных положений пункта 4 статьи 104 Федерального закона "О несостоятельности (банкротстве)" в связи с жалобой компании "Timber Holdings International Limited".

19. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 30 января 2009 г. № 1-П г. Санкт-Петербург "По делу о проверке конституционности положений пунктов 2, 3 и 4 статьи 13 и абзаца второго пункта 11 статьи 14 Федерального закона "Об обороте земель сельскохозяйственного назначения" в связи с жалобой гражданки Л.Г. Погодиной".

20. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 26 мая 2011 г. № 10-П город Санкт-Петербург "по делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 11 Гражданского кодекса Российской Федерации, пункта 2 статьи 1 Федерального закона "О третейских судах в Российской Федерации", статьи 28 Федерального закона "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним", пункта 1 статьи 33 и статьи 51 Федерального закона "Об ипотеке (залоге недвижимости)" в связи с запросом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации".

21. Постановление Конституционного Суда РФ от 23.12.2013 № 29-П "По делу о проверке конституционности абзаца первого пункта 1 статьи 1158

Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина М.В. Кондрачука".

22. Постановление Конституционного Суда РФ от 10.03.2016 № 7-П "По делу о проверке конституционности части 1 статьи 21, части 2 статьи 22 и части 4 статьи 46 Федерального закона "Об исполнительном производстве" в связи с жалобой гражданина М.Л. Ростовцева".

23. Постановления Конституционного Суда от 17.10.2017 № 24-П "По делу о проверке конституционности пункта 5 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан Д.А. Абрамова, В.А. Ветлугаева и других".

24. Постановление Конституционного Суда РФ от 13.02.2018 № 8-П "По делу о проверке конституционности положений пункта 4 статьи 1252, статьи 1487 и пунктов 1, 2 и 4 статьи 1515 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью "ПАГ".

25. Постановление Пленума ВАС РФ от 22.10.1997 № 18 "О некоторых вопросах, связанных с применением Положений Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре поставки".

26. Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30 июля 2013 г. № 62 "О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица".

27. Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 10.12.2013 № 162 "Обзор практики применения арбитражными судами статей 178 и 179 Гражданского кодекса Российской Федерации".

28. Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14.03.2014 № 16 "О свободе договора и ее пределах".

29. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 "О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации".

30. Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7 (ред. от 07.02.2017) "О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств".

31. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 22.11.2016 № 54 "О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении".

32. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 № 49 "О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении и толковании договора".

33. Определение Верховного Суда РФ от 22.05.2018 № 305-ЭС18-1723 по делу № А41-90214/2016.

34. Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 3 (2018) (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 14.11.2018) (ред. от 26.12.2018).

35. Постановлению Президиума ВАС РФ от 5 ноября 2013 г. № 9738/13.

36. Определение Верховного Суда РФ от 14 августа 2017 г. № 309-ЭС17-10569.

37. Определение Верховного Суда РФ от 03 апреля 2018 № 5-КГ18-17.

38. Определение Верховного Суда РФ от 18 июня 2018 № 305-ЭС18-6928 по делу № А40-17586/2017.

39. Определение Верховного Суда РФ от 29 января 2020 г. № 305-ЭС19-19395 по делу № А40-98757/2018.

40. Определение Верховного Суда Российской Федерации от 29.01.2020 № 305-ЭС19-19395 по делу № А40-98757/2018^[L]_[SEP]

1.3. Специальная литература

1.3.1. Книги

41. Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 2: Общее учение об обязательствах и его отдельных видах. – М.: Статут, 2012. 535с.

42. Брагинский М. И, Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. – М.: Статут, 2002. – 848 с.

43. Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права / С.Н. Братусь. – М.: Госюриздат, 1963. 197 с.
44. Витрянский В.В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. М., 2016. СПС Консультант Плюс.
45. Гамбаров Ю. С. Курс гражданского права. Том 1. Часть общая. – СПб. : Тип. М. М. Стасюлевича, 1911. – 780 с.
46. Гражданское право: Учебник: В 3 т. – Т.1 / Под ред. А. П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: ООО «ТК Велби», 2002. – 776 с.
47. Гавзе Ф. И. Обязательственное право (общие положения). – Минск : Изд. БГУ им. В. И. Ленина, 1968. – 128 с.
48. Годэмэ Е. Общая теория обязательств. Перевод с французского. – М. : Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. – 511 с
49. Голевинский В. И. О происхождении и делении обязательств. – Варшава : Тип. О. Бергера, 1872. – 302 с.
50. Гражданское право: учебник: в 3 т. Т.3/ Е.Н. Абрамова, Н.Н. Аверченко, Ю.В. Байгушева; под. ред. А.П. Сергеева.- М. 2012. 800 с.
51. Гражданское уложение Германии: Вводный закон к Гражданскому уложению» (пер. с нем.; введ. сост. В. Бергманн; научн. ред. Т.Ф. Яковлева; 4-е изд., перераб.). – М.: Инфотропик Медиа, 2015. 864 с.
52. Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона)= Code civil des Français (Code Napoleon) / пер. С фр. [Захватаева В.Н.] - М.: Инфотропик Медиа, 2012.- 624 с.
53. Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. — М.: Статут, 2001. - 411 с.
54. Дождев Д.В. Совершенствование правоприменения новой редакции общей части Гражданского кодекса Российской Федерации: общие принципы в теории и судебной практике. М.: 2017. 61 с.
55. Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации

[Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. – М.: М-Логос, 2017. – 1120 с.

56. Договорное право (общая часть) : постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 2.0] / Отв. ред. А. Г. Карапетов. – Москва : М-Логос, 2020. – 1425 с.

57. Дождев Д.В. Добросовестность (bona des) как правовой принцип // Политико-правовые ценности: история и современность. – М., 2000. С. 256.

58. Дождев Д.В. Принцип добросовестности в гражданском праве// Принцип формального равенства и взаимное признание права. М., 2016. С. 147-162.

59. Дюги Л. Социальное право. Индивидуальное право. Преобразование государства / Лекции, СПб., 1909. – 73 с.

60. Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства. - Москва, типография т-ва И. Д. Сытина, 1908 г. -957 с.

61. Дюркгейм Э. О разделении общественного труда / Пер. с фр. и послесл. Л.Б. Гофмана. М.: Наука, 1991.- 575 с.

62. Емельянов В.И. Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами. – М.: "Лекс- Книга", 2002. 160 с.

63. Зезекало А. Ю. Заблуждение при совершении сделки. Томск: Изд-во Том. ун-та, 2011. – 198 с.

64. Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории "хозяйственного права"- URL: <http://civil.consultant.ru/elib/books/3/> (дата обращения 01.12.2019).

65. Конт О. Дух позитивной философии: Слово о положительном мышлении. Пер. с фр. / Предисл. М.М. Ковалевского. Изд. 2-е. — М.: Книжный дом «ЛИБРОКОМ», 2011. — 80 с.

66. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / под ред. О.Н. Садикова. 3-е изд., испр., перераб. и доп. М.: КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 2005. 1062 с.
67. Карапетов А.Г. Экономический анализ права. – М.: Статут, 2016. – 528 с.
68. Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы. Т. 1: Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. М.: Статут, 2012. 452 с.
69. Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы. Т. 2: Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. М.: Статут, 2012. 453 с.
70. Конституционное право. Общая часть: Учебно-методическое пособие к лекциям и семинарам (программа дисциплины, тезисы лекций, практикум) / Под ред. Н.А. Богдановой - М.: И «Зерцало-М», 2017. - 372 с.
71. Крашенинников. Е.А. Ключевые цивилистические категории: Избранные труды по гражданскому праву: в 2 т. Т.1. – Спб.: Б. И., 2014. 352 с.
72. Кулапов В. Л., Малько А. В. Теория государства и права. М.: Норма: ИНФРА-М, 2011. -384 с.
73. Кутер Р., Улен Т. Право и экономика; пер. с англ. под науч. ред. Д. Раскова при участии М. Тимофеева.- М.: Издательский дом «Дело» РАНХиГС, 2018.- 800 с.
74. Маккай, Иян. Право и экономика для континентальной правовой традиции; пер. с англ. под науч. ред. Д. Раскова.- М.: Издательский дом «Дело» РАНХиГС, 2019. – 624 с.
75. Нам. К.В. Принцип добросовестности: развитие, система, проблемы теории и практики. - Москва: Статут, 2019. 278 с.
76. Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. Учебник для юридических вузов и факультетов – М.: Норма, 2000 510 с.

77. Новицкий И.Б. Солидарность интересов в советском гражданском праве (отношения товарищеского сотрудничества и социалистической взаимопомощи). М.: Госюриздат, 1951. 120 с.
78. Одинцова М.И. Экономика права: Учебное пособие. М.: ИД ГУ-ВШЭ. 2007. 281 с.
79. Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / А. В. Асосков, В. В. Байбак, Р. С. Бевзенко [и др.] ; отв. ред. А. Г. Карапетов. – Москва : М-Логос, 2020. – 1469 с.
80. Познер Р.А. Экономический анализ права: В 2-х т./ Пер. с англ. Под ред. В.Л. Тамбовцева. СПб: Экономическая школа, 2004. Т. 1. 544 с.
81. Познер Р.А. Экономический анализ права / пер. англ. ; под ред В. Л. Тамбовцева. - СПб: Экономическая школа, 2004. - Т.2. - С. 975.
82. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. – М., Статут (в серии «Классика российской цивилистики»), 1998. – 353 с.
83. Римское частное право: учебник / под ред. И.Б.Новицкого, И.С. Перетерского. – М. : КноРус, 2013. – 608 с.
84. Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. I: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / Отв. ред. Е.А. Суханов. – 2-е изд., стереотип. – М.: Статут, 2011. – 958 с.
85. Сарбаш С. В. Исполнение договорного обязательства. – М.: Статут, 2005. – 636 с. [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».
86. Сарбаш С.В. Элементарная догматика обязательств: Учебное пособие / Исслед. центр частн. права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, Рос. школа частн. права. - М.: Статут, 2016. – 336 с.
87. Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации

[Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. – М.: М-Логос, 2018. 1264 с.

88. Учебник: в 3 т. Том 1: — 6-е изд., перераб. и доп. / под ред. Сергеева А. П., Толстого Ю. К. — М. : ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. — 776 с.

89. Флейшиц Е.А. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 2.- М.: Статут, 2015. 720 с.

90. Хейне. П. Экономический образ мышления -- Пер. с англ. М., Издательство "Каталакия" для серии Библиотека студента по заказу Академии педагогических наук и Московского психолого-социального института, 1997. 704 с.

91. Хохлов В.А. Общие положения об обязательствах: Учеб. пособие. М.: Статут, 2015. 288 с.

92. Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х тт. — Том I. Основы: Пер. с нем. — М.: Междунар. отношения, 2000.— 480с.

93. Церковников М.А. О добросовестности в институтах вещного права // Вестник гражданского права. 2017. № 2- СПС «КонсультантПлюс».

94. Цицерон. О старости. О дружбе. Об обязанностях / русский пер. В.О. Горенштейн, М.Е. Грабарь-Пассек, С.Л. Утченко. М., 1993.

95. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. по изданию 1907 г. – М. : Спарк, 1995. – 556 с.

96. Ширвиндт А.М. Принцип добросовестности в ГК РФ и сравнительное правоведение/ *Aequum ius*. Сборник статей от друзей и коллег к 50-летию профессора Д.В. Дождева. Отв. Ред. А.М. Ширвиндт. – М. Статут, 2014. С. 203-242.

97. Щенникова Л.В. Принципы гражданского права: достижения цивилистики и законодательный эффект // Цивилистические записки. Межвузовский сборник научных трудов. - М., Екатеринбург: Статут, Ин-т частного права, 2002, Вып. 2. - С. 41-59.

98. Уинтер Г. Вопросы права и экономики/ пер. с англ. Т. Шишкиной; под науч. редакцией М. Одинцовой.- М.: Изд-во Института Гайдара, 2019. – 406.

99. Элликсон. Р. Порядок без права: как соседи улаживают споры/ пер. с англ. М. Марков и А. Лащев; науч. ред. Перевода Д. Кадочников.- М.: Изд-во Института Гайдара, 2017.- 520 с.

100. Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права: Введение и общая часть. Перевод с немец. Т. 1. Полут. 2. – М. : Иностран. лит., 1950. – 483 с.

1.3.2. Статьи

101. Акерлоф Дж. Рынок «лимонов»: неопределенность качества и рыночный механизм. THESIS. 1993. Вып 5. с. 91-104.

102. Аракелян А.Ю. Справедливость: цивилистический аспект // Современное право. -2007. № 10. С. 57-61.

103. Архипова А.Г. Обязанность предоставить информацию по п. 3 ст. 307 ГК РФ// Вестник экономического правосудия Российской Федерации, 2017. № 2. СПС Консультант Плюс.

104. Белов В.А. Добросовестность, разумность, справедливость как принципы гражданского права // Законодательство. 1998, № 8. URL: <http://base.garant.ru/3540963/> (Дата обращения: 20.01.2020).

105. Белов В.А. Перспективы развития общего понятия договора и принципа свободы договора в российском частном праве// Свобода договора: Сборник статей/ А.А. Амангельды, В.А. Белов, А.А. Богустов и др.; Отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2016. (СПС Консультант Плюс).

106. Белов С. Ценности российской Конституции в тексте и в практике её толкования // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. №4(131). С.68–83.

107. Бибииков А.И. О понятии добросовестности в гражданском праве // Евразийский Союз Ученых (ЕСУ), № VIII, 2014.. С. 8-11.

108. Богданов Д. Е. Развитие института преддоговорной ответственности в гражданском праве России // Законодательство и экономика. – 2011. – № 4. С. URL: <http://base.garant.ru/59606720/> (Дата обращения: 04.01.2020).

109. Богданов Е.В. Категория "добросовестности" в гражданском праве//Российская юстиция. 1999. № 9. URL: <http://base.garant.ru/3541320/> (дата обращения 20.12.2019).

110. Богданов Е.В. Гражданское право России как регулятор экономических отношений // Законодательство и экономика. – 2012. – № 1. С. 29-36.

111. Богданова Е.Е. Принцип добросовестности и судебное усмотрение // Законы России: Опыт, Анализ, Практика. 2012, № 1. С. 14-17.

112. Братановский С.Н., Лапин С.Ю. Право на доступ к информации как элемент конституционного права на информацию // Гражданин и право. 2012. № 8. С. 20-35.

113. Будылин С.Л. Заверения и гарантии. Компаративное исследование. – М.: Инфотропик Медиа, 2017. С. 150.

114. Вердиян Г.В. Теория добросовестности как философская и социальная категория// Вестник финансового университета. 2011. № 5. С. 23-28.

115. Вердиян Г.В. Реализация принципа добросовестности в современном гражданском праве// Правовая инициатива. 2013. № 10. URL: <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=20800388> (дата обращения 29.12.2019).

116. Виниченко Ю.В. О презумпции добросовестности в российском праве. Ученые записки Казанского университета. Серия гуманитарные науки. 2018. С. 285-301.

117. Витрянский В. В. Гражданский кодекс и суд//Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. - 1997. - № 7.

118. Гаврилов Ю.В. Значение принципа добросовестности в системе принципов российского гражданского права // Вестник Балтийского федерального университета им. И. Канта. 2015. Вып. 9. С. 86—93.

119. Голубцов В.Г. Принцип добросовестности как элемент правового механизма стимулирования должника к надлежащему исполнению обязательств и гарантирования интересов кредиторов: анализ судебно-арбитражной

практики// "Вестник Пермского университета. Юридические науки", 2016, № 2 - URL: <http://base.garant.ru/57289218/> (дата обращения: 14.12.2019).

120. Голубцова Ю.А. Вина контрагента заблуждавшейся стороны сделки в российском гражданском праве // Вестник Пермского университета. Юридические науки. январь-март 2014 г. выпуск 1. URL: <http://base.garant.ru/57572031/#ixzz6L5PhDwqM> (Дата обращения: 04.01.2020).

121. Гнищевич К.В. Преддоговорная ответственность в российском гражданском праве (*culpa in contrahendo*) // Вестник ВАС РФ. 2009. № 3. С. 18-43.

122. Демкина А.В. Добросовестное и недобросовестное поведение на преддоговорном этапе // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2016. № 4. URL: <http://base.garant.ru/57281842/> (Дата обращения: 25.12.2019).

123. Демкина А.В. Основания возникновения преддоговорного обязательства// Журнал российского права, 2017. № 1. URL: <http://base.garant.ru/57205842/#ixzz6L5MkV6tF> (Дата обращения: 25.12.2019)

124. Детлев В. Беллинг, Антье Херольд, Марек Кнайс. Действие основных прав между частными лицами // LEX RUSSICA (РУССКИЙ ЗАКОН). Т. 99. № 2. 2015 С. 26-31.

125. Диксит, Авинаш. Теория игр. Искусство стратегического мышления в бизнесе и жизни/ Авинаш Диксит и Барри Нейбафф; пер. с англ. Н. Яцюк.- М.: Манн, Иванов и Фербер, 2018.- 464 с.

126. Джантуханов В.З. Некоторые вопросы ограничений прав и свобод человека и гражданина по Конституции РФ // Системные технологии. 2014. № 10. С. 56-65.

127. Должиков, А. В. (2012). Влияние конституционных прав на российскую правовую систему // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 6 (91). С. 109-120.

128. Егоров А. В. Структура обязательственного отношения: наработки германской доктрины и их применимость в России // Вестник гражданского права. – 2011. – № 3. – С. 241–274.

129. Егоров А. В. Принцип добросовестности в Гражданском кодексе РФ: первые шаги реформы // Legal insight. 2013. № 2. С. 4-10.

130. Ем В.С., Яценко Т.С. Функциональное назначение и сфера применения принципа солидарности в гражданском праве. Вестник гражданского права. 2018. Т. 18. № 6. С. 9-29.

131. Жильцов. А.Н. Право, подлежащее применению к обязательствам, возникающим вследствие недобросовестного ведения переговоров о заключении договора// Закон, 2016. № 8. URL: <http://base.garant.ru/57234293/> (Дата обращения: 10.01.2020.).

132. Зорькин, В. Д. Аксиологические аспекты Конституции России [Электронный ресурс] / В. Д. Зорькин // Сравнит. конституц. обозрение. – 2008. – № 4 (65). – С. 7–20.

133. Иванова С.А. Некоторые проблемы реализации принципа социальной справедливости, разумности и добросовестности в обязательственном праве// Законодательство и экономика. 2005. № 4 – URL: <http://base.garant.ru/5159028/> (дата обращения: 12.12.2019).

134. Карапетов А.Г. Заверения об обстоятельствах и условия о возмещении потерь в новой редакции ГК РФ // Закон. 2015. № 6. С. 43-56.

135. Карапетов А. Г., Бевзенко Р. С. Комментарий к нормам Гражданского кодекса Российской Федерации об отдельных видах договоров в контексте Постановления Пленума ВАС РФ «О свободе договора и ее пределах» // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2014. № 8. С. 4–97.

136. Комментарий к постановлению Пленума ВС РФ от 25.12.2018 № 49 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении и толковании договора» (часть 3)// Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2019. № 11. С. 71- 125.

137. Коуз Р. Фирма, рынок и право / Пер. с англ. М.: Новое издательство, 2007. — С. 109.

138. Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В. Обязанности при ведении преддоговорных переговоров// Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2013 г. № 6. URL: <http://base.garant.ru/57596794/#ixzz6L5OZZOoB> (Дата обращения: 28.12.2019).

139. Кулаков В.В. Основные принципы гражданского права как особая форма права // Вестник Пермского университета. Юридические науки, 2013, № 4. URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=CJI&n=77150#05906655166628363> (Дата обращения: 15.01.2020)

140. Culpa in contrahendo, или возмещение убытков при недействительности или незаключенности договоров / Р. фон Иеринг ; пер. с нем. М. Б. Жужжалова // Вестник гражданского права. - 2013. – Том 13, № 3. - С. 190-266.

141. Лисицкая А. Ю. Понятие «слабая сторона договора» / А. Ю. Лисицкая // Бизнес. Образование. Право. – 2017. – № 4 (41). – С. 327-331.

142. Лугманов Р.Р. Умолчание об обстоятельствах: критерии определения информации, подлежащей раскрытию// Законодательство. 2017. № 9. С. 48-56.

143. Лугманов Р.Р. Деликтное право как способ взыскания чисто экономических убытков // Вестник экономического правосудия РФ. 2019. № 2. С. 115- 153.

144. Лугманов Р.Р. Принцип добросовестности и вспомогательные обязательства в германском частном праве// Законодательство. 2019. № 2. С. 78-85

145. Лугманов Р.Р. Функциональный критерий разграничения информационных гражданско-правовых обязательств// Закон и Власть. 2021. № 1. С. 43-48.

146. Лугманов Р.Р. Некоторые проблемы информационных обязанностей. Зарубежный опыт// Государство и право: теория и практика. 2021. № 3. С. 68-72.

147. Лугманов Р.Р. Принцип добросовестности как средство развития права // Право и политика. 2021. № 5. С. 60-75.
148. Мазур О.В. Преддоговорная ответственность: анализ отдельных признаков недобросовестного поведения // Закон. 2012. № 5. С. 197 - 205.
149. Мазур О.В., А.П. Сергеев, Т.А. Терещенко. Ответственность за недобросовестные переговоры как ограничение свободы договора (на примере положений ст. 434.1 ГК РФ) // Свобода договора: сборник статей / А.А. Амангельды, В.А. Белов, А.А. Богустов и др.; отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2016. (СПС Консультант Плюс).
150. Мерзликина Р.А. Принцип “добросовестность” в гражданском законодательстве // Юридические исследования. № 3. 2013. С. 50-53.
151. Микрюков В.А. Принцип добросовестности — новый нравственный ограничитель гражданских прав // Журнал российского права. 2013. №6. С. 17—24.
152. Нам К.В. Принцип добросовестности: некоторые проблемы развития доктрины // Вестник гражданского права. 2017. № 6. С. 74-89.
153. Нам К.В. Принцип добросовестности как норма-правило // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 1. С. 56-67.
154. Нам К.В. История развития принципа добросовестности (Treu und Glauben) в период с 1900 по 1945 г. Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. № 6. С. 63- 95.
155. Нам К.В. Развитие принципа добросовестности (Treu und Glauben). Современный этап. Внутренняя систематика // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. № 7. С. 83- 114.
156. Нам К.В. Повседневная преддоговорная ответственность и договор с защитным эффектом в пользу третьего лица // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 12. С. 28-36.
157. Несмеянова С.Э. К вопросу об иерархии конституционных ценностей // Правовая парадигма. 2017. Т. 16. № 4. С. 71-74.

158. Новицкий И. Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права. – 2006. – № 1 [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «Консультант Плюс».

159. Мамонов В. В. Конституционные ценности современной России // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2013. № 4 (93). С. 125-132.

160. Окара А.Н. Идеология и философия солидаризма. Материалы научного семинара. Вып. № 9. М.: Научный эксперт, 2010. С. 11 (128).

161. Падиряков А.П., Барабаш Р.В. Заверения, гарантии и обязательства возмещения убытков в англо-американской и российской правовых системах // Международное публичное и частное право.- 2015. - № 6. С. 44- 48.

162. Покровский И.А. Справедливость, усмотрение судьи и судебная опека. Дилеммы современного гражданского права в области договоров. приложение к протоколам собраний Киевского юридического общества за 1899 год). - Киев, Киевское юридическое общество, 1899 г. 26 с.

163. Поляков М.А. Общеправовой принцип добросовестности в современном российском праве. Вестник Нижегородской академии МВД России, 2011, № 1 (14). С. 385-389.

164. Попова Ю.А., Василенко Е.В. Место принципов разумности и добросовестности в системе принципов гражданского права// Общество и право. 2012. № 1 (38). С. 84-88.

165. Пьянкова А.Ф. Свобода договора, заключенного на стандартных условиях// Свобода договора: Сборник статей/ А.А. Амангельды, В.А. Белов, А.А. Богустов и др.; Отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2016. (СПС Консультант Плюс).

166. Рыженков А.Я. Принцип добросовестности в обновленном гражданском законодательстве// Пробелы в российском законодательстве. № 3. 2013. С. 68-71.

167. Рудоквас А.Д. Некоторые проблемы применения ст. 431.2 ГК РФ в связи с принципом добросовестности // Вестник гражданского права. 2017, Том 17, № 2, С. 31–47.

168. Рудоквас А.Д. Нарушение обязанностей информирования: преддоговорная ответственность, заверения и гарантии возмещения потерь. Комментарий к п. 21 Постановления Пленума ВС РФ от 24.03.2016 № 7 "О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств" // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2016, № 11. С. 57- 79.

169. Сергеев А.П., Терещенко Т.А. Преддоговорная ответственность: основания для защиты интересов стороны, пострадавшей от недобросовестного ведения переговоров // Корпоративный юрист. – 2010. – № 11. – С. 26 – 31.

170. Скловский К.И. Применение права и принцип добросовестности// Вестник экономического правосудия Российской Федерации. № 2. 2018. С. 94-118.

171. Суханова А.А. Конституционные ценности современной России: иерархия и конкуренция // Вестник Челябинского государственного университета. Серия: Право. 2015. № 23 (378). Вып. 44. С. 53–57.

172. Томсинов А.В. Заверения об обстоятельствах и возмещение потерь в российском праве в сравнении с representations, warranties и indemnity в праве Англии и США. Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 11. С 91 – 111.

173. Томсинов А.В. Мера убытков за недостоверные заверения в праве Англии и США// Вестник гражданского права. 2015. № 5. С. 100-114.

174. Томтосов А.А. Новые подходы к защите слабой стороны договора // Свобода договора: сборник статей / А.А. Амангельды, В.А. Белов, А.А. Богустов и др.; отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2016 (СПС Консультант Плюс).

175. Трунин А. А. Добросовестность как предпонимание. (на примере толкования договора)// Правоведение.- 2015, № 4. С. 98-117.

176. Тузов Д.О. О понятии "несуществующей" сделки в российском гражданском праве // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2006. № 10. URL:

<http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=СЛ&n=15328#011700183308107959> (Дата обращения: 20.01.2020).

177. Улен Т.С. Теория рационального выбора в экономическом анализе права // Вестник гражданского права. 2011. Т. 11. № 3// СПС КонсультантПлюс.

178. Ульянов А.В. Добросовестность в гражданском праве // Журнал российского права. – 2014. № 6. – С. 133–140.

179. Уильямсон О.И. Поведенческие предпосылки современного экономического анализа. Thesis, № 3. 1993. С. 40.

180. Федин И.Г. Добросовестность как правовая категория. Актуальные проблемы российского права. 2018. № 4 (89). С. 21-30.

181. Филиппова Т.А., Жаркенова С.Б. Принцип добросовестности при исполнении обязательства // Известия АлтГУ. Юридические науки. 2018. № 6 (104) С. 197- 202.

182. Фомина А. В. Соотношение принципов презумпции добросовестности и презумпции виновности в гражданском праве РФ / А. В. Фомина // Северо-Кавказский юридический вестник. –2001. – № 2. – С. 92–98

183. Харсеева В. Л. Понятие и содержание принципа добросовестности в гражданском праве// Общество: политика, экономика, право. 2013. № 4. С. 123-126.

184. Хесселинк М.В. Принцип добросовестности // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 8. С. 158–187.

185. Шуняева А.Е. Справедливость в доктрине конституционной экономики // Современное право, 2010. № 1. С. 153-158.

1.3.3. Диссертации и авторефераты диссертаций

186. Гнищевич К.В. Преддоговорная ответственность в гражданском праве (*culpa in contrahendo*) : диссертация ... кандидата юридических наук : 12.00.03 / Гнищевич Константин Викторович; [Место защиты: ГОУВПО "Санкт-Петербургский государственный университет"].- Санкт-Петербург, 2010.- 209 с.

187. Дроздова Т.Ю. Добросовестность в российском гражданском праве : автореф. дис.. канд. юрид. наук. Иркутск, 2004. 26 с.

188. Зезекало А.Ю. Заблуждение при совершении сделки :Европейская правовая традиция и современное российское право : Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Специальность 12.00.03 - Гражданское право ; Предпринимательское право ; Семейное право ; Международное частное право /А. Ю. Зезекало ; Науч. рук. Д.О. Тузов. - Томск, 2008. -26 с. - Библиогр. : 26 с.

189. Мазур О.В. Требование разумности в соотношении с требованием добросовестности в гражданском праве : диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук: 12.00.03 - Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право / Мазур Ольга Вадимовна ; С.-Петербур. гос. ун-т экономики и финансов .— Санкт-Петербург, 2012 .— 177 с.

190. Муратова О.В. Преддоговорные отношения в международном коммерческом обороте: от материально-правового к коллизионному регулированию: Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук: 12.00.03- Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право / Муратова Ольга Вячеславовна; [Место защиты: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации] – Москва. 2017. 178 с.

191. Нам К.В. Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук «Принцип добросовестности. Основы теории и правоприменения в контексте немецкого правового опыта». М. 2021. 472 с.

192. Новикова Т. В. Понятие добросовестности в российском гражданском праве : Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук: 12.00.03- Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право / Новикова Татьяна Васильевна; [Место защиты: ГНУ "Южный федеральный университет"].- Ростов-на-Дону, 2009.- 192 с.

193. Славецкий Д.В. Принцип защиты слабой стороны гражданско-правового договора : Диссертация на соискание ученой степени кандидата

юридических наук: 12.00.03- Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право: Самара, 2004. 204 с.

194. Сорокина Е. А. Категория добросовестности в западной традиции права : Историко-теоретический аспект : диссертация ... кандидата юридических наук : 12.00.01 / Сорокина Е.А.; [Место защиты Российском университете дружбы народов] -М.,2009.. 166 с.

2. Источники на иностранных языках

2.1. Специальная литература

195. Adeline Villain. L’immixtion du juge dans les contrats. Droit. 2013.116p.

196. Agnès Dupont. Le devoir de conseil en matiere de garanties. URS. Paris. 2002. 120 p.

197. A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell. Handbook of Law and Economics, Elsevier, edition 1, volume 1, number 1. 2007. 886 p.

198. Alexander Reich-Rohrwig. Aufklärungspflichten vor Vertragsabschluss: unter besonderer Berücksichtigung des Unternehmenskaufs. 2015. 972 s.

199. Akerlof, G. The Economics of Caste and of the Rat Race and Other Woeful Tales // The Quarterly Journal of Economics, 90(4). 1976. pp. 629- 649.

200. Amélie Dionisi-Peyrusse. Droit civil - Tome 2. Les obligations. CNFPT. 2008. 241 p.

201. Arrow, K. J. Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention // Readings in Industrial Economics. 1972. pp. 219–236.

202. Armen A. Alchian, Harold Demsetz. Production, Information Costs, and Economic Organization // The American Economic Review, Vol. 62, №. 5. 1972, pp. 777-795.

203. Barnett, Randy E., Rational Bargaining Theory and Contract: Default Rules, Hypothetical Consent, the Duty to Disclose, and Fraud. Georgetown Law Faculty Publications and Other Works. 1992. pp. 783-803.

204. Basil Markesinis, Hannes Unberth and Angus Johnston. The German Law of Contract. A Comparative Treatise. 2006. 978 p.

205. Basil Markesinis, Hannes Unberth. The German law of tort. A comparative treatise. Hart publishing. 2002. 1050 p.
206. Bennardo, A. Information Gathering, Disclosure and Contracting in Competitive Markets. CSEF Working Papers 190, Centre for Studies in Economics and Finance, University of Naples, Italy. 2008. pp. 1- 36.
207. Borden, M. Mistake and Disclosure in a Model of Two-Sided Informational Inputs //73 Missouri Law Review. 2008. pp. 667-706.
208. Bruce C. Greenwald and Joseph Stiglitz. Externalities in Economies with Imperfect Information and Incomplete Markets // The Quarterly Journal of Economics, vol. 101, issue 2. 1986. pp. 229-264.
209. Bussani M., Palmer V. (Eds.), Pure Economic Loss in Europe. Cambridge, 2003. 589 p.
210. Bürgerliches Gesetzbuch / O. Palandt. 73. Aufl. München: Beck, 2014. S. 3220.
211. Catherine Goux. L'erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons. Cahiers de la Faculté de droit de Namur; Vol 11. Namur: FUNDP. Faculté de droit. 1999. 316 p.
212. Christian von Bar and Eric Clive. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)/ Full Edition. European Law Publishing GmbH, Munich. 2009. 1604 p.
213. Christophe Vigneau. The obligation of good faith in France. Comp. Labor Law & Pol'y Journal. pp. 592-602.
214. Cremades, Bernardo M. Good Faith in International Arbitration. American University International Law Review 27 №. 4. 2012. pp. 761-788.
215. Crémer, J, Khalil, F. Gathering Information before Signing a Contract // The American Economic Review, Vol. 82, №. 3. 1992. pp. 566-578.
216. Coleman, Jules L. A Bargaining Theory Approach to Default and Disclosure Provisions in Contract Law. Faculty Scholarship Series. 1989. pp. 639-709
217. Cooter R. Ulen Th. Law and Economics, 6th. ed. Addison Wesley. 2012. 555 p.

218. Decker, Leo. Aufklärungspflichten über Innenprovisionen, Kickbacks und Retrozessionen bei der Kapitalanlage. 2010. 520 s.
219. Djamila Mahi-Disdet. L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique. Droit. Université d'Avignon, 2011. 472 p.
220. Douglas W. Allen, Transaction costs. 1999. pp. 893-926.
221. Eisenberg, M. A. Disclosure in Contract Law. California Law Review, 91(6), 2003. pp. 1645- 1692
222. Eisenberg, M.A. Foundational Principles of Contract Law. Oxford University Press. 2018. 864 p.
223. Ejan Mackaay. Law and Economics for Civil Law Systems. Edward Elgar Publishing. 2013. 560 p.
224. Erman. BGB, 12. Auflage. Schmidt, Otto. 2008. 6522 p.
225. European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules, edited by Sellier. München, July 2008 // [Электронный ресурс]. Доступно на URL: http://www.legiscompare.com/IMG/pdf/13._CH_5_Good_faith.pdf (дата обращения: 10.02.2020).
226. Eric Engle. Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung) // HANSE LAW REVIEW (HanseLR). Vol. 5, №. 2. 2009. P. 165- 173.
227. Franklin, Eric H. Mandating Precontractual Disclosure. Scholarly Works. Paper 770. 2013. pp. 553-594
228. François Diesse. Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat // 43 Arch. Phil. Droit. 1999. pp. 259-302.
229. Florian Maume. Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle. Thèse Evry-Val-d'Essonne, dir. D. Houtcieff, 2015. 610 p.
230. Hart, O. Incomplete Contracts and Control // American Economic Review, 107(7), 2017. pp. 1731–1752.
231. Hatzis, Aristides N., Civil Contract Law and Economic Reasoning: An Unlikely Pair? The Architecture of European codes and contract law, Stefan

Grundmann and Martin Schauer, eds., Kluwer Law International, Private Law in European Context Series, Vol. 8, 2006. pp. 159-191.

232. Hayek F.A. The Use of Knowledge in Society. The American Economic Review, Vol. 35, №. 4. 1945. pp. 519-530.

233. Haupt, Stefan. An Economic Analysis of Consumer Protection in Contract Law, 4 German L.J. 2003. pp. 1137-1164.

234. Holmstrom, B. Moral Hazard and Observability // The Bell Journal of Economics, 10(1), 1979. pp. 74-91.

235. Hoppe, E. I., Schmitz, P. W. Contracting under Incomplete Information and Social Preferences: An Experimental Study // The Review of Economic Studies, 80(4). 2013. pp. 1516–1544.

236. Jack Beatson and Daniel Friedman. Good Faith and Fault in Contract Law. 2002. 531 p.

237. Jack Hirshleifer. The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity. The American Economic Review, Vol. 61, №. 4. 1971. pp. 561-574.

238. Jessica Dombre. L'obligation d'information dans les contrats de crédit à la consommation. 2011. 82 p.

239. John Bell. Cambridge Yearbook of European Legal Studies: Vol 7, 2004-2005/ Hart Publishing. 2006. P. 259.

240. Joseph Beaudridge. Understanding Good Faith in the Context of Contractual Performance. Lessons to learn from the German System. AGLJ Vol. 2 2016. pp. 39-63.

241. Gebhard M. Rehm. Aufklärungspflichten im Vertragsrecht. 2003. 311 s.

242. Georg Müller. Vorvertragliche und vertragliche Informationspflichten nach englischem und deutschem Recht. – Heidelberg: Verl. Recht und Wirtschaft, 1994. 255 s.

243. Grobecker Wolfgang. Implied terms und Treu und Glauben: Vertragsergänzung im englischen Recht in rechtsvergleichender Perspektive.- Berlin:Duncker und Humblot. 1999. 304 s.

244. Kaplow L., Shavell S. Economic analysis of law // Harvard Law School and National Bureau of Economic Research Handbook of Public Economics, Vol. 3, Edited by A.J Auerbach and M. Feldstein. 2002. pp. 1665-1765.
245. Kostritsky, Juliet P. Bargaining with Uncertainty, Moral Hazard and Sunk Costs: A Default Rule for Precontractual Negotiations. Faculty Publications. 1993. pp. 621-705.
246. Kronman, A. T. Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts. *The Journal of Legal Studies*, 7(1), 1978. pp. 1–34.
247. Koziol H. Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective. Wien, Jan Sramek Verlag, 2015. 382 p.
248. Lofgren, K.-G., Persson, T., Weibull, J. W. Markets with Asymmetric Information: The Contributions of George Akerlof, Michael Spence and Joseph Stiglitz // *Scandinavian Journal of Economics*, 104(2), 2002. pp. 195–211.
249. Luciano Pontiroli, Inside the Pandora's Vase. A Critical Assessment of some Aspects of the Reform of French Law of Contract. 2017. 21 p.
250. Madeleine van Rossum. The Duty of Disclosure: Tendencies in French Law, Dutch Law and English Law; Criteria, Differences and Similarities between the Legal Systems. 7 *Maastricht J. Eur. & Comp.* 2000. pp. 300-325.
251. Markesinis B., Unberath H. The German law of torts. A comparative treatise. Oxford, 2002. P
252. Marine Goubinat. Les principes directeurs du droit des contrats. Droit. Université Grenoble Alpes, 2016. 413 p.
253. Marietta Auer. Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. 2005. 262 p.
254. Mehanna Myriam. La prise en compte de l'intérêt du cocontractant. Thèse de Doctorat . 2014. 540 p.
255. M. Fabre-Magnan. De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie. 2014. 573 p.
256. M. El Gharbi. L'obligation d'information dans les contrats, thèse PARIS-VAL DE MARNE, 1994. 437 p.

257. Michael R. Darby and Edi Karni. Free Competition and the Optimal Amount of Fraud. *Journal of Law and Economics*, Vol. 16, No. 1, 1973, pp. 67-88.
258. Mitja Kovac. *Comparative Contract Law and Economics (New Horizons in Law and Economics series)*. 2011. 398 p.
259. M. Tullius Cicero. *De Officiis. With An English Translation*. Walter Miller. Cambridge. Harvard University Press; Cambridge, Mass., London, England. 1913. 450 p.
260. *Münchener Kommentar. 8. Aufl. 2019, BGB*.
261. Nils Jansen, Reinhard Zimmermann. *Commentaries on European Contract Laws*. Oxford University Press, 2018. 2250 p.
262. Olivier Frédéric Boyer. *Le silence et le contrat: approche comparée*. Institut de Droit Comparé Université McGill Montréal Septembre. 1991. Thèse présentée à la Faculté d'études supérieures et de recherche en vue de l'obtention de la Maîtrise en droit (LL.M). 1991. 119 p.
263. Ph. Malaurie et L. Aynes, *Droit civil. Les obligations*, 2e éd. In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 43 N°3, Juillet-septembre 1991. No 636. 760 pp. 232- 245.
264. *Pure Economic Loss*. Edited by W. H. van Boom, Helmut Koziol & Christian A. Witting. 2004. 59 p.
265. Pohlmann, André. *Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten*. Berlin. Duncker & Humblot. 2002. 217 p.
266. Reinhard Zimmermann, Simon Whittaker. *Good Faith in European Contract Law*. 2000. 720 p.
267. Robert L. Birmingham, *The Duty to Disclose and the Prisoner's Dilemma: Laidlaw v. Organ*, 29 Wm. & Mary L. Rev. 249. 1988. pp. 249- 283.
268. Romain Loir. *Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats*, Mémoire de DEA « Droit des contrats », dirigé par Christophe JAMIN, 2001. 149 p.

269. Rothschild, M., Stiglitz, J. Equilibrium in Competitive Insurance Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information. *The Quarterly Journal of Economics*, 90(4), 1976. pp. 629-649.
270. Rudokvas A.D. Trust and Fiduciary Ownership in Russia// *KLRI Journal of Law and Legislation* VOLUME 7 NUMBER 2, 2017. pp. 43-70.
271. Ruth Sefton-Green. *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*. 2005. 414 p.
272. Saul Levmore, *Securities and Secrets: Insider Trading and the Law of Contracts*, 68 *Virginia Law Review* 117. 1982. pp. 117-160.
273. Simon G.A. Rationality as a process and product of thinking [Ratsionalnost kak protsess i produkt myishleniya]. Thesis. Vol. 3. 1993. pp. 16-38.
274. Simon, H. A. A Behavioral Model of Rational Choice. *The Quarterly Journal of Economics*, 69(1), 99. 1955. pp. 99-118.
275. Shahram Aryan, Bagher Mirabbasi. The Good Faith Principle and Its Consequences in Pre-Contractual Period: A Comparative Study on English and French Law. *Journal of Politics and Law* Vol. 9, №. 2. 2016. p
276. Schwartz, Alan, Scott, Robert E. *Contract Theory and the Limits of Contract Law*. Faculty Scholarship Series. Paper 308. 2003. pp. 541- 619.
277. Solene Rowan, *The new French law of contract*. *British Institute of International and Comparative Law*. 2017. 22 p.
278. Spence Michael. Job Market Signaling. *The Quarterly Journal of Economics*, Volume 87, Issue 3. 1973. pp. 355–374.
279. Stephan Breidenbach. *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluss*. 1989. 96 s.
280. Stefan Purner. Principle of Good Faith in German Case-Law, 25 *Zb. Prav. Fak. Sveuc. Rij.* 2004. pp. 247-264.
281. Steven Shavell. Acquisition and Disclosure of Information Prior to Sale. *The RAND Journal of Economics*, Vol. 25, №. 1. 1994. pp. 20-36
282. Stigler G. J. Information in the Labor Market. *Journal of Political Economy*. Vol. 70, №. 5. 1962, pp. 94-105.

283. Stigler, G. J. The Economics of Information. *Journal of Political Economy*, 69(3), 1961. pp. 213–225.

284. Stiglitz, J. E. The Contributions of the Economics of Information to Twentieth Century Economics. *The Quarterly Journal of Economics*, 115(4). 2000. pp. 1441–1478.

285. Sugata Bag. *Economic Analysis of Contract Law*. 2018. 203 p.

286. Volker Züllighoven. *Verbraucherschutz durch Informationspflichten im Wettbewerbsrecht: Am Beispiel der Irreführung durch Unterlassen*. 2010. 432 s.

287. Van Dam C. *European Tort Law*. Oxford University Press, 2013. 601 p.

2.2. Интернет ресурсы

288. Arrêté du 5 juillet 1990 portant homologation de règlements de la Commission des opérations de bourse.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000715430&categorieLien=id> (Дата обращения: 7.12.2019)

289. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/index.html>

290. Dictionnaire Littré.

<https://www.littre.org/definition/intrins%C3%A8que>

291. Pothier, Robert-Joseph. *Traité du contrat de vente, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*. Tome 1. Debure. Paris. 1762. 502 p. Режим доступа:

<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9612079j/f270.image.texteImage//> (Дата обращения: 10.10.2019).

292. R. Demogue. *Traité des obligations en général, tome I. Sources des obligations*. Librairie Arthur Rousseau. Paris. 1923, №. 358. 744 p.

http://www.europeana.eu/portal/en/record/9200365/BibliographicResource_3000094728676.html#rp=11 (Дата обращения: 2.12.2019).

293. R. Demogue, *Traité des obligations en général, tome 5*. Librairie Arthur Rousseau. Paris. 1925. 677 p.

<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6473507n/f552.image.texteImage> (Дата обращения: 2.12.2019).

294. Code civil

https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=80D10328A4CBB5102FF366615A5891BB.tpdila12v_3?cidTexte=JORFTEXT000032004939&dateTexte=20160211

295. Code de commerce

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=9A945F7AA9494B8A9FD2FF5B9BF9630E.tplgr31s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006161257&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20190513

(Дата обращения: 10.12.2019)

296. Code de la Consommation

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565&idArticle=LEGIARTI000032220903&dateTexte=&categorieLien=cid> (Дата

обращения: 15.11.2019)

297. Code des assurances

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006073984>

(Дата обращения: 10.12.2019)

298. Code pénal

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=27A714294199BA8971B1B4B833F82FFD.tpdila22v_1?idArticle=LEGIARTI000033461473&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20170508&categorieLien=id&oldAction=

(Дата обращения: 15.11.2019)

299. Code du travail

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000028650462&cidTexte=LEGITEXT000006072050> (Дата обращения: 16.11.2019)

300. Code monétaire et financier

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006654281&cidTexte=LEGITEXT000006072026&dateTexte=20100211&oldAction=rechCodeArticle> (Дата обращения: 16.11.2019)

301. Code de la santé publique

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=CC468DB7227F9BE4C25B37D51EEB6671.tplgfr25s_3?idSectionTA=LEGISCTA000006196408&cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20191109 (Дата обращения: 17.11.2019)

302. Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000028738036&categorieLien=id> (Дата обращения: 15.11.2019)

303. Loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005616341&dateTexte=20191118> (Дата обращения: 10.12.2019)

304. Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32011L0083> (Дата обращения: 15.11.2019).

305. Принципы УНИДРУА. URL:

http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_14121/

(Дата обращения: 7.01.2010).

306. Принципы Ландо. URL:

https://www.trans-lex.org/400200/_pecl/#head_41 (Дата обращения: 7.01.2010).

307. V. G. Viney. La responsabilité: conditions, ouvrage précité. URL:

https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_4/2006_55/viney_professeur_9142.html (Дата обращения: 15.11.2019)

2.3. Материалы судебной практики иностранных государств

308. Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 6 novembre 1970, 69-11.665

309. Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 15 janvier 1971, 69-12.180

310. Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 30 novembre 1971, 70-12.547

311. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 15 juin 1976, 74-12.985

312. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 24 novembre 1976, 74-12.352

313. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 15 juin 1976, 74-12.985

314. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 6 décembre 1976, 75-12.442

315. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 29 juin 1976, 74-14.611
316. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 23 mai 1977, 76-10.716
317. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 3 janvier 1977, 75-12.204
318. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 15 novembre 1978, 77-13.736
319. Cour d'appel de Paris, 3 avril 1978.
320. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 20 juin 1979, 78-10.318
321. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 11 juin 1980, 78-15.086
322. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 19 janvier 1983, 81-16.183.
323. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 29 mai 1984, 83-12.016
324. Cour de cassation, Chambre civile 1, du 5 janvier 1985, 83-13.560
325. Cour de cassation, Chambre civile 1, du 23 avril 1985, 83-17.282
326. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 8 avril 1986, 84-11.443
327. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 8 avril 1986, 84-11.443
328. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 11 octobre 1988, 86-12.832
329. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 19 avril 1988, 86-15.607
330. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 18 avril 1989, 87-12.053
331. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 7 mars 1989, 87-13.053
332. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 7 juin 1989, 88-11.675
333. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 28 février 1989, 87-14.731
334. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 18 janvier 1989, 87-11.001
335. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 4 juillet 1989, 88-12.779
336. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 4 juillet 1989, 88-12.779
337. Cour de Cassation, Chambre sociale, du 3 juillet 1990, 87-40.349
338. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 24 avril 1990, 88-15.409
339. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 9 janvier 1990, 88-17.291.
340. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 13 mars 1990, 88-16.740
341. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 13 mars 1990, 88-16.740
342. Cour de Cassation, Chambre sociale, du 29 mars 1990, 87-14.550 87-14.885

343. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 3 janvier 1991, 89-19.544
344. Cour de Cassation, Chambre sociale, du 17 avril 1991, 90-42.636
345. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 1 décembre 1992, 90-18.238
346. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 16 mars 1993, 91-11.194
347. Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 19 octobre 1994, 92-21.543
348. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 27 juin 1995, 92-19.212
349. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 20 juin 1995, 93-15.801
350. Cour de cassation Chambre civile1, du 21 février 1995, 93-14.233
351. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 10 juillet 1995, 93-16.894
352. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 27 février 1996, 94-11.241
353. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 25 juin 1996, 94-16.702
354. Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 19 juin 1996, 94-12.777
355. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 11 juin 1996, 94-18.250.
356. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 10 décembre 1996, 94-16.082
357. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 3 mai 2000, 98-11.381
358. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 3 mai 2000, 98-11.381
359. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 18 janvier 2000, 97-10.720
360. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 22 mai 2001, 98-14.087
361. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 30 mai 2006, 03-14.275
362. Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, du 4 juillet 2007, 06-15.881
363. Cour de cassation, Chambre mixte, 29 juin 2007, 06-11.673
364. Cour de cassation, Chambre mixte, 29 juin 2007, 05-21.104
365. Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 20 octobre 2009, 08-20.274
366. Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 28 octobre 2010, 09-16.913
367. Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 9 octobre 2012, 11-23.869
368. Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 12 juin 2012, 11-18.277
369. Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 12 septembre 2018, 17-22.064

370. BVerfGE 7, 198, 204
371. BVerfGE 25, 256;
372. BVerfGE 81, 242;
373. BVerfGE 89, 214;
374. BVerfGE 97, 169;
375. BVerfGE 102, 347;
376. BVerfG NJW 2018, 1667
377. BVerfGE 34, 269
378. BVerfG NJW 1991, 2549 (2550)
379. BGH NJW 1961, 777.
380. BGH NJW 1967, 1364.
381. BGHZ 204, 145.
382. BAGE 4, 240
383. BAGE 1 258
384. BAGE 4, 274.
385. BAG NJW 2005, 775 (778).
386. BGH NJW 1993, 3323 (3325 f.).
387. BGHZ 185, 83
388. BGHZ 204, 172
389. BGH VersR 2016, 1236.
390. BGHZ 124, 321 (324).
391. BGH NJW 2007, 3777.
392. BGH NJW-RR 2011, 89
393. BGH NJW 2010, 1135 (1137)
394. BGHZ 196, 340;
395. BGHZ 166, 84.
396. BGHZ 174, 61;
397. BGH NJW 2016, 491.
398. BGHZ 67, 35;
399. BGHZ 38, 149;

400. BGHZ 87, 165.
401. BGHZ 67, 34
402. BGHZ 93, 39.
403. BGH NJW 1964, 1621
404. RGZ 161, 330, 338
405. BGH NJW 1957, 826;
406. BGHZ 64, 46;
407. BGH NJW 1975, 824.
408. BGH NJW 2012, 2184.
409. BGHZ 133, 44 (47) = NJW 1996, 2158;
410. BGH NJW 1973, 1793.
411. BGH Urt. v. 13.12.1990 – III ZR 333/89,
412. BGH NJW-RR 1991, 439, 440;
413. BGH NJW 70, 655.
414. RGZ 111, 233 (234);
415. BGHZ 80, 80;
416. BGHZ 105, 108 (110).
417. BGH NJW 1997, 254.
418. BGH NJW 2000, 3346;
419. BGH NJW-RR 2001, 314.
420. BGHZ 186, 96.
421. OLG Köln, 26.01.2016 - 12 U 69/15.;
422. BGH WM 1977, 394, 396;
423. BGH NJW 2001, 2021;
424. BGH NJW 1984, 2289, 2290.
425. BGH WM 1992, 602;
426. BGH NJW 1993, 2433.
427. BeckRS 2012, 19780.
428. BGH NJW 2004, 2301.
429. BGH NJW 2004, 2301;

430. BGH NJW-RR 2000, 426;
431. BGH NJW-RR 1998, 1345.
432. BGH NJW 1996, 1339;
433. BGH NJW-RR 1994, 907;
434. BGH NJW 1993, 1643.
435. BGH NJW 1992, 555;
436. BGH NJW-RR 1992, 879.
437. BGH NJW 2013, 1807;
438. BeckRS 2008, 00661;
439. BGH NJW 1999, 2032;
440. BGH NJW 2001, 2163.
441. BGH NJW-RR 1996, 497.
442. BGH, NJW 1989, 763.
443. BGH NJW-RR 2009, 1101.
444. BGH, NJW 2001, 3331;
445. BGH NJW 2010, 3362;
446. BGH NJW 2012, 846;
447. BGH NJW 2013, 1807.
448. BGH, NJW-RR 1991, 439.
449. BGH NJW 2000, 3558.
450. BGH NJW 1997, 3230
451. OLG Stuttgart CR 1989, 598;
452. Zahrnt NJW 1995, 1785.
453. BGHZ 18, 248 (252) = NJW 1955, 1916
454. BGH NJW 1992, 300.
455. BGH NJW-RR 2006, 923;
456. BGH NJW-RR 2007, 569;
457. BGH NJW 2007, 2485.
458. BGH NJW-RR 2003, 169;
459. BGH NJW 1997, 3230;

460. OLG Stuttgart NJW 1982, 2608, 2609.
461. BGH NJW 1966, 1451;
462. BGH NJW 1974, 849, 851;
463. BGH NJW 1992, 300, 302.
464. OLG Stuttgart JW 1934, 571.
465. BGH NJW 2011, 1949.
466. BGH NJW 1981, 1440;
467. BGH NJW 2011, 1949;
468. BGH NJW 2004, 3628;
469. BGH BeckRS 2008, 26951;
470. BGH NJW-RR 2011, 270.
471. BGH NJW-RR 2008, 470;
472. BGH NJW 1973, 1923.
473. BGH NJW 1987, 1631;
474. OLG München NJW-RR 1998, 1663.
475. BGH NJW 2011, 2877;
476. BGH NJW 2011, 2874
477. BGH NJW 1991, 693.
478. BGH NJW 1970, 653.
479. BAG NJW 2009, 2616.
480. BGHZ 105, 108.
481. BGH NJW 1972, 2217.
482. BGH NJW 1959, 811.
483. BGH NJW 2006, 2041.
484. BGH NJW 1979, 2243.
485. *Le Lievre v. Gould* [1893].
486. *Caparo Industries PLC v. Dickman* [1990].
487. *Harris v. Tyson*, 24 Pa. 347, 359 (1855)

SAINT PETERSBURG STATE UNIVERSITY

Manuscripts copyright

Lugmanov Radik Rashitovich

**Civil law information duties arising from
the principle of good faith**

Scientific speciality: 12.00.03- Civil law; business law; family law; private
international law

Thesis for a degree of candidate of legal sciences

Translation from Russian

Supervisor
Doctor of Juridical Sciences, Docent
Rudokvas Anton Dmitrievich

St Petersburg
2021

Table of contents

Introduction.....	331
Chapter 1 Information duties in foreign law.....	341
1.1 The French legal order.....	341
1.1.1 Concepts used in doctrine and practice.....	342
1.1.2 Constituent elements of the information duty.....	342
1.1.2.1. Material element	342
1.1.2.2 Psychological element.....	348
1.1.3 Classification of information duties.....	353
1.1.3.1 Duty to inform before concluding a contract.....	354
1.1.3.2 Duty to inform after conclusion of contract.....	358
1.1.3.3 Distinguishing information duties by the legal nature of performance.....	362
1.1.3.4 Duty to inform, warn and advise.....	364
1.1.4 Performance of information duties.....	367
1.2 The German legal order.....	372
1.2.1 Sources of information duties.....	372
1.2.2 The principle of good faith (Treu und Glauben).....	373
1.2.3 Functions and legal implications of the principle of good faith.....	379
1.2.4 Subsidiary duties.....	382
1.2.5 Selected aspects of differentiating responsibilities.....	384
1.2.6 Supporting behavioural duties (Verhaltenspflichten).....	385
1.2.7. Information duties as part of subsidiary obligations.....	388
1.2.7.1 Concepts, classification and purpose of disclosure....	389
1.2.7.2 Constituent elements of the duty to provide information.....	392
1.2.7.3 Frequently encountered conditions limiting the duty to inform.....	397
1.2.8 Performance of an information duty.....	400
1.3 Brief conclusions.....	402
Chapter 2 Information duties in Russian law.....	404

2.1 The principle of good faith as a basis for information duties.....	404
2.2 The current state of law and practice on information sharing in the context of the principle of good faith.....	419
2.2.1 Rules on mistake and fraud.....	431
2.2.2 Rules on pre-contractual liability and representations of circumstances.....	444
2.2.2.1 Representations.....	453
2.3 Constitutionalisation of private law.....	456
2.3.1 Statement of the problem.....	456
2.3.2 General prerequisites for disclosure.....	461
2.4. The economic and legal basis for information duties	464
2.4.1. Characteristics of the information.....	464
2.4.2 The economic mechanics of a market transaction.....	470
2.4.3 Efficient goods distribution and transaction costs.....	473
2.4.4 Incompleteness of contracts, uncertainty, limited rationality	476
2.4.5. External effects	480
2.4.6. Information asymmetry	483
2.4.7. Opportunism, moral hazard, adverse selection.....	486
2.4.8. Principles of freedom of contract and private autonomy	492
2.4.8.1 Freedom of contract and duties to inform	493
2.5 Current scientific positions	499
2.6. Model Disclosure Rules	513
2.6.1 Essentiality of information, internal and external aspect of information, excusable ignorance (inexcusable ignorance).....	516
2.6.2 Contractual position of the parties.....	525
2.6.3 Externalities and opportunism.....	529
2.6.4 Information and market interaction.....	531
2.6.5 Information and protection of the personal and property integrity of the counterparty.....	542

2.6.6 Information and achievement of the purpose of performing a contractual obligation.....	550
2.6.7 Informational interaction concerning the conclusion and validity of a contract and other pre-contractual communication.....	557
2.6.8 Other factors potentially affecting the court's decision on the existence of a duty to inform.....	562
2.6.8.1 Protection of the weak party.....	562
2.6.8.2 Professional status and confidence in competence.....	565
2.6.9. Common disclosure rules.....	566
Conclusion.....	569
References.....	573

Introduction

This paper focuses on information interaction at the pre-contractual and contractual stages between formally equal parties, who are usually aware of information asymmetry. The duty to inform about circumstances essential for the other party may be based on legal requirements or contractual terms. However, of immense scientific and practical value are those duties of information that bind the behaviour of parties to social interactions without them ever having thought of doing so. This situation has become possible in the Russian legal order due to the principle of good faith, which encourages the participants in the turnover to consider the rights and legitimate interests of each other, cooperate, and exchange the necessary information.

The exchange of information should not be taken lightly. A reasonable balance must be struck between the interests of those involved, for whom the information may, on the one hand, play a significant role in decision-making and, on the other hand, represent a valuable asset, the possession of which can be of economic benefit. In the context of values such as the social wealth maximization, stability in circulation and solidarity in the exercise and performance of civil rights and duties, the interests of society should also be taken into account. It is important to understand the differences in the functionality of information: it can affect both the general expediency of certain behaviours (the dynamics of subjective relationships) and the security of the person or property of those involved (the statics of subjective relationships).

Since human interaction is a natural social process that takes place outside any connection with the operation of law, it is critical to understand the economic basis of such interaction and only then try to determine when (under what conditions) such interaction becomes legally significant and thus entails certain legal consequences. This paper deliberately does not pay due attention to the consequences of failing to fulfil the duty to inform because, while recognising the importance of this issue, we believe that, in the absence of a domestic doctrine of information interaction, this issue is secondary, i.e. next in the author's research agenda. In order to understand, when

silence about circumstances would entail liability, it is first necessary to ascertain the conditions under which information duties arise.

Relevance of the research topic

Information inadequacy is a recognised source of market failures, which in turn have an overall negative impact on social welfare. Ignorance of certain information affecting, for example, an individual's consent to undertake certain legally relevant actions, can lead to inefficient movement of goods, waste of resources and generally to increased socially irreplaceable losses.

On the other hand, information itself is a valuable good, the possession of which promises certain benefits in the hands of the informed party. The receipt of such benefits cannot be taken explicitly as a source of social loss. Much will often depend on the type of information and the circumstances of the specific situation in question. Moreover, in many cases, keeping the information secret will also be strategically beneficial to society.

The problem of information transparency has no simple and obvious answer. Respect for one party's rights and legitimate property interests will often be countered by the need to take into account the equally important interests of the other party, third parties, and society as a whole. The problem of information interaction in contractual and pre-contractual relations has positive and negative impacts that go beyond the specific relative relationship in question.

This is a complex web of interlocking and often conflicting interests that need to be balanced against each other or provide some model that takes these interests into account.

The economic nature of the relations in question, the development of which is primarily subject to objectively existing economic laws that cannot be directly and successfully influenced in terms of achieving given results, adds a considerable degree of complexity. In this aspect, the impact would be the creation of incentives (positive or negative) for a certain behaviour without any guarantee that this behaviour will change in the right direction and without the expectation that this impact will be

isolated, i.e. not affecting other aspects of the objectively functioning mechanism of market interaction.

The difficulty of accounting for the multifactorial impact of information duties as an incentive for a particular behaviour, and the difficulty in identifying universal socially desirable outcomes of this impact leads to the fact that the scientific literature on information duties generally studies information interaction in a strictly defined aspect without explicitly attempting to take into account the diverse interests of parties and society.

Accordingly, despite the immense social importance of information in general and the need for information to be obtained by the uninformed party to the relationship in particular, it is impossible to draw a general conclusion about the need to disclose any information and in all cases. The nature of the information, the relationships taking place, the impact of the information on benefit utilisation, the social costs and much else needs to be assessed, weighed and some balance struck before drawing hasty conclusions about the desirability of particular disclosure rules.

The Russian legal order lacks a doctrine of duties to inform, which is clearly a negative factor affecting the predictability and stability of civil turnover.

The **scientific novelty of the research work** is determined by choice of the research object. Virtually all domestic research papers related in one way or another to the lack of information are aimed at investigating any other issues, but not the duty to inform. Moreover, the civil law reform which led to the formal recognition of the basic principle of good faith in civil law inevitably raised questions about the conditions of emergence, performance, responsibility for failure to perform various auxiliary duties not provided for by law or contract but arising as a consequence of the principle of good faith in the very fact of social contact. Among such auxiliary duties take its place the duty to inform. This is Russia's first comprehensive study of the conditions under which duties of information arising from the principle of good faith arise. However, it is not complicated by the traditional questions of responsibility for breach of pre-contractual or contractual duties, although important but still secondary to the chosen topic.

The extent to which the topic of the research work has been scientifically developed

Russian law lacks a doctrine of information duties as ancillary duties derived from the principle of good faith. There are several works in the scientific literature that address some aspects of information duties in the context of pre-contractual interaction and liability for violations at the pre-contractual stage in one way or another, in particular A.D. Rudokvas, E.A. Krashennnikov, Y.V. Baigusheva, A.G. Arkhipova, A.G. Karapetov, K.V. Nam, D.E. Bogdanov, Y.A. Golubtsova, O.V. Mazur, A.V. Demkina, K.V. Gnicevich. However, there are no scientific works that focus solely on the duties of informing in the domestic doctrine.

The object of the thesis research are civil legal public relations arising on the pre-contractual and contractual stage, regarding the information relevant to the decision-making on the implementation of legally significant for the person concerned actions, as well as affecting his personal and property integrity in terms of information asymmetry.

The subject of the thesis research is the legal problems of information interaction arising in applying the rules of good faith negotiation and the performance of contractual obligations. The problem of the emergence of information duties depending on the purpose of the intended information interaction and the nature of the information is investigated.

Aims and objectives of the thesis research. The aim of this paper is to determine the conditions under which information duties arise at the pre-contractual and contractual stages in relation to the operation of the principle of good faith.

The purpose of the work predetermined the following objectives:

- 1) Explore doctrinal and practical approaches to determining the nature, grounds and conditions for the creation and subsequent performance of information duties in the German and French legal systems;
- 2) Identify possible patterns in the development of information duties in these jurisdictions in the context of the principle of good faith;

- 3) Identify the significance of the principle of good faith in Russian law enforcement practice;
- 4) Determine the sufficiency of existing legislation to build a doctrine of information duties relating to the principle of good faith;
- 5) Identify ways to meaningfully flesh out the existing rules on good faith behaviour at the pre-contractual and contractual stage in the context of information interactions;
- 6) Suggest general conditions of disclosure and factors to be taken into account by jurisprudence.

The **methodological basis of the study** was provided by general scientific and special scientific methods: historical, logical, system-structural, formal-legal and comparative-legal, as well as the method of economic analysis of law.

The **theoretical basis of the thesis research** was served by the works of such famous domestic scientists as A.D. Rudokvas, A.G. Karapetov, I.B. Novitsky, S.V. Sarbash, A.P. Sergeev, K.V. Nam, K.I. Sklovsky and others.

Works of foreign researchers in the field of private law, economic analysis of law and economics of information were also used: R. Zimmermann, S. Whittaker, S. Breidenbach, M. Kovacs, R. Sefton-Green, M. El-Garbi, M. Fabre-Magnan, M. Miriam, G.M. Rem, G. Akerlof, R. Cooter, T. Ulen, O. Hart, F. Hayek, J. Hirschleifer, S. Shavell, A.T. Kronman, R. Posner, G.A. Simon, A. Schwartz, M. Spence, G. Stigler, J. Stiglitz and others, since the topic is underdeveloped in the Russian literature.

The **empirical basis of the thesis research** was Russian and foreign private law norms, Russian and foreign jurisprudence provisions. The choice of the French and German legal orders as objects of comparative legal research is due to a number of historical reasons.

Of great importance is the significant influence of the French Civil Code of 1804 on subsequent European codifications. The Code itself originally contained a rule explicitly devoted to the principle of good faith. However, until the last decades of the last century, it did not significantly impact French law enforcement.

However, this circumstance did not have a negative effect on the recognition in doctrine and the emergence in practice of duties of informing, which subsequently became very broad.

On the other hand, the French Civil Code set an example in the German Civil Code, where the principle of good faith also had an enormous practical importance in the legal order; it served as a successful basis for the development of the principle in other European (and supranational) legal systems. There is no doubt that German civil law has had some influence on the development of modern Russian law.

The main points put forward for defence:

1. The principle of good faith is a legal means of developing the law through judicial law-making. The principle of good faith allows the courts, relying on the relevant provision of Article 1 of the Civil Code, to form a regulatory body of "second-tier" *iuris civilis supplendi et corrigendi gratia*, without formally overriding the norms of positive law. For convenience and to remove the provocative nature of this statement, it is customary to speak of the crystallisation of the principle of good faith in jurisprudence. While there is a general requirement arising from the said principle and addressed to the participants of circulation to behave in good faith, in reality the emphasis shifts to the requirement to behave according to the law formed, inter alia, by judicial law-making.
2. The constitutionalisation of private law is an effective mechanism for the development of private law, and constitutional values are objective benchmarks for the balancing of interests in private law disputes. The judiciary adjusts, supplements and develops the law by referring to certain values that are to be implemented in the practice of law. A wide range of moral, ethical, economic and other values can in principle be thought of as such reference points. In order to eliminate the negative effects caused by the application of highly evaluative categories such as fairness, reasonableness, etc., it is necessary to refer to more understandable and relatively recognisable constitutional values.
3. The rules on misrepresentation, fraud, pre-contractual liability (in relevant cases) and representations of circumstances show the consequence of the informational

imbalance of the participants in the appropriate social relations. However, there is no unconditional correlation between the duty to inform and these institutions. These institutions only indirectly assist in determining the conditions for the emergence and scope of information duties.

4. Information duties are not homogeneous in principle. It is necessary to distinguish the functional orientation of these duties. In general, four kinds of informational duties can be distinguished: 1) duties aimed at securing the purpose of negotiations (protection against conflicting conduct, conclusion of a valid contract); 2) duties aimed at ensuring the expediency of the conclusion of a contract; 3) duties aimed at protecting life, health, property at the pre-contractual and contractual stage of legal relations; 4) duties aimed at achieving the purpose of a contractual obligation.

5. One of the central ideas underlying the possibility of increasing social wealth is that it is undesirable to separate benefits and information about them on different sides of a contractual or pre-contractual interaction. Through the realisation of this idea, benefits tend to move towards their most efficient use.

6. The general prerequisites for disclosure are that one party has information that is essential to the counterparty and that the counterparty is not aware of such information, provided that the knowledgeable party is aware of the existence of information asymmetry. Mere knowledge by a party of a lack of information from the other party does not indicate bad faith on the part of that party. However, the factor of excusable ignorance can only be taken into consideration in exceptional cases.

7. The constitutional and legal value of economic and social solidarity is one of the critical reasons for imposing a protective obligation on the parties to social contact to inform the counterparty of relevant circumstances at both the pre-contractual and contractual stage of the business relationship. If this approach correctly focuses on the main objectives of the entry into the negotiation and performance of a contract, conflicts of interest are avoided as a matter of principle in the context of contracting parties' security. As a result of entering into negotiations and the subsequent conclusion of a contract, a necessary interdependence arises between the parties, giving rise to a mutual trust that the parties will ensure each other's personal and property integrity.

Another key reason for imposing a protective duty to inform is the constitutional and legal value of enhancing the wealth of citizens, which, refracted in the practical plane of civil-law relations, prevents the creation of conditions for the generation of social loss.

8. Social solidarity in the utilitarian sense, as well as the economic efficiency of benefit sharing in the context of increasing social welfare, requires the existence of an informational duty related to the performance of the main contractual obligation. The community of interest in fulfilling a contractual obligation presupposes cooperation to achieve the aim of entering into the contract. Moreover, even after the target community of interest disappears (withdrawal from the contract, etc.), social solidarity and economic efficiency presuppose the minimum necessary complicity of the parties to the contract in securing each other's interests.

9. Pre-contractual information interaction can be mediated by two information duties: 1) an informational duty to ensure the interest in the conclusion and validity of the contract, and 2) an informational duty to ensure the appropriateness of the contract.

10. Counterparties are obliged to inform each other in the event of a manifestly observable misconception of the main issues of the future transaction affecting the very possibility of an effective transaction: the subject, subject and nature of the transaction, as well as the circumstances indicating the nullity or unenforceability of the transaction or a change in the intention to reach an agreement with the counterparty in question as a result of the negotiations.

11. Contractual counterparties are generally obliged to disclose material information about their provision.

Degree of validity and approbation of the results of the dissertation research.

The results of the study were reflected in articles published in journals that are peer-reviewed scientific journals recommended by VAK for publication of dissertation results for doctoral and candidate's theses:

1. Lugmanov R.R. Silence about circumstances: criteria for determining information subject to disclosure// Legislation. 2017. № 9. P. 48-56.
2. Lugmanov R.R. Principle of good faith and subsidiary obligations in German private law// Legislation. 2019. № 2. P. 78-85.
3. Lugmanov R.R. Functional criterion for differentiation of informational civil law obligations// Law and Power. 2021. № 1. P. 43-48.
4. Lugmanov R.R. Some problems of information duties. Foreign experience// State and Law: Theory and Practice. 2021. № 3. P. 68-72.
5. Lugmanov R.R. Principle of good faith as a means of law development//Law and politics. 2021. № 5. P. 60-75.

Publications on the results of scientific-practical conferences:

1. Lugmanov R.R. Principle of good faith and the duty to inform// Materials of the XV International Scientific-Practical Conference "The Constitution of the Russian Federation and Modern Law and Order (Kutafin Readings)" - Moscow: 2019. P. 35-39.
2. lugmanov R.R. The principle of good faith as a political-legal method // Law. Society. State. Collection of scientific works of students and postgraduate students. S.: 2019. P. 120-125.

The provisions contained in this work were presented and discussed at scientific and practical conferences:

1. 09 April 2019. II International Scientific and Practical Conference "Law and Modern Economy: New Challenges and Prospects". Paper topic: "The Principle of good faith and the Duty to Inform" (St. Petersburg State Economic University);
2. 18 April 2019 XI final student scientific conference of St. Petersburg Institute (branch) of the All-Union State University of Law (Russian Ministry of Justice). Report topic: "The Principle of good faith as a Political and Legal Method".
3. December 19, 2019 International scientific-practical Conference "Scientific research of modern problems of Russia's development: Dialogue of

generations". Report topic: "The Principle of good faith as a Political and Legal Method".

Structure of the graduate qualification work. The work consists of an introduction, two chapters combining nine paragraphs, a conclusion, a list of regulations and jurisprudence, and a bibliography.

Chapter 1 Information duties in foreign law

1.1 The French legal order

French civil law doctrine indicates that the problem of information duties was comprehensively considered in a pioneering way in de Goulgard's monograph, published in 1945¹.

At that time, it was thought that as a general rule no one was obliged to inform the other party of circumstances relevant to him unless such an obligation was provided for in law or contract. Over time, this approach has been challenged because of the need to take into account the actual inequality of the parties; there has gradually been a proliferation of specific laws dealing in one way or another with the duty to inform, as well as a tightening up of requirements for good faith negotiations on the part of the jurisprudence².

The treaty process has evolved considerably. The time available to conclude a contract has generally become shorter, making it more difficult to conduct in-depth research in order for the parties to independently identify information regarding the circumstances relevant to them.

It also became clear that there was frequent asymmetry of information, with one party in a position to influence decisively either the formation of the terms of the contract or simply the amount of relevant information available to the other party because of its proximity to the source. As a consequence, one could not fail to recognise that there is a risk of one party dominating the contractual relationship³.

The French courts are now quite active in intervening both in the negotiation process and in the execution of the contract, imposing additional obligations on the parties which they did not actually intend⁴.

¹ Olivier Frédéric Boyer. *Le silence et le contrat: approche comparée*. Institut de Droit Comparé Université McGill Montréal Septembre. 1991. Thèse présentée à la Faculté des études supérieures et de recherches en vue de l'obtention de la Maîtrise en droit (LL.M). 1991. P. 27; John Bell. *John Bell. Cambridge Yearbook of European Legal Studies: Vol 7, 2004-2005/ Hart Publishing. 2006. P. 146*

² Boyer. *Ibid.* P. 27.

³ Agnès DUPONT. *Le devoir de conseil en matiere de garanties*. URS. Paris. 2002. P. 4

⁴ At the dawn of the French Civil Code, Jean-Etienne-Marie Portalis, a famous French jurist and statesman, expressed a very characteristic thought of the time: «A man who deals with another man must be careful and wise; he must look after his own interests and obtain appropriate information and not neglect what is useful...» Quoted in Agnès DUPONT. *Le devoir de conseil en matiere de garanties*. URS. Paris. 2002. P. 4; John Bell. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies: Vol. 7, 2004-2005/ Hart Publishing. 2006. P. 146.*

1.1.1 Concepts used in doctrine and practice

French doctrine and practice use various terms to denote broadly similar legal phenomena in one way or another related to information exchange, such as the duty to provide information (l'obligation de renseigner), the duty to receive information (l'obligation de se renseigner), advice (devoir de conseil), warning (devoir de mise en garde), providing information (l'obligation de renseignement), sometimes speaking of attracting attention (d'attirer l'attention), etc.⁵ This variety in the use of similar terms does not always seem justified and even seems arbitrary.

1.1.2 Constituent elements of the information duty

A rather significant aspect of the topic under study is the problem of identifying the constituent elements of the duty to inform. The French doctrine refers to these constituent elements as the necessary conditions that must be fulfilled in order for the information duty to be recognised as existing.

The question of why the duty to inform is not considered to have arisen by itself due to the accumulation of a certain factual composition, but needs to be recognised as existing, may be answered that, unlike ordinary contractual obligations, it is rather specific, since the creditor very rarely directly demands its performance, usually only becoming aware of its existence once it has gone to court⁶ and, consequently, wanting only the sanction for its violation that has taken place. These conditions for the existence of the obligation are grouped around the so-called material and psychological elements⁷.

1.1.2.1 Material element

Determining the material element of the information duty relates to answering the question of the purpose of recognising the existence of such a duty, which is quite

The jurisprudence has been in line with the doctrine. In one case, the French Court of Cassation stated that "the counterparty who has made a mistake because of his credulity or negligence must only be blamed himself". Cited in Olivier Frédéric Boyer. *Le silence et le contrat: approach comparee*. Institut de Droit Comparé Université McGill Montréal. 1991 P. 34 .

⁵ Mehanna Myriam. *La prise en compte de l'intérêt du cocontractant*. Thèse de Doctorat. 2014. P. 212.

⁶ In fact, it is the court that establishes retrospectively that an information duty of a certain content did exist and was therefore breached by the debtor.

⁷ M. Fabre-Magnan. *De l'obligation d'information dans les contrats*. Essai d'une théorie. 2014. P. 120.

logical, because it would be strange to assume that counterparties are obliged to inform each other of all the circumstances potentially relevant to the contract being concluded or performed. Therefore, it is clearly the nature of the information to be transmitted between the counterparties that must be ascertained first.

Several approaches to defining the material element of the information duty can be distinguished in the doctrine⁸.

Firstly, this element is sometimes linked to the information inherent (intrinsic, i.e. pertaining to the very essence) of the subject matter of the contract⁹. This criterion is best illustrated by a classic example proposed by the Roman jurist Cicero in his treatise "On Obligations", which became in a way a starting point for the discussion on the informational duties of parties to contractual relations in the European civilistic tradition¹⁰. It concerned a wheat merchant whose ship was the first to arrive in the famine-stricken Rhodes. The question was whether this merchant was obliged to inform his buyers of the imminent arrival of a large number of other vessels which he had noticed on the way and which would end both the famine and the high prices of the goods in question. Without going into the controversy that has taken place in the literature, we will only note the opinion of Pothier, who pointed out that information about other vessels was "alien" to the items sold¹¹. In the context of Pothier's statement it is necessary to consider what exactly the term "intrinsic" (intrinsic) means in relation to information.

According to the Littré French Dictionary, intrinsic (inherent) is an adjective denoting that something is within something; an intrinsic quality that an object has regardless of any agreements¹². Thus, with respect to the purchase and sale, the information intrinsic to the object of the contract would refer to the material

⁸ *Ibid.*, p. 123.

⁹ Article 1110 Civil Code.

¹⁰ Cicero. On old age. On friendship. About duties / Russian translation. V.O. Gorenstein, M.E. Grabar-Passek, S.L. Utchenko. M., 1993. P.136.

¹¹ M. Fabre-Magnan. Op. cit., P. 28; Pothier, Robert-Joseph. Traité du contrat de vente, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur. Tome 1. Debure. Paris. 1762. 502 p. Access mode:

<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9612079j/f270.image.texteImage//> Date of access: 10.10.2019).

¹² Dictionnaire Littré. <https://www.littre.org/definition/intrins%C3%A8que>

characteristics of the thing being sold (quality, quantity, etc.)¹³. As for information about new arrivals, it cannot be regarded as an integral part of the contract of sale, but rather as elements to assess the appropriateness of entry into the contract for one of the parties. Furthermore, information about the imminent end of the blockade cannot be regarded as relevant to the buyer's performance, even if it affects the price of the goods, i.e. the number of units to be paid. The rarity of the goods which affects the price is not an intrinsic quality of the thing in question, because it (rarity) depends on the external circumstances in which the thing in question finds itself¹⁴.

Secondly, in light of the above, it may be of interest to compare the intrinsic qualities of a thing (inherent in that thing) with the concept of essential quality (provision) in connection with the new regulation in Articles 1132-1133 Code civil¹⁵.

In the context of established tradition, it is considered that a party's consent to enter into a contract may be overturned, among other things, by an mistake that may lead to the annulment of the contract under certain conditions, namely: 1) if it is a so-called "mistake-obstacle" or 2) if the mistake concerns the essential qualities of the grant. "Obstruction" is a mistake so serious that it allows it to be assumed that there was in fact no consent¹⁶. As to the mistake in the essential qualities of the provision, it is a broader understanding of the circumstances (directly or indirectly agreed) relating to the provision which the misguided party believed to be fundamental because they had a decisive influence on its consent to enter into the contract¹⁷. In essence, it is a question of "causal motives". Thus, under this concept, essential qualities would recognise the various circumstances surrounding the contract, the presence or absence

¹³ e.g. storage conditions, wheat variety, place and manner of storage, transport, etc., as opposed to, for example, personal reasons (motives) for entering into the contract.

¹⁴ M. Fabre-Magnan. Op. cit., P. 124.

¹⁵ Code civil

https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=80D10328A4CBB5102FF366615A5891BB.tpdila12v_3?cidTexte=JORFTEXT000032004939&dateTexte=20160211

¹⁶ For example, one party is thinking of buying and selling, while the other is thinking of using it free of charge.

See Catherine Goux. L'erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyses et comparaisons. Cahiers de la Faculté de droit de Namur; Vol 11. Namur: FUNDP. Faculté de droit. 1999. P. 15.

¹⁷ Amélie Dionisi-Peyrusse. Droit civil - Tome 2. Les obligations. CNFPT. 2008. P. 41

of which the parties had in mind when entering into the contract, as a necessary precondition for their consent to enter into the transaction¹⁸.

Thirdly, another approach can be identified whereby specific circumstances to be disclosed are defined through the concept of relevant information¹⁹. Strictly speaking, this is any circumstance that could cause a change in the behaviour of the counterparty, i.e. if he had known the information he would have acted differently (refusing to enter into the contract, performing the contractual obligations differently, etc.). More specifically, the information in question must have a number of well-defined characteristics:

- (a) The information disclosed must relate to the purpose of the undertaking arising from the treaty;
- b) it must be useful to the counterparty;
- c) the use of the information must be lawful.

A. Circumstances relating to the purpose of the obligation.

Generally, it may seem that this condition is quite obvious and there is no point in singling it out separately²⁰. However, in some cases it may be of practical importance to specify this ground, i.e. although the creditor has an interest in receiving this information, it should not be passed on as it is not relevant to the purpose of the obligation²¹. Generally, there is a wealth of case law which has established a duty of

¹⁸ It should be noted that if the mistake relates to a particular circumstance which is not necessarily material in the eyes of most people, special requirements are added. In this case, in addition to having to prove that the aspect in question was personally material to him, the wrongdoer will also have to prove that his counterparty knew (should have known) of the material nature of that element to that entity. Such a situation is called "common mistake", which, however, does not mean that it is both parties who have made a mistake. It simply means that the mistake must relate to a circumstance that both parties knew was material to at least one of them.

