

Информация для цитирования:

Санникова Л. В. Возмещение потерь в странах общего права и в России // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2016. Вып. 34. С. 440–450. DOI: 10.17072/1995-4190-2016-34-440-450.

Sannikova L. V. *Vozmeshchenie poter' v stranakh obshchego prava i v Rossii* [Indemnity in Common Law Countries and in Russia]. *Vestnik Permskogo Universiteta. Juridicheskie Nauki* – Perm University Herald. Juridical Sciences. 2016. Issue 34. Pp. 440–450. (In Russ.). DOI: 10.17072/1995-4190-2016-34-440-450.

УДК 347.4

DOI: 10.17072/1995-4190-2016-34-440-450

ВОЗМЕЩЕНИЕ ПОТЕРЬ В СТРАНАХ ОБЩЕГО ПРАВА И В РОССИИ**Л. В. Санникова**

Доктор юридических наук, профессор
Финансовый университет при Правительстве Российской Федерации
ведущий научный сотрудник
125993, Россия, г. Москва, Ленинградский просп., 49
Институт государства и права Российской академии наук
119019, Россия, г. Москва, ул. Знаменка, 10
ORCID: 0000-0002-7250-5062
ResearcherID: K-4636-2016
e-mail: 7718609@mail.ru

Введение: закрепление в Гражданском кодексе РФ новой правовой конструкции возмещения потерь, заимствованной из англо-американского права, обуславливает необходимость ее сравнительно-правового исследования. **Цель:** выявить особенности российской конструкции возмещения потерь. **Методы:** были использованы как общенаучные, так и частнонаучные методы исследования: диалектический, сравнительно-правовой, исторический, формально-юридический, лингвистический. **Результаты:** выявлены особенности российской конструкции возмещения потерь, свидетельствующие о том, что российская конструкция возмещения потерь гораздо уже англо-американской по своему содержанию и сфере применения. **Выводы:** эффективность применения исследуемой правовой конструкции будет зависеть от того, насколько строгие требования будут предъявлять российские суды по доказыванию размера потерь и наличию причинной связи между наступлением соответствующего обстоятельства и возникновением потерь. В связи с этим предлагается при взыскании в судебном порядке возмещения при наличии установленного судом факта наступления обстоятельства, указанного сторонами, пре-зюмировать возникновение потерь в определенном сторонами размере.

Ключевые слова: индемнити; возмещение потерь; подразумеваемый индемнити; контрактный индемнити; ограждение от потерь

INDEMNITY IN COMMON LAW COUNTRIES AND IN RUSSIA**L. V. Sannikova**

Financial University under the Government of the Russian Federation
49, Leningradsky prospect, Moscow, 125993, Russia
Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences
10, Znamenka st., Moscow, 119019, Russia
ORCID: 0000-0002-7250-5062
ResearcherID: K-4636-2016
e-mail: 7718609@mail.ru

Introduction: introduction into the Civil Code of the Russian Federation of a new legal institution of indemnity, borrowed from Anglo-American law, necessitates its comparative legal studies. **Purpose:** to reveal features of the Russian indemnity statutory concept based on comparative legal studies. **Methods:** the methodological framework of the research is based on a set of general scientific and specific scientific methods: dialectical, comparative legal, historical, formal legal, linguistic ones. **Results:** the features of the Russian indemnity concept revealed testify that it is narrower than Anglo-American indemnity in its content and scope of application. **Conclusions:** the efficacy of the statutory concept under study will depend on the requirements of Russian courts for proving the amount of loss and causal relationships between occurrence of the relevant circumstance and the loss occurrence, in particular on how strict these requirements will be. It is proposed that when recovering loss through court, providing the court has established the fact of occurrence of the circumstance stated by the parties, the occurrence of loss in the amount contracted by the parties should be presumed.

Keywords: indemnity; express or contractual indemnity; equitable or implied indemnity; hold harmless

Введение

Появление в Гражданском кодексе РФ статьи 406.1 «Возмещение потерь», а также проблемы, возникающие с ее применением на практике, обуславливают необходимость сравнительно-правового исследования конструкции возмещения потерь и ее англо-американского прототипа – индемнити. Исследование зарубежного опыта использования индемнити в странах общего права имеет важное значение для выработки сбалансированного подхода к применению аналогичного российского правового института в рамках отечественной правовой системы.

В разделе 1 настоящей статьи рассматривается история возникновения конструкции возмещения потерь и ее особенности в разных странах общего права, а также описываются причины закрепления аналогичной конструкции в российском законодательстве. Во 2-м разделе даются понятие возмещения потерь, а также характеристика отдельных видов. В разделе 3 раскрывается содержание исследуемой правовой конструкции в англо-американском и российском праве. Раздел 4 посвящен вопросу соотношения конструкции возмещения потерь и ответственности. В заключении перечислены выявленные особенности российской правовой конструкции возмещения потерь и изложены предложения по совершенствованию правового механизма ее реализации.

1. История возникновения конструкции возмещения потерь

Правовая конструкция возмещения потерь, или индемнити (indemnity), сформировалась в недрах прецедентного права Англии. Своим появлением она обязана праву справедливости. Правило общего права «не допускается возмещения без ответственности» не позволяло по-

терпевшему возместить в ряде случаев свои имущественные потери. Отсутствие такой возможности у потерпевшей стороны нарушает принцип справедливости, так как способствует неосновательному обогащению другой стороны. Поэтому английские суды в своих решениях допускали возмещение потерь и в тех случаях, когда ответственность за них не возникала.

