

## ВОЗМЕЩЕНИЕ ПОТЕРЬ В РОССИЙСКОМ И ЗАРУБЕЖНОМ ПРАВЕ

**Аннотация.** В России продолжается процесс реформирования гражданского законодательства. Одной из заметных тенденций в рамках данного процесса стало активное использование зарубежного опыта, что проявилось в рецепции многих иностранных институтов в Гражданский кодекс РФ.

В отношении новеллы ст. 406.1 ГК РФ неоднократно была высказана позиция, что она направлена на включение в российское право института индемнити (*indemnity*). Однако категория *indemnity* является своеобразным «зонтиком», который охватывает широкий круг отношений, поскольку индемнити представляет собой метод, посредством которого право осуществляет распределение различных потерь. Например, договор страхования в англосаксонской литературе традиционно рассматривается как контракт, сущность которого заключается в предоставлении индемнити.

Рассматриваемая новелла посвящена так называемым договорным индемнити, направленным на принятие должником на себя риска имущественных потерь, не связанных с нарушением своих обязательств. Диапазон указанной статьи не ограничивается только «гарантиями» в отношении действий третьих лиц, что свидетельствует о влиянии англосаксонского права.

Однако разработчики ст. 406.1 ГК РФ лишили соглашение о возмещении потерь признака компенсационности, поскольку суд не может уменьшить размер возмещения потерь, за исключением случаев, если доказано, что сторона умышленно содействовала увеличению их размера.

Правовая позиция Верховного Суда РФ возвращает соглашения о возмещении потерь в рамки «концепции точной защиты» (*exact protection*), что соответствует компенсационно-восстановительной функции гражданского права. Верховный Суд РФ продемонстрировал также «скрытое» применение правила *contra proferentem* в отношении толкования соглашений о возмещении потерь.

В статье обосновывается вывод, что при толковании и оценке оговорок о возмещении потерь необходимо руководствоваться стандартами добросовестного и разумного поведения контрагентов, проверять такие договорные условия на предмет их соответствия критериям справедливости с учетом фактического соотношения переговорных возможностей контрагентов.

В результате проведенного исследования можно утверждать, что индемнити является методом распределения имущественных потерь, проявлением компенсационной и распределительной функции гражданского права. В качестве отдельного правового института может рассматриваться только вопрос о соглашениях, направленных на возмещение имущественных потерь.

---

© Богданов Д. Е., 2017

\* Богданов Дмитрий Евгеньевич, доктор юридических наук, профессор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

bogdanov.de@yandex.ru

125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

**Ключевые слова:** реформа гражданского законодательства, возмещение потерь, indemnity, обязательство, договор, убытки, предвидимость убытков, денежный долг, распределение договорных рисков, неравенство переговорных возможностей, договорная справедливость, добросовестность.

**DOI: 10.17803/1729-5920.2017.126.5.174-193**

Реформа гражданского законодательства продемонстрировала некоторое усиление «англофильских» настроений в отечественной цивилистике, несмотря на всю чужеродность англосаксонского опыта для правовой системы России. Так, к числу «англофильских» поправок можно отнести целый каталог так называемых «эстоппелей» (estoppel), которые последовательно внедряются в ГК РФ (например, ст. 16б, 431.1, п. 3 ст. 432, п. 5 ст. 450.1 ГК РФ).

Вероятнее всего, разработчики данных поправок в ГК РФ не учли, что существует генеральный принцип запрета на противоречивое поведение, который имеет своим источником еще римское право и относится к общеевропейскому правовому наследию<sup>1</sup>. Данный принцип основывается на старой латинской максиме *allegans contraria non audiendus est*<sup>2</sup>, которая нашла свое отражение в статье I.-1:103 Модельных правил европейского частного права (DCFR)<sup>3</sup>. Согласно данной статье, термин «добросовестность и честная деловая практика» означает стандарт поведения, характеризующийся честностью, открытостью и уважением интересов другой стороны сделки или соответствующего правоотношения. Поведением, противоречащим добросовестности и честной деловой практике, является, в частности, поведение, не соответствующее предшествующим заявлениям или поведению стороны, при условии, что другая сторона, действуя себе в ущерб, разумно положила на них. Аналогичное правило содержится в ст. 1.8 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА (PICC)<sup>4</sup>.

Поэтому представляется несовершенным подход, который был избран разработчиками поправок, закрепивших в ряде статей ГК РФ каталог отдельных «эстоппелей», но не сформулировавших общий запрет на непоследовательное и противоречивое поведение, который был бы способен охватить не только все существующие специальные нормы, но и все новые ситуации, в которых принцип добросовестности диктовал бы необходимость запрета на непоследовательное и противоречивое поведение<sup>5</sup>.

К «англофильским» новеллам в ГК РФ следует также отнести правила, посвященные заверениям об обстоятельствах (ст. 431.2 ГК РФ) и возмещению потерь (ст. 406.1 ГК РФ).

Согласно ст. 406.1 ГК РФ стороны обязательства при осуществлении ими предпринимательской деятельности могут своим соглашением предусмотреть обязанность одной стороны возместить имущественные потери другой стороны, возникшие в случае наступления определенных в таком соглашении обстоятельств и не связанные с нарушением обязательства его стороной (потери, вызванные невозможностью исполнения обязательства, предъявлением требований третьими лицами или органами государственной власти к стороне или к третьему лицу, указанному в соглашении, и т.п.). Соглашением сторон должен быть определен размер возмещения таких потерь или порядок его определения. Суд не может уменьшить размер возмещения потерь, за исключением случаев, если доказано, что сторона умышленно содействовала увеличению размера потерь.

<sup>1</sup> *Esin Orucu*. Looking at convergence through eyes of a comparative lawyer // Electronic journal of comparative law. July 2005. Vol. 9.2. URL: <http://www.ejcl.org/>.

<sup>2</sup> «Тот, кто делает противоречивые заявления, не может быть услышан».

<sup>3</sup> Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) / Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) // URL: [http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcf\\_r\\_outline\\_edition\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcf_r_outline_edition_en.pdf).

<sup>4</sup> Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010. М., 2013. С. 450—552.

<sup>5</sup> Богданов Д. Е. Новеллы Гражданского кодекса РФ с позиции концепции добросовестной последовательности в действиях и заявлениях // Законодательство и экономика. 2016. № 2. С. 44—49.

В отношении новеллы о возмещении потерь в отечественной литературе уже неоднократно была высказана позиция, что она направлена на включение в российское право института индемнити (*indemnity*)<sup>6</sup>.

Необходимо отметить, что следует с осторожностью использовать иностранный категориальный аппарат, поскольку в отношении категории «индемнити» существует неопределенность даже в ее «родной среде» — англосаксонской правовой системе. Указанная неопределенность обусловлена тем, что категория «индемнити» является своеобразным «зонтиком», который охватывает широкий круг отношений, поскольку *indemnity* представляет собой метод, посредством которого право осуществляет распределение различных потерь<sup>7</sup>.

Например, если обратиться к книге, посвященной деликтному праву Англии, то глава, содержащая нормы о средствах правовой защиты (*remedies*), открывается параграфом «*The indemnity principle*». В нем отмечается, что главной целью присуждения убытков является предоставление потерпевшему полной компенсации за вред, ущерб или потери, причиненные деликтом. Убытки обычно присуждаются в целях компенсации, но не наказания деликвента. Потерпевший вправе получить возмещение как материального, так и нематериального вреда. В отличие от договорного права, где убытки обычно присуждаются в целях постановки кредитора в позицию, в которой он был бы, если бы договор был исполнен, главным принципом деликтов является то, что суд должен присудить такую сумму убытков, которая должна поставить потерпевшего в такую позицию, в которой он был бы, если бы деликт не произошел<sup>8</sup>.

Таким образом, принцип индемнити в сфере деликтной и договорной ответственности рассматривается через призму корректирующей справедливости, с установлением предельного объема убытков, подлежащих взысканию с неисправного контрагента или деликвента.

То, что категория «индемнити» является своеобразным «зонтиком», становится очевидным, если обратиться к ее определению. В широком смысле индемнити рассматривается как обязанность одного лица возместить любой вред, потери, ответственность, понесенную другим. Происхождение слова «*indemnify*» связывают с соединением латинских слов *in* (нет), *damn* (вред), *ficere* (делать), т.е. получается — не причинять (предупреждать) вред. Применительно к сфере договорного права индемнити рассматривается как сопутствующий договор (*collateral contract*) или заверение (*assurance*), согласно которому одно лицо обязывается обезопасить другое от ожидаемых потерь или предотвратить для него наступление неблагоприятных последствий от действий третьих лиц<sup>9</sup>.

Некоторые российские авторы отмечают, что возможность включения подобных условий в договор предусмотрена в ГК Нидерландов (ст. 3:40), судебной практикой Франции и деловой практикой в Германии<sup>10</sup>. Относительно ссылки на ГК Нидерландов следует пояснить, что указанная ст. 3:40 находится в книге, посвященной вещному праву, и по своему смыслу очень далека от отношений, связанных с возмещением потерь<sup>11</sup>.

В сравнительно-правовом исследовании, посвященном странам ЕС, проведенном группой цивилистов под эгидой Европарламента, действительно используется категория «индемнити». Однако, как считает Ульрих Дроб-

<sup>6</sup> Останина Е. А. Судьба индемнити при несостоятельности должника // Закон. 2015. № 7. С. 56—63 ; Падиряков А. В. Взыскание убытков и согласованные средства правовой защиты по праву Англии и РФ // Закон. 2015. № 7. С. 175—190 ; Степанов Д. И. Проект Гражданского кодекса: от патернализма по-советски к истинному частному праву // Закон. 2012. № 5. С. 97—110 ; Четырус Е. И. Возмещение потерь, не связанных с нарушением обязательств // Журнал российского права. 2016. № 9. С. 38—43.

<sup>7</sup> Gorman F. J. *Indemnity and Contribution under Maritime Law* // Tulane Law Review. 1981. Vol. 55. No. 4. P. 1165.

<sup>8</sup> Mullis A., Oliphant K. *Torts*. 3rd ed. Palgrave Macmillan, 2003. P. 358.

