

## Сергей Будылин

### Тезисы к круглому столу по договорной ответственности (06.11.2013)

*1. Перспективы применения правовой позиции ВАС РФ по делу Сигма-Смартс в качестве инструмента разблокирования сложившейся практики разрешения споров о взыскании убытков в арбитражных судах. Насколько оправдано лишать суд возможности отказать в иске об убытках при недоказанности их размера и возлагать на суд компетенцию по самостоятельному определению размера подлежащих взысканию убытков?*

Позиция Президиума, согласно которой нельзя отказывать в иске только потому, что размер убытков невозможно установить «с разумной степенью достоверности», представляется безупречной. С точки зрения экономической обоснованности правовых норм, эта позиция, по-видимому, вообще единственно логически возможная.

Если ясно, что ущерб причинен, но не представляется возможным установить «с разумной степенью достоверности», равен он 1 млн. рублей или 1,5 млн., нужно ли отказывать в иске? Очевидно, что с точки зрения правильной экономической мотивации субъектов оборота это было бы ошибкой. Взыскание любой суммы в промежутке между 1 и 1,5 млн. обеспечит более близкую к оптимуму мотивацию, чем отказ от взыскания.

Иначе говоря, любая разумная оценка суммы убытков, несомненно, лучше, чем полный отказ от справедливого и экономически осмысленного разрешения спора. Поскольку присяжных у нас в гражданских спорах нет, то кроме судьи возложить эту функцию (оценки убытков) не на кого. Естественно, судья будет при этом основываться на представленных сторонами доказательствах, пусть даже и неполных.

Что касается «перспектив применения» позиции ВАС, их оценить довольно сложно в свете грядущей судебной реформы...

*2. В каких случаях частное право может вводить сверхкомпенсационную модель возмещения убытков при нарушении договоров (взыскание выгоды, извлеченной нарушителем по ст.15 ГК; штрафные неустойки при нарушении коммерсантом потребительского договора; оценка опыта ряда зарубежных стран по использованию института карательных убытков в случае злостно-недобросовестных нарушений договора и др.)?*

Если этот вопрос рассматривать с точки зрения экономического обоснования правовых норм, то можно сказать следующее. В идеальном экономическом мире, то есть в мире без транзакционных издержек и с легко исчислимым размером экономических последствий от любых действий субъектов оборота, оптимальной моделью возмещения убытков является компенсационная. Именно поэтому правилом по умолчанию для всех правовых систем является компенсационная модель.

Мир, однако, не идеален. В связи с этим во многих реалистических ситуациях для достижения оптимальной мотивации субъектов оборота требуется отступление от компенсационной модели.

Если исчислить социальные потери от действий субъекта с разумной точностью не представляется возможным, но мы априори убеждены, что данная правовая норма «оптимальная», то правильная мотивация субъекта достигается путем взыскания с него прибыли, полученной в результате нарушения этой нормы. Так, если газета печатает

выдуманную информацию о знаменитости с целью привлечения читателей, нужно взыскать с газеты сумму, примерно соответствующую незаконно полученному доходу. Эта сумма может значительно превышать «убытки», причиненные знаменитости, как бы они не исчислялись.

Если речь идет о мелких правонарушениях, совершаемых в «промышленных масштабах», особенно в отношении потребителей, встает проблема транзакционных издержек. Сумма ущерба каждого из потерпевших слишком мала, чтобы компенсационная модель могла мотивировать потерпевшего на борьбу за справедливость. Например, если сотовый оператор обсчитает каждого из миллиона клиентов на десять копеек, вряд ли кто-то это даже заметит, не говоря уже о том, чтобы подать иск. Если кто-то и возразит, компания вернет десять копеек и все равно останется в неплохой прибыли.

Для решения проблемы транзакционных издержек могут применяться сверхкомпенсаторные взыскания. Таковыми могут быть, в частности, законные неустойки. В англосаксонских юрисдикциях этой цели могут служить штрафные (карательные) убытки. Сверхкомпенсационное взыскание стимулирует как правонарушителя (к тому, чтобы воздерживаться от правонарушения), так и потерпевших (к тому, чтобы подавать иски). И то, и другое приближает мотивацию субъектов оборота к оптимуму.

Стоит упомянуть потенциальную проблему «гипермотивации» потерпевших, что может повлечь массовую подачу необоснованных исков. Для решения проблемы часть сверхкомпенсационного взыскания может направляться (и во многих штатах США действительно направляется) в бюджет или в публичные фонды.

Опыт применения штрафных убытков в англосаксонских юрисдикциях, особенно в США, довольно противоречив. Его можно (и нужно) обсуждать более подробно, чем позволяют рамки данных тезисов. Однако несомненно, что штрафные убытки являются одним из мощных методов разрешения проблемы транзакционных издержек в деликтных исках.

Что касается исков из договора, в англосаксонских юрисдикциях штрафные убытки в них могут назначаться, только если суд признал наличие правонарушения (деликта), отдельного от самого нарушения договора. Типичным примером является именно недобросовестное поведение коммерческой организации по отношению к потребителю (например, беспричинный отказ страховой компании выплатить страховое возмещение).