Конструкция индемнити оказалась весьма востребованной и получила широкое распространение в странах общего права. При этом в каждой юрисдикции сформировалась своя правоприменительная практика, а в ряде стран и особое правовое регулирование. Так, в Индии законодательно (The Indian Contract Act, 1872) допускается лишь один вид индемнити – договорный индемнити (contract of indemnity). В США в 50 штатах были приняты законы, направленные против индемнити (anti-indemnity statutes), существенно ограничившие использование индемнити в строительных контрактах. На разницу в подходах к применению индемнити в Англии и Норвегии указывают норвежские исследователи: «В то время как правовой эффект условия об индемнити в соответствии с английским правом главным образом зависит от интерпретации самого условия, условие об индемнити в соответствии с норвежским правом будет также подчиняться некоторым установленным (mandatory) правилам, таким как общая обязанность добросовестного поведения и стандарт разумности, установленный в разделе 36 Норвежского Договорного Акта (the Norwegian Contracts Act)» [12].

Особо следует отметить, что конструкция индемнити применяется и в международных контрактах, которые, по общему правилу, подчиняются англосаксонскому праву [17]. Именно это обстоятельство послужило основной причиной закрепления в Гражданском кодексе РФ

аналогичного индемнити института возмещения потерь. Несмотря на то что в Концепции развития гражданского законодательства не предусматривалось внедрения данного института в отечественное гражданское законодательство, амбициозные планы по созданию в России Международного финансового центра обусловили появление в ГК РФ ст. 406.1 «Возмещение потерь». По замыслу авторов статьи, по «доброй» российской традиции постаравшихся остаться неизвестными, данный правовой институт вкупе с другими законодательными новеллами, в основном англо-американского происхождения, должны были сделать более комфортной для международного бизнеса правовую среду в России.

Однако планам по созданию Международного финансового центра не было суждено осуществиться, а из-за экономических санкций, преимущественно финансового характера, иностранные инвесторы не спешат в Россию. Тем не менее в обновленном гражданском законодательстве содержится довольно много заимствованных зарубежных правовых конструкций и институтов, в том числе возмещение потерь. При этом качество законодательного материала таково, что бизнес, активно выступавший за легализацию правовых конструкций стран общего права, увидел многочисленные правовые риски в случае их использования в российских реалиях. В связи с этим перед правоприменителями стоит задача адаптировать новые правовые конструкции в отечественной правовой системе.

2. Понятие конструкции «возмещение потерь» и виды

Несмотря на отсутствие легального определения конструкции индемнити, что с очевидностью вытекает из ее прецедентной природы, нет каких-либо разногласий в понимании правовой сущности данного явления. В самом общем виде под индемнити понимается обещание одной стороны возместить потери, понесенные другой стороной, и/или оградить ее от возможных потерь. Как отмечает У. Кортни, «термин “возмещение ущерба” является эластичным. Он может описать процесс или механизм, по которому сторона не будет нести каких-либо потерь» [13].

Классификация индемнити позволяет составить более полное представление о данной правовой конструкции.

В англо-американском праве индемнити может вытекать из существа обязательства, возникшего между сторонами (*equitable or implied indemnity*), или устанавливаться соглашением сторон (*express or contractual indemnity*). По словам Дж. Грея, доктрина справедливого индем-

нити (*equitable indemnity*) «позволяет судам переложить ответственность на сторону, которая, по их мнению, несет наибольшую ответственность за вред» [16]. *Equitable indemnity* применяется к деликтным обязательствам (*tort*), в договорных отношениях используется подразумеваемое контрактное индемнити (*implied contractual indemnity*). В судебных актах, на которые ссылается Дж. Грей, объясняется, что «подразумеваемое договорное возмещение основывается на представлении о том, что договор об оказании услуг содержит подразумеваемое обещание, что услуги будут оказаны надлежащим образом. Из этого обещания суды подразумевают обязательство возместить кредитору любые предвидимые убытки, возникшие в результате ненадлежащего исполнения договора» [16].

Express contractual indemnity представляет собой обещание одной стороны уплатить денежную сумму другой стороне при наступлении обстоятельств (событий или действий), предусмотренных соглашением сторон (*indemnity agreement*). По словам практикующих юристов, «суд фокусируется на выраженном намерении сторон, а не на принципах справедливости и равенства (хотя договорные условия о возмещении потерь будут толковаться настолько узко, насколько это возможно, чтобы предотвратить неосновательное обогащение)» [10].

Свобода сторон в формировании таких условий порождает неисчерпаемое количество вариаций условия об индемнити (*indemnity clause*). Однако можно выделить наиболее распространенные виды индемнити [9]:

Vare indemnity – обещание одной стороны (далее – сторона А) возместить другой стороне (далее – сторона В) все потери, возникшие в результате определенных событий или обстоятельств без каких-либо особых ограничений;

Revers indemnity – возмещение стороной А всех потерь, возникших в результате собственных действий стороны В или по ее неосторожности, за исключением небрежности. Наиболее распространен данный вид индемнити в нефтегазовой сфере, где в силу повышенной опасности производства высок риск возникновения потерь, в том числе при осуществлении производственной деятельности;

Proportionate or limited indemnities – сторона А возмещает стороне В все потери, за исключением тех, которые возникли в результате собственных действий стороны В или по ее неосторожности;

Third party indemnity – сторона А возмещает стороне В потери или убытки или защищает ее

от них, если они возникли в результате предъявления требований третьим лицом. Применяется, в частности, в отношении налоговых требований;

Party to party indemnity – каждая из сторон контракта возмещает другой стороне потери, возникшие вследствие одностороннего расторжения контракта;

Financing indemnities – сторона А возмещает стороне В потери, если они возникли вследствие отказа стороны С оплатить финансовое обязательство стороне В. Зачастую данный вид индемнити применяется вместе с гарантией.