<sup>9</sup> Black's Law Dictionary. 5th ed. L., 1979. P. 692 ; Gorman F. J. *Indemnity and Contribution under Maritime Law*. P. 1166.

<sup>10</sup> Степанов Д. И. Проект Гражданского кодекса: от патернализма по-советски к истинному частному праву // Закон. 2012. № 5. С. 97—110. Подобный вывод содержится и в комментарии к ст. 406.1 ГК РФ (Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий к разделу III «Общая часть обязательного права» / под ред. Л. В. Санниковой. М., 2016).

<sup>11</sup> URL: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>.

ниг, главное отличие между индемнити и поручительством (suretyship) заключается в том, что ответственность гаранта (guarantor) по контракту об индемнити, в отличие от поручительства, может не соответствовать фактической величине обязательств основного должника (principal debtor). Контракт об индемнити также независим от действительности требований кредитора к основному должнику, поэтому он является абстрактным по отношению к обеспечиваемому обязательству (secured obligation). Автор указывает, что в Германии, Франции и Бельгии контракты об индемнити (по сути, независимые гарантии) и поручительство рассматриваются как автономные институты. В Италии (ст. 1939 ГК) и Нидерландах (ст. 7:863 ГК) к контракту об индемнити могут применяться правила о поручительстве. В результате Ульрих Дробниг приходит к выводу, что поручительство и контракт об индемнити должны рассматриваться как два близких способа «личного обеспечения» обязательств (personal security)<sup>12</sup>.

Аналогичные выводы о понимании индемнити как, по сути, независимой гарантии содержатся в работах, посвященных обязательственному праву Германии<sup>13</sup>.

Если обратиться к новелле ст. 406.1 ГК, то можно увидеть влияние указанного континентального подхода. Так, согласно п. 3 и 4 названной статьи потери возмещаются независимо от признания договора незаключенным или недействительным, если иное не предусмотрено соглашением сторон. Если потери возникли в связи с неправомерными действиями третьего лица, к стороне, возместившей такие потери, переходит требование кредитора к этому третьему лицу о возмещении убытков.

Таким образом, соглашение о возмещении потерь по общему правилу устанавливает абстрактное обеспечивательное обязательство, которое в том числе может быть направлено на защиту кредитора от неправомерных действий третьих лиц, например должников по другому обязательству.

В этой связи возникает вопрос о целесообразности включения в ГК РФ названных правил с учетом того, что в российском ГК имеются каузальный договор поручительства (ст. 361 ГК РФ) и абстрактная независимая гарантия (ст. 370, 376 ГК РФ). Гарант имеет право на возмещение суммы, выплаченной по независимой гарантии (ст. 379 ГК РФ), а к поручителю переходит в силу закона право требования к должнику от кредитора (ст. 365, 387 ГК РФ). Представляется, что включение в ГК РФ положений п. 3—4 ст. 406.1 привело к дублированию правового регулирования обеспечивательных отношений.

В этой связи представляет интерес то, что в англосаксонском праве традиционно осуществляется разграничение между контрактами об индемнити (contract of indemnity) и контрактами о гарантиях (contract of guarantee), хотя и отмечается, что они выполняют сходные функции и их дифференциация зачастую осуществляется судом путем толкования условий соответствующего договора (оговорки)<sup>14</sup>.

Основные отличия между указанными контрактами заключаются в том, что отношения по индемнити складываются между двумя лицами: должником и кредитором. Должник принимает на себя самостоятельное (первичное) обязательство, которое имеет самостоятельный характер и не связано с отношениями кредитора и третьих лиц. Цель данного контракта (оговорки) заключается в перераспределении с кредитора на должника бремени имущественных потерь.

В отношении, связанные с гарантией, вовлечены три субъекта: кредитор, основной должник и гарант. Поэтому обязательство гаранта имеет вторичный, зависимый характер, поскольку имеется должник по основному обязательству. Цель гарантийного контракта заключается в обеспечении исполнения основного договора.

В качестве параллели с российским правом можно указать на отличия между договором поручительства и соглашением о делькредере

<sup>12</sup> Drobniг U. The law governing credit security // The private law systems in the EU: Discrimination on the ground of nationality and the need for European Civil Code / Christian von Bar (head of team). European Parliament, 2000. P. 57—82. URL: [http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/juri/pdf/103\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/juri/pdf/103_en.pdf).

<sup>13</sup> Markesinis B., Unberath H., Jonston A. The German law of contract. A comparative treatise. 2nd ed. Oxford and Portland, Oregon : Hurt Publishing, 2006. P. 162.

<sup>14</sup> Sudhanshu Shekhar. Difference Between Contract of Indemnity and Contract of Guarantee: Ten Cases Analysis. P. 1 // URL: <http://ssrn.com/abstract=2587228>.

(ручательством по договору комиссии). Правила о поручительстве не применяются в случае ручательства комиссионера за своего контрагента (покупателя) ввиду отсутствия прямого указания закона на это, а также по причине различия в природе отношений, возникающих при поручительстве и делькредере. В последнем случае комиссионер является единственным должником комитента, обязанным произвести исполнение договора в полном объеме, что вытекает из п. 1 ст. 993 ГК РФ<sup>15</sup>.

Отличия между индемнити и гарантией можно проиллюстрировать на примере решения по делу *Pitts and others v. Jones* (2007) EWCA Civ 1301. По данному делу кредиторы (миноритарные акционеры) обратились с иском к мажоритарному акционеру Джонсу. Последний ранее провел переговоры о продаже своего пакета акций третьему лицу, которое согласилось приобрести акции миноритариев по такой же цене. В момент совершения сделки миноритарии узнали, что их акции будут оплачены только через 6 месяцев. Миноритариям стало известно о риске банкротства покупателя, поэтому они заключили с Джонсом устное соглашение, что в случае неисполнения покупателем своих обязанностей акции будут оплачены Джонсом. Суд посчитал, что данный контракт является гарантийным, поскольку основным договором здесь был договор купли-продажи акций, заключенный с третьим лицом, а не Джонсом. Поэтому последний стал именно гарантом, а не должником по индемнити (*indemnifier*)<sup>16</sup>.

В англосаксонской литературе выделяются как договорные, так и внедоговорные индемнити. При этом договорные индемнити могут носить как выраженный (*express agreement*), так и подразумеваемый характер (*implied agreement*). К внедоговорным индемнити относят статутные (*statutory indemnity*) и реституционные (*restitution indemnity*). Например, к реституционному индемнити относят последствия несения работодателем vicarious responsibility (замещающей ответственности — *vicarious liability*) за вред, причиненный

его работником, когда работодатель становится управомоченным на получение возмещения потерь от своего работника<sup>17</sup>.

Указанное реституционное индемнити как следствие vicarious responsibility для российского законодателя является простым правом регресса, предусмотренного в п. 1 ст. 1081 ГК РФ, согласно которому лицо, возместившее вред, причиненный другим лицом (например, работником при исполнении трудовых обязанностей), имеет право обратного требования (регресса) к этому лицу в размере выплаченного возмещения, если иной размер не установлен законом.

В этой связи утверждения авторов, что очередные поправки в наш многострадальный Гражданский кодекс Российской Федерации направлены на включение в российское право института индемнити, не могут не вызвать улыбки. Можно указать и на то, что договор страхования в англосаксонской литературе традиционно рассматривается как контракт, сущность которого заключается в предоставлении индемнити<sup>18</sup> (договор, который подробно урегулирован правилами гл. 48 ГК РФ и относится к классическим договорным конструкциям российского гражданского права).

С учетом указанной выше классификации ст. 406.1 ГК РФ посвящена так называемым договорным индемнити, направленным на принятие должником на себя риска имущественных потерь, не связанных с нарушением своих обязательств. Диапазон указанной статьи не ограничивается только «гарантиями» в отношении действий третьих лиц, что свидетельствует о влиянии англосаксонского права. В этой связи представляется целесообразным более подробно проанализировать понимание договорных индемнити в англосаксонской цивилистике.

Как отмечает Уэйн Кортни, индемнити настолько распространены в современных коммерческих контрактах, что удивительно, сколько неопределенности окружает их природу и эффект. Термин «индемнити» является эластичным. Он может быть определен как про-

<sup>15</sup> Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 17 ноября 2004 г. № 85 «Обзор практики разрешения споров по договору комиссии», п. 16 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>16</sup> *Sudhanshu Shekhar*. Op.cit. P. 8—9.

<sup>17</sup> *Gorman F. J.* Indemnity and Contribution under Maritime Law. P. 1166—1167, 1170—1172.

<sup>18</sup> *Richards G.* A Treatise on the Law of Insurance. 3rd ed., 1909. P. 27—28 ; *Thomas Jeffrey, Wilson Brad.* The Indemnity Principle: From a Financial to a Functional Paradigm. P.1. // URL: <http://ssrn.com/abstract=1311433>.

цесс или договоренность, согласно которой сторона не понесет никаких потерь<sup>19</sup>. По мнению Эвана Маккендрика, оговорка об индемнити (*indemnity clause*) — это оговорка, согласно которой одна сторона договора обязуется защитить от любой ответственности другого контрагента (покрыть потери), которая может быть возложена на него при исполнении договора<sup>20</sup>. Указанные оговорки, по сути, представляют собой инструмент распределения договорных рисков наряду с оговорками об ограничении или исключении ответственности (*exclusion clauses*)<sup>21</sup>.

Подобным образом соглашения (оговорки) об индемнити определяются и в законодательных актах. Так, в соответствии со ст. 124 Закона Индии о контрактах (*Indian contract act, 1872*) под контрактом об индемнити понимается контракт, в силу которого одна сторона принимает на себя обязанность избавить другую от потерь, причиненных поведением самого должника или любого другого лица<sup>22</sup>. Согласно ст. 2772 ГК Калифорнии индемнити — это контракт, в силу которого одна сторона обязывается оградить другую от легальных последствий поведения одной из сторон или какого-либо иного лица<sup>23</sup>.

