

Л. Ю. Василевская*

ВОЗМЕЩЕНИЕ ПОТЕРЬ ПО РОССИЙСКОМУ И ПРЕЦЕДЕНТНОМУ ПРАВУ

Аннотация. В результате реформы обязательственного права в гл. 25 ГК РФ «Ответственность за нарушение обязательств» появился новый институт — *indemnity* (индемнити) в ст. 406.1, давно известный в англосаксонской системе права.

В статье рассматривается конструкция *indemnity* прежде всего на примере классического английского прецедентного права. Эта договорная конструкция сравнивается с моделью *indemnity*, закрепленной в ст. 406.1 ГК РФ. Сравнительно-правовой анализ дал возможность автору выделить ряд существенных различий в установлении правил об *indemnity* по российскому и английскому праву, а также сделать определенные выводы, имеющие, по мнению автора, принципиальное значение в оценке рассматриваемого института.

Во-первых, различное толкование этого сложного и чужеродного для нашей правовой системы феномена со всей очевидностью свидетельствует о том, что институт *indemnity*, развитый в судебной практике государств прецедентного права, опирающийся на терминологию и чуждый нашему правопорядку понятийный аппарат, не может без издержек быть рецептирован российским гражданским законодательством.

Во-вторых, вводя в ГК РФ нормы о возмещении потерь, мы, по существу, совершенно по-новому подходим к некоторым кардинальным позициям и к основам нашего гражданского права. Российское обязательственное право традиционно строилось и строится на разделении и дополнении таких понятий, как «ответственность» и «риск». В статье 406.1 ГК РФ появляется институт, где одна сторона договора, несмотря на надлежащее исполнение обязательства, принимает на себя возмездное несение риска за те последствия, которые не связаны с ее безвиновными действиями. Очевидно, появляется институт, аналогичный институту страхования.

В-третьих, следует учитывать, что судебная практика в странах прецедентного права постепенно вводила новые правила, включая и правила об индемнити, для урегулирования отношений в гражданском обороте. За долгие годы методом проб и ошибок был выработан достаточно совершенный механизм возмещения потерь, который предусматривает баланс интересов сторон договора. Введение же аналогичных правил в закон предполагает серьезную подготовительную работу, прежде всего стыковку новых норм с другими нормами закона, чего применительно к ГК РФ не было сделано нашим законодателем.

Ключевые слова: возмещение потерь, договор, индемнити, убытки, ответственность, невозможность исполнения обязательства, нарушение обязательства, надлежащее исполнение, события, английское право, прецедентное право, соглашение, кредитор, должник.

DOI: 10.17803/1729-5920.2017.126.5.194-204

© Василевская Л. Ю., 2017

* Василевская Людмила Юрьевна, доктор юридических наук, профессор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), почетный работник высшего профессионального образования РФ, член Научно-консультативного совета при Верховном Суде РФ

Liudmila.Vasilevskaya@gmail.com

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

Реформа гражданского законодательства (несмотря на положительную оценку общест-венности, практикующих юристов, судейско-го сообщества и цивилистов) не может не вызы-вать беспокойство и даже опасение в части оценки внедрения определенных институтов иностранного права в Гражданском кодексе Российской Федерации. В настоящее время, по сути, речь идет о стремительном усилении ан-глофильских настроений в отечественной ци-вилистической доктрине по отношению к ино-странным институтам, внедренным в разд. III ГК РФ «Общая часть Обязательственного пра-ва». Это касается и появления такого института в ГК РФ, как indemnity (индемнити), закреплен-ного в ст. 406.1. Несмотря на чужеродность прежде всего англосаксонского опыта для правовой системы России, этот институт — дан-ность нашего Гражданского кодекса.

Институт indemnity, как известно, давно из-вестен англосаксонской системе права. В Ан-глии, США, Австралии он именуется «contractual indemnity», так как часто выступает в виде ус-ловия о возмещении потерь (indemnity clause) в различных гражданско-правовых контрактах (договорах). В государствах неcodифицирован-ного права, где действует common law (общее право), определения понятия «indemnity» в за-коне нет.

Рассмотрим конструкцию indemnity прежде всего на примере классического английского прецедентного права, и в этой связи напом-ним, что статутное право в Англии — statutory law состоит не только из актов Парламента (статутов), но и из актов делегированного за-конодательства (приказы, постановления), источников права Европейского Союза (до-говоры, регламенты, директивы, решения). В узком смысле понятие «закон» совпадает по содержанию с понятием «статут» и становится таковым, когда законопроект, принимая форму билля Парламента, проходит через все стадии обсуждения, изменения и принятия, а также одобрения королевой. Понятие «indemnity» отсутствует в законе (статуте). Оно рассматри-вается в судебной практике и юридической литературе. Так, в английской и американской

литературе indemnity часто определяется либо как договор, либо как денежное обязатель-ство, ответственность по которому наступает независимо от нарушения должником основ-ного обязательства, вытекающего из граждан-ско-правового договора¹. Сфера применения indemnity не ограничивается контрактами (договорами), а распространяется и на вне-договорные обязательства². Следовательно, можно выделять две основные разновидности indemnity — договорную и внедоговорную.