¹⁹ M. Fabre-Magnan. *Op. cit.*, P. 132.

²⁰ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 19 janvier 1983, 81-16.183. Case on the duty to inform (warning) which lies with the seller and not with the appliance repairer.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007011246> (Date of reference: 10.11.2019). Hereinafter, the decisions of the French Court of Cassation are used from <https://www.legifrance.gouv.fr/>, unless otherwise specifically stated.

²¹ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 9 janvier 1990, 88-17.291. Case concerning the Creusot-Loire shares and the bank's obligation to notify the bankruptcy of the company. In its decision, the Court of Cassation distinguishes between events affecting, on the one hand, the securities, the rights therein, and, on the other hand, events concerning the fate of the company issuing the securities in question.

information for, for example, a real estate agency²², insurer²³, travel agency²⁴, lawyer²⁵, banker²⁶, surgeon²⁷, contractor^{28,29}, car dealer, pension fund,³⁰ etc.

B. Information useful to the counterparty.

In the context of the topic at hand, information that helps the counterparty make an informed decision appropriate to the current stage of the relationship (agreement to enter into the contract, amend or terminate the contract, perform the contract, etc.)³¹ will be useful. In this sense, it is worth noting that even if the information is related to the subject matter of the obligation, but may not be of interest to the creditor, it does not need to be disclosed³².

However, it should be understood here that this is a rather subtle issue. For example, the treating doctor obviously knows the patient's condition, but is far from obliged to disclose this information to the patient if this information does not help, but rather contributes to an incorrect decision, as it will not be based on full knowledge of the circumstances³³. In this case the transfer of information has more disadvantages than advantages. For this reason, the doctor, for example, is not obliged to inform patients about the exceptional risks associated with surgery³⁴; i.e. his obligation is usually limited to normally foreseeable risks³⁵.

However, sometimes the law explicitly prohibits a person concerned from using certain information, even if it is useful.

C. The use of the information must be lawful.

²² Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 18 avril 1989, 87-12.053

²³ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 7 mars 1989, 87-13.053

²⁴ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 29 juin 1976, 74-14.611

²⁵ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 18 janvier 1989, 87-11.001

²⁶ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 13 mars 1990, 88-16.740

²⁷ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 7 juin 1989, 88-11.675

²⁸ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 28 février 1989, 87-14.731

²⁹ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 20 juin 1979, 78-10.318

³⁰ Cour de Cassation, Chambre sociale, du 29 mars 1990, 87-14.550 87-14.885

³¹ Adeline Villain. *L'immixtion du juge dans les contrats*. Droit. 2013. P. 48

³² Not interesting in the sense that it won't help to make a timely decision, for example.

³³ In an emergency, the doctor may not ask the patient for consent to certain actions, a delay in carrying them out may cause even greater harm than the harm from the manipulation performed. See: Cour de Cassation, Chambre civile. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 11 octobre 1988, 86-12.832

³⁴ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 3 janvier 1991, 89-19.544

³⁵ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 19 avril 1988, 86-15.607

It is not surprising that a situation arises relatively frequently where a person, when entering into a business relationship, has a strong interest in taking advantage of the occasion to first obtain from the counterparty and then use certain information which in normal practice is not readily available or is particularly valuable.

However, the law may prohibit its use on public policy grounds. For example, such a situation may arise in an employment relationship where it is to the employer's advantage to take certain information about a job applicant into account, but this is punishable under the prohibition of discrimination³⁶. The same applies, for example, to so-called insider information, concerning which the law forbids the persons concerned to use information obtained in the course of their professional activities to profit on the relevant market³⁷.

Another example in this case is the situation of professional secrecy. In particular, it is not permissible for the doctor to disclose information about a patient's medical history³⁸.

In this way, the information duty may appear broad enough in the scope of the circumstances to be disclosed if they are somehow related to the purpose of the obligation, are useful to the counterparty and their disclosure is not unlawful. However, this breadth of circumstances to be disclosed should not be intimidating as in any case there is a procedural difficulty for the creditor to prove both the existence of the damage itself and the causal link between the default and the damage, both the influence of the relevant information on the creditor's behaviour and generally the existence of an information duty itself. The difficulty of proving these circumstances will often prevent the application of liability against the debtor in an information duty³⁹. In addition, as

³⁶ See, for example, Article 225-1 du Code pénal; Article L. 1132-1 du Code du travail
[https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?jsessionid=27A714294199BA8971B1B4B833F82FFD.tpdila22v_1?idArticle=LEGIARTI000033461473&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20170508&categorieLien=id&oldAction=](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?jsessionid=27A714294199BA8971B1B4B833F82FFD.tpdila22v_1?idArticle=LEGIARTI000033461473&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20170508&categorieLien=id&oldAction= (Дата обращения: 15.11.2019)) (Дата обращения: 15.11.2019)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000028650462&cidTexte=LEGITEXT000006072050> (Date of reference: 16.11.2019) And finally, a rather curious case was the subject of the Court of Cassation. Cour de Cassation, Chambre sociale, du 17 avril 1991, 90-42.636

³⁷ L 465-1 du Code monétaire et financier
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006654281&cidTexte=LEGITEXT000006072026&dateTexte=20100211&oldAction=rechCodeArticle> (Date of access: 16.11.2019)

³⁸ As well as banking secrets, stock exchange secrets, private secrets, criminal secrets, etc. Agnès DUPONT. Op. cit., P. 27.

³⁹ M. Fabre-Magnan. Op. cit., P. 185.

noted above, the material element is not the only determinant of the existence of an information duty. Another condition for its existence is the psychological element of the duty to provide information.

1.1.2.2 Psychological element

The primary reason why the question of the emergence and limits of the information duty arises at all is an objectively existing datum in the form of information asymmetry (inequality) between the counterparties⁴⁰. A psychological element is used to measure this asymmetry⁴¹.

A breach of information duty and, consequently, the imposition of a sanction on a defective debtor is only possible if the latter a) knew or should have known of the importance of the information to his counterparty and b) knew the content of the information.

A. Knowing the importance of information to your counterpart

This is a fairly simple idea that follows from the natural state of affairs: everyone is solely interested in his or her own needs and therefore, for example, during the negotiation stage, everyone must explain to the counterparty what he or she expects from the contract and what he or she can offer in return. Accordingly, if the counterparty expects something different from what is normally expected in a transaction under comparable circumstances, he must state this explicitly, and if he does not do so, his counterparty has grounds to argue that the provision of information did not occur because he was not aware of its relevance to the creditor. However, the person in question cannot hide behind ignorance of the importance of certain information, e.g. for his counterparty's decision to enter into the contract, if the purpose of entering into the contract is obvious, which is the case, for example, when the buyer intends to use the item for its usual purpose without explaining his specific purpose to the seller.

In terms of distribution of the burden of proof, the importance of the relevant information must be proven by the creditor of the information duty, i.e. this latter must,

⁴⁰ Agnès DUPONT. Op. cit., P. 16; Djamilia Mahi-Disdet. L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique. Droit. Université d'Avignon, 2011. P. 8.

⁴¹ M. Fabre-Magnan. Op. cit. P. 187.

for example, prove that he has specifically emphasised his interest in the special use of the thing acquired⁴².

However, for a number of cases, jurisprudence has developed a presumption that the counterparty is aware of the importance of the information to the other party.

This has been facilitated by the repeated emergence in practice of certain typical factual circumstances which show a close connection between relevant information and the subject matter of this type of contract. This also explains the frequent finding in court practice of information duties where one of the parties is a professional who should in principle be aware of the typical expectations of his clients and therefore it is natural to assume that he knows what kind of information is important to them.⁴³

The jurisprudence also clarifies that, where the object of supply may be dangerous in a particular application, the seller must, on his own initiative, notify the buyer and ask him under what conditions he intends to use it, without having to wait for the buyer's information to do so⁴⁴.

All of the above is certainly important, but the second aspect of the psychological element must be present in order to detect an information duty: knowledge of the information in question.

B. Knowledge of relevant information.

In order for one party to have an obligation to disclose information to the other party, of course it needs to know that information. For example, the pharmacy's obligation to disclose information about contraindications to medicines covers only those facts that are known at the time the medicines are placed on the market and were passed on to the pharmacy after that date⁴⁵.

⁴² For example, an interest in the atypical use of a thing. See: Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 20 juin 1995, 93-15. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 20 juin 1995, 93-15.801

⁴³ According to some authors, there is a tendency to make the duty to consult fundamental: it should be imposed on all professionals as a permanent duty rather than being tied to a specific contract. Agnès Dupont. *Op. cit.* P. 5.

⁴⁴ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 15 juin 1976, 74-12.985; Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 6 décembre 1976, 75-12.442

This is simple enough to understand as it is obvious that avoidance information is guaranteed to be of interest to the typical counterparty.

⁴⁵ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 8 avril 1986, 84-11.443

However, it is possible to find court cases in which certain professionals have been given specific duties to seek and verify information in order to pass it on to their counterparts⁴⁶. In this sense, it is interesting to note that, for example, doctors have been given a direct obligation by law to maintain and improve their knowledge⁴⁷.

Moreover, there is a tendency to recognise that any professional has a duty to continuously improve his knowledge in his area of specialisation in order to be able to provide quality information to his client⁴⁸. The assessment of the adequacy of a professional's knowledge of certain information is not assessed by the court specifically in relation to a given situation, but rather in the abstract (whether he could have the relevant knowledge given his skills and qualifications). This inevitably leads to the presumption that the professional knows the information to be passed on to the client, which can be refuted only by proving that he made all the necessary efforts to find the respective information (obligation de moyen). But once again, it should be pointed out that this refers to his or her area of specialisation, i.e. a professional does not have to know everything⁴⁹.

Speaking of some professionals (e.g. banker, notary), it should be noted that the search for relevant information cannot be limited to the information received from the client⁵⁰. The obligation to provide information, advice, counselling implies an active activity of the debtor, whose efforts must be directed towards an informed understanding of the creditor's situation, so that this obligation will result in useful information being provided to the client.

Of course, in the context of this aspect, the influence of the creditor's own psychological state on the fate of the debtor's obligation is of no small interest. As a general rule, if a person who believes himself to be the creditor of an information duty

⁴⁶ For example, in the case of an estate agent. See: Cour de cassation, Chambre civile 1, du 5 janvier 1985. Cour de cassation, Chambre civile 1, du 5 janvier 1985, 83-13.560

⁴⁷ Article R.4127-11 Code de la santé publique

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=CC468DB7227F9BE4C25B37D51EEB6671.tplgfr25s_3?idSctionTA=LEGISCTA000006196408&cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20191109 (Дата обращения: 17.11.2019)

⁴⁸ M. Fabre-Magnan. Op. cit. P. 190

⁴⁹ Agnès Dupont. Op. cit. P. 21-22; Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 30 novembre 1971, 70-12.547

⁵⁰ Agnès Dupont. Op. cit. P. 20

knew the relevant information, no obligation actually existed⁵¹. On the other hand, ignorance of the information gives rise to an information duty if another necessary element is added: the creditor's ignorance must be exculpatory, which the updated Code also guides law enforcers on⁵².

Thus, the absence of information from a person who considers himself a creditor will be considered excusable if a) that person cannot know the information in question and/or⁵³ b) if that person has a legitimate expectation arising from a justified confidence in his counterparty⁵⁴. Moreover, the fact that the creditor has a professional status does not exclude the duty to inform on the part of the non-professional debtor⁵⁵, although it reduces the intensity of the said obligation⁵⁶.

In the context of the creditor's ignorance, the problem of finding a creditor's duty to request information (le devoir de s'informer) must be mentioned. This issue is resolved through the concept of unforgivable mistake (d'erreur inexcusable)⁵⁷, the existence of which paralyses the creditor's ability to hold the debtor liable⁵⁸. However, this restriction on the duty to inform does not apply if there has been fraud (including

⁵¹ François Diesse. Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat // 43 Arch. Phil. Droit. 1999. P. 282

⁵² Article 1112-1 of the Civil Code stipulates that a party who has important information which is crucial to the consent of the other party is obliged to provide it to the other party if the latter is legally unaware of the information or acts on trust in relation to its counterparty.

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=1669FE32B304E2432E5A7669DC7992D1.tplgfr25s_3?idSectionTA=LEGISCTA000032007101&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20191110(Дата обращения: 18.11.2019)

Article 1132 of the Civil Code states that an mistake of law or fact, unless it is inexcusable, is a reason for the invalidity of a contract when it relates to the essential qualities of the benefit or advantage due to the contracting party.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000032040846&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20161001>(Дата обращения: 18.11.2019)

⁵³ Christian von Bar and Eric Clive. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)/ Full Edition. European Law Publishing GmbH, Munich. 2009. P. 488

⁵⁴ Olivier Frédéric Boyer. Op. cit. P. 33

It is interesting to note that in England, Ireland, Scotland and Slovakia, for example, no duty to disclose information is recognised even where the person concerned is aware that his or her counterparty does not know the material circumstances affecting his or her decision to enter into the contract. An exception exists for a limited number of uberrimae fidei contracts, for example in insurance, where the law protects a particularly fiduciary relationship between the parties. Christian von Bar and Eric Clive. Op. cit. P. 498.

⁵⁵ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 24 novembre 1976, 74-12.352; See also Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 4 juillet 1989, 88-12.779

⁵⁶ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 11 juin 1980, 78-15.086

⁵⁷ Olivier Frédéric Boyer. Op. cit. P. 35.

⁵⁸ Cour de Cassation, Chambre sociale, du 3 juillet 1990, 87-40.349; Cour de Cassation, civile, Chambre civile 3, du 4 juillet 2007, 06-15.881

fraudulent concealment of the circumstances), as is indicated by case law and the legislator⁵⁹.

At the heart of the special meaning of unforgivable mistake is the principle of justice, according to which it is unacceptable to sanction the mistake of a thoughtless person⁶⁰. It follows logically from this principle that an unforgivable mistake should be disregarded because it is directly related to the unjustifiable negligence or even stupidity of the wrongdoer himself⁶¹.

In which cases can it be said that the party concerned had a duty to seek the information itself? For this, two conditions must coincide: a) the party must be aware of the need to obtain the information and b) be able to obtain it⁶². This possibility is assessed on a case-by-case basis, taking into account the personal (professional) characteristics of the person claiming to be a creditor of the information duty⁶³. However, in any case, the mere fact of the applicant's professional status is not sufficient for the court to dismiss the claim. The court must state the reasons why it decided that the professional knew or should have known the information in question⁶⁴.

As far as a legitimate expectation based on trust is concerned, this is a state of affairs where the special relationship is caused either by the very nature of the relationship or by the position (quality) of the party concerned. For example, an insurance contract clearly presupposes a bona fide relationship between the parties, as insurers cannot get all the information they need and have to rely on the loyalty of policyholders. Or, for example, a long-term business relationship may give rise to a

⁵⁹ Olivier Frédéric Boyer. *Op. cit.* P. 35; Ejan Mackaay. *Law and Economics for Civil Law Systems*. Edward Elgar Publishing, 2013. P. 457 (560) See also Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 23 mai 1977, 76-10.716; Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 9 octobre 2012, 11-23.869. Article 1139 of the CIVIL CODE states that an mistake caused by fraud is always forgivable.

⁶⁰ Florian Maume. *Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matiere contractuelle*. Thèse Evry-Val-d'Essonne, dir. D. Houtcieff, 2015. P. 347.

⁶¹ Amélie Dionisi-Peyrusse. *Op. cit.* P. 42.

⁶² M. Fabre-Magnan. *Op. cit.* P. 202.

Article 1642 of the CIVIL CODE states that the seller shall not be liable for any obvious defects which the buyer could have seen for himself.

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=D152D86E888D28991CE95106EDDE5722.tplgfr25s_3?idArticle=LEGIARTI000006441932&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20161001 (Дата обращения: 18.11.2019)

⁶³ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 15 novembre 1978, 77-13.736; Cour de cassation, Chambre civile 1, du 23 avril 1985, 83-17.282.

⁶⁴ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 3 janvier 1977, 75-12.204.

reasonable expectation of disclosure, even if the lender could have obtained the information itself.

On the other hand, trust based on the quality of the parties usually arises between the professional and his clients, which is logical given the level of perceived awareness that the professional possesses when carrying out frequently repetitive transactions of the same type. Thus, the professional is obliged to inform the client before concluding the contract and to advise afterwards.

So, we have seen that the psychological element on the creditor's side matters within certain limits, which follows logically from the general idea that everyone should take care to obtain information that provides an interest for him, because the contract, although a means of bringing together interests, is precisely the conflicting interests of the parties⁶⁵. Therefore, one hundred percent paternalism on the part of the more informed party is still impossible.

1.1.3 Classification of information duties

The problem is unlikely to be of great practical importance, but it has given rise to a certain diversity of solutions in French doctrine. Some authors (V. P. Malaurie, L. Aynes) do not acknowledge any objective differences that might justify dividing information duties into categories⁶⁶. Others do, but the division proposed by each of them differs widely from author to author. There are some authors (G. Viney, P. Jourdain) who recognize only contractual information duties, while others try to extend the treaty regime to cases of default at the pre-contractual stage, provided the contract is subsequently concluded (F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque). In contrast, a number of authors have singled out only the pre-contractual duty to inform as the most significant for doctrine and practice (P. Roubier, R. Saleilles, J. Schmidt)⁶⁷.

Other approaches have also been used to divide up information duties, namely based on existing case law or legal requirements, obligations to provide information on the content of a contract or the appropriateness of a contract, duties to inform, warn

⁶⁵ Djamila Mahi-Disdet. Op. cit. P. 9.

⁶⁶ Ph. Malaurie et L. Aynes, Droit civil. Les obligations, 2nd ed. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 43, № 3, Juillet-septembre 1991. № 636. P. 348; Djamila Mahi-Disdet. Op. cit. P. 196.

⁶⁷ Djamila Mahi-Disdet. Op. cit. P. 197

and advise, and so on⁶⁸. Perhaps the most common is the chronological division of information duties: the pre-contractual and contractual duty to provide information⁶⁹.

1.1.3.1 Duty to inform before concluding a contract

The entire history of the information duty shows a continuous expansion of this duty. In this sense, doubts in the past about whether the principle of good faith applies at the pre-contract stage and therefore whether negotiators are bound by information duties that are not recorded but implied have become a thing of the past and the civil law reforms have clarified them accordingly⁷⁰.

On the other hand, the literature points out that the information duty is in fact consistent with the general contractual theory and one of its most important principles, autonomy of will. According to this principle, parties to a transaction must undertake obligations voluntarily and therefore contracts must be based solely on their will⁷¹. As a consequence, among the three conditions for the validity of a contract (Art. 1128 of the Code civil) we find the «consent of the parties», which ensures the necessary consideration of the will of the respective party through the rules on defects of consent (Arts. 1130-1144 of the Code civil).

The information duty of the pre-contractual period is aimed, among other things, at ensuring that the consent of the person concerned is as informed and substantiated as possible. The chronological criterion in this sense is taken quite naturally, since this obligation arises before the conclusion of the treaty, precisely to ensure that consent to enter into the treaty in question is free. The institutions of mistake (*l'erreur*) and fraud by default (*la réticence dolosive*) are key legal means of ensuring informed consent.

⁶⁸ M. Fabre-Magnan. Op. cit. P. 222.

⁶⁹ See a critique of the chronological criterion for dividing information duties: Lugmanov, R.R. Functional criterion for distinguishing information civil law obligations// Law and Power. 2021. № 1. C. 43-48.

⁷⁰ Art. 1112, 1112-1 Civil Code

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=F9FE2DDA73C94F33B0F85F824EBB111F.tplgfr37s_2?idSectionTA=LEGISCTA000032007101&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20161001 (Date of access: 20.11.2019)

See also Marine Goubinat. Les principes directeurs du droit des contrats. Droit. Université Grenoble Alpes, 2016. P. 93; Christophe Vigneau. The obligation of good faith in France. Comp. Labor Law and Pol'y Jornal. P. 593; Jessica Dombre. L'obligation d'information dans les contrats de crédit à la consommation. 2011. P. 31.

⁷¹ Agnès Dupont. Op. cit. P. 8.

If we look at the institution of mistake superficially, it may be tempting to argue that any mistake involves a breach of an information duty, as it is clear that if the wronged party were better informed, they would not have committed the mistake. However, given the generally correct premise of the need for information to correct the mistake, it would be reckless to reduce all mistakes to a breach of information duty. In many cases, a counterparty may legitimately disregard a circumstance (even related to its own provision) if, for example, it was impossible to know about it or the creditor's mistake was inexcusable.

The situation is similar with fraud, which takes two traditional forms: active actions by the person concerned (false provision of information) and passive behaviour by the person concerned (silence of the circumstances). Active manoeuvres aimed at deforming the consent of the counterparty may or may not be linked to an existing information duty. The other is intentional concealment of the circumstances, to which some consideration should be given.

Historically, jurisprudence has long been dominated by the view that only positive, i.e. active actions can be classified as manoeuvres, to which the law attributes consequences⁷². For this reason, the Court of Cassation has strongly opposed the view that a silence is a fraud that would invalidate the contract⁷³, and in parallel there have been authors in the doctrine who have recognised the equality between an intentional default and a fraud⁷⁴.

The case law then gradually changed its position, and in a decision of 15 January 1971, the Court of Cassation finally ruled that "fraud may consist in the silence of a

⁷² And initially it was not just a question of active action in the sense of making false claims. For a long time, this was not enough. It was necessary for a person to create a false picture by additional external actions. This changed with the decision of 6 November 1970 when the Court of Cassation for the first time expressed the view that a simple lie (without external acts) could constitute fraud. See.: Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 6 novembre 1970, 69-11.665. This approach to the notion of deceit has been limited in jurisprudence by highlighting the notion of *dolus bonus*. It refers to a situation of exaggeration (essentially deception), but which does not go beyond what is generally accepted in commercial practice. See also Olivier Frédéric Boyer. *Op. cit.* P. 28.

⁷³ M. Fabre-Magnan. *Op. cit.* P. 284.

⁷⁴ R. Demogue. *Traité des obligations en général*, tome I, Sources des obligations, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1923, N° 358, P. 561

http://www.europeana.eu/portal/en/record/9200365/BibliographicResource_3000094728676.html#rp=11
(Date of access: 22.11.2019)

party who conceals from his counterparty a fact which, had he known it, would have prevented the conclusion of the contract"⁷⁵.

Following the 2016 reform of the law of obligations, Article 1137 (replacing Article 1116) of the Code civil specifically enshrined the already well-established position in the doctrine that fraud is also "the deliberate concealment by one of the contracting parties of information which he knows to be determinative of the other party"⁷⁶.

According to established case law, silence was invalid either because there was a pre-contractual duty to inform, the intentional breach of which in this case was considered to be fraud, or because there was a breach of good faith. However, this equation of fraudulent omission and breach of information duty or breach of good faith did not last long. Starting with decisions of the Court of Cassation from 27 February 1996⁷⁷ and 1 May 2000,⁷⁸ it began to be understood that the obligation to behave in good faith and the duty of information are not equivalent acts: the principle of good faith is essentially the basis of the latter, as subsequently expressed in the 2016 reform of the law of obligations.

Articles 1104 and 1112 of the Code civil put an end to the debate on the validity of the principle of good faith at the pre-contractual stage in the context of the parsimonious wording of the former Article 1134 of the Code civil, which literally stated that agreements must only be executed in good faith⁷⁹.

The legislator went further and enshrined a general pre-contractual duty to inform in Article 1112-1 of the Code civil, which suggests that the information duty is henceforth one of the most important principles of the law of obligations⁸⁰.

⁷⁵ Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 15 janvier 1971, 69-12.180

⁷⁶ Article 1137 Code Civil

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=A95DDCE6B8BD6E9EB504777E8CF1C7AE.tplgfr37_s_2?idArticle=LEGIARTI000032040993&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20161001

Thus, fraud can now take three forms: deliberate manoeuvring, lying and reticence.

⁷⁷ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 27 février 1996, 94-11.241

⁷⁸ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 3 mai 2000, 98-11.381

⁷⁹ Previously, judicial practice had linked pre-contractual information duties to clause 3 of Articles 1134, 1135 and 1615 (if it is a sale-purchase) of the Federal Civil Code. Thus, in purely formal terms, informational duties were of a contractual nature, which seemed rather odd when it came to the pre-contractual stage and in the absence of a valid contract. Accordingly, the court had to apply contractual liability under Article 1147 Civil Code or Article 1184 Civil Code. See also Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 26 nov. 2003, nos. 00-10.243 et nos. 00-10.949.

⁸⁰ Solene Rowan, *The new French law of contract*. British Institute of International and Comparative Law. 2017. P. 9.

A logical question arises from this: what does information interactions in the context of fraud by default and the general information duty in the context of the new Article 1112-1 of the Code civil have in common? ⁸¹

The difficulty is that the first wording of Article 1137 of the Code civil (10 February 2016) had a broad content and in this sense was quite different from the content of Article 1112-1 of the Code civil. We see that Article 1112-1 Code civil does not extend the duty to inform to the assessment of the value of the provision. On the other hand, Article 1137 of the Code civil contained the usual conditions (the psychological element discussed above), in the form of knowledge of the information and awareness of its decisive importance for the consent of the other party. The rule did not specify otherwise, so one could conclude that fraud by omission could extend to the assessment of the value of the provision, which from the point of view of ordinary logic is natural, since price is very often a determinant of consent. However, if we look at Article 1139 of the Code civil, misrepresentation caused by deceptive manoeuvres (including fraudulent concealment) is always excusable, even where it concerns the granting price or the mere basis of the contract⁸². Thus, based on this rather broad scope of the Code's fraudrules, it has become difficult to base the fraudby default on the general disclosure requirement, which has known limitations. Accordingly, the most logical basis for the prohibition of fraudulent withholding of information would be the principle of good faith alone (Article 1104 of the Code civil). However, it is difficult not to notice that paragraph 2 of article 1112-1 of the Code civil was the result of the development of a practice, supported by the legislator, concentrated in the Baldus case⁸³. The legislator deliberately enshrined in the Code the rule which already existed in practice, according to which the concealment of the true value of an alienated object was not fraudulent. At the same time, however, we see that paragraph 2 of Article 1137 and Article 1139 of the Code civil state exactly the opposite rule.

⁸¹ Luciano Pontiroli, *Inside the Pandora's Vase. A Critical Assessment of some Aspects of the Reform of the French Law of Contract*. 2017. P. 8.

⁸² This rule was known even before the relevant amendments were made to the Code. See, for example, Ejan Mackaay. *Op. cit.* P. 457.

⁸³ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 3 mai 2000, 98-11.381.

In order to resolve this contradiction, Article 1137 of the Code civil was amended in 2018 with the addition of a third paragraph stating that "it is not fraudulent for a party not to disclose to its counterparty an estimate of the value of the provision"⁸⁴.

Having briefly examined the various cases and grounds for the creation of a pre-contractual duty to inform, we must now turn to the contractual duty to inform.

1.1.3.2 Duty to inform after conclusion of contract

The purpose of the post-contractual information duty is different from that of the pre-contractual information duty: it seeks to ensure proper performance of the contract. Judging by the greater attention paid by the French doctrine to the information duty arising at the pre-contractual stage, there is a sense of particular practical relevance to the doctrine precisely at the stage of contract negotiation and formation. It would, however, be a mistake not to acknowledge that even in the presence of a concluded contract, the terms of which fully correspond to the intentions of the parties, the result of the performance of such a contract may differ markedly from what is expected, among other reasons, due to the lack of the necessary informational interaction. The creditor of a contractual obligation rightly expects a foreseeable equivalent of its own provision. Moreover, it is entitled to expect protection against any potential harm in the performance of the contract.

Information duties affecting the performance of a contract may be established through the application of a law⁸⁵ or discovered by a court through the application of general principles of law of obligations⁸⁶. Additional information duties are not foreseen by the parties to the contract and in this sense their specificity is evident: often

⁸⁴ Article 1137 Code civil

[https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=0643F9C021158E5DCD8CCBB7FA148AA0.tplgfr37s_2?idArticle=LEGIARTI000036829827&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20191117&categorieLien=id&oldAction=\(Date of access: 11/15/2009\)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=0643F9C021158E5DCD8CCBB7FA148AA0.tplgfr37s_2?idArticle=LEGIARTI000036829827&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20191117&categorieLien=id&oldAction=(Date of access: 11/15/2009))

⁸⁵ Art. L 113-2, al. 3 Code des assurances

[https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=FD4D90608DB0049EE1344EF081C98199.tplgfr41s_3?idSectionTA=LEGISCTA000006157200&cidTexte=LEGITEXT000006073984&dateTexte=20191117 \(Дата обращения: 23.11.2019\)](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=FD4D90608DB0049EE1344EF081C98199.tplgfr41s_3?idSectionTA=LEGISCTA000006157200&cidTexte=LEGITEXT000006073984&dateTexte=20191117 (Дата обращения: 23.11.2019))

⁸⁶ It should be noted that it is not the basic contractual duties to inform which are of real interest, but the additional ones, i.e. the ones which have not been the subject of agreement between the parties. For example, there is no specificity in the obligations to provide information within the framework of a contract for the provision of consulting (legal) services, etc., and there is no specificity in the emerging contractual relationship.

the discovery of such obligations will be an outright surprise to the party concerned, given that upon judicial retrospective discovery these obligations are already in breach⁸⁷.

The court's finding of an information duty means increasing the content of the contract concluded. The justification for the origin of this obligation may cause some difficulty due to alternative approaches⁸⁸.

Firstly, the court may link the information duty to the underlying contractual obligation, as could be the case for example withholding instructions for the operation of a technically complex item under a contract of sale. In such a case, the main obligation is simply not fulfilled, as we will mention in relation to the notion of obligation de resultat. As a consequence, the court could impose penalties under Article 1184 of the Code civil (avoidance of the contract) or Article 1147 of the Code civil (damages)⁸⁹.

Secondly, the court could derive an information duty under Article 1134(3) or Article 1135 of the Code civil⁹⁰.

As we have seen, the content of Art.1134 par 3 of the Code civil has long been limited by the legislator to the stage of contract performance, because it was thought that there was no reason to extend the principle of good faith to the pre-contractual stage, since mechanisms to correct defects of consent were in place to achieve the desired result⁹¹. Moreover, throughout the nineteenth and almost the twentieth centuries, paragraph 3 of Article 1134 of the Code civil was interpreted as making no distinction between acts of good faith and those of strict law. In essence, all treaties were viewed through the prism of good faith. Only during the last 20-30 years of the 20th century did this paragraph gain new application: it provided the courts with a legal

⁸⁷ Adeline Villain. Op. cit. P. 50.

Olivier Frédéric Boyer. Op. cit. P. 54.

⁸⁸ The approaches outlined are relevant for the pre-reform period, because due to the extensive changes in the law of obligations in France, it is not yet clear which way French practice will take.

⁸⁹ M. Fabre-Magnan. Op. cit. P. 349; Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 13 March 1990, 88-16.740.

⁹⁰ Article 1134 (3) of the Code civil stated: "They (agreements) must be executed in good faith". And Article 1135 of the Code civil stated that "agreements bind not only to what is stated in them but also to all the consequences which justice, custom or law attaches to the obligation in accordance with its nature".

⁹¹ Marine Goubinat. Op. cit. P. 93; M. El Gharbi. L'obligation d'information dans les contrats, thèse PARIS-VAL DE MARNE, 1994. P. 362.

basis to impose additional duties on the parties to a contract⁹². Among these additional obligations are information duties which, accordingly, affect the performance of the contract. The exchange of information in this sense is aimed at maximising the parties' fulfilment of the purpose of the main contractual obligation⁹³.

It is interesting to note, however, that case law has also, from time to time, justified the debtor's pre-contractual liability in an information duty on the basis of a breach of good faith⁹⁴. It has been pointed out that this principle, irrespective of the stage of the contractual relationship, requires that not only one's own interests but also those of one's counterparty be taken into account. Cooperation, rather than private self-interest, was at the heart of the concept of good faith⁹⁵. Adherence to the principle of good faith requires that the parties exchange information with the utmost honesty and transparency in their preliminary negotiations to achieve common goals; that the negotiating parties respect the interests of the other party, its confidential information and refuse to engage in parallel negotiations⁹⁶. Following this logic, good faith has become a means to introduce morality into positive law⁹⁷. However, good faith is rather difficult to define and even harder to distinguish from the related notion of equity (Article 1135 of the Code civil).

Initially, the scope of Article 1135 of the Code civil was narrow and it was seen in the eyes of the drafters of the Code as a norm of treaty interpretation. That is, they regarded equity as a concept to play only a residual role. Gradually, however, the courts have moved away from this classic conception of the role of the article, realising that it is a powerful legal tool that allows the judge to intervene in the economics of a contract⁹⁸.

Indeed, progressively, courts have begun to use Article 1135 of the Code civil as a basis for the construction of a contractual duty to inform, despite numerous

⁹² Christophe Vigneau. Op. cit. P. 593.

⁹³ François Diesse. Op. cit. P. 284.

⁹⁴ M. Fabre-Magnan. Op. cit. P. 350; Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 10 mai 1989, 87-14.294.

⁹⁵ Adeline Villain. Op. cit. P. 2.

⁹⁶ Shahram Aryan, Bagher Mirabbasi. The Good Faith Principle and Its Consequences in the Pre-Contractual Period: A Comparative Study on English and French Law. *Journal of Politics and Law* Vol. 9, №. 2. 2016. P. 232

⁹⁷ Christophe Vigneau. Op. cit. P. 594.

⁹⁸ M. El Gharbi. Op. cit. P. 371.

criticisms of the use of the concept of equity, that is not clearly understood.⁹⁹ Although the category of equity poses a great risk to legal certainty¹⁰⁰, there have been authors who have recognised it as the best basis for the emergence of additional contractual obligations¹⁰¹.

It is noted in the literature that it is not uncommon even for jurisprudence to refer jointly to Article 1134(3) and Article 1135 of the Code civil¹⁰². The provisions of these articles fulfil essentially similar functions. In terms of treaty interpretation, this or that expression of good faith may be completely overtaken by Article 1135 of the Code civil. This is not surprising as the line between good faith and equity is rather blurred. Therefore, there is no consensus in the doctrine as to the relationship between the concepts: some see equity as a consequence of good faith, others, on the contrary, see good faith as an instrument for the application of equity. And some continue to believe in the autonomy of good faith from the concept of equity¹⁰³.

In view of this confusion there is of course no fundamental difference as to the basis of the duty to inform. Finding a specific basis for an information duty is, for the most part, only linked to the requirement that the court should not invent new obligations for the parties to the transaction. In this sense, the court has to rely either on the will of the parties to the contract (that additional duties are implicitly agreed upon by the parties) or on the law (Article 1134(3), Article 1135 of the Code civil).

Following the 2016 amendments, Articles 1134 and 1135 of the Code civil have changed their location in the Code but have not lost their significance: Article 1104 (Article 1134 para 3) of the Code civil has extended the scope of the principle of good faith to the pre-contractual stage, while Article 1194 (Article 1135) of the Code civil has almost entirely retained its content. The fate of the practice of justifying information duties in French contract law remains to be seen, but it already seems

⁹⁹ Adeline Villain. Op. cit. P. 48.

¹⁰⁰ Olivier Frédéric Boyer. Op. cit. P. 654.

¹⁰¹ Adeline Villain. Op. cit. P. 49.

¹⁰² Romain Loir. Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats, Mémoire de DEA " Droit des contrats ", dirigé par Christophe Jamin. 2001, P. 6; Cour de Cassation, Chambre commerciale, 16 March 1993, 91-11.194

¹⁰³ Romain Loir. Op. cit. P. 6.

unlikely that the courts will be more discerning in their strict preference for one rule or another.

1.1.3.3 Distinguishing information duties by the legal nature of performance

Additional to the main information duties are always of a potentially destabilising nature. A quick glance at case law shows that these information duties are often found in contracts to which all sorts of professionals are a party: doctors, insurers, estate agents, etc. These obligations arise before as well as after the conclusion of the contract.¹⁰⁴ These obligations arise both before and after the conclusion of the contract. They may be intended to ensure that the creditor knowingly enters into a contract and is able to obtain proper performance while avoiding any property or non-property damage. For the purpose of determining the contractual duty to inform, it is sometimes irrelevant when the information is directly transmitted. For example, if the information is transmitted after the expiry of the contract, it does not automatically become post-contractual. In this sense, a breach of information duty that affects the performance of the contract also entails contractual liability and no other kind of liability.

In French law, it is also customary to divide information obligations according to the legal nature of their performance, which is directly linked to the nature of the main contractual obligations that they serve. In this sense, it is customary to divide basic contractual obligations into obligations of result (*obligation de resultat*) and obligations of endeavour (*obligation de moyens*).

The distinction between the two obligations is of doctrinal origin and was made by R. Demog to resolve problems of contradiction between Article 1137 and 1147 of the Code civil¹⁰⁵. *Obligation de resultat* occurs when the debtor is obliged to achieve a strictly defined result. On the other hand, the debtor can be said to have an *obligation de moyens* if he has to make the best available efforts necessary for the promised provision, but without guaranteeing the result. In some contractual types, it is usually

¹⁰⁴ V. G. Viney. *La responsabilité: conditions*, ouvrage précité.

https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_4/2006_55/viney_professeur_9142.html

(Date of reference: 15.11.2019)

¹⁰⁵ R. Demogue. *Traité des obligations en général*. Tome 5. Librairie Arthur Rousseau. Paris. 1925. P. 538. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6473507n/f552.image.texteImage> (Accessed 2.12.2019).

clear which obligation is involved. For example, a doctor is obliged to treat a patient with his best efforts, but he may not undertake to cure the patient. However, such clarity is not always available. In such cases, it is up to the court to interpret contractual obligations in light of certain criteria. For example, the distinction between two types of obligations may be found depending on whether the debtor has full control over the performance of the obligation owed, or what is the role (participation) of the creditor in the performance of the debtor's obligation.

The interest in this distinction lies more on the procedural plane: if it is an obligation de resultat, it is the debtor who must prove that the non-performance was not due to his fault. Conversely, in the case of an obligation de moyens, the burden of proving the fault of the debtor shifts to the creditor.

A. Auxiliary information obligation of the result.

If we look at cases of discovery of information obligations supplementary to the main contractual obligation of result or warranty, this view is of no use, because if the main obligation is not performed, liability will arise in any case (except force majeure) regardless of the cause of the breach¹⁰⁶. A similar situation occurs with a warranty obligation, because the debtor is liable for defects in the thing put into circulation without any fault on his part¹⁰⁷. That is, in the said cases, it is not the misrepresentation (or omission) of information that will be punished, but the very fact that the result of performance does not correspond to what was promised. However, the situation changes if the underlying obligation of effort is involved.

B. Information duty, subsidiary to the obligation of effort

Obviously, if it is the case that the underlying obligation is characterised by the need to make best efforts for proper contractual performance, the imposition of liability on the debtor is conditional upon the establishment of his fault. In this case, the breach

¹⁰⁶ I.e. it does not even matter whether there was an information duty at all, much less whether it was breached.

¹⁰⁷ Art. 1641 Code civil

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=417C45427F399111CF83AC040494934A5C.tplgfr37s_2?idArticle=LEGIARTI000006441924&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20191117 (Date of reference: 5.12.2019); Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 24 avril 1990, 88-15.409; Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 12 septembre 2018, 17-22.064

of information duty may be of interest, although there is generally no specificity of the elements of such an obligation in the context of contract performance.

The material element is no different from what we have already discussed above. Such information is still essential to the creditor because, if known to the creditor, it would help him to change his behaviour and obtain the proper performance expected, as can easily be seen, for example, in the duty of the seller to give instructions to the buyer along with the thing sold (the duty of the doctor to inform the patient about precautions, etc.)¹⁰⁸.

As for the psychological aspect, it also follows the general rules: the debtor must know (or not have the right not to know) both the information itself and its importance to the counterparty.

1.1.3.4. Duty to inform, warn and advise

Another important division of information duty in French doctrine and practice is to distinguish these obligations according to their content. In this sense, three types of information duty are usually distinguished, which may depend on the contractual type and/or the qualities of the counterparties¹⁰⁹:

- A- a simple duty to inform;
- B- the duty to warn;
- C- duty to give advice (counselling)¹¹⁰.

A. Duty to inform (l'obligation de renseignement).

The simple obligation to provide information is related to the requirement to transmit data in an objective or, in other words, in a raw state¹¹¹.

This attitude to the content of the obligation is neutral in itself.¹¹² The consideration of the interests of the counterparty is rather diluted, as it is sufficient to simply hand over the raw information in order to fulfil the obligation. However, even

¹⁰⁸ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 25 juin 1996, 94-16.702

¹⁰⁹ Adeline Villain. Op. cit. P. 48.

¹¹⁰ Agnès DUPONT. Op. cit. P. 4.

¹¹¹ Mehanna Myriam. Op. cit. P. 226.

¹¹² M. El Gharbi. Op. cit. P. 322.

this raw information often allows the contracting party to use it to better satisfy its contractual interest¹¹³.

B. Duty to warn (l'obligation de mise en garde).

It is an obligation to provide information that draws the counterparty's attention to negative aspects, deficiencies, risks or dangers that are in some way related to the underlying obligation¹¹⁴. In this sense, to warn is to give information, but with a focus on certain negative aspects of the transaction being concluded or performed, so that the addressee of the information can make an adequate decision¹¹⁵.

The manner in which the duty to warn shows the debtor's particular attention to the creditor's interests. In this sense, it will often be necessary not just to describe the risks involved in detail, but also to make sure that the counterparty has related the warning received to its situation, i.e. the information must be tailored to the creditor's specific situation¹¹⁶. Quite often the duty of warning is found on the side of a professional, e.g. banker¹¹⁷, notary etc¹¹⁸. Moreover, the presence of a lawyer close to the client does not relieve the notary who is fulfilling his advisory duties from his responsibility¹¹⁹.

C. The obligation to give advice (l'obligation de conseil).

The duty to consult is the next type of information duty. In essence, the debtor of the information duty must consider the interests of the counterparty as much as possible. This duty is much broader than simply transmitting raw information: it is a

¹¹³ For example, as should have been the case before the Court of Cassation in Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 11 juin 1996, 94-18.250.

¹¹⁴ M. Fabre-Magnan. Op. cit. , P. 372.

¹¹⁵ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 10 décembre 1996, 94-16.082; Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 22 mai 2001, 98-14.087

¹¹⁶ Agnès Dupont. Le devoir de conseil en matière de garanties. URS. Paris. 2002. P. 5. See also Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 20 October 2009, 08-20.274; Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 12 juin 2012, 11-18.277.

¹¹⁷ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 27 juin 1995, 92-19.212. Subsequent case law will constantly clarify the basic principles of this obligation: Cour de cassation, Chambre mixte, 29 juin 2007, 06-11.673; Cour de cassation, Chambre mixte, 29 juin 2007, 05-21.104

¹¹⁸ Cour de cassation 1re chambre civile 21 février 1995, 93-14.233; In carrying out his duty of consultation, the notary had to ask about the possibility of building on such land in the light of the land use plan and to warn his clients of the various risks involved in the act.

¹¹⁹ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 10 juillet 1995, 93-16.894

matter of the debtor transmitting diverse information in order to ensure that the creditor can make not just an informed, but the best possible decision¹²⁰. It is necessary to link the information conveyed to the conduct of the counterparty, which he has to choose for the sake of the objective pursued¹²¹, and to show him the advantages and disadvantages that can be derived from this information. In other words, it is no longer just objective information, but information about the appropriateness of a particular behaviour¹²².

The duty to consult is directly linked to the need for close cooperation, because, without the latter, it is impossible to provide truly useful information that fully takes into account the counterparty's purpose in entering into the contract and its other interests in contractual performance¹²³. It is often said, however, that the party itself must request the necessary information, e.g. on the purpose of using the object¹²⁴, in order to efficiently fulfil the duty of consultation¹²⁵. It is, however, a mistake to believe that the requirement of cooperation between the parties implies a purely unilateral initiative of the debtor. Cooperation is always a reciprocal process and as a consequence a creditor in an information duty also has a reciprocal obligation to provide information about the object of use, the purpose of entering into the contract so that his debtor may correctly fulfil his consulting obligation by providing relevant information. It is up to the creditor of the information duty to prove that this counter-information has been provided¹²⁶.

In the light of the above, it is worth noting the issue of the distinction between the duty to warn and the duty to advise, as they seem to be very similar. It could even be said that a warning is the same as counselling, only negative, i.e. advice not to do something due to certain dangers associated with the violation of the advice in question¹²⁷. Under certain circumstances, however, this distinction is not difficult to

¹²⁰ Mehanna Myriam. Op. cit. P. 324.

¹²¹ M. Fabre-Magnan. Op. cit. P. 378; Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 30 mai 2006, 03-14.275.

¹²² M. Fabre-Magnan. Op. cit. P. 9.

¹²³ François Diesse. Op. cit. P. 290; Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 1 décembre 1992, 90-18.238.

¹²⁴ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 18 janvier 2000, 97-10.720

¹²⁵ Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 19 octobre 1994, 92-21.543; Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 19 juin 1996, 94-12.777

¹²⁶ Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 28 octobre 2010, 09-16.913

¹²⁷ M. Fabre-Magnan. Op. cit. , P. 390.

make. For example, sulphuric acid is used in a product - this is simple information. Sulphuric acid causes severe burns if it comes into contact with the skin - this is a warning. Next. In the event of acid contact with the skin, wash the substance off immediately with plenty of water, neutralise the residue with a solution of baking soda and seek immediate medical attention - this is advice. Accordingly, the obligation to consult implies more in-depth information, which is of course more burdensome for the debtor of information duty. On the other hand, such an obligation is an obligation of effort, which makes the issue of proving performance somewhat easier ¹²⁸.

It should be noted that the consequences of information transfer in the counselling process will usually be beyond the debtor's reach, since the creditor obviously has the autonomy of will to decide for himself whether or not to follow the advice received.

It is true that this issue is rather complex. Of course, the obligation to provide information in any of these forms does not override the autonomy of the other party's will. The latter retains full discretion to implement the recommendation, but the doctrine indicates that in some cases where the recommendation is a warning of a clear risk, the recommendation becomes an obligation to refuse to enter into a contract ¹²⁹. However, in the case of an obligation to provide information in the sense of «deterrence», one wonders whether there is no interference here. The question of where the line is drawn between interference and fulfilment of a duty to inform remains open.

On the face of it, the principle of non-interference means that a debtor under an information duty should not substitute his counterparty in the conduct of business. However, this concept does not grant the debtor (especially the professional) full immunity because the principle of non-interference does not exclude the professional's duty of care ¹³⁰.

1.1.4 Performance of information duties

The problem of discovering information duties, as well as (albeit to a lesser extent) the problem of classifying types of obligations and the like, are certainly of

¹²⁸ Agnès Dupont. Op. cit. P. 78.

¹²⁹ Mehanna Myriam. Op. cit. P. 236.

¹³⁰ Agnès Dupont. Op. cit. P. 33-34.

great importance. Another, no less important aspect of this topic is the problem of performance informational duties.

This latter problem raises questions about how to determine how and in what form information should reach its recipient.

Where an information duty is imposed by law, there is usually no problem as to how exactly such an obligation should be performed. In this sense, reference may be made to Article 2 of Regulation № 90-02 de la COB, which states that information provided to the public must be accurate, specific and sincere¹³¹. Similarly, the consumer protection regulations provide for a detailed list of circumstances to be disclosed.¹³²

In general, however, it should be noted that French law has provided for numerous disclosure obligations, with most such obligations appearing for very specific areas: insurance, credit, securities trading, etc.¹³³ That is to say, as we can see,

¹³¹ Arrêté du 5 juillet 1990 portant homologation de règlements de la Commission des opérations de bourse.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000715430&categorieLien=id>

(Date of reference: 7.12.2019)

¹³² Art. 5, Art. 6 of EU Directive 2011/83/EC of 25 October 2011 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32011L0083> (date of reference: 15.11.2019); LOI n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000028738036&categorieLien=id>

(Date of reference: 15.11.2019)

¹³³ Madeleine van Rossum. The Duty of Disclosure: Tendencies in French Law, Dutch Law and English Law; Criteria, Differences and Similarities between the Legal Systems. 7 Maastricht J. Eur. & Comp. 2000. P.301.

See also

(a) L.111-1 and L. 111-2 of the Code de la Consommation established a general obligation of disclosure in the context of the professional-consumer relationship ;

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565&idArticle=LEGIARTI000032220903&dateTexte=&categorieLien=cid> (Date of access: 15.11.2019)

b) in the sale of goods: Article 1602 of the CIVIL CODE stipulates that the seller must clearly explain what he is obliged to do. It is also established that an agreement which is unclear and ambiguous must be interpreted against the seller;

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=A0511D40F46FE0AA759DB2CEC3FB5ADB.tplgfr37s_2?idSectionTA=LEGISCTA000006150280&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20191117 (Date of access: 10.12.2019)

c) in commercial law: Article L. 141-1 of the Code de commerce establishes the obligation to disclose the main characteristics of a foundation ;

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=9A945F7AA9494B8A9FD2FF5B9BF9630E.tplgfr31s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006161257&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20190513 (Date of access: 10.12.2019)

d) in labour law: L. 1221-3 , L. 3171-1 and L. 4141-1 Code du travail oblige the employer to comply with the obligation to inform both at the conclusion of the employment contract and during its execution;

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050> (Date of access: 10.12.2019)

e) in banking law: L. 313-22 Code monétaire et financier imposes obligations on credit institutions to inform the guarantor annually about changes in the amount of the secured debt

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=9A945F7AA9494B8A9FD2FF5B9BF9630E.tplgfr31s_1?idSectionTA=LEGISCTA000022422905&cidTexte=LEGITEXT000006072026&dateTexte=20190513 (Date of access: 10.12.2019)

the issue does not pose any particular difficulty in cases where the legislator establishes specific rules on the transmission of information, but the situation changes in the absence of any provision clarifying the issue for the parties. In such a case the debtor concerned is forced to decide for itself how and in what forms the information should be transmitted to ensure that the recipient of the information receives and correctly understands the information.

For example, we will not find any general rule for the performance of information duty in terms of the form of transmission. Most often the debtor will choose between oral and written form, which has a procedural bearing on evidentiary issues. However, there are cases where the question of the form of performance of the information duty assumes significance given the special circumstances¹³⁴. However, even within a particular form of performance, additional specific requirements may be found. For example, if it is a written form, special measures may be necessary to ensure that the addressee receives the information better: large, visible letters, etc.¹³⁵

Verbal information may also vary in some form from simple words to a detailed explanation even within the same type of information duty (e.g. warning or counselling). In the end, the debtor may simply be required to repeat the information to make sure he or she is understood correctly.

Special requirements may apply to the quality of the information transmitted. The debtor is obliged to provide the creditor with useful and effective information.

Obviously, the information must be **accurate**¹³⁶ to fulfil its function. Inaccurate information is not only of no benefit to the creditor, but can sometimes be harmful. However, it does not follow from this that the debtor is always obliged to verify the information before passing it on. For example, as we have seen in similar cases, a doctor is not obliged to check the information provided by a drug manufacturer whenever he prescribes medicine to a patient, but the doctor is obliged to constantly

(e) In the insurance business: L 112-2, L 112-3, L 113-2, L 113-4 Code des assurances of various kinds must be disclosed by both the insured and the insurer.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006073984> (Date of access: 10.12.2019)

¹³⁴ The doctor fulfilled the duty to consult orally, but in view of the particular circumstances (the patient's age), the court found that this was insufficient. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 29 mai 1984, 83-12.016

¹³⁵ M. Fabre-Magnan. Op. cit. P. 390.

¹³⁶ M. El Gharbi. Op. cit. P. 403.

improve his knowledge¹³⁷. On the contrary, it is possible to find cases where professionals will be held responsible for failing to verify externally provided information. For example, a dentist, mistakenly following the recommendations of a foreign doctor, put in dentures that are actually contraindicated for the patient¹³⁸.

On the other hand, a non-professional debtor is not liable if he, in the performance of his informational duty, relies on incorrect data provided by the creditor himself¹³⁹.

The next important characteristic of the quality of the information provided concerns **the sufficiency of the information**.

Where the information duty is based, for example, on a law, the adequacy of the information is assessed in relation to the requirements specified in the law itself. However, where the information duty seems to be opened by the court as an additional and unforeseen obligation, the adequacy of the information is assessed in light of the characteristics of the parties or the nature of the services (features of the goods) under the contract¹⁴⁰.

Finally, the information provided must be transmitted **in a timely manner**. This means that the pre-contractual information duty affecting the lender's consent must be performed before that consent is given. The contractual information obligation, accordingly, can be performed at any time, but prior to the occurrence of any damage¹⁴¹.

It should additionally be noted that, as a general rule, the information must be provided in French. The mandatory use of the French language is provided for by the law of 4 August 1994, which provides that «in the description, offer, presentation, instructions for use or application, in the description of the scope and conditions of the guarantee of a good or service, as well as in invoices and receipts, the use of the French language is mandatory»¹⁴².

¹³⁷ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 8 avril 1986, 84-11.443

¹³⁸ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 24 janvier 1990, 87-18.008

¹³⁹ M. El Gharbi. Op. cit. P. 343.

¹⁴⁰ *Ibid.*, P. 345.

¹⁴¹ M. Fabre-Magnan. Op. cit. P. 417.

¹⁴² Art. 2 Loi 94-665 of 4 août 1994 relative to the use of the French language

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005616341&dateTexte=20191118>

Another issue of interest in light of the problem of performance an information duty is who should take the initiative: the creditor or the debtor?

The literature notes that an informational duty should be performed by the debtor alone and independently of the creditor's claim, because statistically the latter will rarely demand direct performance. It is more likely that the creditor will only become aware of the existence of an informational duty when it is already in breach and, in this sense, will no longer be in a position to enforce it, but to apply liability for its breach¹⁴³. The jurisprudence also points out that the initiative to perform an information duty lies with the debtor, as it is much more difficult for the creditor to find out about the circumstances relevant to the contractual relationship in question¹⁴⁴.

Enforcing an informational duty affecting the creditor's consent would be of no benefit to the creditor. The vice of consent has already occurred and in this sense the creditor can only be interested in remedying the pecuniary consequences of the vice. The characteristic of a duty of information affecting performance of the contract will in principle be the same, with the only exception that an interest in enforcing the contract may be found if the creditor cannot make full use of the product provided without being informed about it (for instance, instructions for using the thing) or if the thing received under the contract may prove dangerous in the process of use¹⁴⁵.

In the context of the topic at hand, it is important to note that if one party is not obliged to provide the information, then in the case of a direct question from the other party, the former does not have the right to lie. In doing so, it may seem that it is entitled to simply ignore the question and leave the risk of, for example, incorrect consent to the other party. However, such a straightforward answer cannot be given, because we have seen that the material and psychological elements need to coincide for an information duty to arise and if the importance of the information requested to the counterparty becomes apparent, then with knowledge of the information requested, the recipient of the request becomes obliged to disclose the information in question¹⁴⁶.

(Date of access: 10.12.2019)

¹⁴³ M. Fabre-Magnan. Op. cit. P. 375.

¹⁴⁴ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 4 juillet 1989, 88-12.779

¹⁴⁵ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 15 juin 1976, 74-12.985

¹⁴⁶ M. Fabre-Magnan. Op. cit. P. 377.

Having thus examined information duties in the context of the French legal order, we must now turn to the German legal order in order to review the current state of German doctrine and practice, and to observe similarities and differences.

1.2 The German legal order

1.2.1 Sources of information duties

It is not difficult to find the traditional legal sources of information duties in German law¹⁴⁷.

First, it is clear that the source may be a legal act which provides special conditions for information duties to arise and the rules governing them¹⁴⁸. For example, until 2011, in connection with the German Civil Code there was a special act ("Regulation on the Duty of Informing and Confirmation in accordance with Civil Law"- BGB-InfoV) dealing with information interaction between merchants and consumers in the field of distance contracts, timesharing, e-commerce contracts, tourism activities and also containing several information requirements for credit institutions¹⁴⁹.

Secondly, the duty to inform may not be specifically provided for, but may be assumed as a possible negative condition for certain consequences in the context of the rules on misrepresentation (§ 119 BGB), fraud (§ 123 BGB) or the rules on liability for negligent conduct at the pre-contractual stage (*culpa in contrahendo*) resulting in breach of trust and consequent loss of the counterparty (§ 241 II, § 280 I, § 311 II and III BGB)¹⁵⁰.

¹⁴⁷ MüKoBGB/Krüger, 8. Aufl. 2019, BGB § 260 Rn. 1.

¹⁴⁸ § 260 BGB; § 402 BGB; § 469 BGB; § 666 BGB; § 681 BGB; § 1605 I BGB; § 1698 BGB; § 1799 BGB; § 2027 BGB; § 2218 BGB; § 3 II FernUSG; § 31 II WpHG; § 51a GmbHG; § 131 AktG; § 26 Abs. 4 UrhG; § 166 Abs. 1 HGB; § 10 UmweltHG etc.

¹⁴⁹ This act was finally repealed on 30 June 2018 and full rules on information exchange in the relevant areas can now be found in Articles 242-251 of the German Act of Accession to the BGB (EGBGB). Volker Züllighoven. *Verbraucherschutz durch Informationspflichten im Wettbewerbsrecht: Am Beispiel der Irreführung durch Unterlassen*. 2010. S. 37.

¹⁵⁰ However, it should be noted that looking at information duties only through the prism of, for example, rules on contestation or *culpa in contrahendo* will make the study fragmentary and of little use. The rules themselves do not set out the criteria for disclosure. Moreover, a simple observation of the behaviour of reasonable traders shows that disclosure will often be motivated not by a desire to fulfil an alleged duty but by the need to avoid the «life» consequences of a beneficial transaction, such as a challenge to it by mistake. See Gebhard M. Rehm. *Aufklärungspflichten im Vertragsrecht*. 2003. S. 7; *Bürgerliches Gesetzbuch / O. Palandt*. 73. Aufl. München: Beck, 2014. § 241, Rn. 7.

Thirdly, the contract itself may provide for the transfer of relevant information as its main subject, e.g. a contract for information, consultancy services.

Fourth, the treaty may also impose additional duties relating to the subject matter of the treaty and aimed at transmitting information¹⁵¹.

In most cases, there will generally be no relevant questions about the conditions of origination, content of information duties, limits, means of performance and liability for non-performance or improper performance. The relevant regulation is either provided for in the contract or can be made up for by the imperative and/or dispositive rules of the relevant legal act.

A different problem arises when a court finds that there is a breach of an information duty, but there is no clear trace of the obligation in either the law or the contract.

This situation is also noteworthy in that a German court is always required to refer to a rule of law in judicial enforcement. Accordingly, where unwritten information duties are found, the court also requires legal justification, which can be based on the fundamental principle of German law, such as the principle of good faith (Treu und Glauben)¹⁵².

1.2.2 The principle of good faith (Treu und Glauben)

Under § 242 BGB, the debtor is obliged to perform in good faith as required by the custom of the trade¹⁵³.

At first glance, § 242 of the German Civil Code appears to be a general provision of the law of obligations governing the means of performance, such as §§ 243, 269, 271 of the German Civil Code, while referring to a commercial custom, as is similarly stated in § 346 of the German Commercial Code (HGB). However, as doctrine and

¹⁵¹ Stephan Breidenbach. *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluss*. 1989. S. 1.

¹⁵² «Ironically, however, it is in this commonality that we find the first clue as to the importance of this paragraph. For its blandness has allowed it to become the fulcrum on which numerous value judgments of German courts can be hinged, thereby gaining legitimacy in the eyes of jurists accustomed to justify their decisions by reference to a written legal text». Cited from Basil Markesinis, Hannes Unberth and Angus Johnston. *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*. 2006. P. 120.

Grobecker Wolfgang. *Implied terms und Treu und Glauben: Vertragsergänzung im englischen Recht in rechtsvergleichender Perspektive*.- Berlin: Duncker und Humblot. 1999. S. 166.

¹⁵³ *The German Civil Code: Introductory Law to the Civil Code*" (translated from German; introduction by Bergmann; scientific ed. W. Bergmann; scientific ed. T.F. Yakovleva; 4th ed. revised). - Moscow: Infotropic Media, 2015. P. 63.

practice have evolved, it has become apparent that § 242 BGB, which formally refers only to an existing obligation and only to the debtor, cannot in reality be applied in this literal way. In fact, the content and meaning of the principle of good faith contained therein is considerably broader than its textual appearance, extending far beyond both matters of performance in particular and the main branch of law in general¹⁵⁴.

Currently, the principle of good faith operates as an "escape valve" to relieve the tension between written law and the facts of the case which cannot be ignored. It seeks to close gaps and address the rigour of the rules in terms of extra-legal socio-ethical values. In this respect, the principle of good faith, which in one context or another is expressed not only in § 242 but also in §§ 138, 157, 162, 307, 320 and 815¹⁵⁵, can be called a kind of transition point (bridge) to higher-level regulators and values: the Basic Law and human rights¹⁵⁶.

The principle of good faith is ideally suited to this role because of the abstract nature of its content, which forces the enforcer to operate with certain value categories¹⁵⁷. As a consequence, the absence of a rigid and predetermined content of the principle of good faith, as expressed in § 242 of the Civil Code, allows the law to evolve to reflect socio-economic developments in a timely manner, even without a corresponding adjustment to the letter of the law¹⁵⁸. As aptly stated in the literature, the principle of good faith «dominates all legal life»¹⁵⁹.

However, it must be acknowledged that with such an approach it is very difficult to speak of any specific content of the principle of good faith that is suitable for external practical review¹⁶⁰. Legal casuistry has been useful in this regard, allowing the law to

¹⁵⁴ MüKoBGB/Schubert, 8. Aufl. 2019, BGB § 242 Rn. 87.

¹⁵⁵ In the subsequent exposition, often referring to § 242 BGB as the normative basis of the principle of good faith, one cannot but note a certain conventionality of such reference, as there is no evidence that the drafters of the BGB actually planned a functional separation of, for example, § 157 and § 242 BGB. The first draft of the BGB (§ 359 E I) originally contained one general clause to the effect that a contract binds the contracting party to what follows from the provisions and nature of the contract in accordance with law and custom with reference to good faith. See Marietta Auer. *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit*. 2005. P. 104; Wolfgang. *Op. cit.* P. 165; Reinhard Zimmermann, Simon Whittaker. *Good Faith in European Contract Law*. 2000. P. 19; Nam. K.W. D. thesis "The Principle of Good Faith. The bases of theory and law enforcement in the context of German legal experience". M. 2021 P. 41-42.

¹⁵⁶ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (hereinafter GG); Zimmermann, Whittaker. *Op. cit.* P. 23.

¹⁵⁷ «It is an essential link between (written) and (unwritten) law». *Cit. ex.* Stefan Purner, *Principle of Good Faith in German Case-Law*, 25 *Zb. Prav. Fak. Sveuc. Rij.* 247, 264 (2004). P. 259

¹⁵⁸ Basil Markesinis, Hannes Unberth. *The german law of tort. A comparative treatise*. Hart publishing. 2002. P. 31.

¹⁵⁹ Joseph Beurtridge. *Understanding Good Faith in the Context of Contractual Performance. Lessons to learn from the German System*. AGLJ Vol. 2 2016. P. 41.

¹⁶⁰ Erman, BGB, 12. Auflage. Schmidt, Otto. 2008. § 242. Rn. 5.

be developed with reference to the relevant paragraph of the Civil Code (e.g. § 242 of the Civil Code) in the decisions of the highest courts.

The consistent accumulation and systematisation of law enforcement practice has gradually led to the crystallisation of the legal content of the principle of good faith, which has had a favourable effect on solving the problem of certainty of law, i.e. increasing the predictability of the legal regulation of social relations and further legal development in general.

It should be noted that in the German legal tradition the concept of *Treu und Glauben*¹⁶¹ is usually distinguished from the concept of *guten Glauben*, which refers to the subjective knowledge of the market participant in the field of legally relevant facts¹⁶². *Treu und Glauben* is often understood as a standard arising from extra-legal social imperatives¹⁶³. Good faith in this sense aims at protecting the justified trust of the counterparty and taking into account his interests worthy of protection in terms of currently relevant social and ethical values.

Consideration of the interests of the other party can be exemplified in the interpretation of the contract (§ 157 BGB). In this sense, the terms of the contract must be understood in such a way that they do not unilaterally favour only one party, but allow the interests of its counterparty to be taken into account as well, which is achieved through a comprehensive weighing of the interests of the parties involved. As an example of a reaction to a lack of consideration for the meritorious interests of the other party, the way to interpret contractual provisions to the disadvantage of the party who drafted the provisions in question (*interpretatio contra proferentem*) can be cited¹⁶⁴.

A comprehensive weighing up of the interests of the parties to the legal relationship on the basis of the principle of good faith aims at achieving a balance of

¹⁶¹ The combination of the words «*Treu und Glauben*» (reliability and trust) is a historically developed so-called paired formula, the components are to some extent synonymous. MüKoBGB/Schubert BGB § 242 Rn. 8. See in more detail Nam. K.V. Dissertation for the degree of Doctor of Law. The principle of good faith. Fundamentals of theory and law enforcement in the context of the German legal experience. M. 2021. P. 30.

¹⁶² Zimmermann, Whittaker. Op. cit. P. 30. § 122 II BGB; § 932 II BGB; § 15 I HGB; Art. 17 WG.

¹⁶³ Nam. K.V. Dissertation for the degree of Doctor of Law "The Principle of Good faith. Foundations of theory and law enforcement in the context of German legal experience". M. 2021. P. 56

¹⁶⁴ § 305c II BGB; MüKoBGB/Busche BGB § 157 Rn. 8.

interests¹⁶⁵. Interests may, in principle, take a legitimate place, even if they are not protected by a specific law, if the court deems it necessary. Achieving a balance of interests between the parties while there is naturally a competition of opposing interests in turnover requires an answer to the question of the extent to which the respective party should subordinate its interests to potentially conceivable opposing interests. Answering this question and thereby finding an equilibrium point can be done by taking into account the following:

1. The subjective element. The issue of fault on one side or the other of the legal relationship under consideration by the court should not always, but normally, be taken into account when assessing the significance of the interest in question. For example, in the case of an abuse of rights coupled with wilful conduct by the rights holder, it would be odd not to consider the category of fault. The protection of a legitimate expectation requires good faith on the part of the protected person¹⁶⁶. The same is true for the defendant, who can only defend himself against the consequences of a defect in the alienator's title if he was unaware of the reality through no fault of his own¹⁶⁷. In this sense, the fundamental proximity of the principle of good faith and the category of trust is evident. The doctrine of the inadmissibility of counterparty breach of trust (*venire contra factum proprium*) shows that the conflicting conduct of one party becomes less valuable to the court when weighing conflicting interests than the conduct of the other party who reasonably trusted the counterparty¹⁶⁸. It is true that contradictory behaviour itself does not have a predetermined negative connotation: for example, if the "injured" person has not suffered any economic loss or has not really relied on the previous contradictory behaviour of his counterparty¹⁶⁹. In this sense it should be noted that a subjective element is included in the comprehensive weighing

¹⁶⁵ Palandt, BGB 73. Auflage 2014. § 242 Rn. 7; Purner. S. Op. cit. P. 256.

¹⁶⁶ MüKoBGB/Schubert BGB § 242 Rn. 50.

¹⁶⁷ BGH NJW 1961, 777. Hereinafter, the German jurisprudence is quoted from <https://beck-online.beck.de/> unless otherwise stated.

¹⁶⁸ BGH NJW 1967, 1364.

¹⁶⁹ BGHZ 204, 145.

of conflicting interests. It is, of course, significant, but it is not compulsory and is not exclusively decisive¹⁷⁰.

2. Public and third-party interests. These aspects may be taken into account in weighing up the conflicting interests of the parties and determining the balance between them. Public or third-party interests may come into conflict with the legal consequences that would be obtained when balancing the interests of the parties directly involved. In view of this circumstance, the scope of application of the principle of good faith expands considerably¹⁷¹.

3. Fundamental rights enshrined in constitutional law. When weighing the competing interests of the parties to a legal relationship, the court must take into account the constitutional values expressed in the fundamental rights¹⁷². The ideas and values enshrined in the Basic Law constitute a necessary basis that influences decision-making, including in the area of private law.

Leaving aside the historical-political reasons for the Basic Law, we will only point out that the fundamental rights (Grundrechte), as enshrined in Art. 1-19 GG are in principle aimed at the protection of the citizen in his various relations with the state¹⁷³ and therefore the addressee of fundamental rights is the state (Art. 1 III GG).¹⁷⁴ In this sense the question arises, how can they regulate the relations between the individuals? The answer is the solution of the *Drittwirkung der Grundrechte*. It must be said that for some time, for example, the Bundesarbeitsgericht (hereafter BAGE) has advocated the direct operation of fundamental human rights.¹⁷⁵ However, the German Constitutional Court (BVerfG), in the famous *Lüth* case of 15.01.1958, for the first time strongly advocated the theory of the indirect effect of fundamental rights on

¹⁷⁰ Good faith and fault are not always linked. For example, where performance is unacceptable to the debtor (the so-called remedial function of the principle of good faith), the issue of creditor fault may not be raised at all. See Nam. K.V. The principle of good faith: development, system, problems of theory and practice. - Moscow: Statut, 2019. P. 92-104.

¹⁷¹ MüKoBGB/Schubert BGB § 242 Rn. 52; MüKoBGB/Schubert BGB § 242 Rn. 212, 213.

¹⁷² BVerfGE 7, 198.

¹⁷³ With the exception of Art. 9 III GG, according to which the right to establish societies for the protection and improvement of working and material conditions belongs to everyone and is guaranteed for all professions. Agreements that limit this right or aim at preventing its exercise are null and void and measures aimed at doing so are unlawful.

¹⁷⁴ Art. 1 III GG: The following fundamental rights link legislation, the executive and the judiciary as directly applicable law.

¹⁷⁵ BAGE 4, 240. Employees have constitutional rights of free speech against employers. See also BAGE 1 258; BAGE 4, 274.

private law (mittelbare Drittwirkung der Grundrechte)¹⁷⁶. According to this legal position, fundamental rights form an objective system of values which have an indirect effect on private law through general concepts such as Treu und Glauben (§ 242 BGB) or Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB). Thus, the judge, in resolving a particular private law dispute and weighing up competing interests, must assess the impact of fundamental rights by applying general private law provisions (principles). This is in line with the traditional case law of BGH and BVerfG¹⁷⁷. In this sense, conflicting private law positions must be balanced in such a way that each party, in terms of fundamental rights, is able to exercise its civil rights to the greatest extent possible (praktische Konkordanz)¹⁷⁸. However, the impact of fundamental rights on private law is still seen in the context of the duty of the state (represented by the judge) to protect them¹⁷⁹. And in practical application, the outcome of the impact of fundamental rights ultimately depends on the priority given to constitutional values in the particular case at hand¹⁸⁰.

4. European Convention on Human Rights. The Convention grants rights to participants in civil relations concerning the state, not each other. In any event, all public authorities in the Member States (including the courts) are bound by the Convention¹⁸¹. In administering justice in a particular civil case, the court must take into account both the provisions of the Convention in general and the case law of the ECHR in particular¹⁸².

¹⁷⁶ BVerfGE 7, 198

¹⁷⁷ BVerfGE 7, 198; BVerfGE 25, 256; BVerfGE 81, 242; BVerfGE 89, 214; BVerfGE 97, 169; BVerfGE 102, 347; MüKoBGB/Schubert BGB § 242 Rn. 53.

¹⁷⁸ BVerfGE 89, 214; BVerfG NJW 2018, 1667.

¹⁷⁹ Basil Markesinis, Hannes Unberth. The German law of tort. A comparative treatise. Hart publishing. 2002. P. 29; Breidenbach S. Op. cit. P. 24; Palandt, BGB 73. Auflage 2014. § 242. Rn. 11.

¹⁸⁰ Interesting thoughts can be found in pars 39-41 of a judgment of the Constitutional Court BVerfGE 34, 269: «Sometimes a right can be found outside the positive legal rules laid down by the State. Such a right emanates from the whole constitutional order and has the purpose of «correcting» written law (the law). It is for the judge to 'discover' this law and, through his decisions, to give it effect. The Basic Law does not restrict judges to applying laws in their literal sense only when deciding cases before them. Such an approach presupposes a basic completeness of legal norms that is unattainable in practice. Judicial decision-making can facilitate the realisation of such extra-legal values and bring them to life». However, as the authors rightly point out, «we have not yet succeeded today in finding the magic formula that defines the line to be drawn between what can properly be classified as 'interpretation' and what is commonly called 'judicial development' of the law». Zimmermann, Whittaker. Op. cit. P. 22.

¹⁸¹ MüKoBGB / Schubert BGB § 242. Rn. 75, 76.

¹⁸² The constant trend expressed in the harmonisation of European private law is leading to an ever-increasing extension of the duty to inform under the principle of good faith. Züllighoven V. Op. cit. P. 36.

1.2.3 Functions and legal implications of the principle of good faith

It is now undisputed that § 242 of the German Civil Code has a meaning in current German law that goes far beyond its literal meaning and the intentions of the legislator. For example, the principle of good faith has in fact become an effective instrument of judicial development of the law¹⁸³, as BVerfG has repeatedly pointed out, stating that the court must "derive substantive law from general legal foundations with recognised methods of justice in cases of insufficient legal rules"¹⁸⁴.

From an outsider's perspective, it may be observed that it is common court practice to base its decision on reference to § 242 of the CCG when a decision in a given case cannot be based on the legal mechanisms set out in other provisions. It is not only a matter of the court's desire to fill regulatory gaps, but also, for example, the occasional need to make necessary adjustments to the enforcement of existing law, regardless of whether it contains dispositive or peremptory norms. In this sense, justice on the basis of the principle of good faith is characterised, among other things, by a decision focused on the individual case and interests not taken into account by law or contract: so, to speak «justice on a case-by-case basis»¹⁸⁵.

In this way, § 242 BGB allows for the individual characteristics of the case in question to be taken into account as opposed to the more abstract hypotheses of the standard rules of objective law. In doing so, as stated above, § 242 BGB is an important «conduit» for the use of higher-order values in private law disputes¹⁸⁶.

The law that is created as a result of judicial development of the law becomes a defining element of its further development. Every original judicial decision is thus a contribution to the ongoing development of the law. Once established, jurisprudence becomes a benchmark that stabilises the development of law at a given point in time and in a certain range of cases.¹⁸⁷

¹⁸³ Wolfgang G. Op. cit. P. 166-168; Basil Markesinis, Hannes Unberth and Angus Johnston. The German Law of Contract. A Comparative Treatise. 2006. P. 120; MüKoBGB/Schubert BGB § 242 Rn. 22-27.

¹⁸⁴ BVerfG NJW 1991, 2549 (2550).

¹⁸⁵ See, for example, BAG NJW 2005, 775 (778). Basil Markesinis, Hannes Unberth and Angus Johnston. The German Law of Contract. A Comparative Treatise. 2006. P. 122.

¹⁸⁶ MüKoBGB / Schubert BGB § 242. Rn. 23

¹⁸⁷ BGH NJW 1993, 3323 (3325 f.).

In general, however, the further development of the law under the influence of the principle of good faith entails a certain range of typical legal consequences:

a) Addition and specification of obligations (Begründung und Konkretisierung von Pflichten)

Within existing contractual relationships, the application of the principle of good faith may lead to the specification of basic subjective duties. A classic example in this sense is the problem of specifying the time or manner of performance of an obligation if the contract itself has not regulated the disputed circumstance¹⁸⁸.

In the pre-reform period, § 242 BGB served as the basis for supplementing established relationships of various kinds with secondary duties, such as protective duties (Schutzpflichten). Their justification is now based on § 241(2), § 311(2) and (3) of the German Civil Code.¹⁸⁹ On the other hand, not all secondary duties have moved into the new provisions of the amended BGB. As we shall see below, certain duties of information (Auskunftspflichten), namely those aimed at securing the performance of primary duties, are still based on § 242¹⁹⁰.

b) Restriction of rights (Beschränkung von Rechten)

A formally justified exercise of rights may lead to unacceptable results that are caused by a clash with competing rights and legitimate interests that must be taken into account with regard to the operation of the principle of good faith. In this sense, § 242 BGB is ideally suited to limit the exercise of existing rights, thereby acting as a kind of internal barrier. A restriction may consist, for example, in the fact that a right may not be exercised or enforced in a certain manner, notwithstanding the provisions of the contract or the law¹⁹¹.

c) Granting rights (Gewährung von Rechten)

The use of the principle of good faith may lead to the creation of new rights or the expansion of the legal content of previous rights. In this sense, the advantage thus

¹⁸⁸ Wolfgang G. Op. cit. P. 169.

¹⁸⁹ Which is rather controversial. Erman, BGB, 12. Auflage. Schmidt, Otto. 2008. § 242. Rn. 20.

¹⁹⁰ BGHZ 185, 83; BGHZ 204, 172; BGH VersR 2016, 1236.

¹⁹¹ Zimmermann, Whittaker. Op. cit. P. 24.

gained by one party inevitably corresponds to a counter-restriction of rights or the imposition of corresponding obligations on the other party¹⁹².

d) Correction of private autonomy (Materielle Schranken der Privatautonomie)

Under certain circumstances, the rights and obligations of the parties may be subject to adjustment and the burden of bearing the consequences of the respective risks is redistributed between the parties by means of the principle of good faith by weighing the conflicting interests and finding the necessary balance (e.g. § 313)¹⁹³. The principle of least possible interference and least deviation from the legal consequences that should have arisen on their own applies. Deviation from envisaged rights and obligations is therefore only permitted to the extent necessary to accommodate the interests to be protected without causing disproportionate harm to the conflicting interests.

The principle of good faith, without full content, is in a practical sense an open-ended rule which can only be given concrete expression through practical application¹⁹⁴. This is the reason for the development of the internal system of § 242, which is based on previous case law while guiding the courts in deciding new cases¹⁹⁵. In close cooperation between doctrine and practice, the German Federal Supreme Court has developed and classified the various areas of application of the principle of good faith into typical groups of cases (Fallgruppen)¹⁹⁶. The division into functional groups is based on the legal consequences typical of the respective functional manifestation of the principle of good faith. Accordingly, a division into three or four functional groups has been established in order to organise the case groups of § 242. These groups relate to: the manner of performance (so-called concretisation function), the creation of secondary obligations (so-called complementary function), abuse of rights or impermissible exercise of rights (so-called restrictive function), control over

¹⁹² BGHZ 124, 321 (324).

¹⁹³ Zimmermann, Whittaker. Op. cit. P. 25.

¹⁹⁴ Zimmermann, Whittaker. Op. cit. P. 31

¹⁹⁵ Jack Beatson and Daniel Friedman. Good Faith and Fault in Contract Law. 2002. P. 171.

¹⁹⁶ Zimmermann, Whittaker. Op. cit. P. 23; Nam. K.V. Dissertation for the degree of Doctor of Law. The principle of good faith. Fundamentals of theory and law enforcement in the context of the German legal experience. M. 2021. P. 104.

the content of transactions in order to limit private autonomy (so-called remedial function)¹⁹⁷.

The result is a consistent and coherent system of model provisions and valuation aspects at different levels of abstraction that will allow the user of the regulatory material to correctly classify the particular case under review by comparing it with comparable formulations, leading to a predictable decision¹⁹⁸.

In the context of our study, of greatest value is the complementary function of the principle of good faith, the application of which gives rise to various kinds of subsidiary duties¹⁹⁹.

1.2.4 Subsidiary duties

Initially, the legislator did not provide for any subsidiary duties accompanying and supplementing the primary duty to provide. The wording of § 242 BGB, as we have seen, initially dealt exclusively with the nature of the debtor's performance of the obligation. The gradual changes which have taken place in German private law over a period of more than 100 years have led to the emergence and extensive development of a system of subsidiary duties which interact in varying degrees with the main duties of the contract²⁰⁰.

Despite the parsimonious literal content of § 242, the debtor must do everything in his power to ensure that the creditor's legitimate interest is pursued and the result preserved through the application of the principle of good faith. In this sense, the principle of good faith inevitably leads, among other things, to a judicial clarification and even an extension of the debtor's basic obligation of contractual provision²⁰¹. On

¹⁹⁷ The number of groups mentioned and their naming can be debated, which is essentially of no scientific value and is therefore left out of our attention.

¹⁹⁸ It is fair to say that the multifaceted nature of the principle of good faith in its possible practical manifestations leads to a varied view of its functional scope. This circumstance cannot lead to a competition of approaches, highlighting some of them as correct and others as incorrect. Rather, it points to different points of application of the researchers' views, which only enriches the general doctrine of good faith. For example, there is an approach according to which good faith has three main functions: 1) it serves as the legal basis for judicial development of the law, 2) it forms the basis of legal protection in private law cases and 3) it provides a normative basis for the redistribution of risks in contract law. Beatson J., Friedman D. Op. cit. P. 171. See also Purner S. Op. cit. P. 250; Nam. K.V. D. thesis "The Principle of Good faith. The bases of theory and law enforcement in the context of German legal experience". M. 2021 P. 105.

¹⁹⁹ Zimmermann, Whittaker. Op. cit. P. 24.

²⁰⁰ Beatson J., Friedman D. Op. cit. P. 177; Cremades, Bernardo M. Good Faith in International Arbitration. American University International Law Review 27 n°. 4. 2012. P. 773.

²⁰¹ Wolfgang G. Op. cit. P.167.

the other hand, the creditor in an obligation cannot remain indifferent and therefore the principle of good faith implies that the creditor will also contribute his interest in the performance of the obligation²⁰². Therefore, not only the debtor but also the creditor of an obligation to be performed may be subject to subsidiary duties involving, for example, some form of coordination and cooperation²⁰³. Thus, auxiliary duties initially developed under the umbrella of § 242 of the BGB, which eventually resulted in the formation of a rather elaborate set of duties, from which the reform process led the legislator to single out a group of so-called protective duties (Schutzpflichten)²⁰⁴.