Уэйн Кортни выделяет четыре типа договорных индемнити, отмечая, что указанными типами все многообразие договорных индемнити не ограничивается, например, за пределами его группировки остались индемнити судовладельцев (фрахтовщиков — *ship-owners's indemnity*)<sup>24</sup>, индемнити в отношении агентов при прекращении договора и т.д.<sup>25</sup>

Первый из указанных автором типов индемнити направлен на защиту интересов кредитора от действий третьих лиц. Должник обязан оградить (*hold harmless*) кредитора от требований третьих лиц либо ответственности перед ними, например, если покупателю будут поставлены товары с нарушением исключительных (интеллектуальных) прав третьих лиц.

Применительно к российскому праву в качестве примера такого индемнити можно указать на правило ст. 1000 ГК РФ, согласно которому комитент обязан освободить комиссионера от обязательств, принятых им на себя перед третьим лицом по исполнению комиссионного поручения. Это правило, соответственно, применимо и к агентскому договору.

Второй тип индемнити направлен на защиту кредитора от требований со стороны самого должника. В литературе такое соглашение (оговорку) обозначают как наиболее специфическое и даже абсурдное индемнити<sup>26</sup>, поскольку оно фактически является закамуфлированным соглашением (оговоркой) об исключении ответственности кредитора (*exclusion clause*)<sup>27</sup>. Смысл рассматриваемого индемнити заключается в блокировании для должника возможности выдвигать требования к кредитору, например, по взысканию убытков. Если предположить, что должник привлечет кредитора к ответственности, то сумму взысканных убытков он будет вынужден вернуть кредитору уже в качестве индемнити.

В этой связи вызывает интерес то, что по одному делу российский суд признал эффективной оговорку об индемнити в мировом

<sup>19</sup> Courtney W. The nature of contractual indemnities // *Journal of Contract Law*. 2001. Vol. 27. No. 1, 2. P. 1—18.

<sup>20</sup> McKendrick E. *Contract Law*. 7th ed. Palgrave Macmillan, 2007. P. 246.

<sup>21</sup> Zulhaviz W. Unfair Contracts Terms Act 1977: does it provide a good model in regulating risk allocation provisions in oilfield contracts in Malaysia? // *International Journal of Trade and Global Markets*. 2015. Vol. 8. No. 1. P. 7.

<sup>22</sup> URL: <http://chddistrictcourts.gov.in/THE%20INDIAN%20CONTRACT%20ACT.pdf>.

<sup>23</sup> URL: <http://codes.findlaw.com/ca/civil-code/civ-sect-2772.html#sthash.KszjivQv.dpuf>.

<sup>24</sup> Courtney W. The nature of contractual indemnities. P. 1—18. О специфике *ship-owners's indemnity* см.: Daigle S. A., Rivere J. T. Contractual Indemnity in Maritime Law // *Louisiana Law Review*. 1995. Vol. 55. No. 4. P. 813—842; Cusimano L. B. Contractual Indemnity under Maritime and Louisiana Law // *Louisiana Law Review*. 1982. Vol. 43. No. 1. P. 189—219.

<sup>25</sup> Twigg-Flesner Ch. *The Europeanisation of Contract Law: Current controversies in law*. Routledge-Cavendish, 2008. P. 124—130.

<sup>26</sup> Carter J. W. Contractual Issues for Trustees // *Journal of Contract Law*. 2001. Vol. 17. P. 274—292.

<sup>27</sup> Об оговорках, направленных на ограничение ответственности см.: Богданов Д. Е. Проблема формирования договорной справедливости и справедливой ответственности за неисполнение договора // *Законодательство и экономика*. 2012. № 3. С. 12—20.

соглашении, согласно которой размер возмещения потерь составлял сумму, равную сумме процентов по ст. 395 ГК РФ, и в итоге она будет присуждена в пользу ответчика<sup>28</sup>.

По мнению Е. Б. Подузовой, позиция суда является спорной, поскольку суд квалифицировал потери в качестве иной меры ответственности — взыскания процентов за неисполнение денежного обязательства<sup>29</sup>. Необходимо отметить, что речь шла не о квалификации индемнити в качестве иной меры ответственности. По сути, в соглашении была предусмотрена оговорка, направленная на блокирование ответственности (второй тип индемнити).

Третий тип индемнити применительно к российскому праву более всего похож на обязательства гаранта, возникающие из независимой гарантии. В рамках данного отношения должник (по сути, гарант) ограждает кредитора от потерь, которые могут возникнуть, если третье лицо (контрагент кредитора по другому договору) нарушит свои обязательства.

Четвертый тип индемнити выдается должником на случай нарушения им своих договорных обязательств перед кредитором. Таким образом, указанное соглашение (оговорка) устанавливает обязанность для должника выплатить согласованную денежную сумму на случай нарушения своих обязательств. Применительно к российскому праву, автоматически возникают ассоциации с неустойкой (ст. 330 ГК РФ) как денежной суммой, которая установлена на случай нарушения договора.

Необходимо отметить, что п. 1 ст. 406.1 ГК РФ не допускается указанный тип индемнити в российском праве, поскольку в силу названной нормы указанные в соглашении обстоятельства, наступление которых является

основанием для возмещения потерь, не должны быть связаны с нарушением своих обязательств его стороной.

Возникает вопрос о правовой природе обязательства должника по возмещению потерь по англосаксонскому праву. В иностранной литературе отмечается положительный эффект оговорки об индемнити, поскольку названная оговорка порождает право кредитора на получение денежной суммы (долга) при наступлении определенного в соглашении события (например, ответственности кредитора перед третьим лицом). Таким образом, рассматриваемое обязательство квалифицируется в качестве условного денежного обязательства<sup>30</sup>, которое необходимо ограничивать от обязанности по возмещению убытков<sup>31</sup>. На это указывается и в судебной практике<sup>32</sup>.

В качестве отличительных признаков, позволяющих разграничивать индемнити и убытки, следует указать на то, что последние взыскиваются только за нарушение договора, тогда как возмещение потерь возможно и при отсутствии такого нарушения. Поэтому возмещение потерь допустимо, когда они причинены третьими лицами, тогда как убытки всегда должны быть следствием ненадлежащего поведения должника по договору<sup>33</sup>.

При возмещении потерь на основании соглашения об индемнити не применяются по общему правилу такие критерии ограничения размера взыскиваемых убытков, как их отдаленность (*remoteness*), а также обязанность кредитора по их уменьшению (*mitigation*)<sup>34</sup>.

В этой связи представляет интерес развитие английского права по проблеме отдаленности убытков (*remoteness*), где отправной точкой является хрестоматийное решение по делу *Hadley v. Baxendale* (1854)<sup>35</sup>, в котором был

<sup>28</sup> Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 31 августа 2015 г. № Ф09-5885/15 по делу № А07-4379/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>29</sup> Подузова Е. Б. Возмещение потерь при неисполнении организационного обязательства: проблемы теории и практики // Законы России: опыт, анализ, практика. 2016. № 7. С. 61—65.

<sup>30</sup> Samuel G. Law of Obligations and Legal Remedies. 2nd ed. Cavendish Publishing Limited, 2001. P. 360.

<sup>31</sup> Charman M. Contract law. 4th ed. Willan Publishing, 2007. P. 178.

<sup>32</sup> Total Transport Corporation v. Arcadia Petroleum Ltd (The Eurys) (1996) 2 Lloyd's Rep 408 at 422.

<sup>33</sup> Indemnity and Damages. URL: <http://ssrn.com/abstract=2020687>.

<sup>34</sup> Courtney W. The nature of contractual indemnities. P. 1—18.

<sup>35</sup> Суть спорного отношения сводилась к следующему. Истец владел паровой мельницей, в процессе эксплуатации сломался коленчатый вал паровой машины, что привело к ее остановке. Истец заключил договор перевозки с ответчиком, по которому последний обязался доставить вал подрядчику, обязавшемуся изготовить новый вал, используя в качестве образца сломанный. Перевозчик допустил просрочку

сформулирован первоначальный тест предвидимости убытков (foreseeability). Судья Б. Алдерсон указал, что по заключенному двумя сторонами договору, нарушенному одной из них, убытки второй стороны от нарушения договора могут быть справедливо и разумно приняты во внимание, если они возникли естественно, т.е. из обычного хода событий, связанных с таким нарушением, либо, как можно было разумно предположить, они были предметом рассмотрения и разумного предвидения обеими сторонами в момент заключения договора.

В данном решении было сформулировано двухсоставное правило предвидимости, согласно которому неисправная сторона ответственна за убытки, если: а) они возникли из обычного положения вещей; б) можно разумно предположить, что они были предметом рассмотрения и предвидения обеих сторон во время заключения договора как вероятный результат его неисполнения. Указанное правило, например, было дословно воспроизведено в ст. 73 Закона Индии о контрактах (1872 г.).

Как отмечается в литературе, единственное различие между двумя частями данного правила заключается в степени знания, которое может быть приписано неисправной стороне в момент заключения договора. Первая часть правила указывает на то, что может быть разумно предвидимо любым участником правоотношения, поскольку связано с обычными последствиями неисполнения. Вторая часть связана с более обширным разумным предвидением, которое может основываться на знании особых обстоятельств, способных увеличить потери кредитора за пределами обычных потерь<sup>36</sup>.

Отличия между указанными «естественными» и чрезвычайными потерями можно проиллюстрировать на примере решения по делу *Victoria Laundry (Windsor) Ltd v. Newman Industries Ltd (1949)*<sup>37</sup>, которое оказало большое влияние на развитие концепции предвидимости. По данному делу ответчик принял на себя обязанность поставить истцу большой бойлер для расширения бизнеса последнего. Поставка должна была состояться 5 июня, однако несколько бойлер был поврежден, просрочка продлилась до 8 ноября. Истец потребовал возмещения убытков из-за просрочки исполнения, которые включали:

- а) потерю прибыли, возникшую из-за отсутствия оборудования;
- б) потерю выгоды от особо выгодных контрактов с Министерством снабжения.

Суд удовлетворил первое требование, поскольку должнику было известно существо бизнеса истца, он знал, что последний намеревался незамедлительно приступить к использованию оборудования для расширения деятельности. В удовлетворении второго требования было отказано, так как ответчик не был поставлен в известность относительно чрезвычайной выгоды, которая могла быть получена от исполнения особо выгодных правительственных контрактов, поэтому такие убытки не были предметом рассмотрения и не могли быть разумно предвидимы в момент заключения договора.