Как правило, на практике контрагенты фор-мулируют indemnity в виде конкретного условия гражданско-правового договора с целью обезо-пасить, уберечь кредитора от неблагоприятных последствий по предусмотренным в договоре обстоятельствам, являющимся основанием для возмещения должником имущественных потерь кредитора. Важно подчеркнуть, что для требования выплаты по indemnity вопрос о вине должника не имеет существенного зна-чения, главное — это наступление одного из указанных в договоре обстоятельств. Именно поэтому indemnity рассматривается в доктрине как conditional indemnity — «условное» обяза-тельство, являющееся независимым, неакцес-сорным от основного обязательства, вытека-ющего из договора, в связи с которым и было заключено соглашение об indemnity.

Возникает вопрос: почему возможность требования о взыскании убытков, вызванных неисполнением или ненадлежащим испол-нением должника, не исключает в контракте условия об indemnity? В доктрине это объясня-ется тем, что требования о взыскании убытков (damages) и возмещении потерь (indemnity) имеют различную правовую природу, хотя в обоих случаях речь идет о выплате опреде-ленной денежной суммы. Первое (требование о взыскании убытков) обусловлено неисполне-нием или ненадлежащим исполнением долж-ником основного обязательства из договора, а второе (требование об indemnity) — насту-плением обстоятельств, указанных в договоре. Если первое требование вытекает из основно-го обязательства, которое нарушено (action for breach), то второе — из независимого, «услов-

¹ York K. H., Bauman J. A., Rendleman D. Remedies, Cases and Materials. 5th ed. St. Paul : West Publishing Co., 1991. P. 321 ; California Civil Jury Instructions. 3801. Implied Contractual Indemnity URL: <http://www.justia.com/trials-litigation/docs/caci/3800/3801.html> (дата обращения: 25 января 2017 г.).

² Daniels M. Substantive and Procedural Aspects of Indemnity Practice: A Practical View for California Lawyers // Stanford Law Review. 1974. Vol. 26. № 3. P. 577—584.

ного» денежного обязательства, по которому и возникает требование об уплате конкретной денежной суммы (debt claim)³. Наконец, indemnity, в отличие от взыскания убытков (damages), преследует цель вернуть кредитора в первоначальное имущественное положение и допустимо лишь при условии исполнения должником основного обязательства, вытекающего из конкретного гражданско-правового договора⁴.

При этом особо следует отметить, что при всей кажущейся ясности в различиях и соотношении между indemnity и damages (возмещением потерь и взысканием убытков) в английской доктрине выделяются понятия «косвенных» убытков (consequential damages) и «удаленности» убытков (remoteness), которых нет в российском праве и цивилистике. Не знает российское право таких понятий и конструкций, как «отдаленные убытки», «карательные убытки» (punitive damages), «подразумеваемые» условия (implied terms) договора о возмещении потерь в силу статута или в силу усмотрения суда, «неназванные» условия (innominate term) договора об indemnity, «принцип точной защиты» (exact protection) при indemnity, встречное предоставление (consideration) при возмещении потерь и др.

Известно, что в английской судебной практике и доктрине разработана не только методика определения причинной связи между потерями и наступлением указанных в договоре обстоятельств, но и процедура определения причинно-следственной связи по делам о взыскании убытков. Кроме того, существуют определенные методы для проведения таких разграничений⁵. В нашем праве всего этого нет. Поэтому возникает вопрос: можно ли заимствовать существующие в нормах иностранного права отдельные понятия, вырванные из контекста правил, не известных нашему законодательству и в целом чужеродных для российского правопорядка? Думается, нет.

Анализ публикаций российских авторов, рассматривающих институт indemnity в странах англосаксонской правовой семьи, дает возможность увидеть определенные расхождения в оценке одного и того же явления. Одни авторы (например, А. Г. Архипова) делают вывод о том, что институт indemnity применяется контрагентами главным образом с целью избежать ситуации, при которой риск, переходящий на одну из сторон контракта, связан с действиями или бездействием другой стороны⁶. Речь идет не о последствиях тех или иных нарушений договорных обязательств, а о риске, связанном с действием (бездействием) контрагента, приводящем к негативным имущественным потерям, не связанным с нарушением договора. Кроме того, по мнению А. Г. Архиповой, доктрина признает возможность включения в договор условий об indemnity, вызванных грубой неосторожностью или умыслом кредитора⁷. Очевидно, речь идет о возмещении потерь, связанных не только с объективными, но и с субъективными обстоятельствами, зависящими от воли сторон договора, их добросовестности (недобросовестности), разумности (неразумности) их действий.

Другие авторы, ссылаясь на доктрину и судебную практику в Англии, придерживаются иного мнения. В частности, В. В. Оробинский делает вывод о том, что наступление обстоятельств, зависящих от воли сторон и приводящих к имущественным потерям кредитора, дает возможность последнему требовать возмещения убытков, поскольку в данном случае речь идет о нарушении договора⁸.