In the 2002 reform of the BGB, duties of protection long recognised in doctrine and practice were enshrined in the general rules of the law of obligations²⁰⁵. § 241 II of the BGB states that «according to the content of the obligation, each party may be obliged to take into account the rights, legal benefits and interests of the other party»²⁰⁶. This provision is supplemented by § 311 (2) and (3) which extends the protective obligations beyond the established contractual relationship. In doing so, § 241 BGB continues to regulate only the duty to provide, while the auxiliary duties are now based either on § 241 II BGB or on the general provision of § 242 BGB.

It should be noted at the outset that since the reform of the BGB the issues of differentiation of auxiliary duties, their normative distribution are rather confusing and not entirely clear even for German jurists. This has resulted in a whole bundle of duties (Aufld-, Berats-, Ausk-, Anzeige-, Mitwirken-, Unterlassungs-, Fürsorge-, Obhuts- und SchutzPfl) which partly fall under § 241 I and partly under § 241 II²⁰⁷.

For this reason, and because of the different substantive focus of the present study, we do not aim to explore the nature, types and mutual influences of subsidiary obligations in any detail, nor do we pretend to be terminologically correct.

²⁰² BGH NJW 2007, 3777.

²⁰³ BGH NJW-RR 2011, 89.

²⁰⁴ MüKoBGB/Schubert BGB § 242 Rn. 172

²⁰⁵ Erman, BGB, 12. Auflage. Schmidt, Otto. 2008. § 241. Rn. 1.

²⁰⁶ The German Civil Code: Introductory Law to the Civil Code (translated from German; introduction by Bergmann; scientific ed. W. Bergmann; scientific ed. T.F. Yakovleva; 4th ed. revised). - Moscow: Infotropic Media, 2015. P. 63.

²⁰⁷ Palandt, BGB 73. Auflage 2014. § 242. Rn. 23.

1.2.5 Selected aspects of differentiating responsibilities

The duties to provide (Leistungspflichten) implied in § 241 of the BGB are not a whole. In fact, they can be thought of as a kind of category divided into types: primary (Hauptleistungspflichten) and supplementary (Nebenleistungspflichten), primary and secondary (Primäre und sekundäre Leistungspflichten), etc.²⁰⁸

The main duties involve the provision of the debt, i.e., that which was the intention of the parties who entered into a relative legal relationship (e.g., to loan a certain object), while additional duties, without defining the type of contract, are of a service nature related to securing the main provision (e.g., the duty of the seller to store the object sold to be transferred)²⁰⁹.

Both are potentially conceivable as primary duties, from which secondary duties must be distinguished, which arise later as a certain result of the development of primary duties. For example, in the event of a breach of obligation, a new (secondary) duty to provide arises which seeks to make amends. This duty can either replace the breached primary duty to provide (e.g. § 280 III, §§ 281, 282, 283 BGB or § 311a II BGB) or become additional in the sense that it exists alongside the surviving primary duty (e.g. a claim for damages in case of delayed provision: § 280 II and § 286 BGB). In addition, secondary duties include not only indemnification duties, but also so-called liquidation duties²¹⁰ arising after the termination of the contract and aimed at achieving equivalence and bringing the parties into the status quo: e.g. the obligation to return a thing after the termination of the lease.

These types of duties to provide are to be distinguished from auxiliary duties of a behavioural nature, which are not aimed directly at providing in the sense of § 241 I of the German Civil Code, but are intended to satisfy other interests of the creditor²¹¹. These include, above all, duties of protection, loyalty, cooperation and provision of information²¹².

²⁰⁸ Egorov, A.V. The Structure of Obligatory Relations: Developments in the German Doctrine and their Applicability in Russia / Civil law review. 2011. T.11. № 3. P. 241- 274.

²⁰⁹ Palandt, BGB 73. Auflage 2014. § 241 Rn. 11; Erman, BGB, 12. Auflage. Schmidt, Otto. 2008. § 242. Rn. 8.

²¹⁰ Egorov A. V. op. cit. p. 241- 274.

²¹¹ Peter Winkler von Mohrenfels. Abgeleitete Informationsleistungspflichten im deutschen Zivilrecht. 1986. S.19; Breidenbach S. Op. cit. P. 1.

²¹² Beatson J., Friedman D. Op. cit. P. 177; Wolfgang G. Op. cit. P. 169;

1.2.6 Supporting behavioural duties (Verhaltenspflichten)

The origin of auxiliary duties is traditionally attributed to Hugo Kress and Heinrich Stoll²¹³ who placed protective duties in a separate category at the beginning of the 20th century and gave reasons to justify this designation. It must be said that there is some difficulty in understanding the precise scope of the duties covered by the new § 241 II BGB. A literal interpretation of the text of this paragraph does not suggest that the legislator had in mind only protective duties. It is true that the question makes more academic than practical sense, since the ideas underlying the novelty were derived from the application of § 242 of the Civil Code and in this sense have not been changed²¹⁴.

Subsidiary duties may be found in various types of contractual arrangements and there is no predetermination in this sense²¹⁵. The intensity and content of these duties depend on the nature of the particular relative relationship between the persons concerned, the circumstances of performance, the custom of the trade and the requirements of good faith²¹⁶. The enforceability of auxiliary duties is questionable, so the answer is likely to depend on the specific auxiliary obligation and the circumstances of the breach²¹⁷.

Auxiliary duties are usually aimed at satisfying various interests. For example, the interests of preserving the integrity of goods are served by a protective obligation²¹⁸ in a contract of sale (Schutzpflicht)²¹⁹. Moreover, protective duties may have a fairly wide scope, arising (in different types of contract) not only at the stage of performance, but also at the pre-contractual stage of interaction between the parties, as well as after the termination of the contract, or declaring it invalid. In this connection, the significance of protective duties cannot be overestimated, because in view of the

²¹³ Pohlmann, André. Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten. Berlin. Duncker & Humblot A. Pohlmann. 2002. P. 22. MüKoBGB/Bachmann BGB § 241 Rn. 48.

²¹⁴ For a detailed discussion of the reasons for the allocation of protective duties see: Nam. K.V. Dissertation for the degree of Doctor of Law. The principle of good faith. Fundamentals of theory and law enforcement in the context of the German legal experience. M. 2021 P. 118.

²¹⁵ Erman, BGB, 12. Auflage. Schmidt, Otto. 2008. § 241. Rn. 10.

²¹⁶ BGH NJW 2010, 1135 (1137)

²¹⁷ Beatson J., Friedman D. Op. cit. P. 178

²¹⁸ Georg Müller. Vorvertragliche und vertragliche Informationspflichten nach englischem und deutschem Recht. S. 208; MüKoBGB / Bachmann BGB § 241 Rn. 114-120

²¹⁹ Pohlmann A. Op. Cit. P. 24.

special features of German tort law, the merits of protective duties cannot be overlooked, as they aim to protect not only the classical objects of absolute rights (the personal and material integrity of the creditor, which does not depend on his interest in performance), but also other proprietary interests of the respective party²²⁰.

The obligations to cooperate (*Mitwirkungspflichten*) are quite varied. The obvious difficulty lies in the fact that, unlike partnership agreements, which are characterised by the furtherance of a common purpose, in other contractual types the parties are primarily pursuing their own economic objectives. In this sense, the obligation to cooperate to achieve the agreement's goal should be limited simply to the proper fulfilment of their obligations to provide. However, this is not the case. The duty to cooperate goes beyond the formal performance of the contract and is viewed in the context of good faith. It is not possible to determine in advance exactly what the expected behaviour of the counterparty seeking to perform this type of duty will typically be. Rather, it is only possible to outline general vectors of the content of such duties depending on the circumstances.

Obligations to cooperate may be found when an obstacle to achieving the purpose of the business contact (negotiation or performance of a contract) comes within the sphere of influence of the respective party²²¹. There may even be a state of dependence on one party, whose area of responsibility includes some performance in accordance with the terms of an obligation, on another party, who can reasonably assist the first party, especially if its interests are not affected in doing so²²².

Rather relevant are the obligations to cooperate in the situation of a transaction which, for example, requires approval or some kind of authorisation²²³. In this case the duty of each party to do everything in its power to ensure that the transaction is

²²⁰ Wolfgang G. Op. cit. P. 181; Breidenbach S. Op. cit. P. 11; Palandt, BGB 73. Auflage 2014. § 242 Rn. 35; BGHZ 196, 340; BGHZ 166, 84.

²²¹ Wolfgang G. Op. cit. P. 179

²²² BGHZ 174, 61; BGH NJW 2016, 491.

²²³ If approval is granted subject to an amendment of the contract, the parties may be obliged to amend the contract accordingly: BGHZ 67, 35; if approval is refused, there may be an obligation to amend the contract again, to repeat the performance or to conclude a new contract: BGHZ 38, 149; BGH also considers that both parties are obliged to cooperate in accordance with § 242 BGB to replace a notary if the originally commissioned notary has proved to be unreliable: BGHZ 87, 165.

approved by the relevant third party, and even more so to refrain from any behaviour that might interfere with that approval comes to the fore²²⁴.

At the stage of performance of the contract, the determination of the scope of the duties of cooperation may cause some difficulty due to their functional overlap with the additional duties of granting, which excludes their consideration in the context of § 241 II BGB. It is a different matter if the intended provision will not be sufficient to achieve the purpose of the underlying obligation. In such a case it may be necessary for the relevant party to make additional efforts in accordance with § 241 II BGB²²⁵.

The duty of loyalty (Loyalitätspflicht) derives from § 242 of the German Civil Code²²⁶ and is generally intended to ensure that the parties to a contract refrain from any action that might jeopardise the success of the contract and the achievement of its purpose.²²⁷ That is, the party concerned must be able to derive full satisfaction from the contractual provision and not be hindered by the purely literal performance of essential obligations.

However, it is important to note some functional confusion with other support duties²²⁸: depending on the nature of the underlying provision, the duty of loyalty may have different contents and take the form of duties to inform, explain, advise, care and even cooperate or to refrain from certain actions²²⁹. The duty of loyalty becomes particularly important in the post-contractual period in order to ensure (fix) the success of the performance²³⁰.

There are other ancillary duties which have their own regulatory domain in the form of interests to be taken into account, serviced, protected. Their correlation,

²²⁴ BGHZ 67, 34.

²²⁵ BGHZ 174, 61.

²²⁶ Nam. K.V. Dissertation for the degree of Doctor of Law. The principle of good faith. Fundamentals of theory and law enforcement in the context of the German legal experience. M. 2021 P. 129.

²²⁷ BGHZ 93, 39.

²²⁸ Nam. K.V. Dissertation for the degree of Doctor of Law. The principle of good faith. Fundamentals of theory and law enforcement in the context of the German legal experience. M. 2021. P. 241.

²²⁹ Wolfgang G. Op. cit. P. 176

²³⁰ For example, a former counterparty would breach the principle of good faith in the form of a duty of loyalty if it poached the clientele of its previous counterparty and thereby jeopardised the latter's economic base: BGH NJW 1964, 1621. Or, for example, a landlord is obliged to tolerate the temporary posting of an advertisement for the relocation of a tenant's medical practice after the lease has been terminated: RGZ 161, 330, 338.

hierarchy, normative justification can be controversial, which, however, is outside the scope of our study²³¹.

The only pertinent duty, which we have been consistently addressing starting from the fundamental basis of the principle of good faith, is the subsidiary duty of information. This duty seems so specific that it could easily be seen in the context of protective duties²³², duties of loyalty²³³ and cooperation²³⁴; it may occur at the pre-contractual, contractual or post-contractual stage²³⁵, thus blurring attempts to distinguish strictly between auxiliary duties by precise criteria²³⁶.

With this in mind, we turn now to a specific examination of information interaction under German private law.

1.2.7 Information duties as part of subsidiary obligations

The key research question on information duties is: when does such a duty exist? However, in view of the extreme complexity of the issue, neither lawmakers, jurisprudence nor doctrine has answered it²³⁷. The only axiom that runs through most sources on this topic is that there is no general duty to provide information, given the inherent conflict of interest between the parties involved²³⁸. Rather, it is reasonable to expect that each contractual partner would request material information from the other. In addition, it is often said that information duties should not go too far²³⁹.

At the same time, the various empty formulas which use the principle of good faith in the context of consideration counterparties interest and public opinion to impose a duty to convey information that is crucial to the formation of the will and which can reasonably be expected²⁴⁰ do not help to define general and consistent boundaries of

²³¹ Nam. K.V. Dissertation for the degree of Doctor of Law. The principle of good faith. Fundamentals of theory and law enforcement in the context of the German legal experience. M. 2021 P. 119-120.

²³² BGH NJW 1957, 826; BGHZ 64, 46; NJW 1975, 824.

²³³ BGH NJW 2012, 2184.

²³⁴ BGHZ 133, 44 (47) = NJW 1996, 2158; BGH NJW 1973, 1793.

²³⁵ RGZ 161, 330, 338.

²³⁶ Nam. K.V. Dissertation for the degree of Doctor of Law. The principle of good faith. Fundamentals of theory and law enforcement in the context of the German legal experience. M. 2021. P. 123

²³⁷ Decker, Leo. Aufklärungspflichten über Innenprovisionen, Kickbacks und Retrozessionen bei der Kapitalanlage. 2010. S. 19.

²³⁸ Mitja Kovac. Comparative Contract Law and Economics (New Horizons in Law and Economics series). 2011. P. 103; Wolfgang G. Op. cit. P. 174; Alexander Reich-Rohrwig. Aufklärungspflichten vor Vertragsabschluss: unter besonderer Berücksichtigung des Unternehmenskaufs. 2015. S. 122.

²³⁹ RGZ 111, 234.

²⁴⁰ BGH Urt. v. 13.12.1990 - III ZR 333/89, BGH NJW-RR 1991, 439, 440; BGH NJW 70, 655.

information duties at all²⁴¹. One has the impression, therefore, that the appeal to good faith in such cases is an indication of the reason (general basis) for subsequent liability (§ 241 II, § 311, § 242, § 280 BGB etc.) than a reference to a positively established regulatory rule to justify a specific requirement of information interaction. Because of this observation, it should be noted that in order to justify information duties, it is useful to refer to numerous cases of jurisprudence, by generalising which it is possible to calculate manifestations of the principle in question, relevant for typical groups of cases²⁴², by the inductive method.

1.2.7.1 Concepts, classification and purpose of disclosure

When looking at German-language sources, it is easy to see the terminological diversity in the designation of the legal form mediating the information exchange between the parties involved: Aufklärungspflicht (obligation to provide (disclose) information; Informationspflicht (duty to inform); Hinweispflicht (duty to notify); Offenbarungspflicht (duty to make public); Anzeigepflicht (duty to notify), etc.²⁴³

The accuracy of the translation of these terms and their semantic connotations may certainly be questionable, but the aim of our research is not to achieve terminological clarity of usage in the context of limited sources and low scientific relevance of the issue.

Sometimes it can be seen that the term Informationspflicht is used as a generic term embracing other informational duties²⁴⁴. However, another view can often be found that this variety of linguistic means is aimed at nothing more than avoiding an excessively monotonous style of language (Phänomen sprachlicher Kreativität),²⁴⁵ and in this sense no clear systematisation occurs²⁴⁶.

However, it may be noted that the literature often distinguishes between the duty of Aufklärungspflicht in the pre-contractual relationship and the duty of

²⁴¹ Rehm G. Op. cit. P. 8; Decker L. Op. cit. P.21

²⁴² Rehm G. Op. cit. P. 6; Breidenbach S. Op. cit. P. 5.

²⁴³ Erman, BGB, 12. Auflage. Schmidt, Otto. 2008. § 242 BGB; Palandt, BGB 73. Auflage 2014. § 242 Rn. 37; Decker L. Op. cit. P. 17;

²⁴⁴ MüKoBGB/Bachmann BGB § 241 Rn. 124-128; Decker L. Op. cit. P. 17.; Müller G. Op. cit. P. 22; Reich-Rohrwig A. Op. cit. P. 27.

²⁴⁵ Pöhlmann A. Op. Cit. P. 35; Winkler von Mohrenfels P. Op. cit. P. 23.

²⁴⁶ Breidenbach S. Op. cit. P. 4.

Auskunftspflicht in the contractual relationship²⁴⁷. It is pointed out that the Auskunftspflicht informational duty is enforceable in contrast to the Aufklärungspflicht, of which the creditor is usually unaware until the breach of the duty. In practical terms, this means that the contract has been concluded under different conditions than it would have been if the creditor had become aware of the material circumstances affecting the decision to enter into the transaction in time²⁴⁸. The Aufklärungspflicht duty must be performed spontaneously by the debtor, i.e. without any special request from the creditor²⁴⁹. If this obligation is not fulfilled, the creditor has the option of asserting secondary claims arising from a breach of the disclosure obligation at the pre-contractual stage (e.g. in the context of § 123 of the German Civil Code)²⁵⁰.

On the other hand, the subsidiary information duty Auskunftspflicht arises from a contract concluded²⁵¹ in the performance of which the creditor of the information duty Auskunftspflicht knows or may know of his right to information at a time when he still has the opportunity to direct his behaviour in the desired direction²⁵². Thus, the retroactive definition of the duty of disclosure Aufklärungspflicht in the already breached and non-enforceable state is opposed to the duty of disclosure in the sense of the Auskunftspflicht, the subject of which is directed to the future possible conduct of the creditor and debtor²⁵³.

In a terminological sense, it is probably possible to distinguish the concept of Beratung, which implies the transmission of more in-depth information, i.e. advice or

²⁴⁷ Beatson J., Friedman D. Op. cit. P. 178; Münchener Kommentar zum BGB 8. Auflage 2019. § 241 BGB. Rn. 121. (Bachmann).

²⁴⁸ Pohlmann A. Op. Cit. P. 34.

²⁴⁹ The specific legal basis for such an obligation is the provisions of § 311 (II) BGB, § 241 (II) BGB. See also Breidenbach S. Op. cit. P. 2; Müller G. Op. cit. P. 22.

²⁵⁰ Such information in itself has no absolute value for the creditor's information duty. The main purpose of pre-contractual information is to help the creditor conclude the contract in his own interest without distorting his will. In this sense, the transmission of information after the conclusion of the contract is useless, because its purpose can no longer be achieved. See Rehm G. Op. cit. P. 4; Pohlmann A. Op. Cit. P. 29.

²⁵¹ It is true that in the absence of a specific rule of conduct for the parties in the contract on the issue of information interaction, it is § 242 GGU that provides the direct basis for the information duty.

²⁵² Münchener Kommentar/Roth (2001), §242 Rdnr. 260; Winkler von Mohrenfels P. Op. cit. P. 19.

²⁵³ Erman, BGB, 12. Auflage. Schmidt, Otto. 2008. § 241. Rn. 17. Also noteworthy is the general bias from the contractual informational duty (e.g. to provide instructions for the use of goods) in the direction of the pre-contractual duty as having a disproportionately greater scientific and practical meaning. Züllighoven V. Op. cit. P. 71.

consultation, whose meaning goes beyond the transmission of simple facts, extending to the evaluation of the information conveyed for the purposes of the recipient²⁵⁴.

Thus, a key feature of all information duties is their fundamental ability to influence the behaviour of the recipient of information at the relevant time²⁵⁵. However, they are most important at the pre-contractual stage, when there is no direct contractual link but the mutual influence on the interests of the contracting parties is already in place. On the other hand, information duties may continue even after the underlying obligation to provide²⁵⁶.

When talking about information duties, one must not forget the necessary and fundamental distinction between passive silence and active fraud (Täuschung).

It is important to understand that misinformation (Fehlinformation) can be given either as part of a duty to inform or without it (on one's own initiative or in response to questions). In principle, providing false information is almost always unlawful, unless the law allows otherwise as a defence²⁵⁷. However, there is a fine line here: the line between incomplete and incorrect information²⁵⁸.

In any case, the active provision of false information should be excluded from our focus because 1) much stricter rules apply and 2) liability for false information may have nothing to do with the issue of having an information duty.

Someone who even voluntarily provides information to the other party simply has to act in good faith. In this sense, someone who is asked about a certain circumstance must either answer truthfully or, if he or she does not want to, refuse to answer²⁵⁹.

In discussing the purpose of disclosure, it is important to remember a key feature of information duties, which lie in the diversity of their practical application. As mentioned above, informational duties may be aimed at shaping the free will of the

²⁵⁴ Decker L. Op. cit. P. 18.

²⁵⁵ Palandt, BGB 73. Auflage 2014. § 242 Rn. 37.

Also, in relation to treaty obligations of information, one speaks of a threat to the achievement of the purpose of the treaty. RGZ 111, 233 (234); BGHZ 80, 80; BGHZ 105, 108 (110).

²⁵⁶ BGH NJW 1997, 254.

²⁵⁷ BGH NJW 2000, 3346; BGH NJW-RR 2001, 314.

²⁵⁸ Wolfgang G. Op. cit. P.174.

²⁵⁹ BGHZ 186, 96.

person undertaking the transaction; at protecting his pre-contractual or contractual rights and legitimate interests, which may not be covered by tort law rules; at ensuring that the transaction takes place without hindrance or that the results of the transaction are preserved²⁶⁰. However, notwithstanding the targeted overlapping of informational duties with duties of protection, loyalty and cooperation, it makes sense to treat informational duties separately as rather specific duties with important characteristics permitting their singling out as a separate type. A key feature of information duties in the context of German law, however, is their absence as a general rule²⁶¹.

1.2.7.2 Constituent elements of the duty to provide information

Identifying the necessary constituent elements of informational duties under German law is a rather difficult task as the problem of the conditions for the existence of informational duties has not yet been resolved²⁶². And of course, it is not only because these duties are very differently oriented. On the whole, with a certain level of abstraction, one may still find something in common in all informational duties, as long as the doctrine and practice have explicitly acknowledged their existence as a general rule. Outside consumer law, however, this is not the case²⁶³. As a consequence, we can identify, on the basis of jurisprudence and available literature, some of the frequently recurring conditions under which a court may recognise the existence of information duties.

A. Knowledge of the person providing the information.

The duty to provide information naturally has as its first general condition that the debtor has knowledge of the relevant facts to be disclosed²⁶⁴. However, there have been occasional cases where the court has found a duty on the relevant party to make an extra effort to obtain the information to be disclosed²⁶⁵. The heterogeneity of the

²⁶⁰ MüKoBGB/Bachmann BGB § 241 Rn. 55-59

²⁶¹ Züllighoven V. Op. cit. P. 38; OLG Köln, 26.01.2016 - 12 U 69/15.; BGH WM 1977, 394, 396; BGH NJW 2001, 2021; BGH NJW 1984, 2289, 2290.

²⁶² Reich-Rohrwig A. Op. cit. P. 131.

²⁶³ Erman, BGB, 12. Auflage. Schmidt, Otto. 2008. § 241. Rn. 14. Erman, BGB, 12. Auflage. Schmidt, Otto. 2008. § 242. Rn. 93.

²⁶⁴ Reich-Rohrwig A. Op. cit. P. 131; Breidenbach S. Op. cit. P. 56.

²⁶⁵ BGH WM 1992, 602; BGH NJW 1993, 2433. Other solution: BeckRS 2012, 19780.

category of "professional" is noted. For example, in the specialised trade, the seller has a duty to disclose information (which he knew or should have known) relevant for the purpose of using the goods. However, the buyer cannot expect to be informed by the seller about remote risks which may only be known to the producer of the goods because of his expert knowledge²⁶⁶.

As regards expertise that a person does not possess, such a person may relieve himself of his informational duty by disclosing his inability to provide information in a timely and accurate manner.²⁶⁷ It is true that in this case it matters whether the person actively promoted the transaction in question (in which case enhanced professionalism can be expected) or whether he or she was engaged at the initiative of his or her counterparty.

B. Ignorance of the person to be informed.

In general, it is clear that if a person does not need the relevant information, there is no information duty²⁶⁸. However, mere ignorance of the information is not sufficient if it is established that the party claiming to be a creditor of the information duty could easily have obtained the relevant data on its own in the exercise of the degree of care for its own interests that is expected from it in the eyes of the trade²⁶⁹.

Thus, knowledge of one side must contrast with the possibility of knowledge of the other side. The duty to inform is often justified by a specific knowledge advantage in relation to special, unusual or atypical risks²⁷⁰.

With regard to the distribution of the burden of proof, the plaintiff must prove that possession of the relevant information would have avoided the loss and the defendant must in turn prove the contrary (i.e. that the negative consequences would have occurred anyway) if he wishes to be absolved of liability²⁷¹.

²⁶⁶ BGH NJW 2004, 2301.

²⁶⁷ BGH NJW 2004, 2301; BGH NJW-RR 2000, 426; BGH NJW-RR 1998, 1345.

²⁶⁸ Breidenbach S. Op. cit. P. 32; Ruth Sefton-Green. *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*. 2005. P. 39.

²⁶⁹ BGH NJW 1996, 1339; BGH NJW-RR 1994, 907; BGH NJW 1993, 1643.

²⁷⁰ BGH NJW 1992, 555; BGH NJW-RR 1992, 879.

²⁷¹ BGH NJW 2013, 1807; BeckRS 2008, 00661; Georg Müller. *Vorvertragliche und vertragliche Informationspflichten nach englischem und deutschem Recht*. - Heidelberg: Verl. Recht und Wirtschaft, 1994 S. 32;

In talking about the exclusion of a duty to inform where it is possible to obtain the information relatively cheaply on one's own, it should be pointed out that this objection does not apply to accidental and unexpected risks which a creditor of information would not normally have foreseen²⁷². On the other hand, a duty to provide information is not anticipated if, for example, a party may reasonably consider it unnecessary due to the counterparty's existing or anticipated conduct²⁷³. For example, in the case of highly complex transactions such as the acquisition of a company, it may reasonably be assumed that the counterparty is highly qualified or has carried out expert advice (due diligence).

C. Unfairness of information asymmetry

It should be noted at the outset that a mere difference in awareness does not inevitably lead to a duty to inform, because it will not be possible to exploit the various informational advantages (market, product, company knowledge, etc.) which could have been gained through mental effort and financial investment. For example, at the pre-contractual stage, each partner is responsible for his own actions and must therefore obtain the information needed to make a decision at his own expense, at his own risk. This rule, however, knows exceptions for extraordinary risks that he could not have expected in the view of the turnover²⁷⁴.

In some cases, however, taking advantage of such benefits may seem unreasonable²⁷⁵. This presents a difficult challenge to draw the line between a legitimate interest seeking benefit from the availability of information, on the one hand, and a duty to protect, on the other.²⁷⁶ It is not uncommon in judicial practice to find a sort of formula whereby a party has a duty to spontaneously (without being asked) provide information where «the other party had a right to expect to be informed in good faith of facts which are obviously decisive in shaping the will of that party»²⁷⁷. This is

²⁷² BGH NJW 1999, 2032; BGH NJW 2001, 2163.

²⁷³ BGH NJW-RR 1996, 497.

²⁷⁴ BGH, NJW 1989, 763.

²⁷⁵ Erman, BGB, 12. Auflage. Schmidt, Otto. 2008. § 241. Rn. 15.

²⁷⁶ BGH NJW-RR 2009, 1101.

²⁷⁷ BGH, NJW 2001, 3331; BGH NJW 2010, 3362; BGH NJW 2012, 846; BGH NJW 2013, 1807.

presumed to be the case, in particular, where there are circumstances that may frustrate or significantly jeopardise the contractual purpose of the provision²⁷⁸.

However, it is clear that this broad formula is open to criticism due to the highly subjective evaluation criteria, which helps the particular enforcer to a very limited extent²⁷⁹. Almost all conditions which have already been set out or will be set out later can be limited and devalued by other circumstances. S. Breidenbach puts forward in this context the theory of a «moving system» (beweglichen System), which builds on the dynamic interplay, opening up in each dispute in question, between the need for information of one side, the information advantage of the other side and the particular functional role of the particular counterparty characterising the legal relationship in question²⁸⁰.

D. Essentiality of the circumstances to be disclosed.

The condition in question is largely an evaluative one. It is, however, necessary because the information duty allows the protection of the property of the counterparty as well as the free formation of the will to carry out the transaction and to achieve the intended results²⁸¹.

It may be of some assistance in determining the content of the condition in question that the essentiality of a circumstance may be made dependent on whether it is recognisable to the other party. The more important the circumstance and the more pronounced the information gap, the more obvious should be the duty to inform the obliged party²⁸². For example, the use of new technologies expects specific information and even advice about conditions for their use, dangers, risks, etc., including for commercial (professional) customers²⁸³. Or, for example, it is necessary to provide information about certain legal impediments if they are not known to the other party, which could jeopardise the purpose of the contract²⁸⁴.

²⁷⁸ BGH, NJW-RR 1991, 439.

²⁷⁹ BGH NJW 2000, 3558.

²⁸⁰ Breidenbach S. Op. cit. P. 61.

²⁸¹ Breidenbach S. Op. cit. P. 21; Pohlmann A. Op. Cit. P.34; BGH, NJW 1983, 2493. See also Lugmanov R.R. The principle of good faith and subsidiary obligations in German private law//Law. 2019. № 2. C. 83.

²⁸² BGH NJW 1997, 3230

²⁸³ OLG Stuttgart CR 1989, 598; Zahrnt NJW 1995, 1785.

²⁸⁴ BGHZ 18, 248 (252) = NJW 1955, 1916 - Devisenausländer.

E. Reasonable trust in the counterparty.

As a possible condition for the existence of an information duty, a state of special trust²⁸⁵ can be seen as characterising the legal relationship in question²⁸⁶. A conflict of interest, which is inherent in virtually any contractual relationship, may be mitigated in favour of the person entitled to the information by the protection of his special trust in the counterparty, who is thus no longer able to pursue his own interests unhindered. Such a condition is possible when the counterparty assumes (or gives the appearance of assuming) a new additional function beyond the strictly defined typical rights and obligations of the contract.

When is there usually a special relationship of trust with a counterparty? In cases of recurring or prolonged business contacts²⁸⁷; a special interest of the contracting parties, e.g. in the case of a personal relationship of trust between the parties²⁸⁸; in the client's relationship with a bank, lawyer, notary, doctor and in the context of other «trust operations»;²⁸⁹ in the relationship between shareholders and the company due to their duty of loyalty²⁹⁰.

On the other hand, promotional statements of various kinds that contain obvious, recognisable exaggerations do not usually help to create justifiable confidence in the completeness, timeliness and correctness of the information²⁹¹.

F. Personal circumstances.

Informational duties may be justified by certain especially relevant personal circumstances of the parties, which in the eyes of the trade and in terms of good faith merit consideration: legal or linguistic illiteracy²⁹², acknowledged (recognisable) inexperience of the counterparty²⁹³, presence of physical ailments²⁹⁴ of the other party, which again mainly relate to transactions which are difficult for the common man to

²⁸⁵ See also Lugmanov R.R. The principle of good faith and subsidiary obligations in German private law//Law. 2019. № 2. P. 83.

²⁸⁶ Erman, BGB, 12. Auflage. Schmidt, Otto. 2008. § 241. Rn. 15.

²⁸⁷ Breidenbach S. Op. cit. P. 53.

²⁸⁸ BGH NJW 1992, 300.

²⁸⁹ BGH NJW-RR 2006, 923; BGH NJW-RR 2007, 569; BGH NJW 2007, 2485.

²⁹⁰ BGH NJW-RR 2003, 169;

²⁹¹ Reich-Rohrwig A. Op. cit. P. 215.

²⁹² BGH NJW 1997, 3230; OLG Stuttgart NJW 1982, 2608, 2609.

²⁹³ BGH NJW 1966, 1451; BGH NJW 1974, 849, 851; BGH NJW 1992, 300, 302.

²⁹⁴ OLG Stuttgart JW 1934, 571.

understand from a legal point of view, such as exchange transactions in the stock market, etc.²⁹⁵

However, it must be understood that the professional background and business experience of the counterparty does not always exempt from the duty to inform. There have been cases in which the court has found that even professionally trained parties in futures transactions need to be informed²⁹⁶.

Difficult situations of legal interaction arise when a party asks for special circumstances, proving that they are particularly important to it, or shows that it relies on its contractual partner, its knowledge and experience in a certain respect, etc.

In such cases, notwithstanding the general right of a party to remain silent in the absence of a duty to inform, the court may discern an appropriate duty to inform, taking into account all the circumstances of the case and assessing the conduct of the parties in light of the principle of good faith. However, as we have noted above, even in the absence of a duty of disclosure the parties cannot knowingly lie as such conduct, because it would be contrary to the general requirement of good faith and therefore likely to be considered in bad faith²⁹⁷.

1.2.7.3 Frequently encountered conditions limiting the duty to inform²⁹⁸

A. Publicly available circumstances as well as normal market conditions and risks.

All in all, this is an example of a classic manifestation of the principle of responsibility for one's own actions (autonomy of will) and an element of redistribution of risks of adverse consequences towards the counterparty who can obtain the information himself²⁹⁹. However, in the context of the mechanics of free-market

²⁹⁵ BGH NJW 2011, 1949.

²⁹⁶ BGH NJW 1981, 1440; BGH NJW 2011, 1949; BGH NJW 2004, 3628;

²⁹⁷ Erman, BGB, 12. Auflage. Schmidt, Otto. 2008. § 241. Rn. 17; Wolfgang G. Op. cit. P. 174.

²⁹⁸ A common feature of any attempt to classify conditions for and against information duties is that it is in principle impossible to know in which relation they fall. The system of such conditions is very fluid and the presence and strength of a particular condition is assessed by the court in each case, taking into account all the relevant circumstances. In this sense, the fact that publicly available circumstances are not disclosed cannot, for example, be taken to mean that this is always the case. In a particular case the court may recognise that, despite the nature of the information, the personal circumstances of the affected counterparty (e.g. physical or mental disabilities) may merit preferential attention. On the other hand, illiteracy may be overlooked if a person has voluntarily chosen «to play» high-risk transactions.

²⁹⁹ Erman, BGB, 12. Auflage. Schmidt, Otto. 2008. § 242. Rn. 93.

pricing, for example, the seller is not usually obliged to inform the buyer about the cost of his product and the price calculation scheme³⁰⁰. There is also no duty to inform the counterparty about the existence of better competing offers in the market, other favourable market conditions or typical business risks³⁰¹.

Yes, a potential counterparty may ask direct questions that involve some advice about market conditions or regulatory pressures. This may relate in particular to the tax burden of the business or some financing issue. In this case, clarification is only required to the extent that it is directly relevant to the performance of the contract or can be expected in accordance with common practice.

However, in the absence of special circumstances worthy of consideration, a party may make it clear that it wants to limit the consultation to its own range of offers. Consequently, only within its own range of offers should it inform the counterparty of conditions and tariffs that are more favourable to it (e.g. internet and communication providers of new tariffs or car rental companies of new available options, for example)³⁰².

Thus, as a general rule, anyone who needs additional advice must either seek the information themselves or pay for it separately by engaging financial or tax advisers, for example³⁰³.

B. Creditworthiness issues.

As a general rule, there is no obligation to specifically disclose one's own financial situation or that of a third party involved in the case. An exception may relate to a situation such as a debtor filing for bankruptcy. Regarding the disclosure of third-party information, for example, in the financial field it is prevented by banking secrecy.

³⁰⁰ Breidenbach S. Op. cit. P. 68; BGH BeckRS 2008, 26951; BGH NJW-RR 2011, 270.

³⁰¹ Erman, BGB, 12. Auflage. Schmidt, Otto. 2008. § 242. Rn. 93.

³⁰² BGH NJW-RR 2008, 470;

Admittedly, this issue is rather complex, as a straightforward approach to disclosing the best terms of one's own provision is hardly expected in all cases of business interactions. Generally speaking, no one is obliged to act against their own commercial interests as a general rule by condemning themselves to worse contractual terms and conditions. In the case of pre-contractual contact, the person concerned should himself take the initiative and ask about a better price, discount etc., about the availability of a cheaper alternative to the expensive product now offered for sale. It is different if the relationship has already been established and the counterparty has been using the services of the same supplier for a long time, justifiably counting on its loyalty for this reason, dictating the need to inform the customer about the new rates and conditions of the service already being provided.

³⁰³ Lugmanov R.R. The principle of good faith and subsidiary obligations in German private law//Law. 2019. № 2. P. 82.

Nevertheless, in exceptional cases a bank may be obliged to disclose to third parties information on the creditworthiness of clients³⁰⁴.

C. Legal advice.

As a general rule, counterparties are not obliged to give each other legal advice unless this has become the subject of their contract. Neither party is obliged to inform the other party about its contractual expectations (the intended use of the subject matter of the contract), existing or potential rights and how best to protect them.³⁰⁵

In the case of economically related but legally independent transactions (e.g. sale and lease contracts), it may be necessary to clarify various aspects of the legal autonomy of the contracts³⁰⁶.

D. Various kinds of secrets.

The issue of the existence of information duties may be influenced by the right to trade, industrial and professional secrecy³⁰⁷. This is a very complex aspect of the disclosure issue and requires the court to carefully balance the competing interests of the parties and the rights of third parties. It is clear, for example, that in banking practice there can be a conflict between a bank's duty to disclose information about one of its clients and the bank's duty (the client's right) to maintain banking secrecy³⁰⁸. In this sense, it is difficult to determine in advance a universal rule that would be applicable in all cases of conflict between one person's right to disclose information and another person's right (duty) of confidentiality. The conflict of interest between disclosure and secrecy can be resolved by weighing up the relevant interests. As for the outsider, there are only a few examples where jurisprudence has gone some way to balancing the interests in these types of conflicts. For example, a tenant with a mental disability or a contagious disease may in some cases be obliged to disclose his or her illness to the landlord if it is accepted that the interests of the landlord deserving protection in the case weigh more heavily than those of the tenant³⁰⁹.

³⁰⁴ BGH NJW 1973, 1923.

³⁰⁵ BGH NJW 1987, 1631; OLG München NJW-RR 1998, 1663.

³⁰⁶ BGH NJW 2011, 2877; BGH NJW 2011, 2874

³⁰⁷ Nam. K.V. Dissertation for the degree of Doctor of Law "The Principle of good faith. Foundations of theory and law enforcement in the context of German legal experience". M. 2021. P. 125

³⁰⁸ BGH NJW 1991, 693.

³⁰⁹ The logic of the reasoning on this point: BVerfGE NJW 1991, 2411.

1.2.8 Performance of an information duty

The issue of performance of information duties has received far less attention in the literature than the issue of discovery of these duties. In the context of goal of our study, the weight of the underlying issue is clearly greater than that of performance or, for instance, responsibility for breach of duty. We therefore deliberately avoid dealing with the very voluminous and necessary but secondary issues of liability for breach of information duties or dealing with fraudulent or deceptive transactions and only conclude by outlining some aspects of the duties in question.

The object of any duty to inform is data about circumstances relevant in the context of a future or present relationship³¹⁰. Structurally, the duty of informing does not seem to differ from a simple duty in which the duty of the obliged person to provide certain benefits is opposed to the right of the relevant empowered person. However, as already pointed out above, the circumstance that distinguishes the pre-contractual duty of information duty *Aufklärungspflicht* is that 1) it is to be performed without prior counterclaim of the creditor, i.e. spontaneously and 2) the right of claim of the creditor remains in the «dormant» state until the moment of the violation of this obligation, essentially transforming into the secondary (protective) obligation of compensation for damages³¹¹. In this sense there is some doubt as to whether there was a right of claim that could not be enforced at all.

In any case, without having an answer to this question, we note other features of the information duty that we have been able to observe.

The fulfilment of an information duty depends on its purpose, which is directly linked to the needs of the authorised addressee of the information. In this sense, the content of the information due must be suitable for effectively meeting the information needs of the creditor³¹². Therefore, in principle, there is no restriction on the nature of the circumstances that can be disclosed³¹³. The important thing is that the information

³¹⁰ Reich-Rohrwig A. Op. cit. P. 50

³¹¹ Lugmanov R.R. The principle of good faith and subsidiary obligations in German private law//Law. 2019. № 2. P. 80.

³¹² BGH NJW 1970, 653.

³¹³ Questions of secrecy of various kinds are deliberately omitted.

interaction should result in the needs of the creditor of the information duty being met³¹⁴.

In terms of time, present, past or future circumstances are included without limitation in the range of potentially relevant circumstances: they may all have a motivating effect on the decision being made, be related to a contractual purpose or serve to preserve the personal or property integrity of the creditor.

In principle, information can be provided verbally, but in the case of more complex issues and features of the information content that cannot be immediately understood, a written explanation may be required³¹⁵. For example, when medicines are sold and if there are potential adverse side-effects, it is essential that the purchaser is informed of this via written text on the packaging or instructions before the intended use³¹⁶. It is clear, however, that what matters is not the form, but ensuring that the purpose of the communication is achieved. As a consequence, the mere communication of information to the counterparty does not in itself preclude a court from analysing the provision in terms of clarity, completeness and correctness of the data³¹⁷, the assessment of which is based, among other things, on the normal use of language. If the information is simply communicated to a lay recipient, the decisive factor is what the average, reasonably informed recipient of the information can expect³¹⁸.

If the information cannot be provided in a certain way, for example due to lack of time or conflicting interests, this circumstance and the risk involved should be made clear to the recipient with sufficient clarity. Where the information cannot be provided or is imminently dangerous (as well as insignificant or exceptionally rare), it may be withheld entirely³¹⁹.

If a party to the treaty expresses only a subjective opinion, that opinion cannot in principle be objectively assessed for its correctness, but it cannot contradict the inner conviction of the party expressing the opinion. Thus, it should be noted that, as a rule,

³¹⁴ BAG NJW 2009, 2616.

³¹⁵ BGHZ 105, 108.

³¹⁶ BGH NJW 1972, 2217.

³¹⁷ Wolfgang G. Op. cit. P. 175.

³¹⁸ Reich-Rohrwig A. Op. cit. P 213.

³¹⁹ BGH NJW 1959, 811.

the party required to provide information is not obliged to check the information it holds to see whether it is correct³²⁰. Only in exceptional cases, where there is a reasonable expectation that the debtor has complete and accurate information and in doing so has assumed a new functional role (e.g. consultant), omissions due to the debtor's own lack of knowledge may be attributed to it and lead to a breach of the information duty³²¹.

In conclusion, it is worth noting that based on the research carried out it is not possible to provide an exhaustive and practically applicable universal answer to the question of the specific characteristics of the information to be transmitted and the way to assess them. Rather, there are some general cognitive vectors and a vast casuistry created by judicial activity that takes into account all the relevant circumstances of the case at hand in the context of understanding good faith in a particular case. In this sense, the frequently encountered position that the starting point for assessing the conduct of the parties is the «golden rule» established by jurisprudence, according to which an informational duty arises in relation to all circumstances that are deemed essential to the conclusion and performance of the contract by the other party and whose disclosure can be expected in terms of good faith, can already be considered as classical³²².

1.3 Brief conclusions

A comparative analysis of the French and German legal systems has shown a strong tendency to increase information duties, although the means used are different.

French law, traditionally imbued with a spirit of solidarity (*esprit de solidarite*), tends to treat claims for information as an expression of a general duty to inform³²³. We have seen that, initially, jurisprudence under the watchful eye of the French Court of Cassation and, eventually, the legislator provided the legal basis for this expansion.

³²⁰ BGH NJW 2006, 2041.

³²¹ Reich-Rohrwig A. Op. cit. P. 520.

³²² BGH NJW 1979, 2243.

³²³ John Bell. Op. cit. P. 149

On the other hand, the German legal order does not recognise a general duty to inform. The literature indicates that the duty to inform cannot be unlimited³²⁴. However, it is clear that both legal orders operate similar instruments to protect consent but, unlike French doctrine and practice, in Germany the duty to inform is inextricably linked to the complementary function of the principle of good faith and this has implications for the justification of cases in which the duty arises. A characteristic feature of German practice is its profound development, which has resulted in the accumulation of a large number of cases of the same type, giving practical content to the general formulations of the general clauses.

The conditions for the emergence of information duties are essentially similar. Knowledge of the information relevant to the legal action of the counterparty and its material nature is required. However, a duty to inform cannot exist in condition of the creditor's own negligence and in the absence of a need for the information in question. In principle, almost every condition under which an information duty arises has various exceptions that make it very difficult to predict the outcome of a possible case. In this sense it is interesting to note that despite the postulated absence of informational duties as a general rule at the pre-contractual and contractual stage in Germany, it is fair to point out the myriad of exceptions which, once understood, may well trigger the reversal of the presumption³²⁵. Be this as it may, the comparative legal analysis enriches us with valuable insights which, even without any intention to borrow other institutions and doctrines, allow us to discern certain patterns and, more importantly, the reasoning used, which may be relevant in the context of the emerging doctrine of information duties in Russian law.

³²⁴ Nam. K.V. Dissertation for the degree of Doctor of Law. The principle of good faith. Fundamentals of theory and law enforcement in the context of the German legal experience M. 2021. P. 125.

³²⁵ Nils Jansen, Reinhard Zimmermann. Commentaries on European Contract Laws. Oxford University Press, 2018. P. 390

Chapter 2 Information duties in Russian law

2.1 The principle of good faith as a basis for information duties

If we frame our research topic in a kind of formula in which one part is revealed through another, we are inevitably faced with the need to reveal the content of the underlying element before moving on to examine the sought after but dependent element. In this sense, the principle of good faith³²⁶ is the starting point from which cognitive hopes of successfully finding a doctrinal basis for information duties are derived³²⁷. Since, in the context of our study, the issue of disclosure is of crucial interest only to the Russian legal order, the main cognitive effort should be directed towards the domestic understanding of the concept of good faith, using the comparative legal research already conducted only in a subsidiary mode of reference³²⁸.

Interest in the problem of understanding the concept of good faith has increased markedly due to changes in civil law. On 1 March 2013, Article 1 of the Civil Code of the Russian Federation (hereinafter, the Civil Code) received new content in paragraph 3 and new content in paragraph 4³²⁹. The legislator indicated that in establishing, exercising and protecting civil rights and in performing civil obligations, participants in civil legal relations should act in good faith (paragraph 3); No one may benefit from their illegal or dishonest conduct (paragraph 4). In 2015, the legislator seems to have increased the emphasis on good faith by specifically mentioning a number of additional duties in Article 307 par 3, Article 434.1 of the Civil Code and other articles.

In the scientific literature one can find opinions that the legislator introduced

³²⁶ And as we have seen in the case of France, such a link is not inevitable.

³²⁷ Lugmanov, R.R. The principle of good faith as a means of law development//Law and politics. 2021. № 5. P. 61.

³²⁸ It should be noted that countless works can be found in European civilistics dealing with attempts to find the right meaning of good faith. In this sense, to embark on another study of this kind seems to be an unlikely undertaking, especially against the background of the pronounced functional orientation of *True und Glauben* in German doctrine in recent decades, which provides more practical material for research. Major comparative legal studies of European private law have made it clear that it is not possible to find a generally recognisable content of the principle of good faith, its practical application in different legal orders being poorly predictable. See Shirvindt A.M. The principle of good faith in the Civil Code and comparative law/ *Aequum ius*. Collection of articles from friends and colleagues to the 50th anniversary of Professor D.V. Dozhdev. Auth. Ed. A.M. Shirvindt. - M. Statut, 2014. P. 228.

³²⁹ Federal Law № 302-FZ of 30 December 2012 on Amendments to Chapters 1, 2, 3 and 4 of Part One of the Civil Code of the Russian Federation

good faith as a principle in the domestic civil law matter in 2013³³⁰. This position is echoed by Article 6 of the Concept of Development of Civil Legislation of the Russian Federation (hereinafter, the Concept), according to which the principle of good faith must be introduced in the civil legislation in order to strengthen the moral principles of civil law regulation³³¹. Similar provisions are found in the explanatory note to draft Federal Law № 47538-6 «On Amendments to Parts One, Two, Three and Four of the Civil Code of the Russian Federation, as well as to Certain Legislative Acts of the Russian Federation»³³².

However, this position cannot be taken unequivocally for a number of reasons.

Firstly, it should be noted that Art. Article 6 par 2 of the Civil Code originally contained a rule to fill regulatory gaps by analogy of law with reference to requirements including good faith³³³. Apart from this reference we find other references to good faith in one context or another in art. 10, art. 53 par 3, art. 220 par 1, art. 234 par 1, art. 302-303, art. 602, art. 662, art. 1103, art. 1109, art. 1222, art. 1252, art. 1361, art. 1466, art. 1512 of the Civil Code already from the moment of adoption of every part of the Civil Code³³⁴. A number of these articles refer to the category of good faith as a kind of subsidiary evaluative category, the result of comparison with which (as a kind of benchmark) directly affects the legal consequences of the relevant conduct³³⁵.

Secondly, the principle of law can be understood in different senses. For

³³⁰ Golubtsov V.G. The principle of good faith as an element of the legal mechanism to stimulate the debtor to the proper performance of obligations and guarantee the interests of creditors: analysis of judicial and arbitral practice // Vestnik of Perm University. Legal Sciences, 2016, №. 2

- URL: <http://base.garant.ru/57289218/> (accessed 14.12.2019).

³³¹ The Concept of Development of Civil Legislation of the Russian Federation (approved by the Presidential Council for Codification and Improvement of Civil Legislation on 7 October 2009. -URL: <http://base.garant.ru/12176781/> (date of reference: 1.09.2017).

³³² Explanatory note to the draft federal law № 47538-6 «On amendments to parts one, two, three and four of the Civil Code of the Russian Federation, as well as to certain legislative acts of the Russian Federation»- URL: <http://base.garant.ru/58024598/> (access date: 12.12.2019).

³³³ This content of the article has given rise to all sorts of rambling and searching for a correlation between the concepts mentioned in the article. For example, S.A. Ivanova believes that good faith and reasonableness are components (facets) of the principle of social justice to which it is not exhausted, etc. The reason for this is the approach of the legislator who mentions these principles together in Articles 6, 10 of the Civil Code and other norms of civil law. Ivanova S.A. Some problems of realization of principle of social justice, reasonableness and good faith in the law of obligations // Law and economy. 2005. № 4 - URL: <http://base.garant.ru/5159028/> (date of reference: 12.12.2019)

³³⁴ RSFSR Civil Code of 1922 in Art. 43, pp. 59, article 60, page 98, article 197, article 262, article 400 of the Civil Code, as well as the Civil Code of the RSFSR of 1964 in article 61, articles 152- 155, article 474, article 511 also referred to the category of good faith.

³³⁵ For example, Article 55(3) of the Russian Civil Code and the subsequent clarification of the understanding of good faith in Resolution 62 of the Plenum of the Supreme Arbitration Court of 30 July 2013 "On Certain Issues of Compensation for Losses by Members of Legal Entities".

example, it may denote a basic direction (principle) that finds its fulfillment in legal norms³³⁶. Or it can be understood as a means of interpreting the law or applying the law by analogy³³⁷. In the latter case, it must be recognised that the principle of good faith has long been located within the legal substance of civil law, providing a basis for filling legal gaps where necessary³³⁸.

In addition to the above, there are two principally conceivable approaches to identifying these principles: by enshrining them in law³³⁹ and/or by inductively deducing them from the general meaning of positive norms³⁴⁰. If one follows the logic of, for example, the authors of the Concept, then for the development of the economy and the establishment of civil society, it is necessary to use «all possible measures and means of civil legislation to ensure the bona fide and proper exercise of civil rights and the performance of civil obligations». Leaving aside a number of questions about the logic and validity of the stated message, we note that among these means is the need to introduce the principle of good faith, from which a controversial conclusion must apparently be drawn that civil law has not previously recognised this principle³⁴¹. Among other things, it can be found that in Articles 1 and 10 of the Civil Code the legislator has introduced a new understanding of the principle of good faith: in the so-called objective sense.

The division of good faith into two «senses» is equally controversial but has found authoritative support in domestic doctrine³⁴². In this case, it is customary to say

³³⁶ Shershenevich G. F. Course of civil law. Tasks and Methods of Civil Law. Kazan, 1898. P. 84—86. See, for example, similar definitions: Bratus S.N. Subject and system of the Soviet civil law / S.N. Bratus. - Moscow: Gosurizdat, 1963. C. 136; Ioffe O.S. Selected works on civil law: From the history of civilistic thought. Civil legal relations. Critique of the theory of "economic law" - URL: <http://civil.consultant.ru/elib/books/3/> (accessed 01.12.2019); Shennikova L.V. Principles of civil law: achievements of civil law and legislative effect // Civilistic notes: Interuniversity collection of scientific works. Vol. 2. M., 2002. P. 42; The basic principles of civil law: article-by-article commentary to the articles 1-16.1 of the Civil Code of the Russian Federation [Electronic edition. Revision 1.0] / A. V. Asoskov, V. V. Baibak, R. S. Bevzenko [etc.]; ed. by A. G. Karapetov. - Moscow: M-Logos, 2020. P. 47

³³⁷ Gambarov Y. S. Course of civil law. Volume 1. General part. - SPb. Type. M. M. Stasyulevich, 1911. P. 361-362, 371-372; Russian civil law: Textbook: In 2 vols. Vol. I: General part. Property law. Inheritance law. Intellectual right. Personal non-property rights / ed. by E.A. Sukhanov. - 2nd ed. stereotyped. - Moscow: Statute, 2011. P. 74

³³⁸ Lugmanov, R.R. The principle of good faith as a means of law development // Law and politics. 2021. № 5. P. 62.

³³⁹ Russian Civil Law. Op. cit. P. 74; Popova Y.A., Vasilenko E.V. The place of the principles of reasonableness and good faith in the system of civil law principles // Society and Law. 2012. № 1 (38). P. 84.

³⁴⁰ Bratus S. N. op. cit. p. 69; Basic Provisions of Civil Law. op. cit. p. 47.

³⁴¹ A different approach: Nam. K.V. Dissertation for the degree of Doctor of Law. The principle of good faith. Fundamentals of theory and law enforcement in the context of the German legal experience M. 2021. P. 344.

³⁴² Novitsky I. B. The principle of good faith in the draft law of obligations // Civil Law Review. – 2006. - № 1 [Electronic resource]. Access from SPC "Consultant Plus"; Dozhdev D. V. Improvement of law enforcement of the new version of

that objective good faith adjusts actual behaviour to some objective standard of the average market participant, taking into account the rights and legitimate interests of another person, while subjective good faith indicates an excusable ignorance of some legally significant circumstances with which the law usually associates certain legal consequences³⁴³. At the same time it should be noted that, firstly, not everybody accepts this division³⁴⁴ and, secondly, it is difficult to imagine what the legislator meant, for example in par. 2 of Art. 6 or par. 1 of Article 10 of the Civil Code, if not good faith as some kind of proper (reference) model of behavior (if at all to allow such an understanding of the concept of good faith).

One way or another, but without getting into a substantive and even more so terminological dispute between proponents and opponents of such a division, we note that the study of good faith in terms of its recognised understanding as a principle of civil law does not necessarily require that the category be simultaneously considered also in the context of excusable ignorance of the relevant facts. The aforementioned legal phenomena may well be studied separately and without focusing on the contentious aspect of the presence or absence of a link with the category of good faith and their mutual correlation³⁴⁵.

The meaning of the category of good faith has traditionally received much attention in the literature. Good faith has been understood as the basic foundation of civil law,³⁴⁶ a «rubber-stamp» rule that expands the scope of judicial discretion and allows for the transcendence of legality³⁴⁷, as a state of innocence³⁴⁸, as a presumption

the general part of the Civil Code of the Russian Federation: general principles in theory and judicial practice. M.: 2017. P. 4.

³⁴³ Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of 23.06.2015 № 25 "On the application by the courts of certain provisions of Section I of Part I of the Civil Code of the Russian Federation"; Dozhdev D.V. Op. cit. P.4; Nam. K.V. The principle of good faith: some problems of doctrinal development. Civil Law Review. № 6, 2017. P. 78; Cf. True und Glaube implies a standard of honest, loyal and considerate conduct that takes into account the interests of the other party, including the protection of reasonable trust. Zimmermann, Whittaker. Op. cit. P. 31.

³⁴⁴ Nam. K.V. The principle of good faith: some problems of doctrinal development. Journal of Civil Law. № 6, 2017. P. 80; Tserkovnikov M.A. About good faith in institutes of property law // Civil Law Review. 2017. № 2- SPC "KonsultantPlus"; Egorov A. V. The principle of good faith in the Civil Code of the Russian Federation: the first steps of the reform // Legal insight. 2013. № 2. P. 7; Fomina A. V. Correlation of principles of presumption of good faith and presumption of guilt in civil law of the Russian Federation // North Caucasian Law Bulletin. 2001. № 2. P. 92.

³⁴⁵ Nam. K.V. The principle of good faith: some problems of doctrinal development. Journal of Civil Law. № 6, 2017. P. 78.

³⁴⁶ Kharseeva V. L. The concept and content of the principle of good faith in civil law // Society: Politics, Economics, Law. 2013. № 4. P. 125.

³⁴⁷ Gribanov, V.P. Limits of Exercise and Protection of Civil Rights. M., 1992. P. 21.

³⁴⁸ Emelianov V.I. Reasonableness, good faith and non-abuse of civil rights. - Moscow: Lex-Book, 2002. - P. 91 - 92;

principle³⁴⁹, as a means of socialising law and strengthening moral principles³⁵⁰, an additional requirement that appeals to morality³⁵¹, the ideal of honesty³⁵², standard of conduct³⁵³, premonition³⁵⁴, moral concept³⁵⁵, private law instrument of restraining the autonomy of will³⁵⁶, norm-rule³⁵⁷, general reservation³⁵⁸ and even as an ethically neutral category³⁵⁹. However, even more often there are works in which the authors limit themselves to enumerating other people's views on the understanding of good faith, without noticing the scientific and practical futility of such an approach³⁶⁰.

Thus, it is easy to see that despite the frequent use of the concept of good faith in the law and in law enforcement practice, science has difficulty in formulating a conventional understanding of the concept. The majority of scholarly works on the subject contain speculation of a general nature which does not allow us to see any predictable criteria for the practical application of the concept.

In the context of our topic, good faith in its standard understanding, namely as a legal principle, is of the greatest interest³⁶¹. In this sense, the study of good faith in this context has revealed its functional manifestation in two ways.

Bogdanov E. The category of "good faith" in civil law//Russian Justice. 1999. № 9. URL: <http://base.garant.ru/3541320/> (date of reference 20.12.2019).

³⁴⁹ On the presumption of good faith in Russian law. *Uchenye zapiski Kazanskogo univestiteta. Humanities Series*. 2018. P. 285- 298.

³⁵⁰ Bogdanov E.V. Civil law of Russia as a regulator of economic relations // *Legislation and Economics*. – 2012. – № 1. – – P. 34.

³⁵¹ Dozhdev D.V. Good faith (bona des) as a legal principle // *Political and Legal Values: History and Modernity*. – – M., 2000. – CP 97

³⁵² Kulapov V. L., Malko A. V. *Theory of State and Law*. M.: Norma: INFRA-M, 2011. P. 196.

³⁵³ Bogdanov D. E. op. cit. P. 102; Mikruev V.A. Principle of good faith - a new moral constraint of civil rights // *Journal of Russian Law*. 2013. №6. P. 17—24.

³⁵⁴ Trunin A. A. Good faith as a presumption of understanding. (By way of example of treaty interpretation)// *Jurisprudence*. 2015, № 4. P. 112

³⁵⁵ Verdijan G.V. Good faith theory as a philosophical and social category // *Bulletin of Financial University*. 2011. № 5. P. 25; Polyakov M.A. General legal principle of good faith in modern Russian law // *Bulletin of the Nizhny Novgorod Academy of the Russian Interior Ministry*, 2011, № 1 (14). P. 386; Gavrilov Y.V. The significance of the principle of good faith in the system of principles of Russian civil law // *Bulletin of the Baltic Federal University named after I. Kant*. 2015. Vyp. 9. P. 86—93.

³⁵⁶ Bibikov A.I. On the concept of good faith in civil law // *Eurasian Union of Scientists (ESU)*, № VIII, 2014. P. 8-11.

³⁵⁷ Nam. K.V. The principle of good faith as a rule-of-law// *The Herald of Economic Justice of the Russian Federation*. № 1. 2020. P. 57.

³⁵⁸ Nam. K.V. Op. cit. P. 59.

³⁵⁹ Ulyanov A.V. Good faith in civil law // *Journal of Russian Law*. – 2014. № 6. – P.133–140

³⁶⁰ Rizhenkov A. Y. The principle of good faith in the updated civil legislation // *Gaps in the Russian legislation*. № 3. 2013. P. 69; Filippova T.A., Zharkenova S.B. Principle of good faith in the performance of obligations // *Izvestia Altai State University. Legal Sciences*. 2018. № 6 (104) P. 197- 202; Fedin I.G. Good faith as a legal category. *Actual problems of Russian law*. 2018. № 4 (89). P. 21-30; Merzlikina R. A. The principle of "good faith" in the civil legislation // *Juridicheskie researches*. № 3. 2013. P. 50-51.

³⁶¹ Nam. K.V. The principle of good faith as a norm-rule // *The Herald of Economic Justice of the Russian Federation*. № 1. 2020. P. 57.

Firstly, it can be seen that the concept of good faith aims at self-regulation of the behaviour of participants in social interaction, who must limit selfishness in pursuing their own interests and take into account the competing interests of others³⁶². As a matter of fact, this is written in Article 1(3) of the Civil Code of the Russian Federation³⁶³. In this sense, it can be assumed that participants in the turnover should be guided not only, conditionally speaking, by the law or the contract, but also by some additional regulator called good faith³⁶⁴. Moreover, formally, the Code itself, in Article 1 (4) of the Civil Code, sets up a fundamentally conceivable inconsistency between the requirements of the law and good faith³⁶⁵. Such an additional source of legal regulation can theoretically serve as a conduit for, for example, moral principles in civil law, softening or tightening it under the influence of extra-legal values of a higher order. However, with such an approach, it becomes crucial to understand in advance exactly what behaviour is expected of participants in the legal order when engaging in social relations other than those specified in positive law. However, the complexity of the situation lies in the fundamental impossibility of a uniform (and stable over time) understanding of such a source (e.g. moral categories) of regulation of specifically emerging relations in a particular factual context both within one legal order and in relations between actors from different legal orders.

Another related problem is the difficulty for turnover participants of uniformly deducing the specific disposition of a promoted (alleged) legal rule, even assuming a uniform understanding of the rule's underlying moral ideas and values. The latter problem is exacerbated by the important fact that the correct understanding of expected behaviour will be assessed by a court subsequently and retrospectively, which introduces uncertainty into legal relations and rightly raises the question of the practical

³⁶² «General precept addressed to the participants of civil legal relations» See Sklovskiy K.I. Application of law and the principle of good faith// The Herald of Economic Justice of the Russian Federation. № 2. 2018. P. 96; Main provisions of civil law: article-by-article commentary to articles 1-16.1 of the Civil Code of the Russian Federation [Electronic edition. Revision 1.0] / A. V. Asoskov, V. V. Baibak, R. S. Bevzenko [et al]; ed. by A. G. Karapetov. - Moscow: M-Logos, 2020. P. 167.

³⁶³ This is also stated in paragraph 1 of the Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of 23.06.2015 № 25 «On the application by the courts of certain provisions of Part I of the Civil Code of the Russian Federation».

³⁶⁴ Novitsky I. B. The principle of good faith in the draft law of obligations // Civil Law Review. – 2006. - № 1 [Electronic resource]. Access from the Consultant Plus.

³⁶⁵ Sklovsky K.I. Op. cit. P. 95.

usefulness and importance of self-reflection by parties to the trade to measure their behaviour against potentially conceivable categories that fill the principle of good faith.

Thus, neither in the law itself, nor in any other potentially conceivable externally objectified source of forming a standard of good behaviour, do we find clearly articulated rules forming the required standard and, moreover, we cannot yet foreseeably know this external source³⁶⁶.

This is a rather sensitive issue in a situation where there is a requirement to comply with something, but a meaningful understanding of that requirement is not available³⁶⁷. However, it seems that the focus needs to be slightly different³⁶⁸.

The second functional thrust of the concept of good faith lies in the emergence of the possibility (legal justification) to refer to the mechanism of the development of written law by means of judicial lawmaking³⁶⁹. In this context one of the recognisable roles of good faith in Germany comes to mind, which in its broadest practical sense was to form a kind of gateway through which socio-ethical values relevant to the times entered the legal system³⁷⁰. It is not realistically possible for the legislator to anticipate all the different situations in life and to provide them with appropriate rules of

³⁶⁶ Nevertheless, there are authors who oversimplify the acuteness of the problem, calling, for example, contained in paragraph 3 of Art. 307 of the Civil Code of the RF abstract requirements as the required «good faith criteria», which, of course, is fundamentally wrong at least for the reason that the specified types of behavior 1) are not sufficient in the sense that they do not exhaust the possible list of types of behavior marked by the sign of good faith, 2) are not in principle necessary for each analyzed case, 3) themselves need to be detailed in specific cases, without which the specified requirements become useless, turning into nothing more than moral desires. See Golubtsov V. G. The principle of good faith as an element of a legal mechanism to stimulate a debtor to the proper performance of obligations and guarantee the interests of creditors: analysis of judicial and arbitration practice // "Vestnik of Perm University. Legal Sciences", 2016, № 2 - URL: <http://base.garant.ru/57289218/> (access date: 14.12.2019).

³⁶⁷ This feature is conspicuous and would seem to be the primary focus of scholars advocating the consideration of good faith through the prism of the principle of law. Numerous works touching on this concept in one way or another have traditionally pointed to various aspects of the principle of law: its general binding nature, maximum abstractness, the need for specification through rules of law and/or judicial review of specific cases, etc., However, it can be seen that the main issue constantly eluding researchers is how to observe the good faith clause in specific law enforcement (i.e. the parties in circulation if we maintain the position that the principle is addressed to them as a certain requirement and/or the court if we defend the thesis on judicial concretisation of the principle). See. Sklovskiy, K.I. Op. cit. P. 101.

³⁶⁸ It is difficult to find a position in the domestic literature that closely resembles the one expressed in this paper. But even where the duality of bona fides is allowed, there are attempts to reduce the significance of such a division, which is very difficult to agree with. See Nam. K.V. Principle of good faith as a norm-rule// The Herald of Economic Justice of the Russian Federation. № 1. 2020. P. 67.

³⁶⁹ A different view was expressed by C.V. Nam, which, however, did not prevent the author from recognising that sometimes "consistent judicial adjustment of the application of positive rules in numerous homogeneous cases, doctrinal justification, formalisation and systematisation of such approaches lead in fact to new legal institutions, many of which then become de jure norms of positive law". See: Nam. K.V. Dissertation for the degree of Doctor of Law "Principle of good faith. The bases of theory and law enforcement in the context of German legal experience". M. 2021 P. 279-280.

³⁷⁰ Dozhdev D.V. Principle of good faith in civil law//Principle of formal equality and mutual recognition of law. M., 2016. P. 151; Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (hereinafter GG). Zimmermann, Whittaker. Op. cit. P. 23.

conduct³⁷¹. Under such circumstances it is the courts that have the power, not just to apply the law literally and enforce obligations, but to adapt the behaviour of the parties to a transaction in the light of the political and legal values relevant to the case in question. As a result, as A.D. Rudokvas rightly points out, the existence in continental legal systems of «general reservations» regarding good faith, reasonableness and fairness inevitably leads to the formation by judicial practice of a regulatory body of «second-tier» law in relation to positive law, giving rise to a dualism of any legal system similar to that institutionalised in Roman law by the coexistence of «*jus civile*» with «*ius praetorium*» and in English law of «common law» with «law of equity»³⁷².

Practical observation shows that it is the court that assesses retrospectively whether the conduct in question was in good faith or not. No predetermined criteria for such an assessment are envisaged and, in this sense, it is only possible to propose variants of the political and legal values which may form the basis of finding a balance in the judicial weighing of competing interests (judicial discretion) in resolving potential disputes. However, from the perspective of this understanding of the mechanics of the principle of good faith, it is first and foremost important to understand something else: although the legislator literally addresses the requirement of good faith precisely to the parties to a transaction, they have no actual mechanism for independently assessing their planned or already committed behaviour³⁷³.

The court retrospectively assesses the conduct of the parties to a transaction and it is only the court that determines whether that conduct conforms to some unwritten rule of promotable conduct³⁷⁴. This control is carried out by an ad hoc court and therefore the applicability of the court's decision in a particular case to other relationships may raise some doubts. It is only when the highest court has established a legal position that is relevant for a certain group of cases with the same type of subject

³⁷¹ This is not to say that there have not been attempts. For example, the Prussian Land Code of 1794 with 15,000 paragraphs or Maria Theresa's Civil Code of 1766 in eight volumes.

³⁷² Rudokvas A.D. Trust and Fiduciary Ownership in Russia // KLRI Journal of Law and Legislation. V. 7. № 2, 2017. P. 58.

³⁷³ Relevance is determined by the adequacy of the criteria found in any possible relationships and circumstances. As we will show below, tools for assessing one's own behaviour as bona fide will always be fundamentally incomplete.

³⁷⁴ Main provisions of civil law: article-by-article commentary to articles 1-16.1 of the Civil Code of the Russian Federation [Electronic edition. Revision 1.0] / A. V. Asoskov, V. V. Baibak, R. S. Bevzenko [et al]; ed. by A. G. Karapetov. - Moscow: M-Logos, 2020. P. 87.

matter that it can be said that an externally objectified rule of conduct (essentially a «second level» positive law), created by judicial creation, has emerged³⁷⁵. In such cases, the enforcer will be able to relate his planned or actual behaviour to a rule of conduct called a rule of law as corresponding to the principle of good faith, because the crystallisation of such rules has been carried out by means of jurisprudence. In any case, this formed practice will be constantly late, forming a new rule of conduct with some delay.

And yet, even with this disadvantage, the reverse approach, namely an uncompromising emphasis on requiring market participants to self-assess their conduct against some unwritten standard of good faith, seems less ineffective³⁷⁶. This two-stage approach to assessing the conduct of market participants for consistency with the principle of good faith may rightly raise questions about the value and usefulness of the first stage (self-assessment) if only the second stage of judicial disclosure of good faith in the circumstances of the dispute in question has any real practical relevance. Amongst other things, the constant need for such "guessing" of the expected good faith conduct and in fact the anticipated solution of a potential legal dispute cannot carry a positive charge in real economic practice, the participants of which are thought to be trying to make effective economic decisions³⁷⁷.

Thus, initially the cognitive emphasis should be shifted from self-assessment of the behavior of a turnover participant to the judicial mechanics of assessing the behavior of this subject, because in practice it is the court as the only authorized instance that can determine what is in good faith and what is not, thereby forming the model expectations of typical decisions in cases with a similar subject matter³⁷⁸. When this or that model of assessing the behavior of the participants of turnover in terms of

³⁷⁵ As has been rightly observed, "By interpreting the law, judges create law, and this is the case in all legal systems where independent courts exist" - R. Cooter, T. Ulen. *Law and Economics*; translated from English under the scientific ed. by D. Raskov with the participation of M. Timofeev.- M.: Publishing house «Delo» RANEPА, 2018 P. 78.

³⁷⁶ If one author continues that the abstractness of the principle of good faith means that "it does not in itself, without specification, dictate any general rule with a clear and definite content", then one conclusion is inescapable: there is no rule, there is no requirement to comply with it. Nam. K.V. Principle of good faith as a norm-rule// *The Herald of Economic Justice of Russian Federation*. № 1. 2020. P. 60.

³⁷⁷ In fact, no one is going to do it.

³⁷⁸ One of the ways to overcome the uncertainty of the content of the principle of good faith is to refer to the precedents of interpretation of this concept in previous similar cases. Drozdova T.Yu. *Good faith in the Russian Civil Law*. Autoref. dissertation ... Candidate of Jurisprudence. Irkutsk, 2004. P.19.

good faith reaches the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation, such a model turns into a legal position of the highest court, which sets the lower courts for the same kind of resolution of cases³⁷⁹. Such a formed legal position available to the public, with varying degrees of detail and quality of legal technique in the reasoning of the act rendered forms the hypothesis and disposition of the rule of law generated by judicial practice³⁸⁰.

It is against such a rule of law that it makes sense for a marketeer to measure his conduct, which creates a greater certainty that, in the absence of new developments capable of influencing the reassessment of the circumstances, the decision in the same case will be uniformly predictable³⁸¹. And as mentioned above, in such a system there will always be the problem of a time lag between the need for certainty of law when parties to a case with atypical circumstances enter into a relationship and the satisfaction of that need by the highest court taking an appropriate legal position. In between these points, the parties will always be at risk, never fully aware of how their relationship should be structured, lest the court subsequently determine that their conduct was in bad faith.

Such a situation is potentially destabilising when there is a requirement for the conduct of participants in the market and when there is no opportunity to know these

³⁷⁹ By virtue of its constitutional and legal status, the Russian Supreme Court provides explanations on matters of judicial practice (Article 126 of the Russian Constitution). Also, under Article 5 of the Federal Constitutional Law of 05.02.2014 № 3 «On the Supreme Court of the Russian Federation», the Plenum of the Supreme Court shall consider materials of analysis and generalisation of court practice and provide explanations to courts on issues of court practice in order to ensure uniform application of the Russian legislation. Accordingly, there are also grounds for quashing or varying court judgments by way of supervisory review procedure (Article 308.8 of the Arbitration procedural code, Article 391.9 of the Civil procedure code, Article 341 of the Administrative Procedure Code). See also the Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation of 23.12.2013 № 29-P "On the case of checking the constitutionality of paragraph 1 of paragraph 1 of Article 1158 of the Civil Code of the Russian Federation in connection with the complaint of citizen M.V. Kondrachuk" (hereinafter, the CC of RF). True, there are quite tangible difficulties associated with the rarity of supervisory proceedings, as well as the significance for the practice of the determinations of the judicial boards of the Supreme Court of the Russian Federation especially in light of the Decision of the Constitutional Court of 17.10.2017 № 24-P "On the case on checking the constitutionality of paragraph 5 of part four of article 392 of the Civil Procedure Code of the Russian Federation in connection with complaints from citizens D. A. Abramov, V. A. Vetlugaev and others". A.A. Ivanov's Idea of Working Ahead: S.L. Savelyev. Precedent in Russia. The Unification Potential of Practice of the Presidium of the Supreme Commercial Court of the Russian Federation. - Moscow: Statut, 2020. P. 4

³⁸⁰ Nam. K.V. The principle of good faith as a rule-of-law// The Herald of Economic Justice of the Russian Federation. № 1. 2020. P. 58; Basic provisions of civil law: article-by-article commentary to articles 1-16.1 of the Civil Code of the Russian Federation [Electronic edition. Revision 1.0] / A. V. Asoskov, V. V. Baibak, R. S. Bevzenko [etc.]; ed. by A. G. Karapetov. - Moscow: M-Logos, 2020. P. 189.

³⁸¹ K.V. Nam's approach to good faith as a «technical rule» designed to find the only right solution for a particular situation, with a search for «individual justice» at the expense of «general legal justice», on the contrary, creates the preconditions for legal uncertainty. Nam. K.V. Principle of good faith as a norm-rule// The Herald of Economic Justice of Russian Federation. № 1. 2020. P. 61.

requirements in advance and on one's own successfully. In response to the practical need to give specific regulatory content to the objective standard of good faith conduct addressed to the participants in the turnover, the Supreme Court has formed a general systemic evaluation vector which, with a high degree of compliance, makes it possible to avoid the court retrospectively condemning the conduct in question as bad faith to the greatest degree of confidence³⁸². Paragraph 1 of Resolution № 25 of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of 23 June 2015 "On the application by the courts of certain provisions of Part I of the Civil Code of the Russian Federation" (hereinafter - Resolution № 25) states that good faith conduct is such conduct which is expected from any participant in the turnover taking into account the rights and interests of another person who exchanges necessary information³⁸³.

The only problem is that, despite positive references in the doctrine, the practical usefulness of such a broad vector of permissible (good faith) conduct in reality tends towards zero³⁸⁴. Total concern for the counterparty, a hundred percent consideration of its interests to the detriment of one's own interests, full disclosure of any (necessary) information that even remotely has a hint of importance to the other party certainly eliminates the risk of ex post negative judicial assessment of such counterparty behaviour as unconscionable. However, is there much to be gained from such ingenuous behaviour which leaves little to personal interests and so much to the interests of the counterparty in the still dominant competitive model of a relatively free market? If the rule proposed by the Supreme Court, which supposedly gives substance to the principle of good faith, is presented as a scale from 0 to 10, then only the maximum consideration of others' interests will be guaranteed to meet the standard of good faith conduct without the risk of subsequent judicial condemnation of such

³⁸² Of course, the development of this position should form the basis of uniform jurisprudence, but this cannot be done by such abstract positions.

³⁸³ This precept, by virtue of its abstract nature, is recognised as non-regulatory, but it is pointed out that the parties to the transaction are still bound by it. Nam K.V. Ibid. P. 65

³⁸⁴ See a different position by K.V. Nam, who considers the duty to take into account the rights and interests of the other party to the legal relationship to be an effective means of clarifying the content of the rules of conduct. Nam. K.V. Dissertation for the degree of Doctor of Law "Principle of good faith. The bases of theory and law enforcement in the context of German legal experience". M. 2021. P. 235. In reality, as it seems to us, this is not a remedy at all, since "consideration" in itself does not answer the question of what criterion underlies the determination of the admissibility of one or another solution.

conduct. But the problem is that such maximum private law paternalism can hardly be regarded as the norm. Obviously, one can and should have in mind the many circumstances of specific legal relationships which shift the "good faith indicator" on a hypothetical scale from "zero" to other values, up to an imaginary "ten" (absolute silence). But it is completely impossible to know these "semitones", the average values of permissible behaviour on the basis of only the specified rule about taking into account the rights and legitimate interests of the other party.

That said, healthy competition implies quite the opposite: the benefits and advantages should accrue to an active and skilful market participant who is able to effectively gather relevant information about the opportunities opening up to increase his own economic well-being³⁸⁵. The obligation to always share information about all facts which, because of their value, are also of value to the unknowing party would strongly undermine any market incentives to take initiative and invest in their knowledge and abilities, which would definitely have a negative impact on the public welfare in the long run³⁸⁶.

Accordingly, both paths are hypothetically possible: to literally follow the rule articulated by the Supreme Court and/or to wait for the formation of jurisprudence inductively deriving more detailed and point-by-point rules of conduct based on the cases at hand³⁸⁷.

Either way seems ineffective, i.e. in one case the incentives for an efficient market economy built on healthy self-interest are undermined, and in the second case, constant operation in a state of legal uncertainty at the risk of being held liable with a complete inability to understand in advance where the line lies between permissible and reprehensible behaviour in terms of abstract requirements of good faith.

As we have already said, the first path provides too general guidelines for guaranteed permissible behaviour. These boundaries are so far removed from those

³⁸⁵ However, we also realise that the freedom to be totally selfish in pursuing one's own interests is as extreme as the abstract requirement to take into account the rights and legitimate interests of others.

³⁸⁶ Kronman, A. T. Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts. *The Journal of Legal Studies*, 7(1), 1978. P. 9.

³⁸⁷ Sklovsky K.I. Op. cit. P. 100. On judicial precedent: <https://rg.ru/2020/07/17/verhovniy-sud-arbitraj-dok.html>
<https://rg.ru/2020/07/17/vs-dok.html>

actually needed in a particular case that the value of such boundaries for the purpose of self-discovery is highly questionable. On the other hand, the inductive derivation of the rules of good faith behaviour can prove highly effective over a long distance, as it happened in German jurisprudence, contrary to the doubts of I.A. Pokrovsky, for example, in the context of the problems of certainty of law³⁸⁸. But this path requires a great deal of time, creativity, courage and the intellectual strength of the judicial community, with the attendant cumulative result of negative effects.

Accordingly, in order to bridge the gap of legal uncertainty between the current state of the doctrine of good faith and some distant state of the accumulated baggage of one-type cases that shape the legal expectations of the participants in turnover by identifying a predictable judicial assessment of such conduct, it is necessary to try to propose a working model that would help accelerate the predictability of approved conduct without the long wait for specific cases to pass through the judiciary³⁸⁹.

A very important point to be made here is that the proposed emphasis on judicial creation, outwardly expressed in the court's retrospective assessment of the conduct in question, allows us to see behind the requirement for participants in the market to behave in good faith as nothing more than a requirement to behave according to the law - the law which the judiciary shapes by carefully balancing conflicting interests while weighing up the political and legal values relevant in the same type of cases under consideration³⁹⁰. In this sense, good faith is not some extra-legal, endless source of just rules deductively discovered by a court like natural law or the laws of physics. Good faith is and can be said to be law, living, current and dynamically developing³⁹¹.

³⁸⁸ Pokrovsky, I. A. *Main Problems of Civil Law*. Moscow: Statute (in the series *Classics of Russian Civil Law*), 1998. P. 262.

³⁸⁹ For example, in Germany, good faith was used as a mechanism of practice and doctrine by means of which the legal order evolved, which also allowed the creation of new institutions absent in positive law. Shirvindt A.M. *op. cit.* p. 217; Nam K.V. *The development of the principle of good faith (Treu und Glauben). Modern stage. Internal systematics// The Herald of Economic Justice of Russian Federation. № 7. 2018. P. 86.*

³⁹⁰ K.I. Sklovskiy cites the example of a bona fide owner who is at the same time an unlawful owner in support of the position that bad faith is always only entitled to discussion in the context of lawful actions (apparently, and vice versa). This position again shows the unacceptability of mixing under the visor of a single notion of good faith what refers to the judicial development of law and ultimately results in the formation of a "second tier" normative system, and the psychological state of knowing/not knowing certain legally relevant facts. See Sklovskiy, K.I. *op. cit.* p. 95.

³⁹¹ In this sense, the conclusion of paragraph IV on *Treu und Glauben* is interesting: § 242 GGU is neither a «queen of rules» nor a «bane plague», but an invitation or reminder that the courts do all that they do, and always have done: specify, supplement and modify the law, i.e. develop it in accordance with the perceived needs of their time. See. Zimmermann, Whittaker. *Op. cit.* P. 32; a good faith is just a word of law that a judge or a scholar utters when he takes up a legal creation. Shirvindt A.M. *Op. cit.* P. 223. A different opinion is expressed by K. V. Nam who believes that "the principle

In this sense it can be seen that our approach, *mutatis mutandis*, has some historical basis in the European civilistic tradition. Such an approach was already known in Roman law and, importantly, is now of particular relevance in the domestic legal order against the background of the question of the relationship between positive law and law evolving under the aegis of good faith. The two opposing principles (conservatism and progressiveness) got along perfectly well in the mind of a Roman jurist. Respect for civil law did not exclude the possibility of adapting legal regulation by means of praetorian edicts, which essentially formed a second level legal system (*ius praetorium*), which did not, however, abolish civil law (*ius civile*), but actively interacted with it *iuris civilis supplendi et corrigendi gratia*³⁹². Moreover, under the influence of praetorian edicts, new institutions emerged in Roman law, such as *bonitae* property. It is worth noting some fundamental similarities in the activities of the Roman praetor and the English Lord Chancellor (Court of Chancery)³⁹³. The doctrines and norms he formed gradually formed a system, the law of equity, which by the eighteenth century was undoubtedly already case law, like the common law³⁹⁴.