Впоследствии данная позиция подверглась критике со стороны Палаты лордов в другом хрестоматийном решении по делу *Koufos v. Czarndnikow Ltd (The Heron II) (1969)*<sup>38</sup>. В решении было указано, что в договорных отношениях

---

в доставке, новый вал был передан истцу с просрочкой в несколько дней, на основании чего последний потребовал возмещения убытков от простоя мельницы. Ответчик возражал, ссылаясь на то, что такие убытки были для него непредвидимыми, слишком отдаленными (*too remote*), чтобы за них нести ответственность. Суд учел, что ответчик не был специально проинформирован о простое мельницы в случае просрочки доставки нового вала по причине отсутствия запасного. Поэтому в иске о взыскании убытков было отказано, поскольку такие потери не были предметом рассмотрения обеих контрагентов в момент заключения договора. Анализ дела см.: *Koffman L., Macdonald E. The Law of Contract. 4th ed. Tolley. 2001. P. 474.* См. также: *Sealy L., Hooley R. Commercial Law : Text, Cases and Materials. 4th ed. Oxford University Press, 2009. P. 435—436.*

<sup>36</sup> *Koffman L., Macdonald E. Op. cit. P. 474—475.*

<sup>37</sup> *McKendrick E. Contract Law. 7th ed. Palgrave Macmillan, 2007. P. 424.*

<sup>38</sup> Суть спора по делу *Heron II* сводилась к следующему. Был заключен чартер по перевозке сахара из Констанцы в Басру, где находился сахарный рынок. Фрахтователь намеревался продать сахар незамедлительно по прибытии. В нарушение договора судно прибыло в порт назначения с опозданием на девять дней. За период просрочки цены на сахар существенно упали, и фрахтователь потребовал возмещения убытков в виде разницы в ценах. Палата лордов посчитала, что такие потери подлежат

для квалификации потерь как «естественных» (возникших в результате обычного развития событий) необходимо, чтобы в момент заключения договора была предвидима серьезная вероятность (*serious possibility*) либо реальная опасность (*real danger*) или очень существенная возможность (*very substantial probability*), что такие потери возникнут, другими словами, что они не были маловероятными (*not unlikely loss*). Если сторона стремится защитить себя от риска возникновения чрезвычайных, необычных потерь (*unusual loss*), она должна непосредственно указать контрагенту на риск возникновения таких потерь в момент заключения договора.

Данные выводы были обусловлены сформулированной Палатой лордов позицией, что тест предвидимости убытков должен быть более строгим для договорных отношений, чем для деликтных, поскольку участники деликтных отношений являются «чужаками» и не имеют возможности указать на особые риски до момента совершения деликта. Контрагенты по договору такими чужаками не являются. Поэтому для них и был сформулирован более строгий тест предвидимости потерь.

Как отмечается в литературе, ограничение взыскиваемых убытков пределом предвидимости в момент заключения договора хорошо обосновывается с позиций естественного права и справедливости<sup>39</sup>. Если в момент заключения договора сторона предвидела или могла бы предвидеть определенный ущерб, то это было бы ею учтено, что, например, повлияло бы на ее поведение, направленное на исполнение договора либо снижение потенци-

альной ответственности, страхование рисков, увеличение размера выгоды, которая должна была быть получена от договора, и т.д.<sup>40</sup>, либо она отказалась бы от вступления в такой убыточный договор<sup>41</sup>.

Таким образом, правило, ограничивающее размер взыскиваемых убытков их предвидимостью обеспечивает справедливый баланс между участниками договорных отношений<sup>42</sup>, освобождая должника от обязанности возмещать необычные или чрезвычайно большие потери кредитора. Представляется, что концепция предвидимости убытков служит как достижению цели корректирующей справедливости, возмещая кредитору убытки, которые могли быть разумно предвидимы в момент заключения договора, так и дистрибутивной справедливости, поскольку происходит справедливое распределение бремени непредвидимых потерь. Как отмечается в этой связи в литературе, сторона по договору не должна выступать страховщиком контрактных авантю и договорных приключений своего контрагента<sup>43</sup>.

Все вышеизложенное предопределяет, что концепция предвидимости убытков широко используется в современном мире. Помимо международных инструментов<sup>44</sup> и правовых систем, базирующихся на *common law* (Великобритания, США, Австралия, Канада, Новая Зеландия, Индия и др.) или французском праве (Бельгия, Квебек, Луизиана), предвидимость известна праву Италии (ст. 1225 ГК), Испании (ст. 1104, 1107 ГК), как следствие этого, и странам Латинской Америки, например ст. 1150 ГК Чили. Применяется данный подход и на Дальнем Востоке (ст. 416 ГК Южной Кореи, ст. 393 ГК Японии)<sup>45</sup>.

---

возмещению, поскольку они не были слишком отдаленными. Ответчик должен был предполагать как то, что истец намеревался продать сахар незамедлительно, так и то, что возможны изменения цен на рынке. Поэтому такие потери не могут быть отнесены к категории маловероятных при такой просрочке исполнения. Анализ решения по делу см., например: *O`Sullivan J., Hilliard J. The Law of Contract. 4th ed. Oxford University Press, 2010. P. 436.*

<sup>39</sup> *Pothier R. J. A Treatise on Obligations, Considered in Moral and Legal View. Clark, NJ : The Lawbook Exchange Ltd, 1999. P. 99—100.*

<sup>40</sup> *Saidov D. The Law of Damages in International Sales. The CISG and other International Instruments. Oxford and Portland, Oregon : Hart Publishing, 2008. P. 102.*

<sup>41</sup> *Waddams S. The Law of Damages. 4<sup>th</sup> ed. Toronto : Canada Law Book Inc, 2004. P. 569.*

<sup>42</sup> *Hart L. A., Honore T. Causation in the Law. 2nd ed. Oxford : Clarendon Press, 1985. P. 230.*

<sup>43</sup> *Bridge M. G. The Sale of Goods. 3rd ed. Oxford University Press, 2013. P. 541.*

<sup>44</sup> Такой критерий ограничения убытков, как предвидимость, предусмотрен: в статье 74 Венской конвенции о международной купле-продаже товаров (CISG) ; в статье 7.4.4 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА (PICC) ; в статье III.-3:703 Модельных правил европейского частного права (DCFR).

На наш взгляд, представляется логичным распространение предвидимости как ограничительного критерия и на соглашения об индемнити, поскольку «убыточным», явно обременительным для должника может оказаться и соглашение о возмещении потерь в силу возможной непредвиденности их конечного размера, особенно в тех ситуациях, когда в соглашении не указан предельный размер возмещаемых потерь, а лишь содержится механизм их определения или расчета, что возможно, согласно статьи 406.1 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Относительно обязанности по уменьшению убытков (mitigation) представляет интерес позиция Эвана Маккендрика, что кредитор остается свободным в выборе своего поведения, однако, если он не осуществит действий по уменьшению размера своих убытков, то будет ограничен в возможности их возмещения в полном объеме (пропорционально размеру убытков, которые он мог бы сам предотвратить). Что касается оценки поведения кредитора, то он должен предпринять лишь разумные действия, направленные на уменьшение убытков, которые осуществил бы любой разумный и заботливый человек при подобных обстоятельствах (включая понесенные расходы)<sup>46</sup>. В литературе обязанность по уменьшению убытков характеризуется также посредством трехсоставного правила: во-первых, убытки,

которые можно было предотвратить, возмещению не подлежат; во-вторых, если были понесены разумные расходы либо возникли разумные потери в целях предупреждения вреда, то они подлежат возмещению даже если оказались напрасными; в-третьих, предотвращенные убытки возмещению не подлежат, поскольку компенсируется только фактически понесенные потери<sup>47</sup>.

В этой связи представляет интерес решение по делу *Royscot Commercial Leasing Ltd v. Ismail* (29 April 1993). По данному делу был заключен договор аренды оборудования. Директор компании арендатора предоставил индемнити в пользу арендодателя. Впоследствии директор возражал против требований арендодателя, поскольку последний не предпринял разумных действий по уменьшению своего ущерба в связи с нарушением договора арендатором. Указанный аргумент был отклонен, поскольку требования из контракта об индемнити — это не требование об убытках, но является требованием по взысканию определенной денежной суммы (долга), которая причитается кредитору в связи с наступлением определенного в договоре события.

Таким образом, суд в данном деле исходил из традиционного подхода, что существует обязанность лишь по уменьшению убытков (damages), однако отсутствует обязанность по уменьшению денежного долга (debt).

<sup>45</sup> See: *Jonh Y. Gotanda. Damages in Lieu of Performance Because of Breach of Contract // Villanova University School of Law. Public law and Legal Theory Working Paper № 2006-8. July 2006. URL: <http://ssrn.com/abstract=917424>. О допустимости применения предвидимости как критерия ограничения размера убытков в российском праве см.: Богданов Д. Е. Эволюция гражданско-правовой ответственности с позиции справедливости: сравнительно-правовой аспект. М., 2015. С. 135—145.*

В этой связи представляет интерес то, что в Германии и Австрии прямо не используют концепцию предвидимости убытков. Однако и там причинность в договорных отношениях устанавливается подобным образом. Теория *conditio sine qua non* служит средством установления фактической причинно-следственной связи между цепочкой событий в их исторической ретроспективе. Однако помимо фактической, устанавливается и юридическая причинность, поскольку *conditio sine qua non* дополняется теорией адекватной причинности, которая, по сути, не является теорией причинности в фактическом смысле, но просто служит средством установления лимитов ответственности, т.е. объема убытков, которые могут быть вменены должнику. Адекватность, типичность причинения убытков определяется путем использования стандарта разумного субъекта, который условно ставится в позицию неисправной стороны, т.е. так называемого «опытного наблюдателя» (*optimale beobachter*). Возмещению подлежат убытки, которые являются типичными для «опытного наблюдателя» с позиции опыта. Поэтому в компаративистской литературе отмечается, что отличия между предвидимостью убытков и их адекватностью, скорее, терминологические, чем сущностные (*Markesinis B., Unberath H., Jonston A. The German law of contract. A comparative treatise. 2nd ed. Oxford and Portland, Oregon : Hurt Publishing, 2006. P. 474*).