Различное толкование этого сложного и чужеродного для нашей правовой системы феномена со всей очевидностью свидетельствует о том, что институт indemnity, развитый в судебной практике государств прецедентного права, опирающийся на терминологию и чуждый нашему правопорядку понятийный аппарат, не может без издержек быть рецепирован

³ Macatram G. How Can the Indemnity Clause Expand or Limit the Responsibility for Liability of the Parties in International Oil and Gas Contracts? // URL: http://www.dundee.ac.uk/cepmpl/car/html/CAR10_ARTICLE2.PDF (дата обращения: 25 января 2017 г.).

⁴ Treitel G. H. The Law of Contract. 10th ed. L., 1999. P. 864.

⁵ Courtney W. Contractual Indemnities. Oxford : Hart Publishing, 2014.

⁶ Архипова А. Г. Возмещение потерь в новом ГК РФ: за или против? // Вестник гражданского права. 2012. № 4. С. 158—183.

⁷ Macatram G. Op. cit.

⁸ Оробинский В. В. Английское договорное право: просто о сложном. Ростов н/Д, 2016. С. 286—292.

российским гражданским законодательством. Это невозможно. Поэтому, когда в литературе пишут о том, что перед разработчиками законопроекта ставилась задача стать адекватным отечественной правовой традиции регулированием существующего в коммерческой практике явления, забывают, во-первых, о том, что регулируются не явления, а общественные отношения, и, во-вторых, что наша отечественная традиция своими корнями уходит не в прецедентное право, а в европейское континентальное право (его германской ветви). Следовательно, развитие гражданского права и реформа гражданского законодательства во многом должны определяться прежде всего традиционной принадлежностью российского правопорядка к германскому праву. Тем не менее, как уже отмечалось, институт indemnity — данность нашего Гражданского кодекса.

Первое, на что необходимо обратить внимание, это появление указанного института в гл. 25 ГК РФ «Ответственность за нарушение обязательств», с чем трудно согласиться. В отличие от гражданско-правовой ответственности, которая является результатом противоправного поведения должника, приводящего к наступлению у кредитора неблагоприятных имущественных последствий, сущность указанного института имеет иную правовую природу. Возмещение потерь по ст. 406.1 ГК РФ кредитор вправе требовать в случае, когда должник при надлежащем исполнении обязательства обязан по соглашению с кредитором возместить последнему имущественные потери, возникшие при наступлении определенных обстоятельств и не связанные с нарушением обязательства. Это означает, что в данном случае имущественные потери, которые по соглашению сторон могут быть возложены на одну из сторон обязательства, не могут быть отнесены к убыткам. Речь идет о дополнительных средствах защиты кредитора на случай наступления непредсказуемых обстоятельств, не связанных с нарушением обязательств со стороны должника, но приводящих к непредвиденным расходам кредитора.

Как известно, на стадии подготовки проекта 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» (далее — законопроект) велись ожесточенные споры по вопросу включения статьи об indemnity в ГК РФ. По мнению В. В. Витрянского, в текст статьи законопроекта были включены некоторые нормы, позволявшие обеспечить весьма осторожное применение новых правил⁹. В частности, как отмечает автор, при определении размера подлежащих возмещению потерь первоначально допускалось применение положений ст. 15 и 404 ГК РФ, что позволило бы суду в необходимых случаях уменьшить размер возмещаемых потерь, если кредитор содействовал их увеличению (в том числе по неосторожности) либо не принял разумных мер к уменьшению потерь.

Окончательная редакция ст. 406.1 ГК РФ не содержит «осторожных» положений законопроекта. Напротив, согласно пункту 2 указанной статьи суд не может уменьшить размер возмещения потерь, за исключением случаев, если доказано, что сторона, требующая возмещения, умышленно содействовала увеличению размера таких потерь. В этой связи следует обратить внимание на пункт 15 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» (далее — Постановление Пленума № 7), где отмечается, что если требующая возмещения потерь сторона недобросовестно содействовала наступлению согласованного в договоре обстоятельства, то оно считается не наступившим. Естественно, возникает ряд вопросов. Каковы критерии недобросовестного содействия? В чем конкретно может выражаться недобросовестное содействие? Можно ли считать бездействие кредитора в этой ситуации недобросовестным содействием? Какие действия кредитора могут служить основанием для отказа в возмещении потерь? Вопросы остаются неразрешенными.

В п. 1 указанной статьи дан примерный перечень определенных в договоре допустимых обстоятельств, наступление которых может повлечь возмещение потерь. Речь идет о потерях, вызванных невозможностью исполнения обя-

⁹ Витрянский В. В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. М., 2016. С. 20.

зательства, предъявлением требований третьими лицами или органами государственной власти к стороне или третьему лицу, указанному в соглашении, и т.п. Определенный интерес, на наш взгляд, представляет такое обстоятельство, как невозможность исполнения обязательства, поскольку оно дает возможность обратить внимание на различие российского и английского подходов в решении обозначенной проблемы.