В российском законодательстве правовая конструкция возмещения потерь раскрывается в п. 1 ст. 406.1 ГК РФ как «обязанность одной стороны возместить имущественные потери другой стороны». А. Л. Маковский характеризует институт возмещения потерь как институт, «где одна сторона договора, несмотря на безупречность ее поведения, принимает на себя возмездное несение риска за последствия, с ее поведением никак не связанные» [5]. Основанием для возмещения потерь могут выступать обстоятельства, определенные сторонами в соглашении о возмещении потерь и не связанные с нарушением обязательства его стороной. Верховный суд РФ при толковании данной нормы в п. 15 постановления Пленума от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» (далее – Постановление Пленума ВС РФ № 7) уточнил, что речь идет не о любых обстоятельствах, указанных сторонами, а о тех, которые каким-либо образом связаны с исполнением, изменением или прекращением обязательства между сторонами либо с его предметом. При этом к таким обстоятельствам могут быть отнесены только те, которые не являются нарушением обязательства. В ст. 406.1 ГК РФ приводится неисчерпывающий перечень таких обстоятельств: невозможность исполнения обязательства, предъявление требований третьими лицами или органами власти к стороне или к указанному в соглашении третьему лицу.

Таким образом, российское законодательство допускает возмещение потерь только на основе соглашения между сторонами. При этом было бы неправильно ограничивать сферу действия данного института договорным правом, так как соглашение может заключаться и при возникновении между сторонами деликтного обязательства.

Особенностью российского правового регулирования возмещения потерь является и то, что сторонами такого соглашения, по общему правилу, могут выступать только лица, осу-

ществляющие предпринимательскую деятельность. Отсутствие в законе четкого указания на участие в качестве стороны коммерческой организации позволяет сделать вывод, что соглашения о возмещении потерь могут заключать и некоммерческие организации при осуществлении ими предпринимательской деятельности. Исключение из этого правила предусмотрено в п. 5 ст. 406.1 ГК РФ для физических лиц – участников корпоративных договоров или договоров об отчуждении акций или долей в уставном капитале хозяйственного общества.

Выделяя виды возмещения потерь, можно с уверенностью говорить только об одном из известных англо-американскому праву видов: возмещение потерь по требованию третьего лица. При этом в силу прямого указания закона в качестве третьего лица могут выступать, наряду с коммерческими организациями и индивидуальными предпринимателями, также и органы государственной власти, в частности налоговые, таможенные и др. Так, по словам частнопрактикующего юриста Е. А. Сегаловой, в российской практике сделок купли-продажи акций (долей) по английскому праву период действия у гарантий и обязательств по возмещению потерь по налоговому, а также по наиболее важным вопросам, выявленным в результате юридической проверки, составляет 6–7 лет после закрытия сделки [7].

Особо следует отметить возможность установления сторонами обязанности по возмещению потерь за действия третьих лиц. В законе прямо об этом речь не идет, но в п. 18 Постановления Пленума ВС РФ № 7 установлены последствия при возмещении потерь, возникших в связи с неправомерными действиями третьего лица. К стороне, возместившей такие потери, переходит от другой стороны право требования к этому третьему лицу о возмещении убытков в части, не превышающей размер возмещенных потерь. При превышении размера возмещенных потерь над размером подлежащих возмещению убытков разница между ними с третьего лица не взыскивается, так как соглашение о возмещении потерь не создает обязанностей для такого третьего лица.

Допустимым представляется и такой вид возмещения потерь, как финансовое возмещение. Возможно, что такой вид возмещения будет весьма востребован из-за расширения субъектного состава гаранта по независимой гарантии. Если гарантия будет выдаваться не банком или страховой организацией, а коммерческой организацией, то для данной гарантии вполне может потребоваться дополнительное обеспечение, в качестве которого может выступать

соглашение о возмещении потерь на случай невыполнения гарантом своих обязательств.

Возможность формулирования в соглашении иных, известных англо-американскому праву, видов возмещения потерь зависит от ответа на вопрос: может ли обстоятельство, предусмотренное соглашением о возмещении потерь, наступать в результате действий стороны обязательства, являющейся получателем возмещения?

В законе обстоятельства, порождающие обязанность возмещения потерь, характеризуются двумя признаками: во-первых, они должны быть определены в соглашении о возмещении потерь; во-вторых, они должны быть не связаны с нарушением обязательства его стороной. Из буквального толкования п. 1 ст. 406.1 ГК РФ следует: если обстоятельства возникли в результате действий стороны получателя возмещения, в том числе неосторожных или небрежных, но эти действия не могут быть квалифицированы как нарушение обязательства, то потери подлежат возмещению. Исключение Верховный суд РФ сделал лишь для случаев, когда сторона, в пользу которой должно быть осуществлено возмещение потерь, недобросовестно содействовала наступлению такого обстоятельства. Такое обстоятельство считается ненаступившим, и потери недобросовестной стороне не возмещаются (п. 15 Постановления Пленума ВС РФ № 7).

Следовательно, участники имущественного оборота вправе указывать в соглашениях о возмещении потерь в качестве обстоятельств, влекущих обязанность по возмещению потерь, на умышленные действия получателя возмещения (т. е. предусматривать т. н. *revers indemnity*).