Accordingly, looking at good faith from this perspective raises doubts about the validity of the thesis that good faith is one of the "limits to the exercise of civil rights"³⁹⁵. If we try to speak in this way, firstly, the functional nature of the category must be taken into account; secondly, the good faith (in the sense of such functionality as a judicial law-making mechanism) may not impinge on the right but on free will and

of good faith is intended not to create new legal provisions and norms but to adjust the legal regulation of specific legal relations in cases where the formal regulation deviates from the aims and objectives pursued and implied by law. In other words, to bring the letter of the law into conformity with its spirit. Nam K.V. The development of the principle of good faith (*Treu und Glauben*). Modern Stage. Internal systematics// The Herald of Economic Justice of the Russian Federation. № 7. 2018. P. 89.

However, as aptly pointed out by authoritative authors, no workable formula has so far been found which defines the boundary to be drawn between what can properly be classified as interpretation and what is called a judicial development of the law. See Zimmermann, Whittaker. Op. cit. P. 22.

³⁹² Roman Private Law: Textbook / edited by I.B. Novitsky, I.S. Peretersky. - Moscow: Knorus, 2013.

³⁹³ Main provisions of civil law: article-by-article commentary to articles 1-16.1 of the Civil Code of the Russian Federation [Electronic edition. Revision 1.0] / A. V. Asoskov, V. V. Baibak, R. S. Bevzenko [et al]; ed. by A. G. Karapetov. - Moscow : M-Logos, 2020. P. 156; Rudokvas A.D. Trust and Fiduciary Ownership in Russia // KLRI Journal of Law and Legislation. V. 7. № 2, 2017. P. 58.

³⁹⁴ Zweigert K., Kötz X. Introduction to Comparative Private Law: In 2 vols. - Vol. I. Fundamentals: Translated from German. - Moscow: International Relations, 2000. P. 286;

³⁹⁵ See Verdian G.V. Realisation of the principle of good faith in modern civil law// Legal Initiative. 2013. № 10. URL: <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=20800388> (accessed 29.12.2019); Main provisions of civil law: article-by-article commentary to articles 1-16.1 of the Civil Code of the Russian Federation [Electronic edition. Revision 1.0] / A. V. Asoskov, V. V. Baibak, R. S. Bevzenko [et al]; ed. by A. G. Karapetov. - Moscow : M-Logos, 2020. P. 168.

thirdly, in terms of the behaviour of participants in circulation of rules "discovered" or corrected through judicial law-making, this question does not make sense at all. A right and its correlative duties always have boundaries. A right that has its source in the mechanism of judicial creation under the good faith principle does not limit itself. It simply exists within the limits set by the court³⁹⁶.

To conclude, the question must be asked: Is there any way to elaborate general rules of fair information exchange relevant to our topic other than through judicial law-making?³⁹⁷ At this point the answer is obvious: no³⁹⁸. Another thing is that we can suggest a certain initial model allowing at least to find more adequate general limits of good-faith information interaction, which could help the courts in their activities to assess the conduct of the participants of the turnover more systematically and therefore more predictably and to form necessary and previously unwritten rules of conduct quicker.

Due to the similarity of legal orders in France and Germany, which have accumulated in doctrine and judicial practice a rich experience of understanding and detailing the concept of information duties in its practical application, it could be proposed for the courts to act "proactively", implementing foreign experience in the decisions of the Plenum of the RF Supreme Court, without waiting for the occurrence of similar cases in the Russian law enforcement practice, but not mechanically, but by passing it through the filter of legal positions of the RF Constitutional Court. How this can happen in practice, and why this approach has no alternative in terms of creating an optimal legal regulation in this area, we will show further on.

³⁹⁶ Lugmanov, R.R. The principle of good faith as a means of law development//Law and politics. 2021. № 5. P.68.

³⁹⁷ Sklovsky K.I. op. cit. p. 95.

³⁹⁸ Dozhdev D.V. Principle of good faith in civil law//Principle of formal equality and mutual recognition of law. M., 2016. P. 151;

In fairness, it should be noted that, for example, I.A. Pokrovsky considered such an approach unacceptable. See: Pokrovskiy I. A. Basic Problems of Civil Law. See: Pokrovsky I. A. Main Problems of Civil Law. - M., Statute (in the series "Classics of Russian Civilistics"), 1998. P. 103. Let's separately note the position of K.V. Nam who, as a matter of principle, pointed to the necessity of filling the good faith with substantive content by means of analysis, systematization and generalization of judicial practice, asked a fair question "what to do if such experience in applying the principle of good faith is absent or insignificant"? And immediately answers that only recourse to the experience of others in a comparative legal manner may be the only way out, with which, of course, we strongly disagree. Nam K.V. The principle of good faith as a norm-rule// The Herald of Economic Justice of the Russian Federation. № 1. 2020. P. 85; Nam K.V. The principle of good faith: some problems of doctrine development // Civil Law Review. № 6, 2017. P. 60.

Thus, the approach we propose does not create unnecessary competition to judicial law-making, for which no reasonable alternative in fact exists. We only identify tools to help judicial law-making to function more effectively (and therefore more predictably).

2.2 The current state of law and practice on information sharing in the context of the principle of good faith

For the interpretation, specification or development of the law (we admit that some other wording may be used) it is generally irrelevant what to call the process in which the court, acting under the banner of good faith, is involved³⁹⁹. What is certainly important is: what criteria should the court base its conclusions in the case at hand?

There are, of course, papers in the literature which justify the normative self-sufficiency of the concept of good faith in light of the supposedly specifying amendments to the Civil Code in 2015 (Clause 3 of Article 307 and Article 434.1 of the Civil Code)⁴⁰⁰. Equally important emphasis is placed on the clarifying practice of the Supreme Court of the Russian Federation, namely, paragraph 1 of Resolution № 25.

The problem, however, is that the allegedly central requirement of the principle of good faith to take into account the rights and legitimate interests of others,⁴⁰¹ firstly, itself needs a great deal of specification⁴⁰² and, secondly, is addressed to the parties to the transaction themselves and not to the court, the focus on whose activities we identified in the previous paragraph as the most important vector of the principle of good faith. In this sense, the court still needs some auxiliary means to establish the performance/ violation of the requirement to take into account the rights and legitimate interests of the other party, which are absent in the formulas proposed by the legislator

³⁹⁹ The functional orientation of good faith, as it is often understood in German law, is certainly of great importance to doctrine and practice. Our statement concerns only a general explanation of the judicial mechanism of the concept of good faith in the context of our topic.

⁴⁰⁰ Golubtsov V.G. The principle of good faith as an element of the legal mechanism to stimulate the debtor to the proper performance of obligations and guarantee the interests of creditors: analysis of judicial and arbitral practice // Vestnik of Perm University. Legal Sciences, 2016, № 2 - URL: <http://base.garant.ru/57289218/> (access date: 14.12.2019).

⁴⁰¹ As well as facilitating the purpose of the commitment, much less providing the necessary information.

⁴⁰² Nam. K.V. Dissertation for the degree of Doctor of Law. The principle of good faith. Fundamentals of theory and law enforcement in the context of the German legal experience. M. 2021. P. 299

and the Supreme Court⁴⁰³. Moreover, these formulas are textually very similar, and in this sense, the explanatory role of paragraph 1 of the Resolution № 25 may be questioned⁴⁰⁴. The literal wording of the law (art. 307 para 3 and art. 434.1 of the Civil Code) and the explanations of the Resolution of the Supreme Court Plenum № 25 are rather difficult to perceive as efficient tools (criteria) to assess the conduct in the context of good faith. All the above is seen particularly clearly in the context of the theme under study: information duties because if the transfer of necessary information (clause 3 of article 307 of the Civil Code) or assistance in obtaining necessary information (clause 1 of Resolution № 25) are exactly the criterion for good faith behavior evaluation, how can we understand in what cases and exactly what information must be provided for such behavior to be regarded as corresponding to good faith? Therefore, it seems that the emphasis on the listed behaviours as criteria for assessing conduct that is either consistent or inconsistent with good faith does not make practical sense as there will always be another and most important step required: assessing the specific conduct in question in terms of the proper consideration of competing rights and legitimate interests and/or in the context of the adequacy of the disclosure (or the reproach of withholding) in a given individual case.

Let us now look at the general legal positions or patterns that can be found in court and arbitration practice, which would confirm or perhaps challenge the above thesis⁴⁰⁵.

At the outset, it should be noted that Article 307(3) of the Civil Code is recognised in doctrine and practice as a kind of elaboration of the concept of good faith formulated under Article 1(3) of the Civil Code. Article 307(3) of the Civil Code is recognised in doctrine and practice as a kind of elaboration of the concept of good faith

⁴⁰³ According to another view, "the duty derived from the principle of good faith to take into account the rights and interests of the other party ... is a certain scope for legal regulation". See: Nam, K.V. Dissertation for the degree of Doctor of Law. The principle of good faith. Fundamentals of theory and law enforcement in the context of the German legal experience. M. 2021 P. 110.

⁴⁰⁴ An additional indication to the text of the law of the behaviour expected of any party to the transaction can hardly be assessed positively because 1) it only adds confusion and false links to the accepted rules of social and business interaction in the segment of the dispute in question; 2) it again sets up some averaged expected behavioural pattern contrary to the original focus of good faith to take into account the individual characteristics of the case (and the subjects of relations) in question.

⁴⁰⁵ The analysis of practice for 2015-2019 was specifically aimed at finding a practical reflection of the novelties of interest in the civil law.

formulated under Article 1(3) of the Civil Code⁴⁰⁶. However, it is possible to find a legal position of the Constitutional Court of the Russian Federation according to which, in the information interaction referred to in paragraph 3 of Art. 307 of the Civil Code, the court did not find expression of the principle of good faith, but of a certain principle of solidarity⁴⁰⁷.

As stated in one of the judgments, the information interaction in question is also part of the standard of good faith conduct of an economic entity in civil turnover based on the principle of predictability of an entity behaving in good faith and with reasonable diligence in business⁴⁰⁸. Thus, there is some evidence of the fact that sometimes judicial practice tends to distinguish between a certain principle of solidarity and the principle of good faith by introducing into circulation a peculiar principle of predictability (based on Clause 1 of Resolution № 25), though without offering any clear-cut criteria for its disclosure. It seems, however, that such active creativity in creating new principles does not seem justified, their substantive value against the background of already existing principles (which themselves are in dire need of uniform substantive content) is questionable; their appearance hardly contributes to the cause of strengthening legal certainty⁴⁰⁹.

Some hints of a specifying function of the principle of good faith (in the German version) can be found in the jurisprudence. Overall, however, the Supreme Court remains hostage to the general line set out in Article 431 § 1 of the Civil Code: when interpreting the terms of a contract, the court shall take into account the literal meaning of the words and expressions contained therein (literal interpretation)⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ Decision of the Arbitration Court of the Sverdlovsk Region on 01.02.2019 in case № A60-52714/2018; V.V. Vitryansky. Reform of Russian civil legislation: interim results. M., 2016. P. Sarbash S. V. Elementary dogmatics of obligations. M., 2016. P. 18 - 20; Karapetov A.G. Assurances on circumstances and conditions on indemnification of losses in the new edition of the Civil Code of the Russian Federation // Law. 2015. № 6. P. 45.

⁴⁰⁷ Resolution of the Constitutional Court of the Russian Federation of 10.03.2016 № 7-P. See also: Decision of the Arbitration Court of the West Siberian District dated 11.04.2019 № F04-778/2019 in case № A45-14260/2018; Decision of the Arbitration Court of the West Siberian District dated 10.07.2018 № F04-2416/2018 in case № A27-12804/2017;

⁴⁰⁸ Decision of the Arbitration Court of the West Siberian District of 28.12.2017 № F04-4932/2017 in case № A70-14907/2016.

⁴⁰⁹ The principle of solidarity formulated by the Constitutional Court of the Russian Federation does not appear to be a solely civil law principle as conceived by the Court. The Constitutional Court of the Russian Federation also extended its application to the conduct of participants in enforcement proceedings (Constitutional Court Decision № 1076-O of 24.04.2018).

⁴¹⁰ Par. 43 of the Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of 25.12.2018 № 49 «On Certain Issues of Application of General Provisions of the Civil Code of the Russian Federation on the Conclusion and Interpretation of a Contract».

At the same time, the need for the highest court to respond to the implementation of the principle of good faith in the Civil Code has led to an attempt to sit on two chairs: the general trend of literal interpretation shifts the emphasis towards the specifying function of the principle of good faith in the harshest possible way: specifying the meaning of the words and expressions used in the contract through the prism of an average standard of reasonable and good faith conduct, while allowing for exceptions due to a possible different meaning influenced by business practices and other circumstances of the case⁴¹¹.

Meanwhile, the specification function of the principle of good faith (e.g., in Germany) fulfils a much wider role in reconstructing the hypothetical will of the parties, as if they themselves had provided for this specification of the existing gap conditions, taking into account the rights and legitimate interests of each other⁴¹². For example, if the obligation is to be performed on a certain day but the parties have not taken care to specify a specific period of time within the day and this condition cannot be derived from the usual practice of the parties' interaction, good faith will affect the specification of the time of performance condition, prohibiting performance at night and other clearly inconvenient and unexpected times for the creditor. However, if we pay attention to the above clarification, we can see that the Supreme Court had quite a different meaning. As a result, we can conclude from this legal position that the consideration of the principle of good faith as understood by the Constitutional Court is subsidiary in nature and is activated by the court only in relation to the semantics of the words and expressions used in the contract, but not to the reconstruction of the hypothetical will of the parties in the conditions of the latter's omission⁴¹³.

⁴¹¹ Commentary to the Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of 25.12.2018 № 49 "On some issues of application of general provisions of the Civil Code of the Russian Federation on the conclusion and interpretation of the contract" (Part 3)// The Herald of Economic Justice of the Russian Federation. 2019. № 11. P. 111.

⁴¹² At the same time, in the context of the specifying function of the principle of good faith, there are doubts about the correctness of using the «standard of good faith» formula favoured in the doctrine. As rightly noted by K. V. Nam, the definition of the content of rights and obligations of the parties is always casuistic and cannot be determined by any objective standards. See: Nam. K.V. Dissertation for the degree of Doctor of Law. The principle of good faith. Fundamentals of theory and law enforcement in the context of the German legal experience. M. 2021. P. 236.

⁴¹³ See § 157 of the German Civil Code: Contracts must be interpreted in good faith, taking the customs of the trade into account.

Nevertheless, there are rare cases in which the specifying function of the principle of good faith has been applied. For example, in one case it was found that one of the clauses in the contract obliged the supplier to allow the customer to test the goods supplied against the requirements set out in the terms of reference. However, nowhere in the terms of the contract was a specific place and time for the inspection, or indeed the procedure itself. The supplier had repeatedly proposed an inspection at the purchaser's premises, but the latter had declined to respond, stating afterwards that no separate response to the supplier's request had been required. The Court did not agree with the purchaser's position, noting that the purchaser, acting in good faith, should have responded to the supplier's request⁴¹⁴.

In the light of the clarification of the Supreme Court referred to in paragraph 43, it is also potentially questionable whether the court recognises the complementary function of the principle of good faith because the latter is usually aimed at achieving results that the parties did not exactly have in mind (for example, at the pre-contractual stage) or had in mind only the purpose of the obligation (in an existing contract), but without forming a corresponding will to undertake subsidiary duties serving to achieve the purpose of the main obligation⁴¹⁵. The general contradiction of the Supreme Court's willingness to stand on the former formal rules of literal interpretation of contractual terms, on the one hand, and to respond positively to the need to take into account the growing trend of transition from declarative to real implementation of the principle of good faith, on the other hand, for example in terms of its specification and supplementation function, cannot be overlooked in general.

At the same time, if we do not limit the scope of p. 43 of the Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of 25.12.2018 № 49 exclusively problems of interpretation of already existing in the contract vaguely formulated conditions (without solving, however, the problem of contract

⁴¹⁴ Decision of the Twelfth Arbitration Court of Appeal of 13.02.2019 in Case № A06-7540/2018; See similar case Decision of the Ninth Arbitration Court of Appeal of 31.10.2016 № 09AP-50832/2016-GK in Case № A40-66144/2016

⁴¹⁵ Para. Paragraph 3 of Clause 43 of the Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of 25.12.2018 № 49 "On certain issues of application of general provisions of the Civil Code of the Russian Federation on the conclusion and interpretation of a contract" states that "the interpretation of a contract must not lead to an understanding of a contractual condition which the parties could not obviously have intended". Understanding this explanation in the context of the "principle of absurdity" is, however, not entirely obvious.

interpretation in the context of gap conditions), then there will be no doubt gradually emerging in court and arbitration practice cases of the complementary function of good faith. For example: the obligation of the debtor to notify the creditor of the occurrence of a force majeure circumstance⁴¹⁶; the obligation of the authorized party to notify the counterparty of its intention to suspend or refuse performance due to circumstances indicating that counter performance will not be made in time⁴¹⁷; the obligation of the creditor to notify the debtor of the loss of interest in accepting performance if the debtor is in default⁴¹⁸; obligation on the part of the defendant to notify the counterparty as soon as the obligation falls due should circumstances prevent it from making timely payment under the contract⁴¹⁹; obligation to provide information in the context of the rules on conditional deals (par. 3 of Art. 157 Civil Code) and conditional performance of obligations (Art. 327.1 Civil Code)⁴²⁰. There are also more classic examples of the complementary function of good faith in the context of the duty to provide information that directly affects the performance of the contract⁴²¹.

⁴¹⁶ Clause 10 of the Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of 24.03.2016 № 7 (redrafted on 07.02.2017) "On the application by the courts of certain provisions of the Civil Code of the Russian Federation on liability for breach of obligations".

⁴¹⁷ Para. 3 para 57 of the Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of 22.11.2016 № 54 "On certain issues of application of general provisions of the Civil Code of the Russian Federation on obligations and their performance". Moreover, the legal position according to which the right to suspend performance under a syllabus contract should be exercised only after prior notice of the debtor by the creditor, as the opposite approach creates legal uncertainty as to whether one or both parties to an obligation are in arrears, is quite common in court practice. See, for example, Decision of the Tenth Arbitration Court of Appeal of 18.03.2019 № 10AP-20854/2018 in case № A41-26593/18; Decision of the Eleventh Arbitration Court of Appeal of 20.03.2018 № 11AP-2863/2018 in case № A55-28806/2017 (Decision of the Arbitration Court of the Volga District of 05.07.2018 № F06-34568/2018 this ruling was upheld); Decision of the Arbitration Court of the North-Western District dated 19.07.2017 № F07-6935/2017 in case № A56-33210/2016; Decision of the Seventh Arbitration Court of Appeal dated 17.04.2019 № 07AP-2102/2019 in case № A45-35877/2018, etc.

⁴¹⁸ Resolution of the Arbitration Court of the West Siberian District of 26.03.2019 № F04-466/2019; Resolution of the Arbitration Court of the West Siberian District of 11.10.2018 № F04-4379/2018 in case № A75-17147/2017. However, in accordance with the explanation in paragraph 11 of the Resolution of the Plenum of the Supreme Commercial Court of the Russian Federation of 22.10.1997 № 18 "On some issues related to the application of the provisions of the Civil Code of the Russian Federation on the supply contract" under contracts for the supply of goods by a certain deadline the notice of the supplier of refusal to accept overdue goods is not required. See also the Decision of the Fifteenth Arbitration Court of Appeal of 16.11.2018 № 15AP-16931/2018 in case № A53-20621/2018). See also clarification of the rule distinguishing between strict and ordinary contract term: Decision of the Arbitration Court of the West Siberian District of 02.11.2017 № F04-4176/2017 in case № A75-15294/2016.

⁴¹⁹ Decision of the Ninth Arbitration Court of Appeal of 25.12.2018 № 09AP-62783/2018 in case № A40-200893/18.

⁴²⁰ The party in possession of the information on the occurrence of the relevant condition must inform the other party not in possession of such information. See Decision of the Eighth Arbitration Court of Appeal of 20.12.2018 № 08AP-11960/2018 in case № A46-5660/2018; Decision of the Arbitration Court of the North-West District of 25.01.2017 № F07-11452/2016 in case № A56-83912/2015; Decision of the Arbitration Court of the West Siberian District of 18.04.2019 № F04-608/2019 in case № A46-5660/2018; Decision of the Arbitration Court of the West Siberian District of 13.12.2018 № F04-5462/2018 in case № A46-5734/2018.

⁴²¹ Decision of the Eleventh Arbitration Court of Appeal of 27.11.2018 № 11AP-17057/2018 in case № A55-14261/2018; Decision of the Twentieth Arbitration Court of Appeal of 06.03.2018 № 20AP-4291/2017 in case № A23-4672/2016.

Another example of the complementary function of good faith relates to situations where the failure to perform a duty to inform under one contractual relationship has adversely affected the exercise of the interest of the rightful person under other contractual relationships involving the same persons⁴²².

As to the stages of information interaction, one would expect an abundance of relevant court and arbitration practice in relation to the pre-contractual stage of commitment dynamics, as can be seen in European legal systems such as France and Germany, where the pre-contractual stage has traditionally attracted consistently higher interest than the contractual performance stage and even more so the post-contractual stage. However, in our law enforcement practice in the context of par. 3 Art. 307 and Secs. 1, para. 2 Art. 434.1 of the Civil Code cases of discovery of pre-contractual obligation to inform is practically unknown⁴²³. In this sense, the absence of a so-called "demand for the right" on the part of the parties to a transaction, despite the fact that the Russian legal order is not characterised by a high degree of honesty in the transaction, looks rather strange.

In the context of Article 307(3) of the Civil Code, there was one case that dealt, among other things, with a pre-contractual disclosure obligation⁴²⁴. That case was notable for the court's finding that the defendant had to inform the plaintiff at the time of the contract that the price of the goods sold to him would be different from that sold to other buyers in the same buyer group as the plaintiff and to give him a fair and realistic opportunity to purchase the goods at the price applicable to that buyer group⁴²⁵.

⁴²² Decision of the Second Arbitration Court of Appeal of 03.10.2016 № 02AP-7050/2016 in case № A82-12151/2015; Decision of the Second Arbitration Court of Appeal of 27.09.2017 № 02AP-5130/2017 in case № A82-5037/2016; Decision of the Second Arbitration Court of Appeal of 29.03.2017 № 02AP-738/2017 in case № A82-6707/2016.

⁴²³ Appeal decision of the Altai Territory Court dated 31.05.2017 in case № 33-5703/2017. In the case in question, the plaintiff failed to provide the defendant with full and reliable information about the circumstances affecting the premium under the insurance contract (which affects the conclusion of the contract) and abruptly terminated negotiations. It is difficult to speculate confidently about the plaintiff's informational duties in this case, but we can also speak of pre-contractual breaches of a different kind, such as a deliberate lack of intention to reach an agreement (Article 434.1 § 2 of the Civil Code).

⁴²⁴ Decision of the Arbitration Court of the West Siberian District of 03.08.2016 № F04-2932/2016 in case № A46-10433/2015

⁴²⁵ The French case law of the French Court of Cassation has a partly similar example of counterparty interest. See Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 11 juin 1996, 94-18.250. However, the case concerned an already concluded contract in which the company's customers entrusted it with the installation and management of heating and hot water systems for their benefit, which also included informing them of any possibilities of favourable tariff changes. In this sense the already concluded contract is more oriented towards the obligation of the parties to cooperate in order to achieve the objective of the obligation, which includes also the exchange of necessary information on the facts of the case.

It should be noted, however, that outside of situations of clear bargaining inequality, the idea of generalising the requirement to disclose the value of the subject matter of the transaction should be avoided. In this context, one may recall a 2016 innovation, namely Article 1112-1 of the Code civil, in which the French legislator codified broad pre-contractual disclosure duties, while making an exception in paragraph 2 of Article 1112-1 of the Code civil for circumstances indicating the true value of the object of the contract.

The post-contractual stage gives rather rare cases of compulsory information interaction, even for developed foreign legal systems. In our practice, we can find a case where the leasing company exercised its right to unilaterally withdraw from the contract because the lessee repeatedly breached the contract. The company had the right to seize the leased asset on its own if the lessee did not fulfil the obligation to return the leased asset three weeks after the lessee was notified of the termination of the agreement. At the time of termination, the property was being serviced by a third party and the lessor subsequently repossessed the property itself. However, the lessor, when planning the seizure of the property, did not inform the lessee of the planned seizure date, which ultimately deprived the lessee of the opportunity to record the condition of the property at the date of return⁴²⁶.

To whom is the informational requirement of Article 307(3) of the Civil Code addressed? The courts have repeatedly taken the position that it is the debtor and not the creditor who has the primary duty to perform the necessary actions and take reasonable measures to fulfil the obligation. It is suggested that if circumstances arise which are beyond the debtor's control and which prevent him from fulfilling his obligation, he is released from liability if he is unable to take reasonable measures to eliminate such circumstances. At the same time, the debtor must immediately inform the creditor of the existence of such circumstances after becoming aware of them⁴²⁷.

⁴²⁶ Decision of the Second Arbitration Court of Appeal of 09.11.2017 № 02AP-3602/2017 in case № A28-10107/2016.

⁴²⁷ п. 4 Review of Judicial Practice of the Supreme Court of the Russian Federation № 3 (2018); Decision of the Judicial Board for Civil Cases of the Supreme Court of the Russian Federation of 03.04.2018 № 5-KG18-17; Decision of the Third Arbitration Court of Appeal of 07.02.2019 in case № A74-7025/2018; Decision of the Eighteenth Arbitration Court of Appeal of 26.11.2018 № 18AP-15648/2018 in case № A76-13356/2018; Decision of the Twentieth Arbitration Court of Appeal of 04.03.2019 № 20AP-8522/2018 in case № A62-8375/2017; Decision of the Fourteenth Arbitration Court of

An analysis of court and arbitration practice shows that the same conclusion can be drawn if the fulfilment of the main obligation depends on information which is in the creditor's possession and which has not been made available to the debtor. In this case, a formal approach and reference to Article 405 of the Civil Code of the Russian Federation is not permissible. The debtor must make an effort and apply to the plaintiff for the information⁴²⁸.

The above-mentioned legal positions should not be generalized, because in the sphere of information interaction, as in any sphere of cooperation, it is hardly possible to draw an unambiguous and abstract conclusion about who should perform the mentioned obligation first. Firstly, it is impossible to take into account the rights and legitimate interests of the counterparty "in turn"; secondly, neither in paragraph 3 of Art. 307 of the Civil Code, nor in para. 1 of the Resolution of the Plenum of the Supreme Court № 25 cannot be found grounds for the conclusion that a certain standard of conduct expected from any participant in the turnover, taking into account the rights and legitimate interests of the other party, involves assistance, for example, in obtaining necessary information only in response to a corresponding request; thirdly, the distribution of rights and obligations in the main obligation (give, do, do not) may not match the distribution of rights and obligations in a secondary obligation arising from the principle of good faith. A creditor in a primary obligation may be simultaneously a debtor in a secondary obligation. Para. 3 of Art. 307 of the Civil Code in particular and para. 3 of Art. 1 of the Civil Code in general does not establish a predetermined distribution of additional rights and obligations. For example, it has long been recognised in German law that, despite the wording of § 242 of the German Civil Code, the paragraph in question applies not only to the debtor but also to the creditor in the main obligation⁴²⁹.

Appeal of 03.12.2018 № 14AP-9745/2018 in case № A44-4878/2018; Decision of the Arbitration Court of West Siberian District of 11.04.2019 № F04-778/2019 in case № A45-14260/2018.

⁴²⁸ Decision of the Second Arbitration Court of Appeal of 05.04.2017 № 02AP-598/2017 in case № A29-9364/2016; Decision of the Second Arbitration Court of Appeal of 19.10.2018 № 02AP-7227/2018 in case № A82-8147/2018; Decision of the Arbitration Court of the West Siberian District of 10.07.2018 № F04-2416/2018 in case № A27-12804/2017.

⁴²⁹ MüKoBGB/Schubert, 8. Aufl. 2019, BGB § 242 Rn. 87; See also Lugmanov R.R. The principle of good faith and subsidiary obligations in German private law//Law. 2019. № 2. P. 80.

The scope of information to be provided. Some case law has attempted to define the scope of information to be disclosed. It is stated that the scope of information to be disclosed should be determined on the basis of the criterion of necessity specified in Article 307(3) of the Civil Code of the Russian Federation, which should be understood as sufficient information to exercise the rights of the participant⁴³⁰.

It should be noted that it is unlikely to be possible to set out in law a universal scope of information to be disclosed for all types of obligations without taking into account the specific circumstances of the case and the purpose of the disclosure. Consequently, the adequacy of the amount of information to be disclosed will vary each time. It should be noted, however, that there have also been some attempts in foreign law to define the scope of information to be disclosed. For example, new Article 1112-1 of the Code civil (in the context of the contracting process) states that crucial information (*importance déterminante de l'information*) should be disclosed. What kind of information is this? Apparently, it is only relevant information, i.e. relating to the reason for entering into the obligation, to the object of the obligation or to the characteristics of the contracting parties. In other words, the information provided must enable the other party to make an informed decision about entering into the obligation.

However, apart from a rational approach to the issue of the content of additional duties, there are many decisions which either make unmotivated references to Article 307(3) of the Civil Code⁴³¹ or redundant references in circumstances where there is a special regulation⁴³².

On the other hand, the idea of subsidiarity of the disclosure requirement cannot be absolutised in the context of Article 307 (3) of the Civil Code in a context where a similar but narrow rule is set out in a regulation or contract. Erroneous application of

⁴³⁰ Decision of the Ninth Arbitration Court of Appeal of 18.02.2019 № 09AP-1330/2019 in case № A40-213395/18; Decision of the Ninth Arbitration Court of Appeal of 03.12.2018 № 09AP-57857/2018 in case № A40-175266/18

⁴³¹ For example, Decision of the Arbitration Court of the Volga-Vyatka District of 04.09.2017 № F01-3359/2017 in case № A28-4630/2016. In that sense, such court cases do not lend themselves to analysis in terms of information duties as the reason for the reference to par. 3 of Article 307 of the Civil Code is unknown.

⁴³² For example, Decision of the Arbitration Court of the North West District of 30.10.2017 № F07-10746/2017 in case № A44-9330/2016, etc. See also Article 11 of Federal Law № 40 of 25.04.2002 "On Compulsory Civil Liability Insurance for Owners of Motor Vehicles".

Art. 307.1(1) of the Civil Code may dilute the meaning of Art. 307 (3) of the Civil Code and the misunderstanding that the content of this rule is much broader than the content of the special rule and that the question of the correlation between the general and special rules should be decided not in the abstract but specifically in each case⁴³³. Thus, in one case the court indicated that the rule provided for by Art. 718 (1) of the Civil Code of the Russian Federation, concerning assistance to the purchaser, was a special rule and had to be applied in accordance with Art. 307.1 (1) of the Civil Code, whereas Article 307 (3) of the Civil Code was a general rule and did not apply by virtue of the same provision of the Civil Code⁴³⁴.

It is possible to find jurisprudence which is consistent with the general trend in the foreign jurisdictions reviewed earlier to state that there is no obligation to make information available to the public⁴³⁵.

Finally, the correct legal position is that the possibility of discovering informational duties is based on the general principles of civil law (the general requirement of good faith conduct of parties to a transaction - Article 1(3) of the Civil Code, Article 6(2) of the Civil Code) rather than on Article 307(3) of the Civil Code. Accordingly, the date of entry into force of Law № 42 in the context of the rules of Article 4 (2) and Article 421 (2) of the Civil Code (Clauses 82, 83 of Resolution № 7 of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of 24.03.2016) is irrelevant⁴³⁶.

On the basis of the analysis of court and arbitration practice for 2015-2019, it can generally be concluded that there is a certain revival of judicial law-making in the issue of information interaction at the contractual stage. This can be explained by the

⁴³³ П. 3 of article 307 of the Civil Code cannot be considered in isolation as a norm of the law of obligations outside of the connection with the principle of good faith and its complementary function, which is obviously broader in content than one of its manifestations in the form of the duty to assist in achieving the purpose of a contractual obligation. See: Lugmanov R.R. Silence of Circumstances: Criteria for Determining Information Subject to Disclosure // Legislation. 2017. № 9. P. 49.

For a different opinion see Arkhipova A.G. Duty to provide information under item 3 of article 307 of the Civil Code of the RF // The Herald of Economic Justice of the Russian Federation, 2017. № 2. ConsultantPlus.

⁴³⁴ Judgment of the Thirteenth Arbitration Court of Appeal of 13.06.2018 № 13AP-12511/2018 in case № A56-52643/2017.

⁴³⁵ Decision of the Arbitration Court of the West Siberian District of 19.02.2019 № F04-6659/2018 in case № A27-7391/2017.

⁴³⁶ Decision of the Arbitration Court of the Moscow District dated 28.12.2017, № F05-557/2017 in case № A40-54368/2016.

fact that our legal order is at the very beginning of a long development of the doctrine of information duties and at the initial stage it is easiest to test certain approaches at that stage of the commitment dynamics where the law-enforcer is least expected to have difficulties in understanding the emerging doctrine. Indeed, contractual interactions are predictably characterised by a higher degree of unfreedom in pursuing private interests⁴³⁷ than the pre-contractual stage. At the contractual stage, the degree of involvement of the counterparties in each other's affairs is inherently higher and, consequently, the risk of adverse impact is higher. Initial pre-contractual competition between future contracting parties is transformed after the contract is concluded into a community of interest in achieving the purpose of the obligation⁴³⁸. Hence, greater demands for loyalty and cooperation than those made at the pre-contractual stage⁴³⁹. As has been pointed out before, a study of foreign laws and regulations supports the conclusion that there is relatively less scientific and practical relevance to the study of the contractual stage of the dynamics of obligations in the context of information interaction⁴⁴⁰.

On the other hand, there is a significant scientific and practical gap regarding the pre-contractual stage of information exchange. Consequently, it is for this stage that there is a need to search for disclosure criteria deriving from the principle of good faith.

Moreover, in the context of the comparative legal analysis carried out, it can be observed that despite the high degree of content of the principle of good faith in Germany through the mechanism of inductively deriving rules of required conduct from the large body of case law, there are academic papers in which the authors expressly acknowledge the inherent lack of content in the general formulae recognised in doctrine and practice for disclosing good faith conduct⁴⁴¹.

Here are some of the most common formulas. It is stated that there is an obligation to clarify such circumstances for which "the other party had a right to expect

⁴³⁷ Replacing freedom of contract before contract with no freedom afterwards.

⁴³⁸ BGH NJW 1974, 849 (851)

⁴³⁹ Purner. S. Op. cit. P. 254.

⁴⁴⁰ Züllighoven V. Op. cit. P. 71.

⁴⁴¹ Rehm G. Op. cit. P. 8; Decker L. Op. cit. P. 21.

clarification in good faith, taking into account the requirements of the trade turnover"⁴⁴² or such circumstances "which may have a recognisable importance for the other party's decision"⁴⁴³ in particular because they might interfere with the achievement of the purpose of the treaty⁴⁴⁴.

These formulas have a general breadth almost similar to the general clause and thus contribute little to legal certainty as regards the information duty⁴⁴⁵. In fact, they are only "concepts" to be filled in with concrete content *ad hoc*, as they do not provide a predictable basis for decision-making. After all, it is hardly possible to predict what "good faith" or "negotiable expectation" will mean in a given case for the purposes of specifying the duty to provide information. Each time the circumstances of a particular case must be decisive in completing these formulas⁴⁴⁶.

In the context of all of the above, the question rightly arises of the need to find the required criteria for assessing conduct as good or bad faith, which would allow a general rule on disclosure to be formulated.

Accordingly, the answer to this question can be sought on at least two fronts: 1) within the framework of already existing legal mechanisms enshrined in positive law or formulated in doctrine and practice or 2) going beyond the existing civil law tools and looking at the problem from a different perspective.

2.2.1 Rules on mistake and fraud

The general question to be asked in this paragraph is: can the grounds, the conditions under which information duties arise and the scope of the information to be disclosed be determined by reference to the concepts of mistake, fraud and assurance of circumstances on the one hand, and the doctrine of pre-contractual liability on the other?

⁴⁴² BGH NJW-RR 1991, 439, 440; BGH, NJW 1980, 2460 (2461); BGH, NJW 1992, 1222; BGH NJW 1983, 2493 (2494); BGH NJW 1989, 763 (764).

⁴⁴³ BGH, 20.02.1967 - III ZR 134/65; OLG Köln, 26.01.2016 - 12 U 69/15.

⁴⁴⁴ BGH NJW 1979, 2243; BGH NJW 1989, 763 (764).

⁴⁴⁵ Rehm G. Op. cit. P. 8; Decker L. Op. cit. P. 21.

⁴⁴⁶ BGHZ 96, 302, 311; BGH NJW 1986, 918; BGH, ZIP 1991, 321, 323

It is not our aim in this study to take a comprehensive look at these institutions, each of which deserves separate close attention and has been extensively studied in the specialist literature. Our aim is simply to analyse the current position of these institutions in law, doctrine and practice solely in the context of the narrowly defined issue of information duties.

Since delusion and fraud are very conveniently seen together, the following narrative may have a corresponding meaningful overlap.

To recap briefly, a delusion (mistake) is (not caused by the intentional behaviour of the counterparty) a discrepancy between the will to perform a transaction and its external expression⁴⁴⁷ and fraud is behaviour through which erroneous ideas are deliberately induced and maintained in another person⁴⁴⁸. While in German and French law this can be any behaviour, in Russian law fraud usually involves a truncated version of the active form (transmission of information that does not correspond to reality)⁴⁴⁹ or the passive form (concealment of circumstances that a person should have reported in good faith)⁴⁵⁰.

It should be noted that in the literature there are sometimes attempts to see in the rules, for example, on mistake (Art. 178 of the Civil Code) ready-made criteria of disclosure. For example, it is stated that the circumstances which, due to the nature of the contract, must be brought to the attention of the other party must include information:

- the subject matter of the transaction, in particular those qualities that are regarded as essential in trade;
- on the nature of the transaction;
- the person who enters into the transaction or the person associated with the

⁴⁴⁷ Enneczerus L. *A Course in German Civil Law: Introduction and General Part*. Translation from the German. T. 1. Poluth. 2. - Moscow: Foreign Literature, 1950. P. 197.; Godeme E. *The general theory of obligations*. Translation from French. - M.: Judicial Publishing House of the Ministry of Justice of the USSR, 1948. P. 63.

⁴⁴⁸ Enneczerus L. *Op. cit.* P. 219; Godeme E. *Op. cit.* P. 78. Narrower definitions can also be found. See: Judgment of the Nineteenth Circuit Court of Arbitration: Decision of the Nineteenth Arbitration Court of Appeal of 22 March 2018 in case № A35-5505/2017.

⁴⁴⁹ Except for the *dolus bonus*.

⁴⁵⁰ Para. Article 179(2) of the Civil Code of the Russian Federation, Paragraph 2 of Paragraph 99 of the Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of 23.06.2015 No 25 "On application by the courts of certain provisions of Section I of Part I of the Civil Code of the Russian Federation". "Silent Deception. Golewinski W. I. *On the Origin and Division of Obligations*. - Warsaw: Tip. O. Berger, 1872. SPC Consultant Plus.

transaction;

- a circumstance which the negotiating party mentions in his declaration of intention or which is evident to the other party in the conclusion of the transaction⁴⁵¹.

It seems that the answer to the question posed at the beginning of the paragraph should take into account some noteworthy circumstances:

1) The discussion of information disclosure in the context of the circumstances referred to in Article 178 of the Civil Code must be localised in the context of pre-contractual information interaction. Obviously, the nature of relevant information may be quite different after the conclusion of a contract as well as after the performance of the contract.

2) As a matter of principle, the specificity of the object of interaction in the context of the issue in question should be understood (Articles 178, 179 of the Civil Code). What matters is not the information itself, which is truer in the context of certain intellectual rights such as copyright or the author's right to name, but the functional purpose of the information in securing the validity of the transaction⁴⁵².

3) Art. 178 of the Russian Civil Code emphasises the stability of circulation by adding the mechanism of Art. 5 of Article 178 of the Russian Civil Code. The element of recognisability of mistake is of an evaluative nature and relates to an objective standard of care of the average hypothetical counterparty in comparable circumstances. This rule reiterates the lack of mandatory attention to the conduct of the errant counterparty in the context of the initial assessment of the admissibility of a transaction⁴⁵³. On the other hand, such an approach may raise the issue of the balance

⁴⁵¹ Demkina A.V. Good faith and bad faith behaviour at the pre-contract stage // Property Relations in the Russian Federation. 2016. № 4. Consultant Plus". Similar thoughts in the context of the volume of disclosed information can be found in the work of Mazur O.V. The requirement of reasonableness in relation to the requirement of good faith in civil law: dissertation for the degree of candidate of legal sciences: 12.00.03 - Civil law; business law; family law; private international law / Mazur Olga Vadimovna; S.-Petersburg State University of Economics and Finance. P. 70. There are other rare attempts to define the circumstances subject to disclosure under information duties. See. Arkhipova A.G. Obligation to provide information under p. 3 of article 307 of Civil Code of the Russian Federation// The Herald of Economic Justice of the Russian Federation, 2017. № 2. ConsultantPlus.

⁴⁵² Lugmanov R.R. Functional criterion of differentiation of information civil law obligations// Law and Power. 2021. № 1. P. 44.

⁴⁵³ A.G. Karapetov is of a different opinion. See.: Transactions, representation, limitation of claims: article-by-article commentary to Articles 153-208 of the Civil Code of the Russian Federation [Electronic edition. Revision 1.0] / Ed. by A.G. Karapetov. - Moscow: M-Logos, 2018. P. 740. Moreover, in fact, considering para. 5, art. 178 of the Civil Code and para 2, art. 179 of the Civil Code in a system unity, it brings an additional general condition of voidability of a transaction concluded under the influence of delusion or fraud, namely - bad faith of the counterparty of the deluded person. See:

between objective and subjective recognisability. For example, whether a transaction can be challenged if, in terms of the normal standard of care adopted in such relationships, the court understands the objective difficulty of recognising a mistake but then evidence emerges that it was the wronged party's counterparty who somehow knew of the mistake. It seems that this issue should be resolved in a differentiated way, taking into account the purpose of the rule of paragraph 5 of Article 178 of the Civil Code (protection of the stability of circulation). We take the position that knowledge of a counterparty's delusion and dishonest behaviour are not the same thing in and of themselves. However, the existence of an information duty must be determined in terms of good faith. Accordingly, if the court concludes that in good faith (1) a party should have disclosed information; (2) the circumstances to be disclosed are material, knowing that the party would not have performed the transaction, then (3) to leave the transaction valid merely because the delusion is not recognisable to third parties is to endorse the breach of information duty and, equally in the context at hand, bad faith conduct. As we shall see below, the subjective recognisability of the mistake, even in the absence of an information duty, may have a slightly different meaning.

4) The focus on the fact of recognisability of a mistake seems convenient in the context of mistake but inconvenient in the context of information duties. What may be important for the doctrine of information duty is not the recognisability of the counterparty's mistake, but understanding the reason for the counterparty's behaviour in the absence of information: e.g. voluntary assumption of the risk of lack of information/ refusal to investigate the matter, inexcusable ignorance of the circumstances⁴⁵⁴. In addition, it must be borne in mind that awareness of the

Transactions, representation, limitation of action: article-by-article commentary to articles 153-208 of the Civil Code of the Russian Federation [Electronic edition. Revision 1.0] / Edited by A.G. Karapetov. - Moscow: M-Logos, 2018. P. 742. However, this approach would lead to the conclusion that a challenge by delusion, as well as a challenge by virtue of the presence of fraud by default, is possible only in the case of a violation of the counterparty's information duty arising from the principle of good faith (violation of a legitimate claim, if such has occurred). At the same time, A.G. Karapetov singles out two cases in which it is possible to challenge transactions when the counterparty's behaviour is impeccable: innocent misrepresentation and mutual mistake.

⁴⁵⁴ "May be" because these circumstances sometimes serve as restraints on the informational obligation rather than conditions for its occurrence. In this sense, their discovery is not mandatory, but may sometimes be important for the debtor of an alleged or proven information duty if they seek to absolve themselves of liability. For the sake of fairness, it should be noted that the practice has supplemented the conditions of voidability of a transaction due to an mistake with the condition of exculpatory mistake in paragraph 5 of the Information Letter of the Presidium of the Supreme Commercial Court of the Russian Federation of 10 December 2013 № 162 "Review of the practice of the arbitration

significance of the circumstances, for example, for the counterparty's decision to enter into a transaction and awareness of the counterparty's delusion about those circumstances are not the same thing. A debtor of information may not be aware that the counterparty is mistaken about some material circumstances, but this may not affect his obligation to disclose these material circumstances spontaneously (without being asked), provided all the conditions for the appearance of this obligation are met, subject to the requirement of good faith.

5) Not only the circumstances referred to in Article 178(2) of the Civil Code, but in general the circumstances having the assessment attribute "essentiality"⁴⁵⁵ in the context of the decision to enter into a transaction (Article 178(1) of the Civil Code) cannot be regarded as circumstances having a necessary and sufficient connection with the circumstances to be disclosed due to information duties, because a) the information may influence not only the willingness to enter into a transaction, but also the willingness to enter into a transaction on different terms; b) the information may generally influence any other legally relevant decision, such as the decision to continue to bear the costs of the negotiations; c) the functional focus of the information, rather than formal or incidental attributes, must be considered⁴⁵⁶. Accordingly, information may not only influence a party's decision to take a legally significant action, but may also influence the maintenance of the status quo in the property and personal sphere of the counterparty (what German law refers to as protective obligations *Schutzpflichten*).

6) The issue of the circumstances to be disclosed (the extent of them) can be considered separately from the issue of the cases (conditions) in which the duty to disclose those circumstances arises. However, it should be borne in mind that in

courts in applying Articles 178 and 179 of the Russian Civil Code", which is also typical of French law, but not typical of German law. Enneczerus L. Op. cit. P. 204. However, the fact that a person's ignorance of the circumstances essential to the fate of the transaction should be excusable should not be relevant where the counterparty has committed fraud.

⁴⁵⁵ In practice, there is an erroneous position according to which Art. 178(2) of the Civil Code contains a closed list of "conditions under which a mistake is presumed to be sufficiently material". Article 178(2) of the Civil Code contains a closed list of "conditions" in the presence of which a mistake is presumed to be sufficiently material. See, e.g.: Decision of the Arbitration Court of the Volga-Vyatka District of 3 October 2017 in case No A43-25651/2016; Decision of the Arbitration Court of the Moscow District of 6 December 2018 in case No A40-86763/2018.

⁴⁵⁶ The question of whether a mistake is material or not must be decided by the court in the particular circumstances of each case on the basis of whether the mistake is material, not in general, but to the particular party to the transaction. See, e.g. Transactions, representation, limitation of action: article-by-article commentary to Articles 153-208 of the Civil Code of the Russian Federation [Electronic edition. Revision 1.0] / Edited by A.G. Karapetov. - Moscow: M-Logos, 2018. P. 739. See also: Appellate Determination of the Lipetsk Regional Court of 5 September 2018 in case № 33-3150/2018.

practical terms it is not always rational to do so as the information duty cannot exist in the abstract. The creation, performance or breach of an information duty is relevant in the context of concrete circumstances, the disclosure of which to a certain extent is expected by virtue of the principle of good faith⁴⁵⁷. In this sense, par. 2 Article 179 (2) of the Civil Code looks the most correct as it shows the necessary practical connection between the wilful breach of the duty to disclose and the circumstances to be disclosed.

7) Continuing with the previous thesis, it should be pointed out that an intentional breach of an information duty is always an active or passive deception. On the other hand: a) active fraud does not necessarily indicate that there has been a breach of an information duty, unless one accepts the existence of a universal absolute duty not to lie⁴⁵⁸; b) passive fraud always implies a breach of an information duty deriving from the principle of good faith.

8) It should be borne in mind that par. 2 and par. 3 of Article 178 (6) of the Civil Code are not two sides of the same coin. They are not the same thing par. 2 of Article 178 (6) of the Civil Code primarily contains a mechanism for redistributing risks, rather than pointing out the consequences of bad faith on the counterparty of the misguided party⁴⁵⁹. Moreover, the obligation to compensate the counterparty of the misguided party for real damage cannot be regarded as liability, but rather as a "transaction cancellation fee"⁴⁶⁰. Even if a party has no duty to disclose information and is aware of

⁴⁵⁷ The need to take into account the requirements of good faith, which are individualised differently in each case, is well seen in a comparative legal context. In our practice it is also sometimes possible to find a requirement to take into account the circumstances of the particular case in question. For example, the circumstance of a party's age and the status of its counterparty. See Decision of the Moscow District Arbitration Court of 23 July 2019 in case № A40-175042/2018; Decision of the Moscow District Arbitration Court of 30 May 2019 in case № A40-216117/18.

⁴⁵⁸ A very valid distinction between active fraud and silence is made by the researcher in Kovac M. Op. cit. P. 48. He rightly shows that if such a distinction is not made, the idea of the protection of the possessor of the productive factors is effectively diluted. The conclusion is, therefore, that one can only lie in response to a direct question if the contracting party has knowingly acquired productive, socially useful information. On the essence and differences of productive and redistributive information, see further on in the context of economic analysis of law.

⁴⁵⁹ In this sense, we find it difficult to agree with the criticism of the provisions of Art. 6 Art. 178 of the Civil Code, expressed by A.D. Rudokvas, who pointed out the inconsistency of wording, believing that, by virtue of paragraph 3 of Art. 307 of the Civil Code, knowledge of a counterparty mistake always requires a bona fide participant of the turnover to dispel the mistake. See Rudokvas A.D. Breach of duties to inform: pre-contractual liability, representations and guarantees of compensation for losses// The Herald of Economic Justice of the Russian Federation. - 2016. -№ 11. P. 60. See also Golevinski V.I. On the origin and division of obligations // "Herald of Civil Law", 2016, № 2, 3. The author points out that if a party was aware of a counterparty's mistake but did not mislead him, he would be guilty of fraud. In doing so, he sees a direct link between the counterparty's bad faith actions and deception, stressing that contracting parties must act in good faith.

⁴⁶⁰ Zezekalo A. Yu. Transactional Delusion: European Legal Tradition and Modern Russian Law: Author's abstract of the dissertation for the degree of Candidate of Sciences of Law. Speciality 12.00.03 - Civil law; Business law; Family law; International private law / A. Yu. Yu. - Tomsk, 2008. -26 P. - Bibliography: P. 9

the counterparty's delusion, by not disclosing the information it does not become unconscionable⁴⁶¹ but assumes the risks of challenging the transaction, which provides an additional incentive to voluntarily exchange information where the consequences of challenging the transaction are less economically beneficial to that party than the consequences of disclosure and, for example, a potential price adjustment⁴⁶².

9) Similarly, this paragraph shows that there is no inevitable correlation between one party's informational duty and the delusion of its counterpart. Otherwise it would be difficult to convincingly explain cases where a party was mistaken about some crucial circumstances for it and at the same time its counterpart breached its informational duty (but did not know and should not have been aware of the party's mistake) and yet the mistaken party would still be liable to compensate the counterpart⁴⁶³.

10) An additional argument for the existence of a gap between information duties and mistake is Par. 3 Article 178 (6) of the Civil Code⁴⁶⁴. If the legislator believed that the counterparty is always obliged to disclose information, including the information listed in Article 178 (2) of the Civil Code, the distribution of the burden of proof would have to be different. That is, the counterparty would have had to prove that the misrepresentation was not due to a breach of the information duty which would have saved it from recovery of damages.

11) In general, it must be borne in mind that one or the other party to a transaction (sometimes both parties) makes a mistake due to various circumstances. Undoubtedly, this type of mistake is directly related to a lack of information⁴⁶⁵. However, it does not follow from this fact that the mistake is necessarily preceded by a breach of a pre-

⁴⁶¹ Even from the point of view of economic analysis, it is clear that the argument of a cheaper way of correcting the misrepresentation due to the proximity of the party to the source of the information is not always relevant. Yes, the economy will suffer the futile cost to the wronged party (plus the cost of litigation), but this approach does not take into account the manner in which the information was obtained or the investment of the holder of the information in obtaining it. See also fair comment in the specialist literature: Kovac M. Op. cit. P. 49.

⁴⁶² This is also sometimes written about in the foreign literature when pointing out that a private incentive to disclose information is not fear of the consequences of a breach of information duties, much less recognition of their existence, but an economically rational decision to avoid the adverse consequences of challenging a profitable transaction. See for example Ejan Mackaay. Op. cit. P. 457

⁴⁶³ Compensation of losses, cases of limitation of the transaction is designed to mitigate the negative property consequences for the other party. Enneczerus L. Op. cit. P. 191.

⁴⁶⁴ Appeal decision of the Sverdlovsk Regional Court of 18 April 2019 in case № 33-6561/2019

⁴⁶⁵ Kovac M. Op. cit. P. 25.

contractual information duty by the counterparty⁴⁶⁶.

12) The logic of the institutions of mistake and deceit serves the idea of the principal unacceptability of the consequences of the transaction for the legal order, although it makes these consequences conditional on an additional expression of will on the part of the person concerned. In this sense, transaction nullification is an extreme and most severe variant of the development of the dynamics of binding relations. The conditions for this scenario may not fully coincide with the criteria for determining the circumstances to be disclosed under the information duty, unless there are political and legal reasons for severely limiting the interference with autonomy of the will.

13) As mentioned in paragraph 7 above, the issue of active fraud may be irrelevant to the issue of breach of information duty. The issue of passive fraud is another matter. The law and jurisprudence expressly point to the necessary connection between the possibility of voiding the transaction under this type of fraud and the breach of information duty⁴⁶⁷. However, recognising this necessary link between cause and effect, we can also see some problematic issues potentially characterising the informational duty as the cause of the subsequent possible challenge.

a) A causal-effect relationship between the fraud and the decision to carry out the transaction as a condition for a challenge on this ground is set out in par. 9 of the Informational letter of the Supreme Commercial Court № 162, paragraph 3 of clause 99 of the Resolution № 25 of the Supreme court⁴⁶⁸. This condition is foreseeably necessary for such a serious step in relation to the stability of a turnover as the annulment of a transaction. However, it cannot logically be inferred from the existence of this feature of the challenge that a causal link must necessarily exist between the circumstances to be disclosed and the counterparty's decision to carry out the

⁴⁶⁶ Some commentaries on the Civil Code correctly point out that a material mistake may have arisen for a variety of reasons: "They may be the fault of the party to the transaction itself, the misconduct of its counterparty and third parties, as well as other circumstances accompanying the conclusion of the transaction". Commentary to the Civil Code of the Russian Federation, Part One (article-by-article) / edited by O.N. Sadikov. Edition 3 (revised, revised and supplemented) M.: CONTRACT, INFRA-M, 2005. P. 489.

⁴⁶⁷ P. 7 of the Information Letter of the Presidium of the Supreme Commercial Court dated 10.12.2013 № 162 "Review of the Practice of Application by Arbitration Courts of Articles 178 and 179 of the Civil Code of the Russian Federation"; para. 99 of the Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of 23.06.2015 № 25 "On application by the courts of certain provisions of Section I of Part I of the Civil Code of the Russian Federation".

⁴⁶⁸ Godeme E. Op. cit. P. 80, 220.

transaction. Rather, it is more a matter of legal policy and the desire of the legal order to narrow or broaden the scope of information duties, depending on the goals of legal regulation⁴⁶⁹.

b) The excusable ignorance is a sensitive issue in terms of challenges due to mistake and fraud. Whereas our regulation offers a standard solution for mistake, i.e. taking into account the prudence of the misguided person, the answer is not so clear in the case of fraud⁴⁷⁰. It seems that despite the lack of serious differences in the legal treatment of the consequences of mistake and fraud, fraud is in fact the most unacceptable cause of inconsistency of will and expression of will, because in this case the defect of will directly depends on the behaviour of another person⁴⁷¹. In this sense, the excusable ignorance of the factual background should not be taken into account when assessing the possibility of challenge on this ground⁴⁷². On the other hand, in the

⁴⁶⁹ That is, is the scope of the circumstances to be disclosed closed exclusively to circumstances which are in direct connection with the decision to carry out the transaction, or can there be other situations where there is a duty of disclosure arising from the principle of good faith but no grounds for challenge? We will not find the answer to this question in Articles 178-179 of the Civil Code or in court and arbitration practice. (But not because the contract turned out to be uncompleted).

⁴⁷⁰ Judicial practice allows for the limitation of challenging a transaction on the ground of innocent ignorance. It is pointed out that the party concerned had the opportunity to find out a certain issue on his or her own. See.: Clause 5 of the Information Letter of the Presidium of the Supreme Commercial Court of the Russian Federation of 10 December 2013 № 162 "Review of the practice of arbitration courts in applying Articles 178 and 179 of the Civil Code of the Russian Federation".

This aspect becomes crucial, for example, in disputes arising out of an insurance relationship. See.: Decision of the First Arbitration Court of Appeal of 11 March 2020 in case № A43-41552019; Decision of the First Arbitration Court of Appeal of 30 June 2017 in case № A43-30869/2016. However, it would be a mistake to state that counterparty diligence only matters in the context of insurance and professional-to-professional relationships. There are cases where there are no such attributes. See.: Decision of the Second Arbitration Court of Appeal of 11 July 2019 in case № A28-9738/2018; Decision of the Second Arbitration Court of Appeal of 27 March 2019 in case № A82-23895/2017; Decision of the Twentieth Arbitration Court of Appeal of 22 November 2018 in case № A06-3261/2018; Decision of the Fourteenth Arbitration Court of Appeal of 30 May 2016 in case № A13-14193/2015; Decision of the Nineteenth Arbitration Court of Appeal of 22 March 2018 in case № A35-5505/2017; Decision of the Arbitration Court of the North Caucasus District of 20 November 2015 in case № A61-2982/2013; Decision of the Arbitration Court of the West Siberian District of 10 March 2016 in case № A70-4385/2015; Decision of the Arbitration Court of the Volga-Vyatka District of 15 October 2019 in case № A39-5575/2018. A fairly common and not infrequent justification for taking account of the conduct of a misguided party is as follows: by virtue of Article 1(2), Article 421 of the Civil Code, citizens and legal entities are free to establish their rights and obligations on the basis of the contract and to determine any contractual terms not inconsistent with the law. It follows from the provisions of Article 2 (3) (1) of the Civil Code that a person, being a business entity and acting within the framework of entrepreneurial activities carried out at his own risk, must exercise sufficient diligence in doing business and reasonableness in concluding transactions.

⁴⁷¹ On the ineffectiveness of encouraging investment in deceptive actions, see. Odintsova M.I. Economics of Law: Textbook. Moscow: State university higher school of economics. 2007. P. 131.

⁴⁷² The fact that fraud carries greater negative weight in our legal order can be seen in the fundamental admissibility of deliberate manipulation in relation to the counterparty's motives in the transaction in question, which as a general rule is impossible in the context of a delusion (except in the case of Article 178(2)(5) of the Russian Civil Code). See also: Judgment of the Seventeenth Arbitral Tribunal of the Russian Federation.: Decision of the Seventeenth Arbitration Court of Appeal of 9 April 2015 № 17AP-1055/2015-GK; Decision of the Eighteenth Arbitration Court of Appeal of 3 September 2018 № 18AP-10962/2018.

absence of a domestic doctrine on information duties, it is not possible to relate this thesis to the rules limiting information duties and, in this sense, for certain political-legal reasons, the result of reasoning on this topic may be anything⁴⁷³. From a comparative legal perspective it may be recalled that in France, for example, the creditor's ignorance is the criterion for finding the debtor's informational duty. However, this criterion does not apply where fraud is involved (Art. 1138 Code civil)⁴⁷⁴.

14) A curious question arises in the context of the par. 3 Article 179 (2) of the Civil Code. Isn't the reference only to the fact that the counterparty knows (or cannot not know) that his partner has been defrauded by a third party a sufficient basis to assume that an information duty always arises in the said case? As a matter of principle, it is clear that from a political-legal point of view, almost any regulatory and protective scheme is available to the legislator. However, an undifferentiated approach to the creation of an information duty may be questionable. How is fraud by one's own conduct fundamentally different from fraud by a third party? At first glance, the source of the deception. If a duty of information would arise due to the principle of good faith, but the counterparty withheld the information and at the same time a third party deceived the counterparty on the very circumstance of which the counterparty was unaware due to the counterparty's behaviour, the injured party has a choice to bring a tort claim against the third party, the counterparty or both together due to solidarity⁴⁷⁵. However, the situation is very different if the counterparty had no duty of disclosure. Moreover, the introduction of the objective criterion in the par. 3 Article 179 (2) of the Civil Code "should have known" potentially allows us to see the need for increased efforts to recognise the counterparty's fraud by third parties, which implies additional

⁴⁷³ A possible counter-argument of a practical nature is the fundamental difficulty in proving intent. This means that often the issues in the case will be relegated to the level of mistake caused by reckless concealment of the circumstances, but it is in the mistake that the diligence of the person concerned becomes important.

⁴⁷⁴ There is a similar regulation in German law. Enneczerus L. Op. cit. P. 219.

⁴⁷⁵ The possibility of cumulative influence on a party's consent to enter into a transaction is allowed under German law. See: Enneczerus L., op. cit. See: Enneczerus L. op. cit. p. 222. In this sense, with the right approach to the choice of causation theory, our legal order will also be able to allow for the parallel influence of other factors which together have a decisive influence on a party's consent to enter into a transaction.

and uncompensated costs⁴⁷⁶. Accordingly, we believe that in a situation where there is no informational duty (lawfulness of silence and no need for additional research), the fact that information about fraud or even a clear awareness of fraud by a third party should not give rise to 1) an informational obligation, 2) the counterparty's right to recover damages from such person by virtue of Article 179 (4) of the Civil Code. However, as in a situation involving a misrepresentation, a challenge is still possible without countervailing damages, which should provide an additional incentive for a good-faith counterparty to disclose the counterparty's fraud to the third party which has become known to it, if the consequences of the cancellation of the transaction for it have a greater negative economic effect than the risk of a contract price adjustment or the initial refusal to enter into the contract⁴⁷⁷.

Thus, in answering the question posed at the beginning of the paragraph in the context of delusion and fraud, it is first necessary to take into account the absence in our legal order of a doctrine of information duties derived from the principle of good faith. This fact also affects the mechanics of resolving issues that can or should be connected in principle to the doctrine of information duties. As has already been noted, information always serves a purpose. The most obvious purposes are as follows: a) to induce a person to enter into a transaction (including on certain conditions), b) to preserve the personal non-property and property integrity of the counterparty (objects of absolute rights or worthy of respect property interests constituting purely economic losses in case of negative impact on them), c) to achieve (ensure) the purpose of the transaction. In this sense, the circumstances to be disclosed as well as their scope have, albeit remotely, expected ultimate criteria⁴⁷⁸. Accordingly, the circumstances referred to in Article 178(2) of the Civil Code are a good guide to answering the question of the range of circumstances to be disclosed in the context of an information duty that seeks

⁴⁷⁶ Unless the formula is reduced solely to cases of a functional relationship between a counterparty and a third party: employee, attorney, etc.

⁴⁷⁷ See a slightly different approach Transactions, representation, limitation of claims: article-by-article commentary to Articles 153-208 of the Civil Code of the Russian Federation [Electronic edition. Revision 1.0] / Ed. by A.G. Karapetov. - Moscow: M-Logos, 2018. P. 794-795.

⁴⁷⁸ The scope of disclosure will always be an evaluative characteristic of the provision, as it is determined through the category of necessity and sufficiency of the information in question to achieve the purpose of the provision in the particular circumstances of the case in question.

to obtain consent to enter into a transaction. However, given the function of the rules on challenge by mistake or fraud, it cannot be unequivocally concluded that these circumstances should be limited even to the purpose of obtaining consent. It must be borne in mind that the angle of view on the category of fallacy is inherently set up in connection with the assessment of the injured party's state. In this sense the study, development and application of the rules and doctrine of mistake may well be imagined outside any connection with the presence/absence of the doctrine of information duties⁴⁷⁹. If this aspect gains any significance, it is only in the context of determining the consequences of a mistake depending on the conduct of the contracting party (par. 2-3 Article 178 of the Civil Code). And it is precisely on this point that inconclusive, contradictory decisions may arise if the question of the pecuniary consequences of an mistake is considered without regard to the doctrine of informational duties.

This is not the case with the regulation of the consequences of fraud by default, which was implemented in the current version of Article 179 of the Civil Code in 2013 with the introduction of the category of good faith as a principle of law in the Code.

The legislator has established a direct link between the possibility of annulment of a transaction and certain requirements of good faith. In this sense, it is clear that Article 179 of the Civil Code is not self-sufficient. Article 178 of the Civil Code, which contains only a general guideline (circle) of circumstances which are usually regarded as material, cannot in principle help in determining exactly when the circumstances specified in Article 178 should be disclosed⁴⁸⁰. However, whilst it is generally correct to consider good faith in determining both the cases and the circumstances to be disclosed, jurisprudence in the absence of the doctrine of information duties performs a legal stunt, turning a blind eye to the missing link in the chain of reasoning.

There is usually a common template for the reasoning of the court's decision in the context of a default fraud analysis. Firstly, the court refers to paragraph 21 of the

⁴⁷⁹ Zezekalo A. Yu. *Transactional Delusion*. Tomsk: Publishing house of Tomsk State University, 2011. – 198 P.

⁴⁸⁰ It is true that we are aware that this connection is not perfect either, because the case law shows that fraud may concern the motives of the counterparty, which cannot normally be regarded as a relevant circumstance in the context of the rules on mistake. Similarly, there is no reason to believe that intentional fraud is possible solely in relation to the circumstances listed in section 178 (2) of the Civil Code. An example of this is the fraud as to the value of the grant, which we have seen in the French legal order.

Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation № 7 of 24.03.2016 "On the application by the courts of certain provisions of the Civil Code of the Russian Federation on liability for breach of obligations", indicating that if a party to a negotiation had been provided by its contractor with incomplete or inaccurate information or the contractor had omitted to disclose circumstances which, by the nature of the contract, should have been brought to its attention and the parties had entered into the contract, then that party would have the right to demand that the transaction be declared void and compensation for losses caused by such nullity (Art. 178 or Art. 179 of the Civil Code of the Russian Federation) or to use the means of protection, specially provided for the cases of violation of certain types of obligations, for example, Articles 495, 732, 804, 944 of the Civil Code. Then, through a reference to Article 179 § 2 of the Civil Code of the Russian Federation, as if to confirm what is already stated in the rule, the court refers to paragraph 7 and paragraph 9 of the information letter of the Presidium of the Supreme Commercial Court of the Russian Federation of 10.12.2013 № 162 "Review of the practice of arbitration courts in applying Articles 178 and 179 of the Civil Code of the Russian Federation". However, at the end the court usually draws a conclusion not based on the preceding statement that the subject of proof in a dispute to declare a transaction invalid as having been concluded under the influence of fraud includes the establishment of the fact that the defendant in concluding the disputed contracts intentionally concealed the circumstances, knowing of which the claimant would not have expressed his will to conclude them⁴⁸¹. Thus, in the absence in Russia of an information duty doctrine, the court, apparently understanding that a challenge to a transaction should relate only to certain material circumstances, shifts its focus from identifying cases of information duty to the "technical issue" of establishing the fact of wilful silence and the essentiality of undisclosed circumstances in terms of causation for the other party to decide. The Court, ignoring the necessary element in the form of the principle of good faith, immediately makes an axiomatic connection between knowledge (or the need to know)

⁴⁸¹ Decision of the Ninth Arbitration Court of Appeal of 2 March 2020 № 09AP-4679/2020; Decision of the Ninth Arbitration Court of Appeal of 22 July 2019 № 09AP-17887/2019.

of material circumstances affecting a party's decision to enter into a transaction and the possibility of annulling the transaction, apparently presuming an unfulfilled information duty⁴⁸².

In general, it is theoretically acceptable to see clauses 1-2 of Article 178 of the Civil Code as the sought criterion for determining the circumstances to be disclosed. In this sense, we may recall the experience of the French legal order which allows in Art. 1112-1 of the Civil Code for pre-contractual information duties to disclose circumstances crucial to the consent of the other party to the transaction⁴⁸³, which also finds support in the doctrine. The answer to this question is a matter of legal policy and can be dealt with either way. What is important is that Articles 178 and 179 of the Civil Code, whatever their approach to the presence/absence of criteria for discovering information subject to disclosure, do not help define the conditions under which an information duty arises.

2.2.2 Rules on pre-contractual liability and representations of circumstances

The following domestic law rules worthy of attention in the context of information duties relate to the doctrines of pre-contractual liability (*culpa in contrahendo*) (Art. 434.1 Civil Code) and representations and warranties (Art. 431.2 Civil Code).

Culpa in contrahendo is a doctrine created in the depths of German law as a response to the needs of the trade, which could not be satisfied by means of contract or tort law. It is traditionally attributed to Rudolf von Jhering, who proposed the theory of culpability in contract law⁴⁸⁴. The culpable behaviour of a counterparty led to a contract that was in fact null and void. Accordingly, such an invalid contract was

⁴⁸² It should be noted that even in the absence of the doctrine of informational duties, in theory the court has the flexibility to address the issue of the consequences of a default in circumstances through the assessment tool of "due diligence" or "unforgivable mistake". This evaluative reserve "valve" allows the courts to tailor the resolution of a voiding dispute in circumstances where it is not possible to determine the occurrence of informational duties, especially since the existence of an unfulfilled informational duty is not always necessary for misleading and deceptive conduct. Decision of the Ninth Arbitration Court of Appeal of 22 July 2019 № 09AP-17887/2019.

⁴⁸³ Art. 1112-1 Code civil. URL:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000032007138> (Accessed on 02.01.2020).

⁴⁸⁴ *Culpa in contrahendo*, or compensation for damages when contracts are invalid or unenforceable / R. Von Iering ; transl. from German. M. B. Zhuzhzhhalova // *Civil Law Review*. - 2013. - T : 13, № 3. - P. 190-266.

considered a legal fact of a special kind that produced legal consequences different from those intended by the parties⁴⁸⁵. These consequences consisted in the right of a party in good faith to claim damages under the rules of contract law, but to the extent of a "negative interest", which is characteristic of tort law.

The gradual development of the doctrine under the influence of the views of G. Dernburg, B. Windscheid, F. Leonhard, P. Ertmann, A. Thur, H. Stoll, H. Dölle, K. Ballerstedt, K. Lahrenz and others has resulted in a coherent concept which has been copied by many European legal systems. The negotiation of a contract is seen as the basis of pre-contractual duties of good faith. The breach of these duties constitutes a separate ground of quasi-contractual liability of a special kind irrespective of the conclusion and validity of the contract.

As a result of the recent reform of the German law of obligations, pre-contractual liability as a doctrine designed to protect the good faith of the parties has been implemented in the Code through § 280 (1), § 241, § 311 (2) German Civil Code. The grounds for the application of the doctrine of pre-contractual liability are

- damage to the life and health and property of the counterparty during the pre-contractual period due to a breach of pre-contractual obligations;
- breach of pre-contractual duties due to negotiation in bad faith, which led to ostensibly the appearance of a valid contract or did not lead to its conclusion because of the counterparty's contradictory behaviour, which inspired confidence in the successful conclusion of negotiations, or led to the conclusion of a valid but unfavourable contract for the party in good faith.

Accordingly, negotiating in good faith also includes the obligation to inform the counterparty positively about circumstances affecting the validity or profitability of the contract to be concluded, as well as circumstances affecting the seriousness of the party's intention to enter into the contract⁴⁸⁶.

⁴⁸⁵ Gnitsevich Konstantin Viktorovich. Pre-contractual liability in civil law (culpa in contrahendo): dissertation ... D. : 12.00.03 / Gnitsevich Konstantin Viktorovich; [Defence place: GOUVPO "Saint-Petersburg State University"].-Saint-Petersburg, 2010.P. 21.

⁴⁸⁶ See the case of the breakdown of negotiations for the purchase of a fintech club Decision of the Supreme Court of the Russian Federation, 29 January 2020, № 305-ES19-19395 in case № A40-98757/2018

The doctrine of culpa in contrahendo is recognised in most countries of the continental legal system (in particular Italian, French, German, Belgian, Swiss, Dutch, Portuguese and Greek law)⁴⁸⁷ and is enshrined in a number of fundamental «soft law» instruments⁴⁸⁸.

The Russian legal order has generally favourably accepted the culpa in contrahendo⁴⁸⁹ doctrine, consistently developing it first in consumer relations (Article 12 of Law № 2300-1 of 07.02.1992 " Law on Consumer Protection")⁴⁹⁰ and then in 2015 enshrining special rules in Article 434.1 of the Civil Code⁴⁹¹. Domestic literature indicates that pre-contractual liability implies in its basis two groups of duties: the duty to negotiate consistently and the duty to provide information⁴⁹². Generally, a breach of these pre-contractual duties may result in the breakdown of contract negotiations, an attempt to conclude a subsequently invalid or unconcluded contract or the conclusion of a contract on terms different from those that the injured party would have expected if the other party had negotiated in good faith⁴⁹³.

Article 434.1(2) of the Civil Code states that, when entering into, during and after negotiations to conclude a contract, the parties must act in good faith, in particular not to enter into or continue negotiations with a known lack of intention to reach an agreement with the other party. Examples of negotiation in bad faith include the provision of incomplete or inaccurate information to a party, including the silence of

⁴⁸⁷ European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules, edited by Sellier. Munich, July 2008 // [Electronic resource]. Available at URL: http://www.legiscompare.com/IMG/pdf/13_CH_5_Good_faith.pdf (accessed 10.02.2020).

⁴⁸⁸ See para. 2.1.15 of the Unidroit Principles. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_14121/ (Date of access: 7.01.2010), art. 2.301 of the Lando Principles. URL: https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/#head_41 (Date of access: 7.01.2010).

⁴⁸⁹ Section 1 (6) of the Concept notes: "Economic development and the emergence of civil society require the use of all available civil law measures and remedies to ensure the fair and proper exercise of civil rights and the performance of civil obligations. The list of these measures includes culpa in contrahendo". Paragraph 7.7 again focuses on good faith and now only on business relationships: "In order to prevent bad faith behaviour at the stage of contract negotiation, the Civil Code should provide for special rules on so-called pre-contractual liability (culpa in contrahendo) for business-related relationships, taking into account the relevant rules of a number of foreign jurisdictions.

⁴⁹⁰ The law contains a detailed description of the logically antecedent duties of informing in Articles 8-10, which cannot be said about the rest of the civil turnover outside of consumer relations. Lugmanov R.R. Silence about circumstances: criteria for determining information subject to disclosure// Legislation. 2017. № 9. P. 49.

⁴⁹¹ Apart from culpa in contrahendo liability for injury to the person or property of a counterparty, the development of which in Germany was a necessity given the weakness of tort law, which did not know the principle of the general tort.

⁴⁹² Demkina A.V. Good faith and bad faith behaviour at the pre-contract stage // Property Relations in the Russian Federation. 2016. № 4. ConsultantPlus.

⁴⁹³ Zhiltsov. A.N. Law to be applied to obligations arising out of bad faith contract negotiation// Statute, 2016. № 8. URL: <http://base.garant.ru/57234293/> (Date of reference: 10.01.2020.)

circumstances that, due to the nature of the contract, must be brought to the attention of the other party.

Let us try to find the grounds and conditions for disclosure in the context of the requirement of good faith negotiations in doctrine and practice.

Thus, O.V. Mazur, in the context of formulating an objective standard of good faith behaviour at the pre-contractual stage, indicates that each party must disclose information significant to the other party, access to which is impossible or difficult for the other party, taking into account the nature of the contract and the relative position of the parties in the negotiation process⁴⁹⁴. By significant information the author understands such information that may influence the other party's decision to enter into a contract on certain terms⁴⁹⁵. When assessing access to information, it is suggested to take into account the professional status of the parties (their field of activity) and the substance of the obligation, which may, in the author's opinion, indicate a reasonable expectation of disclosure by the counterparty⁴⁹⁶. However, it seems that each of these disclosure conditions does not help to answer the question of why there is such an axiomatic link between entering into negotiations and the disclosure of said information.

A.V. Demkina, on the basis of the legal position set out in Resolution № 25 of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of 23 June 2015, emphasising the conduct expected of any participant in the turnover, also draws the conclusion that, acting in good faith, a participant in the turnover, taking into account the rights and legitimate interests of another, cannot take advantage of his ignorance or inexperience and is therefore obliged to provide the necessary information⁴⁹⁷. Accordingly, we again see an attempt to find a direct link between the abstract category of good faith and the duty of disclosure by arguing that it is clearly unconscionable to take advantage of another's ignorance or inexperience.

⁴⁹⁴ Mazur. O.V. Op. cit. P. 15.

⁴⁹⁵ Mazur. O.V. Op. cit. P. 68.

⁴⁹⁶ Examples of consumer contracts and contracts for the supply of complex technological equipment are given.

⁴⁹⁷ Demkina A.V. Good faith and bad faith behaviour at the pre-contract stage // Property Relations in the Russian Federation. 2016. № 4. URL: <http://base.garant.ru/57281842/> (Date of reference: 25.12.2019); Demkina A.V. Grounds for pre-contractual obligation // Journal of Russian Law, 2017. № 1. URL: <http://base.garant.ru/57205842/#ixzz6L5MkB6tF> (Date of reference: 25.12.2019).

Other authors point out that pre-contractual partners must disclose information that is material to the future contract. This information can be divided into three groups: 1) those that may hinder the validity of the contract, 2) or those that may frustrate the performance of the contract, 3) as well as information about the special features of the object of the future contract. However, as every market participant must look after his or her own interests, the general condition for disclosure is that the circumstances are unusual for a given situation and the disclosure of which can be expected in the market⁴⁹⁸.

We should partly agree with the proposed approach which focuses on the essentiality of the information to be disclosed for the purposes for which it may be intended: the fact of the conclusion and validity of the transaction, the achievement of the results of contractual interaction and the protection of the property and personal non-property rights of the participant in the negotiation process. It is interesting to note that the approach to determining the content of information duty under Art. 434.1 of the Civil Code looks somewhat narrower than the proposed approach, which, however, should not lead to unreasonable (literal) restrictive conclusions about the content of pre-contractual information duty. Article 434.1 of the Civil Code cannot be seen as implying any kind of closed list⁴⁹⁹ of pre-contractual informational duties, because Article 307(3) of the Civil Code generally sets the rule to take into account the rights and interests of others and to exchange the necessary information in as abstract a manner as possible. As to doubts, they may be raised by the authors' appeal to the category of "the perception of turnover" because, in Russian reality, proceeding mainly from the aleatoric nature of the negotiation process in the context of traditional information asymmetry (for example, in the second-hand car market or the secondary housing market), a consistent orientation not on the envisioned by someone but on the really existing "views of the trade" will inevitably lead to absurd results, clearly

⁴⁹⁸ Krashennnikov E.A., Baigusheva Y.V. Duties in pre-contractual negotiations // Bulletin of the Supreme Commercial Court of the Russian Federation. 2013 г. № 6. URL: <http://base.garant.ru/57596794/#ixzz6L5OZZOoB> (Date of reference: 28.12.2019).

⁴⁹⁹ Provided it's there at all.

opposed to the objectives of implementation of the principle of good faith in the Civil Code, as they were understood by the reformers.

Y.A. Golubtsova, exploring the issue of guilt in the context of misleading and fraud and criticizing the thesis of K.V. Gnitsevich that the basis of pre-contractual liability is a culpable breach of the duty of good faith in negotiations⁵⁰⁰, admits that she cannot imagine "types, nature and content of such duties"⁵⁰¹. Giving credit to the problem of guilt, as well as the complexity of determining its form and the distinction between the compositions of Art. 178 and Art. 179 of the Civil Code, we cannot agree with such an unexpected statement, ignoring the obvious basis of liability of the counterparty deluded party.

D.E. Bogdanov considers that good faith conduct at the pre-contractual stage includes the duty to disclose any information of material importance to the other party, which in his opinion is due to the fact that failure to disclose information can lead to transactions being influenced by mistake or fraud, which in turn is grounds for declaring them invalid and for the recovery of damages⁵⁰². However, while the consequences of fraud may be accepted, the logical connection between mistake and the recovery of damages is no longer so clear. It is our view that it is not the mistake itself that is reproached⁵⁰³, but the breach of informational duty which caused the mistake on the mistaken party⁵⁰⁴. It is not always possible to speak of a breach of this duty, but only when it is to be expected in good faith.

A.G. Karapetov singled out among the grounds for culpa in contrahendo the reticence in bad faith of such circumstances which, by the nature of the contract, must

⁵⁰⁰ Gnitsevich K.V. Pre-contractual liability in Russian civil law (culpa in contrahendo) // The Herald of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation. 2009. № 3. P. 42.

⁵⁰¹ Golubtsova Y.A. The guilt of a counterparty to a deluded transaction in the Russian civil law // Bulletin of Perm University. Legal Sciences. January-March 2014 issue 1. URL: <http://base.garant.ru/57572031/#ixzz6L5PhDwqM> (Date of reference: 04.01.2020).

⁵⁰² Bogdanov D. E. Development of the institute of pre-contractual liability in the civil law of Russia // Legislation and economy. -- 2011. -- № 4. P. URL: <http://base.garant.ru/59606720/> (Date of reference: 04.01.2020).

⁵⁰³ This is only true for the wronged party itself, as stated in Article 178(6)(2) of the Civil Code.