Очевидно, что невозможность исполнения может быть вызвана различными причинами. К примеру, гибель индивидуально-определенной вещи, которую необходимо передать по договору, или смерть стороны, если договор предусматривает только личное исполнение обязательства и проч. Благодаря наличию правил об indemnity отношения сторон, оказавшихся в этой ситуации, можно урегулировать, включив это обстоятельство наряду с другими в условие договора о возмещении потерь.

Проблема невозможности исполнения обязательств не раз становилась в Англии предметом острых дискуссий в доктрине, демонстрируя различие подходов ученых в толковании правовых последствий при невозможности исполнения договора. Суды исходили и исходят в своих решениях из того, что невозможность исполнения влечет некое событие за пределами воли сторон. В этом случае срабатывает принцип «никто никому ничего не должен»: договор и обязательства прекращены¹⁰. Если невозможность исполнения настала по воле или по небрежности контрагента, то речь должна идти о нарушении договора, которое не влечет невозможности исполнения, потому что нарушение не является событием за пределами воли сторон¹¹. Впервые об этом было сказано на суде по делу *Maritime National Fish Ltd v. Ocean Trawlers Ltd* (1935) UKPC 1¹², где было заявлено, что «суть невозможности исполнения — в событии, которое не должно возникнуть из действий или по усмотрению стороны договора». Позднее эта позиция суда нашла отражение в Статуте 1943 г. *Frustrated Contracts Act* (Статут о невозможности исполнения договоров). Поскольку к невозможности исполнения привело не зависящее от воли сторон событие, то и возмещения убытков в этом

случае быть не может. Однако стороны договора вправе предусмотреть невозможность исполнения как обстоятельство, указанное в условии договора об indemnity. Это означает, что возможны два варианта развития договорных отношений в рамках прецедентного права. Первый вариант, по которому невозможность исполнения, как и иные события — обстоятельства, не зависящие от воли сторон договора, прописаны в условии договора об indemnity. Второй вариант исключает в договоре условие об indemnity.

Между этими двумя вариантами есть существенная разница. В первом варианте в случае наступления указанного в договоре обстоятельства кредитор вправе рассчитывать на возмещение потерь. И при условии наступления определенного события, как уже отмечалось, не имеет принципиального значения вина должника, поскольку это событие не зависит от воли сторон. Если суть невозможности исполнения — в не зависящем от воли сторон событии, то наступление невозможности исполнения и будет означать право кредитора на возмещение потерь, не связанных с нарушением договора.

Во втором варианте — иная ситуация: стороны договора не предусмотрели условия об indemnity. Следовательно, если дело рассматривается в суде, последний при изучении всех обстоятельств дела выясняет, что привело к невозможности исполнения договора — вина должника, его определенное действие (бездействие) либо событие, не зависящее от воли стороны договора. В первом случае речь идет о нарушении договора, которое порождает правовое последствие в виде возмещения убытков, а во втором случае — невозможность исполнения (из-за независящего от воли сторон события), исключающая возмещение убытков. По мнению многих английских судов, действие принципа: «никто никому ничего не должен», т.е. договор и обязательства сторон прекращены, — несправедливо. В деле *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd* (1942) UKHL 4 это правило было дополнено следующим образом: «Если сторона исполнила обязательство, передав определенную денежную сумму, но из-за последующей не-

¹⁰ Оробинский В. В. Указ. соч. С. 281—287.

¹¹ Оробинский В. В. Указ. соч. С. 286.

¹² URL: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/1935/1.html> (дата обращения: 25 января 2017 г.).

возможности исполнения ничего не получила взамен от другой стороны, она вправе вернуть уплаченную денежную сумму»¹³.

Принятый в 1943 г. Статут о невозможности исполнения договоров продемонстрировал, по мнению специалистов, более демократичный и справедливый подход к невозможности исполнения. Так, в п. 2 ст. 1 Закона зафиксировано: «Все суммы, уплаченные или подлежащие уплате стороне по договору до того, как настала невозможность исполнения и освободила стороны от обязательств, могут быть, если они уплачены, взысканы с получившей стороны, а если не уплачены — не подлежат взысканию при условии, если сторона, получившая денежные средства по договору (или которая должна была их получить), до наступления невозможности исполнения понесла расходы с целью исполнения договора»¹⁴. При этом суд, как указано в этом пункте ст. 1 Закона, «вправе, если сочтет справедливым с учетом всех обстоятельств дела, позволить стороне оставить часть денежных средств у себя или взыскать с контрагента по договору расходы, которые понесла или должна была понести сторона для исполнения договора, но в размере не более понесенных ею расходов».

В пункте 3 указанной статьи установлено правило, касающееся неденежного исполнения обязательства одной из сторон договора в случае наступления невозможности исполнения, а именно: «Если до наступления невозможности исполнения и освобождения сторон от обязательств одна из сторон договора из-за действий по исполнению договора другой стороной получила от последней определенную имущественную выгоду, отличную от денежных средств по п. 2 указанной статьи, то сторона, предоставившая материальную выгоду (имущество. — Л. В.), вправе взыскать от получившей ее стороны денежные средства в размере, не превышающем стоимость этого имущества».