Например, заказчик в договоре подряда может взять на себя обязательство возместить потери подрядчика в случае поломки оборудования, используемого последним для выполнения работ по договору подряда, даже если эта поломка или утрата оборудования возникли в результате действий самого подрядчика, в том числе и неосторожных. Однако в литературе было высказано и противоположное мнение по данному вопросу: «Право подрядчика на возмещение ущерба, причиненного в результате утраты оборудования в скважине, существенным образом ограничивается. Обязанность заказчика по выплате стоимости утраченного оборудования возникает лишь при условии отсутствия вины на стороне подрядчика, о чем прямо говорит название рассматриваемого риска. Если будет доказано, что утрата оборудования была вызвана неосторожными действиями подрядчика, заказчик будет освобожден от вышеназван-

ной обязанности. Это противоречит мировой практике оказания услуг в нефтегазовой отрасли, в соответствии с которой степень вины подрядчика должна быть поднята до уровня единичной грубой неосторожности для того, чтобы заказчик мог отказаться от возмещения стоимости утраченного оборудования» [1]. Представляется, что применение в данном случае положений ст. 406.1 ГК РФ как раз и позволит гармонизировать отечественную правоприменительную практику с общемировой.

3. Содержание соглашения о возмещении потерь

Точная формулировка условий о возмещении потерь имеет исключительно важное значение для разрешения судебных споров. Как отмечают зарубежные исследователи, «традиционно общий подход судов по отношению к оговоркам об освобождении от ответственности был враждебным, и суды, как правило, более критически смотрели на эти условия, чем другие типы договорных положений» [12].

Как правило, в условиях об индемнити (*indemnity clause*) используются два термина: «*indemnity*» (возмещение) и «*hold harmless*» (ограждение). Вопросы об их соотношении и роли в договорной конструкции возмещения потерь являются дискуссионными в англоязычной литературе. Как справедливо указывает А. Г. Архипова [2], некоторые авторы рассматривают обязательство по возмещению и обязательство по «ограждению» от потерь как не зависящие друг от друга и различающиеся как по содержанию, так и по моменту возникновения. Вместе с тем в договорах условие об индемнити формулируется как «*indemnity and hold harmless*» для одного и того же случая возмещения потерь. Для более полного представления о существе разногласий по данному вопросу следует уточнить, что особое значение выражению «*hold harmless*» придают не английские, а американские юристы.

Против такого подхода резко выступает Б. Гарнер [14], который на основе этимологического анализа слов «*indemnity*» и «*hold harmless*» доказывает, что они являются синонимами: слово «*indemnity*» имеет латинское происхождение, а «*hold harmless*» – англосаксонское. Несмотря на это, он вынужден признать, что американские суды начиная с конца XIX в. усматривают различия между ними: «Существуют различия между возмещением (*indemnify*) и ограждением (*save harmless*), последнее выражение имеет более широкое значение» (*Weller v. Eames*, 15 Minn. 461, 467 (1870)) (цит. по: [14]).

В частности, включение в договорное условие выражения «hold harmless», или «save harmless», или «keep harmless» позволяет взыскивать судебные расходы на адвокатов, взыскание которых в США не предусмотрено законом, в отличие от Англии. Именно поэтому американские адвокаты настаивают на необходимости включения в договор данных выражений во избежание любого неправильного толкования, подчеркивая, что таких выражений, как «не несет ответственности за» (shall not be liable for) или «соглашается взять на себя» (agrees to assume), как правило, недостаточно, чтобы создать имеющее юридическую силу условие договора об индемнити [15].

При этом австралийский правовед У. Кортни указывает, что в условии об индемнити могут отсутствовать слова «hold harmless», «save harmless», «keep harmless». По его мнению, традиционная формулировка «to indemnify and save harmless» кажется сегодня тавтологией, хотя данным выражением может подчеркиваться, что индемнити выступает как превентивная конструкция [13].

Разнообразие мнений по данному вопросу в англоязычных источниках наглядно демонстрирует, что практика применения той или иной конструкции в странах общего права различается в зависимости от конкретной юрисдикции. Тем не менее, по мнению ряда правоведов, преимущественно американских и австралийских, формулировка «hold harmless» означает самостоятельную обязанность по ограждению другой стороны договора от возможных потерь, в том числе посредством предоставления юридической помощи, участия в судебных разбирательствах, ведения судебных дел и т. д.

Таким образом, конструкция индемнити включает в себя не только возмещение уже понесенных или будущих потерь, но и обязанность по защите, ограждению другой стороны от возможных потерь.

От того, как будет сформулирована обязанность стороны по выплате возмещения, зависит и объем возмещения. Поэтому суды требуют, чтобы условия об индемнити были сформулированы «ясно и недвусмысленно» («clear and unequivocal»). Как правило, стороны используют формулировку «все потери» («all loss»), позволяющую максимально полно охватить различные неблагоприятные имущественные последствия: «ответственность, обязательства, убытки, действия, иски, разбирательства, претензии, требования, оценки, решения судов, судебные издержки, пени и расходы, включая разумные гонорары адвокатам и выплаты» [20]. При этом положения об индемнити могут уста-

навливать ограничения на максимальную сумму возмещения, содержать исключения из возмещаемых потерь ниже определенных порогов или франшиз, а также обеспечивать возмещение определенных категорий потерь (в первую очередь «косвенных убытков»), которые просто не подлежат возмещению при любых других обстоятельствах [20].

В российском праве содержание конструкции «возмещение потерь» ограничено исключительно возмещением понесенных потерь либо потерь, которые с неизбежностью будут понесены в будущем. Не менее важное значение имеют закрепленные в соглашении формулировки, обязывающие сторону выплатить возмещение. Если неточности в положениях об индемнити могут лишь поколебать в английском суде позиции стороны, требующей выплаты возмещения, то российский суд может отказать в применении положений ст. 406.1 ГК РФ, если сочтет соглашение о возмещении потерь недостаточно «явными и недвусмысленными». Стороны при формировании условия о возмещении потерь должны не только сослаться на действие в этой части правил ст. 406.1 ГК РФ, но и указать обстоятельства, влекущие возникновение обязательства по возмещению потерь, а также определить размер возмещения или порядок его определения.