⁵⁰⁴ In this sense, we recall the position of D.O. Tuzov, according to which the basis of pre-contractual liability for culpa in contrahendo is the specific conduct of one of the counterparties. Tuzov D.O. On the concept of "non-existent" transaction in the Russian civil law // The Herald of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation. 2006. № 10. URL:

<http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=CJI&n=15328#011700183308107959> (Дата обращения: 20.01.2020). It should only be added that the conduct that gives rise to liability in the context of the topic at hand must be in bad faith.

be disclosed to the other party. He also pointed out that the duty of disclosure should be based on the principle of good faith. But in singling out the duty of disclosure to the counterparty to decide whether to bear the costs of further negotiations, the author limited himself to a single example of the effect of the principle of good faith in the topic of interest to us, without attempting to define a general rule (regularity) of the pre-contractual duty of disclosure⁵⁰⁵. Against the background of the correct, albeit obvious, thoughts on the necessary causal link between good faith and the resulting duty to inform, the author failed to see the problems in the content of paragraph 19 of Resolution № 7 of the Plenum of the Supreme court of 24 March 2016, which states that bad faith is presumed if the circumstances set out in Article 434.1 (2) and (1) of the Civil Code are present. The author explains that if the plaintiff has been able to prove these clear signs of bad faith, the burden shifts to the defendant to rebut that qualification of his conduct⁵⁰⁶. However, it seems that in the case of the duty to inform, there is nothing to disprove as the plaintiff either proves that the information duty breached in this case derives from the principle of good faith or not. As a matter of principle, there cannot be an informational duty that is not foreseen by law or by an agreement outside the context of good faith. The defendant may not prove good faith, but the absence/existence of circumstances to which good faith attributes the existence/absence of a duty to inform, which he has not performed⁵⁰⁷.

A.D. Rudokvas essentially equates a party's knowledge of a counterparty's delusion with the duty of a bona fide negotiating party to dispel that delusion. This conclusion is based on the interpretation of paragraph 3 of Article 307 of the Civil Code, the criticism of the content of which we have already conducted in the relevant paragraph. The author concludes (and then criticizes it) that "entering into a contract with a party who knew or should have known about the delusion does not always give rise to liability on the part of that party for damages, since his awareness of the delusion of the counterparty, in the legislator's opinion, is not the same as the delusion arising

⁵⁰⁵ Contractual and Obligatory Law (General Part): article-by-article commentary to Articles 307-453 of the Civil Code of the Russian Federation [Electronic edition. Revision 1.0] / Ed. by A.G. Karapetov. - Moscow: M-Logos, 2017. P. 1006.

⁵⁰⁶ Ibid. P. 1009.

⁵⁰⁷ For example, the actual knowledge of the counterparty of the circumstances the non-disclosure of which he blames him for, or the unapologetic ignorance of publicly available data, etc.

from the circumstances depending on the party⁵⁰⁸. It would seem, however, that despite the wording of the law which is not entirely accurate, a counterparty's knowledge of a delusion on the part of another party does not always result in a breach of an information duty. The counterparty's delusion may in principle depend on the good faith conduct of the other party in the sense that this party could, though was not obliged (and in this sense is not responsible) to dispel the delusion⁵⁰⁹. It is difficult to agree with the unequivocal thesis of a necessary connection between the extremely contentless requirement of s. 3 of Article 307 of the Civil Code and the unequivocal statement that counterparties always have a duty of care to the interests of the counterparty without regard to the many other factors potentially influencing the occurrence and scope of the duty to inform.

There are few cases in the arbitral practice that would be of interest for the purposes of our topic, particularly the discovery of terms of information duties and the circumstances to be disclosed. Nevertheless, it is possible to identify a few cases which could potentially provide some examples of the resolution of disputes in similar cases.

The case of Decort Ltd. v. Auchan Ltd. dealt with the problem of frustration of negotiations and the assessment of the defendant's conduct as bad faith⁵¹⁰. The parties had been negotiating the lease of a warehouse for a long time. Although the potential lessor (Decort) was carrying out preparatory work on the warehouse under the supervision of the potential lessee (Auchan) in order to satisfy the lessee, the latter suddenly and unjustifiably stopped negotiations at the stage of exchanging copies of the agreement. Auchan argued that there was no bad faith in its actions as Decort, "acting in good faith and reasonably, could and should have foreseen the likelihood of not concluding the agreement". The court, however, held that the negotiations had been terminated suddenly and unjustifiably. The defendant's argument that the transaction

⁵⁰⁸ Rudokvas A.D. Breach of duties to inform: pre-contractual liability, assurances and guarantees of compensation for losses. Commentary to paragraph 21 of the Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of 24.03.2016 № 7 "On the application by the courts of certain provisions of the Civil Code of the Russian Federation on liability for breach of obligations" // The Herald of Economic Justice of the Russian Federation. 2016, № 11. P.60-61.

⁵⁰⁹ According to our analysis, the legislator is thereby simply redistributing the risk of loss that could have been avoided by the party who was aware of the misconception but did not exercise the necessary diligence to do so. In this sense, it would be the height of injustice to give that party the right to also recover damages from the wronged party.

⁵¹⁰ Decision of the Supreme Court of the Russian Federation of 22.05.2018 № 305-ES18-1723 in case № A41-90214/2016

had not been negotiated with its supervisory board was not accepted by the court, since the defendant had not informed the plaintiff of this condition of the transaction.

In this case we see a broader understanding of the pre-contractual duty to inform than that set out in par. 1 п. Article 434.1 (2) of the Civil Code. In essence, the anticipated information interaction is also seen in the context of the question of the suddenness of the termination of negotiations and the determination of the period for bearing the reasonable costs of the negotiations by the respective party. The general rule of self-borne property risks of failure to reach an agreement has the limitation that the moment of loss of intention is at the same time the moment of creating an unreasonable expectation of successful conclusion of negotiations. This moment depends on a change in the counterparty's plans, which in itself is legitimate, but of which the other party must necessarily become aware. Once this party has been informed of the risks of not reaching agreement for whatever justifiable reason (e.g. the emergence of a better competing offer), the other party's subsequent costs associated with preparing for the conclusion of the contract will be solely at the risk of the actor himself. Thus, the seriousness of the prospective lessee's intentions is in effect both an incentive for the other party to incur costs. The openness and transparency of the counterparty's intentions regarding the fate of the negotiation is key to recognising such behaviour as *bona fide* (lawful).

In another case, a Pletnev P.S. (the plaintiff) negotiated with the defendant for the purchase of a fitness club, which ended unexpectedly for the plaintiff and resulted in unreasonable expenses. In that case, the defendant omitted to mention parallel negotiations with another buyer, leading the plaintiff to believe that the transaction would take place⁵¹¹.

In that case, the court confirmed a number of fundamental aspects of the topic at hand. The mere termination of the negotiation without giving reasons for the refusal does not in itself indicate bad faith on the part of the party concerned. It was on the plaintiff to prove that the defendant had acted in bad faith in order to harm the plaintiff.

⁵¹¹ Decision of the Judicial Board for Economic Disputes of the Supreme Court of the Russian Federation of 29.01.2020 № 305-ES19-19395 in case № A40-98757/2018.

Negotiators bear the risk of not concluding a contract and, in that sense, the other party cannot be required to reimburse the costs incurred in the negotiation process if the negotiation is unsuccessful. The bad faith conduct of a party to the negotiation occurs when that party loses its intention to negotiate but nevertheless continues the negotiation and causes the other party to incur additional costs. The problem of creating a semblance of intent can also be addressed by open information exchange, which eliminates the now unreasonable expectation of successful negotiation, while justifying the risk of incurring costs for the acting party should the negotiation continue with that counterparty.

Other cases encountered in practice are of little cognitive interest in the context of understanding the conditions under which the information duty arises in the context of Art. Article 434.1(2) of the Civil Code, but may be of interest in other respects relevant to our topic. The exploitation of trust in the bank as professional and financial illiteracy of the client, influencing the wrong assessment of the risks taken and the willingness to enter into the contract⁵¹²; distribution of risks of ignorance of circumstances unfavourable to the fate of the transaction⁵¹³; the issue of due diligence of the negotiating party⁵¹⁴, etc.

2.2.2.1 Representations

A further possible source of knowledge of information duties arising from the principle of good faith could be the rules on representations of circumstances.

The problems associated with the regulation of representations of circumstances have been the subject of much scholarly discussion in the legal literature and in various discussion forums. We will not attempt to discuss the numerous issues of the highly controversial implementation of alien regulation that are not relevant in the context of the search for the grounds, conditions and scope of pre-contractual information duty, but only point out that we should agree with A.D. Rudokvas' position that the regulation of the article on representations of circumstances overlaps with the

⁵¹² Appeal decision of the Irkutsk Regional Court of 14 October 2019 in case № 33-8378/2019.

⁵¹³ Appeal decision of the Moscow City Court of 28.08.2019 in case № 33-33053/2019.

⁵¹⁴ Determination of the Supreme Court of the Russian Federation of 14 August 2017 № 309-ES17-10569; Determination of the Supreme Court of the Russian Federation of 18.06.2018 № 305-ES18-6928 in case № A40-17586/2017

regulation of the article on pre-contractual liability⁵¹⁵.

Representations are considered to be "statements made before or at the time of conclusion of a contract, about an existing or past fact essential to the conclusion of the contract, and made with a view to inducing the other party to enter into the contract"⁵¹⁶.

Despite using a specific linguistic device, there should be no doubt that representations are nothing more than information about certain circumstances⁵¹⁷. However, the transmission of such information may take place either as part of the fulfilment of the positive duty to inform or outside of it.

When discussing the reasons for the great importance that representations of circumstances have gained in England, it must be pointed out that as a general rule there is no pre-contractual duty to inform in this jurisdiction because of the principle of good faith. In this sense, civil commerce needed to manage the risks of the effects of information asymmetry⁵¹⁸. This being the case, the lack of information from the party concerned can in itself affect both the ability to enter into a contract and its price, security and other conditions⁵¹⁹.

As far as the Russian legal order is concerned, it is believed in the literature that the appearance of the relevant novelty in the Code was prompted by the desire to encourage parties to the trade to use representations about circumstances in contracts governed by Russian law, "in the manner of representations and warranties in contracts governed by English law"⁵²⁰. The emergence of such an institution in Russian law should have served to improve legal certainty and the attractiveness of structuring

⁵¹⁵ Rudokvas A.D. Breach of Duty to Inform: Pre-contractual Liability, Assurances and Indemnity Guarantees// The Herald of Economic Justice of the Russian Federation.- 2016. -№ 11. P. 59

⁵¹⁶ Padiyakov A.P., Barabash R.V. Assurances, guarantees and indemnity obligations in the Anglo-American and Russian legal systems // International Public and Private Law. - № 6. P. 44- 48.

⁵¹⁷ In the context of Art. 431. 2 of the Civil Code - this is not any information, but only information that is relevant to the other party's decision to enter into a contract.

⁵¹⁸ Rudokvas A.D. Some Problems of Application of Article 431.2 of the Civil Code in Connection with the Principle of Good Faith // Civil Law Review, Vol. 17, № 2, 2017, P. 34.

⁵¹⁹ Tomsinov A.V. Claims of circumstances and indemnity in Russian law in comparison with representations, warranties and indemnity in the law of England and the USA. The Herald of Economic Justice of the Russian Federation. 2015. № 11. C 91 – 111.

⁵²⁰ Budylin, S.L. Assurances and guarantees. A comparative study. - Moscow: Infotropic Media, 2017. P. 150; Tomsinov A.V. A measure of damages for unreliable representations in the law of England and the USA// Civil Law Review. 2015. № 5. P. 100-114.

transactions under Russian law.

Another author points out that "the importance of liability for the provision of false information under Art. 431.2 of the Civil Code is to create a legal basis for compensation for losses in situations where the institution of liability for failure to fulfil an obligation fails to achieve this task"⁵²¹. However, the goal of legal certainty may be questionable in the context of a partial functional overlap between this institution and the institute of pre-contractual liability in the area of active provision of information aimed at inducing the counterparty to perform a transaction.

In any case, while it is of general scientific and practical importance to answer the question of the criteria for delimiting the scope of regulation of the rules on representations of circumstances and on pre-contractual liability, this is not relevant for answering the other question we posed at the beginning of the present paragraph. The current regulation in Art. 431.2 of the Civil Code is itself intended to regulate only the consequences of transmitting false information intended to induce another party to enter into a contract. Accordingly, irrespective of the fact that part of the scope of regulation of this Article falls within the area of pre-contractual liability, the rules on representations of circumstances themselves do not help us in any additional way in finding the grounds for the duty to inform and in determining the scope of information to be disclosed.

Thus, after a brief examination of the various possibilities of current regulation and court and arbitration practice in the context of instruments that could be helpful in solving this problem, we conclude that the rules on mistake and fraud, pre-contractual liability and representations of circumstances which to varying degrees reflect the consequences of breach, including of pre-contractual information duties, are of little help in determining the general rule applicable to any situation. The reviewed institutions highlight only some indications which allow us to judge very indirectly whether there is a link between a consequence (contestations of a transaction, recovery of damages) and a pre-contractual duty of information related to the principle of good

⁵²¹ Contractual and Obligatory Law (General Part): article-by-article commentary to Articles 307-453 of the Civil Code of the Russian Federation / Ed. Ed. A.G. Karapetov. - M.: Statut. 2017. P. 959.

faith.

In order to try to formulate a better mechanism for assessing behaviour as bona fide in the context of information interactions, let us look at the values that might underpin such assessment.

2.3 Constitutionalisation of private law

2.3.1 Statement of the problem

The focus of our research is to examine information duties in relation to the operation of the principle of good faith. However, contrary to popular opinion, we do not consider good faith to be a full and independent source of evaluation criteria⁵²² for law enforcement and insist on understanding this category only as a formal justification for the existence of a 'second tier' regulatory system shaped by the judiciary by seeking (and then fixing) an acceptable balance of *ad hoc* competing interests by weighing the political and legal values relevant to the case at hand⁵²³. Such values, additionally used to assess conduct as condoned or condemned, can be drawn from various sources, such as moral and ethical concepts of goodness, conscience⁵²⁴ and justice⁵²⁵, or from systemic principles that permeate a particular legal system⁵²⁶.

⁵²² Postulating an inseparable link between the categories of good faith and morality is traditional for domestic publications on this topic. Bogdanova E.E. Principle of good faith and judicial discretion // *Laws of Russia: Experience, Analysis, Practice*. 2012, № 1. P. 14.

⁵²³ It should be said right away that nothing is fundamentally impossible and it is possible to go so far as, for example, to start calling a "cat" a "dog" tomorrow in society as a whole. Nothing will essentially change. It is a different matter, if we consciously begin to limit the perception of the "cat" in question to a creature with fewer characteristics than it really is (for example, with the denial of a predisposition to catch mice). In this sense, the question would only be the effectiveness, the appropriateness of such a deliberately reduced approach. So also in the question at hand, assessing the perception of good faith as a concept which "fixes a minimum level of altruism and consideration of the interests of one's neighbour" is not a question of truth or falsity, but of expediency. *Main Provisions of Civil Law: Article-by-article Commentary to Articles 1-16.1 of the Civil Code of the Russian Federation [Electronic edition. Revision 1.0] / A. V. Asoskov, V. V. Baibak, R. S. Bevzenko [etc.]; ed. by A. G. Karapetov. - Moscow: M-Logos, 2020. P. 167.*

⁵²⁴ Novikova T. V. The concept of good faith in Russian civil law: dissertation ... D. in law: 12.00.03 / Novikova Tatiana Vasilyevna; [Place of protection: GNU "Southern Federal University"]. - Rostov-on-Don, 2009.- P. 13-23.

⁵²⁵ Novikova T.V. op. cit. p. 28;

Sorokina E. A. The category of good faith in the Western tradition of law: Historical and theoretical aspect: dissertation ... D. thesis: 12.00.01 / Sorokina E.A.; [Place of Defence of Peoples' Friendship University of Russia] -M., 2009. P.33-37, 81, 115; Belov V.A. Good faith, reasonableness, fairness as principles of civil law // *Legislation*. 1998, № 8. URL: <http://base.garant.ru/3540963/> (Date of reference: 20.01.2020).

⁵²⁶ Textbook: in 3 vol. Volume 1: - 6th ed. revised and supplemented / ed. by Sergeev A.P., Tolstoy Y.K. - M.: TC Velby, Prospect Publishing House, 2005. P. 15; Russian civil law: Textbook: In 2 vol. Volume I: General part. Property law. Law of succession. Intellectual rights. Personal non-property rights / ed. by E.A.Sukhanov. - 2nd ed. stereotyped. - Moscow: Statute, 2011. P. Other opinion: Kulakov V.V. Basic principles of civil law as a special form of law // *Vestnik of Perm University. Legal Studies*, 2013, № 4. URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=CJI&n=77150#05906655166628363> (Дата обращения: 15.01.2020).

Cognition of moral and ethical concepts is naturally hampered by a fundamental lack of conventional perception of certain values which are understood in different ways both in time and space (in different socio-cultural traditions) and within the same society at the same time due to differences in upbringing, education, cultural background and of course the specific position of the person concerned in the dispute in question⁵²⁷. In this sense the appeal to moral values, for example the attempt to judge according to justice, can be identified with arbitrariness, objectively disguised by the rule of law under the category of "administration of justice"⁵²⁸.

We cannot speak of any certainty of law in this case, since a uniform understanding of the same category of justice in conditions of a natural social fragmentation of society according to interests determined by origin, education, wealth, religious views, etc., is fundamentally impossible⁵²⁹. If predictability of legal regulation in the context of diverse public interests is important, it seems necessary to move away from the idea of a straightforward search for moral and ethical values that supposedly bind a given society and have the potential to influence the behaviour of the participants in circulation, in favour of more predictable categories. These categories are also highly evaluative, but they ultimately reflect the ultimate goals of legal regulation, the benchmarks for promoted private and public interaction, which already have a workable mechanism for weighing each other up to find the necessary balance⁵³⁰. Accordingly, we propose that the constitutional values underlying legal regulation in general and private law regulation in particular should be taken into account in assessing specific conduct as good faith⁵³¹.

It must be said that this approach should not be taken as surprising and, moreover, it can be seen as a rational example of using the reference to the principle

⁵²⁷ Shunyaeva A.E. Justice in the Constitutional Economy Doctrine // *Modern Law*, 2010. № 1. P. 154

⁵²⁸ Pokrovsky I. A. Main Problems of Civil Law. - M., Statute (in the series "Classics of Russian Civilistics"), 1998. - - P. 254–255.

⁵²⁹ Vitryansky V V. The Civil Code and the Court// *The Herald of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation*-1997. - № 7. P. 132; Arakelyan A.Y. Justice: civilistic aspect // *Modern Law*. -2007. № 10. P. 58. Some authors use milder expressions. See. See: Basic provisions of civil law: article-by-article commentary to Articles 1-16.1 of the Civil Code of the Russian Federation [Electronic edition. Revision 1.0] / A. V. Asoskov, V. V. Baibak, R. S. Bevzenko [etc.] ; ed. by A. G. Karapetov. - Moscow: M-Logos, 2020. P. 164.

⁵³⁰ Lugmanov, R.R. The principle of good faith as a means of law development//*Law and politics*. 2021. № 5. P. 69.

⁵³¹ Constitutional Law. General part: Manual for lectures and seminars (programme of discipline, abstracts of lectures, practical work) / edited by N.A. Bogdanova - Moscow: I "Zerzalo-M", 2017. P. 52

of good faith as a pretext for transposing constitutional legal values into private law⁵³². In this sense, there is no reason to distrust the reasonableness and effectiveness of the German approach, which may well be seen as a legitimate reaction to the permanent danger of good faith as an open norm which allowed, during the Nazi Germany period, to achieve highly unethical and immoral results by the standards of modern society without textual change in law, however perceived as quite just and acceptable in the context of the ideology recognised at that time⁵³³. In 1958, in the Lüth case, the German Constitutional Court upheld the theory of the indirect influence of fundamental rights on private law (*mittelbare Drittwirkung der Grundrechte*)⁵³⁴, according to which fundamental rights form an objective system of values that influence private law through the principle of *Treu und Glauben* (§ 242 of the Civil Code)⁵³⁵.

Strictly speaking, two theories should be distinguished in our topic of interest⁵³⁶, based on the fact that constitutional law and civil law are fundamentally different branches and that the penetration of elements of one branch into the other must have a specific mechanics⁵³⁷. These are the theory of direct horizontal effect (*unmittelbare Drittwirkung*) and the theory of indirect horizontal effect (*mittelbare Drittwirkung*)⁵³⁸.

According to the theory of direct horizontal effect, fundamental rights affect the private law sphere in the same way as in the relationship between the state and the individual. The literature notes that the direct effect of fundamental rights in horizontal relations tends to be reinforced in the context of the protection of human dignity enshrined in Article 1 of the Basic Law of the Federal Republic of Germany⁵³⁹. However, as a general rule, the direct effect of fundamental rights unfolds in vertical

⁵³² BVerfGE 7, 198, 204.

⁵³³ Nam. K.V. The history of development of the principle of good faith (*Treu und Glauben*) in the period from 1900 to 1945 // *The Herald of Economic Justice of the Russian Federation*. 2018. № 6. P. 88.

⁵³⁴ BVerfGE 7, 198, 204.

⁵³⁵ General private law provisions have been described as "entry points" for fundamental rights in private law.

⁵³⁶ There is also a division between "vertical" (citizen-state) and "horizontal" (citizen-citizen) operation of constitutional rights. Eric Engle. *Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung)* // *HANSE LAW REVIEW (HanseLR)*. Vol. 5, №. 2. 2009. P. 165.

⁵³⁷ There is only one exception to the general rule of fundamental rights in the Basic Law in relation to "citizen-state". Paragraph 3 of Article 9 invalidates transactions aimed at restricting freedom of association. Article 9(3) invalidates transactions aimed at restricting freedom of association. See BAG NJW 2007, 622, 623.

⁵³⁸ Eric Engle. *Op. cit.* P. 165-173.

⁵³⁹ Detlev W. Belling, Antje Herold, Marek Kneiss. The validity of fundamental rights between private persons // *LEX RUSSICA (RUSSIAN LAW)*. T. 99. № 2. 2015 P. 27.

relations, which is manifested, for example, in the fact that a citizen may appeal to the Federal Constitutional Court in case of violation of his or her fundamental rights by public authorities⁵⁴⁰.

According to the theory of indirect horizontal effect, the Basic Law establishes an objective system of values that serves as the constitutional basis for decision-making in all branches of law in all categories of cases, not only in the context of protecting civil rights against violation by public authorities⁵⁴¹. The indirect effect of fundamental rights is manifested in their operation indirectly through general clauses prevailing in the relevant branches of law, such as good faith.

This value system centred on human rights naturally affects private law as well, since no private law norm can be in conflict with it and all civil law norms must be interpreted in accordance with its spirit. From the point of view of substantive and procedural law, however, a dispute between private persons about their rights and obligations arising, for example, from civil law transactions, which is influenced by fundamental rights, is still a dispute of private law. It is private law that is interpreted and applied despite the fact that the court must follow the rules of public law in the form of the Basic Law.

Regarding the Russian legal order, it would probably not be wrong to say that the current civil law is rather strongly imbued with the spirit of publicity through numerous imperative norms. This "creeping" process of public law has been somewhat mitigated by the emergence of a special mechanism for interpreting civil law norms⁵⁴². Nevertheless, the very need to balance the regulatory effect of a norm against its impact on third party rights or public interests already shows that it is possible to take constitutional rights requirements into account in the private sphere⁵⁴³.

In addition to the incorporation of preemptory norms into the private law fabric, the constitutionalisation of private law also occurs through abstract or specific

⁵⁴⁰ Art. 93 of the Basic Law of the Federal Republic of Germany. URL: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/ (Accessed 10.02.2020).

⁵⁴¹ Constitutional law. Under. Ed. Ed. by N.A. Bogdanova, op. cit. p. 144.

⁵⁴² Resolution of the Plenum of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation of 14.03.2014 № 16 "On freedom of contract and its limits".

⁵⁴³ See, for example, Article 169 of the Russian Civil Code with its category of "bases of law and order and morality".

constitutional control, for example by recognising an article of the Civil Code as unconstitutional⁵⁴⁴. The influence of constitutional rights on the private law sphere also occurs through interpretation (finding the constitutional-legal meaning) of the civil law categories relevant for the case in question⁵⁴⁵.

However, in the context of our topic, another question is certainly relevant: does Russian constitutional law allow for the direct exercise of constitutional rights and freedoms without their prior specification in the legislation in force?

A cursory glance at the operating principle of the Russian Constitution reflects a rather widespread public perception that Article 15(1) of the Russian Constitution allows the participants in turnover to invoke constitutional rights and freedoms and obliges them to respect them, including in horizontal relations. However, this is not the case because it is known in constitutional law theory that Article 18 of the Russian Constitution, which is special in this sense, expressly specifies the obliged subjects in the form of the public authorities⁵⁴⁶. Accordingly, the possible question about the addressee of constitutional rights has an obvious answer: direct observance of constitutional rights is expected primarily from the legislature, the executive and the judiciary. The legislator, when adopting new laws, is obliged to embody constitutional legal values in them, the correct translation of which is monitored by the Constitutional Court through its normative oversight procedure. On the other hand, the Court is indisputably bound by legal provisions by virtue of the principle of the separation of powers. However, when the legislator lays down a maximally abstract open rule in a private law body and the conditions of the particular dispute in question highlight, for example, a certain gap in regulation, he thus invites the judiciary into active enforcement (essence of law-making)⁵⁴⁷ in the context of the theory of indirect

⁵⁴⁴ Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation of 16.01.1996, № 1-P "On the case of verification of the constitutionality of parts one and two of Article 560 of the Civil Code of the RSFSR in connection with the complaint of citizen A.B. Naumov".

⁵⁴⁵ For example, the notion of "property" in the context of Article 35 of the RF Constitution. Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation of 16.05.2000, № 8-P "On the case of verification of the constitutionality of certain provisions of Article 104, paragraph 4, of the Federal Law 'On Insolvency (Bankruptcy)' in connection with the complaint by Timber Holdings International Limited

⁵⁴⁶ Dolzhikov, A. V. (2012). The Impact of Constitutional Rights on the Russian Legal System // Comparative Constitutional Review. 2012. № 6 (91). P. 114.

⁵⁴⁷ Lugmanov, R.R. The principle of good faith as a means of law development//Law and politics. 2021. № 5. P. 71.

horizontal effect. In this case, the court must base its decisions on a careful weighing of the objective values enshrined in the Constitution, masking this work with a formal reference to the sectoral law enforcement principle of good faith⁵⁴⁸.

Among the variety of constitutional-legal values that are principally conceivable as being relevant to our topic, we will especially highlight those that can be attributed to the economic basis of the constitutional order, which, however, in no way diminishes the importance of other values that may prove more significant in specific circumstances⁵⁴⁹.

Ownership, freedom of economic activity (in terms of the principles of freedom of contract and private autonomy), the market economy, freedom of movement of goods, services and funds, and support for competition are of particular relevance to the topic of information duties due to their direct relationship to the formation of a civil turnover.

No less important are the values enshrined in the new Article 75.1 of the Russian Constitution, among which the most relevant for us are: sustainable economic growth of the country, improvement of the well-being of citizens, social partnership and economic solidarity.

Finding and maintaining a balance between private and public constitutional and legal values will be the true *raison d'être* of all subsequent legal and economic analysis.

2.3.2 General prerequisites for disclosure

A comparative legal analysis of foreign laws is helpful in showing some general patterns in the regulation of information duties. Obviously, blind unreasoned transposition of foreign solutions is not welcome and so we may proceed only from

⁵⁴⁸ As the author correctly observes, "crystallisation of the principle of good faith in judicial practice should take place within the framework of the values and priorities set out in the Constitution of the Russian Federation". See: Main provisions of civil law: article-by-article commentary to articles 1-16.1 of the Civil Code of the Russian Federation [Electronic edition. Revision 1.0] / A. V. Asoskov, V. V. Baibak, R. S. Bevzenko [etc.] ; ed. by A. G. Karapetov. - Moscow: M-Logos, 2020. P. 187.

⁵⁴⁹ The predominant economic bias of the following presentation by no means implies an inevitable priority of economic constitutional values in their concrete manifestation. It is merely an attempt to describe the subject matter in a conceptual framework and using the relevant tools of the area of civil litigation in which economic arguments can potentially have greater a priori weight, which does not, however, exclude the influence of other values which the court will take into account and consider to be more relevant in a particular case.

those conditions for information duties that seem the most relevant. Such general preconditions for information disclosure are 1) the knowledge of the party of the circumstances to be disclosed, 2) (excusable)⁵⁵⁰ ignorance of the counterparty of these circumstances, and 3) awareness of the knowledgeable party of the existence of information asymmetry⁵⁵¹.

These are the most general, initial preconditions for information exchange, which, however, cannot be immutable, i.e. exceptions are sometimes allowed⁵⁵². Other aspects of the disclosure problem cannot be taken as basic because they are, in fact, conditions for disclosure/non-disclosure in specific cases, which are only relevant once the disclosure prerequisites have been established.

Each of the conditions for disclosure or non-disclosure used in this study is a concrete expression of objective value categories whose use in specific law enforcement becomes possible through a formal appeal to the category of good faith by the court, which in turn opens up the complex problem of correlating the relevant values⁵⁵³. The ideal situation in terms of legal certainty would seem to be that of a fixed and universally accepted hierarchy of constitutional values⁵⁵⁴. However, the question of whether the system of values is a hierarchical one is quite complicated and has not yet been answered unambiguously in legal science⁵⁵⁵. For example, V.D. Zorkin believes that the values enshrined in the Constitution form a systemic unity and are in a certain hierarchical co-subordination⁵⁵⁶. On the other hand, S.A. Belov, based on his

⁵⁵⁰ As we will see in the relevant section of our study, the criterion of apologetic ignorance is a rather controversial category. Such ignorance may be relevant but is difficult for the purposes of generalising its application.

⁵⁵¹ As noted at the start of this study, situations where there is no information asymmetry or knowledge of it, and even more complex situations where the reporting party is unaware of facts to be first "mined" for later disclosure, are outside the scope of our enquiry and are in fact the next and deeper stage in the development of the doctrine of information duties. It is only appropriate to move on to the next stage of the study once the basic principles of disclosure in the context of the realised existence of information asymmetry have been established and consolidated.

⁵⁵² For example, as we have already pointed out, it is sometimes conceivable that there is a duty on the debtor to know (to know) the circumstances to be disclosed or, for example, the excuse of ignorance may be disregarded in cases of risk of harm to life or health as well as in cases of wilful misrepresentation.

⁵⁵³ Constitutional values can be understood as a set of goals, attitudes, principles enshrined in the Constitution and/or elaborated by the Constitutional Court in the process of constitutional normative control, ensuring optimal development of an individual, society and state on the basis of the balance of private and public interests. See also Mamonov V. V. Constitutional values of modern Russia // *Vestnik of Saratov State Law Academy*. № 4 (93). 2013 г. P. 125- 132.

⁵⁵⁴ This, however, would be extremely difficult given the incompletely defined list of these values, as well as their fundamental fluidity in the strength of their mutual influence.

⁵⁵⁵ Sukhanova A.A. Constitutional values of modern Russia: hierarchy and competition // *Bulletin of Chelyabinsk State University*. Series: Law. 2015. № 23 (378). Vyp. 44. P. 53.

⁵⁵⁶ Zorkin, V. D. Axiological aspects of the Russian Constitution [Electronic resource] / V. D. Zorkin // *Comparative Constitutional Review*. – 2008. – № 4 (65). – P. 7–20

analysis of the practice of the Constitutional Court of the Russian Federation, notes the inconsistency of the value basis of the Constitution and, as a consequence, the Court's desire to find a compromise between liberal ideas of the priority of human rights and the principles of social solidarity, social responsibility and the priority of public interests⁵⁵⁷. Accordingly, a necessary consequence of the fundamental inconsistency of the core values and the lack of explicit priority of certain values in the Constitution is the problem of resolving conflicts between these values⁵⁵⁸.

Another constitutional-legal problem relevant in the context of value justification of information duties is the problem of competition of constitutional-legal values⁵⁵⁹. This problem arises when the same area of regulation can find its justification in different constitutional values. In the context of our topic, it is safe to assume that the right of a contracting party to retain information important to it and its counterparty can be justified with equal success by reference not only to freedom of economic activity (Articles 8 and 34 of the Constitution) but also, for example, to the right to private property (Article 35 of the Constitution)⁵⁶⁰, which is understood in the constitutional and legal sense quite broadly⁵⁶¹.

In the context of informational duties arising in horizontal binding legal relations, the question of the correlation between private and public interests arises quite frequently. One person's private property right may clash with the global public law value of maximising the public welfare, which can now be doctrinally derived from the new Article 75.1 of the Russian Constitution. The social solidarity often seen in informational duties to preserve the personal and property integrity of the uninformed

⁵⁵⁷ Belov S. Values of the Russian Constitution in the Text and in the Practice of its Interpretation // Comparative Constitutional Review. 2019. №4 (131). C.68–83.

⁵⁵⁸ S.A. Belov himself proves the fallacy of the assertions prevalent in the literature about the prevalence of the liberal values inherent in the Constitution by showing the opposite prevalence of public interests using some examples of the RF Constitutional Court's case law.

⁵⁵⁹ Sukhanova A.A. Op. cit. p. 54.

⁵⁶⁰ We do not consider freedom of information (Article 29 of the Russian Constitution) as it has long been recognised in constitutional law doctrine that it does not extend to horizontal relations of equal private actors. Freedom of information is intended to enable the individual to obtain information that is important for his or her social and political position in modern society. Accordingly, the addressee of this freedom is the State, which must not prevent the individual from exercising it. See: Bratanovsky S.N., Lapin S.Y. The right of access to information as an element of the constitutional right to information // Citizen and law. 2012. № 8. P. 23.

⁵⁶¹ The reasoning of the court's decision justifying whether or not there is a duty to inform in the dispute in question may also depend on this. See, for example, Article 1 of Protocol № 1 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

party coincides with ensuring the inviolability of that person's property, life, health and personal dignity and the overall aim of sustainable economic growth of the country and the welfare of citizens, since withholding information about facts that endanger the personal and property integrity of the contractual partner is, among other things, a source of irreparable social damage, the elimination of which in many cases will be cheapest for the more informed counterpart.

Finding a balance of equally competing values, identifying the convergence of several values in resolving a private dispute, trying to find exceptions to the frequent predominance of public interests over private interests - all these are the actual task of judicial review in civil disclosure cases, a powerful tool of which has been the ability to invoke the principle of good faith.

2.4. The economic and legal basis for information duties.

2.4.1. Characteristics of the information

The study of information duties without a description of the object of these duties looks somewhat strange. However, practically all contemporary (among those studied by the author) works in the field of information duties suffer from this problem, which gives away the attitude of the authors of such studies to the concept of information as a common and even intuitively understandable category. We would like to disagree with this approach and offer a number of noteworthy observations useful for further research.

In this matter, however, it is difficult to claim completeness of research, but in general there is no such goal. Any phenomenon of surrounding reality can be defined in a variety of ways, which will depend on the criteria underlying this logical operation. Accordingly, by identifying particular attributes of information in the context of the stated topic, one cannot claim to have done an exceptional job that does not allow for alternatives.

In contractual relations, knowledge of certain circumstances that are relevant to the transaction and influence the willingness of a party to enter into a contract in general or on certain terms in particular defines such information as private, if it is

known to only one party, or as public, if it is publicly available⁵⁶². This division correlates, to a large extent, with the division of information into asymmetric and symmetric information⁵⁶³. Symmetric information held by both parties need not, however, be publicly available. Full symmetry implies equality in knowledge of personal preferences, transaction parameters, value, etc. of the counterparty, which is usually not the case⁵⁶⁴. Asymmetric information represents the general rule and in this sense is of great practical importance in the form of an axiomatically taken basic category, the existence of which to some extent explains a number of market failures⁵⁶⁵, which may attract the attention of, for example, lawyers, who thereby obtain an economic justification for legal intervention in naturally occurring relationships.

Information about an object can be perceived directly or indirectly. In this sense, it is possible to distinguish between direct and indirect information. The use of various types of product labels is a good example of the existence of both types of information at the same time. Information on technical conditions of manufacturing, storage and transport, composition, safety measures, rules of use, etc. provide a person with direct information about a particular area of interaction with a given product. At the same time, this information may be accompanied by a trademark or service mark, which is an example of indirect information in that it provides useful information, for example, on the quality of the product by appealing to the company's reputation rather than conveying the technical specifications of its manufacture⁵⁶⁶.

The literature sometimes attempts to compare information with traditional economic goods. For example, it is pointed out that information is fundamentally different from other goods. Information is discovered and transmitted, whereas most

⁵⁶² R. Cooter, T. Ulen. Op. cit. P. 124.

⁵⁶³ Lugmanov R.R. Some problems of information duties. Foreign experience// State and law: Theory and practice. 2021. № 3. P. 68.

⁵⁶⁴ A. Mitchell Polinsky; Steven Shavell (ed.), Handbook of Law and Economics, Handbook of Law and Economics, Elsevier, edition 1, volume 1, number 1. 2007. P. 61.

⁵⁶⁵ A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell. Op. cit. P. 61.

⁵⁶⁶ For example, a tourist can choose a hotel based on relevant descriptions, location, room descriptions and services provided, or he or she can simply check into a Ritz hotel without choosing anything. See also: Kaplow L., Shavell S. Economic analysis of law // Harvard Law School and National Bureau of Economic Research Handbook of Public Economics, Vol. 3, Ed. by A.J Auerbach and M. Feldstein. 2002. P. 1701.

economic goods are produced and consumed⁵⁶⁷. It would seem, however, that such a characterisation is not accurate.

Information can not only be transmitted but also quite easily consumed (used) by the information holder himself, especially when its transmission is economically undesirable for the purpose of releasing its value⁵⁶⁸. Consumption of information is very specific: unlike other goods, consumption of information does not quantitatively reduce it, but it reduces its utility, which is, however, characteristic of all consumption, regardless of the type of good.

Similarly, information can not only be detected but also produced (in a broad sense)⁵⁶⁹. Given the potential difficulty of clearly distinguishing between information detection and information production, the division of information as some prediction, foresight (future knowledge) and discovery proposed by J. Hirschleifer is more interesting. While the former will in due course be obvious to the uninformed, the latter does not necessarily, but probably already exists, although it is hidden from view until some creative effort is made and a discovery is made⁵⁷⁰. Accordingly, using the above division, information can also be thought of as that which has social value (discovery) and that which has private value (actually only affecting the price of some good, redistributing income in favour of the informed person)⁵⁷¹. It is pointed out that the possession of private information to redistribute wealth to the benefit of the person who possesses it does not benefit society. On the other hand, inventions and discoveries of all kinds "increase the size of the pie" by increasing the public welfare. Such information is also called productive or technological⁵⁷² information.

⁵⁶⁷ R. Cooter, T. Ulen. Law and Economics; translated from English under the scientific ed. by D. Raskov with the participation of M. Timofeev.-M.: Publishing house "Delo" RANEPA, 2018. P. 506.

⁵⁶⁸ Arrow, K. J. Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention. Readings in Industrial Economics, 1972. P. 225.

⁵⁶⁹ For example, intellectual property, as the legally recognised and protected results of human creativity.

⁵⁷⁰ See Jack Hirschleifer for more details. The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity. The American Economic Review, Vol. 61, №. 4.1971. pp. 561-574.

⁵⁷¹ Kaplow L., Shavell S. Economic analysis of law. Harvard Law School and the National Bureau of Economic Research. Handbook of Public Economics, Volume 3, Edited by A.J Auerbach and M. Feldstein. 2002. P. 1700.

⁵⁷² Jack Hirschleifer. The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity. The American Economic Review, Vol. 61, №. 4. 1971. P. 569; R. Cooter, T. Ulen. Law and Economics; translated from English under the scientific ed. by D. Raskov with the participation of M. Timofeev.- M.: Delo Publishing House RANEPA, 2018.- P. 509. The authors, understanding the complexity of convincing division of information into the above types, propose a third, "mixed" type of information.

In addition to productive and redistributive information, the literature mentions safety-related information, which aims to help those involved in trafficking avoid harm⁵⁷³.

There are references in the literature to information that can be used once or repeatedly⁵⁷⁴. For example, if a mineral is found in the subsoil of a particular piece of land, its use by developing that piece of land would actually lead to the disclosure of such information and even to its depreciation. The relevance of this example, however, may be disputed, due to the secondary and even multi-stage effect of disclosure of this kind of information. Mutual adjustment by market players in one way or another associated with the market for a given resource and its substitute (as well as related goods) will occur in waves and over time. Moreover, even if we limit the impact of this information to a single entity and look only at the private redistributive effect, we can again see that the use of the information is potentially repeated, at least as long as there are willing traders during the price correction under the influence of this information⁵⁷⁵.

On the other hand, the use of information classified as productive will more often than not actually have a lasting effect, the benefits of which will somehow be enjoyed by the various parties involved.

Comparing information with any other economic good, we can see similarities in a key feature: the ability of information to satisfy the needs of civil society actors, to bring utility. At the same time, among the various attributes of economic goods relating to information, the attributes of non-competitiveness in consumption and non-excludability from consumption are sometimes distinguished⁵⁷⁶. Information is said to be non-competitive in consumption because it is capable of being consumed by other actors without interference and its utility is not reduced⁵⁷⁷. It would seem, however,

⁵⁷³ R. Cooter, T. Ulen. *Op. cit.* p. 513.

⁵⁷⁴ Kaplow L., Shavell S. *Economic analysis of law*. Harvard Law School and the National Bureau of Economic Research. *Handbook of Public Economics*, Volume 3, Edited by A.J Auerbach and M. Feldstein. 2002. P. 1699.

⁵⁷⁵ That is, the value of information and the ability to use it repeatedly is subject to saturation and the marginal benefit gradually diminishes until a new supply and demand equilibrium is formed, one way or another, that includes all available information.

⁵⁷⁶ R. Cooter, T. Ulen. *op. cit.* p. 162.

⁵⁷⁷ This is pointed out by R. Cooter and T. Ulen, who focus only on third-party accessibility, in effect confusing this with another ground, that of the exclusion of a good.

that this attribute is not common to all information, especially if it is private redistributive information, the relevance of which is measured by a small-time span.

Information is also considered to be non-excludable from consumption, since it is recognised that it is very difficult to attempt to prohibit another person from enjoying this type of good. Such legal or technical prohibitions certainly exist, but their practical effectiveness is limited. This problem is explained by the impossibility of appropriating information in the classical sense. Quite often it is expensive to create information and cheap to copy and transmit it⁵⁷⁸. In this sense, information is sometimes compared to public goods, trying to find certain similarities in key characteristics⁵⁷⁹.

The purpose of information is either a good that allows us to satisfy directly the needs of those involved in circulation, or a good that can act as a factor of production (a secondary good)⁵⁸⁰. As G. Stigler rightly observes, the information one possesses in the labour market is capital, which yields higher wages than if the job was obtained in the absence of the necessary information⁵⁸¹. This thesis can easily be generalised by seeing many situations in which information gives its holder some advantage in increasing the utility of possessing or acquiring other goods, which in general indicates the complexity of the category in question, the characteristics of which are highly situation-dependent.

Finally, the myth that information is easy to sell should be dispelled. This finds support among those academics who underestimate the intrinsic value of information as a good, underestimate the impact of market failures and overestimate the power of legal instruments⁵⁸².

Information cannot be just as easily sold as, for example, a table⁵⁸³. The buyer can always ascertain, if not the quality of the table (or some degree of quality), then at

⁵⁷⁸ R. Cooter, T. Ulen. op. cit. p. 162; Arrow, K. J. Op. cit. P. 225.

⁵⁷⁹ Stiglitz, J. E. The Contributions of the Economics of Information to Twentieth Century Economics. *The Quarterly Journal of Economics*, 115(4), 2000. P. 1448.

⁵⁸⁰ If we look at the question broadly enough, we can see how any redistributive information (some knowledge of the market context, for example) will always be a secondary good whose value is realised through some market behaviour that results in (redistributed in favour of the actor) new goods that were the actor's true purpose.

⁵⁸¹ George J. Stigler. Information in the Labour Market. *Journal of Political Economy*. Vol. 70, №. 5. 1962. P. 104.

⁵⁸² Eisenberg, M. A. Disclosure in Contract Law. *California Law Review*, 91(6), 2003. P. 1660.

⁵⁸³ Stiglitz, J. E. Op. cit. P. 1449.

least its basic properties by simply looking at the item. With information it is not so⁵⁸⁴. There is a serious paradox in the demand for information: the value of information is unknown to the buyer until he receives it. But then he gets it virtually for free and there is no convincing reason why the buyer would pay for it, because, for example, the information disclosed by the buyer will not meet the expectations of the buyer, who had no prior opportunity to evaluate it, or it will be valuable to the buyer, but because of opportunism (moral hazard) he will pretend that the information was worthless⁵⁸⁵. Consequently, the seller may retain possession of the information without disclosing it before the sale, but the potential buyer will base his decision to buy on less relevant criteria. For example, he may rely on an average value of the information under comparable conditions, relying on past experience⁵⁸⁶. In this case, this averaging and some sort of discounting of the price of the information being bought inevitably leads to a sub-optimal distribution of the information sold⁵⁸⁷.

The principal separability of information (its non-competitive use) as well as the property of trustworthiness predetermine the characteristic of information as a commodity⁵⁸⁸. For example, if the consumer can buy the same product many times in a shop, then each unit of information as a commodity must be fundamentally different from other units of information already sold to the same person. As to the non-excludability from consumption, to which must be added the well-known problem of moral hazard, as a result of such complications there is no sense in treating any information as an ordinary commodity in any serious way and the protective mechanisms of legal regulation (such as patent law) only slightly alleviate the problem, but do not bring it any closer to a complete solution.

With appropriately configured legal rules, information has the potential to become a commodity, but it should always be understood that no amount of legal protection can make an intangible object such as information a full-fledged

⁵⁸⁴ Jack Hirshleifer. The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity. The American Economic Review, Vol. 61, №. 4. 1971. P. 565.

⁵⁸⁵ Stiglitz, J. E. Op. cit. P. 1449.

⁵⁸⁶ The problem of adverse selection in a market with asymmetric information about the quality of a product when it is not possible to be assured of its quality in advance leads to price averaging based on previously tested experience.

⁵⁸⁷ Arrow, K. J. Op. cit. P. 226.

⁵⁸⁸ R. Cooter, T. Ulen. op. cit. p. 507; Arrow, K. J. Op. cit. P. 225.

commodity. The mere use of the information itself necessarily discloses it at least in part. Any buyer can break the seller's monopoly on information before the contract is even concluded. In this sense, the only guaranteed way to extract value from the possession of the information is through the use of the information by the original holder himself⁵⁸⁹. However, would such use be socially effective? Would he be able to use the information as effectively as another person who might have valued the information more than the possessor? Accordingly, it is easy to see that if information is to be regarded as a commodity, it is a commodity with particular attributes that make it very difficult to achieve optimal distribution. On the one hand, any information, e.g. about a new mode of production, an increase in its efficiency, etc., a socially useful "discovery" should be publicly available and free of charge (preferably at the cost of transmission). This combination of information and good (resource) creates the preconditions for using the latter with the greatest possible increase in public welfare. On the other hand, this optimal (and free) use of information by those who can get the most out of it does not create any incentives to produce such information, to invest in its discovery⁵⁹⁰.

In order to better understand the subject area of regulating information duties, it is necessary to clearly understand the basic mechanics and principles of contractual interactions between parties to a transaction.

2.4.2. The economic mechanics of a market transaction

Market transactions are, as a general rule, undertaken solely in the interests of their participants⁵⁹¹, who generally have the ability to reliably estimate⁵⁹² their benefits (against the costs) and voluntarily enter into the transaction. This thesis, however, does not take into account various influencing factors of which those involved in the transaction are unaware or choose not to be aware. For example, in the absence of

⁵⁸⁹ Lugmanov R.R. Some problems of information duties. Foreign experience// State and law: Theory and practice. 2021. № 3. P. 69.

⁵⁹⁰ Arrow, K. J. Op. cit. P. 227.

⁵⁹¹ Rational choice theory, which we take as the basis for our research, is not at all at odds with pro bono transactions either. Ultimately, even charity satisfies certain personal needs of the benefactor, which can also be maximised.

⁵⁹² Obviously, such an assessment is subjective, and in this sense credibility represents only a self-fulfilling awareness of one's goals, values and interests. Odintsova M.I. Economics of Law. Textbook. - Moscow: Publishing House of the Higher School of Economics. 2007. P. 5

appropriate incentives, the external effects produced by the transaction are poorly taken into account by those involved in the transaction, so long as the existence of these effects in itself has little effect on the possibility of satisfying their own interests⁵⁹³.

A fundamental feature of any voluntary transaction⁵⁹⁴ is that it can only take place if the good to be transferred⁵⁹⁵ is valued less than the good to be acquired in return⁵⁹⁶. Any speculation about the equivalence of the goods exchanged represents a notable oversimplification of reality, as it overemphasises the final observable contractual price, which is the result of the bargaining that has taken place. However, there should be no doubt that if the parties had valued the goods to be exchanged equally, no transaction would have taken place.

From the perspective of rational choice theory, any traders will seek to maximise their utility (or profit in the case of traders), which means obtaining more goods per unit of inputs, or a given amount of goods but with less inputs⁵⁹⁷. This rational decision-making formula is characteristic of both parties to a proposed bargain, resulting in a natural state of competition even within a single transaction.

Each party has information about its own valuation of the good to be transferred and received, which does not coincide with the same valuation carried out by the counterparty. However, both parties benefit from the resulting market co-operation as a result of the transaction if the resources are shifted towards the most beneficial future use as a result of voluntary bargaining⁵⁹⁸. The result arising from the difference between the value of transferred and received goods is called cooperative gain, which

⁵⁹³ Mackaay, Ejan. *Law and Economics for the Continental Legal Tradition*; translated from English, ed. by D. Raskov.- M.: Delo Publishing House RANEPА, 2019. P. 57; Posner R. A., *Economic analysis of law* : in 2 vol. / Translated from English, ed. by V. L. Tambovtsev. SPb. : Economic School, 2004. T. 1. P. 26.

⁵⁹⁴ And with the right level of abstraction, a no-bid deal.

⁵⁹⁵ Here and thereafter we do not distinguish between benefits and resources, which is a simplification of presentation, except where this distinction may be relevant in the sense of the question under discussion.

⁵⁹⁶ Mackaay, Ejan. *op. cit.* p. 44, 135; Winter G. *Issues of Law and Economics* / translated from English by T. Shishkina; edited by M. Odintsova.-M.: Gaidar Institute Publishing House, 2019. P. 127

⁵⁹⁷ A key axiom of economic theory is a fairly simple explanatory idea: individuals take those actions that they believe will give them the greatest net benefit, minus any costs associated with those actions. See. : Heine P. *The economic way of thinking*. Publishers: Catallaxy News, 1997. P. 23. This economic logic is prompted by the harsh reality of life: in our world, resources are limited, which cannot be said for human needs. See: Posner R.A., *op. cit.* p. 4; Ellikson. R. *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes* / translated from English by M. Markov and A. Lashchev; Ed. by D. Kadochnikov.- Moscow: Gaidar Institute Publishing House, 2017. P. 308; Karapetov A.G. *Economic analysis of law*. - Moscow: Statute, 2016. P. 43.

⁵⁹⁸ Cooter R., Ulen T. *op. cit.* p. 105.

is technically shared by means of an agreed contractual price⁵⁹⁹. Accordingly, the specific numerical value of the price within the limits of the implied cooperative gain depends, among other things, on the particular party to the transaction knowing (guessing) about the valuation of the good to be transferred in return. Information about someone else's intrinsic valuation of the good to be transferred allows the informed party, using some bargaining power, to obtain a larger share of the cooperative gain, which corresponds to the basic ideas about the motives of rational actors in the market economy to make efficient decisions⁶⁰⁰. Thus, the division of the resulting cooperative gain will not necessarily be equal⁶⁰¹.

In a practical sense, the problem of lack of information about the intrinsic value of the good being transferred is somewhat mitigated for those types of goods that are either abundant on the market (mass produced goods) or that have easily recognisable substitutes. In such cases, trying to find out the counter-value of the traded good makes little sense because if, for example, the seller is not satisfied with the local market price, he will simply not enter that market with his offer; neither will the buyer in his valuation of the money (or other good to be exchanged) to be paid⁶⁰². Each participant in this market will have an almost unique valuation of the good to be transferred, but this will not make much difference to the counterparty (he cannot get the marginal benefit of continuing to negotiate in order to redistribute the cooperative gain), because the competitive market of like goods will not allow this⁶⁰³. On the other hand, appropriate knowledge of internal valuation is almost always relevant in a market for unique goods, where there are no clear external price targets and where the

⁵⁹⁹ And this is the only thing that is available to outside observers, and which gives the illusion of achieving some kind of equivalence in the exchange.

⁶⁰⁰ Hereafter, issues of efficiency in the allocation of benefits and resources, but not production, are addressed except where specifically indicated.

⁶⁰¹ It is interesting to note that if the parties knew someone else's valuation of the good to be transferred and consequently the size of the cooperative gain, then in the absence of other negatively influencing factors shifting the balance of bargaining power, the division of the cooperative gain would be roughly equal. This idea can be justified indirectly through the results of the Ultimatum game from game theory. Salant, S. W., Sims, T. S., Baird, D. G., Gertner, R. H., & Picker, R. C. *Game Theory and the Law: Ready for Prime Time?* *Michigan Law Review*, 94(6). 1996. P. 1878.

⁶⁰² In reality, the decision to buy the good at the appropriate price is influenced by another factor: opportunity cost, the full knowledge of which would make the transaction more efficient.

⁶⁰³ Including in terms of the high marginal cost of additional, unique negotiations when there is a cheaper alternative opportunity to obtain a different adequate offer with a more predictable distribution of the hypothetical cooperative benefit.

individuality of the size of the cooperative gain to be distributed becomes highly relevant in the context of efficient allocation of good⁶⁰⁴ .

2.4.3. Efficient goods distribution and transaction costs

When the participants in a turnover undertake transactions which, in their subjective opinion, increase their welfare by increasing the value they receive or, in other words, by sharing cooperative gain (where everyone receives what they value more than what they give up in return), another problem arises, which is that the rational behaviour of counterparties in a particular transaction (by striving to maximise their utility) does not mean that the redistribution that took place is optimal from the perspective of the social wealth maximization⁶⁰⁵ .

The social wealth maximization as the goal of economic development has long been recognised as a social value. Obviously, within the framework of various schools of economics this value is subjected to a corresponding revision, however, within the framework of this research the author does not make an explicit attempt to combine other competing economic values of social development in a single system. However, it is neither possible nor rational to completely abandon any value reference point in the construction of economic models.

In any case, a kind of functional independence of the rational behaviour of traders means that under certain conditions (e.g. equal bargaining power, availability of perfect information etc.) any voluntary distribution of benefits in a particular

⁶⁰⁴ As R. Cooter and T. Ulen point out, an essential element of any bargaining strategy is to anticipate how much the counterparty is willing to concede. See. Cooter R., Ulen T. Op. cit. P. 126. Economists often think in terms of marginal costs and benefits (marginalism). Only when marginal benefits from continuation of negotiations exceed the marginal costs of negotiations can a rational actor be induced to continue negotiations. But to estimate the marginal benefits properly, one needs at least a rough understanding of the value 'bottom' for a given type of good in the eyes of its holder. See, however, a critical analysis of this approach in Simon, G. A. Rationality as a Process and Product of Thinking. Thesis, 1993. Vol. 3. P. 17.

⁶⁰⁵ Maximisation is about choosing the best alternative, under existing constraints. The sum of efficient transactions that maximise the utility of individuals (or profit, in the case of firms) leads to the maximisation of social welfare. Accordingly, this behaviour of individuals pushes them towards a quiescent point or equilibrium. However, as R. Cooter and T. Ulen observed, they do not seek this equilibrium. They simply try to maximise what their interest is aimed at. See: Cooter R., Ulen T. op. cit. p. 18; Ellikson. R. op. cit. p. 308; Odintsova M.I. op. cit. p. 5.

transaction will be Pareto-effective, but only a distribution that directs the good to those who value it most in the market⁶⁰⁶ will maximise social welfare⁶⁰⁷.

When there are perfect markets for all goods and services, when no rational actor has market power (i.e. does not act as a pricing agent), when there are no externalities, when everyone has symmetric and perfect information, when there are no transaction costs, there is a general competitive equilibrium in the economy, which would also be Pareto efficient⁶⁰⁸. However, this ideal aggregate of these elements does not exist in reality, which consequently makes the question of the most efficient allocation of goods relevant, regardless of whether the goods in question are unique or not, or whether there are sufficient substitutes for them⁶⁰⁹.

If we look at the problem in a narrow segment, however, we can pose the following question: how will a given turnover participant meet its unique counterpart, conclude a transaction with it that will create and share the maximum possible co-operative benefit? The answer is fairly obvious: this is impossible in a non-zero transaction cost environment⁶¹⁰.

As R. Coase rightly points out, in order to make a deal, it is necessary to determine with whom it is desirable to conclude it, notify the potential counterparty of its terms, conduct negotiations, prepare the contract, then collect other information to make sure that the conditions of the contract are met, etc.⁶¹¹ All these actions entail fairly significant costs, the extent of which depends among other things on the degree of diligence of the actor in seeking to maximise his utility⁶¹². As a consequence, we can assume with some certainty that high transaction costs are an obstacle⁶¹³ to the transactions that would obviously take place in a world where markets would work

⁶⁰⁶ And this is not necessarily a party to the transaction in question.

⁶⁰⁷ A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell. Handbook of Law and Economics, Elsevier, edition 1, volume 1, number 1. 2007. P. 22.

⁶⁰⁸ Hatzis, Aristides N. Op. cit. P. 165. The state when all the benefits of exchange are exhausted. This described state corresponds to the First theorem of welfare economics. A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell. Op. Cit. P. 23.

⁶⁰⁹ Cooter R., Ulen T. op. cit. Op. cit. p. 52.

⁶¹⁰ And that's on top of all the other problems mentioned above.

⁶¹¹ The specific composition of transaction costs can vary according to the views of researchers.

⁶¹² Subsequently, we will see that the law of diminishing marginal utility also applies to information seeking.

⁶¹³ According to a study by John Wallis and North (Wallis and North 1986), transaction costs were 45% of US GDP in 1970. 45% OF US GDP. See. Merкуро, N., Medema, S. Economic Theory and the Law: from Posner to Postmodernism and Beyond / translated from English by T. Shishkina; scientific editor of the translation by M. Odintsova. - Moscow: Gaidar Institute Publishing House, 2019. P. 457.

without costs⁶¹⁴. And if we try to roughly summarise the variety of types of transaction costs, then, as E. Mackaay aptly pointed out, such costs should in principle be understood as everything that prevents parties to a transaction from reaching a mutually beneficial agreement⁶¹⁵.

Regardless of which literature is examined, one of the main aspects of the general problem of transaction costs is the particular problem of ignorance (how to find a counterparty, how to exchange information, describe, verify, measure goods, monitor performance, etc.)⁶¹⁶. For example, parties make efforts to find contractual counterparties, and it is clear that their search efforts will generally not be optimal from a social point of view⁶¹⁷. On the one hand, they may not search sufficiently: since the surplus gained in the search for a contractual partner is usually divided between them in the bidding process, the private returns from the search may be less than socially necessary. On the other hand, traders may search more than is socially desirable because of the excessive expenditure of resources (e.g. the same time)⁶¹⁸.

Among other things, R. Coase raised the question of the role of transaction costs in the context of the efficient allocation of resources. He investigated the nature of the firm and concluded that an alternative form of organisation of the economy that could achieve high results without the considerable transaction costs generated by the market⁶¹⁹ could be permissible and would in turn increase the value of production⁶²⁰. In another paper Coase actually reverses the standard approach to externalities, unquestioned in the context of the Pigou doctrine, proving the reciprocal influence of both the source of such externalities on the perceiver, and vice versa. Subsequently, on

⁶¹⁴ Coase R. The firm, the market and the law / Translated from English: Novoe Izdatelstvo, 2007. P. 109; Douglas W. Allen, Transaction costs. 1999. P. 908; Hatzis, Aristides N. Op. cit. P. 165; Stiglitz, J. E. The Contributions of the Economics of Information to Twentieth Century Economics. The Quarterly Journal of Economics, 115(4), 2000. P. 1445. Karapetov A.G. op. cit. P. 167.

⁶¹⁵ Mackaay, Ejan. op. cit. p. 249.

⁶¹⁶ Douglas W. Allen, Transaction costs. 1999. P. 906.

⁶¹⁷ Any reflection on information in the context of transaction costs must begin with the recognition that information is also a resource, and often not a free one. Heine P. Op. cit. p. 41

⁶¹⁸ Kaplow L., Shavell S. Op. cit. P. 1703.

⁶¹⁹ Axiom: markets do not work for free. See: Armen A. Alchian, Harold Demsetz H. Production, Information Costs, and Economic Organization. The American Economic Review, Vol. 62, №. 5. 1972. P. 783.

⁶²⁰ As Coase points out, the 'price mechanism of production organisation' has an obvious cost, which is finding out the relevant prices. The author points out that these costs can be reduced by the emergence of specialists who will sell this information, although he is sure that these costs cannot be eliminated completely. He also draws attention to the costs of negotiation and contracting for each transaction, which are inevitable in market mechanisms. Coase R. Op. cit. p. 41.

the basis of R. Coase's work, G. Stigler derived what is now called the 'Coase theorem', which can be understood as predicting that contracting parties can successfully negotiate the efficient allocation of resources regardless of the initial entitlement⁶²¹, unless these parties incur transaction costs⁶²². Thus, although transaction costs are ubiquitous and the very idea of a world without such costs seems illusory, the direction of scientific and practical efforts is clear: it is necessary to seek ways to reduce transaction costs, much of which is the cost of finding and processing information⁶²³.

2.4.4 Incompleteness of contracts, uncertainty, limited rationality

The factors listed in the title add to the specifics that need to be taken into account when building effective model disclosure rules.

The role of uncertainty in exchange transactions is large and quite negative. For example, uncertainty of property rights restricts trading, reduces the value of the asset⁶²⁴ because of the presence of increased risk and the need to provide in the price of the asset a kind of insurance premium due to the buyer.

Economic efficiency requires eliminating various kinds of ambiguities, e.g. by effective rules on acquisitions, limitations on vindication, (book) ownership of real estate, etc., which would predictably clear title from defects, ensure that ownership is transferred (secured) to those participants in the turnover who value it more⁶²⁵. Such rules should not encourage theft; at the same time, they should encourage owners to keep an eye on their property, reduce the cost to counterparties of searching for persons

⁶²¹ As has been rightly pointed out, law is unnecessary and undesirable when bargaining is successful, but law is necessary and desirable when bargaining fails. See Cooter R., Ulen T. op. cit. p. 114.

⁶²² In the absence of transaction costs, resource allocation is independent of the allocation of property rights. See: Douglas W. Allen. Op. cit. P. 897. Or. "If property rights are clearly defined and the resulting powers can be exchanged freely, and if the transaction costs (including the costs of gathering information, the costs of negotiating and the costs of enforcing the rights) are zero, then resource allocation will be efficient and unchanged whatever the original allocation of property rights". See: Odintsova M.I. Op. cit. P.38. There are a large number of variants of the Coase theorem that apply in different areas of life.

⁶²³ See: Douglas W. Allen. Op. cit. P. 902. To complete the picture it is worth mentioning the flip side of the problem of reducing transaction costs. In the shadow of the explicit function of information to enable a better distributional outcome is its flip side: to prevent less efficient actors from obtaining a valuable resource. See Stigler's work in the labour market context. Stigler G. J. Information in the Labour Market. Journal of Political Economy. Vol. 70, №. 5. 1962. P. 104.

⁶²⁴ And in many cases it will be a matter of worsening selection and underinvestment (or even non-investment) in relatively risky activities. Failure to account for non-obvious circumstances and the resulting inability to reallocate risk in advance will result in sub-optimal resource allocation. Arrow K. J. Op. cit. P. 224; Cooter R., Ulen T. Op. cit. p. 219.

⁶²⁵ Cooter R., Ulen T. Op. cit. p. 219.

authorized to dispose of the relevant assets, and facilitate the return of lost and abandoned items into circulation.

In an ideal world, in the absence of intervening factors, a contract can be perfect. Such a contract provides for a fully enforceable obligation that ideally satisfies the objectives of the creditor and the debtor. The ideal contract provides for and settles all once unforeseeable circumstances⁶²⁶. In reality, however, uncertainty in the circumstances affecting the decision-making of a rational participant in the transaction is an inherent part of life, which must necessarily be taken into account⁶²⁷. Lack of information can lead to a change in the value of a transaction or even to its unenforceability, to the loss of the purpose (meaninglessness of the execution), or to a mistake⁶²⁸. Accordingly, it seems plausible that if the parties could have foreseen potentially relevant circumstances, they would have incorporated them into the contract⁶²⁹. However, this is not the case.

An alternative explanation for incomplete contracts is the existence of the aforementioned transaction costs, as nothing in the market works for free⁶³⁰. There is a huge practical difference between knowing the various potential circumstances that affect the efficiency of resource reallocation and being able to negotiate contractual terms that take into account the risks of these circumstances. Moreover, the ill-considered assumption that certain circumstances are likely to arise, combined with a failure of rationality on the part of one of the negotiating parties, can prevent a contract from being concluded at all⁶³¹.

It is fundamentally impossible to foresee and then negotiate all potentially unforeseeable circumstances that may be relevant to the performance of the parties'

⁶²⁶ Hatzis, Aristides N. Op. cit. P. 165.

⁶²⁷ Mackaay, op. cit. p. 54.

⁶²⁸ Cooter R., Ulen T. op. cit. p. 504-505.

⁶²⁹ Stiglitz, J. E. Op. cit. P. 1444.

⁶³⁰ Kostritsky, Juliet P., "Bargaining with Uncertainty, Moral Hazard and Sunk Costs: A Default Rule for Precontractual Negotiations". Faculty Publications. 1993. P. 652; Cooter R., Ulen T. Op. cit. P. 216; Schwartz, Alan and Scott, Robert E., 'Contract Theory and the Limits of Contract Law'. Faculty Scholarship Series. Paper 308. 2003. P. 595; Armen A. Alchian, Harold Demsetz. Op. cit. P. 783.

⁶³¹ There is nothing unequivocally positive about this. The fact that a party has avoided a "mistake" by refusing to enter into a contract without agreeing to a condition that governs the risk of an unlikely but subjectively important circumstance for that party does not lead to an efficient allocation of resources, but only points to the irrationality of the person's thinking.

obligations⁶³². The costs of such an impractical action would outweigh any benefits that such a detailed contract could bring⁶³³. Accordingly, the potentially high cost of entering into a perfect contract leads to all contracts being effectively incomplete⁶³⁴.

The problem of contractual incompleteness is multi-layered. The difficulties are not just in recognising the once unforeseen circumstances and being able to agree on the allocation of the risk of such circumstances occurring. The difficulties lie in the very measurement of the probability of the relevant risk materialising and the magnitude of the loss in the event of such materialisation. The product of these two values is the expected value of the loss and the economic basis for future negotiations to redistribute the risk between the parties and to determine a kind of insurance premium which will be taken into account in the contract price or in some peripheral terms which establish a new contractual balance between the contractual "insurer" and "insurant"⁶³⁵.

Ideally, rational market participants will continue to specify the expected value of losses from the occurrence of more and more potential events and negotiate the inclusion of additional contractual terms that include the risk of these events until the costs of clarifying these events plus other transaction costs are equal to the expected losses (less the "insurance premium"), which, through more detailed specification, can be mitigated (transferred to the party that is cheaper to deal with them)

And here it becomes apparent that another problem is directly linked to the problem of contractual incompleteness: the rationality of the traders⁶³⁶. From the perspective of rational choice theory, a market participant must seek to maximise his utility, whatever it is expressed in the best possible way⁶³⁷. Having this orientation, a rational person commensurate his position before the conclusion of the contract and his expected position after its conclusion. It is obvious that the decision-maker's

⁶³² Lugmanov R.R. Silence about circumstances: criteria for determining information subject to disclosure//Law. 2017. № 9. P. 48.

⁶³³ A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell. Op. cit. P. 76.

⁶³⁴ Ibid., 76; Hart, O. Incomplete Contracts and Control. American Economic Review, 107(7), 2017. P. 1732.

⁶³⁵ Rational market participants will redistribute risk in such a way that it is borne by the party who is cheaper to offset the negative consequences. However, in response to this 'insurance', this party must receive some form of 'insurance premium'. Posner, R.A. Op. cit. p. 144.

⁶³⁶ Kostritsky, Juliet P. Op.cit. P. 651; A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell. Op. cit. P. 75.

⁶³⁷ Schwartz, Alan, Scott, Robert E. Op. cit. P. 551.

situation should improve as a result of the conclusion and performance of the contract⁶³⁸. Again, some authors point to two aspects of rationality: 1) the general aiming at improving one's position⁶³⁹ and 2) forming the expectation of achieving this result by the means chosen⁶⁴⁰. While in the first sense it is rather difficult to argue that people can be systematically irrational⁶⁴¹ (putting aside any pathologies that lead to overtly destructive behaviour), there is some concern about the assumption that people are rational in the second sense. Humans are extremely poor at correctly assessing the likelihood of events occurring, especially small ones⁶⁴². The capacity of the human mind to correctly form expectations and then solve complex problems based on a multitude of variables is very limited⁶⁴³. As G. Simon points out, «complexity is deeply inherent in the very nature of things, and the development of acceptable approximation procedures and heuristics... is at the very core» of human intelligence⁶⁴⁴.

In addition to this, it has been recognised and experimentally proven by scientists that there are a large number of systematic mistakes in thinking (cognitive distortions)⁶⁴⁵. These aspects of the problem lead to the realisation that it is impossible⁶⁴⁶ and pointless to strive for total transparency because it is in principle impossible to make completely rational decisions on the basis of any significant amount of relevant information⁶⁴⁷. Consequently, in practical terms, it is only possible to speak of a satisfactory level of claims in the context of the limited rationality that is actually emerging among the parties to the transaction⁶⁴⁸. However, this reasonable sufficiency

⁶³⁸ In economic theory, a rational person is a maximiser who accepts only the best option. Herbert A. Simon. *Ibid.* Op. cit. P. 24.

⁶³⁹ Odintsova M.I. *Op. cit.* p. 107.

⁶⁴⁰ A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell. *Op. cit.* P. 41.

⁶⁴¹ Odintsova M.I. *Op. cit.* p. 5.

⁶⁴² Computational power constraints may be important constraints within the understanding of rational choice. Simon, H. A. *A Behavioral Model of Rational Choice. The Quarterly Journal of Economics*, 69(1), 99. 1955. P. 101.

⁶⁴³ The specialist literature even points out that it is not entirely correct to talk about utility or profit maximisation under conditions of uncertainty and expectations. Accordingly, scholars have attempted to account for this problem by introducing the notion of subjectively expected utility maximisation (SOP) as a criterion of rationality. See for more criticism: Herbert A. Simon. *Rationality as a process and product of thinking. Thesis, 1993. Issue. 3. P. 28.*

⁶⁴⁴ Herbert A. Simon. *op. cit.* p. 32.

⁶⁴⁵ Some of the numerous cognitive mistakes are also described in the national literature. See, for example, Karapetov A.G. *op. cit.* p. 70-87.

⁶⁴⁶ Karapetov A.G. *op. cit.* p. 101.

⁶⁴⁷ That is, this is evident even beyond the realisation of the existence of an optimal equilibrium point at which the marginal cost of seeking additional information reaches the size of the marginal benefits of such seeking. See, for example, George J. Stigler. *Op. cit.* P. 96; Mackaay, Ejan. *Op. cit.* P. 48.

⁶⁴⁸ Herbert A. Simon. *Op. cit.* p. 33.

as a characteristic of a satisfactory level of claims will always be extremely subjective and in this sense difficult to assess for an outside observer⁶⁴⁹.

2.4.5 External effects

The production of goods and their subsequent exchange clearly do not take place in a vacuum. Externalities in this sense are the actual and usually unaccounted for effects of certain activities (production, transactions) on third parties⁶⁵⁰. The main perceived problem seems to be that omnipresent externalities are not accounted for in the price system and in contractual terms, nor do they participate in the decision to produce certain goods or extract resources (no internalisation⁶⁵¹). Accordingly, the production of certain goods (in one quantity or another), their subsequent distribution may lead to results far from the state of maximising public welfare⁶⁵².

R. Coase's breakthrough article 'The Problem of Social Costs' offered an original insight into the mechanics of the formation of externalities and the desired response to them. Criticising the established Pigouvian approach to the consequences of harm, R. Coase correctly identifies the double-edged nature of the problem of externalities⁶⁵³. He rejects the a priori objectionability of any harm and argues that from the point of view of efficiency it is only the cost-benefit ratio that matters, which must be assessed in the context of the activities of each participant in the relationship in question. It is necessary to compare the value of the benefit lost (as a result of the external effect) by one person and the value of the benefit gained by the other person (presumably the tortfeasor)⁶⁵⁴. The concept of reciprocal externalities destroys the axiomatic importance of the legal causal link between the delinquent and the victim (at least in

⁶⁴⁹ Mackaay, Ejan. Op. cit. p. 467. See also a detailed explanation of the three forms of rationality in: Williamson, O.I. Behavioral Prerequisites for Modern Economic Analysis. Thesis, № 3. 1993. P. 40.

⁶⁵⁰ On the different types of externalities, see. See, for example, Bruce C. Greenwald and Joseph Stiglitz. Externalities in Economies with Imperfect Information and Incomplete Markets. The Quarterly Journal of Economics, 1986, vol. 101, issue 2, P. 229.

⁶⁵¹ The inclusion of externalities in the costs/income of the producer of these effects. Robert L. Birmingham, The Duty to Disclose and the Prisoner's Dilemma: Laidlaw v. Organ, 29 Wm. & Mary L. Rev. 249. 1988. 249- 283 pp.

⁶⁵² Cooter R., Ulen T. op. cit. p. 52; Mitchell Polinsky, Steven Shavell. Op. cit. P. 30.

⁶⁵³ Coase R. op. cit. p. 92.

⁶⁵⁴ Coase R. op. cit. p. 93.

the eyes of institutional economists), allowing an unbiased view of the problem in search of the most effective solution⁶⁵⁵.

In our topic of interest, the problem of externalities can manifest itself in different ways. For example, when entering into a contract, parties make efforts to find partners. For reasons already discussed above, this effort will generally not be optimal: on the one hand they may not search enough, and on the other hand they may make too much effort without considering the optimal balance of marginal costs and benefits of this search. Another problem is that when one party finds and enters into a contract with a second party, all other previously potential parties are deprived of the opportunity to enter into a contract with that party⁶⁵⁶. It is also interesting to look at this aspect from this angle because the bargain itself may not result in the most efficient allocation of resources and benefits since, due to permanent uncertainty and information asymmetry, the intensity of preferences of particular parties is never fully known, which in itself is important in the context of forming the maximum possible cooperative gains to be shared in the process of contract execution⁶⁵⁷.

It is fairly obvious that a rational market participant has little interest in externalities (at least negative ones for sure) if there are no appropriate incentives to do so in the legal system. By itself, for example, overproduction of a good, with an inefficient waste of resources, will have no effect on the decision to produce an additional unit of good if the marginal cost only takes into account the private costs of the producer. Moreover, even if, for example, a producer was to take an *ex ante* interest in the question of externalities, in the vast majority of cases he would not be able to be sure of all the future victims of his production decision, let alone the specific extent of the unaccounted share of social costs⁶⁵⁸.

Market inefficiencies in the presence of unaccounted for externalities can justify restrictions on private autonomy of the will. Of course, some idealists who exaggerate

⁶⁵⁵ Using various examples (confectioner and doctor P. 100, mat making and chemical elements P. 102, smoke from the fireplace and neighbourhood relations P. 103, beer fumes and the problem of clean air P. 107), the author shows the same mechanics of economically relevant decision-making: the value of what is lost and what is gained is weighed in order to maximise the value of production.

⁶⁵⁶ Kaplow L., Shavell S. Op. cit. P. 1703.

⁶⁵⁷ A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell. Op. cit. P. 30.

⁶⁵⁸ Ibid

the ability of Coase's theorem to operate in real economic reality may object to the Pigouvian justification for state intervention combating market failures, arguing, for example, that the 'victim' and the causer of the harm can always agree on some optimal level of negative (and incidentally positive) impact that maximises resource efficiency. Again, however, this is not the case⁶⁵⁹. As we know, under conditions of high transaction costs, pathological ignorance and lapses in the rationality of the behaviour of the participants in circulation, optimally tuned legal rules that allocate rights and obligations in the most efficient way and to a certain extent level out the problem of the inability of the parties to agree on the internalisation of externalities are of paramount importance⁶⁶⁰.

The role of the state may not be limited to this, as in addition to generating certain rules that optimise economic activity in the context of internalising externalities, the state may be the best collector of information both about the externalities themselves, their size and the third parties affected by the externalities, and about the benefits and costs of objectively available precautionary measures or remedies for negative externalities⁶⁶¹. Accordingly, if the state is aware of the expected harm, the cost of preventing it, etc., it may try to force the delinquent or third party to act in an optimal way through, for example, an increased rate of a certain tax or fee, a rule on certain type(s) of liability/no-liability, since both the delinquent (and third party/survivor), who is presumed to know its cost of the precaution/elimination, will then strike an appropriate balance between the costs incurred and the reduction of expected damage that will be caused⁶⁶².

⁶⁵⁹ A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell. Op. cit. P. 30.

⁶⁶⁰ Another idea that runs through R. Coase's work is the need to consider/compare the cost of eliminating/reducing negative externalities by either the delinquent or the victim in order to determine which side is cheaper (cheapest cost avoider-. Another idea that runs through Coase's work is the need to consider/compare the cost of eliminating/reducing negative externalities by the delinquent or the victim in order to determine which side is the cheapest cost avoider (in the terminology of G. Calabresi). This aspect of the problem of externalities is very difficult to introduce in the arguments of the lawyer, but the possibility of a cheaper way to level out the effects of adverse externalities may be a strong argument in the eyes of the economist to justify a strictly defined distribution of rights and duties. Kaplow L., Shavell S. Op. cit. P. 1693.

⁶⁶¹ It is objective, because a subjective assessment of externalities and how they can be prevented/reduced or eliminated in the cheapest possible way will often be hidden from the outside observer, and only sometimes and in the most distorted form (due to lapses in rationality and the problem of opportunism) will it manifest itself through the institution of redress in the context of judicial protection of rights.

⁶⁶² Kaplow L., Shavell S. Op. cit. 1694-1695 pp.

To summarise the discussion, if we recognise that when confronted with the problem of externalities, we need to recognise that the problem that arises is not simply one of restricting (punishing) the activities of those who cause the harms. However, in order to trigger an effective internalisation of externalities, it is necessary to recognise the existence and further reckon with the problem of the availability and sufficiency of information, without which the effective allocation of rights and responsibilities will not be possible.

2.4.6. Information asymmetry

As we have already established, civil parties are unable to enter into a fully negotiated contract also because of permanent, unrecoverable uncertainty. The ever-present costs of information gathering, which are usually higher in the pre-contractual stage than in other contexts, add a subjective dimension to the objectively existing uncertainty about potentially relevant circumstances in one way or another related to the proposed transaction⁶⁶³. It is desirable for parties to limit the search for additional information to a marginal cost that should not exceed the expected marginal utility of having such additional information⁶⁶⁴. Information uncertainty, however, is not the only barrier to entering into a (complete) contract in general and an effective contract in particular. The other side of the general issue of information scarcity is the problem of information asymmetry.

Asymmetric information is a feature of almost any contractual relationship⁶⁶⁵. The seller of a product often knows more about its quality than the potential buyer. A job seeker usually knows more about his abilities than his potential employer. A borrower knows more about his creditworthiness than his lender, etc. A common characteristic of this kind of condition is that the parties do not know about some of the circumstances surrounding the potential transaction in one way or another⁶⁶⁶. At the same time, the objectively emerging rational economic order in a market economy

⁶⁶³ Kostritsky, Juliet P., Op. cit. 645-646 pp.

⁶⁶⁴ Herbert A. Simon. op. cit. p. 30; A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell. Op. cit. P. 58; George J. Stigler. Op. cit. P. 96.

⁶⁶⁵ Franklin, Eric H., Mandating Precontractual Disclosure. Scholarly Works. Paper 770. 2013. P. 562.

⁶⁶⁶ These kinds of circumstances can in principle be understood in at least three ways: 1) broad (any facts that in one way or another relate to the circumstances of the proposed transaction), 2) medium (facts that are at least relevant to the person possessing the information in the context of the transaction); 3) narrow (facts whose knowledge would definitely be relevant not only (or maybe not so much) to the holder of the information, but also to his counterparty).

is determined precisely by the fact that knowledge of circumstances is never in a concentrated form, but exists exclusively as disparate fragments of incomplete and sometimes contradictory knowledge possessed by all individuals⁶⁶⁷. Moreover, asymmetric information alone does not prove that a contract cannot, for instance, produce a Pareto win⁶⁶⁸. In this sense, it is enough to think of various experts and professionals in general, who are hired precisely because of their expertise⁶⁶⁹.

It should be recognised that pre-contract information can have positive strategic value, irrespective of its operational value, as it allows a better assessment of the general trading conditions offered in the market⁶⁷⁰. Information asymmetry can serve a critical market function and should not be eliminated at all costs and certainly not without good reason. Despite the frequent negative assessment of information asymmetry in the legal literature, economics is the main advocate of information asymmetry⁶⁷¹.

It is a long-established fact that information is not generally free⁶⁷². Accordingly, for certain types of socially useful information, an economically rational society must create a regulatory environment that rewards those who will invest in extracting the information⁶⁷³.

If the law always, i.e. as a general rule, required disclosure to correct information asymmetries, then because of the potential uncertainty in the future ability to prove an exceptional case (i.e. an exception to the general rule) that would justify investments made, many investments without a pronounced prior (and subjectively understood by

⁶⁶⁷ F. A. Hayek. *The Use of Knowledge in Society*. *The American Economic Review*, Vol. 35, №. 4. 1945, P. 519.