Как видим, второй вариант развития отношений между сторонами, не предусмотревшими в своем договоре условие об indemnity, во многом схож с правилами о последствиях недействительности сделок по Гражданскому ко-

дексу Российской Федерации (п. 2 ст. 167), хотя в английском праве правовые последствия недействительности сделок иные, чем в российском праве. Английской доктрине и судебной практике известно деление недействительных договоров на ничтожные и оспоримые. Так, по английскому праву, ничтожность договора (void contract) означает, что:

- 1) договор не заключен;
- 2) срабатывает принцип: «никто никому ничего не должен»;
- 3) одна сторона не вправе требовать чего-либо от другой стороны;
- 4) если одна сторона передала определенное имущество другой стороне, то оно остается у получившей стороны;
- 5) обе стороны лишены всех средств правовой защиты.

При оспоримости договора (voidable contract) — иные правовые последствия. В этом случае договор действителен до момента принятия решения суда о его недействительности. Здесь срабатывает принцип: «ищущий справедливости да придет с чистыми руками», то есть суд вправе защитить добросовестную сторону и при признании договора недействительным может позволить истцу воспользоваться средствами правовой защиты, в частности взыскать убытки с недобросовестной стороны¹⁵.

Очевидно, что до принятия Статута о невозможности исполнения договоров для исключения действия принципа: «никто никому ничего не должен» при наступлении не зависящего от воли сторон договора события, способного привести к невозможности исполнения обязательства, действенным средством минимизации имущественных рисков кредитора являлось условие об indemnity, включенное в договор, которое до сих пор используется в договорной практике. Не случайно в английском праве страхование является одним из видов договора о возмещении потерь (indemnity)¹⁶. По сути, обязательство по indemnity является обязательством «внутреннего страхования», по которому риски, не связанные с нарушением договора, страхуются не страховщиком (третьим лицом), а стороной договора.

¹³ URL: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1942/4.html> (дата обращения: 25 января 2017 г.).

¹⁴ URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/6-7/40/contents> (дата обращения: 25 января 2017 г.).

¹⁵ Оробинский В. В. Указ. соч. С. 346, 353.

¹⁶ Hodges S. Law of Marine Insurance. L.: Cavendish Publishing Limited, 2006. P. 1.

Нетрудно заметить определенные различия в установлении правил об indemnity по российскому и английскому праву. Суть этих отличий, на наш взгляд, можно свести к следующему.

Первое. Если по английскому праву обстоятельствами, наступление которых предусмотрено договором, могут выступать только события, не зависящие от воли сторон, то по российскому праву — иной, расширительный подход. Помимо событий обстоятельствами могут выступать действия не только сторон, но и третьих лиц, а также органов государственной власти, поскольку в п. 1 ст. 406.1 ГК РФ указано, как уже отмечалось, что потери могут быть вызваны не только невозможностью исполнения, но предъявлением требований третьими лицами или органами государственной власти к стороне или третьему лицу, указанному в соглашении, и т.п.

Второе. По английскому праву, если сторона недобросовестно содействовала наступлению согласованного в договоре обстоятельства, кредитор вправе рассчитывать на возмещение убытков, поскольку речь в данном случае идет о нарушении договорного обязательства, то по п. 15 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24 марта 2016 г. № 7 недобросовестное содействие наступлению согласованного в договоре обстоятельства означает, что данное обстоятельство не наступило.

Третье. По английскому праву, обстоятельство — событие, влекущее возмещение потерь, как правило, связано с исполнением обязательства между сторонами, а по п. 15 постановления Пленума Верховного Суда РФ № 7 связь может быть не только по линии исполнения, но и по линии изменения и прекращения обязательства либо его предмета.

Четвертое. По английскому праву, стороны договора *argiori* заинтересованы в четкой и ясной фиксации тех обстоятельств — событий в условии договора, наступление которых дает возможность кредитору требовать возмещения потерь (*indemnity*), поскольку, как уже отмечалось, наступают различные правовые последствия в случаях наличия или отсутствия в договорах условия об *indemnity*. Анализ положений ГК РФ и постановления Пленума Верховного Суда РФ № 7 о возмещении потерь также дает возможность сделать вывод о том, что соглашение о возмещении потерь должно быть явным и недвусмысленным (п. 17 постановления). При этом Верховный Суд РФ указал, что по смыслу ст. 431 ГК РФ, в случае неясности

того, что устанавливает соглашение сторон — возмещение потерь или условия ответственности за неисполнение обязательства, положения ст. 406.1 ГК РФ не подлежат применению.

В этой связи возникает ряд вопросов. Можно ли применять в случае исключения действия правил по ст. 406.1 ГК РФ нормы об ответственности или нет? Можно ли считать, что при отсутствии ясности и недвусмысленности соглашения о возмещении потерь условие об *indemnity* не согласовано, а, следовательно, соглашение не заключено? Разъяснений по этим вопросам нет.