Требование о закреплении в соглашении размера возмещения потерь или порядка его определения вытекает из прямого указания закона (п. 1 ст. 406 ГК РФ). Однако данное требование не соответствует практике, сложившейся в странах с англо-американской системой права, согласно которой стороны оговаривают лишь объем возмещения, но не закрепляют его размер. Указание в договоре точного размера возможных потерь указывало бы на то, что стороны договорились о заранее оцененных убытках (liquidated damages), а не о возмещении потерь. Заранее оценить потери, которые могут возникнуть в результате тех или иных событий или действий, невозможно.

В связи с этим представляется отчасти справедливой оценка А. Г. Карапетовым указания законодателя на обязанность сторон договориться о размере возмещения потерь или порядке его определения как «явного недоразумения» и «редакционной неточности» [4]. Но в качестве контраргумента можно привести и другой довод.

В России, несмотря на достаточно лояльное законодательство о возмещении убытков, существует явная проблема с их взысканием именно в части доказывания размера понесенных убытков, поэтому, предоставляя возможность сторонам определить размер возможных потерь, за-

конодатель, по-видимому, стремился обеспечить реальную возможность для их взыскания. На это указывает и правило п. 2 ст. 406.1 ГК РФ, запрещающее суду уменьшать размер возмещения потерь.

А. Г. Карапетов предлагает рассматривать согласованный в договоре размер возмещения как предел возмещения. Однако такая интерпретация позволит судам взыскивать потери и ниже установленного предела, например, ссылаясь на недоказанность размера потерь.

Вместе с тем в некоторых ситуациях конкретный размер потерь может быть разумно определен сторонами. Интересный случай из российской судебной практики о споре по поводу стоимости утраченного оборудования приводит В. Н. Ануров [1]. В договорной оговорке было установлено следующее: «В соответствии с п. 8.3 договора в редакции дополнительного соглашения № 1 заказчик несет ответственность за ущерб, причиненный оборудованию подрядчика и подтвержденный подписанным сторонами актом, следующим образом: в случае утраты и невозможности восстановления – оплачивается заказчиком по ценам, указанным в приложении № 9 дополнительного соглашения № 1; в случае повреждения – в размере стоимости, необходимой для его восстановления. Действие настоящей статьи не распространяется на утрату или повреждения оборудования, произошедшие исключительно по вине подрядчика».

Анализируя данную оговорку с точки зрения возможного применения правил ст. 406.1 ГК РФ, можно рассматривать цены при утрате оборудования, согласованные сторонами в приложении, в качестве размера возмещения потерь. Указание на то, что при утрате оборудования уплачивается согласованная цена, а при его повреждении – стоимость восстановления, можно квалифицировать как порядок определения размера возмещения. В п. 15 Постановления Пленума ВС РФ № 7 также в качестве примера приводится «такой порядок определения потерь, по которому одна из сторон возмещает другой все возникшие у нее потери, вызванные соответствующими обстоятельствами, или их часть».

Тем не менее трудно не согласиться с опасениями А. Г. Карапетова, что при буквальном толковании «возмещение потерь превращается в уплату абстрактной суммы, размер которой никак не связан с фактически возникшими убытками» [4]. Е. А. Оганина также допускает, что в силу договорных диспропорций сторон размер потерь может быть «заведомо экономически не обоснован и завышен настолько, что влечет неосновательное обогащение стороны, получающей компенсацию» [6]. По-видимому, исходя из

этих соображений в п. 15 Постановления Пленума ВС РФ № 7 возмещение потерь допускается только тогда, когда будет доказано, что потери уже понесены или с неизбежностью будут понесены в будущем.

4. Возмещение потерь и ответственность

Возложение на сторону соглашения о возмещении потерь дополнительного имущественного обременения сближает рассматриваемую правовую конструкцию с ответственностью, что обуславливает необходимость их четкого разграничения.

В соответствии с англо-американским правом соглашение об индемнити может заключаться и на случай нарушения договора, поэтому в англоязычной юридической литературе вопросу соотношения индемнити и ответственности уделяется особое внимание. В качестве преимущества правовой конструкции индемнити указывается на то, что при возмещении потерь не применяются общие принципы взыскания убытков [19], так как индемнити не является разновидностью ответственности. К индемнити не применяется принцип «смягчения» убытков (*mitigation*), в соответствии с которым потерпевшая сторона обязана предпринять разумные меры для уменьшения размера убытков. Также не применим и принцип «отдаленности» убытков (*remoteness*), требующий, чтобы убытки возникали в ходе обычного развития событий, вызванных нарушением договора, и могли быть разумно предвидены сторонами. Особо отмечается, что «доказать убытки может быть сложнее, чем доказать фактические потери и расходы в счет возмещения» [11]. Это позволяет потерпевшей стороне договора более полно компенсировать неблагоприятные имущественные последствия.

Вместе с тем, по мнению А. В. Томсинова, «в судебной практике возмещение потерь, связанное с таким событием, которое одновременно является нарушением договора, постепенно сближается с взысканием убытков по применяемым принципам» [8]. Действительно, в некоторых случаях суды применяли принципы отдаленности и смягчения к случаям возмещения потерь (*Royscot Commercial Leasing Ltd v Ismail; The Eurys*). Тем не менее зарубежные исследователи не видят в этом какой-либо тенденции на сближение ответственности и возмещения потерь. Отмечая, что к индемнити могут быть применены принципы отдаленности и смягчения в тех случаях, когда индемнити установлено на случай нарушения договора, они подчеркивают возможность сторон исключить эти ограничения при условии использования точных и

правильных формулировок в тексте договора, иначе говоря, с помощью «языка контракта» (express language) [12].