⁶⁶⁸ It should not be forgotten that Pareto efficiency is not the only criterion of distributive efficiency because of its strong impracticality, as many economists recognise.

⁶⁶⁹ Macksay, Ejan. *op. cit.* p. 465.

⁶⁷⁰ Alberto Bennardo. *Information Gathering, Disclosure and Contracting in Competitive Markets*. CSEF Working Papers 190, Centre for Studies in Economics and Finance, University of Naples, Italy. 2008. P. 3.

⁶⁷¹ Franklin, Eric H., *Op. cit.* P. 562.

⁶⁷² Akerlof, G. *The Economics of Caste and of the Rat Race and Other Woeful Tales*. *The Quarterly Journal of Economics*, 90(4), 1976. P. 629.

⁶⁷³ See for more on incentives in the famous papers: Kronman, A. T. *Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts*. *The Journal of Legal Studies*, 7(1), 1978. 1-34 pp.; Jack Hirshleifer. *The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity*. *The American Economic Review*, Vol. 61, №. 4, 1971, 561-574 pp.

the investor himself) high social value (with many accompanying conditions resulting from the legal requirement) would simply not be made⁶⁷⁴.

Thus, information asymmetry encourages individuals to bear the costs of gathering information⁶⁷⁵, but this does not in itself necessarily predetermine the social desirability of both the information itself and any costs of gathering it.

Private information encourages the acceleration of exchange in all situations where there is an owner of a good who does not have the information and a holder of the information who does not have the good. Abstracting from the many important issues related to the desirability of a particular exchange (voluntariness, efficiency, fraud, mistake, etc.), it can be strategically recognised that in general the combination of useful information that allows a more efficient use of the resource and the resource itself should be encouraged⁶⁷⁶. Looking at the issue of asymmetric information from a particular angle, it can also be a question of how to make the best use of resources, the value of using which in a certain way is known only to some people. On the other hand, it is also a problem of using knowledge that is not given to anyone as a whole⁶⁷⁷.

This notwithstanding, most scholars of information asymmetry recognise that it can become disruptive when the better-informed party opportunistically tries to use its information advantage to redistribute the benefits of the contract to the detriment of the counterparty⁶⁷⁸.

The root of the problem lies in the very basic features of exchange transactions discussed above. The value of the transferred and received good is very subjective.

⁶⁷⁴ It is fair to say that often the researcher is also relying on themselves because there are prohibitive transaction costs of reaching an agreement to sell the information. There is a good example where the owner of a treasure trove shares the value of it with the finder of the treasure. However, in the case of information, it is not clear how to force, for example, the buyer to pay the seller-researcher an appropriate share of the value. Moreover, often the buyer will not have the right amount and this means that such a person will need to take a "share" in a future venture, the success of which is far from certain.

⁶⁷⁵ Franklin, Eric H. Op. cit. P. 563.

⁶⁷⁶ Either the owner must receive the information or the informed person must receive the good. Again, connecting the good and the information should not happen at all costs, still the bottom-line efficiency of combining knowledge and control of the good should be considered to do so at the lowest possible cost. See also Cooter R., Ulen T. op. cit. p. 507.

⁶⁷⁷ F. A. Hayek. Op. cit. P. 520

⁶⁷⁸ Strictly speaking, this will almost always be the case regardless of hypothetical positive incentives to reallocate resources, even if these have taken place. Moreover, it would be a mistake to overemphasise the motivation of the informed party to make the transaction because, in terms of economic theory, the rational actor (*homo economicus*) is only interested in his own utility (profit), which can only be obtained by satisfying someone else's interests. Thus, the very pursuit of self-interest (and maximising it) leads to socially beneficial consequences. But this is not because this actor has any interest in someone else's benefit, but only because of the laws of the market!

There is no natural value even for generally recognised goods (bread, gold, water, etc.)⁶⁷⁹. There can be no absolute equivalence of exchanged goods because the parties do not value the same object in the same way⁶⁸⁰. The different valuation of voluntarily exchanged goods leads to the formation of a common benefit as a result of the exchange⁶⁸¹. But information asymmetry can lead to the counterparty misvaluing its own and the counter asset, the conditions of the planned transfer, which can lead to an inefficient redistribution of benefits that may not only not improve its personal welfare but also be socially useless⁶⁸².

Ultimately, information asymmetry not only leads to contractual incompleteness, casting doubt on the validity of the enforceability of the contract, but also opens the door to opportunistic practices⁶⁸³.

2.4.7. Opportunism, moral hazard, adverse selection

There are many definitions of opportunism and it is unlikely that a single one can be found that corresponds to the views of all economists and lawyers. In the famous textbook "Law and Economics in the Continental Legal Tradition", E. Mackaay presents a number of approaches to defining this concept, and then summarises by stressing that a party behaves opportunistically "if it seeks to alter in its favour and to the detriment of the other party the distribution of the total profit which each party can normally expect when entering into such relations"⁶⁸⁴. Further and in a slightly different context, the author expresses his position in a manner more familiar to lawyers, in effect equating the meaning of opportunism with conduct in bad faith⁶⁸⁵.

It is difficult to accept the economic (and, going further, legal) utility of simplistic attempts to define one unknown through another unknown. In the legal literature (especially the domestic literature), for example, there are axiomatic attempts

⁶⁷⁹ Mackaay, Ejan. op. cit. p. 515.

⁶⁸⁰ Mackaay, Ejan. op. cit. p. 44.

⁶⁸¹ Odintsova M.I. op. cit. p. 107.

⁶⁸² Kostritsky, Juliet P. Op. cit. P. 644; A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell. 2007. Op. cit. P. 34.

⁶⁸³ It is worth recognising that the process by which asymmetric information affects the opportunism of the information holder is two-way.

⁶⁸⁴ Mackaay, Ejan. op. cit. p. 254.

⁶⁸⁵ Mackaay, Ejan. op. cit. p. 481, see also Karapetov A.G. op. cit. p. 34.

to wishful thinking, defining as mainstream some moral and ethical content of the concept of good faith, which in fact gives away little more than the value orientations of the researcher, but in no way explains the objectively existing category⁶⁸⁶. Vague definitions do not help us in practical reality and are therefore discarded as unhelpful within the scope of this article⁶⁸⁷.

Understanding opportunism seems to be easier to feel than understanding it through a precise and uncontroversial definition because the examples that are used to describe opportunistic behaviour are deliberately chosen so that they do not raise doubts about their relevance to most professionals and laymen alike⁶⁸⁸. For example, as a rule, there will be no doubt in qualifying an act of violence (threatening) the buyer of a rare item towards the seller for his intransigence in receiving an offer to sell the item at a reduced price or against an agreement previously made with another person. An insidious fraud of the seller, who knows that the item he sells is worthless (defective), in order to buy the item by an uninformed buyer at a large discount also raises no doubts about the opportunistic nature of such behaviour.

Slightly less obvious, but also usually frowned upon, would be an attempt to obtain an additional redistribution of the cooperative gain towards the buyer, who, under the pretext of threatening to inform the police of the seller's crime, of which the buyer has become aware, demands a reduction in the price of the goods being sold. Even less obvious, but still frowned upon, as the law should not encourage arbitrariness, would be a situation where, for example, a landlord, having entered the tenant's land, takes his object of lease, which the tenant at the end of the lease has not returned, concealed and generally held illegally, contrary to common sense, the law and even the enforcement proceedings.

The degree of obvious opportunism, especially for nonlawyers, can be reduced for quite a long time by adding more and more circumstances, for example by adding

⁶⁸⁶ Lugmanov, R.R. The principle of good faith as a means of law development//Law and politics. 2021. № 5. P.69.

⁶⁸⁷ A more practical approach to the understanding of good faith that is free from an unproven and unconstructive moral and ethical core; an approach that functionally explains this institution in the context of socio-economic, political, etc. needs of a particular society. See in more detail an alternative and, as it seems to us, more valuable explanation of the category of good faith: Hesselink M.W. Principle of good faith // The Herald of Economic Justice of the Russian Federation. 2020. № 8. P. 158–187.

⁶⁸⁸ Posner R. Op. cit. p. 124.

a socially tolerated and massively even encouraged purpose in the form of caring for one's neighbour, when a buyer, forging a certificate, discount card or other sign entitling to a discount, cheats the shop assistant in order to buy a necessary medicine for a sick relative cheaper. The list of examples with clearer gradations of reproachful behaviour could go on and on, reaching some confusion even in the ranks of lawyers, which would indicate a new failure even in the contextual way of defining opportunism⁶⁸⁹.

It seems, however, that the problem with the ambiguous understanding of the category of opportunism lies in the failure to see the obvious: the underlying idea behind this sinister concept: self-interest orientation⁶⁹⁰.

It is neither the time nor the place to go into the basics of the market economy, the pros and cons of economic liberalism in its various variants and alternative ideologies, but it is worth noting that the desire of the market participant to satisfy his interests as best as possible given the resources available does not have an inherently negative connotation. The much-desired co-operation through mutual accommodation is an inevitable consequence of an economic system built on the orientation towards one's own interest, the satisfaction of which is often only possible by taking into account the existence of an interest of others⁶⁹¹. However, in different societies with different socio-economic, political and cultural systems and norms, the degree of acceptability of self-interest will differ. The boundary between what is acceptable and what is reprehensible cannot be a given, its "location" is socially determined even within a single society. What would be socially justifiable for an ordinary person would be unacceptable for an economist, for example. What is acceptable to a representative of one school of economics is, at the same time, categorically repugnant to a representative of another, etc. Opportunism, therefore, is a collective term that refers to socially undesirable forms of self-interest orientation that are relevant in the specific

⁶⁸⁹ It is even easier to imagine non-controversial examples of opportunistic behaviour after contract conclusion, where ex post attempts to redistribute an already planned cooperative gain contradict not only the fundamental principle of contract law *pacta sunt servanda* (which is as indifferent to the economist as the judge's eye colour), but also economic efficiency (not touching the subject of efficient breaches, of course).

⁶⁹⁰ Williamson O.I. op. cit. p. 43.

⁶⁹¹ Heine P. op. cit. p. 25.

legal order⁶⁹². At the core of this form of behaviour may be specific behaviours that are relatively stable in most developed legal orders, such as violence, theft, active fraud⁶⁹³, or less obvious ones such as concealment of the circumstances (passive fraud), etc.⁶⁹⁴ Some of the obvious and widely recognised types of opportunistic behaviour are prohibited by the legal order, while others, less obvious, are not formally prohibited⁶⁹⁵.

Closely related to the problem of opportunism is the problem of moral (subjective) hazard, whose emergence is often attributed to information asymmetry⁶⁹⁶, which of course is a somewhat simplistic approach.

Moral hazard is best seen in the area in which it was originally detected⁶⁹⁷. In the insurance business, the risk of an increased likelihood of an insured event arises whenever the insurance is obtained. It must be recognised that the insured may not have a high incentive to take precautionary measures if the insurer does not have the ability to effectively observe the behaviour of the insured⁶⁹⁸. But if we summarise the problem and highlight the characteristics of situations in which moral hazard arises, key amongst them are the following:

1. one party has interests that are different from those of the other party and those interests are generally in conflict with the typical general purpose of this kind of contractual relationship.

⁶⁹² The means to combat opportunism can be varied to suit the different forms of the phenomenon. One sometimes sees the view that high competition in a free market limits the incentives to opportunistic behaviour, which one might agree with, but which obviously does not preclude the appropriateness of special measures specifically aimed at combating one or another type of opportunism. See Jacques Crémer and Fahad Khalil. *Gathering Information before Signing a Contract*. *The American Economic Review*, Vol. 82, №. 3. 1992. P. 575; Odintsova M.I. op. cit. P. 106; Hatzis, Aristides N., Op. cit. P. 172.

⁶⁹³ Kostritsky, Juliet P. Op. cit. P. 642.

⁶⁹⁴ Failure to consider the factual side of the issue, excessive idealism leads to a misunderstanding of the most basic things underlying market exchange. Why can't we expect people to always tell us the truth? Because it is against their interests. Accordingly, any attempt to bluntly ignore the basic interests of the rational market participant (for example, through broadly understood duties of disclosure) will only lead to even greater transaction costs, but now aimed at circumventing the established rules, or at moving into the informal market, and sometimes even to the abandonment of transactions. Dixit, Avinash. *Game Theory. The art of strategic thinking in business and life* / Avinash Dixit and Barry Neibaff; translated from English by N. Yatsyuk.-M.: Mann, Ivanov & Ferber, 2018. P. 236.

⁶⁹⁵ For example, silence in negotiations is by no means universally recognised as a form of passive dishonesty. Moreover, even where duties of disclosure do exist, their detection in a particular case is subject to a number of requirements and in this sense, they are not an inevitable given. From an economic point of view, the obligation to disclose also raises questions as it directly affects the incentives to receive information.

⁶⁹⁶ Holmstrom, B. *Moral Hazard and Observability*. *The Bell Journal of Economics*, 10(1), 1979. P. 74.

⁶⁹⁷ Odintsova M.I. Op. cit. p. 141; Cooter R., Ulen T. op. cit. p. 66.

⁶⁹⁸ Arrow, K. J. Op. cit. P. 223.

2. one party gives the other party a guarantee of protection against adverse consequences for it, the risk of which is precisely increased by the subsequent conduct of the protected party⁶⁹⁹.

3. there is no cheap way of controlling the behaviour of the party concerned and no guaranteed way of compensating at the expense of that party.

It is not wrong to note that the problem of moral hazard may also arise outside the insurance relationship⁷⁰⁰, which is in fact a consequence of an expansive interpretation of the term, and leads to coverage of those situations which are usually considered in the context of opportunism.

By modifying slightly the particular features of the concept of moral hazard, it is possible to achieve a degree of meaningful overlap with the features typical of opportunism in one form or another. As has been shown above, the concept of opportunism is not meaningfully stable, which means that it can be disclosed through such attributes as seem relevant to the researcher in a given socio-economic context. It is fairly easy to see a moral hazard whenever, following the conclusion of a contract, one of the parties fails to show the expected level of care for the interests of the contractual counterpart⁷⁰¹. Similarly, the researcher may see the relevant behavioural distortions in the process of contracting, which will make the more general term opportunism and the specific term moral hazard, familiar in insurance relations, meaningfully interchangeable. It seems to us, however, that from the point of view of Occam's Razor, if the term moral hazard is to be used independently, then only after the entry into the contractual relationship, when the party concerned has already obtained a means of switching risks (immunity from the consequences of its behaviour⁷⁰²), the existence of which it subsequently abuses to the detriment of the counterparty who provided the means⁷⁰³.

⁶⁹⁹ E. Mackaay, in the context of incentive change, points to the compensation paradox associated with the moral hazard problem. Mackaay, Ejan. Op. cit. p. 77.

⁷⁰⁰ For example, in employment relationships, agency relationships, in general consumer relationships of various contractual types, etc.

⁷⁰¹ Williamson, O.I. Op. cit. p. 48.

⁷⁰² Karapetov A.G. Op. cit. p. 59.

⁷⁰³ Kostritsky, Juliet P., Op. cit. P. 670.

Finally, information asymmetry and opportunism give rise to the problem of adverse selection, which marks a specific negative tendency characteristic of the pre-contractual stage⁷⁰⁴. For example, if new types of goods and services emerge whose quality can only be assessed after contract conclusion, if the quality of customary goods and services can only be known after a relatively long period of actual use, if the quality of certain goods can only be assessed using sophisticated technical means or can in principle be poorly determined, then these and similar situations provide suitable ground for such market failure of the signal function of the pricing mechanism as adverse

The article "The Lemon Market: Quality Uncertainty and the Market Mechanism" by the Nobel laureate in economics G. Akerlof is a very significant contribution to the literature on information economics. This article contains a simple but very important idea that finds wide application in many fields. The paper analyses a product market (one example, used cars) in which sellers are better informed about quality than buyers.

Akerlof's central idea is that if the buyer cannot observe differences in quality between the goods for sale, then sellers of low-quality goods will prefer to trade in high-quality goods⁷⁰⁵, and eventually markets will merge into one market with a single equilibrium price for all units of like goods. In such a case buyer will not be ready to pay a high price in accordance with the expectations of sellers of high-quality goods. The use of market statistics to judge the quality of the commodity would lead to a kind of averaging of prices, further lowering them, which would have a negative effect on sellers of high-quality goods who would not be willing to sell below the limit corresponding to their minimum estimate⁷⁰⁶. The process of washing out sellers of quality goods may continue until only sellers of low-quality goods remain on the market. As Akerlof rightly points out, the costs of opportunistic behaviour are not

⁷⁰⁴ Cooter R., Ulen T. Op. cit. p. 67.

⁷⁰⁵ If only for the reason that a high-quality product affects the reputation not of a particular seller, but of all sellers of that type of product. George Akerlof. The market for "lemons": quality uncertainty and the market mechanism. Thesis, 1994, vol. 5. pp. 91-104

⁷⁰⁶ Lofgren, K.-G., Persson, T., & Weibull, J. W. Markets with Asymmetric Information: The Contributions of George Akerlof, Michael Spence and Joseph Stiglitz. *Scandinavian Journal of Economics*, 104(2), 2002. P. 197.

limited to the losses of the defrauded buyer. Such costs should include the losses associated with the reduction in the scope of honest business⁷⁰⁷. Accordingly, the uncertainty about the quality of a product that is permanently present in markets can justify many of the institutions we know about.

2.4.8 Principles of freedom of contract and private autonomy

Freedom of contract is a fundamental principle of contract law⁷⁰⁸. In the context of our research topic, it is important to understand the relevance of this principle for determining instances of disclosure. However, this principle, like the other principles listed in Articles 1 and 2 of the Civil Code, has constitutional and legal significance and in this sense is suitable as a tool for assessing conduct in the context of good faith⁷⁰⁹. As we remember, the Constitution of the Russian Federation provides conditions for sustainable economic growth of the country and improvement of the citizens' welfare, guarantees freedom of economic activity, the right of everyone to freely use their abilities and property for entrepreneurial and other economic activity not prohibited by law (Articles 8, 34, 75.1). These constitutional precepts also underpin the civil law principle of freedom of contract (article 1 (1) of the Civil Code)⁷¹⁰.

Obviously, the Constitution of the Russian Federation is also the basis for other private law principles serving private interests (equality of participants in civil law relations, inviolability of property, inadmissibility of arbitrary interference in private affairs, unhindered exercise of civil rights, autonomy of will, etc.)⁷¹¹. However, in the area of contractual interactions, in terms of the possibility to build their relations with or without regard to the interests of the persons entering into a contractual relationship,

⁷⁰⁷ Akerlof G. The "lemon" market: quality uncertainty and the market mechanism. Thesis, 1994, vol. 5. p. 98

⁷⁰⁸ Contractual and Obligatory Law (General Part): article-by-article commentary to Articles 307-453 of the Civil Code of the Russian Federation [Electronic edition. Revision 1.0] / Ed. by A.G. Karapetov. - Moscow: M-Logos, 2017. P. 832. "Review of Judicial Practice of the Supreme Court of the Russian Federation № 3 (2018)" (adopted by the Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation on 14.11.2018) (ed. on 26.12.2018)

⁷⁰⁹ Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation of 30 January 2009, № 1-P, St Petersburg, 'On the Case of Checking the Constitutionality of Clauses 2, 3 and 4 of Article 13 and Paragraph 2 of Article 14 of the Federal Law 'On Turnover of Agricultural Land' in Connection with the Complaint of Citizen L.G. Pogodina

⁷¹⁰ Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation of 23.02.1999, № 4-P "On the case of verification of the constitutionality of the provision of Part Two of Article 29 of the Federal Law of February 3, 1996 "On Banks and Banking Activities" in connection with the complaints of citizens O. Veselyashkina, A. Yu. Veselyashkin and N.P. Lazarenko

⁷¹¹ Main provisions of civil law: article-by-article commentary to Articles 1-16.1 of the Civil Code of the Russian Federation [Electronic edition. Revision 1.0] / A. V. Asoskov, V. V. Baibak, R. S. Bevzenko [etc.] ; ed. by A. G. Karapetov. - Moscow : M-Logos, 2020. P. 49.

it is the principle of freedom of contract that may be of great importance, which, however, in any case implies that other constitutional and legal principles need to be taken into account in order to balance competing interests in case of a court dispute over the suspected breach of information duties.

2.4.8.1 Freedom of contract and duties to inform

By entering into a legal relationship (agreement), a party to the transaction has at his/her disposal a legal instrument to satisfy his/her needs by using his/her will and abilities, at least to the extent that they are expressed in the agreement. The contractual freedom ensured by law to determine the moment of entry into the agreement, the counterparty and the terms of the agreement allows these possibilities to be exercised in accordance with one's personal preferences (needs). Each person has the right, but also the responsibility, to formulate correctly and then meet his or her needs, to develop and use the necessary capacities to do so⁷¹².

As we know, in a market economy, individuals form and prioritise their own needs⁷¹³. In this sense, individuals are assumed to be in a position to determine a hierarchy of their own needs and to take the best care of effective means of meeting them⁷¹⁴. Accordingly, freedom of contract is primarily intended to give the subject a legal opportunity to decide freely on the means of satisfying his or her needs. We will refer to this essence of freedom of contract as "self-determination".

The ability to determine for oneself the ways and means of satisfying one's needs is inevitably accompanied by an obligation to take responsibility for the consequences of one's free decisions, even if the results are not always in line with one's expectations. This thesis is well-founded, because if an individual initially identifies his or her needs as the main guidelines in decision-making, he or she cannot expect others to take the risks and responsibility for possible negative consequences.

⁷¹² Novitsky I. B. The principle of good faith in the draft law of obligations // *Civil Law Review*. - - 2006. - № 1 [Electronic resource]. Access from the Consultant Plus.

⁷¹³ Mackaay, Ejan. *Law and Economics for the Continental Legal Tradition*; translated from English, ed. by D. Raskov.- M.: Delo Publishing House RANEPА, 2019. P. 16.

⁷¹⁴ The theory of rational choice as a basis for the principle of freedom of contract. See Ulen T.S. *Rational Choice Theory in Economic Analysis of Law* // *Civil Law Review*. 2011. T. 11. № 3// SPC ConsultantPlus.

The contract represents a second-level practical value for the parties, which is both a means to achieve basic needs (first-level values) and a stable legal basis for the predictable planning of further decisions to meet subsequent needs⁷¹⁵. Accordingly, the ability to predictably plan one's living conditions by means of a contract presupposes certainty for one party to the contract that the other party also relies on the contract for the stated goal-setting. Contractual requirements and their stability during the life of the contract are a kind of security for this planning, because the parties in turn are able to expect that their rights will be respected. Therefore, without the principle of *pacta sunt servanda*, self-determination as an essential feature of freedom of contract is meaningless⁷¹⁶. This stability can only be achieved if not every subsequent change in one party's preferences is able to justify a departure from the agreements reached. Consequently, the value of a contract is best revealed by its necessary characteristic of being binding, even in the face of a subsequent change in one party's interest⁷¹⁷.

Thus, freedom of contract and private autonomy are based equally on self-determination and self-responsibility for the consequences of one's actions. And as has been pointed out above, freedom of contract inevitably presupposes that a person is better able than others to determine his or her own needs⁷¹⁸. Without this axiom, the freedom to construct one's own legal relations under one's own responsibility would be ephemeral and insubstantial.

It should be stated at the outset that this thesis does not imply that each market participant must always make the best decision to satisfy his or her own needs. As we have defined before, we should rather speak more realistically, assuming only the legal possibility of making this best, rational decision in the face of a permanent lack of information, limited cognitive capacity, transaction costs and other interfering factors⁷¹⁹. However, it must be repeated once again, because this is really important:

⁷¹⁵ Karapetov A.G., Saveliev A.I. Freedom of contract and its limits. T. 1: The limits of freedom to determine the terms of the contract in foreign and Russian law. Moscow: Statute, 2012 P. 18; M. Fabre-Magnan. Op. cit. P. 60.

⁷¹⁶ Karapetov A.G., Savelyev A.I. Op. cit. P. 23. As stated in the special literature, one of the main functions of contract law is to deter contractors from behaving opportunistically towards each other. Odintsova M.I. Op. cit. P. 107.

⁷¹⁷ In fairness, another point of view expressed in the effective breach of contract theory should also be noted. See Sugata Bag. *Economic Analysis of Contract Law*. 2018. P. 68.

⁷¹⁸ Odintsova, M. I. Op. cit. p. 5; Mackaay, Ejan. Op. cit. p. 460.

⁷¹⁹ Breidenbach S. Op. cit. P. 12.

as a general rule, it is the turnover participant who is able to judge his needs guaranteed better than any conceivable third-party decision-maker⁷²⁰. In this sense, even failures add weight to this reasoning, as they allow the individual to learn and adapt to make better use of his or her freedom in the future.

In discussing the essential characteristics of freedom of contract (self-determination and personal responsibility) which allow parties to plan their lives in a predictable way, we should again turn our attention to the problem of asymmetry of information and the possibly related duty to inform. It may seem a noteworthy thesis that if the contracting party is insufficiently informed about the terms of the transaction, the surrounding circumstances and its consequences, the resulting lack of information can frustrate the goal of optimum satisfaction of its own needs. It can be thought that the possibility of achieving an optimal result in the contractual interaction necessarily correlates with the full awareness of all relevant circumstances of the respective transaction⁷²¹. Hypothetically, it can be assumed that this is the only way a party can make what is called the best decision. In this sense, it is conceivable that perfect contractual freedom only exists if there is no information asymmetry and if there is cooperation between the counterparties.

However, one wonders whether it is right to rigidly link the duty to inform to the principle of freedom of contract. Our initial position is that information asymmetry alone does not demonstrate the need for a duty to inform⁷²².

Obviously, in order to make a decision and to pursue one's interests, any person needs to have certain intellectual (and of course economic) prerequisites. These prerequisites form the minimum extra-legal basis of free self-determination as a necessary essential feature of freedom of contract. In this sense, it is not surprising that, for example, Article 178 of the Civil Code provides for the possibility of invalidating the effect of a transaction by reason of a material mistake. However, our position,

⁷²⁰ The presence of professional actors, such as doctors, does not undermine this argument, but rather shows only the general rule, allowing for some exceptions.

⁷²¹ Eisenberg, M. A. Disclosure in Contract Law. *California Law Review*, 91(6), 2003. P. 1647.

⁷²² Decker, Leo. Op. cit. P. 26

traceable throughout this study, is that the legal category of mistake in itself is fundamentally incapable of justifying the existence of a duty to inform.

A contracting party's need for information does not imply maximum completeness because such an ideal state, as we know, is unattainable and therefore cannot serve as a legally acceptable criterion for the standard of disclosure ⁷²³. Similarly, we have seen that the natural limitations of human intelligence preclude any real consideration of any significant number of factors of any degree of relevance to a party's decision to enter into a contract⁷²⁴. Add to this the fundamental impossibility of agreeing on all possible situations with the contractual partner due to the constant presence of high transaction costs⁷²⁵.

Apart from this, one should be very cautious about the idea of absolutising the goal of optimum satisfaction of one's own needs. In the context of the elementary scheme of market interaction, this goal may indeed appear to be fundamental. It is by virtue of the very possibility of achieving it that market participants enter into contractual relations without any concern for the interests of their counterparties other than through the prism of being able to satisfy their needs.

However, because a transaction involves at least two parties and despite the basic orientation of any transaction towards a mutually beneficial outcome, achieving that outcome is not necessarily necessary. As we know, Pareto efficient transactions are a beautiful idea rather than an everyday reality. This is especially true if we consider the fact that no transaction takes place in a vacuum, since any transaction is a source of externalities. In this sense, the more realistic Kaldor-Hicks criterion of exchange efficiency shifts the focus somewhat in assessing the results of exchange transactions, but without revising the principles of their underlying mechanics.

It should also be remembered that the goal of optimum satisfaction of one's own needs will in some cases have to be weighed against the goal of protecting the interests

⁷²³ The law of diminishing marginal utility of the effort expended to obtain an additional unit of information clearly shows that the assumption that freedom of contract must necessarily imply information equality of the parties possessing the maximum amount of information makes no practical sense.

⁷²⁴ As Simon correctly pointed out, it is time to consider attention rather than information as a limited resource. Simon. THESIS, 1993, vol. 3, p. 35.

⁷²⁵ A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell. Handbook of Law and Economics, Elsevier, edition 1, volume 1, number 1. 2007. P. 21.

of third parties, which will require seeking a balance between these interests without the use of axiomatic postulates.

It should be noted that statistics show that most contracts, despite fundamental differences in the availability of information, tend to produce mutually acceptable results⁷²⁶. This means that, as a general rule, market participants are able to enter into optimal contracts and obtain the expected results without the need for judicial intervention or additional legislative burdens on information duties. It is easy to see that competition in a market economy serves as a necessary natural safeguard against the unilateral exploitation of contractual ignorance⁷²⁷. Therefore, freedom of contract does not require the parties to be fully informed⁷²⁸. Obviously, the free individual must develop his or her own abilities and access to new information. And as we found out before, freedom of contract is fundamentally ambivalent: it is inextricably linked to both the possibility of achieving an optimum result and the risk of failure, which is a natural reflection of self-determination and individual responsibility. Unless a turnover participant has ample opportunity to avoid disadvantageous contracts by invoking an alleged breach of information duty, there is a strong incentive to use freedom to enter into contracts thoughtfully and responsibly from the outset⁷²⁹.

Personal liability, as an essential element of freedom of contract, thus fulfils a double function: 1) it justifies the value of the contract for the counterparty, since the latter can generally rely on the validity of the contract, and 2) it has an incentive effect on each party, which has to determine more responsibly the type of contract required in this case, the time of its conclusion, the conditions and the identity of the counterparty.

⁷²⁶ In this sense, it is possible to complain about the large number of transactions challenged on one or another ground, but this information must not be understood absolutely, but in relation to the total number of transactions concluded and executed. In this sense the author is right when he points out that people tend to notice only faulty things. Heine. P. op. cit. p. 20.

⁷²⁷ Other view: Michael R. Darby and Edi Karni. Free Competition and the Optimal Amount of Fraud. *Journal of Law and Economics*, Vol. 16, №. 1, 1973. P. 68.

⁷²⁸ We recognise the problem of the "lemon market" but believe that its significance is somewhat exaggerated. In addition, we believe that what ultimately matters is not the information asymmetry, but the nature (plus the manner of acquiring) the information received and retained. Akerlof G. The "lemon" market: quality uncertainty and the market mechanism. *THESIS*. 1993. Vol. 5. pp. 95-104

⁷²⁹ One facet of the phenomenon called the "paradox of compensation" manifests itself in the moral risk of dependency. See.: Mackaay, Ejan. Op. cit. Op. cit. p. 77.

This incentive has economically justified limits. The rational actor decides for himself whether he needs more information or whether it is more profitable for him to rely on his naturally imperfect knowledge⁷³⁰. If he stops seeking information because its expected benefits are lower than the costs involved⁷³¹, he makes a rational decision that deserves legal recognition⁷³². This model of behaviour captures the essence of self-determination and the personal responsibility that comes with it, as elements of freedom of contract. And in this sense it is rather difficult to expect the legal system to effectively demand a higher level of awareness of the participants in circulation, contrary to their original will and the legitimate constraints existing in the economy, which are weakly subject to the direct influence of law.

Absolute (or even to a large extent) informational equality of the parties cannot be established. At best, one can only try to compensate for the disadvantages of the objectively weaker party and in a strictly limited number of cases⁷³³. Therefore, from the perspective of freedom of contract, in the case of information asymmetry, it is sufficient that the person in need of information has the potential, rather than the actual, opportunity to obtain sufficient information. Given the fact that there are at least two parties involved in contractual interactions, their competitive interaction, their struggle allows them to achieve the best possible result in given concrete, rather than fictional and ideal circumstances.

A duty of disclosure essentially forces the debtor to look after the creditor's interests against its own, which is inconsistent with the internal mechanism for accommodating competing interests in a free market environment⁷³⁴. Importantly, this

⁷³⁰ Heine. P. Op. cit. p. 28.

⁷³¹ Mackaay, Ejan. Op. cit. p. 47.

⁷³² However, the legal recognition (neutrality) also deserves simple negligence of the counterparty, which is traditionally confirmed in the doctrine and practice of foreign legal systems. Mazur O.V., A.P. Sergeev, T.A. Tereshchenko. Liability for bad faith negotiations as a limitation of freedom of contract (by the example of the provisions of Art. 434.1 of the Civil Code) // A.A. Amangeldy, V.A. Belov, A.A. Bogustov and others; ed. by M.A. Rozhkova. M., 2016. (Consultant Plus); Main provisions of civil law: article-by-article commentary to Articles 1-16.1 of the Civil Code of the Russian Federation [Electronic edition. Revision 1.0] / A. V. Asoskov, V. V. Baibak, R. S. Bevzenko [et al]; ed. by A. G. Karapetov. - Moscow: M-Logos, 2020. P. 89.

⁷³³ The doctrine of defence of the weaker party as a limitation of freedom of contract. See. Tomtosov A.A. New approaches to the protection of the weak party of the contract // Freedom of Contract: collection of articles / A.A. Amangeldy, V.A. Belov, A.A. Bogustov et al; ed. by M.A. Rozhkova. M., 2016 (Consultant Plus)

⁷³⁴ Speaking of free-market competition, the classic example of rush-hour traffic cooperation comes to mind. Heine. P. Op. cit. P. 19-23.

thesis cannot be challenged by the plausible argument that optimal competition can only begin when both parties are fully informed. On the contrary, we believe that their competition only begins when the parties are aware of their informational imperfections and seek contractual advantages. Accordingly, it may be presumed that whoever is better informed will reasonably achieve a better competitive outcome⁷³⁵.

2.5. Current scientific positions

The key approaches to the problem of disclosure should begin with A. Kronman's *Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts*. The author offers a now classic theory explaining why a contractual relationship may involve a duty of disclosure in some cases and not in others⁷³⁶.

A. Kronman observes that, from the point of view of economic theory, parties' mistakes about some factual state of the world around them represent a cost that is not localised solely to the party that incurred them⁷³⁷. In general, the cost of the transaction is increased precisely by incurring the additional costs directly associated with the mistake. At the same time, an effective means of combating mistake is information, the cost of obtaining which, however, is not the same for all parties. Rational participants of turnover can minimise their costs of a hypothetical mistake by reallocating the risk of its occurrence to the party for which it is cheapest to get the corresponding information⁷³⁸. Accordingly, in the case of a unilateral mistake, it can be assumed that the wronged party is in a better position to prevent his mistake, which is at least reasonable for cases where the other party is unaware of the counterparty's mistake⁷³⁹.

⁷³⁵ Provided there is a conscious lawful investment in their heightened awareness.

⁷³⁶ A number of reservations should be made at the outset: firstly, the author poses the question of the duty of disclosure in the context of the problem of one-sided mistake. Secondly, the author narrows the question to a situation where the informed party knows that the other party is mistaken; thirdly, whenever the author uses the phrase "duty of disclosure", it is a figure of speech but not a true legal duty. The counterparty may not, for example, claim damages for breach of a duty of disclosure. These circumstances need to be taken into account but do not diminish the overall conceptual and cognitive value of the author's ideas.

⁷³⁷ That is, the problem is compounded by the fact that private costs ultimately impair the process of moving benefits towards their most valuable use.

⁷³⁸ Kronman, A. T. *Op. cit.* P. 4.

⁷³⁹ Kronman, A. T. *Op. cit.* 6-7 pp.

The author goes on to suggest a combined rule which takes into account the extent to which the counterparty is able to recognise an mistake, and rightly points out that there may be situations where a party would know or have reason to know about the counterparty's mistake but still have no duty to disclose the information. Acknowledging this option, A. Kronman justifies it on the general proposition that the information in question is likely to be the product of expensive search and so a rule allowing non-disclosure is an effective way to protect the investment in the production of such knowledge⁷⁴⁰. On the other hand, rules requiring disclosure are effective where the knowledge of the party concerned is not the result of deliberate search and hence there is no threat of reducing the amount of such information by disincentivising the party to obtain it⁷⁴¹.

The author supports this logic by arguing that such a differentiated disclosure rule broadly corresponds to an effective allocation of the risk of unilateral mistake, which should be passed on to the party who is cheapest to prevent⁷⁴².

On the subject of distributive efficiency, A. Kronman notes its direct dependence on the speed at which information about changing circumstances affecting the supply-demand relationship reaches the market⁷⁴³. It does not escape his view that information does not appear on the market, conventionally speaking, out of nowhere. Obviously, its bearers are specific actors, who in turn become holders of information in two diametrically opposed ways: intentionally or accidentally. The author tries to clarify such a key issue for this theory by pointing out that deliberately acquired information means information whose acquisition is associated with costs that would not otherwise

⁷⁴⁰ Kronman, A. T. Op. cit. P.9.

⁷⁴¹ It should be recognised that in a one-sided mistake, knowledge that a party is mistaken will often not be the fruit of deliberate investment. It must be remembered, however, that such knowledge is in itself a common marker, but by no means the only marker, justifying the duty of disclosure.

⁷⁴² Kronman's desire to 'loop' the disclosure rule and the requirement for effective risk sharing is understandable, but in this case the result is not entirely convincing, since it is known that there is a difference between the cost of producing (receiving) information and transmitting it. As a rule, it costs disproportionately less to transmit information than to produce it. As a consequence, a person's awareness (regardless of the manner of awareness) plus knowledge of the counterparty's delusion is already potentially sufficient to reallocate the risk to that counterparty as the cheaper person able to rectify the mistake in this case (without regard to the costs already incurred to obtain information capable of rectifying the mistake). Forcing the wronged party to produce a second time the same information already produced (extracted) by the informed party will often be a socially unjustified waste of resources. See a different view: Kronman, A. T. Op. cit. 16-17 pp.

⁷⁴³ Lugmanov R.R. Some problems of information duties. Foreign experience// State and law: Theory and practice. 2021. № 3. P. 69.

be incurred; he points out the necessary connection between the targeted costs and the acquisition of information⁷⁴⁴ .

A. Kronman rightly observes that although it is socially desirable for new information to reach the market as soon as possible in the public domain, to deny the informed person the private use of such information without disclosing it undermines the incentive to produce it in the future, which would ultimately defeat the social purpose for which the information should have been disclosed as soon as possible⁷⁴⁵. On the other hand, by depriving the accidentally informed person of the benefits of possessing private information, the right cannot disincentivise the person and harm circulation, as the person in question will in any case have committed certain acts which have inadvertently led to the acquisition of the valuable information. However, the socially useful rule of non-disclosure of specially obtained information does not imply the possibility of lying to a question asked, but does allow silence in response to such requests⁷⁴⁶ .

A. Kronman attempts to strengthen his argument by referring to the relevance of the proposed rule of non-disclosure of intentionally obtained information to a hypothetical agreement that would have been reached by reasonable parties in a context apparently free of transaction costs. The author thinks that in principle parties can allocate a particular risk by contractually stipulating it, but when they haven't done so, contract law can offer a default rule of law which reduces transaction costs while mimicking the hypothetical arrangement which parties would have chosen had they deliberately addressed the matter⁷⁴⁷. But contract law will tend to represent some kind of general regulatory pattern of behaviour, each time differing in some way from the actually observed behaviour of the case in question. On the other hand, a hypothetical rule requiring individualized disclosure would inevitably raise many factual issues

⁷⁴⁴ The author cites the example of the businessman who overhears a valuable conversation on the bus. In this case, the cost of buying a bus ticket was not due to a desire to obtain the necessary information, but would have been incurred anyway.

⁷⁴⁵ Kronman, A. T. Op. cit. P. 14

⁷⁴⁶ Kronman, A. T. Op. cit. P. 15.

⁷⁴⁷ On the role of contract law in the context of information deficiency.

which are difficult to resolve in hindsight⁷⁴⁸. Furthermore, as the author rightly observes, the cost of administering such a flexible disclosure rule is likely to be very substantial, raising a major issue in the context of achieving efficient use of resources across society⁷⁴⁹. It may also discourage others who may invest more resources than they would otherwise invest simply to "try their luck" to tip the scales in their favour by artificially creating new features for themselves and by litigating in the hope that they will find something special in a particular case that will tip the scales in their favour. The author sees a way out of this situation by sort of averaging and forming some general rules for certain classes of cases involving the relevant type of information (e.g. information about market conditions, property defects etc.). In order to determine the appropriate rule to be applied to a certain class of cases, it must first be determined whether the information about which the rule is established is most likely to be the result of accidental or deliberate search. Accordingly, the more likely one way or another of obtaining the information, the more support a certain general rule should receive⁷⁵⁰. For example, in the author's view, information on market conditions is usually the result of deliberate searches and this should justify the establishment of a general rule on non-disclosure. On the other hand, if we find a fiduciary relationship between, for example, lawyer and client, guardian and ward, etc., the duty of disclosure seems quite natural to the author⁷⁵¹.

The work of A. Kronman has generated a heated debate in the academic community. Among the many papers supporting or critiquing Kronman's ideas in this paper, we will single out some that, because of the author's narrowly focused scholarly interest, are worthy of particular attention.

⁷⁴⁸ This seems of little use in a hypothetical application, given the conflicting interests of the parties who brought the dispute to trial and the opportunism that perennially prevails in such cases.

⁷⁴⁹ Kronman, A. T. *Op. cit.* P. 17. Same idea: Michael R. Darby and Edi Karni. *Op. cit.* P. 77.

⁷⁵⁰ Kronman, A. T. *Op. cit.* P. 18.

⁷⁵¹ Perhaps the example of fiduciary relations is a thin spot in A. Kronman's theory, since the proposed criterion of effort (and hence cost) to produce information in any cases of information asymmetry between professional and layperson should lead to the opposite conclusion: the general rule of non-disclosure to the contractual counterpart. However, this is wrong economically because in this kind of relationship it is information asymmetry that is one of the causes of the relationship. People hire professionals precisely because of their professionalism, which, by the way, is shaped by deliberate and often expensive efforts. Trust in the professional knowledge and experience of the counterparty avoids socially unnecessary duplication of costs, which again is cost-effective in the context of resource allocation.

S. Levmore, for example, in asking whether a buyer or seller should be required to disclose information in a transaction, suggests that the rules should take into account both the promotion of the production of socially useful information and an assessment of the public benefit or harm that might result from withholding/disclosing information, which should be weighed in each case⁷⁵².

S. Levmore agrees with A. Kronman that a strong public interest in encouraging the search for socially useful information may be sufficient justification for a rule of non-disclosure of relevant information. However, the author rightly observes that the silence permitted by the proposed rule will protect the buyer-investor only until the seller learns to ask the right questions, which require the buyer either to disclose the information or to make dishonest statements, i.e., to deceive⁷⁵³. For example, a flat buyer might ask, "Is there anything in this house that would annoy a typical buyer?"⁷⁵⁴ Of course, when it comes, for example, to the quality of the asset being sold, much less its dangerous properties, the disclosure rule is effective in any case, allowing the uninformed party to save socially useless and often duplicative costs. But the solution does not seem so obvious when it comes to socially desirable and risky investments, the fruits of which the uninformed party would opportunistically want to take advantage of if the informed counterparty were successful. Accordingly, if the right were to allow a buyer-investor to dishonestly answer a general or specific qualifying question about the property he is reselling, this would not only create the prospect of recouping that buyer's⁷⁵⁵ socially beneficial investment, but also protect the

⁷⁵² Saul Levmore, *Securities and Secrets: Insider Trading and the Law of Contracts*, 68 *Virginia Law Review* 117. 1982. P 136.

⁷⁵³ See also the famous case of *Laidlaw v. Organ*, 15 US 178 (1817), in which it was found that the seller asked the question, "Is there any news that would affect the price or cost price of the item to be purchased?"

⁷⁵⁴ Whether such a question can serve as an effective means of revealing, for example, various flaws in the quality of a thing, is now of little importance. It is not a question of semantic perfection but of the intellectual vector of a hypothetical solution to the problem of the counterparty's silence. It is important to understand that such behaviour by the uninformed party forces the informed counterparty to react, thereby giving away information. Moreover, the strategy of continued silence in response to a clearly asked question can no longer remain effective. Often such silence will constitute a signal in its own right, indirectly informing the counterparty. Rothschild, M., Stiglitz, J. *Equilibrium in Competitive Insurance Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information*. *The Quarterly Journal of Economics*, 90(4), 1976. 629-649 pp; Michael Borden, *Mistake and Disclosure in a Model of Two-Sided Informational Inputs*, 73 *Missouri Law Review*. 2008. P. 688.

⁷⁵⁵ These investments always have some probability of success, which adds to the urgency of the problem.

uninformed second buyer from the economically inefficient duplication of research that the informed buyer has already conducted⁷⁵⁶.

In sum, the author formulates a rule of "optimal dishonesty" aimed at stimulating socially useful research without the risk of socially unhelpful duplication of effort⁷⁵⁷. Moreover, this rule should also apply to third parties who, although they have not done the research themselves, but through their dexterity and entrepreneurial analytical skills (even just by observing the investor's actions) take the same risk and take similar actions to buy a potentially undervalued asset, since even such actions accelerate the arrival of new socially useful information into the market, adapt it more quickly to changing circumstances and redirect the resource into the hands of those who value it higher.

Another author, M. Borden, recognising the positive contribution of A. Kronman and S. Levmore, suggests an improved model which, while preserving the incentives for the parties to invest in information, does not require Levmore's "optimum dishonesty" rule, thereby relieving the tension between the proposed rules on information and the traditional contract law provisions which are somehow based on morality⁷⁵⁸.

The author made the important observation that the literature on the duty to inform traditionally deals with situations in which only one party has invested in information that, for example, affects the value of an asset being sold⁷⁵⁹. The model proposed by the author envisages a more realistic situation in which both parties incur, to varying degrees, the cost of obtaining the information.

A one-sided information model can structurally include two states: a disclosure problem on the part of the seller and the same problem on the part of the buyer. This

⁷⁵⁶ True, the author suggests circumventing the prohibition on fraud by hiring an agent who would indeed be uninformed and therefore honestly able to answer questions inconvenient to the principal without the risk of prosecution. Saul Levmore. *Op. cit.* P. 140.

⁷⁵⁷ One of the desirable aims of such behaviour seems to be the state of the misinformed party, which should be exactly the same as it was before when no information was available. It is also desirable that such a party should not be able to obtain information from the counterparty because of the unfairness of the situation. The author thinks that because of the possible change in the value of the object and the risk of extortion, it should not be possible to demand disclosure from the informed party. Saul Levmore. *Op. cit.* P. 140.

⁷⁵⁸ Michael Borden, *Mistake and Disclosure in a Model of Two-Sided Informational Inputs*, 73 *Missouri Law Review*. 2008. 667-706 pp.

⁷⁵⁹ A one-way information model.

model has four elements: 1) a party "sitting" on an inactive object that does nothing special but owns the asset, uses it to the extent of its understanding; 2) an inert asset⁷⁶⁰; 3) a counterparty that has invested in changing the value, value of the inert asset; 4) such counterparty's investment in information that can move the previous use of the asset to a position of more valuable use⁷⁶¹. When analysing such a one-sided information model, the author concludes that, from an economic point of view, the best rule is the one that establishes appropriate incentives to invest in information⁷⁶².

The disclosure problem is somewhat more complicated if one assumes that both the buyer and seller have already contributed to the development of their awareness. In this case, both parties have invested in information that could potentially enhance the value of the asset⁷⁶³. In such a two-way information model, the choice of disclosure rule will affect the incentives of both parties investing in the information.

The author gives the following example: the seller is a pharmaceutical company whose drug controls diabetes. The cost of the drug, including the seller's development costs, is \$50 million. The buyer, having investigated the chemical properties of the drug, concludes that the drug could be transformed into another drug that could, for example, fight a certain type of cancer. Such a hypothetical drug is tentatively valued by the buyer at \$50 billion. The buyer approaches the seller with an offer to buy back the rights to the drug based on the expected net profit from the sale of the diabetes drug over a certain period of time. Accordingly, this two-way model has the following elements: 1) the seller, who has invested in the creation of the asset, in increasing its value; 2) the dynamic asset, that is, the asset that has changed in some properties (including value) as a result of the seller; 3) the buyer, whose investment can further change the asset, in parallel increasing its value; 4) the investment made by the buyer.

M. Borden is trying to show that the buyer does not necessarily have to be silent in response to the question asked, much less lie. He believes that in the bilateral model

⁷⁶⁰ By inertia, the author means some uncertainty about the valuable properties of the asset.

⁷⁶¹ Michael Borden. Op. cit. P. 680.

⁷⁶² Michael Borden. Op. cit. P. 681.

⁷⁶³ To add my opinion: of course, research can be aimed not only at literally increasing the value of an asset, but also at using it more efficiently in general, which can conversely reduce its value, which, however, in the context of savings on the resources used, is certainly cost-effective and socially desirable.

the seller has already had all the uses of his asset, and hence there is little or no danger that he will be able to shed light on some new use of the asset, even if the buyer in response to the seller's question hints that the asset will become more valuable in his hands⁷⁶⁴. This optimistic result of the two-way investment model allowed the author to draw the following conclusions 1) in contrast to the unilateral model, the buyer will be able to retain a significant portion of the cooperative gain from the transaction despite the partial disclosure; 2) the hint of the perceived increased value of the asset in the hands of the buyer does convey part of the information, which may affect the price of the asset, thereby reducing some of the buyer's incentive as the expected return on their investment will be lower;⁷⁶⁵ 3) as the buyer's incentive to invest is still preserved (albeit in a smaller amount), so are the prospects of increased public welfare from the new information; 4) the transfer of abstract information to the seller may induce the latter to invest further in his own knowledge with different outcome options⁷⁶⁶.

The author considers the possibility of blocking the transaction, but calls such an outcome unlikely. The optimal variant is the sale of the asset to the same buyer, but at a higher price which would take into account the hypothetical increased value of the object, the exact amount of which is not known to the seller in principle. Recognising some reduction in efficiency of the transaction for the buyer, who will have to redistribute part of his profit for free in favour of the seller, the author nevertheless believes that this is the best outcome, as it avoids even greater strategic inefficiency in the whole society by allowing the counterparties possessing the information to lie⁷⁶⁷.

⁷⁶⁴ It would seem, however, that this statement is a subtle point of this approach. It is quite easy to simulate a situation where such possibilities would not be exhausted. It is difficult to generalise such conclusions and much will depend on the circumstances of the particular transaction. In any event, for the buyer to place undue faith in the seller's future inaction is too risky and can result in at least a pause in the transaction while the seller tries to unlock the hidden value on his own, and at most an opportunistic problem and reduced effectiveness of the asset's redistribution because of the seller's blackmail. See the author's discussion of the problem of cooperative gain redistribution in Michael Borden. *Op. cit.* P. 690.

⁷⁶⁵ There are strong doubts about the success of every such negotiation because an intrigued seller, who cannot even approximate the subjective value of the asset to the buyer and thus calculate the cooperative gain, will behave irrationally and block the transaction. Indirectly, we find a similar example of counterparty behaviour in the game of Ultimatum from game theory.

⁷⁶⁶ There is doubt that the author fully recognises the significance of the problem of socially useless duplicative costs of investing in information extraction. However, in another context, the author does try to hypothetically weigh the redistributive losses of the purchaser and the social benefits of moving the asset towards its more valuable use. Michael Borden. *Op. cit.* P. 690.

On the other hand, he may have meant maintaining incentives to invest in future knowledge with other assets.

⁷⁶⁷ Michael Borden. *Op. cit.* P. 692.

Moreover, such a transaction would still be socially desirable, since the asset would end up shifting to its most valuable use.

In this model, both parties retain an incentive to invest in future production of valuable information, since each party can in fact expect to satisfy its vested interest to a greater or lesser extent ⁷⁶⁸.

A few years before A. Kronman's work was published, another author, J. Hirschleifer, had investigated the private and social value of information in the context of the efficiency of investment in its acquisition. For our purposes, it is interesting to note that, in terms of the mechanics of information formation, J. Hirschleifer divided it into what he called "foresight" and "discovery". "Anticipation is knowledge that will in due course become apparent to all; it is information that nature will discover itself"⁷⁶⁹. For example, a guess about some abnormal weather represents probabilistic knowledge that will become known to all after some time anyway. In this sense "foresight" carries only the value of knowing certain circumstances in the context of time-priority⁷⁷⁰. "Discovery", on the other hand, is knowledge that will not become known in itself after some time. "Discovery" is the result of specific human effort; it is knowledge that is hidden from view until it is consciously retrieved⁷⁷¹.

According to J. Hirschleifer, information classified as "foresight" has no social value because it does not increase social welfare. Such information is of benefit only to its owner, as he can either change his own consumption of the relevant good or engage in speculation, redistributing income in his favour⁷⁷². This information is also called "redistributive" information. Thus, since this information does not increase social welfare, but only redistributes income in favour of the better-informed person,

⁷⁶⁸ But in general, the author is not interested in the problem of redistributing the gains between the parties, but in the problem of making socially desirable transactions, preferably while maintaining incentives to invest in information. "Given my assumption of a substantial surplus, the problem is not how to divide the enlarged pie, but how to ensure that it is baked." Michael Borden. *Op. cit.* P. 704.

⁷⁶⁹ Jack Hirschleifer. *The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity*. *The American Economic Review*, Vol. 61, №. 4. 1971. P. 562

⁷⁷⁰ Eisenberg, M. A. *Disclosure in Contract Law*. *California Law Review*, 91(6), 2003. P. 1664.

⁷⁷¹ Jack Hirschleifer. *The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity*. *The American Economic Review*, Vol. 61, №. 4. 1971. P. 562

⁷⁷² The author also highlights trade in information, although he acknowledges the factual complexity of such an idea. Jack Hirschleifer. *The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity*. *The American Economic Review*, Vol. 61, №. 4. 1971. P. 565.

investment in redistributive information ultimately constitutes a social loss and is therefore socially undesirable. On the other hand, the availability of such information to society as a whole may be beneficial, as it will help the market adapt more quickly to changed but previously unknown circumstances, but the author does not consider such benefits sufficient to justify investment in obtaining this information.

In the case of information categorised as "discovery", this information has technological benefits for society as a whole, as it enables better or different use of available resources, changes in technological processes and generally increases social welfare⁷⁷³. This kind of information is also called "productive" information. However, the generation of this type of information without appropriate incentives for individuals will be very limited.

The issues of public benefit of obtaining and disclosing productive information and private incentives to obtain it are fundamentally contradictory, as is clearly seen, for example, in the context of the problem of the timing and scope of intellectual property rights protection. By creating a private incentive to extract productive information, the right generates a certain financial effect for that investor, which again will largely be determined by the redistributive vector of income flow from the use of the knowledgeable party's productive information⁷⁷⁴. One effective way to create such financial incentives to extract productive information is through the right of the knowledgeable party not to disclose its knowledge to the counterparty by insisting on the performance of a contract concluded under the influence of a unilateral mistake.

However, J. Hirschleifer did not deal directly with disclosure obligations. Rather, his work can be seen as aimed at examining the effectiveness of investment in generating different types of information.

In a slightly different aspect, namely in the context of the problem of distinguishing between one-sided and two-sided mistake, the work of R. Cooter and T.

⁷⁷³ As some scholars aptly put it, productive information increases the overall "pie", which ultimately increases each person's potential share. As for distributive information, it does not increase the size of the pie, but it does increase the share of the person possessing the information. Coleman, Jules L. A Bargaining Theory Approach to Default and Disclosure Provisions in Contract Law. Faculty Scholarship Series. Paper 4195. 1989. P. 694; Eisenberg, M. A. Disclosure in Contract Law. California Law Review, 91(6). 2003. P. 1664.

⁷⁷⁴ Jack Hirschleifer. The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity. The American Economic Review, Vol. 61, №. 4. 1971. P. 571.

Ulen⁷⁷⁵. The authors had the opportunity to study the works of contemporaries, including A. Kronman and J. Hirschleifer. They also distinguished between productive and redistributive information, which either increased social welfare, or simply shifted value to the better-informed person, resulting in a social waste of resources, which was spent by both parties as protective measures and simultaneously to gain an informational advantage⁷⁷⁶. Both information may have been obtained deliberately or inadvertently. Unlike A. Kronman, these authors did not consider the manner in which the information was obtained to be a decisive factor without taking into account the economic effect produced by the information. However, the need to take account of both factors led to a combination of both, concluding that only information which was productive in terms of the economic effect it produced and which was obtained through investment should be protected⁷⁷⁷.

Following J. Hirschleifer, R. Cooter and T. Ulen recognised the redistributive (financial) effect in many cases of productive information generation, which led the authors to formulate a third type of information: mixed information⁷⁷⁸. The authors believe that such information should be protected in most cases, but the cases themselves, or rather the exceptions to the general rule, are not explained.

In addition to these types of information, Cooter and Ulen also identify information relating to security. The authors believe that it is precisely in relation to this type of information that the law can impose an effective duty of disclosure, which helps counterparties to avoid harm and also reduces the need for future counterparties to make unnecessary protective investments which do not add to the public welfare, effectively constituting a social loss⁷⁷⁹.

J. Coleman, on the other hand, did not recognise the distinction between accidentally or deliberately acquired information, but focused on the productive and redistributive dimension of the impact of information⁷⁸⁰. He believed that all

⁷⁷⁵ R. Cooter, T. Ulen. op. cit. p. 508.

⁷⁷⁶ R. Cooter, T. Ulen. op. cit. p. 510.

⁷⁷⁷ R. Cooter, T. Ulen. op. cit. p. 511.

⁷⁷⁸ R. Cooter, T. Ulen. op. cit. p. 512.

⁷⁷⁹ R. Cooter, T. Ulen. op. cit. p. 514.

⁷⁸⁰ J. Coleman draws this distinction from the work of D. Hirschleifer. Coleman, Jules L.A Bargaining Theory Approach to Default and Disclosure Provisions in Contract Law. Faculty Scholarship Series. Paper 4195. 1989. P. 694.

information has both a productive (technological) and a redistributive dimension. In this sense, the ratio of the amount of investment in information generation to the amount of social benefits will affect the overall efficiency of resource use, which also depends on whether the information generated is predominantly technological or redistributive. Accordingly, the effectiveness of imposing a duty to inform depends on whether the information is predominantly technological or redistributive. If the information is largely redistributive in its effect, the right to information generated may be ineffective⁷⁸¹.

Another author, E. Franklin, proposed an entire "disclosure system"⁷⁸². In exploring the principle of freedom of contract as the basis of contract law, he concluded that this principle helps rational actors to make the most efficient use of available resources, since no one but the actors themselves know their own interests better and how best to satisfy them. However, for freedom of contract to function properly, each party must have some access to information that influences the relevant pre-contractual decisions. But equal access to information is the exception rather than the rule, and therefore information asymmetry is a rule in contractual relations⁷⁸³. The author does not jump to the conclusion that information asymmetry is inherently objectionable. He follows A. Kronman in showing the necessary connection between the right to hold information and the production of that information. However, E. Franklin admits that there are cases where compulsory disclosure is right in the context of the problem of asymmetry's negative effect on freedom of contract. The author points out that information asymmetry can undermine the assumption that parties are indeed free to contract. Without some minimum required level of information, the role of the contract as the best means to efficiently allocate scarce resources will be questioned. Under conditions of information asymmetry, it is impossible to make an informed decision about entering into a contract. Moreover, the author insists that, under such conditions, a "decision" made is not a legally binding decision at all and contradicts the principle

⁷⁸¹ Coleman, Jules L.A. Op. cit. 695.

⁷⁸² Franklin, Eric H. Op. cit. P. 557.

⁷⁸³ Franklin, Eric H. Op. cit. P. 562.

of freedom of contract. To solve the problem that has arisen, the author proposes a certain test that involves two steps.

1) Information asymmetry analysis, which focuses on the parties' ability to gain equal access to the fact to be disclosed. Equal access exists when the parties have an equal probability of finding the information if they make the same efforts. Moreover, equal access does not require that efforts always be successful; it only requires that equal efforts be rewarded with equal chances of success⁷⁸⁴.

In situations where the contracting parties do not have such equal access, it is recognised that the information asymmetry is quite high, which means that it is necessary to move on to the second stage of the test.

2) Stakeholder analysis. The author recognises that since information asymmetry is a general rule, and far from any asymmetry being incompatible with the idea of freedom of contract, there must be an additional and very strong argument to impose a duty to inform, which in the author's view is a strong public interest in disclosure⁷⁸⁵. It is necessary to determine whose interests outside the transaction are likely to be affected by its effects and then to ascertain how far the interests of third parties outweigh the interests of contracting parties wishing to use asymmetric information as leverage in negotiations⁷⁸⁶. The author proposes to measure such interests through the costs (losses) to interested third parties resulting from the non-disclosure of information, as well as the costs to the informed party from the disclosure of the information⁷⁸⁷.

Finally, Melvin A. Eisenberg proposed his approach to pre-contractual disclosure, which he called the "disclosure principle"⁷⁸⁸. He gave three reasons that, in his view, require disclosure: 1) completeness of information underlies the enforceability of a freely entered into contractual obligation; 2) the duty to inform can

⁷⁸⁴ Franklin, Eric H. Op. cit. P. 566.

⁷⁸⁵ Franklin, Eric H. Op. cit. P. 567.

⁷⁸⁶ Franklin, Eric H. Op. cit. P. 568.

⁷⁸⁷ It is difficult to avoid some criticism of the approach outlined. Obviously, the author is not obliged to follow the logic of previous researchers, but it is difficult not to note the complete neglect of the problem of incentives to produce socially useful information (the nature of information plus the incentives to obtain it). Nor is it obvious that the socially useless costs of generating redistributive information should be taken into account, although these costs may be quite significant and, at the same time, the interests of third parties are weakly affected.

⁷⁸⁸ Melvin A. Eisenberg. *Foundational Principles of Contract Law*. Oxford University Press. 2018. P. 599.

save the social cost of duplicative searching for information that the other party already has; 3) refusing to correct misconceptions increases the resources that should be devoted to distributing goods for their most valuable use⁷⁸⁹.

Under the stated "principle of disclosure", the right should require disclosure of material facts⁷⁹⁰ unless the disclosure requirement would impose a significant cost of efficiency⁷⁹¹. This is essentially a general presumption in favour of a disclosure rule which, in the author's view, should not be overcome by "relatively small efficiency costs"⁷⁹². However, as M. Eisenberg points out, this principle is not directly applicable but is a kind of basis for a tiered disclosure rule.

This rule provides that, subject to certain exceptions, a person in possession of private information of material facts (other than his own preferences and intentions) must disclose the information unless he is a purchaser⁷⁹³, the information is anything more than a mere hunch⁷⁹⁴, the information has been acquired by accident or improperly, and the subject and his counterparty are in a relationship of trust such that a reasonable person in the counterparty position would expect disclosure.

The exceptions⁷⁹⁵, according to the author, are when 1) the risk of mistake has been borne by the party in mistake, 2) that party has been advised that its representation is erroneous or its mistake was inexcusable because no reasonable effort was made to find out, 3) the context in which the transaction took place suggests a certain increased risk, commensurate with a kind of gaming in which exploitation of counterparty mistake is not reprehensible⁷⁹⁶.

It should be noted that there have been other authors who have studied the problem of disclosure in contractual relations, but the above views cover most of the research field and in this sense constitute sufficient scientific material to enable a full

⁷⁸⁹ Eisenberg, M. A. Op. cit. 1647.

⁷⁹⁰ A material fact is one that is likely to influence an uninformed party's decision to enter into a contract generally or on certain terms. Melvin A. Eisenberg. *Foundational Principles of Contract Law*. Oxford University Press. 2018. P. 595. The author then devotes considerable attention to the concept of the "tacit assumption" which he introduces, a critique of the validity of which will be outlined later.

⁷⁹¹ Ibid

⁷⁹² Ibid

⁷⁹³ However, according to Eisenberg, sellers should be obliged to disclose information in any case.

⁷⁹⁴ Information that is not productive must be disclosed in any case, even if it is obtained intentionally.

⁷⁹⁵ Provided the parties are not in a relationship of trust and the information has been properly obtained.

⁷⁹⁶ Melvin A. Eisenberg. *Foundational Principles of Contract Law*. Oxford University Press. 2018. P. 620.

approach to the study of our problem without the risk of inappropriate duplication of the positions already stated.

2.6 Model Disclosure Rules

The wealth of legislative material, jurisprudence and theory used in this research concentrates on one common factual situation: a contractual party in possession of information related to the contractual relationship decides not to disclose it to the other party. As a rough approximation, three legal reactions to this situation are fundamentally conceivable: 1) condemnation of non-disclosure, which equates such behaviour with fraud by default; 2) endorsement of non-disclosure through a mechanism of information protection and reward for investment in information generation, or 3) tolerance of non-disclosure as a "by-product" of free market interaction.

Eisenberg uses two examples to illustrate his ideas: 1) the sale of an apartment building that contains an illegal septic tank, which the seller is not aware of, and 2) the purchase of land in which the buyer believes there is ore in the ground that the seller does not know and the buyer does not disclose⁷⁹⁷.

In another, now classic, example from *Laidlaw v. Organ*, A. Kronman shows the conflict of interest between the tobacco dealer and the buyer who, knowing that the 1812 peace treaty had been signed, would not disclose this information to the seller because its disclosure would have a significant effect on the contract price⁷⁹⁸.

At a minimum, these and similar examples highlight the problem of the differences often seen in the legal responses to non-disclosure by the seller and the buyer, as well as the differences in the consequences of silencing the "internal" facts relating to the contracted item and the "external" facts, including those relating to general market conditions affecting the price of that item.

The analysis of foreign jurisprudence and current theory has helped to identify the following factors which are commonly considered in the context of non-disclosure:

- information asymmetry (knowledge of one side and ignorance of the other);

⁷⁹⁷ Eisenberg, M. A. *Disclosure in Contract Law*. California Law Review, 91(6). 2003. P. 1652.

⁷⁹⁸ Anthony T. Kronman. *Op. cit.* P. 9.

- nature of undisclosed fact (Art. 1112-1 Civil Code, Art. 1132-1133 Civil Code, productive, redistributive, mixed information; discovery or conjecture, "external" or "internal" information, etc.)
- the contractual position of the parties ("seller-buyer");
- the manner in which the information was obtained (intentionally or accidentally; legally or not);
- active or passive concealment of material information (Art. 1139 Civil Code; § 123 BGB);
- the importance of the undisclosed fact to the uninformed party;
- The nature of the contract (contract types that are particularly exposed to moral hazard, e.g. insurance contracts, property trusts);
- the excusable ignorance on the part of the uninformed party;
- relations between the parties (Art. 1112-1 Civil Code; § 241 II, § 280 I, § 311 II, III BGB) etc.

It is quite difficult to find examples in the scientific literature of attempts to integrate the various factors into a single system⁷⁹⁹. The focus tends to be on individual factors which are of key importance to the authors in justifying the rules on information interoperability. It would seem, however, that the key factors should be incorporated, to a greater or lesser extent, into general model rules on disclosure in which the relevant factors are given appropriate weight and this, in turn, would enable the court to decide cases where individual factors conflict with each other.

To begin with, we outline a number of general ideas, concepts and signposts that are desirable in the design of model rules for the disclosure of information:

- the connection of information and benefit on the same side;
- transferring the good to the person who values it more;
- transaction costs;
- information generation incentives;
- the speed at which information reaches the market;

⁷⁹⁹ Such a paper is Eisenberg, M. A. Disclosure in Contract Law. *California Law Review*, 91(6), 2003. pp. 1645- 1692, followed by the inclusion of this text in Melvin A. Eisenberg. *Foundational Principles of Contract Law*. Oxford University Press. 2018. p. 904.

- allocation of the risk of mistake to the party who can more easily eliminate it;
- equal access to information;
- the limited rationality of the participants in the turnover;
- information insufficiency and asymmetry;
- the pursuit of self-interest as a natural source of opportunism;
- external effects.

As we know, contract law is a powerful tool for the efficient use of scarce resources and the redistribution of wealth. Parties entering into a contractual relationship pursue their interests, which can only be legally satisfied by satisfying the counter interests of the potential counterparty. Accordingly, it should not come as a surprise the basic reciprocity of freely conducted exchange transactions, which move the benefits towards their most efficient and valuable use.

Voluntary contractual commitments serve the purpose of efficient movement of goods. Confidence in commitments enforced by state enforcement helps to save resources associated with securing transactions and subsequent disputes, allows for a longer planning horizon for economic activity, and generally reduces transaction costs, which in itself is already an important efficiency advantage⁸⁰⁰.

However, the stability of the commitment relationship may conflict with the basic focus of exchange transactions on a mutually beneficial outcome. If a buyer discovers that a recently purchased house is infested with, for example, termites, it is difficult to view the exchange as mutually beneficial and reflective of the movement of the object towards its best and most valuable use.⁸⁰¹

We have already considered transaction costs before and noted the high role of insufficient information in their formation. Now we should note another source of transaction cost, still related to the problem of lack of information: transaction cancellation.

In fact, as a result of the cancellation, both parties will potentially incur contingent duplicative transaction costs in connection with a new attempt at contractual

⁸⁰⁰ Mackaay, Ejan. op. cit. p. 482.

⁸⁰¹ Anthony T. Kronman. Op. cit. P. 24.

engagement with others⁸⁰². Such costs should be regarded as socially losses and, in that sense, socially undesirable. Moreover, as we know, a rational participant in circulation intending to cancel a transaction must weigh not only the actual (residual) benefit of the challenged transaction against the likely opportunity cost of the benefit of a hypothetical substitute transaction, but also the amount of diminished utility from having the good due to the actual transaction against the likely amount of future administrative and transactional costs associated with challenging the transaction and entering into/executing a substitute transaction. As a consequence, the potential idea that any transaction that violates the Pareto efficiency criterion by withholding information that affects a party's decision to enter into a contract is socially desirable to be cancelled is questionable.

Moreover, it must be recognised that a second source of economic inefficiency may be the injured party itself, so to speak⁸⁰³. Given the limited rationality of the actors involved, the realistic possibility of measuring costs and benefits against their precisely calculated probability must be adequately taken into account. Added to this is the fundamental impossibility of internalising the associated administrative costs at their source, thus making them part of the unrecoverable social cost.

2.6.1 Essentiality of information, internal and external aspect of information, excusable ignorance (inexcusable ignorance)

What facts should we be talking about in the context of disclosure doctrine and practice? As we have seen from our review of disclosure rules in foreign jurisdictions, the obligation to disclose arises in relation to essential circumstances. This is a rather vague category of facts which cannot in principle be understood in a uniform way. In each legal order, the category of "essentiality" will have a slightly different meaning due to the established court practice, the prevailing theory and the civil-law tradition.

⁸⁰² Christopher T. Wonnell, *The Structure of a General Theory of Nondisclosure*, 41 Case W. Res. L. Rev. 1991. P. 335.

⁸⁰³ In fact, these thoughts are a logical consequence of R. Coase's conclusion about the reciprocal nature of externalities.

In principle, two basic understandings of essential circumstances are possible and, depending on the angle of view, form the extremes of the concept, between which other, compromise but less clear-cut options are possible.

Firstly, we can talk about such essential circumstances that constitute the very essence, the nature of the object of civil rights, reflecting its inherent, substantial qualities (objective view)⁸⁰⁴. Secondly, essential circumstances may be those that are significant for taking a certain legally relevant decision (and not only about the transaction) in the eyes of a particular party or an average participant in the turnover (conditionally subjective view)⁸⁰⁵.

In the context of the fundamental private law principles of autonomy of will and freedom of contract, a basic knowledge of the mechanics of market transactions should lead to the conclusion that a subjective approach to the understanding of essential circumstances is more appropriate in relation to the duty to inform⁸⁰⁶. No one can take the place of a particular actor in deciding with whom, when and on what terms to transact and making other legally relevant decisions. The basic principle of the movement of resources and goods along the path of their most valuable use in the market economy is based on the subjectively perceived value of the transferred and received benefits⁸⁰⁷. One and the same good that is static in appearance during a certain period of time and has a potentially finite set of objectively perceived characteristics, nevertheless has a different set of subjectively perceived essential characteristics that influence the perception of value of this good in the eyes of specific turnover participants⁸⁰⁸.

⁸⁰⁴ Decision of the Arbitration Court of the Volga-Vyatka District of 15 October 2019 in case № A39-5575/2018.

⁸⁰⁵ When analysing domestic court and arbitration practice, we have encountered various types of cases in which a court has established the existence of an information duty in relation to circumstances that affected the dynamics of pre-contractual relations (e.g. bearing the costs of continuing negotiations), contractual relations (e.g. notification of the decision to terminate the relationship), post-contractual relations (e.g. the possibility of providing evidence of the status of mutual settlements in the context of compensation for damages). Determination of the Judicial Board for Economic Disputes of the Supreme Court of the Russian Federation of 29.01.2020 № 305-ES19-19395 in case № A40-98757/2018; Decision of the Tenth Arbitration Court of Appeal of 18.03.2019 № 10AP-20854/2018 in case № A41-26593/18; Decision of the Second Arbitration Court of Appeal of 09.11.2017 № 02AP-3602/2017 in case № A28-10107/2016.

⁸⁰⁶ Eisenberg, M. A. Disclosure in Contract Law. *California Law Review*, 91(6). 2003. P. 1648.

⁸⁰⁷ Mackaay, Ejan. *op. cit.* p. 460.

⁸⁰⁸ Stigler, G. J. The Economics of Information. *Journal of Political Economy*, 69(3), 1961. P. 214.

This observation, *inter alia*, points to the dubiousness of a literal application of the so-called "golden rule of morality" as it fails to take into account the above aspect. The disclosure of information about circumstances significant to the person in question is not necessarily of any significance to the person perceiving the information. However, such information may become relevant for the reasons set out by M. Eisenberg in the context of the "concept of tacit assumption"⁸⁰⁹ or be used for opportunistic purposes. However, since the number of possible material circumstances is subjectively infinite and transactions must be the source of firm commitments rather than constant doubts about the certainty of acquired rights, the law must limit the right of a party to challenge for mistake to certain special, rather obvious cases in the event of which the very possibility of an effective mutual exchange is generally put into considerable doubt, as in the case of a mistake about the subject of a transaction, for example. But it must be borne in mind that under certain conditions, disputed transactions may not stand in the way of efficient transactions, but may be a source of instability in their own right and significant transaction and administrative costs which are socially perceived as irreparable losses.

Thus, the need for trade-offs between the recognition of the subject's exclusive ability to determine the best use of their resources and benefits, thereby guiding them towards their most valuable use⁸¹⁰, on the one hand, and the social need for stability of rights and obligations, on the other, leads scholars and practitioners to search for a balance between competing socially relevant values.

This problem may be solved by the previously mentioned separation of the scope of application of the institution of delusion of circumstances from the category of the duty to inform. In this case, the category of essentiality may have different content in the context of the delusion and the duty to inform. Information may be subjectively material to a party's decision to take a legally significant action, but a misconception on this point will not be a basis for challenging the transaction.

⁸⁰⁹ Eisenberg, M. A. Disclosure in Contract Law. *California Law Review*, 91(6). 2003. P. 1649.

⁸¹⁰ And as we know, respect for the private interests of those involved hides a social interest in the efficient use of scarce resources and valuable goods.

In part having a political-legal dimension, the question of separating the scope of the doctrine of misrepresentation of circumstances and the duty to inform may in principle be dealt with differently, but it must be recognised that outside of permissible and socially desirable cases of challenging transactions, the duty to inform fulfils a similar function: to guard the efficiency of private transactions, but without so clearly colliding with the value of ensuring stability in circulation. The problems are of a slightly different nature and the competing values must still be weighed. The goal of ensuring the efficiency of private transactions may now collide with the goal of maximising public welfare, where disclosure will benefit the private person concerned but cause strategic harm to public development.

In the following, we will show some rather significant aspects of this problem, but for now we will note that the division of information into "internal" and "external", sometimes found in the literature, is objective in the context of this argumentation. This division makes sense if the legal order attaches importance to the designated nature of information and associates some legal consequences with the fact of not knowing, for example, "inside" information. However, it is easy to see the possible substantive similarity between the concept of material information in the objective sense and that of inside information, which raises the question of the need to multiply the essence by singling out an additional category of information.

In the context of informational duties, or more precisely outside the scope of the institution of mistake⁸¹¹, i.e. where subjective assessment of the significance of certain circumstances for the decision to enter into a transaction is relevant, the separation of an essentially objectively perceived category of "external information" sometimes leads to questionable results: a party may know that a particular circumstance was the main reason for the counterparty's transaction, understand that the counterparty is mistaken about the circumstance, but remain silent because the information in question is external and in that sense publicly available⁸¹².

⁸¹¹ Clarification is necessary because the scope of each of these legal categories may overlap.

⁸¹² And external information is usually not disclosed, otherwise there is no point in making such a category.

For example, a buyer who has a respiratory disease, of which the seller is aware⁸¹³, comes to inspect the flat in an unfamiliar area on a weekend. During the inspection, the buyer expresses satisfaction with the flat, the front room, the tidiness of the courtyard and the generally clean air in the house and courtyard. However, the seller is aware that there is a factory nearby which, on weekdays, emits an odour that is not very pleasant, although tolerated by the locals. The seller does not provide this information even though this information might be important for the buyer to decide whether to enter into a contract, and only the buyer himself, by going to the area on a weekday, would be able to assess the degree to which the cleanliness of the air meets his expectations. Such information is external to the object of the sale and, in principle, easily accessible. However, it is highly doubtful that such an objective attribute of the transaction in question is sufficient to establish the absence of a duty to inform, even though the better-informed party is aware of the counterparty's ignorance of a material fact.

Obviously, in these cases the impossibility of challenging the transaction or the absence of a right to recover damages due to a breach of the duty to inform will contribute to the inefficient transfer of wealth, which is fundamentally contrary to the very idea of contract law in general and the basic economic principles of market transactions in particular.

The issue of taking into account the nature of information (internal-external) takes on significance in a fundamentally different situation, which has not been considered before and in this sense is beyond the scope of our study: the contracting party is unaware of the other party's delusion. Moreover, this situation may be reinforced by the absence of information asymmetry, which has already been sometimes encountered in the context of the study of foreign experience. Information asymmetry, which we have identified as a necessary condition for starting a dialogue about the existence/absence of a duty to inform, is not relevant in this case. Under certain circumstances a party may be obliged to find the relevant information and to communicate it to the counterpart. Accordingly, such a party may be obliged to inform

⁸¹³ For example, the buyer has informed the seller.

the counterparty regardless of the absence of knowledge of the counterparty's misrepresentation.

In this complex and highly controversial situation, in addition to purely economic criteria, various political and legal aspects can be taken into account. In terms of efficiency, nothing changes: the benefits are still desirable to be passed on to their most valuable use. But since neither party is aware of the actual demand for the type of information in question, two difficult questions arise: 1) what kind of information the party should seek and transmit; 2) which party and why (these two aspects of the second question are directly related) should do so.

In answering the questions posed, it should be noted that a broad duty to inform is fundamentally ineffective. Contrary to the views of some authors, a duty of disclosure as a general rule carries with it potentially great economic damage⁸¹⁴. Such a rule would be a source of uncertainty and create a disincentive to civil turnover. In a practical sense, there would be a large number of non-obvious situations where it would not be clear in advance whether or not particular information should be disclosed. This uncertainty would have a negative impact on the business and investment climate. From the point of view of the long-term development of society, broad and predetermined duties to inform are extremely undesirable and therefore cannot be supported.

It should be noted that any approach to determining the set of circumstances to be disclosed is fundamentally conceivable, regardless of the request for this information. Depending on the nature of the subject matter, its usual purpose, its potentially damaging properties and other relevant circumstances, law and order may require the relevant party to disclose these facts.

A division of information into internal and external can help to address precisely this issue. In a situation where both parties do not own the information or the demand for it is not obvious to the other party, classifying certain information as external, i.e. publicly available, removes the possibility of holding a party liable for not disclosing

⁸¹⁴ M. Eisenberg establishes the principle of disclosure as a general rule without citing any convincing argument in favour of his "presumption of disclosure". Eisenberg, M. A. Disclosure in Contract Law. California Law Review, 91(6). 2003. P. 1647.

that information. The economic rationale for this is quite simple: as we have noted above, broad obligations of disclosure are ineffective. One cannot be obliged to disclose information in principle, but one can be obliged to inform the counterparty of specific information affecting, for example, the security of the counterparty (preservation of his personal and property integrity), the ability to achieve the purpose of the transaction, or to inform about unusual characteristics of the provision not normally expected by the average party to the transaction under comparable circumstances. The specific set of facts to be disclosed and the situations in which such disclosure is required will take shape gradually as jurisprudence develops and evolves.

As the transmission of information generally does not cost anything, it may be tempting to declare that this is an argument for imposing extensive information duties on the party concerned. However, firstly, the cost of transmission cannot be the main criterion for determining the desirability of disclosure rules, as this aspect will for example face the problem of providing incentives to extract the information in question; secondly, the low cost factor is only relatively relevant in a situation where the party concerned already has the information and either for free, by accident or received it naturally through the ownership of the subject of the contract (the example of a house for sale with termites).

But the situation does not seem to be any clearer if the party concerned does not have the information and even less so if it is accidental. That is, its main costs would not be the cost of transferring the information, but the cost of extracting and then transferring the information⁸¹⁵. Accordingly, it is quite critical for such a hypothetical debtor of information duties to understand what information does not need to be mined beforehand in order to disclose it later.

This aspect of the problem reveals another problem - the procedural problem of proving that a person knew this or that information but concealed it. The criterion of

⁸¹⁵ There is a fundamental difference between the cost of passing on information and eliminating the misconception in a conventional external sense (which really generally costs nothing) and the cost of obtaining that information, which can then be cheaply disclosed to the uninformed party in order to eliminate the misconception. Who in this sense would be the cheaper party to remove the misconception of the uninformed party? It does not seem obvious to us that it will still be the better-informed party who has probably had to spend a lot of money on being informed in order to gain some kind of competitive advantage. See also Anthony T. Kronman. *Op. cit.* P. 33.

the cost of obtaining the information is only relevant in a situation where the debtor party does not know the information. But the problem is that it is often not possible to determine with certainty whether a party knew the relevant information or not. Accordingly, outside of situations where a party inquires about certain facts, or otherwise communicates to a counterparty its interest in certain facts affecting the decision to enter into a transaction, the problem can be resolved by establishing certain presumptions of knowledge of the information and by giving legal meaning to the category of "external" information.