<sup>46</sup> *McKendrick E. Contract Law. 7th ed. P. 421—422.*

<sup>47</sup> *McGregor H. McGregor on Damages. 17th ed. L. : Sweet & Maxwell, 2003. P. 216—217.*

Заслуживает внимания решение по делу *Total Transport Corporation v. Arcadia Petroleum Ltd* (1998) 1 Lloyd's Rep 351. В решении было указано на то, что если оговорка об индемнити применяется в связи с нарушением договора, то при толковании такой оговорки следует считать, что она покрывает только предвидимые последствия нарушения договора. Для того чтобы оговорка покрывала сумму, превышающую обычный размер убытков, необходимо чтобы это было явно и определенно сформулировано в договоре (*express language*).

Из анализа последнего решения видно стремление поставить под сомнение классический постулат в отношении соглашений (оговорок) об индемнити, поскольку размер выплаты был ограничен критерием предвидимости потерь. Решение суда, по сути, было направлено на обеспечение справедливого баланса между участниками договорных отношений.

Вызывает интерес позиция суда и потому, что при наличии любых сомнений оговорка будет толковаться в пользу того, что сумма компенсируемых потерь не превышает размера предвидимых убытков от нарушения договора. По сути, речь идет о таком способе толкования договора, как *contra proferentem*. Данный способ часто применяется при толковании оговорок об индемнити, а также оговорок об исключении либо ограничении ответственности (*exclusion clause*)<sup>48</sup>. Например, суды строго подходят к вопросу толкования соглашений (оговорок) об индемнити, когда они направлены на возмещение потерь кредитора, которые возникли в силу его неосторожной вины, небрежности (*negligence*)<sup>49</sup>.

Толкование *contra proferentem* является классическим для цивилистики, поскольку

еще Цельсом было сформулировано правило: *ambiguitus contra stipulatorem est*. Впоследствии данное правило было развито постгlossаторами до универсального принципа толкования договоров, согласно которому любые сомнения относительно значения договорного условия должны трактоваться против лица, его предложившего<sup>50</sup>. В настоящее время данный принцип толкования договоров является общепризнанным и известен большинству правовых систем<sup>51</sup>. Он упоминается в актах, направленных на унификацию договорного права, например в ст. 4.6 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА, согласно которой, если условия договора, выдвинутые одной стороной, являются неясными, то предпочтение отдается толкованию, которое противоположно интересам этой стороны. В России правило *contra proferentem* впервые было закреплено в п. 11 постановления Пленума Верховного Арбитражного Суда Российской Федерации от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах»<sup>52</sup>.

Верховный Суд Российской Федерации продемонстрировал «скрытое» применение правила *contra proferentem* в части ст. 406.1 ГК РФ. Так, согласно п. 17 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 марта 2016 г. № 7, применяя положения ст. 406.1 ГК РФ, следует учитывать, что соглашение о возмещении потерь должно быть явным и недвусмысленным. По смыслу ст. 431 ГК РФ, в случае неясности того, что устанавливает соглашение сторон — возмещение потерь или условия ответственности за неисполнение обязательства — положения статьи 406.1 ГК РФ не подлежат применению<sup>53</sup>. На примере указанной правовой позиции Верховного Суда

<sup>48</sup> *Courtney W.* Construction of contractual indemnities: Out with the old, in with the new // *Journal of Contract Law*. 2008. Vol. 24. No. 2. P. 182—195.

<sup>49</sup> *McDonald B.* Contractual exclusions and indemnities of liability for negligence // *The University of Sydney, Sydney Law School / Legal Studies Research Paper* № 08/61. June 2008. — URL: <http://ssrn.com/abstract=1149908>.

<sup>50</sup> *Zimmerman R.* The law of obligation: Roman foundations of the civilian tradition. Oxford University Press, 1990. P. 640—641.

<sup>51</sup> Так, можно указать на ст. 1288 ГК Испании, ст. 2056 ГК Луизианы, ст. 1654 ГК Калифорнии, ст. 1370 ГК Италии, ст. 423 ГК Бразилии, ст. 915 Всеобщего ГК Австрии, ст. 206 Restatement (Second) of Contracts (США), ст. 6.193 ГК Литвы, ст. 6:238 ГК Нидерландов; ст. 305с ГГУ, ст. 41 Закона о контрактах КНР и др.

<sup>52</sup> *Богданов Д. Е.* Применение правила *contra proferentem* при толковании договоров с позиции тенденции солидаризации гражданского права // *Адвокат*. 2016. № 1. С. 11—15.

<sup>53</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений ГК РФ об ответственности за нарушение обязательств» // СПС «КонсультантПлюс».

Российской Федерации становится заметным негативное отношение отечественного правоприменителя к заимствованным нововведениям. Консервативный судья разумнее законодателя-либерала.

Необходимо отметить, что ортодоксальная позиция о неприменении при возмещении потерь на основании соглашения об индемнити указанных выше критериев ограничения размера взыскиваемых убытков (*remoteness, mitigation*) не означает, что индемнити в англосаксонском праве лишено признака компенсационности.

Как отмечает в этой связи Уэйн Кортни, все многочисленные разновидности договорных индемнити объединяет «концепция точной защиты» (*the concept of exact protection*), суть которой раскрывается посредством двух признаков (элементов): эффективность защиты (*the efficacy of protection*) и обеспечение точности в защите (*the exactness of protection*)<sup>54</sup>.

Первый элемент означает, что соглашение (оговорка) об индемнити предоставляет эффективную защиту от таких потерь кредитора, которые могут быть охвачены формулировкой соглашения. Таким образом, данный метод основан на толковании соглашения, определении его компенсационного диапазона.

Второй элемент связан собственно с обеспечением точности в защите. Это означает, что:

- а) кредитор должен реально, фактически понести потери;
- б) предоставляемая компенсация должна быть не меньше, но и не больше чем фактические потери кредитора;
- в) необходим учет выгоды, которая была получена кредитором в связи с наступлением указанных в соглашении обстоятельств.

Представляет интерес деление Уэйном Кортни соглашений об индемнити на компенсационные и превентивные. Последние из указанных направлены на компенсацию будущих, еще не возникших потерь. Они противоречат ортодоксальному пониманию договорных индемнити, поскольку порождают угрозу того, что кредитор может получить компенсацию в размере, который превысит его будущие потери в силу их относительной неопределенности. Как отмечает автор, современная позиция

осталась неизменной и негативной: если иное прямо не предусмотрено условиями соглашения, кредитор не имеет права на получение денежной суммы, пока не понесет фактических, реальных потерь<sup>55</sup>.

Выражением данного ортодоксального взгляда является высказывание английского судьи по делу *Montagu STANLEY & Co v. J.C. Solomon Ltd (1932) 2 KB 287*, что «многие должники были неспособны заплатить долги в установленные сроки, но нельзя утверждать, что невыплаченные деньги — это потерянные деньги». С этой позиции сам по себе факт просрочки погашения долга третьим лицом не является достаточным основанием для требований кредитора к должнику по возмещению потерь.

Таким образом, ортодоксальный, классический взгляд на индемнити учитывает строго компенсационную природу данного инструмента распределения имущественных потерь, что предполагает наличие обязанности для кредитора по доказыванию наступления обстоятельств, на случай которых предусмотрено возмещение потерь, их размер, а также причинно-следственную связь между указанным обстоятельством и наступившими потерями.

Например, если индемнити было сформулировано по «первому типу», т.е. направлено на защиту кредитора от ответственности перед третьими лицами, то пока кредитор фактически не понесет потери, выплатив сумму убытков, он не будет иметь право на возмещение своих потерь.

Английские суды впоследствии смягчили строгий подход в отношении будущих потерь и допустили их компенсацию в ситуациях когда, например, ответственность кредитора перед третьим лицом носит безусловный, неизбежный характер (*absolute liability*). Это повлияло и на практику индийских судов. Так, в решении по делу *Gajanan Moreshwar Parelkar v. Moreshwar Madan Mantri (High Court of Bombay, AIR 1942 Bom 302)* было указано, что ст. 124 и 125 Закона Индии о контрактах не охватывают все виды договорных индемнити, поэтому допустимо возмещение будущих потерь кредитора, если неизбежна его ответственность перед третьим лицом<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> *Courtney W. The nature of contractual indemnities. P. 1—18.*

<sup>55</sup> *Courtney W. The nature of contractual indemnities. P. 1—18.*

<sup>56</sup> *Indemnity and damages. URL: <http://ssrn.com/abstract=2020687>.*

Указанное смягчение строгого, «ортодоксального» подхода к договорным индемниту не означает отказа от их компенсационной природы и привязки к реальному размеру потерь.

Например, если обратиться для сравнения к российскому праву, то согласно п. 2 ст. 15 ГК РФ реальным ущербом являются расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права. Таким образом, компенсационный диапазон убытков по российскому праву охватывает и будущие расходы (потери) кредитора. Кредитор должен доказать наличие убытков, с разумной степенью достоверности — их размер, а также причинно-следственную связь между действиями правонарушителя и его убытками<sup>57</sup>.

Возвращаясь к предложенному Уэйном Кортни делению соглашений об индемниту, необходимо отметить: названный автор считает, что превентивные индемниту, по сути, могут выступать в качестве соглашений (оговорок) о заранее согласованных убытках (*agreed damages clauses*)<sup>58</sup>. Как указывают Елизавета Педэн и Джон Картер, суд взыщет согласованную сумму убытков, если признает, что условие договора предусматривает так называемые *liquidated damages*, однако оговорка будет недействительной, если согласованная сумма будет квалифицирована в качестве штрафа (*penalty*). Так, в недавнем решении по делу *Ringrow Pty Ltd v. BP Australia Pty Ltd* было разъяснено, что согласованная сумма убытков является штрафом, если при данных обстоятельствах она непропорциональна или значительно больше, чем размер вреда, который обычно возникает при таких нарушениях договора<sup>59</sup>.

Это подчеркивает необходимость рассмотрения соглашений об индемниту с позиций их компенсационности, что обуславливает оценку размера взыскиваемых потерь с учетом кри-

терия их предвидимости, в целях обеспечения справедливого распределения риска имущественных потерь между контрагентами.