Нельзя также не отметить, что применение договорного индемнити не всегда отвечает принципу справедливости. Так, положения об индемнити могут исключать ответственность стороны за собственную небрежность. Такое ограничение ответственности получило широкое распространение в строительных контрактах, заключаемых в США, где исторически собственники и генеральные подрядчики перекладывали все риски на субподрядчиков. В связи с этим в 50 штатах были приняты законы, направленные против индемнити (anti-indemnity statutes), существенно ограничившие использование индемнити в строительных контрактах. Кроме того, ограничения установлены и в публичных контрактах: «федеральное правительство является субъектом уникальных договорных ограничений, один из которых ограничивает средства и объем договорного возмещения (contractual indemnification) в федеральных правительственных контрактах» [18].

В российском гражданском праве вопрос о соотношении института возмещения потерь и ответственности обусловлен, прежде всего, помещением ст. 406.1 ГК РФ в гл. 27 «Ответственность за нарушение обязательства». Сложно сказать, чем руководствовались разработчики законопроекта, принимая такое решение. Как справедливо указывает С. Ю. Филиппова, «в отличие от ответственности, выступающей последствием определенного противоправного поведения должника, являющегося причиной наступления у кредитора неблагоприятных имущественных последствий, установленные комментируемой статье потери могут быть по договору отнесены на должника, даже и не допустившего нарушения возмещения потерь кредитора, не имеющих причинно-следственной связи с его поведением» [3].

В самой норме ст. 406.1 ГК РФ заложено, что данная мера защиты не применима к случаям нарушения обязательства. Из буквального толкования выражения п. 1 ст. 406.1 ГК РФ: «не связанные с нарушением обязательства его стороной» следует, что в отличие от англо-американского права российское гражданское законодательство не предусматривает возможность установления возмещения потерь на случай нарушения обязательства одной из сторон.

Тем не менее в Постановлении Пленума ВС РФ № 7 наряду с указанием на то, что обязанность по возмещению потерь возникает из обстоятельств, «не являющихся нарушением обязательства», устанавливается также, что

возмещение потерь осуществляется «вне зависимости от наличия нарушения (неисполнения или ненадлежащего исполнения) обязательства соответствующей стороной и независимо от причинной связи между поведением этой стороны и подлежащими возмещению потерями».

Такое толкование представляется несколько противоречивым, так как формулировка «вне зависимости» не исключает возможности распространения соглашения о возмещении потерь и на случаи возникновения потерь из-за неисполнения или ненадлежащего исполнения своей обязанности одной из сторон, в том числе стороны, обязанной выплатить возмещение. Более того, в ряде случаев разграничить нарушение обязательства и обстоятельство, влекущее возникновение обязательства по возмещению потерь, крайне сложно.

Рассмотрим, как будет работать конструкция возмещения потерь на схематичном примере: стороны договора подряда договорились о выплате определенного размера возмещения в случае неполучения заказчиком разрешения на проведение тех или иных работ. Неполучение такого разрешения может быть как результатом действий самого заказчика, не совершившего всех необходимых действий по получению разрешения или допустившего какие-либо ошибки при представлении документов на получение такого разрешения, так и результатом действий третьих лиц – органа, выдающего такое разрешение, в том числе и неправомерных. Должен ли суд при решении спора о выплате возмещения исследовать причину наступления данного обстоятельства и причинную связь между действиями заказчика и наступлением данного обстоятельства? Думается, что нет, иначе теряется смысл законодательного закрепления института возмещения потерь. Суд должен установить лишь сам факт наступления данного обстоятельства.

Однако наличие установленного факта наступления соответствующего обстоятельства и определенного на случай его наступления размера потерь недостаточно для взыскания возмещения в судебном порядке. Согласно п. 15 Постановления Пленума ВС РФ № 7, стороне, требующей возмещение, необходимо доказать наличие причинной связи между наступлением указанного обстоятельства и ее потерями, в отношении которых также требуется доказать, что они понесены или с неизбежностью будут понесены в будущем.

Такая сложная система доказывания понесенных потерь вряд ли позволит конструкции возмещения потерь стать более эффективной, чем возмещение убытков. В приведенном при-

мере подрядчик, ссылаясь на то, что он не мог своевременно приступить к работе и из-за вынужденного простоя у него возникли убытки, может требовать их возмещения в виде упущенной выгоды. При этом ему не нужно будет доказывать виновность заказчика, так как ответственность последнего как предпринимателя наступает независимо от вины (п. 3 ст. 401 ГК РФ). Однако практика показывает, что взыскать в российском суде упущенную выгоду практически невозможно из-за сложности доказывания. Но и при использовании конструкции возмещения потерь в суде возникнут такие же сложности.

Следует отметить, что толкование, предложенное Верховным судом РФ, в полной мере отвечает сформировавшейся практике применения данной конструкции в англо-американском праве. Но в странах с англо-американской системой права такая практика не препятствует использованию конструкции индемнити как альтернативы ответственности стороны за нарушение договора, позволяя обойти ограничения, установленные в отношении ответственности сторон. В России такая правоприменительная практика сведет на нет усилия законодателя.