Пятое. По английскому праву, специфика классической договорной конструкции *indemnity* проявляется в том, что сторонам договора, как правило, нет необходимости доказывать наступление предусмотренного в договоре обстоятельства, а также непредвиденных потерь, которые понес кредитор в связи с наступлением последнего. Указанное в договоре обстоятельство является по общему правилу достаточным основанием для возмещения потерь. Если же в судах приходится доказывать причинную связь между наступлением определенного обстоятельства и требуемыми к возмещению потерями, то, как уже отмечалось, в английской судебной практике и доктрине разработана не только методика определения причинной связи между потерями и наступлением указанных в договоре обстоятельств, но и процедура определения причинно-следственной связи по делам о взыскании убытков.

Нормы ГК РФ и положения постановления Пленума Верховного Суда РФ № 7 о возмещении потерь аналогичных методик и процедур не содержат. Наоборот, согласно п. 15 данного постановления сторона, требующая выплаты соответствующего возмещения, должна доказать наличие причинной связи между наступлением соответствующего обстоятельства и ее потерями.

Очевидно, между возмещением имущественных потерь по ст. 406.1 ГК РФ и возмещением убытков по ст. 15 и ст. 393 ГК РФ нельзя поставить знак равенства. Это означает, что общие правила для исчисления убытков, сформулированные законодателем в ст. 15 и 393 ГК РФ, применяться для исчисления имущественных потерь кредитора (по ст. 406.1 ГК РФ) не могут.

В связи с этим возникает ряд вопросов. Как соотносятся указанные понятия? Можно ли рассматривать возмещение потерь кредитора по ст. 406.1 ГК РФ как способ защиты граждан-

ских прав? Если ответить на последний вопрос утвердительно, то в чем отличие данного способа защиты гражданских прав от возмещения убытков как способа защиты гражданских прав, закрепленного в ст. 12 ГК РФ? Как определять размер возмещения потерь кредитора (по ст. 406.1 ГК РФ), если правил определения размера таких потерь не существует в ГК РФ и не выработаны они и судебно-арбитражной практикой? Законодатель не дает ответа на указанные вопросы.

Шестое. В соответствии с п. 1 ст. 406.1 ГК РФ и п. 16 Постановления Пленума № 7 соглашения о возмещении потерь может быть заключено лишь сторонами, действующими при осуществлении ими предпринимательской деятельности, а также лицами, указанными в п. 5 ст. 406.1 ГК РФ. Речь идет о возможности предусмотреть условие о возмещении потерь в корпоративном договоре либо в договоре об отчуждении акций или долей в уставном капитале хозяйственного общества, стороной которого является физическое лицо. При этом, как отмечается в п. 16 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 7, права и обязанности по возмещению потерь, основанные на заключенном такими сторонами соглашении, переходят к лицу, не осуществляющему предпринимательскую деятельность, как при универсальном, так и при сингулярном правопреемстве, если иное не установлено законом или договором (ст. 387, 388, 391, 392.3 ГК РФ).

Английское право не содержит подобных правил и ограничений, использование конструкции indemnity не может быть сужено и локализовано предпринимательскими отношениями, оно возможно в различных договорах, сторонами которого являются лица, не занимающиеся предпринимательской деятельностью.

Седьмое. Английское право, в отличие от российского, допускает возмещение потерь не только вне зависимости от наличия нарушения договора его стороной и независимо от причинной связи между поведением этой стороны и подлежащими возмещению потерями, вызванными наступлением определенных сторонами обстоятельств (см. п. 15 постановления Пленума Верховного Суда РФ № 7), но и независимо, как уже отмечалось, от вины должника.

Восьмое. В английском праве обязательство об indemnity, как указывалось, можно квалифицировать как «условное» обязательство, являющееся независимым, неакцессорным

от основного обязательства, вытекающего из договора, в связи с которым и было заключено соглашение об indemnity. Согласно п. 3 ст. 406.1 ГК РФ и п. 17 Постановления Пленума № 7 по общему правилу заключенность и действительность соглашения о возмещении потерь подлежат оценке судом независимо от заключенности и действительности договора, в связи с которым оно заключено, даже если оно содержится в этом договоре в виде его условия (оговорки). Например, если соглашение о возмещении потерь включено в виде условия в договор поставки, недействительность или незаключенность этого договора поставки сама по себе не влечет недействительность или незаключенность соглашения о возмещении потерь. Нетрудно заметить сходные положения о возмещении потерь, связанные с общей оценкой соглашения об indemnity: по российскому и английскому праву обязательство о возмещении потерь, вытекающее из соглашения (оговорки), не зависит от основного обязательства.

Однако в английском праве эта неакцессорность обязательства об indemnity, как правило, выражается в «независимости» от основного обязательства должника по возмещению убытков. В российском праве эта «независимость» — в ином: в отсутствии связанности заключенности и действительности соглашения о возмещении потерь с заключенностью и действительностью договора, в связи с которым оно (т.е. соглашение о возмещении потерь) заключено.