В этой связи представляет интерес, что разработчики ст. 406.1 ГК РФ, по сути, лишили соглашение о возмещении потерь признака компенсационности, поскольку суд не может уменьшить размер возмещения потерь, за исключением случаев, когда доказано, что сторона умышленно содействовала увеличению размера потерь (п. 2 ст. 406.1 ГК РФ).

Старый вариант проекта редакции ст. 406.1 ГК РФ прямо предполагал, что к этой статье будут применяться нормы ст. 15 ГК РФ «Возмещение убытков» и ст. 404 ГК РФ «Вина кредитора». По сути, старая редакция проекта ст. 406.1 ГК РФ была сформулирована в рамках «концепции точной защиты» и не допускала отрыва возмещения потерь от компенсационной функции гражданского права и начал корректирующей справедливости.

В. В. Витрянский, комментируя старый проект, отмечал, что «указанное возмещение потерь не является формой ответственности, а представляет собой определенную компенсацию риска кредитора, участвующего в соответствующем договорном правоотношении. Возможность же применения при определении размера возмещения некоторых норм об ответственности (правил об убытках, а также о вине кредитора), носящего, скорее, юридико-технический характер, позволит “умерить аппетит” кредитора, исключив его неосновательное обогащение»<sup>60</sup>.

Чтобы преодолеть возможные проблемы, которые сулила спорная редакция ст. 406.1 ГК РФ, Верховный Суд Российской Федерации сформулировал правовую позицию, направленную на недопустимость отрыва соглашений о возмещении потерь от начал компенсационности.

<sup>57</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», п. 12 ; постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 марта 2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств», п. 5 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>58</sup> Courtney W. The nature of contractual indemnities. P. 16.

<sup>59</sup> Peden E., Jonh W. Carter. Agreed Damages Clauses — Back to the Future // Journal of Contract Law. 2006. Vol. 22. P. 189—190.

<sup>60</sup> Витрянский В. В. Общие положения о договоре в условиях реформирования российского гражданского законодательства // Кодификация российского частного права 2015 / под ред. П. В. Крашенинникова. М., 2015.

Согласно п. 15 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24 марта 2016 г. № 7 по смыслу ст. 406.1 ГК РФ возмещение потерь допускается, если будет доказано, что они уже понесены или с неизбежностью будут понесены в будущем. При этом сторона, требующая выплаты соответствующего возмещения, должна доказать наличие причинной связи между наступлением соответствующего обстоятельства и ее потерями. Стороны вправе установить, в частности, такой порядок определения размера потерь, по которому одна из сторон возмещает другой все возникшие у нее потери, вызванные соответствующими обстоятельствами, или их часть.

Если сторона, в пользу которой должно быть осуществлено возмещение потерь, недобросовестно содействовала наступлению обстоятельства, на случай которого установлено это возмещение, для целей применения ст. 406.1 ГК РФ такое обстоятельство считается ненаступившим (п. 4 ст. 1, п. 2 ст. 10 ГК РФ).

Таким образом, правовая позиция Верховного Суда РФ возвращает соглашения о возмещении потерь в рамки «концепции точной защиты», что соответствует началам корректирующей (восстановительной) справедливости, компенсационной функции гражданского права. Кредитор будет обязан доказать не только наличие причинно-следственной связи между обстоятельством, указанным в соглашении, и возникшими потерями, но и обосновать их размер. И только в размере уже понесенных потерь или потерь, которые с неизбежностью будут понесены в будущем (по сути, предвидимых потерь), кредитор может получить компенсацию от должника. Представляет интерес и ссылка на необходимость оценки поведения кредитора с позиций стандартов добросовестного поведения.

По сути, мы в очередной раз явились свидетелями удивительного явления: не успела норма ГК РФ вступить в законную силу, как ее положения были частично заблокированы разъяснениями (правовой позицией) высшей судебной инстанции. Данное удивительное явление обусловлено тем, что последняя редакция ст. 406.1 ГК РФ противоречила всему смыслу законодательной реформы, которая была направлена на усиление начал добросовестности и справедливости в сфере гражданско-правового регулирования, что отразилось на поправках в ст. 1, 10, 166, 307, 393, 428, 431.1, 432, 450.1 ГК РФ и др.

Необходимо отметить, что соглашения (оговорки) о возмещении потерь, особенно когда они составлены в рамках англосаксонской традиции, могут вступать в конфликт с нормами Гражданского кодекса Российской Федерации. В этой связи представляет интерес следующее дело, которое рассматривалось накануне вступления в законную силу ст. 406.1 ГК РФ. Между истцом (подрядчиком) и ответчиком (заказчиком) заключен договор о выполнении работ по испытанию поисково-оценочной скважины. Так как работы по договору оказывались с использованием оборудования подрядчика, стороны определили термин «оборудование» как имущество, материалы, запасы и продукцию, обеспечиваемые группой подрядчика в связи с выполнением работ.

В соответствии с положениями п. 8.1.1 договора, подрядчик обязуется защищать, освободить от ответственности и ограждать группу заказчика от всех претензий, требований, исков или поводов для судебных разбирательств в связи с повреждением или потерей любого оборудования или имущества группы подрядчика, за исключением случаев повреждения или потери оборудования внутри объекта. Гибель оборудования, вследствие долгого нахождения в скважине при проявлении сероводорода, а также отказ ответчика от принятия мер по извлечению из скважины оборудования истца послужили основанием для обращения с исковым заявлением.

Отказывая в удовлетворении исковых требований, суд первой инстанции руководствовался тем, что проявление сероводорода в скважине не является аварийной ситуацией и безусловным основанием для прекращения каких-либо работ на скважине. Никакие нормативные документы, правила (в том числе и федеральные нормы и правила в области промышленной безопасности «Правила безопасности в нефтяной и газовой промышленности», утвержденные приказом Федеральной службы по экологическому, технологическому и атомному надзору № 101 от 12 марта 2013 г.) не содержат утверждения обратного.

В соответствии с п. 1 ст. 705 ГК РФ, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом, иными законами или договором подряда, риск случайной гибели или случайного повреждения материалов, оборудования, переданной для переработки (обработки) вещи или иного используемого для исполнения договора имущества несет предоставившая их сторона.

Согласно ст. 716 ГК РФ, подрядчик обязан немедленно предупредить заказчика и до получения от него указаний приостановить работу при обнаружении иных не зависящих от подрядчика обстоятельств, которые грозят годности или прочности результатов выполняемой работы либо создают невозможность ее завершения в срок.

Истец не приостанавливал работы и не предупреждал заказчика о негативных последствиях, так как проявление сероводорода не является основанием для остановки работ и не должно было грозить прочности оборудования истца, которое является сероводородостойким. Факт повреждения сероводородостойкого оборудования от сероводорода говорит лишь о том, что истец нарушил свое обязательство по предоставлению качественного оборудования для производства работ<sup>61</sup>.

Необходимо пояснить, что формулировка п. 8.1.1 спорного договора, что подрядчик обязуется защищать, освобождать от ответственности и ограждать группу заказчика от всех претензий (требований, исков) является традиционной для англо-американской договорной традиции в сфере подрядных отношений. Дословно начало текста этой типичной оговорки воспроизводится, как «contractor agrees to defend, indemnify and hold harmless»<sup>62</sup>.

Применительно к специфике деятельности (бурение), данная спорная оговорка является типичной для договорных стандартов в указанной сфере. Например, согласно стандартному контракту, разработанному Международной ассоциацией буровых подрядчиков (US IADC standard contracts)<sup>63</sup>, предусмотрена оговорка о взаимном ограждении от потерь (mutual hold harmless, mutual indemnity), которая традиционно еще именуется в англосаксонском договорном праве как оговорка «удар на удар» (knock for knock indemnity). Согласно указанной стандартной оговорке контрагенты взаимно

освобождают друг друга от всех рисков, за исключением риска гибели оборудования в скважине ниже стола бурового ротора<sup>64</sup>.

Как видно из указанного примера, суды не стали разбираться в хитросплетениях англо-американских оговорок. Они просто применили правила ГК РФ о подряде, квалифицировав, что при таких обстоятельствах не только отсутствует факт случайной гибели имущества, но имеется факт ненадлежащего исполнения подрядчиком своих обязательств (использование некачественного оборудования, а также нарушение информационной обязанности по ст. 716 ГК РФ). Подрядчик как профессионал мог разумно предвидеть те неблагоприятные последствия, которые могут возникнуть при воздействии сероводорода на оборудование.

Как мы помним, согласно ст. 406.1 ГК РФ обстоятельства, с наступлением которых возникает право на возмещение потерь, не должны быть связаны с нарушением своих обязательств одной из сторон такого соглашения.

Для целей настоящего исследования представляет интерес еще один казус «переходного периода», по которому, однако, судебные постановления выносились и после вступления в законную силу ст. 406.1 ГК РФ. По данному делу рассматривался вопрос о допустимости распределения потерь, которые возникли в ходе исполнения договорного обязательства.

Между сторонами был заключен договор на перевозку каменного угля, в п. 4.1.2 которого стороны указали, что в случае сверхнормативного простоя судов, связанного с судоходными условиями на р. Марха, не позволяющими временно использовать флот на перевозку угля, заказчик оплачивает содержание флота. Согласно акту от 22 октября 2013 г. в период с 15 июля 2013 г. по 8 сентября 2013 г. флот простаивал в ожидании подъема необходимого уровня воды. Ссылаясь на отказ предприятия оплатить стоимость простоя судов, общество обратилось

<sup>61</sup> Постановление Арбитражного суда Московского округа от 3 марта 2015 г. № Ф05-249/2015 по делу № А40-49047/14 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>62</sup> *Pisano C. M.* Judicial Interpretation of Indemnity Clauses // *Louisiana Law Review*. 1987. Vol. 48. No. 1. P. 169.

<sup>63</sup> US IADC standard contract. URL: <http://www.iadc.org/>. Анализ данной оговорки см.: *Ануров В. Н.* Возмещение потерь в нефтесервисных договорах. М., 2016.