Представляется, что механизм реализации конструкции возмещения потерь должен быть иной. Если в приведенном примере на случай неполучения заказчиком разрешения на проведение работ было установлено условие о выплате возмещения за потери и определен их размер, то при решении вопроса о выплате такого возмещения суду достаточно установить факт отсутствия разрешения на проведение работ. При наличии установленного факта наступления данного обстоятельства должно презюмироваться возникновение потерь в согласованном сторонами объеме. Презумпция может быть опровергнута в суде стороной, обязанной выплатить возмещение, но на нее должно быть возложено и бремя доказывания. В исключительных случаях, когда очевидно, что размер потерь экономически не обоснован и стал результатом договорной диспропорции, целесообразно вмешательство суда, который вправе применить принцип добросовестности и снизить размер возмещаемых потерь на основании ст. 10 ГК РФ.

При таком подходе российская конструкция возмещения потерь с точки зрения англо-американского права будет напоминать скорее заранее оцененные убытки, но только таким путем она сможет реально работать. В противном случае конструкция возмещения потерь, и так довольно «куцая» по сравнению со своим англо-американским предком, сможет приме-

няться лишь в отношении крайне узкого круга случаев, носящих, по существу, форс-мажорный характер.

Выводы

Сравнительно-правовой анализ конструкции индемнити в англо-американском праве и конструкции возмещения потерь в российском праве позволил выявить особенности последней:

1) возмещение потерь может возникать только на основе соглашения сторон;

2) содержание конструкции возмещения потерь включает в себя только обязанность по выплате уже понесенных потерь или тех потерь, которые с неизбежностью будут понесены в будущем, но не предусматривает обязанности по ограждению, защите от возможных потерь;

3) стороны своим соглашением должны определить размер потерь или установить порядок его определения;

4) обязанность по возмещению потерь может быть установлена только на случай наступления обстоятельств, не связанных с нарушением обязательства его стороной.

Таким образом, российская конструкция возмещения потерь гораздо уже англо-американской по своему содержанию и сфере применения. Тем не менее она позволяет сторонам конструировать в соглашении наиболее распространенные и востребованные в англо-американском праве виды возмещения потерь.

Применение российскими судами к конструкции возмещения потерь тех же строгих требований по доказыванию размера потерь и наличия причинной связи между наступлением соответствующего обстоятельства и возникновением потерь не позволит участникам имущественного оборота эффективно использовать данную правовую конструкцию для распределения рисков, возникающих при осуществлении ими предпринимательской деятельности. В целях совершенствования механизма реализации конструкции возмещения потерь предлагается при взыскании в судебном порядке возмещения при наличии установленного судом факта наступления обстоятельства, указанного сторонами, презюмировать возникновение потерь в определенном сторонами размере.

Только при таком подходе конструкция возмещения потерь обретет свое место в системе мер защиты отечественного гражданского права.

Библиографический список

1. *Ануров В. Н.* Возмещение потерь в нефтесервисных договорах. М.: Инфротропик, 2016. 232 с.

2. *Архипова А. Г.* Возмещение потерь в новом ГК РФ: «за» или «против»? // Вестник гражданского права. 2012. № 4. С. 158–183.
3. *Гражданский кодекс Российской Федерации*. Постатейный комментарий к разделу III «Общая часть обязательственного права» / под ред. Л. В. Санниковой. М.: Статут, 2016. 622 с.
4. *Карпетов А. Г.* Заверения об обстоятельствах и условия о возмещении потерь в новой редакции ГК РФ // Закон. 2015. № 6. С. 43–56.
5. *Маковский А. Л.* Об уроках реформирования Гражданского кодекса России // Вестник гражданского права. 2013. № 5. С. 157–172.
6. *Останина Е. А.* Судьба индемнити при несостоятельности должника // Закон. 2015. № 7. С. 56–63.
7. *Сегалова Е. А.* Ограничения заверений, гарантий и обязательств по возмещению потерь в договоре купли-продажи акций (долей) по английскому праву [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».
8. *Томсинов А. В.* Место indemnity в российском гражданском праве // Московский юрист. 2013. № 1. С. 56–64.
9. *Alderman P.* Indemnity Clauses in Commercial Contracts: How to Achieve Desired Contractual Risk Allocation. 2011. Australia. URL: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=db38e8d6-7451-49e1-9e74-531bf32e0d10> (дата обращения: 10.07.2016).
10. *An Overview of Indemnification and The Duty to Defend* // ACES. 2014. URL: <http://docs.aces.org/pub/DA77E02A-C742-9915-1727-73DF2CCC23B9> (дата обращения: 22.06.2016).
11. *Booth P. J.* Problems with Contractual Indemnities (and How to Avoid Them). URL: http://www.gordonandjackson.com.au/uploads/documents/seminar-papers/Problems_with_Contractual_Indemnities_-_Peter_Booth.PDF (дата обращения: 13.07.2016).
12. *Bjerketveit A.* Indemnity – and Hold Harmless Clauses. 28 p. URL: http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/anglo/essays/bjerketveit_abstract.pdf (дата обращения: 17.07.2016).
13. *Courtney W.* The Nature of Contractual Indemnities // Legal Studies Research Paper. 2011. August. № 11/41.
14. *Garner B. A.* Indemnify // Green Bag 2d. 2011. Vol. 15.
15. *Gesellschaft V. A., Hicks R. L.* The Interplay Between Indemnification Provisions and Insurance Clauses in Contracts for Goods and Services. URL: http://www.osbcorporatcounsel.com/2014-066_ArticleonindemnificationandinsurancefromACCDocket.pdf. (дата обращения: 15.07.2016).
16. *Gray J. J. F.* Implied Contractual Indemnity: An Infirm Doctrine Whose Time Has Passed // Loy. LAL Rev. 1988. Vol. 22.
17. *Macatram G.* How Can the Indemnity Clause Expand or Limit the Responsibility of the Parties in International Oil and Gas Contracts? URL: <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/htmlcar1editorial.php>. (дата обращения: 11.07.2016).
18. *O'Connell S. M.* Contractual Indemnification by the Federal Government // Law School Student Scholarship. 2014. Paper 279. URL: http://scholarship.shu.edu/student_scholarship/279 (дата обращения: 10.07.2016).
19. *Posner E. A.* Contract Remedies: Foreseeability, Precaution, Causation and Mitigation // Bouckaert, B.–G. De Geest (eds.), Encyclopedia of Law and Economics. 2000.
20. *West G. D., Duran S. G.* Reassessing the “Consequences” of Consequential Damage Waivers in Acquisition Agreements // The Business Lawyer. 2008. Pp. 777–807.