The category of 'external' information takes on a legal meaning in connection with another equally well-known category - the inexcusable (excusable) of ignorance. It is largely an evaluative category that seeks to account for the particular circumstances of the transaction. It is quite simple to see the connection between the statement of an objectively perceived fact ("external" information) and the legal conclusion that ignorance of this fact is blameworthy. However, because it is an evaluative category, a court may take into account the different factual circumstances which affected a party's ability to view a given external (publicly available) fact in a given case.

In the context of Russian law, the category of external information is generally not distinguished, which is, however, easily explained by the absence of a doctrine of information duties. The category of manifest defects found in the Civil Code (Article 580, Article 720 (3) of the Civil Code), has no meaningful coincidence with the category of "external" information⁸¹⁶. As regards the exculpatory nature of ignorance, the basic similarity of this construction can be observed in terms of the operation of the principle of good faith in the subjective sense, where legal consequences are attached to the commission of certain actions in ignorance of the relevant circumstances.

⁸¹⁶ Obvious defects are an evaluative category and inherent in this very notion is the fact that the seller is not hiding them, that he has exposed them. This category may change from one type of product/service to another type of product/service. But the meaning is the same. With concealed defects, it is a little more complicated. In order to declare a certain quality as a defect, the options are: 1) so stated in the legal act-objective defect, 2) such quality does not correspond to the subjective understanding of the proper for the counterparty). If there is no objective evidence of a flaw, it is not advisable to use option 2), because it is not known that the property in question is significant for the counterparty, and because of the moral hazard it is quite possible that a) the actualization of fears, b) the blackmailing of the seller for a discount.

The highly flexible construction of inexcusable (excusable) ignorance allows various arguments to be used to justify a particular legal result⁸¹⁷. Circumstances taken into account by the court can be of a very different order: long-standing, fiduciary relationships, expertise of the counterparty, availability/absence of technical capability to obtain the necessary information, proximity to the source of information and cost of obtaining the information, physiological and psychological characteristics of the party to the transaction and many others.

We believe that the category of inexcusable (excusable) ignorance is a working tool of judicial ex post correction, which should be used very occasionally and in a very calibrated way.

The objective category of external information allows the relevant party to be assured that, in the absence of explicit information asymmetry, the counterparty itself will obtain the information of interest, which will positively affect the stability of the turnover and broaden the horizon of economic planning of transactions. Exceptions to the rule of non-disclosure should be foreseeable for the parties to the transaction and the list of such exceptions should be, in principle, finite.

The gradual accumulation of jurisprudence and its strengthening and development will help the turnover to predictably understand the relevant list of possible circumstances where the relevant party should make an extra effort to find the necessary information and pass it on to the counterparty.

The use of the logic of excusable ignorance works relatively better in the context outlined above: when parties are unaware of the other party's mistake, when the information asymmetry is not obvious⁸¹⁸. Active and widespread use of duties to inform in such situations can be a serious source of disruption and economic inefficiency. On the other hand, inappropriate judicial intervention in relationships where information asymmetry is evident (all classic examples used in the literature) can also be a source of instability and inefficient movement of resources and benefits.

⁸¹⁷ See: PICC Art. 3.2.2, DCFR Art. II.-7:201. Lugmanov R.R. Silence of Circumstances: Criteria for Determining Information Subject to Disclosure // Legislation. 2017. № 9. P. 55.

⁸¹⁸ Decision of the Arbitration Court of the Volga-Vyatka District of 15 October 2019 in case № A39-5575/2018; Decision of the Arbitration Court of the West Siberian District of 10 March 2016 in case № A70-4385/2015.

In a situation where both parties are unaware of some information that is crucial to one party's desire to enter into a contract, the inexcusability (apologisability) of ignorance does save resources by allowing the party in question, for example, to be identified as the easiest or cheapest to obtain the necessary information. However, the situation is not so clear if one party is aware of the other party's delusion despite the information being conditionally "external". In this case, despite the fact that the information was publicly available, it may be cheaper for the knowing party to remove the counterparty's misconception, thus saving the unaware party the additional (although not incurred in this case) costs. The only problem is that this circumstance may be irrelevant in the context of the strategic economic purpose of contractual interaction between civil litigants: to direct the benefits towards their most valuable use.

Thus, the category of excusable ignorance is a valid tool to determine the duty to inform in cases of bilateral uninformed or non-obvious asymmetries of information, but in the case of unilateral uninformed may produce unexpected results. However, if the criterion is to be seen as a tool for point-by-point and very occasional judicial intervention in the most egregious cases of deformation of free contractual interaction and to protect, for example, a clearly weak contractual party, then it may also be acceptable in cases with a pronounced asymmetry of information.

2.6.2 Contractual position of the parties

Should the contractual position of the parties be legally relevant? The legal and economic literature notes that the expectation of disclosure is markedly higher if the party before us has special knowledge or means that are typically unavailable to those in the other party's position. In this sense, it is easy to see that the burden of disclosure is more often placed on sellers than on buyers. In his theory of disclosure, M. Eisenberg went as far as possible in proposing the rule that the seller always has a duty to disclose information to his counterparty⁸¹⁹.

⁸¹⁹ Eisenberg, M. A. Disclosure in Contract Law. *California Law Review*, 91(6), 2003. P. 1674.

However, the question of the influence of the parties' contractual position on the duty to disclose is best approached through the prism of another issue raised by A. Kronman in his famous work. As we know, Kronman's proposed right to deal without disclosure creates a strong incentive to obtain valuable information. On the other hand, traders would not bear the cost of obtaining information if they were subsequently required to disclose it without compensation for their expenses. In the author's view, however, the distinction between accidental or deliberate acquisition of information is a solution to the problem of incentives to acquire information. The only problem is that the author has not offered a workable way of confidently identifying the manner in which the information was obtained. In fact, a disclosure rule that depends entirely on the decision on the manner of obtaining the information would require individual application and a close examination of the facts of the case. Such casuistry will inevitably impose huge administrative costs which will weigh heavily on the uncompensated social costs⁸²⁰.

In the depth of the proposed theory, we can detect the author's ambivalent understanding of the function of information. On the one hand, information is a good (a commodity) whose production would be constrained if it were reclassified as public in the sense that everyone would gain the right to use it without commensurate compensation for the costs of its production. On the other hand, adequate and timely information is a prerequisite for rational and efficient exchange in a market economy. It is not a strong exaggeration to note that most of the theoretical and practical difficulties arising in the context of the problem of information disclosure are in one way or another related to this dual function of information.

Despite the considerable contribution of A. Kronman to the theory of information duties, the author's proposed solution to the contradiction in the dual functional orientation of information is clearly insufficient for satisfactory practical use. The simplest question arises in response to the example of the sale of a house infested with termites, as used in this article. Would the fact that the seller had

⁸²⁰ To the author's credit, it should be noted that he understands this. Kronman, A. T. Op. cit. P. 17.

deliberately sought the information be sufficient reason to sell the house without disclosing it?

There is another way of looking at the problem. An art scholar happens to be at a rummage sale, amongst which he spots a rare and supposedly original work of art. As an original work of art, the item is worth considerably more than such a buyer would be able to afford. Should the right require the purchaser to disclose prior to purchase or refrain from such purchase without disclosure on the grounds that the information was acquired inadvertently?⁸²¹ The obvious risk is that, on the one hand, material information affecting the efficient distribution of benefits will not be disclosed, resulting in a social loss, and, on the other hand, an undervalued work of art will be used sub-optimally in the absence of incentives for the buyer to disclose the information, which will also constitute a social loss⁸²².

The argument that the informed party could sell the information is immediately dismissed as fictitious, since in practice it is impossible to sell information without first disclosing it⁸²³.

It is not enough (it does not make sense) for the buyer to be informed about the inefficient use of resources and benefits without being able to act on this information. The efficient use of resources and benefits is achieved by merging resource and information⁸²⁴. The potential buyer of an undervalued good can merge the information and this good, giving the latter the direction of the most valuable use in the given circumstances, making a profit from this as a by-product of socially beneficial behaviour⁸²⁵.

On the other hand, a seller who, regardless of how the information was obtained (intentionally or accidentally), conceals the fact that the house is infested with termites,

⁸²¹ Kronman, A. T. Op. cit. P. 15.

⁸²² One can of course try to argue that the professor should have consciously acquired his education, but this investment would still have been made irrespective of the profit to be made from the purchase, because the education was obtained, as Kronman himself points out, to build an academic and teaching career, not to succeed from the art trade.

⁸²³ Christopher T. Wonnell. Op. cit. P. 342; Jack Hirshleifer. Op. cit. P. 565; Stiglitz. Op. cit. 1449; Arrow, K. J. Op. cit. 225.

⁸²⁴ Christopher T. Wonnell. Op. cit. P. 343.

⁸²⁵ What a "by-product" is, however, depends on the angle of view. Obviously, a trafficker, by virtue of the theory of rational choice, does not think about the public good, but by performing a certain kind of activity is able to cause a socially desirable outcome, like a bee which, by feeding on nectar and pollen, actually pollinates flowering plants, which occurs naturally for the bee and as if it were secondary.

profits from the temporary separation of the inefficiently used good and the information about it. This behaviour leads to sub-optimal displacement of the good and unaccounted for additional social losses.

Thus, the main feature of the different treatment of the effects of non-disclosure by buyer and seller must be the idea of the benefit of merging or sharing information and the benefit in question, rather than external affiliation to one status or another⁸²⁶.

However, the idea of socially approved use of goods and resources in the most efficient (valuable) way, coupled with the benefit of such use, cannot justify concealment of any material circumstances. In some cases (mistake in the subject, subject and nature of the transaction) the very possibility of directing the benefit towards its most valuable use is called into question⁸²⁷. Other circumstances that are material to the seller's decision to carry out the transaction, by contrast, only emphasise the essentiality of the previous inefficient use of the alienated resource or good.

Moreover, since we give systemic importance to the question of fusion or separation of information and good, it makes no sense to overemphasise A. Kronman's central question about intentional or accidental acquisition of information. From the perspective of resource and benefit efficiency, at least the accidental acquisition of useful information that adds value to the likely use of an undervalued good loses all significance in justifying the emergence of the duty to inform. Yes, in the context of efficient benefit sharing and the concomitant problem of high transaction costs, it would be ideal if parties always disclosed all relevant information relevant to the transaction in question. However, in reality, the problem of a lack of incentives to generate useful information is an additional and very serious argument that negates the idea of broad duties to inform.

This conclusion may not be consistent with the various kinds of moral and ethical arguments that M. Eisenberg used, for example, in carefully describing the example of a friend's withholding of information who discovered in a guest an

⁸²⁶ It should be noted that this idea works both ways: for the seller of the good, the buyer is also a kind of supplier, in this case of his ability to pay. Accordingly, a buyer who conceals material facts about his ability to pay is like a seller who conceals defects in the quality of the goods being sold.

⁸²⁷ Franklin, Eric H. Op. cit. P. 563.

undervalued object used ineffectively from a social point of view ⁸²⁸. In our rules we will of course make provision for some near-moral arguments in favour of occasional disclosure. However, in general, in a purely commercial context, such arguments cannot have any validity.

It should also be borne in mind that there is a big difference between the actual loss and the loss of profit. The owner of the asset is still paid a fair price for the current use of the asset at the time of the transaction. In general, however, it must be understood that the specific use of a good is a function of human creativity. Accordingly, it is difficult to think of universal moral and ethical reasons why the former owner of a good is entitled to claim a profit from someone else's creative insights into a previously unknown new use of the alienated good.

Moreover, the dubious idea of S. Levmore of allowing lies in response to inconvenient questions about the availability of material information is lost. Such an idea itself has far-reaching negative economic-legal consequences, such as the erosion of the protective function of the category of deception, a general decline in the credibility of exchange transactions and an increase in uncompensated social losses⁸²⁹. In addition, it takes a visionary to see the purely ad hoc nature of business contacts based on deception⁸³⁰.

2.6.3 Externalities and opportunism

Externalities have already received some attention in the context of market failures, with most of the analysis focused on negative externalities and the problem of internalising them. We must now turn our attention to the flip side of the externalities problem: positive externalities.

In the context of the topic of information duties, it is not difficult to imagine the following model situation. Person A invests time and money in obtaining some information allowing him to take certain desired actions which, however, will

⁸²⁸ Eisenberg, M. A. Disclosure in Contract Law. California Law Review, 91(6). 2003. P. 1658.

⁸²⁹ Cooter R., Ulen T. op. cit. p. 515; Michael R. Darby and Edi Karni. Op. cit. P. 82; A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell. Op. cit. P. 52.

⁸³⁰ Michael Borden. Op. cit. P. 692.

"ricochet" to the benefit of the outsider B. Due to the reverse effect of the external effect, A's incentives to produce information may be reduced if he fails to obtain compensation and thereby internalise the external effect because, having disclosed information to person B, he removes all control over further course of events due to high transaction costs and opportunism (moral hazard)⁸³¹. Such opportunism can take the form, for example, of overpricing the sale of the position of interest of Person B to Person A on the basis of the new valuable information. Accordingly, disclosure to Person B is not a rational action in the eyes of Person A and therefore will not be carried out.

In principle this idea has already been described in the context of a critique of Kronman's theory, but in this case, we are approaching the question from a slightly different angle, through the familiar concepts of externalities and opportunism in economic theory. The social costs of these market failures are an additional argument against the assumption of wide information duties.

This situation can be described in the following example. A company is planning to build a road, part of which will pass through a village with privately owned land adjacent to it. Fearing seller opportunism and the consequences of a hold-out strategy⁸³², the company buys houses and some land adjacent to the road through proxies.

Road construction sometimes creates positive externalities for nearby property owners that the company cannot internalise. Moreover, positive externalities for such persons ricochet into the private costs of the company itself as the source of these effects.

Thus, the right to internalise a necessary part of the positive external benefits of one's own activities while avoiding private losses creates strong incentives to be proactive in entrepreneurial activity.

⁸³¹ Legal thought knows of similar examples and of attempts to compensate at the expense of a third party. However, the theoretical acceptability of using such a mechanism is still unable to explain the reasons why the interests of the third party who happens to be the beneficiary should be taken into account.

⁸³² Odintsova M.I. Op. cit. P. 95.

However, it is not difficult to see that, from a market perspective, the exercise of such a right can create negative externalities of a different kind: buying up, for example, land for a particular purpose may send the wrong signals to the market that demand for that type of land is increasing, which in reality may be far from the truth. By misjudging the opportunity costs of their current activities, potential participants in the relevant market may reallocate their resources towards the least valuable use, which they will find out about sometime later, when the true purpose of the property purchase is discovered (in a strictly defined location along the way). Information of this kind cannot be withheld for relatively long. Accordingly, when the social benefits of combining information and benefits for the purpose of their most valuable use are initiated by the turnover participant generating this information, this situation of temporary market failure does not seem critical. It is difficult to assume seriously that human society will ever come up with a perfectly workable mechanism for internalising all negative externalities without risking the creation of other market failures in some other area.

However, the solution may not be equally desirable if such knowledge is not in the possession of the initiator of the future activity, who should reap the benefits of combining the benefit and information in its most valuable use, but rather of a third party who speculates on the profits involved. In such situations, it is difficult to make an unequivocal claim that the purchaser is the more efficient owner of the good as compared to the seller. Let us try to look into this issue in a little more detail.

2.6.4 Information and market interaction

The preceding example reveals the problem of the admissibility of concealment of circumstances in circumstances where the connection of a good and information, despite its potential social desirability, is made by a person who does not appear to be the best, most efficient owner or even has no intention of being one. Such information will become available to others conditionally in its own right after a while, which raises the question of the relevance of the criteria proposed by J. Hirschleifer and also by R. Cooter and T. Ulen.

That it is undesirable to compulsorily disclose productive information cannot be doubted. In this sense we will not repeat ourselves and present the persuasive arguments of R. Cooter and T. Ulen, with whom we agree. In the same way, there is no reason not to trust J. Hirschleifer's conclusions about the nature of information as a discovery, whose production value for society is so considerable and the risks of discouraging its generation in case of the duty of disclosure are so great, that the need to let the source of such information keep the right to retain it is also beyond doubt⁸³³. The problem, it seems to us, lies only in the other half of each of the proposed divisions: the so-called redistributive information in the dichotomy of R. Cooter and T. Ulen, and the predictive, anticipatory information in the dichotomy of J. Hirschleifer.

As stated above, in a speculative context a situation may arise where a third party is in possession of information which, however, will become known to others after a relatively short time anyway, due to factors beyond his control⁸³⁴. With respect to R. Cooter and T. Ulen's dichotomy, the problem is aggravated by the important circumstance that, to the authors' credit, it was rightly pointed out that there is a considerable difficulty in the consistent division of information into these types, which consequently led the authors to introduce the inevitable, but absolutely emasculating, mixed type of information⁸³⁵. Other authors tend to repeat the proposed dichotomy, offering, with varying degrees of success, examples that supposedly clearly show the relevance of the proposed division criterion, which, however, often looks very dubious⁸³⁶.

Let us try to look for additional arguments that might strengthen or weaken the significance of the redistributive effect of information proposed by R. Cooter and T. Ulen and the temporal factor of the advantage of knowledge of information in the

⁸³³ Jack Hirshleifer. *Op. cit.* P. 569.

⁸³⁴ In the case of road construction, a speculator who learns of plans for such construction and the purchase of nearby properties has productive information, which, however, will soon become public knowledge.

⁸³⁵ In the context under consideration, it is very interesting to note the apt position that "knowledge of some change in the future, such as a change in consumer preferences, production costs or demand that will affect the prices of certain goods in the future, can also be regarded as 'productive'. A party who knows that market prices will rise or fall can reduce or increase his need for transport, storage capacity, outlets, in this sense his knowledge is 'productive' because it will allow him to use labour and capital more productively. See Odintsova M.I. *Op. cit.* P. 130.

⁸³⁶ Steven Shavell. *Acquisition and Disclosure of Information Prior to Sale. The RAND Journal of Economics*, Vol. 25, №. 1. 1994. P. 21.

dichotomy of J. Hirschleifer. This problem is most conveniently solved using the classic example of the case of *Laidlaw v. Organ*, used by most authors in the field of information interaction⁸³⁷.

This case highlights the previously identified feature of information inadequacy, which is the presence of objectively existing information deficiency, which it is not constructive to think about addressing, and subjectively emerging information asymmetry between the treaty partners. In both cases, ignorance of the end of the war and the underlying reasons for tobacco price increases may lead to inefficient economic decisions. An uninformed party, unaware of rising opportunity costs, will use resources in the same, but now less valuable, way. Consequently, there is a strong temptation to treat the resulting private and social costs as evidence of the need to impose information duties even in relation to circumstances external to the subject of the transaction. These obligations, backed up by sanctions, aim to provide two-way information about circumstances which are known to one party by chance (according to A. Kronman), are classified as redistributive information (according to R. Cooter and T. Ulen) or will become known to 'everyone' a short time later (according to J. Hirschleifer's theory).

There is an assumption that the legal community would support the idea of imposing such an information duty, backed up by significant sanctions, for the good of increasing transparency, honesty and even efficiency in bilateral transactions⁸³⁸. However, the argument against non-disclosure of these types of information does not seem to be convincing and in this sense should be revisited.

In a practical sense, it should be understood that the disclosure rule presents the obliged person with the following alternative: “disclose or abstain”. In all likelihood, proponents of disclosure obligations look favourably on both of these alternatives, although for different reasons: a disclosure requirement will transfer information to prevent the creditor from entering into a transaction on undesirable terms; an abstinence requirement will prevent the debtor from exploiting the information

⁸³⁷ Barnett, Randy E., *Rational Bargaining Theory and Contract: Default Rules, Hypothetical Consent, the Duty to Disclose, and Fraud*. Georgetown Law Faculty Publications and Other Works. 1992. P. 794.

⁸³⁸ Contract law (general part): article-by-article commentary to Articles 420-453 of the Civil Code of the Russian Federation [Electronic edition. Revision 2.0] / Ed. by A. G. Karapetov. - Moscow: M-Logos, 2020. P. 911

advantage, a strong incentive not to invest in the generation of the information, seen as a social loss⁸³⁹.

Let us allow ourselves to question the impact of such an approach, whether the expected goals will be achieved and, in general, whether these goals are truly desirable.

Firstly, the excessive faith in the effectiveness of informational duties stems from a clear misunderstanding of the often-overlooked mechanics of the operation of legal rules. A rule of law has far from a direct and unavoidable regulatory effect on the behaviour of the parties to a transaction. What a legal norm does is link certain legal consequences to a certain type of behaviour. In this cause-effect relationship, it is important to properly understand the significance and degree of influence of one element on another element and vice versa. From the perspective of rational choice theory, a rational actor will seek to maximise his or her utility by weighing expected benefits against expected costs. From this point of view, the right-hand norm is only one of the incentives⁸⁴⁰ to be taken into account by a rational participant in the decision-making process. Moreover, it is always not a question of net costs but only of expected costs, because the expected costs of making a particular decision will differ because of some probability of failure of the rule of law in this case.

To put it bluntly, i.e. to call things by their proper names, a legal rule (or, better still, a sanction) can be thought of as a price that the parties to a transaction have to pay for certain behaviour (ultimately a good)⁸⁴¹. The higher the price (multiplied by the probability of paying it), the less incentive there is to behave in a certain way, and vice versa⁸⁴². In maximising their utility, rational traders choose the best alternative, given the legal constraints at hand. There is an inversely proportional economic relationship between these constraints and the corresponding behavioural choice⁸⁴³. However, the

⁸³⁹ Steven Shavell. Acquisition and Disclosure of Information Prior to Sale. *The RAND Journal of Economics*, Vol. 25, №. 1. 1994. P. 21.

⁸⁴⁰ Not necessarily negative, i.e. constituting a cost, although it is common in the economic literature to treat legal regulation in this way.

⁸⁴¹ M.I. Odintsova. *Economics of Law*. STATE UNIVERSITY - HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS. 2007 P. 5-6

⁸⁴² R. Cooter, T. Ulen. *Law and Economics*; translated from English under the scientific ed. by D. Raskov with the participation of M. Timofeev.-M.: Publishing house "Delo" RANEPa, 2018.- 800 p. P. 4

⁸⁴³ It may, of course, be argued that there is no economic link between a norm, such as a criminal law, establishing a sanction and a certain type of criminal behaviour. However, this is difficult to agree with, because it is economic laws, which are largely similar in principle to physical laws, that have an enormous explanatory potential for the expected social consequences of changes in various kinds of incentives, including legal incentives.

problem of bounded rationality must be added to this in order to definitively question any predetermination between some kind of disclosure requirement and behaviour according to the “disclose or abstain” model.

Second, by increasing the level of liability and/or the likelihood of prosecution, the rule of law may to some extent undermine incentives to obtain information which must then be disclosed. However, even where the information is inadvertently obtained, a disclosure requirement, backed up by draconian penalties and inevitability of punishment, will only serve to encourage the relevant actor to cover up the information rather than act on it⁸⁴⁴. This result can easily be explained by examining the incentives for intelligent human behaviour, spiced up with a heightened sense of injustice, as is fairly easy to see from the results of, for example, the ultimatum game of game theory⁸⁴⁵.

Thus, the requirement to disclose redistributive, incidental or undisclosed information, as well as information that does not fall into the category of discovery and that will itself become known to all after a while, will not inevitably be disclosed, and in extreme cases can only lead to an abstention from trading⁸⁴⁶.

However, the argument that failure to act on undisclosed information is unequivocally socially desirable, in part because of the valuation of the investment in generating such information as a social loss, is false.

In fact, the opposite is also true. In *Laidlaw v. Organ*, the Court pointed out that information about the end of the war was equally available to both sides⁸⁴⁷. Of course, such a statement is a kind of exaggeration. Obviously, what has to be borne in mind is not actual accessibility but potential accessibility. It is also no secret that speculative trading can involve costs in order to obtain information. Consequently, if specific

⁸⁴⁴ Kronman, A. T. Op. cit. P. 15.

⁸⁴⁵ In this game, one participant is given a sum of money, which he can keep if he shares some of the money with another participant, and the latter accepts the sum offered to him. According to the rules of the game, the second participant knows the amount of money given out. As a result, it was proved that the second participant of the game will usually refuse the offered sum of money if it is significantly less than half of the amount originally given to the first participant. The results of this game indirectly confirm our assumption that adequate turnover participants are unlikely to share even a random amount of information if they receive nothing in return.

⁸⁴⁶ Without contradicting ourselves in any way, understanding the logic of rational economic decision-making, we must briefly point out the flip side of any bans and restrictions on this or that type of trading activity: the formation of black markets. Mackaay, Ejan. Op. cit. P. 224.

⁸⁴⁷ Christopher T. Wonnell. Op. cit. P. 358.

information was not actually available to all traders, it could be very useful to those involved in trading ⁸⁴⁸.

However, the possible idea of full knowledge of all the circumstances pertaining to a given actual activity of the trafficker is a kind of utopia, as has been shown above in the relevant section of the paper⁸⁴⁹. Information never exists in an absolute integrated form in the hands of a single actor. In reality, knowledge is always in the form of a huge number of disparate pieces of information that are held individually by the parties concerned⁸⁵⁰.

In order to make good economic decisions, it is usually not necessary to know the specific information underlying price movements⁸⁵¹. It is very important for a market participant to know the price movements of specific goods and what happens to the opportunity costs that are relevant to him. In this sense, speculative trading, by affecting supply and demand, sends the right information signal to the market, allowing the market to adapt more rapidly to the constantly changing external environment⁸⁵². Moreover, we must take into account the fundamental difference between knowing some information and analysing it correctly. In this sense, mistakes in the estimation of economic effects due to an incorrect analysis of a known event can have far more negative consequences than ignorance of the event and reacting only to the current price movement (the phase of adapting the event into intelligible information)⁸⁵³. The unintentional propensity of speculations to transmit information signals to the market is justifiably declared as a source of positive externalities which are internalised by society without creating a disincentive effect on speculators themselves, who, being

⁸⁴⁸ F. A. Hayek. Op. cit. 522.

⁸⁴⁹ As F. Hayek rightly pointed out, although the idea of full disclosure is commonplace in science, few take into account the fact that the method by which such knowledge can be maximised is the central problem to be answered.

⁸⁵⁰ F. A. Hayek. Op. cit. P. 519.

⁸⁵¹ In our case, the knowledge of the signing of a peace treaty.

⁸⁵² The author very appropriately calls the action of the supply and demand adaptation mechanism, directing resources towards the most valuable uses a 'miracle' which few people actually realise. At the very least, attempts to impose broad information duties clearly betray this profound misunderstanding. See F. A. Hayek. Op. cit. P. 527. See also Kronman, A.T. Op. cit. P. 13.

⁸⁵³ However, adapting one's behaviour to changing conditions can only tentatively be described as a source of any negative consequences. In itself, following the market, constantly changing conditions has a negative aspect if only in the context of the missed benefit of knowing fundamental information early on, coupled with the successful analysis of this information.

their source, do not participate in their internalisation in this case⁸⁵⁴. The market itself is the source of the speculator's reward for his corrective action. The market itself has limited the size of this reward to a short period of time.

Another, no less useful property of speculative trading, which is often forgotten, is its special functional role in the efficient operation of the market mechanism⁸⁵⁵. In response to the doubt expressed at the end of the previous paragraph, it should be explicitly acknowledged that the speculator cannot be unequivocally recognised as a more efficient owner of the good received than the seller. However, the exceptional value of speculative trading is that such a trader does not need to be an efficient owner. His real and extremely important task is that he helps the market to move goods from those who value them less to those who value them more⁸⁵⁶.

The rare cases of speculative trading in which turnover participants give the wrong signal can be roughly divided into two situations: 1) the person who possesses the information is the source of the market activity generated, the original creator of the information and its first beneficiary; 2) the information is additionally possessed by a third party who did not participate in its creation, does not conduct the activity whose information is withheld, and in general is not the original information beneficiary.

A duty of disclosure leading to a "disclose or abstain" alternative in the first case would negatively affect a party's incentives to invest in socially beneficial information, while in the second case, a duty of disclosure would only affect the source of misleading signals to the market, which is socially desirable.

The idea of connecting a good and information about that good, in order to make the most valuable, efficient use of that good, works both ways. As we have shown, the buyer should not disclose information about the good purchased to an uninformed seller because, although his profit from connecting information and good is not always based on his activity in generating socially useful information, even in the case of pure speculation, whose profit is based more on information asymmetry, there are additional

⁸⁵⁴ Christopher T. Wonnell. Op. cit. P. 359; Barnett, Randy E. Op. cit. P. 796.

⁸⁵⁵ Other opinion: Kronman, A. T. Op. cit. P. 26.

⁸⁵⁶ Mackaay, Ejan. Op. cit. p. 245.

arguments for not disclosing information because of the buyer's very significant socially useful activity

On the other hand, the buyer is obliged to disclose an information about his providing because he is acting as a kind of seller to his counterparty, such as his creditworthiness. Avoiding such disclosure will lead to a disconnect between the information withheld and the good transferred, which poses the risk of inefficient benefit sharing.

In the case of the seller, the duty to inform, which forbids the gap between the good and the information and results in a "disclose or abstain" alternative, does not create significant negative incentives. Generally, information about an object reaches its owner during its use conditionally free of charge. Moreover, the negative incentives to extract information that would then need to be disclosed to a counterparty are to some extent offset by the owner's natural interest in knowing the positive and negative characteristics of his good. Positive characteristics increase the value of the good, while negative characteristics make it possible to know in time, for example, dangerous features of ownership and use of the good, which is also useful for understanding its real value and preventing harm in time. Moreover, beyond the anomalies described by G. Akerlof, a seller who chooses to transfer the good to a more valuable use will not be able to withdraw from the market by choosing the second option in the "disclose or abstain" alternative⁸⁵⁷.

This analysis would be incomplete if we were to ignore the mirror situation of the seller. This situation has not been analysed by researchers of information duties, although it is very similar to the buyer's situation, where he profits from the combination of the good purchased and undisclosed information about this good (its most efficient use). By receiving money in return, the seller receives a good that he

⁸⁵⁷ The same argument can be returned to the buyer by stating that if the buyer needs the good, he will buy it anyway. This is a valid point, but the issue of disclosure is not of interest in relation to everyday transactions moving goods that satisfy ordinary human needs. The topic is interesting in the context of commercial transactions, where the buyer either invests time and money in making socially useful information available or, without investment, notices some object being used inefficiently by the current owner. Leaving aside the permissible but irrelevant motives of gratuitous social benefit, the buyer's actions in the above cases will generally be driven by the desire to profit from actions taken pursuant to the undisclosed information. It is in these cases that the duty to inform will create the disincentive that we have analysed in the relevant part of this paper.

seems to value more than the good that he gave to the buyer in his present use⁸⁵⁸. If the seller knew the information hidden by the buyer, he would either ask for a higher price or use the good in a different way, according to the newly discovered more valuable use. We have seen, however, that in order to encourage the generation of socially useful information, as well as to provide the necessary signals to the market in time to adapt supply and demand, the disclosure by the buyer of information, regardless of its productive or redistributive orientation, whether accidental or deliberate, is not desirable, except in some cases where the actions of the trader (speculator) send the wrong signals to the market and are in this sense socially undesirable.

It is not difficult to see that the idea of encouraging the emergence of socially useful information (productive for R. Cooter and T. Ulen, discoverable for J. Hirschleifer) is in fact easily applicable to the seller as well. By inventing a good or a new use of a good already in circulation, the seller in fact performs two socially useful functions simultaneously: 1) he enlarges the volume of the "pie" and creates value by providing society with a new good or the previous good with a new use and 2) together with the good he provides information about this good or about the new use of this good⁸⁵⁹. In this case, there is no disconnection between the good and the information as it could happen if the seller would transfer the good by concealing important shortcomings which call into question the very idea of moving the good towards its most valuable use. This rather simple example shows the fallacy of a simplistic approach to the seller's figure, which peremptorily asserts that the seller must always disclose all information⁸⁶⁰.

A more difficult problem is when a person sells a good whose value has declined or is about to decline, of which the seller is aware but the buyer is unaware.

Whether the seller in this case has to disclose information affecting the price of the good being transferred is a complex political and legal question, the answer to

⁸⁵⁸ Mackaay, Ejan. Op. cit. p. 232.

⁸⁵⁹ The seller retains only part of the information at the heart of the invention, such as the formula for a new medicine. In the context of the consumer properties of the new medicine, the retention of such information by the seller has no negative effect on the buyer and is therefore outside the brackets of our reasoning. The seller communicates all relevant information about the new product to the buyer, which is necessary for the buyer to make an adequate decision about the purchase of that product. Accordingly, there is no separation of good and information in this sense.

⁸⁶⁰ Eisenberg, M. A. Disclosure in Contract Law. California Law Review, 91(6), 2003. P. 1674.

which has been missing for centuries. A classic example of such a situation is the story told by Cicero about the sale of grain on the hungry island of Rhodes.

The problem is that the source of the seller's profit was the decoupling of information and good. Using the terminology of R. Cooter and T. Ulen as well as J. Hirschleifer, such information looks like redistributive information, with it becoming publicly known on its own after a short period of time.

Without having a firm hope of making significant progress in this difficult task, we will try to provide some arguments which might help to tip the scales at least slightly in favour of one position or another. However, we should note straight away that we are not going to use moral and ethical considerations, since such an approach deprives the analysis of any capacity to be assessed objectively⁸⁶¹.

As we recall, it is widely believed that redistributive information is of no benefit to society⁸⁶². Where funds have been invested to obtain it, such private investment is seen as a loss to society. However, in the case of grain for the starving island of Rhodes, it is not clear that the hidden information about the arriving ships was purely redistributive. This information has the potential to influence an increase in grain consumption, an overall decrease in food expenditure, a decrease in the consumption of substitutes and so on. Moreover, the mere appearance of a grain ship conveyed the right information to the market, affecting supply and demand. The question is: Is the benefit of this transaction's impact on supply and demand sufficient to trump the inefficiency of the buyer's use of money? ⁸⁶³

It would seem, however, that the position of the seller and the buyer is somewhat different. Whereas a buyer in a situation where a duty of disclosure, backed by draconian sanctions, is imposed would simply not complete the transaction, leaving the good on the seller's side in its current inefficient use, a seller who possesses the good and values the good less than the cash he expects to get in return, has no option not to sell if the weighted average price of the good in general on the market is above his

⁸⁶¹ Lugmanov, R.R. The principle of good faith as a means of law development//Law and politics. 2021. № 5. P. 69.

⁸⁶² Before, we disagreed with this simplistic approach and showed a different view.

⁸⁶³ Note that it is the efficiency of the use of the counterpart provision, i.e. the money, that is in question. Whereas the good has been directed towards its most valuable current use.

internal estimate of the value of the good. Thus, it is not the duty to inform that affects the possibility for the seller of the good to make the transaction without defects, but the possibility for the seller to get a share of the cooperative gain from the sale of the good. In the case of the buyer, the same can be said, but examples relevant in the context of information duties arise in situations such as price anomalies and not in the case of normal day-to-day transactions at average market prices. In such rare cases, the buyer is strongly similar to the seller, seeking to make super profits on the buyer's ignorance. However, if the buyer, lacking the means to pay the actual value of the good, simply does not complete the transaction, allowing the good to disappear in its inefficient use, then the seller cannot do so and will still complete the transaction, the attractiveness of which is determined, as we have seen, by the difference between the value of the counteroffer and the valuation of the good being transferred.

Thus, abstracting from the uncomfortable example of supplying grain to the starving island of Rhodes⁸⁶⁴, it can be observed in such situations that 1) the good is not necessarily redistributed towards its most valuable use (in the case of the seller it is a counter-provision, money), 2) funds are spent to obtain redistributive information. On the other hand, the seller sends the right signals to the market, which are aimed at lowering the price. The neutral argument is that the information duty will not create a negative incentive for the seller. Given this, there is a weak assumption that in such cases the information duty is preferable because it contributes more to the economic efficiency of the distribution of benefits.

The conclusion would seem to be different if, in such a situation, the seller was a person who generated socially significant economic efficiency in a way other than simply by influencing supply and demand by the very fact of its appearance. If the seller has generated information that allows resources to be used to produce the good

⁸⁶⁴ Uncomfortable, because although we do not wish to address the moral and ethical issues of this situation, we cannot fail to recognise that any mistakes in assessing our arguments for the seller's incentives, are fraught with hypothetical problems in similar situations. Although the seller, as a normal rational turnover participant, would be willing to make any profit as long as the marginal benefits of his actions did not equal the marginal costs, we should recognise the complexity of the human psyche, fears, differing attitudes to risk, cognitive mistakes and other lapses in rationality that would negatively affect the seller's incentives to act (to sail to the previously surrounded island) for less profitability. For the islanders, the seller's weak incentives threaten another "day" of starvation and possibly lives lost. In this sense, J. Hirschleifer's argument that such information is useless because it would become known "tomorrow" anyway takes on a completely impractical meaning.

in a more economical way, then, despite the lower cost of production, he should be allowed to make an increased profit from his innovation. In this exceptional case, the information will not appear on the market by itself, except through the actions of that person. Therefore, the absence of a duty to inform in such a case will stimulate turnover towards efficient innovation that reduces the cost of producing goods, which is generally a socially beneficial function.

2.6.5 Information and protection of the personal and property integrity of the counterparty

It may seem that the consideration of information in the context of its protective quality as an object of information duties is conditional, because quite often the problem of the physical protection of the person or the property of the contracting party both at the pre-contractual as well as at the contractual stage will find its special regulation. If, for example, a shop visitor slips and is injured on a freshly cleaned area of the floor without a sign informing him of the danger, it is of course possible to choose the way of making a claim from the breach of information duty resulting in the injury, but this is hardly the optimal way. A simple tort claim which, in effect, would absorb the breach of the duty to inform seems more obvious. There is a general prohibition on causing harm and in this sense the manner in which it is caused is not always relevant⁸⁶⁵.

Another fundamentally similar situation arises when the duty to inform and the duty to behave in a non-contradictory manner intersect⁸⁶⁶. If a potential buyer finds, for example, a car in another city via the internet, then arranges for the viewing and possible subsequent purchase, incurs the costs of the tickets and hotel, but the seller, supporting his confidence in continuing the negotiations, sells the car to another person, then a claim from breach of the duty to inform is conceivable in the same

⁸⁶⁵ Except for damage caused by lawful acts, which, however, may also be compensated, but in cases specified by law. See: Civil Law: Textbook: in 3 vols. Abramova E.N., Averchenko N.N., Baigusheva Yu. P. 18.

⁸⁶⁶ It is possible for the pre-contractual protective duty to inform to overlap with a contractual obligation, such as to transfer goods free of third-party rights, resulting in a competition of culpa in contrahendo and contractual claims.

way⁸⁶⁷. However, it seems that it is not a simple breach of the duty to inform, but rather the contradictory behaviour of the counterparty that caused the failed buyer to have reasonable confidence in the seriousness of the seller's intention to conclude the transaction. In that sense, informing that buyer of the parallel negotiations would certainly transfer the risk of incurring subsequent costs to the buyer himself, but it seems that the conduct of the seller and his real intention to conclude the transaction is decisive⁸⁶⁸.

Numerous examples can be given where information interactions will affect the life, health or property of a counterparty. In general, these objects of civil rights are almost always covered by absolute legal relations and in this sense do not necessarily need additional regulation. However, despite the general prohibition of active conduct causing harm to these goods, in practice there will be a large number of situations where one party's harm was in some way the result of inaction in the form of silence about the circumstances of the other party. In this sense, it is fair to question the existence of a general duty of care for the personal and property interests of the counterparty.

Research on the issue in several European jurisdictions has resulted in very different answers⁸⁶⁹.

In France, for example, there is a model of the general tort reflecting the general prohibition on causing any harm (Article 1240 of the Civil Code). Not only harmful acts but also omissions are prohibited. The principle of *neminem laedere* protects any interests of the victim in the event of culpable harm⁸⁷⁰. This issue is of particular value in relation to the question of the recovery of purely economic losses, which has traditionally been highly relevant in any modern legal order. The potential suitability of French tort law to become a tool in the hands of unscrupulous market players who

⁸⁶⁷ In the context of the problem of disruption of negotiations for the purchase of a fitness centre, the issue of the proper performance of the duty to inform may also be raised. See Decision of the Supreme Court of the Russian Federation of 29.01.2020 № 305-ES19-19395 in case № A40-98757/2018.

⁸⁶⁸ He may have lost his intention to enter into the deal in question before the relevant notice, or he may have continued to negotiate despite the notice and even created the appearance of successful completion.

⁸⁶⁹ Lugmanov R.R. Tort law as a way to recover purely economic losses // The Herald of Economic Justice of the Russian Federation. 2019. № 2. P. 115- 153.

⁸⁷⁰ Bussani M., Palmer V. Pure Economic Loss in Europe. Cambridge, 2003. P. 128.

transfer the risk of their financial losses to others has not, however, affected the stability of the economic turnover. The fact is that French doctrine and practice have developed specific judicial controls which serve as a barrier to unjustified claims⁸⁷¹. It is interesting to note, however, that in France the plaintiff does not have to prove that the defendant breached the duty of care. In this sense the reproachfulness of the defendant's conduct can be interpreted quite broadly, applying different standards of conduct, such as the head of a good family (*le bon père de famille*), a fair and careful man (*l'homme droit et avisé*) or a good professional (*le bon professionnel*)⁸⁷².

In England there is neither a principle of the general tort nor a general duty of care for the rights and interests of other parties to the trade⁸⁷³. Accordingly, English law is also alien to the general prohibition of causing any harm, although in some cases the court may see a special duty of care in the context of a special tort (tort of negligence)⁸⁷⁴. Proving the existence of such a duty of care in general may be considerably difficult, especially in view of the principle of *caveat emptor*⁸⁷⁵ in England. But because of the increased interest in this matter on the part of the market and the development of case law in some typical cases, finding such a duty of care will not cause the courts any particular problems (for example in medicine for doctors in relation to patients, in employment law for employers in relation to employees, etc.)⁸⁷⁶. At this stage in the development of English law the question of duty of care has to be determined in each case by a three-step test,⁸⁷⁷ according to which three questions must be put in sequence in a particular case: 1) whether the defendant could have foreseen that his conduct would have had an adverse consequence, having regard to reasonable requirements of care; 2) whether there is a sufficiently close relationship between the

⁸⁷¹ Zweigert K., Kötz H. op. cit. p. 403-404.

⁸⁷² Van Dam C. *European Tort Law*. 2nd ed. Oxford University Press, 2013. P. 57.

⁸⁷³ A man can be as negligent as he likes towards everyone in the world if he has no obligation to them, cf: Lord Escher in *Le Lievre v. Gould* [1893]. See also Bussani M., *Palmer V. Op. cit.* P. 296-297.

⁸⁷⁴ Bussani M., *Palmer V. Op. cit.* P. 139; *Pure Economic Loss*. Edited by W. H. van Boom, Helmut Koziol & Christian A. Witting. 2004. P. 11.

⁸⁷⁵ Rudokvas A.D. Some Problems of Application of Article 431.2 of the Civil Code in Connection with the Principle of Good Faith // *Civil Law Bulletin*, Vol. 17, № 2, 2017, P. 35; Lugmanov R.R. Silence about circumstances: criteria for determining information subject to disclosure // *Law*. 2017. № 9. P. 48.

⁸⁷⁶ Bussani M., *Palmer V. Op. cit.* P. 141.

⁸⁷⁷ It was first applied in *Caparo Industries PLC v. Dickman* [1990].

claimant and the defendant; 3) Whether imposing a duty (duty of care) on the defendant under the circumstances would meet the fairness test⁸⁷⁸.

In Germany, due to the widespread application of the concept of *Treu und Glauben* (§ 242 BGB, etc.), one can confidently speak of a fairly broad scope of subsidiary protective duties (*Schutzpflichten*) to take into account the rights and legitimate interests of the counterparty. Although German tort law has traditionally focused on the protection of objects of absolute rights, forcing the practice to resort to workarounds in order to expand the range of objects to be protected⁸⁷⁹, it is precisely good faith that has enabled a wide range of contractual, pre-contractual, and post-contractual duties to be justified without regard to contractual requirements. Based on the broad scope of this concept, jurisprudence has developed a large number of cases where the relevant party will be expected to look after the interests of the counterparty.

In the Russian legal order, for all the problems of the generally accepted approach to the understanding of the general tort and the dubiousness of the very possibility of compensation for purely economic losses,⁸⁸⁰ the question of the formal justification of protective duties is not in itself difficult. Paragraph 3 of Article 307 of our Civil Code, by analogy with Paragraph II of Art. 241 of the Civil Code of Germany expressly obliges the parties to the transaction to consider each other's rights and legitimate interests at all stages of the development of legal relations⁸⁸¹.

We have previously criticised such a broad and vague rule which in no way contributes to legal certainty because it offers little chance of understanding, predictably and without reference to judicial practice, what kind of good faith conduct is expected of a particular participant in a particular legal relationship by the legislator. Since the requirement to take account of the rights and legitimate interests of the counterparty is as abstract as possible, we should turn to constitutionally relevant

⁸⁷⁸ Other tests are also found in the specialist literature, reflecting the general debating attitude of doctrine and practice towards this kind of controversial issue.

⁸⁷⁹ Markesinis B., Unberath H. *The German law of torts. A comparative treatise*. Oxford, 2002. P. 25; Zweigert K., Kötz H. *op. cit.* p. 363.

⁸⁸⁰ Lugmanov R.R. *Tort law as a way to recover purely economic losses // The Herald of Economic Justice of the Russian Federation*. 2019. № 2. P. 138- 149.

⁸⁸¹ Lugmanov R.R. *The principle of good faith and subsidiary obligations in German private law // Law*. 2019. № 2. P. 78.

principles and values which, when weighed up, will balance the interests of the parties in a particular case.

As the Constitutional Court of the Russian Federation has explained, the indication in the new Article 75.1 of the Constitution of the Russian Federation that in the Russian Federation conditions are being created for sustainable economic growth of the country and improvement of the well-being of citizens, for mutual trust between the state and society, for the protection of citizens' dignity and respect for the individual at work, for the balancing of citizens' rights and obligations, for social partnership, economic, political and social solidarity, is aimed at achieving in state policy, in law This also concretizes the provisions on the welfare state and is in keeping with the principle that the rights and freedoms of others in exercising their rights and freedoms (article 7, paragraph 3, article 17, of the Constitution of the Russian Federation) shall not be violated⁸⁸².

We believe that the protective informational duty before and after the conclusion of the contract will most often not differ⁸⁸³, because it is not the stage of development of the relationship, but the type of protected interest, which in our case is the same at any stage⁸⁸⁴. In this sense, it is not freedom of contract, which has its decisive value before the conclusion of the contract, but the more general but fundamentally similar principle of private autonomy, which serves a private interest through the autonomy of the will based on self-determination and personal responsibility, that must be on the same scales.

On the other scale there are usually values related to the life, health and property of the counterparty.

Although, as we have seen, there is no consensus in the literature about the hierarchy of constitutional values, we believe that the value of human life and health

⁸⁸² Opinion of the Constitutional Court of the Russian Federation of March 16, 2020, № 1Z On the correspondence to the provisions of Chapters 1, 2 and 9 of the Constitution of the Russian Federation of the non-entered into force provisions of the Law on the amendment to the Constitution of the Russian Federation "On improvement of regulation of certain issues of organization and functioning of public authorities, as well as on correspondence to the Constitution of the Russian Federation on the entry into force of Article 1 of that Law in connection with a request of the Russian Federation President".

⁸⁸³ Nam. K.V. Dissertation for the degree of Doctor of Law. The principle of good faith. Fundamentals of theory and law enforcement in the context of the German legal experience. M. 2021. P. 246.

⁸⁸⁴ Case 1: Courgettes perishing. Zimmermann, Whittaker. Op. cit. P. 178.

is a priori more important than the right of a negotiating (or contracting) party to determine its own course of conduct in accordance with its preferences⁸⁸⁵. However, while recognising the key value of personal rights to life and health, we are not prepared to go so far as to attempt to justify a universal duty of active protection of personal rights outside the context of an existing or perceived contract or legal requirement⁸⁸⁶.

The entrance of participants of the turnover to negotiations on the conclusion of the contract causes in one or other degree a condition of binding and even some dependence on behaviour of the counterpart⁸⁸⁷. Negotiators, albeit to varying degrees, have to rely on the fact that the other party is only interested in the conclusion (and then the performance) of the contract and that the purpose of entering into negotiations, its conclusion (performance) dictates an implied state of trust between the counterparties. The overall aim to conclude (perform) a contract cannot have the concomitant means of causing harm to the counterpart⁸⁸⁸. Thus, the ⁸⁸⁹life or health of the counterpart may not be jeopardised for the sake of entering into a contract. In all other cases, the interest of the person in possession of the information to enter into a contract does not conflict in any way with the counterpart's concomitant interest in preserving his personal integrity.

Solidarity, as one of the constitutionally protected values, allows a party to be assured that in taking care of another's privacy, the counterpart will also take appropriate care of the interests of the other party. Moreover, as there is often no cost

⁸⁸⁵ The specialist literature emphasises that when it comes to the hierarchy of values, the value of personal integrity is the highest. On the other hand, the interest related to the ownership, use and disposal of property is less important. Finally, the chance of future profit should be on an even lower rung. It is also pointed out that if values of the latter kind are put on a par with values mediating absolute rights, their lack of obvious contours would inevitably lead to a restriction on the economic freedom of civil actors through an unreasonable expansion of duties of care. See: Koziol H. *Basic Questions*. See: Koziol H. *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*. Wien, Jan Sramek Verlag, 2015 P. 877–878. See also Bussani M., Palmer V. *Op. cit.* P. 21-22; *Pure Economic Loss*. *Op. cit.* P. 47.

⁸⁸⁶ In this sense, knowing, for example, that a neighbour in a stairwell is aware of some danger emanating from the use of a thing, and observing a neighbour having just brought such a thing into his flat, does not in itself impose a duty on the party in possession of the information to disclose it. See Fleischitz E.A. *Selected Works on Civil Law*. In 2 vols. T. 2.-M.: Statute, 2015. P. 369-370.

⁸⁸⁷ Nam K.V. *Everyday pre-contractual liability and a contract with a protective effect in favour of a third party // The Herald of Economic Justice of the Russian Federation*. 2018. № 12. P. 35

⁸⁸⁸ For example, the seller prepares an object that is fundamentally hazardous to the buyer's health, which the seller is aware of but is silent about.

⁸⁸⁹ Nam K. V. *The development of the principle of good faith (Treu und Glauben). Modern stage. Internal systematics / K. V. Nam // The Herald of Economic Justice of the Russian Federation*. - 2018. - № 7. - P. 32.

to the party holding the information to disclose⁸⁹⁰, and the investment made in obtaining the information was made without regard to the future risk of disclosure, the private autonomy of the holder of the information may be limited in the name of a higher value - the personal integrity of the counterparty in the form of his life and health⁸⁹¹.

The situation may be somewhat different where the person in question is not in possession of the information. In the foreign legal systems studied, knowledge of relevant information is usually a prerequisite for the duty to inform. However, this condition is not critical if a party's reliance on the competence of its counterpart is due, for example, to his particular professional competence or his position closer to the source of the information⁸⁹². We have seen doctors being given additional obligations to improve their level of competence, which of course by no means translates into an obligation to be knowledgeable about all aspects of medicine⁸⁹³. However, by imposing a duty on such a party to inform themselves in order to then pass on the information to the counterpart, it is necessary to make such cases relatively predictable and, in that sense, avoid unnecessary subjectivity in the court's decision on the case. An obstacle to arbitrariness and unreasonable restrictions on autonomy of will may be the court's obligation to meet the test of proportionality, which involves determining its three elements: reasonableness, necessity and proportionality.

Reasonableness is an assessment of the reality and validity of the threat. Necessity is an assessment of the intended action by the obliged party. It answers the question of whether it was necessary to impose this particular restriction on the right, or whether it was possible to achieve the same goal of protecting the interests of the counterparty against a real and present threat by other means. Finally, proportionality is the ratio of benefits (positive outcome) to costs (any restriction always carries the

⁸⁹⁰ The argument can be found in the academic literature that "... the duty is related to the fact that he is in a better position to prevent potential harm". See.: Nam. C.V. Dissertation for the degree of Doctor of Law. The principle of good faith. Fundamentals of theory and law enforcement in the context of the German legal experience. M. 2021. P. 128.

⁸⁹¹ As we shall see below, the minimum required concern for the counterparty's integrity can also be explained through the principle of solidarity, which also aims to protect the interests of the weaker party whose weakness is manifested by an unavoidable degree of dependence on the other party during the pre-contractual or contractual interaction.

⁸⁹² Again, the situation with the sale of a house infested with termites see: M.: M. Fabre-Magnan Op. cit. P. 87.

⁸⁹³ Cour de cassation, Chambre civile 1, du 5 janvier 1985, 83-13.560

stamp of some negative for the person concerned). Passing this test and justifying its results in the reasoning of the court's decision can serve to protect the stability of the turnover from judicial arbitrariness.

Similarly, justified confidence arises on the contracting party outside of its professional status, e.g. due to the length of the business relationship, when the counterparty's interests have already become foreseeable and in this sense the dangers for that counterparty are potentially easier to recognise.

Going down the imaginary hierarchy of values, it should be noted that all of the above is entirely true for property integrity dependent on the trust of the counterpart, since any individual property is not primarily a mere object of property rights, but a necessary extension or even a means of ensuring individual freedom and dignity. All in all, the idea that an individual can develop fully without property security does not seem worthy of consideration.

Finally, as property interests are fundamentally broader than just preservation of the integrity of things, there may be a need to disclose potential economic losses to the counterparty that are not related to the violation of the integrity of objects of absolute rights.

We have already criticised the assertion that a party's knowledge of a counterparty's misapprehension would in itself be evidence of bad faith. In this sense, it is entirely unacceptable to automatically postulate the existence of bad faith inferred from mere knowledge of a counterparty's delusion without a convincing justification of a clear boundary for the exercise of freedom of contract⁸⁹⁴.

In addition to the above aspects of the issue at hand, it should be pointed out that, from an economic point of view, the party withholding information relevant for the purpose of protecting the personal or property integrity of the contractual counterparty separates the good and the information about it. A transaction made under such a separation is fundamentally incapable of foreseeably shifting the good towards its most valuable use, being in effect a source of net social loss⁸⁹⁵.

⁸⁹⁴ Nesmeyanova S.E. To the question of the hierarchy of constitutional values // *Legal Paradigm*. 2017. T. 16. № 4. P. 72.

⁸⁹⁵ Saul Levmore. *Op. cit.* P. 135.

On the other hand, a duty of information which protects these interests will facilitate the implementation of the "disclose or abstain" rule in the most effective way. Such a duty will reduce the likelihood of future harm, the potential administrative costs associated with litigation for harms, and the need for socially unhelpful protective investments against those counterparties who withhold such information⁸⁹⁶.

Thus, in answering the question posed at the beginning, it should be noted that if a contractual partner or negotiating party has knowledge of facts potentially endangering the life, health or property (as an object of absolute rights) of the counterparty, such information must be disclosed because this is consistent with the principle of solidarity, the general purpose of entering into negotiations or a contract, and the constitutional interests in protecting the life, health, property integrity of the parties to the transaction and generally the general purpose of increasing welfare of people.

2.6.6 Information and achievement of the purpose of performing a contractual obligation

This type of informational duty has traditionally received little attention in scientific literature⁸⁹⁷. In domestic judicial and arbitral practice one can find cases in which, with reference to the principle of good faith, informational duties related to the performance of a contract are found. For example, in paragraph 10 of the Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of 24.03.2016 № 7 with reference to para. Article 307(3) of the Civil Code states that the debtor must take all reasonable measures to mitigate the damage caused to the creditor by a force majeure circumstance, including notifying the creditor of the occurrence of such a circumstance⁸⁹⁸. Another judicial act contains the legal position that a party must, by

⁸⁹⁶ Cooter R., Ulen T. op. cit. p. 514; Saul Levmore. Op. cit. P. 135.

⁸⁹⁷ It is very important not to confuse information duties affecting the performance of the contract and contractual (in a chronological sense) information duties. The former may be broader than the latter. See in detail Lugmanov R.R. Functional Criterion for Distinguishing Information Obligations under Civil Law // Law and Power. 2021. № 1. P. 43-48.

⁸⁹⁸ The said legal position was duplicated in paragraph 10 of Resolution № 54 of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of 22.11.2016.

virtue of a general duty of good faith, immediately notify the counterparty⁸⁹⁹ when circumstances prevent it from making payment on time under a contract.

Paragraph 3 of Clause 57 of Resolution № 54 of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation dated 22.11.2016 states that a party intending to suspend the performance of its obligation or refuse to perform it based on circumstances which clearly indicate that the other party will not perform within the prescribed time frame is required to give the latter notice within a reasonable time⁹⁰⁰. The same behaviour is expected in the event of a loss of interest on the part of an authorized person in accepting performance due to a default on the part of the debtor⁹⁰¹.

Also, the obligation of positive information is usually found in the context of application of the rules on conditional transactions (Art. 157.3 of the Civil Code) and conditional performance of obligations (Art. 327.1 of the Civil Code). Accordingly, if the parties have conditioned the emergence of rights and obligations, as well as their performance, realisation, change or termination, on the performance of certain acts or the occurrence of certain circumstances, the party in possession of information about the relevant act or circumstance must inform the other party who does not possess such information about it⁹⁰².

In general, the analysis of court practice and arbitral awards has shown that it is quite common for a court to find a duty to inform about circumstances that are not only related to the mentioned obstacles to performance⁹⁰³, but also to circumstances affecting contractual performance in genera⁹⁰⁴. Consequently, in order to make the

⁸⁹⁹ Decision of the Ninth Arbitration Court of Appeal of 25.12.2018 № 09AP-62783/2018 in case № A40-200893/18

⁹⁰⁰ This legal position has been cited repeatedly in the practice of the lower courts. See, for example, Decision of the Tenth Arbitration Court of Appeal of 18.03.2019 № 10AP-20854/2018 in case № A41-26593/18; Decision of the Arbitration Court of the Volga District of 05.07.2018 № F06-34568/2018; etc.

⁹⁰¹ Decision of the Arbitration Court of the West Siberian District of 26.03.2019 № F04-466/2019.

⁹⁰² Decision of the Eighth Arbitration Court of Appeal of 20.12.2018 № 08AP-11960/2018 in case № A46-5660/2018; Decision of the Arbitration Court of the West Siberian District of 13.12.2018 № F04-5462/2018 in case № A46-5734/2018, etc.

⁹⁰³ п. 4 Review of Judicial Practice of the Supreme Court of the Russian Federation № 3 (2018); Decision of the Judicial Board for Civil Cases of the Supreme Court of the Russian Federation of 03.04.2018 № 5-KG18-17; Decision of the Eighteenth Arbitration Court of Appeal of 26.11.2018 № 18AP-15648/2018 in case № A76-13356/2018; Decision of the Fourteenth Arbitration Court of Appeal dated 03.12.2018 № 14AP-9745/2018 in case № A44-4878/2018; Decision of the Arbitration Court of the West Siberian District dated 11.04.2019 № F04-778/2019 in case № A45-14260/2018, etc.

⁹⁰⁴ Judgment of the Arbitration Court of the Volga District dated 20.03.2019 No F06-44482/2019; Judgment of the Arbitration Court of the North-Western District dated 30.03.2018 No F07-2526/2018; Judgment of the Arbitration Court of the Central District dated 26.07.2018 No F10-2219/2018, etc.

discovery of such non-contractual duties more predictable for parties to the market, an explanation should be given as to the possible reasons for such a situation.

The Constitutional Court, in one of the cases examined, while elaborating on the constitutional and legal meaning of Article 307(3) of the Civil Code of the Russian Federation, stated that the interaction between the parties to a transaction must be subject to the principle of solidarity⁹⁰⁵. Similar legal positions can also be found in court and arbitration practice⁹⁰⁶. Amongst other things, the new Article 75.1 of the Constitution introduces constitutional values such as social partnership, economic, political and social solidarity. However, it must be recognised that it is still difficult to be sure what exactly is meant by the Russian Constitution and how the new values relate to the already identified constitutional and legal value called the principle of solidarity⁹⁰⁷.

However, in jurisprudence, demands for solidarity (cooperation, assistance) have been known for quite a long time. The idea of solidarity has permeated the entire history of human development, which was predetermined by the conditions of human life in a particular historical and cultural context⁹⁰⁸.

By the nineteenth century, individualism had become dangerous to the stability of society, which eventually led to a reaction in the form of attempts to formulate special measures to ensure cooperation between the participants in circulation⁹⁰⁹. The basis for new ideas of social solidarity was provided by the works of such scholars as E. Durkheim, L. Duguit, A. Comte.

For example, A. Comte believed that social feeling should be seen as the necessary foundation of all sound morality. The new philosophy he proposes should

⁹⁰⁵ Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation of 10.03.2016 № 7-P "On the case of verification of constitutionality of Part 1 of Article 21, Part 2 of Article 22 and Part 4 of Article 46 of the Federal Law "On enforcement proceedings" in connection with the complaint of citizen M.L. Rostovtsev".

⁹⁰⁶ Decision of the Arbitration Court of the West Siberian District of 11.04.2019 № F04-778/2019 in case № A45-14260/2018; Decision of the Arbitration Court of the West Siberian District of 10.07.2018 № F04-2416/2018 in case № A27-12804/2017; Decision of the Arbitration Court of the West Siberian District of 28.12.2017 № F04-4932/2017 in case № A70-14907/2016.

⁹⁰⁷ Okara A.N. Ideology and Philosophy of Solidarism. Materials of scientific seminar. Vyp. № 9. M. Scientific Expert, 2010. P. 11 (128).

⁹⁰⁸ Em V.S., Yatsenko T.S. Functional purpose and scope of the solidarity principle in civil law. Journal of Civil Law. 2018. T. 18. № 6. P. 9-29.

⁹⁰⁹ Durkheim E. On the division of social labour / Translated from French and afterword by L.B. Hoffmann. Per. and afterword by L.B. Hoffman. Moscow: Nauka, 1991. P. 8.

constantly seek to discover the connection of everyone to everyone else. A. Comte held that man has no possibility to prolong his existence except by means of kin. Therefore, there is no other way but to merge with the society as much as possible. In this sense, the satisfaction of the public good will be a necessary means to ensure private well-being as well⁹¹⁰.

E. Durkheim noted the leading role of social connection (solidarity) between people, distinguishing two types of such connection: mechanical (characteristic of early societies)⁹¹¹ and organic (based on the division of labor and functions)⁹¹². Durkheim noticed an important feature of civilized society: the deeper the division of labor, the more people will depend on each other⁹¹³. The greater the diversity in a society, the greater the mutual tolerance and the broader the basis for democracy. It has been noted, however, that a society cannot function effectively on the basis of self-interest alone.

Solidarity was understood by L. Duguit as a fact of mutual dependence that brings members of society together by virtue of the commonality of needs and the division of labour.⁹¹⁴ He spoke out strongly against attributing any value to subjective rights, denying that they belong to the individual and to society as a whole. He spoke of a 'known state', a 'position' of people in society, closely circumscribed by the position of others forced to behave in a certain way (to do their duty)⁹¹⁵.

The works of these scholars laid the foundation for a sociological branch of jurisprudence, the essential feature of which is the recognition of cooperation as an essential fact of social life.

The idea of solidarity has traditionally been seen in three dimensions, reflecting the manifestation of these views in different functional areas: (1) social solidarity as a

⁹¹⁰ The Spirit of Positive Philosophy: A Word about Positive Thinking / Translated from French; Preface by M.M. Kovalevsky. 2-th ed. M.: Librocom Book House, 2011. P. 80.

⁹¹¹ Durkheim E. Op. cit. p. 71.

⁹¹² Durkheim E. Op. cit. p. 109.

⁹¹³ Durkheim E. Op. cit. p. 63.

⁹¹⁴ Dugy L. Social law. Individual law. Transformation of the State / Per. St. Petersburg: Ed. of Legal Bookshop of N.K. Martynov, commissioner of the State Printing House, 1909.P. 7.

⁹¹⁵ Dugy L. Op. cit. p. 9.

source, cause and end of subjective rights⁹¹⁶; (2) social solidarity as a means to secure the interests of particular groups of subjects⁹¹⁷; (3) social solidarity in an applied sense as a means for participants in various legal relations to achieve the objectives for which they enter into such relations⁹¹⁸.

This problem was also of academic interest to Soviet scholars⁹¹⁹, who, however, often regarded solidarity in the national economy as an inevitable consequence of the absence of class antagonism in the context of the common interests of workers, peasants and the intelligentsia, with state interests taking the lead⁹²⁰. In a more utilitarian sense, however, solidarity was manifested, for example, in the requirement that the creditor take account of the difficulties of the debtor in fulfilling his obligation, assuming a more active continuing position in order to reduce the harmful consequences of his failure⁹²¹.

In modern domestic civil law, the idea of solidarity is expressed, for example, in Articles 718, 750, 762, 1031 of the Civil Code, etc.

Overall, the idea of solidarity is appealing, at least in a utilitarian sense. In a situation where it is a question of assisting a debtor to fulfil an obligation, the purely selfish interests of the creditor and debtor must largely coincide⁹²². Strictly speaking, any obligation seeks its fulfilment; each interlocutor generally enters into the relationship precisely to achieve an economic objective mediated by the moment of performance of the obligation⁹²³. And in this sense, they are in necessary dependence

⁹¹⁶ Every member of society, playing a particular social role, fulfils a social duty. Subjective rights are necessary for the individual precisely in order to best realise his activity, but insofar as they support social solidarity. See in more detail: Dugy L. Constitutional law. General theory of the State. M.: 1908. P. 21 – 22.

⁹¹⁷ For example, it may be to protect the interests of a weaker party to a legal relationship, to ensure that a person has a minimum level of livelihood despite being in debt, etc. See. See: V.S. Yem, T.S. Yatsenko. Op. cit. p. 9-29.

⁹¹⁸ In this sense, we can take as an example paragraph 2 of Article 168 of the Civil Code of the RSFSR of 1964, according to which each party must fulfil its obligations in the most economical way for the socialist national economy and assist the other party in fulfilling its obligations in every possible way. The requirement for assistance is now repeated in Article 307(3) of the Civil Code.

⁹¹⁹ Fleischitz E.A. Op. cit. p. 511-516.

⁹²⁰ Novitsky I.B. Solidarity of Interests in Soviet Civil Law (Relations of Comradeship Cooperation and Socialist Mutual Aid). Moscow: Gosyurizdat, 1951. P. 51-52.

⁹²¹ Gavze F.I. Law of Obligations (General Provisions). Minsk: Publishing house of BSU named after V.I. Lenin, 1968. P. 43 – 45. Soviet Civil Law, vol. 1. Edited by the Honored Scientist of the RSFSR, Doctor of Law, Professor O.A. Edited by the Honored Scientist of the RSFSR, Doctor of Law, Professor O.A. Krasavchikov. M. 1985. P. 474; Ioffe O.S. Legal relations under the Soviet civil law. -Leningrad: Leningrad University Publisher. -1949. P. 48 (144)

⁹²² Nam. K.V. Dissertation for the degree of Doctor of Law "The Principle of Good faith. Fundamentals of theory and law enforcement in the context of German legal experience". M. 2021.P. 109

⁹²³ Sarbash S.V. Elementary dogmatics of obligations: Textbook / S.S. Alekseev Research Center for Private Law under the President of the Russian Federation, Russian School of Private Law. - Moscow: Statut, 2016. P. 36; Agarkov M.M.

on each other⁹²⁴. However, such a caveat is only true in purely legal theory and the formal existence of legal and market compensation mechanisms does not always help in real practice.

Firstly, account must be taken of the poorly foreseeable administrative costs that society will inevitably incur in the event of legal redress for breaches of contractual rights. These costs are not useful in an economic sense and are an example of an external negative effect.

Secondly, we must not forget the high transaction costs which will inevitably arise from the substitute contract. Such duplicative private costs are part of the social cost and in this sense are again useless.

Thirdly, it must be borne in mind that the failure to perform a contract always has negative externalities for third parties directly or indirectly, immediately or with a delayed effect.

Fourth, it should not be forgotten that the person in possession of information that is relevant to the other party in the context of achieving the purpose of fulfilling a contractual obligation may be the cheapest party to help prevent the counterparty from suffering a loss.

Accordingly, according to Coase's theorem, in the real world of non-zero transaction costs, the initial allocation of rights takes on enormous importance, which should help to mimic as much as possible the outcome that would be achieved in a world without transaction costs. In this sense, the imposition of informational duties on counterparties in order to proportionately help achieve the goal of contractual interaction is fully consistent with the economic logic of efficient allocation of scarce resources and goods⁹²⁵.

Therefore, except for the anomalous development of relations, the aim of fulfilment of an obligation should normally coincide for both parties to an optimally

Selected works on civil law. In 2 vols. T. 2: General doctrine of obligations and its individual types. - M.: Statute, 2012. P. 109.

⁹²⁴ Gavze F.I. Op. cit. p. 44.

⁹²⁵ "The parties to a contractual relationship must behave in the manner required by the particular situation in order to achieve the purpose of the obligation, to avoid potential losses and to ensure the fulfilment of the obligation" - Nam. K.V. Dissertation for the degree of Doctor of Law "Principle of good faith. Bases of theory and law enforcement in the context of German legal experience". M. 2021. P. 243.

concluded contract⁹²⁶. And in order to explain the absence of irreconcilable antagonism of the interests of the contracting parties and the existence of their economic dependence it is not at all necessary (and even with reference to the authority of R. Demogue) to resort to artificial analogies and to equate the parties to the contract with partners, and to consider the contract itself as a quasi-commercial partnership, a temporary partnership formed for a certain purpose⁹²⁷.

It should be noted that also outside the context of Article 307 (3) of the Civil Code, the law of obligations implies some necessary participation of the creditor in the fate of the obligation, since the requirement of proper performance also applies to the creditor, eventually resulting in so-called creditor's obligations⁹²⁸. Obligations may be complicated by unrecorded contractual requirements for the transmission of information that is important in the context of proper performance⁹²⁹. Accordingly, the contractual informational interaction required in a particular case is fully within the utilitarian logic of solidarity, which binds the parties to the transaction in a purposeful manner⁹³⁰.

However, it is clear that the primary economic purpose of performing an obligation is not limited to contractual interactions. There is always an accompanying objective of preserving one's property. Often, the need to perform actions not foreseen in the contract will not be factored into its price. This may entail additional unaccounted for costs, loss of time, and other adverse consequences for the obligated party. Accordingly, the imposition by the court of an obligation to cooperate in the form of an information duty should not result in a disproportionate loss to the party concerned, much less a dependency on the counterparty. In this sense, it is more convenient than ever to refer to the proportionality test in order to find a balance of interests in a particular case in order to ensure contractual solidarity.

⁹²⁶Nam K.V. The development of the principle of good faith (Treu und Glauben). Modern Stage. Internal systematics// The Herald of Economic Justice of the Russian Federation. № 7. 2018. P. 95-98.

⁹²⁷ François Diesse. Op. cit. P. 262

⁹²⁸ Sarbash S. V. Enforcement of a contractual obligation. - Moscow: Statute, 2005. - - 636 P. [Electronic resource]. Access from the reference system "Consultant Plus".

⁹²⁹ Sarbash S.V. Elementary dogmatics of obligations: Textbook / S.S. Alekseev Research Center for Private Law under the President of the Russian Federation, Russian School of Private Law. - Moscow: Statut, 2016. P. 20.

⁹³⁰ See also Khokhlov V.A. General Provisions on Obligations: Textbook. Moscow: Statute, 2015. P. 188

Moreover, it would not be wrong to say that the common purpose in the performance of the obligation becomes of little relevance (in the utilitarian aspect of solidarity) in situations of repudiation, force majeure and similar compelling circumstances. In such cases, the transfer of information may not be very difficult for the entitled party in view of its intangible content, but it must be remembered that any significant costs associated with assisting the faulty party in the absence of a community of interest in the performance of the contract must be sufficiently justified and not result in disproportionate restrictions to the rights of the righteous party⁹³¹.

Thus, while the interests of the parties are largely different before the contract is concluded, once they have passed the point of intersection, a new purely utilitarian goal emerges in the form of performance of an obligation as a means of achieving the agreed individual interests⁹³². Each party develops, in the eyes of the counterparty, a justified confidence in its own commitment to this goal, which supports the absence of conflict of interest based on the realisation of the complementarity of the parties to the transaction and their interdependence⁹³³. Once this objective has fallen away, the idea of contractual solidarity requires the parties to show the minimum necessary co-operation, which can be assessed in terms of balancing the already conflicting interests of the parties on the basis of the principle of proportionality.

2.6.7 Informational interaction concerning the conclusion and validity of a contract and other pre-contractual communication.

The problem of disclosing information about circumstances that may affect the validity or enforceability of a contract is much broader than the problem of information interaction in the aspect of the rules on misrepresentation or deception. We have previously pointed out that knowledge of material circumstances (within the meaning

⁹³¹ For example, it may be expected to inform the counterparty of the occurrence of force majeure or a loss of interest in the performance due to delayed performance, but such a duty to inform at all costs cannot be expected in the presence of serious technical, natural or economic circumstances that prevent an immediate and inexpensive means of communication.

⁹³² Krasheninnikov E.A., Baigusheva Y.V. Duties in pre-contractual negotiations // The Herald of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation. 2013 г. № 6. URL: <http://base.garant.ru/57596794/#ixzz6L5OZZOoB>

⁹³³ Lugmanov R.R. Silence about circumstances: criteria for determining information subject to disclosure//Law. 2017. № 9. P. 54.

of Article 178 of the Civil Code) or even knowledge of a party's delusion about these circumstances does not in itself answer the question of why the counterparty should take care of the counterparty and disclose information, much less why it should make additional and possibly costly efforts to find this information in order to then pass it on.

Since it will always be a question of restricting the right of a person (the debtor of an alleged information duty) to determine his conduct freely, we cannot escape the question of the balance of interests of the parties to the treaty.

As we know, one person's freedom to exercise his or her rights has a constitutional limitation on the exercise of rights by another person. In this sense, the freedom of one party to determine its own conduct inevitably collides with the freedom of the other party to determine its own conduct. In such a linear clash of equivalent values, it is simply not possible to find a predictable balance of interests. It will arise spontaneously by virtue of the very fact of possessing information to a certain extent and will be determined by the simple rule of permissibility to exercise one's rights as far as the situation and the carelessness of the counterparty allow. However, the natural selfishness of the knowledgeable party may be placed within some elegant framework, which in fact turns out to be nothing more than a means of satisfying his own selfish interests. Since there are at least two parties to the contract⁹³⁴, it is in the interests of both parties to find the optimal balance of agreed terms. In this sense, a contract that is beneficial to the knowledgeable party generates desired consequences for it, which may be jeopardised by the possibility of subsequent challenge of the transaction for reasons such as material misconception. Under a presumption of contract optimality, silence about obstacles to the validity or enforceability of the contract loses its practical meaning. As a general rule, the contracting parties' conflict of interest is adequate in relation to any terms of a future contract other than those that lay down the possibility⁹³⁵

⁹³⁴ For convenience and simplicity, we always refer to bilateral agreements.

⁹³⁵ For an example of a focus on who initiated the entry into a contract that later proved invalid or unconcluded, see Konstantin Viktorovich Gnitsevich. Pre-contractual liability in civil law (culpa in contrahendo): dissertation ... D. : 12.00.03 / Gnitsevich Konstantin Viktorovich; [Defence place: GOUVPO "Saint-Petersburg State University"]. P. 46.

of later cancellation of the transaction⁹³⁶. Accordingly, the idea of pre-contractual solidarity, in an applied sense, makes it possible to achieve the desired result through the necessary cooperation.

However, it should be stated at the outset that not all material information that is decisive for a counterparty to enter into a transaction should be disclosed according to this logic. It is our view that it is in the common interest of the parties that pre-contractual solidarity is in their best interest only if ignorance of the relevant information can lead to a declaration that the transaction is null and void or that it has not been concluded⁹³⁷. Nullity and inconclusiveness are objective phenomena⁹³⁸. However, the fact that solidarity at the contracting stage also benefits the informed party is only a precondition for a duty of disclosure in the form of the elimination of conflicts of interest. In this sense it is fair to say that the mere fact that a particular conduct is beneficial to the person concerned is by no means sufficient to conclude that the conduct is binding. As we know, the idea of self-determination, expressed in the freedom to make any decisions, is not only positive. What we mean is that economic self-destruction is also encompassed by private autonomy within self-determination and its necessary flip-side, personal responsibility. How hateful would be a world in which action for our own good would be made an obligation to us! Therefore, an additional necessary argument that tips the scales in favour of disclosure is the party's confidence in the validity and enforceability of the contract and the counterparty's unwillingness to behave contradictorily by creating the appearance of enforceability and validity, despite its knowledge of the fundamental obstacles to it⁹³⁹. In this sense, a party may behave as it pleases, as long as this does not affect the reasonably expected rights and legitimate interests of the other party.

⁹³⁶ In this sense, there is a substantial difference between the personal liability arising from freedom of contract in the form of the risk of suffering losses due to the failure to negotiate and the consequences arising from the failure to conclude a contract due to the controversial conduct of the counterparty being aware of the obstacles to the validity or the conclusion of the transaction.

⁹³⁷ A different position is: "If the counterparty was aware of the misrepresentation, it is a fraud". See Braginsky M. I., Vitryansky V. V. *Contract law: General provisions*. - M.: Statute, 1997. P. 172.

⁹³⁸ If we do not take into account the hypothetical possibility of invalidation of the transaction in the event of nullity.

⁹³⁹ In the context of substantive law, we have little interest in the procedural issues of proving certain facts. However, it is worth recognising that, as with the problem of proving intent, knowledge of information will often be difficult to prove. In this sense, the rule of law could potentially use a presumption of knowledge, which would fall on the defendant to rebut.

In the event that the respective party does not know the circumstances affecting the nullity or the conclusion of the transaction, e.g. information on the persons entitled to use the residential property being sold⁹⁴⁰ (Art. 558 Civil Code), its duty to know (to take active steps to obtain the information in order to pass it on) will result from the fact of proximity to the source of information (cheaper way of obtaining) or from the state of justified trust caused by valid reasons: the functional role (professional status) of the person, the duration or renewal of relations, the conduct of the person creating the counterparty confidence in the presence of special knowledge and competence in matters essential to the legitimacy of the transaction (creating visibility or taking on additional functions).

In addition to the conditions of nullity and incompatibility of the contract, the circumstances entailing its voidability may also be relevant⁹⁴¹. In this case, a conditionally valid transaction gives rise to the expected legal result, which is, however, subject to the corresponding overriding expression of will of the empowered person. However, we have no argument against the potential obligation to disclose the essential circumstances of the subject matter of the transaction, the party and the nature of the transaction, since these characteristics can reasonably be regarded as objectively necessary for the legitimisation of any transaction.

And all of the arguments set out above, which allow the duty to disclose information relevant to the fate of the transaction to be justified on the basis of pre-contractual solidarity, are also relevant to the circumstances affecting the nullity of the transaction.

In addition to the above, it should be noted that the economic logic is fully consistent with the above analysis. The nullity of a transaction, the assertion of its uncompleted nature, the invalidity of a voidable transaction in the context of a misconception of its object, subject or nature are all examples of profound flaws in a

⁹⁴⁰ And it is fundamentally possible to conceive of such a thing.

⁹⁴¹ We come to similar conclusions when analysing various «soft law» acts. Lugmanov R.R. Silence of Circumstances: Criteria for Defining Information Subject to Disclosure // Law. 2017. № 9. P. 53

transaction which call into question the very possibility of directing benefits towards their most valuable use⁹⁴².

We are, however, firmly opposed to blindly equating the value of these objectively necessary features of a valid transaction with the value of other characteristics of the provision, information about which was allegedly decisive for the counterparty's consent to enter into the transaction or to enter into the transaction subject to certain conditions⁹⁴³. In this sense, a literal interpretation of par.5 Art. 178 (2) of the Civil Code in a systemic connection with Art. 178 (3) should seem to lead to the conclusion that the legislator meant something else, but not the motive for the transaction. However, this is highly doubtful and, in that sense, it should be frankly acknowledged that in par. 5 Art. 178 (2) of the Civil Code refers specifically to motives, but which are objectively perceived by the other party as having a decisive influence on the party's consent to the transaction⁹⁴⁴.

Since the reasons for the transaction may relate to a wide variety of circumstances (special applicability of the subject matter of the transaction, favourability of the transaction, subjective preferences, etc.), not necessarily perceived as material in turnover, the reasons for disclosing such information and all the more so for the extra effort to find this information to pass on to the counterparty, must be further justified⁹⁴⁵.

Finally, it should be noted that pre-contractual information interactions cannot have legal significance solely in the context of deciding the conclusion or validity of a contract. It is better to talk in general about the functional orientation of information towards the conclusion of a treaty. This is slightly broader than the above and includes

⁹⁴² Franklin, Eric H. Op. cit. P. 563.

⁹⁴³ It must be recognised that, despite what is set out in Articles 432 and 424 of the Civil Code, in real commercial practice in a competitive environment, price must be regarded as one of the essential conditions of a contract (at least in the economic sense). Accordingly, the lack of attention to the problem of the influence of the bargain's profitability on a party's decision to enter into a transaction is a short-sighted approach which clearly distorts the real picture of daily commercial practice.

⁹⁴⁴ Rudokvas A.D. Some problems of application of Article 431.2 of the Civil Code of the Russian Federation in connection with the principle of good faith // *Civil Law Review*, Vol. 17, № 2, 2017, P. 41; Transactions, representation, limitation of action: article-by-article commentary to Articles 153-208 of the Civil Code of the Russian Federation [Electronic edition. Revision 1.0] / Ed. by A.G. Karapetov. - Moscow: M-Logos, 2018. P. 757.