<sup>64</sup> Стандартная форма: Client shall be liable for and shall defend, indemnify and hold contractor group harmless from and against any claims arising out of the loss (destruction) of or damage to the equipment or abnormal wear of equipment of the contractor group if such equipment was lost, damaged or subjected to abnormal wear being in hole below rotary table. Пункт 9.6.

в арбитражный суд с иском о взыскании задолженности по договору и процентов за пользование чужими денежными средствами.

Суды установили, что в пункте 1.2 договора предприятие поручило обществу осуществить перевозку речным транспортом каменного угля в период навигации 2013 г. Сторонами согласованы направления, объем и сроки: июнь — июль 2013 г.

По мнению ФАС Восточно-Сибирского округа, исполняя обязанность по договору, истец не проявил должной осмотрительности и заботливости при перевозке каменного угля речным транспортом в пределах установленного в приложении к договору срока.

Суд учел правовую позицию о фактическом соотношении переговорных возможностей сторон, изложенной в п. 10 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах». В результате ФАС ВСО пришел к выводу, что, поскольку между сторонами сложились длительные правоотношения по перевозке каменного угля для социально значимых нужд, учитывая условия доставки груза в отдаленные районы, отсутствовали основания для взыскания задолженности по договору и процентов за пользование чужими денежными средствами.

В определении Верховного Суда РФ было также отмечено, что действия истца по доставке груза в отдаленные районы, не отвечали критериям добросовестного, разумного и осмотрительного исполнения договорных обязательств<sup>65</sup>.

Как видно из данного примера, в договор, по сути, была включена оговорка о возмещении потерь от простоя речных судов. Однако суды учли факт неосмотрительного поведения истца, который, действуя добросовестно и разумно, должен был оперативно перевезти уголь для социально значимых нужд.

Оговорки по возмещению потерь не будут существовать в изолированной среде. При их толковании и оценке суды будут руководствоваться стандартами добросовестного и разумного поведения контрагентов, проверять такие договорные условия на предмет их соответствия критериям справедливости с учетом фактического соотношения переговорных возможностей контрагентов<sup>66</sup>.

Так, научно-консультативный совет при ФАС Уральского округа сформулировал следующие рекомендации, что при оценке возражений должника о несоразмерности фактической и согласованной в договоре величины потерь в предмет доказывания подлежит включению установление обстоятельств, свидетельствующих о несправедливом характере договорного условия, с учетом положений пунктов 2, 3 статьи 428 ГК РФ<sup>67</sup>.

Правильность указанных рекомендаций подтверждается проведенным в Малайзии эмпирическим исследованием, связанным с опросом представителей компаний-подрядчиков, привлекаемых операторами к работе на нефтепромыслах в Малайзии. Был установлен факт массового злоупотребления операторами своей более сильной переговорной позицией. Все свои риски имущественных потерь операторы перелаживают на более слабых участников договорных отношений.

По результатам исследования был сделан вывод о необходимости контроля за справедливостью условий соглашений об indemnity, в том числе использования доктрины неравенства переговорных возможностей (the doctrine of inequality of bargaining power)<sup>68</sup>.

В англосаксонском праве традиционно в качестве проблемного рассматривается вопрос о допустимости компенсации потерь посредством договорных оговорок об indemnity, если такие потери возникли по вине самого

<sup>65</sup> Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 1 июля 2015 г. № Ф02-2872/2015 по делу № А58-4195/2014 ; определение Верховного Суда РФ от 2 ноября 2015 г. № 302-ЭС15-13176 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>66</sup> Богданов Д. Е. Проблемы свободы и справедливости договора в российской судебной практике // Современное право. 2015. № 12. С. 102—106.

<sup>67</sup> Рекомендации Научно-консультативного совета при Федеральном арбитражном суде Уральского округа (по итогам заседания, состоявшегося 10 июня 2015 г. в г. Ижевске) // Экономическое правосудие в Уральском округе. 2015. № 3.

<sup>68</sup> *Zulhafiz W. M.* An empirical study on the contractual risk allocation provisions and indemnity and hold harmless clauses in the oilfield service contracts in Malaysia // Paper proceedings of Second international conference on interdisciplinary / Legal Studies 2015. Toronto, Canada. P. 103—111.

кредитора. Так, существуют несколько основных подходов в судебной практике применительно к толкованию указанных оговорок посредством правила *contra proferentem* либо использованию трехсоставного правила, сформулированного в прецеденте *Canada Steamship Lines Ltd v. The King* (1952)<sup>69</sup>.

В российском праве решение указанной проблемы также приобретает свое особое, национальное звучание. Как уже указывалось, у нас также применяется правило *contra proferentem*. Однако названные оговорки противоречат императивным нормам Гражданского кодекса Российской Федерации.

Относительно вопроса о допустимости возмещения потерь кредитору при наличии его неосторожной вины представляет интерес следующее дело<sup>70</sup>. Между генподрядчиком и подрядчиком был заключен договор на выполнение работ по устройству монолитных железобетонных перекрытий кессонного типа.

Для выполнения работ по указанному договору в соответствии с п. 1.4, 4.3 генподрядчик передал по актам подрядчику для выполнения работ материал и комплектующие (объемные стойки, телескопические стойки для переопирания перекрытий, несущие балки опалубки, фанеру опалубочную, кессонную опалубку).

При выполнении подрядчиком работ по заливке опалубки перекрытия бетоном произошло обрушение смонтированной опалубки, вследствие чего весь залитый бетон, арматура, опалубка упали на нижележащее перекрытие и повредили его. В результате обрушения генподрядчику был причинен ущерб в размере

стоимости переданных ответчику и поврежденных обрушением материалов и комплектующих.

Как указал суд, подрядчик не может быть привлечен к ответственности за ущерб, причиненный объекту строительства в связи с применением материалов со скрытыми дефектами, переданных ему генподрядчиком.

Поскольку явных дефектов переданная опалубка не имела (что сторонами не оспаривалось), у судов не имелось оснований для возложения на ответчика-подрядчика ответственности в виде убытков по причине использования в производственной деятельности явно недоброкачественного оборудования, переданного генподрядчиком (п. 2 ст. 751 ГК РФ) в нарушение абз. 2 п. 1 ст. 716 Кодекса.

Суды пришли к обоснованному выводу, что обрушение опалубки произошло по причине наличия в ней скрытых дефектов, влияющих на несущую способность конструкций.

При таких обстоятельствах кассационная инстанция считает, что в удовлетворении требования о возмещении убытков, связанных с обрушением опалубки, судами отказано правомерно ввиду недоказанности истцом совокупности обстоятельств, позволяющих применить статью 15 ГК РФ, а также в силу положений статьи 741 ГК РФ.

Из анализа данного дела видно, что российский законодатель императивно решил вопрос распределения риска недостижения результата по договору строительного подряда по причине дефектов предоставленных заказчиком материалов (деталей, конструкций, оборудования).

<sup>69</sup> Так называемые правила *Canada SS rules*. Суть данного архаического правила толкования выражается в его «трехступенчатом» характере. Во-первых, оговорка об освобождении от ответственности за небрежную (неосторожную) вину (*negligence*) эффективна, если она содержит явно выраженное (недвусмысленное) условие об освобождении лица от последствий его небрежности. Во-вторых, если в оговорке нет выраженного указания на небрежность, то суд должен рассмотреть текст оговорки на предмет того, является ли он достаточно «широким» в его обычном значении, чтобы охватить и небрежность. В-третьих, если суд посчитает, что текст оговорки может быть применим и к небрежности, необходимо рассмотреть вопрос, не направлена ли оговорка на освобождение от ответственности по любому другому основанию.

Если такое основание будет обнаружено, то считается, что оговорка не освобождает от последствий небрежного вредоносного поведения (*Courtney W. Construction of contractual indemnities: Out with the old, in with the new // Journal of Contract Law. 2008. Vol. 24. No. 2. P. 182—195*).

<sup>70</sup> Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 16 марта 2016 г. № Ф03-440/2016 по делу № А51-8033/2015. Определением Верховного Суда РФ от 11 июля 2016 г. № 303-ЭС16-7017 отказано в передаче дела № А51-8033/2015 в Судебную коллегия по экономическим спорам Верховного Суда РФ для пересмотра в порядке кассационного производства данного постановления // СПС «КонсультантПлюс».

Согласно п. 2 ст. 741 ГК РФ, если объект строительства до его приемки заказчиком погиб или поврежден вследствие недоброкачества предоставленного заказчиком материала (деталей, конструкций) или оборудования либо исполнения ошибочных указаний заказчика, подрядчик вправе требовать оплаты всей предусмотренной сметой стоимости работ при условии, что им были выполнены обязанности, предусмотренные п. 1 ст. 716 ГК РФ.

При таких обстоятельствах заключение соглашения об indemnity, направленного на возмещение потерь, обусловленных виновным (неосторожным) поведением кредитора (заказчика), будет противоречить императивной норме п. 2 ст. 741 ГК РФ. Таким образом, волнующая англосаксонских цивилистов проблема распределения риска недостижения цели договора и возмещения потерь, обусловленных неосторожным поведением самого кредитора, не имеет значения для российской науки, поскольку уже решена законодателем. Возмещение таких потерь является недопустимым.

Несмотря на всю спорность правил ст. 406.1 ГК РФ, в п. 1 указанной статьи есть оговорка, что возмещение потерь допускается, если они не связаны с нарушением обязательства его стороной. Поэтому любое нарушение обязательства самим контрагентом (предоставление заказчиком некачественных материалов) исключает саму возможность возмещения потерь.

Подводя итог, следует отметить, что выводы некоторых российских комментаторов о том, что в российском праве появился институт indemnity, не вполне корректны, поскольку нет самого института indemnity ни в российском, ни в иностранном праве. Как уже указывалось иностранными авторами, это метод распределения имущественных потерь. С позиции нашей науки, это — проявление компенсационной и распределительной функции гражданского права, начал корректирующей и дистрибутивной справедливости.

С позиций отдельного правового института может рассматриваться только вопрос о соглашениях, направленных на возмещение имущественных потерь (договорных indemnity).