References

1. *Anurov V. N.* *Vozmeshchenie poter' v nefteservisnykh dogovorakh* [Compensation for Losses in Oilfield Service Contracts]. Moscow, 2016. 232 p. (In Russ.).
2. *Arkhipova A. G.* *Vozmeshchenie poter' v novom GK RF: "za" ili "protiv"?* [Compensation for Losses in the new Civil Code of the Russian Federation: “Pro” or “Contra”?]. *Vestnik grazhdanskogo prava – Civil Law Review*. 2012. № 4. Pp. 158–183. (In Russ.).
3. *Grazhdanskiy kodeks Rossiyskoy Federatsii. Postateyniy kommentariy k razdelu III «Obshchaya chast' obyazatel'stvennogo prava»;* pod red. L. V. Sannikovoy [The Civil Code of the Russian Federation. Commentary to the Section III “The General Part of Contractual Law”; ed. by L. V. Sannikova]. Moscow, 2016. 622 p. (In Russ.).
4. *Karapetov A. G.* *Zavereniya ob obstoyatel'stvakh i usloviya o vozmeshchenii poter' v novoy redaktsii GK RF* [Representations and Provisions for Recovery of Losses in the New Version of the Civil Code of the Russian Federation]. *Zakon – ZAKON*. 2015. № 6. Pp. 43–56. (In Russ.).
5. *Makovskiy A. L.* *Ob urokakh reformirovaniya Grazhdanskogo kodeksa Rossii* [On the Lessons of Reforming the Civil Code of Russia]. *Vestnik grazhdanskogo prava – Civil Law Review*. 2013. № 5. Pp. 157–172. (In Russ.).

6. *Ostanina E. A. Sud'ba indemniti pri nesostoyatel'nosti dolzhnika* [Indemnity in Case the Debtor is Insolvent]. *Zakon – ZAKON*. 2015. № 7. Pp. 56–63. (In Russ.).
7. *Segalova E. A. Ogranicheniya zavereniy, garantiy i obyazatel'stv po vozmeshcheniyu poter' v dogovore kupli-prodazhi aktsiy (doley) po angliyskomu pravu* [Limitations of Representations, Warranties and Indemnity Obligations in the Contract of Shares Purchase and Sale under English Law]. Access from the legal reference system ConsultantPlus. (In Russ.).
8. *Tomsinov A. V. Mesto indemnity v rossiyskom grazhdanskom prave* [The Place of Indemnity in the Russian Civil Law]. *Moskovskiy yurist – Moscow lawyer*. 2013. № 1. Pp. 56–64. (In Russ.).
9. *Alderman P. Indemnity Clauses in Commercial Contracts: How to Achieve Desired Contractual Risk Allocation*. 2011. Australia. Available at: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=db38e8d6-7451-49e1-9e74-531bf32e0d10> (accessed 10.07.2016). (In Eng.).
10. *An Overview of Indemnification and the Duty to Defend*. ACES. 2014. Available at: <http://docs.acec.org/pub/DA77E02A-C742-9915-1727-73DF2CCC23B9> (accessed 22.06.2016). (In Eng.).
11. *Booth P. J. Problems with Contractual Indemnities (and How to Avoid Them)*. Available at: http://www.gordonandjackson.com.au/uploads/documents/seminar-papers/Problems_with_Contractual_Indemnities_-_Peter_Booth.PDF. (In Eng.).
12. *Bjerketveit A. Indemnity – and Hold Harmless Clauses*. Available at: http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/anglo/essays/bjerketveit_abstract.pdf. (In Eng.).
13. *Courtney W. The Nature of Contractual Indemnities*. Legal Studies Research Paper. 2011. August. № 11/41. (In Eng.).
14. *Garner B.A. Indemnify*. Green Bag 2d. 2011. Vol. 15. (In Eng.).
15. *Gesellschaft V. A., Hicks R. L. The Interplay Between Indemnification Provisions and Insurance Clauses in Contracts for Goods and Services*. Available at: http://www.osbcorporatecounsel.com/2014-066_ArticleonindemnificationandinsurancefromACCDocket.pdf. (In Eng.).
16. *Gray J. J. F. Implied Contractual Indemnity: An Infirm Doctrine Whose Time Has Passed*. Loy. LAL Rev. 1988. Vol. 22. (In Eng.).
17. *Macatram G. How Can the Indemnity Clause Expand or Limit the Responsibility of the Parties in International Oil and Gas Contracts?* Available at: <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/htmlcar1editorial.php>. (In Eng.).
18. *O'Connell S. M. Contractual Indemnification by the Federal Government*. Law School Student Scholarship. 2014. Paper 279. Available at: http://scholarship.shu.edu/student_scholarship/279. (In Eng.).
19. *Posner E. A. Contract Remedies: Foreseeability, Precaution, Causation and Mitigation*. Bouckaert B. De Geest G. (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*. 2000. (In Eng.).
20. *West G. D., Duran S. G. Reassessing the “Consequences” of Consequential Damage Waivers in Acquisition Agreements*. The Business Lawyer. 2008. Pp. 777–807. (In Eng.).