Кроме того, как уже отмечалось, недействительность сделок по российскому и английскому праву порождает различные правовые последствия. Оспоримый договор (voidable contract) по английскому праву может быть принудительно исполнен в исковом порядке через суд, однако сторона вправе настоять на его отмене по причине дееспособности либо других заслуживающих учета обстоятельств. В отличие от оспоримого договора, ничтожный договор (void contract) не создает для участников правовых последствий: нет действительного договора, поэтому невозможно добиться принуждения к исполнению через суд. При ничтожном договоре нельзя применять правила о реституции. В этой связи отметим, что институт реституции известен всем современным системам права, но во многих правовых порядках данный институт отождествляется с институтом неосновательного обогащения.

Так, в частности, в англосаксонской системе права применительно к реституции используется принцип «выгоды», обогащения (gain-based theory). Например, английский профессор Джон Доусон (John Dawson) в 1951 г. отмечал, что право реституции в Англии — яркий пример застывшей теории, особенно по части теоретических разработок ученых¹⁷. В 1979 г. Дж. Палмер (G. Palmer), рассматривая институт реституции в США, отмечал, что отношение юристов к реституции не столь безнадежное, как в Англии, поскольку право реституции в США все же находится в своем зачаточном состоянии¹⁸. Несмотря на появление в последние годы интереса к институту реституции в английской и американской доктрине, в судебной практике количество дел, в которых официально признавалась самостоятельность реституции как правового института, остается до сих пор незначительным¹⁹.

Очевидно, что заимствование отдельных положений об indemnity вряд ли окажется полезным для нашего права, поскольку потребует изменения и дополнения ряда статей ГК РФ. При этом не следует забывать, что многие конкретные вопросы, связанные с indemnity в условиях действия прецедентного права, решаются в Англии и США по усмотрению суда. Таким образом, вводя в ГК РФ нормы о возмещении потерь, мы, по существу, как справедливо отмечает А. Л. Маковский, совершенно по-новому подходим к некоторым кардинальным позициям, к основам нашего гражданского права²⁰. Российское обязательственное право традиционно строилось и строится на разделении и дополнении таких понятий, как «ответственность» и «риск».

В статье 406.1 ГК РФ появляется институт, где одна сторона договора, несмотря на надлежащее исполнение обязательства, принимает на

себя возмездное несение риска за те последствия, которые не связаны с ее безвиновными действиями. Очевидно, появляется институт, аналогичный институту страхования. Видимо, не случайно в английском праве страхование, как уже отмечалось, является одним из видов договора о возмещении потерь (indemnity), где обязательство по indemnity является обязательством «внутреннего страхования», по которому риски, не связанные с нарушением договора, страхуются не страховщиком (третьим лицом), а стороной договора.

Если проанализировать нормы ст. 406.1 ГК РФ под «углом зрения» гл. 48 ГК РФ «Страхование», возникает множество нерешенных законодателем вопросов. Несение риска требует ответа на иные вопросы, нежели вопросы об ответственности. Почему, например, не урегулированы отношения сторон по возможным ограничениям в части рисков, которые обязана принять (не принять) та или иная сторона договора, в котором есть оговорка о возмещении потерь? В чем суть этих возможных ограничений? По каким рискам в зависимости от того или иного обстоятельства возможны эти ограничения? Ответов на поставленные вопросы в ГК РФ нет.

Известно, что судебная практика в странах прецедентного права постепенно вводила новые правила, включая и правила об indemnity, для урегулирования отношений в гражданском обороте. За долгие годы методом проб и ошибок был выработан достаточно совершенный механизм возмещения потерь, который предусматривает баланс интересов сторон договора. Введение же аналогичных правил в закон предполагает серьезную подготовительную работу, прежде всего «стыковку» новых норм с другими нормами закона, чего применительно к ГК РФ не было сделано нашим законодателем.

¹⁷ Dawson Unjust enrichment, 1951. P. 92 — 109. Приводится по: Palmer G. E. Book review // Santa Clara Law Review. 1979. Vol. 19. P. 1142.

¹⁸ Palmer G. E. Op. cit. P. 1143.

¹⁹ Джанаева А. М. Эволюция представлений о реституционных правоотношениях в англо-американском праве // Вестник Федерального Арбитражного суда Московского округа. 2013. № 1. С. 111—126.