Как отмечается в общетеоретической литературе, «правовой институт — как структурный элемент системы права, являющийся первичной правовой общностью, состоит из правовых норм, так же как отрасль права состоит из правовых институтов. Не любое произвольное сочетание правовых норм создает новое качественное образование — правовой институт, а совокупность норм, связанных между собой своим юридическим содержанием и непосредственным отношением к регулируемым ими общественным отношениям»<sup>71</sup>.

В работах С. С. Алексеева выделен такой обязательный признак правового института, как объединение всех норм устойчивыми закономерными связями, которые выражены в общих предписаниях, а главное, в юридической конструкции, т.е. особой связи элементов, выражающей системную целостность, стойкую композицию элементов<sup>72</sup>. С указанных позиций действительно можно вести речь о возмещении договорных потерь как институте российского гражданского права. Однако новизна этого института является относительной. Помимо новелл пункта 3 статьи 310 (плата за односторонний отказ от договора — это тоже возмещение потерь) и статьи 406.1 Гражданского кодекса Российской Федерации, у нас имеется множество традиционных норм, направленных на перераспределение имущественных рисков и потерь в договорах купли-продажи, аренды, подряда, комиссии и агентском, простого товарищества и т.д. (ст. 459, 616, 705, 717, 1000, 1003, 1046 ГК РФ и др.). В совокупности указанные нормы, имеющие единое функциональное назначение и системные связи друг с другом, формируют единый институт распределения договорных рисков и возмещения имущественных потерь.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Ануров В. Н. Возмещение потерь в нефтесервисных договорах. — М., 2016.
2. Витрянский В. В. Общие положения о договоре в условиях реформирования российского гражданского законодательства // Кодификация российского частного права 2015 / под ред. П. В. Крашенинникова. — М., 2015.

<sup>71</sup> Киримова Е. А. Структура правовых институтов: понятие и виды // Вопросы теории государства и права. Вып. 3 (12) / под ред. И. Н. Сенякина. Саратов, 2001. С. 128.

<sup>72</sup> Алексеев С. С. Структура советского права. М., 1975. С. 123—124.

3. *Киримова Е. А.* Структура правовых институтов: понятие и виды // Вопросы теории государства и права. — Вып. 3 (12) / под ред. И. Н. Сенякина. — Саратов, 2001.
4. *Останина Е. А.* Судьба индемнити при несостоятельности должника // Закон. — 2015. — № 7.
5. *Падиряков А. В.* Взыскание убытков и согласованные средства правовой защиты по праву Англии и РФ // Закон. — 2015. — № 7.
6. *Подузова Е. Б.* Возмещение потерь при неисполнении организационного обязательства: проблемы теории и практики // Законы России: опыт, анализ, практика. — 2016. — № 7.
7. *Степанов Д. И.* Проект Гражданского кодекса: от патернализма по-советски к истинному частному праву // Закон. — 2012. — № 5.
8. *Четырус Е. И.* Возмещение потерь, не связанных с нарушением обязательств // Журнал российского права. — 2016. — № 9.
9. *Courtney W.* Construction of contractual indemnities: Out with the old, in with the new // Journal of Contract Law. — 2008. — Vol. 24. — No. 2.
10. *Courtney W.* The nature of contractual indemnities // Journal of Contract Law. — 2001. — Vol. 27. — No. 1, 2.
11. *Cusimano L. Brener.* Contractual Indemnity under Maritime and Louisiana Law // Louisiana Law Review. — 1982. — Vol. 43. — No. 1.
12. *Daigle S. A., Rivere J. T.* Contractual Indemnity in Maritime Law // Louisiana Law Review. — 1995. — Vol. 55. — No. 4.
13. *Drobnig U.* The law governing credit security // The private law systems in the EU : Discrimination on the ground of nationality and the need for European Civil Code / Christian von Bar (head of team). — European Parliament, 2000. — P. 57—82. — URL: [http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/juri/pdf/103\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/juri/pdf/103_en.pdf).
14. *Gorman F. J.* Indemnity and Contribution under Maritime Law // Tulane Law Review. — 1981. — Vol. 55. — No. 4.
15. *Koffman L., Macdonald E.* The Law of Contract. Fourth Edition. — Tolley, 2001.
16. *Markesinis B. S., Unberath H.* The German Law of Torts: A Comparative Treatise. — 4<sup>th</sup> ed. — Oxford; Portland, Oregon : Hart Publishing, 2002.
17. *McKendrick E.* Contract Law: Text, Cases and Materials. — 2<sup>nd</sup> ed. — Oxford University Press, 2005.
18. *McKendrick E.* Contract Law. — 7<sup>th</sup> ed. — Palgrave Macmillan, 2007.
19. *McDonald B.* Contractual exclusions and indemnities of liability for negligence // The University of Sydney, Sydney Law School / Legal Studies Research Paper № 08/61. June 2008. // URL: <http://ssrn.com/abstract=1149908>.
20. *Mullis A., Oliphant K.* Torts. — 3<sup>rd</sup> ed. — Palgrave Macmillan, 2003.
21. *O'Sullivan J., Hilliard J.* The Law of Contract. — 4<sup>th</sup> ed. — Oxford University Press, 2010.
22. *Peden E. Carter J. W.* Agreed Damages Clauses — Back to the Future // Journal of Contract Law. — 2006. — Vol. 22.
23. *Pisano C. M.* Judicial Interpretation of Indemnity Clauses // Louisiana Law Review. — 1987. — Vol. 48. — No. 1.
24. *Saidov D.* The Law of Damages in International Sales. The CISG and other International Instruments. — Oxford and Portland, Oregon : Hart Publishing, 2008.
25. *Samuel G.* Law of Obligations and Legal Remedies. — 2<sup>nd</sup> ed. — Cavendish Publishing Limited, 2001.
26. *Sudhanshu Shekhar.* Difference Between Contract of Indemnity and Contract of Guarantee: Ten Cases Analysis // URL: <http://ssrn.com/abstract=2587228>.
27. *Twigg-Flesner C.* The Europeanisation of Contract Law. Current controversies in law. — L. ; N. Y. : Routledge-Cavendish, 2008.
28. *Waddams S.* The Law of Damages. — 4<sup>th</sup> ed. — Toronto : Canada Law Book Inc, 2004.
29. *Zulhaviz W.* Unfair Contracts Terms Act 1977: does it provide a good model in regulating risk allocation provisions in oilfield contracts in Malaysia? // International Journal of Trade and Global Markets. — 2015. — Vol. 8. — № 1.
30. *Zulhafiz W. M.* An empirical study on the contractual risk allocation provisions and indemnity and hold harmless clauses in the oilfield service contracts in Malaysia // Paper proceedings of Second international conference on interdisciplinary / Legal Studies 2015. — Toronto, Canada.

Материал поступил в редакцию 21 февраля 2107 г.

## COMPENSATION FOR LOSSES IN RUSSIAN AND FOREIGN LAW

**BOGDANOV Dmitriy Evgenevich** — Doctor of Law, Professor at the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)  
bogdanov.de@yandex.ru  
125993, Russia, Sadovaya-Kudrinskaya Street, 9

**Review.** *In Russia is still in the process of the civil law reforms. One of the most notable developments in this process has been the active application of foreign experience, which come out as the introduction of many foreign institutions into the Civil Code of the Russian Federation.*

*In regard to the novelties to Art. 406.1 of the RF Civil Code it has repeatedly been expressed that it is intended to introduce the concept of indemnity into the Russian Law. However, the category of indemnity is a kind of an "umbrella" category, which covers a wide range of relationships, as the indemnity is a method by which the law allocates different losses. For example, the insurance contract in Anglo-Saxon literature has traditionally been seen as a contract, the essence of which is to provide "indemnity".*

*The considered novelty deals with the so-called contractual indemnity, aimed at the adoption of the debtor on the risk of property loss, not related to the breach of their obligations. The range of this Article is not only limited to "guarantees" for the actions of third parties, indicating the influence of Anglo-Saxon law.*

*However, the drafters of Art. 406.1 of the Civil Code has deprived an agreement for loss reimbursement of the compensation feature since courts can not reduce the size of the losses, unless it is proved that the party deliberately contributed to their increase.*

*The legal position of the Supreme Court of the Russian Federation gets the agreement on compensation for losses in the framework of the "concept of accurate protection" (exact protection) which corresponds to the compensatory function of civil rights. The Supreme Court also demonstrated "hidden" application of the rule contra proferentem in regard of the interpretation of the agreements on compensation for losses.*

*The article substantiates the conclusion that in interpreting and assessing reservations for losses it is necessary to be guided by the standards of good faith and reasonable conduct of contractors, to verify these contractual terms for compliance with criteria of fairness, taking into account the actual ratio of negotiating capacities.*

*As a result of the research, it can be argued that the indemnity is the method of distribution of property losses, compensation and distribution functions of civil law. As a separate legal institution, it is possible to consider only the question of agreements for reimbursement of property losses.*

**Keywords:** *the civil law reform, compensation for losses, indemnity, contract, obligation, loss, foreseeability, pecuniary debt, allocation of contractual risk, inequality of negotiating opportunities, contractual fairness, in good faith.*

## BIBLIOGRAPHY

1. Anurov, V. N. Damages in Oilfield Service Contracts. — M., 2016.
2. Vitryanskiy, V. V. General Provisions on Contracts in Terms of Russian Civil Law Reform // Codification of Russian Private Law 2015 / P.V. Krasheninnikov, P.V. (ed.). Moscow, 2015.
3. Kirimova, E. A. The Structure of Legal Institutions: Concept and Types // Questions of Theory of State and Law. Iss. 3 (12) / I.N. Senyakin. Saratov, 2001.
4. Padiyakov, A. V. Damages and Approved Remedies under the Law of England and RF // Law. 2015. No.7.
5. Poduzova, E. B. Damages in Organizational Obligations Non-Performance: Problems of Theory and Practice // Laws of Russia: Experience, Analysis, Practice. 2016. No. 7.
6. Ostanina, E. A. The Fate of Indemnity in the Insolvency of the Debtor // Law. 2015. No. 7.
7. Stepanov, D. I. The Civil Code Draft: from Soviet Paternalism to True Private Law // Law. 2012. No.5.
8. Chetyrus, E. I. Damages not Related to Breach of Obligations // Journal of Russian Law. 2016. No. 9.