⁹⁴⁵ A different point of view: Mazur O.V. Pre-contractual liability: analysis of individual signs of bad faith behaviour // *Statute*. 2012. № 5. P. 197 - 205.

within its ambit situations where the parties have not managed to get to the treaty conclusion stage but have interacted in the negotiation process and therefore may have caused each other harm, including purely economic harm. We have already discussed harm above, so in this paragraph we focus only on the purpose of such pre-contractual communication⁹⁴⁶: to conclude a contract. In this sense, if this purpose has become impossible or is in doubt, the party who first became aware of it must share this information with its counterparty.⁹⁴⁷

2.6.8 Other factors potentially affecting the court's decision on the existence of a duty to inform

The following are some of what we consider to be the most relevant arguments which may influence the decision to impose a duty to inform in the stated context, when weighing the competing interests of the parties. Justifying the decisive importance of a particular argument in deciding a dispute in a case is a direct task for the court, and setting out such justification in the statement of reasons will relieve turnover from uncertainty of law, allow predictable rules of conduct to be developed when parties find similar circumstances in typical cases, which will ultimately have a beneficial effect on the stability of turnover while enhancing the effectiveness of the business climate⁹⁴⁸.

2.6.8.1 Protection of the weak party

An important part of the distribution of the risk of being uninformed when entering into a contract is that each party is responsible for obtaining the information necessary to enter into the contract. This responsibility is the flip side of self-

⁹⁴⁶ For more details on the purpose (functional role) of information duty: R.R. Lugmanov, *Functional Criterion for Distinguishing Information Civil Law Obligations// Law and Power*. 2021. № 1. P. 43-48.

⁹⁴⁷ This is particularly relevant in the context of the problem of bearing the property risks of failing to reach an agreement as a result of negotiations. As a general rule (Article 434.1(1) of the Russian Civil Code), the parties themselves bear the costs of the negotiations. However, this rule has an obvious limitation, which relates to the moment the intention to conclude a contract is lost. Accordingly, the expectation of a successful conclusion of negotiations would be unreasonable from that point onwards. The termination of negotiations is not in itself reprehensible. However, the other party must necessarily become aware of the change of plans of such a counterparty. Decision of the Supreme Court of the Russian Federation of 22.05.2018 № 305-ES18-1723 in case № A41-90214/2016; Decision of the Supreme Court of the Russian Federation of 29.01.2020 № 305-ES19-19395 in case № A40-98757/2018.

⁹⁴⁸ Karapetov A.G., Saveliev A.I. *Freedom of contract and its limits*. T. 2: Limits of freedom to determine the terms of the contract in foreign and Russian law. Moscow: Statute, 2012. C. 33.

determination, expressing a necessary and natural state of affairs. In the absence of an active counterparty's unlawful influence on a party's decision to enter into a contract, the prerequisites are in place for a potentially optimum contract that represents the interests of both parties. The fact that the information is not available at the time of contract formation and, for instance, can only be provided by the other party is not in principle a decisive condition for the duty of the informed party to protect the interests of the counterparty by disclosing information useful to its decision, if that party may, for example, refuse to enter into the contract⁹⁴⁹. In this sense, the duty of the informed party to provide information may aim at ensuring the other party's contractual freedom when market competition mechanisms that can compensate for defects in pre-contractual interactions fail to work.

In general, the doctrine of weak party protection has been developed in foreign jurisdictions for quite some time⁹⁵⁰. The German, French and other developed legal systems have provisions aimed at protecting the weaker party to the contract against conditions somehow imposed by the counterparties.

The idea of the weak party defence can also be traced in domestic law⁹⁵¹ and is also reflected in court practice⁹⁵². In 2014, Clause 9 of the Resolution of the Plenum of the Supreme Commercial Court of the Russian Federation № 16⁹⁵³ suggested the idea of a weak party defence, the essential characteristic of which is that the counterparty is in a position in which it is difficult for it to agree the content of certain terms of the contract. In point 10 of the Resolution the court tries to suggest some criteria for determining the level of bargaining power: 1) whether the accession to the agreement

⁹⁴⁹ Obviously, this position is not absolute, because for the argument about the consequences of free self-determination of the uninformed party to work, the uninformed party needs to be aware of their uninformedness. As a consequence, making decisions in the face of such ignorance will often be a voluntary assumption of risk. Kovac M. Op. cit. P. 32.

⁹⁵⁰ Tomtosov A.A. New approaches to the protection of the weak party of the contract // Freedom of Contract: collection of articles / A.A. Amangeldy, V.A. Belov, A.A. Bogustov et al; ed. by M.A. Rozhkova. M., 2016 (SPS Consultant Plus).

⁹⁵¹ п. 3 Art. 428, 493, 682 of the Civil Code of the Russian Federation.

⁹⁵² Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation of 23.02.1999 № 4-P "On the case of verification of the constitutionality of the provision of Part Two of Article 29 of the Federal Law of February 3, 1996 "On banks and banking activity" in connection with the complaints of citizens O. Veselyashkina, A. Yu. Veselyashkin and N.P. Lazarenko. In this decision the Constitutional Court pointed out that, precisely in order to avoid infringement of the freedom of contract, one must not limit oneself to stating the formal equality of the parties. Sometimes it is necessary to grant certain advantages to the economically weak and dependent party for the sake of levelling out the actual possibilities of the parties. See also Braginsky M. I., Vitryansky V. V. Contract law: General provisions. - Moscow: Statute, 1997. P. 793.

⁹⁵³ Resolution of the Plenum of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation of 14 March 2014 № 16 "On freedom of contract and its limits".

was forced, 2) the level of professionalism of the parties, 3) competition in the respective market, 4) whether the accessing party has a real possibility to conclude a similar agreement with third parties on different terms, etc. Thus, we can see that the weak party is not a person's status, but a characteristic of the negotiating capacity, which can be conditioned by a number of evaluative properties identified as a result of the case ⁹⁵⁴.

Due to the evaluative nature of the concept of weakness, a considerable variety of attributes of this condition are found in the academic literature:

a) an increased interest of one of the subjects of the contract in the conclusion of the contract as compared with his counterpart⁹⁵⁵; b) lack of sufficient information about the subject matter of the counterparty; c) lack of sufficient information about the rights, duties or responsibilities of the counterparties⁹⁵⁶ ; d) a rash decision to enter into a contract made under circumstances that are clearly conducive to a rash decision and allow for the assertion of a lack of conformity of the decision-maker's will to his will;⁹⁵⁷ e) lack of professionalism in the area in which the contract is made⁹⁵⁸; f) unequal bargaining power;⁹⁵⁹ g) economic or informational dependence on the counterparty;⁹⁶⁰ h) the existence of a relationship of trust⁹⁶¹ .

The list goes on and on, which is a logical consequence of the evaluative nature of the category of weakness⁹⁶². Not every point can be agreed upon, but we are entitled

⁹⁵⁴ In paragraph 4(2) of the Resolution, the Court deviates from this logic by linking the characterisation of the weaker party to the status of the counterparty. Clearly, there is no good reason for a restrictive interpretation, but it must be noted that in finding the purpose of Article 310 of the Civil Code to protect the weaker party, it must recognise the possibility in principle for such a characterisation to apply to the entrepreneur and not only to the consumer.

⁹⁵⁵ Tomtosov A.A. Op. cit. P. 263

⁹⁵⁶ In general, information asymmetry. Karapetov A.G., Savelyev A.I. Freedom of contract and its limits. T. 2: The limits of freedom to determine the terms of the contract in foreign and Russian law. Moscow: Statute, 2012. P.387-393

⁹⁵⁷ Slavetskiy D.V. The Principle of Protection of a Weak Party to a Civil Contract: Ph. D. in Law : 12.00.03 : Samara, 2004. P. 60. The author points out that these signs can manifest themselves in various ways: all together, one at a time or in various combinations. However, each of these attributes must be taken into account when considering the dispute in the case.

⁹⁵⁸ Tomtosov A.A. op. cit. p. 263; Karapetov A.G., Savelyev A.I. Freedom of contract and its limits. T. 2: The limits of freedom to determine the terms of the contract in the foreign and Russian law. Moscow: Statute, 2012. P. 387-393

⁹⁵⁹ Tomtosov A.A. op. cit. p. 263; Braginsky M. I., Vitriansky V. V. Ibid. Op. cit. p. 793

⁹⁶⁰ Krashennnikov E.A. op. cit. p. 101-102. In the author's opinion, economic dependence is evidenced by the fact that the terms of the contract are designed to apply to the conclusion of many similar contracts; informational dependence arises, for example, if a party is asked to sign a voluminous contract text that it cannot study within the time allotted for its conclusion, or if the contract contains special terms that it cannot understand. See also Karapetov A. G., Savelyev A. I. Op. cit. P. 387-393.

⁹⁶¹ Karapetov A.G., Savelyev A.I. Op. cit. pp. 387-393.

⁹⁶² Lisitskaya A.Y. Y. The concept of 'weak party of contract' / A. Y. Lisitskaya // Business. Education. Law. – 2017. - № 4 (41). – P. 329.

to express our subjective opinion on the general sign of a weak party: the existence of a negotiation distortion, not compensated by competitive market mechanisms⁹⁶³, which has affected the ability of a party to fully determine its own pre-contractual behaviour and has caused the counterparty to trust that it will not exploit the weakness of this position.

2.6.8.2. Professional status and confidence in competence

The use of expertise to justify disclosure obligations is quite common in the practice of foreign jurisdictions. At the heart of the special importance of professionalism in the context of counterparty information interactions is the notion of trust. From an economic point of view, trust has an undeniably positive effect on the quantity and quality of contracts. A positive effect of trust should result in counterparties not behaving opportunistically, which in turn inherently entails an overall reduction in the degree of vigilance. Opportunism, as we know, is very costly both to the parties to a particular transaction and to the entire marketplace. The costs of preventing opportunism and the counter-costs of circumventing these preventive measures are certainly part of the social cost and therefore socially undesirable⁹⁶⁴.

The constant specialisation of the market economy and the acceleration and complication of market circulation entails some discomfort in collecting information on one's own if there is a person nearby who can produce it at a lower cost⁹⁶⁵. However, it cannot be inferred from this fact that there is a general principle that every competent person should provide information. It should be remembered that trust can be justified or unjustified. A person's professional status alone cannot be a necessary indication that a duty to inform necessarily arises.

Confidence in the professionalism of the counterparty is an instrument of pinpoint legal impact on market relations. All the arguments for and against disclosure are fully adequate in the context of the professional-user relationship. In this sense, if trust in a professional can be relevant for disclosure purposes, it is only in terms of its

⁹⁶³ Karapetov A. G., Bevzenko R. P. Commentary to the norms of the Civil Code of the Russian Federation on certain types of contracts in the context of the Resolution of the Plenum of the HAC RF "On freedom of contract and its limits" // The Herald of Economic Justice of the Russian Federation. 2014. № 8. P. 4–97.

⁹⁶⁴ Mackaay, Ejan. Op. cit. p. 481.

⁹⁶⁵ Mackaay, Ejan. Op. cit. p. 484.

justification by some additional and rather weighty circumstances, such as the existence of a close family or long-term business relationship, the nature of the business process, e.g. lawyer, auditor, agent, etc.

2.6.9. Common disclosure rules

The analysis of potential information duties and the results of their regulatory impact has revealed the need to take into account the most relevant factors, among which ultimately can be distinguished: 1) combining the good and information about it on the same side in order to increase the efficiency of the use of the good; 2) transmitting relevant information to the market through signals generated by the actions of informed traders; 3) internalising externalities; 4) creating incentives to produce socially useful information; 5) preventing opportunism.

Public welfare is increased by creating new goods, introducing new uses for familiar goods, reducing the cost of producing the goods, and moving the goods towards their most valuable uses. Another socially beneficial purpose is to prevent social losses by the party for whom it is easiest to do so.

The overall analysis showed that, despite the problem of high transaction costs deterring the movement of benefits to their most valuable use, disclosure as a general rule is strategically inefficient. Accordingly, summarising all of the above, the following rules seem relevant:

1. The buyer is not obliged to disclose information about the benefit to be acquired, the intended new use and market factors affecting the price of the benefit that the seller could not discover within a reasonable period of time, even if such information is material to the seller's decision to carry out the transaction, except as set out in points 1, 2 and 3 under "Exceptional circumstances"
2. The buyer shall disclose information relating to his provision if the information affects the counterparty's decision to enter into the contract or concerns the security of property and the seller's goodwill. For example, information about the buyer's creditworthiness, being on a sanctions list, having/not having citizenship, if this is important due to the specific nature of the contractual relationship, etc.

3. The seller must disclose information that the seller knows to be material to the buyer's decision to enter into the transaction or that affects the personal or property safety of the counterparty.
4. The seller is not required to disclose information that contributes to public welfare through the creation of new goods, new uses of goods, the creation of cheaper and better substitutes for goods previously used⁹⁶⁶.
5. Both parties have a duty to inform each other where there is an apparent misconception on the part of the counterparty as to the main issues of the future transaction affecting the very feasibility of an effective transaction: the subject, counterparty and nature of the transaction, as well as the circumstances that indicate that the transaction is void or unenforceable or that the intentions to reach an agreement with that counterparty have changed as a result of the negotiations.
6. Both parties are obliged to disclose to each other information that clearly shows that it has become impossible to achieve the purpose of the contractual obligation or that it constitutes a significant threat to that purpose.
7. In exceptional cases, a court may find that a party had a duty to disclose information to its counterparty if its actions were based on expressly redistributive information and incidentally generated false price signals in the market.

Exceptional circumstances that may be taken into account by the court:

1. The parties have entered into an agreement providing for certain rules of disclosure at a particular stage of a civil law engagement;
2. The relationship between the parties is based on a high degree of trust and confidence, which gives rise to a reasonable expectation of disclosure of relevant information affecting the conclusion and performance of the contract;
3. In extreme cases, i.e. predominantly outside a business relationship and where there is no information asymmetry or evidence that the parties were aware of

⁹⁶⁶ In this case, the seller additionally gives the right price signals by influencing the market supply, freeing itself from assets that will soon become cheaper as a result of its own pioneering activity.

information asymmetry, the court may take into account the excusable (rebuttable) ignorance of the party concerned while justifying the presumption of knowledge of the other party, for example in terms of proximity to the source of information, characterisation of information as external (generally available), cost of information or taking into account other factors that in the court's view clearly unfairly shift the balance of interests of the parties regardless of the effectiveness of the transaction.

In the proposed disclosure rules, the fact that a party had knowledge of a counterparty's misrepresentation is a prerequisite, not a condition, of disclosure. Moreover, throughout most of this study we have had in mind an information asymmetry situation in which the party concerned had knowledge of the other party's misrepresentation. And as we have repeatedly pointed out in the pages of this study, such knowledge is not in itself a kind of marker of bad faith or dishonesty and in this sense is not an end point, but only a starting point for subsequent considerations.

Conclusion

The study of information duties arising from the principle of good faith has included a comparative legal analysis of the relevant regulation in France, Germany and the Russian Federation. On the basis of the doctrine and practice of these main European legal systems, a high degree of scientific and practical development of the topic has been demonstrated. However, attention was drawn to a number of difficulties in determining the dogmatic basis of these duties, the search for which was each time very difficult. The broad informational duties in France are contrasted with a formally narrow approach in defining the scope of informational duties under German law. Despite the scholarly rejection of the requirement of disclosure of all material information as a general rule, we have seen that case law has developed an enormous body of cases, the critical mass of which may overturn the presumption so far recognised.

German law has provided particularly valuable material for reflection on the sufficiency of the reference to the principle of good faith as an all-encompassing ground for the imposition of relevant duties not provided for by law or by contract. Some authors have rightly raised the thorny question of the substantive content of the principle of good faith. It is not difficult to see that in deciding a particular case, the court's reference to general reservations actually opens up the possibility of correcting and developing the law through judicial construction. The Federal Constitutional Court of Germany has provided the legal basis for such an approach by allowing an indirect horizontal effect of the Basic Law in private law relations.

In modern Russian law, a dogmatic link between the principle of good faith and the duty to inform has been established by the legislator as a result of civil law reforms. The general rules on disclosure are defined in an extremely abstract and, in this sense, ineffective way. An analysis of court and arbitration practice shows a real helplessness of law enforcers in the face of "rubber-stamp" rules, the use of which in solving specific cases often resembled a kind of legal ritual outside of any even sometimes minimal attempt to justify such use. The dual functionality of the requirements of good faith led

to the question of the real purpose of these rules. On the basis of our analysis, we suggested that the common understanding of the principle of good faith adopted in turnover is of little help in ordinary economic practice and in fact contributes nothing to legal certainty and the preservation of stability in turnover. Our approach is fundamentally different from those accepted in Russian science and practice as it proposes not to focus on the virtually meaningless rule of good faith and not to look for moral and ethical meanings of this category, but to refer to more or less objective constitutional and legal values which can be translated into private law through such general clauses as good faith, reasonableness and fairness.

A great advantage of the proposed approach is the practical verification of such values, since it is up to the Constitutional Court to find, confirm and explain them, whose rich practice will give practical meaning to these values. Such an approach would illustrate the mechanics of decision-making, which would no longer be shrouded in the veil of judicial discretion. Obviously, judicial discretion is a necessary feature of justice, but the opportunity to see and monitor the reasoning of the court in the reasoning of its decision and with references to legal positions of constitutional importance will add the necessary predictability to legal relations, which will have a favourable effect on the business climate.

In the course of the study an attempt has been made to "demystify" the category of good faith, revealing in this category an elegant way of legalising judicial law-making or, better said, judicial development of law. As a result, we conclude that it is necessary to abandon the thesis, often recognised in the doctrine, of a certain, if not antithesis of positive law and the principle of good faith, at least the assumption of their parallel existence. Our view is that there is no standard of good faith as an objectively existing moral and ethical category. There is simply a right which has several levels. The court, with reference to the general clause, adjusts, supplements and corrects the law where necessary. In this sense, the parties to the transaction, by acting in good faith, are in fact acting solely in accordance with the law and in no other way.

The desire to go beyond the vicious circle of statutory formulas which purportedly define good faith behaviour has made it possible to turn for help to

constitutional law, the rich material of which has already demonstrated the power of its regulatory impact through the example of freedom of economic activity. Obviously, there is a permanent problem of conflicting constitutional values in constitutional law. However, the Constitutional Court has long ago learned how to solve them successfully, including on the basis of the now classic test of proportionality.

Contract law governing relations between formally equal entities is a direct target field for methods of balancing competing interests. Not an empty and mantra-like reference to an article on good faith, but a great deal of intellectual work explaining clearly to the parties to the transaction how the court reached that conclusion should underpin court decisions in terms of applying one or another of the functions of the principle of good faith. Such an approach, and only such an approach, would add predictability to turnover and secure for the contract the extremely useful function of a long-term and stable economic forecasting tool for economic activity.

Using economic analysis of the law, we have shown the ineffectiveness of the disclosure requirement as a general rule. The central idea of connecting a good and information about it on the same side for the purpose of enhancing public welfare, in fact now a constitutional and legal value, is the primary marker to test the validity of disclosure rules. In the same way, we have subjected the famous "disclose or abstain" rule to revision in the context of the real incentives affecting human behaviour. We have also looked at the numerous and highly complex market failures that strongly affect the efficient allocation of resources and benefits and which need to be kept in mind when designing effective disclosure rules.

The final disclosure rules arising from this study are the starting point for a complex, multi-factorial doctrine of information duties. It is the first step in a long process of adapting these rules to actual practice. Again, it should be pointed out that this study dealt more with the situations of pronounced asymmetry of information, whereas in the foreign legal systems studied scientific thought and court practice have advanced considerably and often focus on situations where information asymmetry is not evident to the parties and where a certain party must make additional and uncompensated efforts to acquire additional information and pass it on to the

counterparty. It is also worth noting the gradual accumulation of foreign jurisprudence which has seen the idea of episodic discovery of a quasi-creditor duty to inform itself about the necessary facts and even the debtor counterparty.

References

1. Sources in Russian.

1.1. Laws and regulations and other official documents of the Russian Federation.

1. Constitution of the Russian Federation of December 12, 1993 - Accessed from ConsultantPlus Legal System (Date of Access: 10.02.2020).
2. Civil Code of the Russian Federation (Part One) [Electronic resource]: from 30.11.1994 № 51 (ed. from 01.01.2019). - Access from the reference-legal system "KonsultantPlus" (date of reference: 01.05.2020).
3. Civil Code of the Russian Federation (Part Two) of January 26, 1996, № 14. Access from ConsultantPlus legal system (date of reference: 01.05.2020).
4. Civil Code of the Russian Federation (Part Three) of 26.11.2001 № 146 (ed. of 18.03.2019). Access from the "KonsultantPlus" information and legal system (date of reference: 01.05.2020).
5. Civil Code of the Russian Federation (Part Four) of 18.12.2006 № 230 (ed. of 18.07.2019). Access from the "KonsultantPlus" reference system (date of reference: 01.05.2020).
6. Civil Code of the RSFSR 1964. (Approved by the Supreme Soviet of the RSFSR on 11.06.1964). Accessed from the ConsultantPlus legal system (date of access: 01.05.2020).
7. Civil Procedure Code of the Russian Federation" of 14.11.2002 № 138. (ed. of 02.12.2019). (as amended and supplemented, in force from 30.03.2020). Access from the "KonsultantPlus" information and legal system (date of reference: 01.05.2020).
8. Arbitration Procedural Code of the Russian Federation of 24.07.2002 № 95. (ed. of 02.12.2019). Access from the reference system "KonsultantPlus" (date of reference: 01.05.2020).
9. Code of Administrative Court Procedure of the Russian Federation" of 08.03.2015 № 21. (ed. of 27.12.2019, with amendments of 24.03.2020). Access from the reference-legal system "KonsultantPlus" (date of reference: 01.05.2020).

10. Federal Constitutional Law of 05.02.2014 № 3 (ed. of 02.08.2019) On the Supreme Court of the Russian Federation (with amendments and additions, in force from 25.10.2019). Access from the "KonsultantPlus" information and legal system (date of access: 01.05.2020).
11. Law of the Russian Federation of 07.02.1992 № 2300-1 (ed. from 18.07.2019) On Protection of Consumer Rights. Access from ConsultantPlus legal system (date of accession: 01.05.2020).
12. Federal Law dated 30.12.2012 № 302 (red. dated 04.03.2013) On amendments to Chapters 1, 2, 3 and 4 of Part One of the Civil Code of the Russian Federation. Access from the "ConsultantPlus" reference system (date of accession: 01.05.2020).
13. Concept of development of civil legislation of the Russian Federation (approved by the Presidential Council for codification and improvement of civil legislation on 7 October 2009. -URL: <http://base.garant.ru/12176781/> (date of reference: 1.05.2020).
14. Explanatory note to draft Federal Law № 47538-6 "On Amendments to Parts One, Two, Three and Four of the Civil Code of the Russian Federation, as well as to certain legislative acts of the Russian Federation"- URL: <http://base.garant.ru/58024598/> (access date: 12.12.2019).
15. Federal Law dated 25.04.2002 № 40 (as amended on 02.12.2019) "On Compulsory Civil Liability Insurance of Motor Vehicle Owners". (as amended and supplemented, in force from 01.01.2020). Access from ConsultantPlus legal reference system (date of accession: 01.05.2020).

1.2 Acts of the highest judicial authorities of the Russian Federation with normative content.

16. Resolution of the Constitutional Court of the Russian Federation of 16.01.1996, № 1-P "On the case of verification of the constitutionality of parts one and two of Article 560 of the Civil Code of the RSFSR in connection with the complaint of citizen A.B. Naumov".
17. Resolution of the Constitutional Court of the Russian Federation of 23.02.1999 № 4-P "On the case of checking the constitutionality of the provision of Part Two of

Article 29 of the Federal Law of February 3, 1996 "On banks and banking activity" in connection with the complaints of citizens O. Veselyashkina, A. Yu. Veselyashkin and N.P. Lazarenko.

18. Resolution of the Constitutional Court of the Russian Federation of 16.05.2000, № 8-P "On the case of checking the constitutionality of certain provisions of Article 104, paragraph 4 of the Federal Law 'On Insolvency (Bankruptcy)' in connection with the complaint by Timber Holdings International Limited".

19. Resolution of the Constitutional Court of the Russian Federation of 30 January 2009, № 1-P, St Petersburg 'On the Case of Verification of the Constitutionality of Clauses 2, 3 and 4 of Article 13 and Paragraph 2 of Article 14 of the Federal Law 'On Turnover of Agricultural Land' in Connection with the Complaint of Citizen L.G. Pogodina'.

20. Resolution of the Constitutional Court of the Russian Federation of May 26, 2011, № 10-P "on the case of verification of constitutionality of the provisions of Paragraph 1 Article 11 of the Civil Code of the Russian Federation, Paragraph 2 Article 1 of the Federal Law «On Arbitration Courts in the Russian Federation», Article 28 of the Federal Law «On State Registration of Rights to Real Estate and Transactions with It», paragraph 1 Article 33 and Article 51 of the Federal Law « Mortgage Act» in connection with a request from the Higher Arbitration Court of the Russian Federation".

21. Resolution of the Constitutional Court of the Russian Federation of 23.12.2013 № 29-P "On the case of checking the constitutionality of paragraph 1 of Article 1158 of the Civil Code of the Russian Federation in connection with the complaint of citizen M.V. Kondrachuk".

22. Resolution of the Constitutional Court of the Russian Federation of 10.03.2016 № 7-P "On the case of checking the constitutionality of Article 21 part 1, Article 22 part 2 and Article 46 part 4 of the Federal Law "On enforcement proceedings" in connection with the complaint of citizen M.L. Rostovtsev".

23. Resolution of the Constitutional Court of the Russian Federation of 17.10.2017 № 24-P "On the case of verification of the constitutionality of paragraph 5 of part four

of Article 392 of the Code of Civil Procedure of the Russian Federation in connection with the complaints of citizens D.A. Abramov, V.A. Vetlugaev and others".

24. Resolution of the Constitutional Court of the Russian Federation of 13.02.2018 № 8-P "On the case of checking the constitutionality of the provisions of paragraph 4 of Article 1252, Article 1487 and paragraphs 1, 2 and 4 of Article 1515 of the Civil Code of the Russian Federation in connection with the complaint of limited liability company "PAG".

25. Resolution of the Plenum of the Supreme Commercial Court of the Russian Federation of 22.10.1997 № 18 "On Certain Issues Related to the Application of the Provisions of the Civil Code of the Russian Federation on the Delivery Contract".

26. Resolution of the Plenum of the Supreme Commercial Court of the Russian Federation of 30 July 2013 № 62 "On Certain Issues of Indemnification by Members of Legal Entity Bodies".

27. Information letter of the Presidium of the Supreme Commercial Court of the Russian Federation of 10.12.2013 № 162 "Review of the practice of arbitration courts in applying Articles 178 and 179 of the Civil Code of the Russian Federation".

28. Resolution of the Plenum of the Supreme Commercial Court of the Russian Federation of 14.03.2014 № 16 "On freedom of contract and its limits".

29. Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of 23.06.2015 № 25 "On the application by the courts of certain provisions of Part I of the Civil Code of the Russian Federation".

30. Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of 24.03.2016 № 7 (revised on 07.02.2017) "On the application by the courts of certain provisions of the Civil Code of the Russian Federation on liability for breach of obligations".

31. Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of 22.11.2016 № 54 "On Certain Issues of Application of General Provisions of the Civil Code of the Russian Federation on Obligations and Their Performance".

32. Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of 25 December 2018 № 49 "On Certain Issues of Application of General Provisions of the

Civil Code of the Russian Federation on the Conclusion and Interpretation of a Contract".

33. Decision of the Supreme Court of the Russian Federation of 22.05.2018 No 305-ES18-1723 in case № A41-90214/2016.
34. Review of Judicial Practice of the Supreme Court of the Russian Federation № 3 (2018) (approved by the Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation on 14.11.2018) (edited on 26.12.2018).
35. Decision of the Presidium of the Supreme Commercial Court of the Russian Federation of 5 November 2013 № 9738/13.
36. Decision of the Supreme Court of the Russian Federation of 14 August 2017, № 309-ES17-10569.
37. Decision of the Supreme Court of the Russian Federation of 03 April 2018 № 5-KG18-17.
38. Decision of the Supreme Court of the Russian Federation of 18 June 2018 No 305-ES18-6928 in case № A40-17586/2017.
39. Decision of the Supreme Court of the Russian Federation of 29 January 2020 No 305-ES19-19395 in case № A40-98757/2018.
40. Decision of the Supreme Court of the Russian Federation of 29.01.2020 № 305-ES19-19395 in case № A40-98757/2018

1.3 Special literature

1.3.1 Books

41. Agarkov M.M. Selected Works on Civil Law. In 2 vols. T. 2: General doctrine of obligations and its individual types. - Moscow: Statute, 2012. 535 p.
42. Braginsky M. I., Vitryansky V. V. Contract law: General provisions. - Moscow: Statute, 2002. – 848 p.
43. Bratus S.N. Subject and System of Soviet Civil Law / S.N. Bratus. - Moscow: Gosurizdat, 1963. 197 p.
44. V.V. Vitryansky. Reform of Russian civil legislation: interim results. M., 2016. Consultant Plus.

45. Gambarov Y. S. Course of civil law. Volume 1. General part. - SPb. Type. M. M. Stasulevich, 1911. – 780 p.
46. Civil Law: Textbook: In 3 vols. - Vol. 1 / Edited by A.P. Sergeyev, Y.K. Tolstoy. - M.: OOO TK Velbi, 2002. – 776 p.
47. Gavze F. I. Law of Obligations (General Provisions). - Minsk : Publishing house of the Belarusian State University named after V. I. Lenin, 1968. – 128 p.
48. Godeme E. General Theory of Obligations. Translation from the French. - Moscow: Juridical Publishing House of the Ministry of Justice of the USSR, 1948. – 511 p.
49. Golewinski W. I. On the Origin and Division of Obligations. - Warsaw : Tip. O. Berger, 1872. – 302 p.
50. Civil Law: Textbook: in 3 vols. Volume 3/ E.N. Abramova, N.N. Averchenko, Y.V. Baigusheva; ed. by A.P. Sergeyev.- M. 2012. 800 p.
51. The German Civil Code: Introductory Law to the Civil Code" (translated from German; introduction by Bergmann; scientific ed. W. Bergmann; scientific ed. T.F. Yakovleva; 4th ed. revised). - Moscow: Infotropic Media, 2015. 864 p.
52. Code civil of France (Code Napoleon) = Code civil des Français (Code Napoleon) / transl. From French. [Zakhvataeva V.N.]-M.: Infotropic Media, 2012.- 624 p.
53. Griбанov, V. P. Limits of Exercise and Protection of Civil Rights. - Moscow: Statute, 2001. - 411 p.
54. Dozhdev D.V. Improvement of enforcement of the new version of the general part of the Civil Code of the Russian Federation: general principles in theory and judicial practice. M.: 2017. 61 p.
55. Contractual and Obligatory Law (General Part): article-by-article commentary to Articles 307-453 of the Civil Code of the Russian Federation [Electronic edition. Revision 1.0] / Ed. by A.G. Karapetov. - Moscow: M-Logos, 2017. – 1120 p.
56. Contract law (general part): article-by-article commentary to Articles 420-453 of the Civil Code of the Russian Federation [Electronic edition. Revision 2.0] / Ed. by A. G. Karapetov. - Moscow : M-Logos, 2020. – 1425 p.

57. Dozhdev D.V. Good faith (bona des) as a legal principle // Political and Legal Values: History and Modernity. – M., 2000. 256 p.
58. Dozhdev D.V. Principle of good faith in civil law//Principle of formal equality and mutual recognition of law. M., 2016. P. 147- 162.
59. Dugy L. Social law. Individual Law. Transformation of the State / Lectures, St. Petersburg, 1909. – 73 p.
60. Dugy L. Constitutional law. General Theory of the State. - Moscow, printing house of I.D. Sytin, 1908. 957 p.
61. Durkheim E. On the division of social labour / Translated from French and afterword by L.B. Hoffmann. Per. and afterword by L.B. Hoffman. Moscow: Nauka, 1991. 575 p.
62. Emelianov V.I. Reasonableness, good faith and non-abuse of civil rights. - Moscow: Lex-Book, 2002. 160 p.
63. Zezekalo A. Yu. Transactional Delusion. Tomsk: Publishing house of Tomsk State University, 2011. – 198 p.
64. Ioffe O.S. Selected Works on Civil Law: From the History of Civil Law. Civil legal relations. Critique of the Theory of "Economic Law" - URL: <http://civil.consultant.ru/elib/books/3/> (accessed 01.12.2019).
65. The Spirit of Positive Philosophy: A Word about Positive Thinking. Translated from French / Preface by M.M. Kovalevsky. Ed. 2-th. - M.: Book House LIBROCOM, 2011. — 80 P.
66. Commentary to the Civil Code of the Russian Federation, Part One (article-by-article) / ed. by O.N. Sadikov. 3rd ed. revised, revised and supplemented. M.: Kontrakt, infra-M, 2005. 1062 p.
67. Karapetov A.G. Economic Analysis of Law. - Moscow: Statute, 2016. – 528 p.
68. Karapetov A.G., Saveliev A.I. Freedom of contract and its limits. T. 1: Limits of freedom to determine the terms of the contract in foreign and Russian law. Moscow: Statute, 2012. 452 p.

69. Karapetov A.G., Saveliev A.I. Freedom of contract and its limits. T. 2: Limits of freedom to determine the terms of the contract in foreign and Russian law. Moscow: Statute, 2012. 453 p.
70. Constitutional Law. General part: Manual for lectures and seminars (programme of discipline, abstracts of lectures, practical work) / edited by N.A. Bogdanova - Moscow: Zerzalo-M, 2017. - 372 p.
71. Krashennnikov. E. A. Key civilistic categories: Selected works on civil law: in 2 vols. Vol. 1. - St. Petersburg: B. I., 2014. 352 p.
72. Kulapov V. L., Malko A. V. Theory of State and Law. M.: Norma: INFRA-M, 2011. 384 p.
73. Cooter R., Ulen T. Law and Economics; translated from English under the scientific editorship of D. Raskov with the participation of M. Timofeev.-M.: Delo Publishing House RANEPА, 2018.- 800 p.
74. Mackaay, Ejan. Law and Economics for the Continental Legal Tradition; translated from English, ed. by D. Raskov.-M.: Delo Publishing House RANEPА, 2019. – 624 p.
75. Nam. K.V. The Principle of Good faith: Development, System, Problems of Theory and Practice. - Moscow: Statut, 2019. 278 p.
76. Nersesyants V.S. General Theory of Law and State. Textbook for Law Universities and Faculties - M.: Norma, 2000 510 p.
77. Novitsky I.B. Solidarity of Interests in Soviet Civil Law (Relations of Comradship Cooperation and Socialist Mutual Aid). Moscow: Gosyurizdat, 1951. 120 p.
78. Odintsova M.I. Economics of Law: Textbook. MOSCOW: STATE UNIVERSITY HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS. 2007. 281 p.
79. Main Provisions of Civil Law: article-by-article commentary to Articles 1-16.1 of the Civil Code of the Russian Federation [Electronic edition. Revision 1.0] / A. V. Asoskov, V. V. Baibak, R. S. Bevzenko [et al.] ; ed. by A. G. Karapetov. - Moscow : M-Logos, 2020. – 1469 p.

80. Posner. R.A. Economic Analysis of Law: In 2 vols./ Ed. by V.L. Tambovtsev. SPb: Economic School, 2004. T. 1. 544 p.
81. Posner R.A. Economic analysis of law / translated from English; ed. by V.L. Tambovtsev. - SPb: Economic School, 2004. - VOL. 2, 975 p.
82. Pokrovsky I. A. Main Problems of Civil Law. - Moscow, Statute (in the series Classics of Russian Civilistics), 1998. – 353 p.
83. Roman Private Law: Textbook / ed. by I.B. Novitsky, I.S. Peretersky. - Moscow : Knorus, 2013. – 608 p.
84. Russian Civil Law: Textbook: In 2 vols. Vol. I: General part. Property Law. Law of succession. Intellectual rights. Personal non-property rights / ed. by E.A.Sukhanov. - 2nd ed. stereotyped. - Moscow: Statute, 2011. – 958 p.
85. Sarbash S. V. Enforcement of a contractual obligation. - Moscow: Statute, 2005. – 636 p. [Electronic resource]. Access from the reference system "Consultant Plus".
86. Sarbash S.V. Elementary dogmatics of obligations: Textbook / S.S. Alekseev Research Center for Private Law under the President of the Russian Federation, Russian School of Private Law. - Moscow: Statut, 2016. – 336 p.
87. Transactions, representation, limitation of claims: article-by-article commentary to Articles 153-208 of the Civil Code of the Russian Federation [Electronic edition. Revision 1.0] / Ed. by A.G. Karapetov. - Moscow: M-Logos, 2018. 1264 p.
88. Textbook: in 3 vol. Volume 1: - 6th ed. revised and supplemented / edited by Sergeev A.P., Tolstoy Y.K. - M. : TC Velby, Prospect Publishing House, 2005. — 776 p.
89. Fleischitz E.A. Selected works on civil law. In 2 vols. T. 2.- Moscow: Statute, 2015. 720 p.
90. Heine. P. Economic Way of Thinking -- Translated from English, M., Publishing house "Catalaxia" for the Student's Library series commissioned by the Academy of Pedagogical Sciences and the Moscow Psychological-Social Institute, 1997. 704 p.
91. Khokhlov V.A. General Provisions on Obligations: Textbook. Moscow: Statute, 2015. 288 p.

92. Zweigert K., Kötz X. Introduction to Comparative Private Law: In 2 vols. - Vol. I. Fundamentals: Translated from German. - Moscow: International Relations, 2000.- 480 p.
93. Tserkovnikov M.A. On good faith in institutes of property law // Civil Law Review. 2017. № 2 - 2 "KonsultantPlus".
94. Cicero. On old age. On friendship. About duties / Russian translation. V.O. Gorenstein, M.E. Grabar-Passek, S.L. Utchenko. M., 1993.
95. Shershenevich G. F. Textbook of Russian Civil Law. from the 1907 edition - M.: Spark, 1995. – 556 p.
96. Shirvindt A.M. Principle of good faith in the Civil Code and comparative law/ Aequum ius. Collection of articles from friends and colleagues to the 50th anniversary of Professor D.V. Dozhdev. Auth. Ed. A.M. Shirvindt. - M. Statut, 2014. P. 203-242.
97. Shchennikova L.V. Principles of civil law: achievements of civilistics and legislative effect // Civilistic notes. Interuniversity collection of scientific works. - Moscow, Ekaterinburg: Statute, Institute of Private Law, 2002, Vol. 2. - P. 41-59.
98. Winter G. Issues of Law and Economics / translated from English by T. Shishkina; edited by M. Odintsova.- M.: Gaidar Institute Press, 2019. – 406 p.
99. Ellixon. R. Order without Law: How Neighbours Settle Disputes / translated from English by M. Markov and A. Lashchev; scientific ed. Translated by D. Kadochnikov.-M.: Gaidar Institute Publishing House, 2017.- 520 p.
100. Enneczerus L. A Course in German Civil Law: Introduction and General Part. Translation from the German. T. 1. Poluth. 2. - Moscow : Foreign Literature, 1950. – 483 P.

1.3.2 Articles

101. Akerlof G. The 'lemon' market: quality uncertainty and the market mechanism. THESIS. 1993. Vol. 5. pp. 91-104.
102. Arakelyan A.Y. Justice: civilistic aspect // Modern Law. -2007. № 10. pp. 57-61.

103. Arkhipova A.G. Obligation to provide information under p. 3 Art. 307 of the Civil Code of the RF // The Herald of Economic Justice of the Russian Federation, 2017. № 2. ConsultantPlus.
104. Belov, V.A. Good faith, reasonableness, justice as principles of civil law // Legislation. 1998, № 8. URL: <http://base.garant.ru/3540963/> (Date of reference: 20.01.2020).
105. Belov V.A. Prospects for the development of the general concept of contract and the principle of freedom of contract in Russian private law // A.A. Amangeldy, V.A. Belov, A.A. Bogustov et al; ed. by M.A. Rozhkova. M., 2016. (Consultant Plus).
106. Belov S. Values of the Russian Constitution in the Text and in the Practice of its Interpretation // Comparative Constitutional Review. 2019. №4(131). pp.68–83.
107. Bibikov A.I. On the concept of good faith in civil law // Eurasian Union of Scientists (EUV), № VIII, 2014. pp. 8-11.
108. Bogdanov D. E. Development of the institute of pre-contractual liability in the civil law of Russia // Legislation and economy. - – 2011. – № 4. P. URL: <http://base.garant.ru/59606720/> (Date of reference: 04.01.2020).
109. Bogdanov, E.V. The category of "good faith" in civil law//Russian Justice. 1999. № 9. URL: <http://base.garant.ru/3541320/> (accessed 20.12.2019).
110. Bogdanov E.V. Civil law of Russia as a regulator of economic relations // Legislation and Economics. – 2012. - – № 1. pp. 29-36.
111. Bogdanova E.E. Principle of good faith and judicial discretion // Laws of Russia: Experience, Analysis, Practice. 2012, № 1. pp. 14-17.
112. Bratanovsky S.N., Lapin S.Y. The right of access to information as an element of the constitutional right to information // Citizen and Law. 2012. № 8. pp. 20-35.
113. Budylin, S.L. Assurances and guarantees. A comparative study. - Moscow: Infotropic Media, 2017. pp. 150.
114. Verdijan G.V. Good faith theory as a philosophical and social category // Bulletin of Financial University. 2011. № 5. pp. 23-28.

115. Verdijan G.V. Implementation of the principle of good faith in modern civil law // Legal Initiative. 2013. № 10. URL: <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=20800388> (accessed 29.12.2019).
116. Vinichenko Y.V. On the presumption of good faith in Russian law. Uchenye zapiski Kazanskogo univestiteta. Humanities Series. 2018. pp. 285-301.
117. Vitryansky V V. The Civil Code and the Court// The Herald of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation - 1997. - № 7.
118. Gavrilov Y.V. Significance of the principle of good faith in the system of principles of Russian civil law // Bulletin of I. Kant Baltic Federal University. 2015. Vyp. 9. pp. 86—93.
119. Golubtsov V.G. The principle of good faith as an element of the legal mechanism to stimulate the debtor to the proper performance of obligations and guarantee the interests of creditors: analysis of judicial and arbitral practice // "Vestnik of Perm University. Legal Sciences", 2016, № 2 - URL: <http://base.garant.ru/57289218/> (access date: 14.12.2019).
120. Golubtsova Y.A. The guilt of a counterparty to a deluded transaction in the Russian civil law // Vestnik of Perm University. Legal Sciences. January-March 2014 issue 1. URL: <http://base.garant.ru/57572031/#ixzz6L5PhDwqM> (Date of reference: 04.01.2020).
121. Gnitsevich K.V. Pre-contractual liability in Russian civil law (culpa in contrahendo) // The Herald of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation. 2009. № 3. pp. 18-43.
122. Demkina A.V. Good faith and bad faith behaviour at the pre-contract stage// Property Relations in the Russian Federation. 2016. № 4. URL: <http://base.garant.ru/57281842/> (Date of reference: 25.12.2019).
123. Demkina A.V. Grounds for pre-contractual obligation / / Journal of Russian Law, 2017. № 1. URL: <http://base.garant.ru/57205842/#ixzz6L5MkB6tF> (Date of access: 25.12.2019)

124. Detlev W. Belling, Antje Herold, Marek Kneiss. The validity of fundamental rights between private persons // LEX RUSSICA (RUSSIAN LAW). T. 99. № 2. 2015 pp. 26-31.
125. Dixit, Avinash. Game Theory. The art of strategic thinking in business and life / Avinash Dixit and Barry Neibaff; translated from English by N. Yatsyuk.- M.: Mann, Ivanov & Ferber, 2018.- 464 p.
126. Dzhantukhanov V.Z. Some Issues of Restrictions on Human and Civil Rights and Freedoms under the Russian Constitution // System Technologies. 2014. № 10. pp. 56-65.
127. Dolzhikov, A. V. The Impact of Constitutional Rights on the Russian Legal System // Comparative Constitutional Review. 2012. № 6 (91). pp. 109-120.
128. Egorov A. The Structure of Obligatory Relations: Developments in the German Doctrine and their Applicability in Russia // Vestnik (Herald) of Civil Law. - – 2011. - – № 3. – pp. 241–274.
129. Egorov A. V. Principle of good faith in the Civil Code of the Russian Federation: first steps of reform // Legal insight. 2013. № 2. pp. 4-10.
130. Em V.S., Yatsenko T.S. Functional purpose and scope of the solidarity principle in civil law. Journal of Civil Law. 2018. T. 18. № 6. pp. 9-29.
131. Zhiltsov. A.N. Law to be applied to obligations arising out of bad faith contract negotiation// Statute, 2016. № 8. URL: <http://base.garant.ru/57234293/> (Date of reference: 10.01.2020.).
132. Zorkin, V. D. Axiological aspects of the Russian Constitution [Electronic resource] / V. D. Zorkin // Comparative Constitutional Review. – 2008. – № 4 (65). – pp. 7–20.
133. Ivanova S.A. Some problems of realization of principle of social justice, reasonableness and good faith in the law of obligations// Legislation and economy. 2005. № 4 - URL: <http://base.garant.ru/5159028/> (date of reference: 12.12.2019).
134. Karapetov A.G. Assurances of Circumstances and Conditions of Indemnity in the New Edition of the Civil Code of the Russian Federation // Statute. 2015. № 6. pp. 43-56.

135. Karapetov A. G., Bevzenko R. P. Commentary to the norms of the Civil Code of the Russian Federation on certain types of contracts in the context of the Resolution of the Plenum of the Supreme Commercial Court of the Russian Federation "On freedom of contract and its limits" // The Herald of Economic Justice of the Russian Federation. 2014. № 8. pp. 4–97.
136. Commentary to the Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of 25.12.2018 № 49 "On Certain Issues of Application of General Provisions of the Civil Code of the Russian Federation on the Conclusion and Interpretation of the Contract" (Part 3)// The Herald of Economic Justice of the Russian Federation. 2019. № 11. pp. 71- 125.
137. Coase R. The firm, the market and the law / Translated from English: Novoe Izdatelstvo, 2007. — P. 109.
138. Krashennnikov E.A., Baigusheva Y.V. Duties in pre-contractual negotiations // The Herald of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation. 2013 г. № 6. URL: <http://base.garant.ru/57596794/#ixzz6L5OZZOoB> (Date of reference: 28.12.2019).
139. Kulakov V.V. Basic Principles of Civil Law as a Special Form of Law // Vestnik of Perm University. Legal Sciences, 2013, № 4. URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=CJI&n=77150#05906655166628363> (Дата обращения: 15.01.2020)
140. Culpa in contrahendo, or compensation for damages when contracts are invalid or unenforceable / R. von Iering ; transl. from German. M. B. Zhuzhzhhalova // Vestnik (Herald of Civil Law). - 2013. - Vol. 13, № 3. - pp. 190-266.
141. Lisitskaya A.Y. Y. The concept of 'weak party of contract' / A. Y. Lisitskaya // Business. Education. Law. - – 2017. – № 4 (41). – P. 327-331.
142. Lugmanov R.R. Silence of Circumstances: Criteria for Determining Information Subject to Disclosure // Legislation. 2017. № 9. С. 48-56.
143. Lugmanov R.R. Tort law as a way to recover purely economic losses // Bulletin of Economic Justice of the Russian Federation. 2019. № 2. С. 115- 153.

144. Lugmanov R.R. The principle of good faith and subsidiary obligations in German private law // Law. 2019. № 2. C. 78-85
145. Lugmanov R.R. Functional criterion of differentiation of information civil-law obligations// Law and Power. 2021. № 1. C. 43-48.
146. Lugmanov R.R. Some problems of information duties. Foreign experience //State and law: theory and practice. 2021. № 3. C. 68-72.
147. Lugmanov R.R. Principle of good faith as a means of law development // Law and politics. 2021. № 5. C. 60-75.
148. Mazur O.V. Precontractual Liability: Analysis of Certain Features of Unfair Behavior // Law. 2012. № 5. C. 197 - 205.
149. Mazur O.V., A.P. Sergeev, T.A. Tereshchenko. Liability for bad faith negotiations as a limitation of freedom of contract (on the example of the provisions of Art. 434.1 of the Civil Code) // A.A. Amangeldy, V.A. Belov, A.A. Bogustov et al; ed. by M.A. Rozhkova. M., 2016. (SPC Consultant Plus).
150. Merzlikina R.A. Principle of "good faith" in civil legislation // Legal Studies. № 3. 2013. C. 50-53.
151. Mikruykov V.A. The principle of good faith - a new moral constraint of civil rights // Journal of Russian Law. 2013. №6. C. 17-24.
152. Nam K.V. The principle of good faith: some problems of doctrine development // Vestnik of civil law. 2017. № 6. C. 74-89.
153. Nam K.V. The principle of good faith as a rule//Vestnik of Economic Justice of the Russian Federation. 2020. № 1. C. 56-67.
154. Nam K.V. The history of development of the principle of good faith (Treu und Glauben) in the period from 1900 to 1945. Bulletin of Economic Justice of the Russian Federation. 2018. № 6. C. 63- 95.
155. Nam K.V. Development of the principle of good faith (Treu und Glauben). The modern stage. Internal systematics// Vestnik of economic justice of the Russian Federation. 2018. № 7. C. 83- 114.

156. Nam K.V. Everyday pre-contractual liability and contract with a protective effect in favour of a third party // *Bulletin of Economic Justice of the Russian Federation*. 2018. № 12. C. 28-36.
157. Nesmeyanova S.E. To a question on a hierarchy of constitutional values // *Legal Paradigm*. 2017. T. 16. № 4. C. 71-74.
158. Novitsky I. B. The principle of good conscience in the draft of the law of obligations // *Vestnik of civil law*. - 2006. - № 1 [Electronic resource]. Access from the Consultant Plus CIIC.
159. Mamonov V. V. Constitutional values of modern Russia // *Vestnik of Saratov State Law Academy*. 2013. № 4 (93). C. 125-132.
160. Okara A.N. Ideology and philosophy of solidarism. Materials of scientific seminar. Vol. 9. Moscow: Scientific Expert, 2010. C. 11 (128).
161. Padiiryakov A.P., Barabash R.V. Assurances, guarantees and indemnity obligations in Anglo-American and Russian legal systems // *International Public and Private Law*. - № 6. C. 44- 48.
162. Pokrovsky I.A. Justice, judicial discretion and judicial trusteeship. Dilemmas of modern civil law in the field of contracts. appendix to the minutes of the Kyiv Law Society meetings for 1899). - Kiev, Kiev Law Society, 1899. 26 p.
163. Polyakov M.A. The general legal principle of good faith in modern Russian law. *Vestnik of Nizhny Novgorod Academy of MIA of Russia*, 2011, № 1 (14). C. 385-389.
164. Popova Y.A., Vasilenko E.V. The place of the principles of reasonableness and good faith in the system of principles of civil law // *Society and Law*. 2012. № 1 (38). C. 84-88.
165. Piankova A.F. Freedom of contract concluded on standard terms // *Freedom of contract: Collection of articles / A.A. Amangeldy, V.A. Belov, A.A. Bogustov et al; ed. by M.A. Rozhkova*. M., 2016. (SPS Consultant Plus).
166. Ryzhenkov A.Ya. Principle of good faith in the updated civil legislation // *Gaps in the Russian legislation*. № 3. 2013. C. 68-71.

167. Rudokvas A.D. Some problems of application of Article 431.2 of the Civil Code of the RF in connection with the principle of good faith // Vestnik of civil law. 2017, Vol. 17, No. 2, P. 31-47.
168. Rudokvas A.D. Breach of informing duties: pre-contractual liability, representations and indemnity guarantees. Commentary to paragraph 21 of the Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of 24.03.2016 № 7 "On the application by the courts of certain provisions of the Civil Code of the Russian Federation on liability for breach of obligations" // Bulletin of Economic Justice of the Russian Federation. 2016, № 11. C. 57- 79.
169. Sergeev A.P., Tereshchenko T.A. Pre-contractual liability: grounds for protection of interests of a party affected by bad faith negotiations // Corporate Lawyer. - 2010. - № 11. - C. 26 - 31.
170. Sklovskiy K.I. Application of law and principle of good faith // Vestnik of economic justice of the Russian Federation. № 2. 2018. C. 94- 118.
171. Sukhanova A.A. Constitutional values of modern Russia: hierarchy and competition // Bulletin of Chelyabinsk State University. Series: Law. 2015. № 23 (378). Vyp. 44. C. 53-57.
172. Tomsinov A.V. Claims of circumstances and indemnity in the Russian law in comparison with representations, warranties and indemnity in the law of England and the USA. Bulletin of Economic Justice of the Russian Federation. 2015. № 11. C 91 - 111.
173. Tomsinov A.V. The measure of damages for false representations in the law of England and the USA// Vestnik of civil law. 2015. № 5. C. 100-114.
174. Tomtosov A.A. New approaches to the protection of the weak party of the contract // Freedom of contract: collection of articles / A.A. Amangeldy, V.A. Belov, A.A. Bogustov et al; ed. by M.A. Rozhkova. Moscow, 2016 (SPS Consultant Plus).
175. Trunin A. A. Good faith as an understanding. (By way of example of contract interpretation)// Jurisprudence. 2015, № 4. C. 98-117.

176. Tuzov D.O. On the concept of "non-existent" transaction in the Russian civil law // Bulletin of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation. 2006. № 10. URL:
<http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=CJI&n=15328#011700183308107959> (Дата обращения: 20.01.2020).
177. Uhlen T.S. Rational Choice Theory in Economic Analysis of Law // Bulletin of Civil Law. 2011. Т. 11. № 3 // SaS ConsultantPlus.
178. Ulyanov A.V. Diligence in civil law // Journal of Russian Law. - 2014. № 6. - С. 133-140.
179. Williamson O.I. Behavioral prerequisites of modern economic analysis. Thesis, No. 3. 1993. С. 40.
180. Fedin I.G. Good faith as a legal category. Actual Problems of Russian Law. 2018. № 4 (89). С. 21-30.
181. Filippova T.A., Zharkenova S.B. Principle of good faith in the performance of obligations // Izvestiya Altai State University. Legal Sciences. 2018. № 6 (104) С. 197- 202.
182. Fomina A. V. Correlation of principles of presumption of good faith and presumption of guilt in civil law of the Russian Federation / A. V. Fomina // North Caucasian Law Bulletin. -2001. - № 2. - С. 92-98
183. Kharseeva V. L. The concept and content of the principle of good faith in civil law // Society: Politics, Economics, Law. 2013. № 4. С. 123-126.
184. Hesselink M.V. Principle of good faith // Bulletin of Economic Justice of the Russian Federation. 2020. № 8. С. 158-187.
185. Shunyaeva A.E. Justice in the doctrine of constitutional economics // Modern Law, 2010. № 1. С. 153-158.

1.3.3 Theses and dissertation abstracts

186. Gnitsevich K.V. Pre-contractual liability in civil law (culpa in contrahendo): dissertation ... D. : 12.00.03 / Gnitsevich K.; [Defence place: GOUVPO "Saint-Petersburg State University"],- Saint-Petersburg, 2010,- 209 p.

187. Drozdova T.Yu. Drozdova T.Yu. Good faith in the Russian civil law : autoref. dissertation. c.j.s. Irkutsk, 2004. 26 p.
188. Zezekalo A.Yu. The delusion in the transaction: European legal tradition and modern Russian law: Abstract of the dissertation for the degree of Candidate of Sciences of Juridical Sciences. Speciality 12.00.03 - Civil law; Business law; Family law; International private law / A. Yu. Yu. - Tomsk, 2008. -26 p. - Bibliography: 26 p.
189. Mazur O.V. The requirement of reasonableness in relation to the requirement of good faith in civil law : dissertation for the degree of candidate of legal sciences: 12.00.03 - Civil law; business law; family law; private international law / Mazur Olga Vadimovna ; S.-Petersburg State University of Economics and Finance .- St. Petersburg, 2012 .- 177 p.
190. Muratova O.V. Pre-contractual relations in international commercial turnover: from substantive to collision regulation: PhD thesis: 12.00.03- Civil law; business law; family law; private international law / Muratova Olga Vyacheslavovna; [Place of protection: Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation] - Moscow. 2017. 178 p.
191. Nam K.V. Dissertation for the degree of Doctor of Law "The Principle of good faith. Fundamentals of Theory and Law Enforcement in the Context of German Legal Experience". M. 2021. 472 p.
192. Novikova T. V. The concept of good faith in the Russian civil law: Dissertation for the degree of Candidate of Sciences in Law: 12.00.03-civil law; business law; family law; private international law / Novikova Tatiana Vasilyevna; [Place of protection: GNU "Southern Federal University"].- Rostov-on-Don, 2009.- 192 p.
193. Slavetskiy D.V. Principle of protection of a weak party in a civil law contract : Dissertation for the degree of Candidate of Sciences in Law: 12.00.03- Civil law; business law; family law; private international law: Samara, 2004. 204 p.
194. Sorokina E. A. A. The category of good faith in the Western tradition of law: Historical and theoretical aspect: dissertation ... D. in law: 12.00.01 / Sorokina E.A.; [Place of defence Russian University of Peoples' Friendship] -M., 2009. 166 p.

2 Sources in foreign languages

2.1 Special literature

195. Adeline Villain. L'immixtion du juge dans les contrats. Droit. 2013. 116 p.
196. Agnès Dupont. Le devoir de conseil en matière de garanties. URS. Paris. 2002. 120 p.
197. A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell. Handbook of Law and Economics, Elsevier, edition 1, volume 1, number 1. 2007. 886 p.
198. Alexander Reich-Rohrwig. Aufklärungspflichten vor Vertragsabschluss: unter besonderer Berücksichtigung des Unternehmenskaufs. 2015. 972 s.
199. Akerlof, G. The Economics of Caste and of the Rat Race and Other Woeful Tales // The Quarterly Journal of Economics, 90(4). 1976. pp. 629- 649.
200. Amélie Dionisi-Peyrusse. Droit civil - Tome 2. Les obligations. CNFPT. 2008. 241 p.
201. Arrow, K. J. Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention // Readings in Industrial Economics. 1972. pp. 219–236.
202. Armen A. Alchian, Harold Demsetz. Production, Information Costs, and Economic Organization // The American Economic Review, Vol. 62, №. 5. 1972, pp. 777-795.
203. Barnett, Randy E., Rational Bargaining Theory and Contract: Default Rules, Hypothetical Consent, the Duty to Disclose, and Fraud. Georgetown Law Faculty Publications and Other Works. 1992. pp. 783-803.
204. Basil Markesinis, Hannes Unberth and Angus Johnston. The German Law of Contract. A Comparative Treatise. 2006. 978 p.
205. Basil Markesinis, Hannes Unberth. The german law of tort. A comparative treatise. Hart publishing. 2002. 1050 p.
206. Bennardo, A. Information Gathering, Disclosure and Contracting in Competitive Markets. CSEF Working Papers 190, Centre for Studies in Economics and Finance, University of Naples, Italy. 2008. pp. 1- 36.
207. Borden, M. Mistake and Disclosure in a Model of Two-Sided Informational Inputs //73 Missouri Law Review. 2008. pp. 667-706.

208. Bruce C. Greenwald and Joseph Stiglitz. Externalities in Economies with Imperfect Information and Incomplete Markets // *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 101, issue 2. 1986. pp. 229-264.
209. Bussani M., Palmer V. (Eds.), *Pure Economic Loss in Europe*. Cambridge, 2003. 589 p.
210. *Bürgerliches Gesetzbuch / O. Palandt*. 73. Aufl. München: Beck, 2014. S. 3220.
211. Catherine Goux. *L'erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons*. Cahiers de la Faculté de droit de Namur; Vol 11. Namur: FUNDP. Faculté de droit. 1999. 316 p.
212. Christian von Bar and Eric Clive. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)/ Full Edition*. European Law Publishing GmbH, Munich. 2009. 1604 p.
213. Christophe Vigneau. The obligation of good faith in France. *Comp. Labor Law & Pol'y Journal*. pp. 592-602.
214. Cremades, Bernardo M. Good Faith in International Arbitration. *American University International Law Review* 27 №. 4. 2012. pp. 761-788.
215. Crémer, J, Khalil, F. Gathering Information before Signing a Contract // *The American Economic Review*, Vol. 82, №. 3. 1992. pp. 566-578.
216. Coleman, Jules L. A Bargaining Theory Approach to Default and Disclosure Provisions in Contract Law. *Faculty Scholarship Series*. 1989. pp. 639-709
217. Cooter R. Ulen Th. *Law and Economics*, 6th. ed. Addison Wesley. 2012. 555 p.
218. Decker, Leo. *Aufklärungspflichten über Innenprovisionen, Kickbacks und Retrozessionen bei der Kapitalanlage*. 2010. 520 s.
219. Djamila Mahi-Disdet. *L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique*. Droit. Université d'Avignon, 2011. 472 p.
220. Douglas W. Allen, *Transaction costs*. 1999. pp. 893-926.
221. Eisenberg, M. A. Disclosure in Contract Law. *California Law Review*, 91(6), 2003. pp. 1645- 1692

222. Eisenberg, M.A. Foundational Principles of Contract Law. Oxford University Press. 2018. 864 p.
223. Ejan Mackaay. Law and Economics for Civil Law Systems. Edward Elgar Publishing. 2013. 560 p.
224. Erman. BGB, 12. Auflage. Schmidt, Otto. 2008. 6522 p.
225. European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules, edited by Sellier. München, July 2008 // [Электронный ресурс]. Доступно на URL: http://www.legiscompare.com/IMG/pdf/13._CH_5_Good_faith.pdf (дата обращения: 10.02.2020).
226. Eric Engle. Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung) // HANSE LAW REVIEW (HanseLR). Vol. 5, №. 2. 2009. P. 165- 173.
227. Franklin, Eric H. Mandating Precontractual Disclosure. Scholarly Works. Paper 770. 2013. pp. 553-594
228. François Diesse. Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat // 43 Arch. Phil. Droit. 1999. pp. 259-302.
229. Florian Maume. Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matiere contractuelle. Thèse Evry-Val-d'Essonne, dir. D. Houtcieff, 2015. 610 p.
230. Hart, O. Incomplete Contracts and Control // American Economic Review, 107(7), 2017. pp. 1731–1752.
231. Hatzis, Aristides N., Civil Contract Law and Economic Reasoning: An Unlikely Pair? The Architecture of european codes and contract law, Stefan Grundmann and Martin Schauer, eds., Kluwer Law International, Private Law in European Context Series, Vol. 8, 2006. pp. 159-191.
232. Hayek F.A. The Use of Knowledge in Society. The American Economic Review, Vol. 35, №. 4. 1945. pp. 519-530.
233. Haupt, Stefan. An Economic Analysis of Consumer Protection in Contract Law, 4 German L.J. 2003. pp. 1137-1164.

234. Holmstrom, B. Moral Hazard and Observability // *The Bell Journal of Economics*, 10(1), 1979. pp. 74-91.
235. Hoppe, E. I., Schmitz, P. W. Contracting under Incomplete Information and Social Preferences: An Experimental Study // *The Review of Economic Studies*, 80(4). 2013. pp. 1516–1544.
236. Jack Beatson and Daniel Friedman. *Good Faith and Fault in Contract Law*. 2002. 531 p.
237. Jack Hirshleifer. The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity. *The American Economic Review*, Vol. 61, №. 4. 1971. pp. 561-574.
238. Jessica Dombre. *L'obligation d'information dans les contrats de crédit à la consommation*. 2011. 82 p.
239. John Bell. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies: Vol 7, 2004-2005/* Hart Publishing. 2006. P. 259.
240. Joseph Beutridge. Understanding Good Faith in the Context of Contractual Performance. Lessons to learn from the German System. *AGLJ Vol. 2* 2016. pp. 39-63.
241. Gebhard M. Rehm. *Aufklärungspflichten im Vertragsrecht*. 2003. 311 s.
242. Georg Müller. *Vorvertragliche und vertragliche Informationspflichten nach englischem und deutschem Recht*. – Heidelberg: Verl. Recht und Wirtschaft, 1994. 255 s.
243. Grobecker Wolfgang. *Implied terms und Treu und Glauben: Vertragsergänzung im englischen Recht in rechtsvergleichender Perspektive*.- Berlin:Duncker und Humblot. 1999. 304 s.
244. Kaplow L., Shavell S. *Economic analysis of law* // *Harvard Law School and National Bureau of Economic Research Handbook of Public Economics*, Vol. 3, Edited by A.J Auerbach and M. Feldstein. 2002. pp. 1665-1765.
245. Kostritsky, Juliet P. *Bargaining with Uncertainty, Moral Hazard and Sunk Costs: A Default Rule for Precontractual Negotiations*. Faculty Publications. 1993. pp. 621-705.

246. Kronman, A. T. Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts. *The Journal of Legal Studies*, 7(1), 1978. pp. 1–34.
247. Koziol H. *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*. Wien, Jan Sramek Verlag, 2015. 382 p.
248. Lofgren, K.-G., Persson, T., Weibull, J. W. Markets with Asymmetric Information: The Contributions of George Akerlof, Michael Spence and Joseph Stiglitz // *Scandinavian Journal of Economics*, 104(2), 2002. pp. 195–211.
249. Luciano Pontiroli, *Inside the Pandora's Vase. A Critical Assessment of some Aspects of the Reform of French Law of Contract*. 2017. 21 p.
250. Madeleine van Rossum. *The Duty of Disclosure: Tendencies in French Law, Dutch Law and English Law; Criteria, Differences and Similarities between the Legal Systems*. 7 *Maastricht J. Eur. & Comp.* 2000. pp. 300-325.
251. Markesinis B., Unberath H. *The German law of torts. A comparative treatise*. Oxford, 2002. P
252. Marine Goubinat. *Les principes directeurs du droit des contrats*. Droit. Université Grenoble Alpes, 2016. 413 p.
253. Marietta Auer. *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit*. 2005. 262 p.
254. Mehanna Myriam. *La prise en compte de l'intérêt du cocontractant*. Thèse de Doctorat . 2014. 540 p.
255. M. Fabre-Magnan. *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*. 2014. 573 p.
256. M. El Gharbi. *L'obligation d'information dans les contrats, thèse PARIS-VAL DE MARNE*, 1994. 437 p.
257. Michael R. Darby and Edi Karni. Free Competition and the Optimal Amount of Fraud. *Journal of Law and Economics*, Vol. 16, №. 1, 1973, pp. 67-88.
258. Mitja Kovac. *Comparative Contract Law and Economics (New Horizons in Law and Economics series)*. 2011. 398 p.
259. M. Tullius Cicero. *De Officiis*. With An English Translation. Walter Miller. Cambridge. Harvard University Press; Cambridge, Mass., London, England. 1913. 450 p.

260. Münchener Kommentar. 8. Aufl. 2019, BGB.
261. Nils Jansen, Reinhard Zimmermann. Commentaries on European Contract Laws. Oxford University Press, 2018. 2250 p.
262. Olivier Frédéric Boyer. Le silence et le contrat: approche comparée. Institut de Droit Comparé Université McGill Montréal Septembre. 1991. Thèse présentée à la Faculté d'études supérieures et de recherche en vue de l'obtention de la Maîtrise en droit (LL.M). 1991. 119 p.
263. Ph. Malaurie et L. Aynes, Droit civil. Les obligations, 2e éd. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 43 N°3, Juillet-septembre 1991. № 636. 760 pp. 232- 245.
264. Pure Economic Loss. Edited by W. H. van Boom, Helmut Koziol & Christian A. Witting. 2004. 59 p.
265. Pohlmann, André. Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten. Berlin. Duncker & Humblot. 2002. 217 p.
266. Reinhard Zimmermann, Simon Whittaker. Good Faith in European Contract Law. 2000. 720 p.
267. Robert L. Birmingham, The Duty to Disclose and the Prisoner's Dilemma: Laidlaw v. Organ, 29 Wm. & Mary L. Rev. 249. 1988. pp. 249- 283.
268. Romain Loir. Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats, Mémoire de DEA « Droit des contrats », dirigé par Christophe JAMIN, 2001. 149 p.
269. Rothschild, M., Stiglitz, J. Equilibrium in Competitive Insurance Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information. The Quarterly Journal of Economics, 90(4), 1976. pp. 629-649.
270. Rudokvas A.D. Trust and Fiduciary Ownership in Russia// KLRI Journal of Law and Legislation VOLUME 7 NUMBER 2, 2017. pp. 43-70.
271. Ruth Sefton-Green. Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law. 2005. 414 p.
272. Saul Levmore, Securities and Secrets: Insider Trading and the Law of Contracts, 68 Virginia Law Review 117. 1982. pp. 117-160.

273. Simon G.A. Rationality as a process and product of thinking [Ratsionalnost kak protsess i produkt myishleniya]. Thesis. Vol. 3. 1993. pp. 16-38.
274. Simon, H. A. A Behavioral Model of Rational Choice. *The Quarterly Journal of Economics*, 69(1), 99. 1955. pp. 99-118.
275. Shahram Aryan, Bagher Mirabbasi. The Good Faith Principle and Its Consequences in Pre-Contractual Period: A Comparative Study on English and French Law. *Journal of Politics and Law* Vol. 9, №. 2. 2016. P
276. Schwartz, Alan, Scott, Robert E. Contract Theory and the Limits of Contract Law. Faculty Scholarship Series. Paper 308. 2003. pp. 541- 619.
277. Solene Rowan, The new French law of contract. *British Institute of International and Comparative Law*. 2017. 22 p.
278. Spence Michael. Job Market Signaling. *The Quarterly Journal of Economics*, Volume 87, Issue 3. 1973. pp. 355–374.
279. Stephan Breidenbach. Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluss. 1989. 96 s.
280. Stefan Purner. Principle of Good Faith in German Case-Law, 25 *Zb. Prav. Fak. Sveuc. Rij.* 2004. pp. 247-264.
281. Steven Shavell. Acquisition and Disclosure of Information Prior to Sale. *The RAND Journal of Economics*, Vol. 25, №. 1. 1994. pp. 20-36
282. Stigler G. J. Information in the Labor Market. *Journal of Political Economy*. Vol. 70, №. 5. 1962, pp. 94-105.
283. Stigler, G. J. The Economics of Information. *Journal of Political Economy*, 69(3), 1961. pp. 213–225.
284. Stiglitz, J. E. The Contributions of the Economics of Information to Twentieth Century Economics. *The Quarterly Journal of Economics*, 115(4). 2000. pp. 1441–1478.
285. Sugata Bag. *Economic Analysis of Contract Law*. 2018. 203 p.
286. Volker Züllighoven. Verbraucherschutz durch Informationspflichten im Wettbewerbsrecht: Am Beispiel der Irreführung durch Unterlassen. 2010. 432 s.

287. Van Dam C. *European Tort Law*. 2nd ed. Oxford University Press, 2013. 601 p.

2.2. Internet resources

288. Arrêté du 5 juillet 1990 portant homologation de règlements de la Commission des opérations de bourse.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000715430&categorieLien=id> (Date of access: 7.12.2019)

289. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/index.html>

290. Dictionnaire Littré.

<https://www.littre.org/definition/intrins%C3%A8que>

291. Pothier, Robert-Joseph. *Traité du contrat de vente, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*. Tome 1. Debure. Paris. 1762. 502 p. Access mode: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9612079j/f270.image.texteImage//> (Date of access: 10.10.2019).

292. R. Demogue. *Traité des obligations en général, tome I. Sources des obligations*. Librairie Arthur Rousseau. Paris. 1923, №. 358. 744 p.

http://www.europeana.eu/portal/en/record/9200365/BibliographicResource_3000094728676.html#rp=11 (Date of access: 2.12.2019).

293. R. Demogue, *Traité des obligations en général, tome 5*. Librairie Arthur Rousseau. Paris. 1925. 677 p.

<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6473507n/f552.image.texteImage> (Date of access: 2.12.2019).

294. Code civil

https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=80D10328A4CBB5102FF366615A5891BB.tpdila12v_3?cidTexte=JORFTEXT000032004939&dateTexte=20160211

295. Code de commerce

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=9A945F7AA9494B8A9FD2FF5B9BF9630E.tplgfr31s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006161257&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20190513

(Date of reference: 10.12.2019)

296. Code de la Consommation

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565&idArticle=LEGIARTI000032220903&dateTexte=&categorieLien=cid> (

of access: 15.11.2019)

297. Code des assurances

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006073984> (Date of access: 10.12.2019)

298. Code pénal

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=27A714294199BA8971B1B4B833F82FFD.tpdila22v_1?idArticle=LEGIARTI000033461473&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20170508&categorieLien=id&oldAction=

(Дата обращения: 15.11.2019)

299. Code du travail

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000028650462&cidTexte=LEGITEXT000006072050> (Date of access: 16.11.2019)

300. Code monétaire et financier

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006654281&cidTexte=LEGITEXT000006072026&dateTexte=20100211&oldAction=rechCodeArticle> (Date of access: 16.11.2019)

301. Code de la santé publique

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=CC468DB7227F9BE4C25B37D51EEB6671.tplgfr25s_3?idSectionTA=LEGISCTA000006196408&cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20191109 (Дата обращения: 17.11.2019)

302. Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000028738036&categorieLien=id> (Date of access: 15.11.2019)

303. Loi 94-665 of 4 août 1994 relative to the use of the French language
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005616341&dateTexte=20191118> (Date of access: 10.12.2019)
304. Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32011L0083> (Accessed 15.11.2019).
305. Unidroit Principles. URL:
http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_14121/
 (Date of access: 7.01.2010).
306. Lando Principles. URL:
https://www.trans-lex.org/400200/_pecl/#head_41
 (Date of access: 7.01.2010).
307. V. G. Viney. La responsabilité: conditions, ouvrage précité. URL:
https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_4/2006_55/viney_professeur_9142.html (Date of access: 15.11.2019)

2.3. Foreign jurisprudence

308. Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 6 novembre 1970, 69-11.665
309. Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 15 janvier 1971, 69-12.180
310. Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 30 novembre 1971, 70-12.547
311. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 15 juin 1976, 74-12.985
312. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 24 novembre 1976, 74-12.352
313. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 15 juin 1976, 74-12.985
314. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 6 décembre 1976, 75-12.442
315. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 29 juin 1976, 74-14.611
316. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 23 mai 1977, 76-10.716
317. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 3 janvier 1977, 75-12.204
318. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 15 novembre 1978, 77-13.736
319. Cour d'appel de Paris, 3 avril 1978.
320. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 20 juin 1979, 78-10.318
321. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 11 juin 1980, 78-15.086

322. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 19 janvier 1983, 81-16.183.
323. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 29 mai 1984, 83-12.016
324. Cour de cassation, Chambre civile 1, du 5 janvier 1985, 83-13.560
325. Cour de cassation, Chambre civile 1, du 23 avril 1985, 83-17.282
326. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 8 avril 1986, 84-11.443
327. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 8 avril 1986, 84-11.443
328. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 11 octobre 1988, 86-12.832
329. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 19 avril 1988, 86-15.607
330. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 18 avril 1989, 87-12.053
331. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 7 mars 1989, 87-13.053
332. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 7 juin 1989, 88-11.675
333. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 28 février 1989, 87-14.731
334. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 18 janvier 1989, 87-11.001
335. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 4 juillet 1989, 88-12.779
336. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 4 juillet 1989, 88-12.779
337. Cour de Cassation, Chambre sociale, du 3 juillet 1990, 87-40.349
338. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 24 avril 1990, 88-15.409
339. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 9 janvier 1990, 88-17.291.
340. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 13 mars 1990, 88-16.740
341. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 13 mars 1990, 88-16.740
342. Cour de Cassation, Chambre sociale, du 29 mars 1990, 87-14.550 87-14.885
343. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 3 janvier 1991, 89-19.544
344. Cour de Cassation, Chambre sociale, du 17 avril 1991, 90-42.636
345. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 1 décembre 1992, 90-18.238
346. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 16 mars 1993, 91-11.194
347. Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 19 octobre 1994, 92-21.543
348. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 27 juin 1995, 92-19.212
349. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 20 juin 1995, 93-15.801
350. Cour de cassation Chambre civile1, du 21 février 1995, 93-14.233
351. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 10 juillet 1995, 93-16.894

352. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 27 février 1996, 94-11.241
353. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 25 juin 1996, 94-16.702
354. Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 19 juin 1996, 94-12.777
355. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 11 juin 1996, 94-18.250.
356. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 10 décembre 1996, 94-16.082
357. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 3 mai 2000, 98-11.381
358. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 3 mai 2000, 98-11.381
359. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 18 janvier 2000, 97-10.720
360. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 22 mai 2001, 98-14.087
361. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 30 mai 2006, 03-14.275
362. Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, du 4 juillet 2007, 06-15.881
363. Cour de cassation, Chambre mixte, 29 juin 2007, 06-11.673
364. Cour de cassation, Chambre mixte, 29 juin 2007, 05-21.104
365. Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 20 octobre 2009, 08-20.274
366. Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 28 octobre 2010, 09-16.913
367. Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 9 octobre 2012, 11-23.869
368. Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 12 juin 2012, 11-18.277
369. Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 12 septembre 2018, 17-22.064
370. BVerfGE 7, 198, 204
371. BVerfGE 25, 256;
372. BVerfGE 81, 242;
373. BVerfGE 89, 214;
374. BVerfGE 97, 169;
375. BVerfGE 102, 347;
376. BVerfG NJW 2018, 1667
377. BVerfGE 34, 269
378. BVerfG NJW 1991, 2549 (2550)
379. BGH NJW 1961, 777.
380. BGH NJW 1967, 1364.
381. BGHZ 204, 145.

382. BAGE 4, 240
383. BAGE 1 258
384. BAGE 4, 274.
385. BAG NJW 2005, 775 (778).
386. BGH NJW 1993, 3323 (3325 f.).
387. BGHZ 185, 83
388. BGHZ 204, 172
389. BGH VersR 2016, 1236.
390. BGHZ 124, 321 (324).
391. BGH NJW 2007, 3777.
392. BGH NJW-RR 2011, 89
393. BGH NJW 2010, 1135 (1137)
394. BGHZ 196, 340;
395. BGHZ 166, 84.
396. BGHZ 174, 61;
397. BGH NJW 2016, 491.
398. BGHZ 67, 35;
399. BGHZ 38, 149;
400. BGHZ 87, 165.
401. BGHZ 67, 34
402. BGHZ 93, 39.
403. BGH NJW 1964, 1621
404. RGZ 161, 330, 338
405. BGH NJW 1957, 826;
406. BGHZ 64, 46;
407. BGH NJW 1975, 824.
408. BGH NJW 2012, 2184.
409. BGHZ 133, 44 (47) = NJW 1996, 2158;
410. BGH NJW 1973, 1793.
411. BGH Urt. v. 13.12.1990 – III ZR 333/89,

412. BGH NJW-RR 1991, 439, 440;
413. BGH NJW 70, 655.
414. RGZ 111, 233 (234);
415. BGHZ 80, 80;
416. BGHZ 105, 108 (110).
417. BGH NJW 1997, 254.
418. BGH NJW 2000, 3346;
419. BGH NJW-RR 2001, 314.
420. BGHZ 186, 96.
421. OLG Köln, 26.01.2016 - 12 U 69/15.;
422. BGH WM 1977, 394, 396;
423. BGH NJW 2001, 2021;
424. BGH NJW 1984, 2289, 2290.
425. BGH WM 1992, 602;
426. BGH NJW 1993, 2433.
427. BeckRS 2012, 19780.
428. BGH NJW 2004, 2301.
429. BGH NJW 2004, 2301;
430. BGH NJW-RR 2000, 426;
431. BGH NJW-RR 1998, 1345.
432. BGH NJW 1996, 1339;
433. BGH NJW-RR 1994, 907;
434. BGH NJW 1993, 1643.
435. BGH NJW 1992, 555;
436. BGH NJW-RR 1992, 879.
437. BGH NJW 2013, 1807;
438. BeckRS 2008, 00661;
439. BGH NJW 1999, 2032;
440. BGH NJW 2001, 2163.
441. BGH NJW-RR 1996, 497.

442. BGH, NJW 1989, 763.
443. BGH NJW-RR 2009, 1101.
444. BGH, NJW 2001, 3331;
445. BGH NJW 2010, 3362;
446. BGH NJW 2012, 846;
447. BGH NJW 2013, 1807.
448. BGH, NJW-RR 1991, 439.
449. BGH NJW 2000, 3558.
450. BGH NJW 1997, 3230
451. OLG Stuttgart CR 1989, 598;
452. Zahrnt NJW 1995, 1785.
453. BGHZ 18, 248 (252) = NJW 1955, 1916
454. BGH NJW 1992, 300.
455. BGH NJW-RR 2006, 923;
456. BGH NJW-RR 2007, 569;
457. BGH NJW 2007, 2485.
458. BGH NJW-RR 2003, 169;
459. BGH NJW 1997, 3230;
460. OLG Stuttgart NJW 1982, 2608, 2609.
461. BGH NJW 1966, 1451;
462. BGH NJW 1974, 849, 851;
463. BGH NJW 1992, 300, 302.
464. OLG Stuttgart JW 1934, 571.
465. BGH NJW 2011, 1949.
466. BGH NJW 1981, 1440;
467. BGH NJW 2011, 1949;
468. BGH NJW 2004, 3628;
469. BGH BeckRS 2008, 26951;
470. BGH NJW-RR 2011, 270.
471. BGH NJW-RR 2008, 470;

- 472. BGH NJW 1973, 1923.
- 473. BGH NJW 1987, 1631;
- 474. OLG München NJW-RR 1998, 1663.
- 475. BGH NJW 2011, 2877;
- 476. BGH NJW 2011, 2874
- 477. BGH NJW 1991, 693.
- 478. BGH NJW 1970, 653.
- 479. BAG NJW 2009, 2616.
- 480. BGHZ 105, 108.
- 481. BGH NJW 1972, 2217.
- 482. BGH NJW 1959, 811.
- 483. BGH NJW 2006, 2041.
- 484. BGH NJW 1979, 2243.
- 485. *Le Lievre v. Gould* [1893].
- 486. *Caparo Industries PLC v. Dickman* [1990].
- 487. *Harris v. Tyson*, 24 Pa. 347, 359 (1855).