²⁰ Маковский А. Л. Об уроках реформирования Гражданского кодекса России // Вестник гражданского права. 2013. № 5. С. 162.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Архипова А. Г. Возмещение потерь в новом ГК РФ: за или против? // Вестник гражданского права. — 2012. — № 4.
2. Белых В. С. Договорное право Англии: Сравнительно-правовое исследование. — М., 2016.
3. Витрянский В. В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. — М., 2016.
4. Джанаева А. М. Эволюция представлений о реституционных правоотношениях в англо-американском праве // Вестник Федерального Арбитражного суда Московского округа. — 2013. — № 1.
5. Маковский А. Л. Об уроках реформирования Гражданского кодекса России // Вестник гражданского права. — 2013. — № 5.
6. Оробинский В. В. Английское договорное право: просто о сложном. — Ростов н/Д : Феникс, 2016.
7. Courtney W. Contractual Indemnities. — Oxford : Hart Publishing, 2014.
8. Daniels M. Substantive and Procedural Aspects of Indemnity Practice: A Practical View for California Lawyers // Stanford Law Review. — 1974. — Vol. 26. — № 3.
9. Hodges S. Law of Marine Insurance. — L. : Cavendish Publishing Limited, 2006.
10. Palmer G. E. Book review // Santa Clara Law Review. — 1979. — Vol. 19.
11. Treitel G. H. The Law of Contract. 10th ed. — L., 1999.
12. York K. H., Bauman J. A., Rendleman D. Remedies, Cases and Materials. 5th ed. — St. Paul : West Publishing Co., 1991.

Материал поступил в редакцию 21 февраля 2017 г.

DAMAGES IN RUSSIAN LAW AND IN CASE LAW

VASILEVSKAYA Lyudmila Yurievna — Doctor of Law, Professor at the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Honoured Worker of the High Professional Education, Member of the Scientific Advisory Board of the Supreme Court of the Russian Federation
Liudmila.Vasilevskaya@gmail.com
125993, Russia, Sadovaya-Kudrinskaya Street, 9

Review. As a result of the law of obligations reform a new concept of indemnity (indemnity) "Liability for the breach of obligations", long known in Anglo-Saxon law, was introduced into Ch. 25 Art. 406.1 of the RF Civil Code.

The article describes the essence of the indemnity primarily by the example of the classic English case law. This contractual concept is compared with the model indemnity enshrined in Art. 406.1 of the Civil Code of the Russian Federation. Comparative legal analysis provided an opportunity for the author to identify a number of significant differences in setting regulations on indemnity under Russian and English law, as well as to make certain conclusions, which according to the author, are of fundamental importance in the assessment of the concept in question.

Firstly, the different interpretations of this complex and alien to our legal system phenomenon clearly indicates that the institute of indemnity, developed in the jurisprudence of the case law and based on terminology alien to our legal conceptual apparatus, can not be adopted by the Russian Civil Law.

Secondly, introducing provisions on compensation for losses into the Civil Code, in fact we apply a new approach to certain fundamental positions and to the foundations of our civil law. The Russian law of obligations has traditionally been based on separation and attachment of such concepts as "liability" and "risk". Art. 406.1 of the Civil Code adopts an institute, where one party to the contract, despite the proper fulfillment of the obligations, shall be liable for those effects that are not related to its non-breaching activities. Obviously, there has appeared a concept similar to the concept of insurance.

Thirdly, it should be borne in mind that litigation in case-law countries has introduced new rules gradually, including regulations on indemnity for settlement of the relations in the civil circulation. Over many years of trial and error the relatively perfect mechanism of loss compensation, which provides for the parties to maintain the balance of interests, has been developed. The introduction of similar rules in the law involves serious preparatory work, especially "docking" new norms with other rules of law, which, in relation to the Civil Code of the Russian Federation, has not been done by our legislators.

Keywords: compensation for loss, indemnity, contract, damages, liability, the impossibility of performance of an obligation, the breach of an obligation, the proper response to, events, English law, case law, the agreement, the creditor, the debtor.

BIBLIOGRAPHY

1. *Arkhipova, A. G.* Damages in the New Civil Code of the Russian Federation: For or Against? // *Bulletin of Civil Law*. — 2012. — № 4.
2. *Belykh, V. S.* Contract Law in England. *Comparative Law Research*. — M., 2016.
3. *Vitryanskiy, V. V.* Russian Civil Law Reform: Interim Results — M., 2016.
4. *Dzhanaeva, A. M.* Evolution of Perceptions of Restorative Relations in Anglo-American Law // *Bulletin of the Federal Arbitration Court of Moscow District*. — 2013. — №1.
5. *Makovskiy, A. I.* The Lessons of Reform of the Civil Code of Russia // *Bulletin of Civil Law*. — 2013. — № 5.
6. *Orobinskiy, V. V.* The English Law of Contract: Discussing Complexities in a Simple Manner — Rostov on Don: Feniks, 2016.
7. *Courtney W.* Contractual Indemnities. — Oxford : Hart Publishing, 2014.
8. *Daniels M.* Substantive and Procedural Aspects of Indemnity Practice: A Practical View for California Lawyers // *Stanford Law Review*. — 1974. — Vol. 26. — № 3.
9. *Hodges S.* Law of Marine Insurance. — L. : Cavendish Publishing Limited, 2006.
10. *Palmer G. E.* Book review // *Santa Clara Law Review*. — 1979. — Vol. 19.
11. *Treitel G. H.* The Law of Contract. 10th ed. — L., 1999.
12. *York K. H., Bauman J. A., Rendleman D.* Remedies, Cases and Materials. 5th ed. — St. Paul : West Publishing Co., 1991.