Быть может, наиболее известно американское «дело о горячем кофе», в котором присяжные присудили крупную сумму старушке, обжегшейся кофе из ресторана «Макдоналдс». Несмотря на некоторую экзотичность дела, важно понимать, что это была не судебная аномалия и не каприз присяжных. Назначение штрафных убытков основывалось на том обстоятельстве, что компания, согласно показаниям ее же собственных ответственных сотрудников, прекрасно знала о риске ожогов, но сочла для себя выгодным не предпринимать никаких мер (типа использования более безопасных стаканчиков), а вместо этого просто платить компенсацию тем обожженным, которые проявят достаточную настойчивость. Присяжные решили наказать компанию путем взыскания с нее двухдневного дохода от продажи кофе. Как видим, вердикт был основан на вполне рациональных соображениях, в конечном счете направленных на решение проблемы транзакционных издержек.

Полноценная рецепция англосаксонских штрафных убытков российским правом вряд ли возможна, это означало бы слишком резкий разрыв с континентально-европейскими

правовыми традициями. Однако представляется целесообразным ограничить воплощение той же идеи в более близких российскому праву формах. Так, закон мог бы предусматривать кратное возмещение убытков потребителю в тех или иных случаях недобросовестного поведения коммерческой организации.

В действительности ограниченная рецепция штрафных убытков российским правом уже произошла в 2012 году. Этот смелый эксперимент был осуществлен Пленумом Верховного Суда РФ. В своем постановлении о защите прав потребителей он предписал взыскивать «штраф» за отказ от добровольного исполнения законных требований потребителя не в бюджет, как это всегда делалось раньше, а «в пользу потребителя» (п. 46 Постановления Пленума ВС РФ от 28.06.2012 №17). Штраф составляет 50% от суммы убытков и неустоек и выплачивается в дополнение к ним. Часть штрафа в определенных случаях направляется органу местного самоуправления или обществу защиты прав потребителей. Соответствующая практика СОИ уже насчитывает сотни дел.

В отличие от «настоящих» штрафных убытков, этот штраф не назначается присяжными или судьей, никакой дискреции в его взыскании нет. Сумма штрафа также установлена непосредственно законом. Штраф относится лишь к узкому кругу споров – спорам с участием потребителей. Тем не менее это первый пример того, что в российском праве можно всерьез уподобить англосаксонским штрафным убыткам.

*3. Проблема определения причинно-следственной связи между нарушением договора и возникающими убытками. Перспективы рецепции в российском праве критерия предвидимости убытков.*

Теория причинно-следственной связи – одна из наиболее сложных для понимания правовых теорий.

Можно сказать, это даже не правовая, а философская теория. Ведь, по сути, все явления в мире связаны между собой бесконечным числом цепочек взаимодействия, и никакое явление не является единственной и окончательной «причиной» другого явления. Как правило, в принципе не существует возможности точно (в естественнонаучном смысле слова) установить наличие или отсутствие причинно-следственной связи между двумя событиями.

Тем не менее (ввиду особенностей человеческого познания мира) для практических целей мы неизменно стремимся определить, является ли одно событие в каком-то смысле слова «причиной» другого или же не является. В частности, для решения вопроса о взыскании убытков суд должен решить эту философскую проблему, то есть определить, являлось ли рассматриваемое действие ответчика «причиной» убытков истца для правоприменительных целей или же не являлось. Ввиду неопределенности понятия «причины» наличие или отсутствие такой причинно-следственной связи может устанавливаться по тем или иным конструктивным критериям.

Англо-американская судебная практика исследует эту тему не первую сотню лет – и достигла неплохих результатов. Согласно наиболее распространенной версии теории причинности, выработанной судами, следует различать «фактическую» (factual cause) и «правовую» (legal/proximate cause) причинно-следственную связь. Если действия ответчика фактически были причиной причиненного ущерба, но эти неблагоприятные последствия были слишком «отдаленными» (remote), то действия ответчика не признаются «правовой причиной» ущерба, то есть убытки с него не взыскиваются.

В одном из наиболее «популярных» вариантов данной теории разграничение «отдаленных» и «прямых» последствий тех или иных действий лица осуществляется на основании критерия «предвидимости» (foreseeability) ущерба. «Отдаленными» считаются те последствия, которые «разумное лицо» (reasonable person) не могло предвидеть. Конечно, этот критерий тоже оценочный, но он является конструктивным в том смысле, что судья или присяжные могут мысленно поставить себя на место ответчика и попытаться определить, могли ли они предвидеть данные последствия данных действий или нет.

Альтернативно, критерий может формулироваться не в терминах «предвидимости», а в терминах «прямой» или «непосредственной» связи и т.п. Этот критерий, впрочем, также довольно неопределенный.

Предположим, во время ледохода на реке ненадежно закрепленное судно оторвало от причала. В результате оно столкнулось еще с одним судном и тоже сорвало его со швартовых. В результате второе судно столкнулось с мостом. В результате мост рухнул. В результате образовался ледяной затор. Он повлек наводнение, причинившее ущерб прилегающей недвижимости. Кроме того, затор прервал на два месяца сообщение по реке. В результате потерпели убытки владельцы судов, осуществлявших перевозки. Спрашивается, какие из перечисленных видов ущерба должен возместить владелец первого судна?

Американский суд пришел к выводу, что судовладелец отвечает за весь ущерб вплоть до ущерба от наводнения, но вот уже убытки перевозчиков являются слишком отдаленным последствием его действий и возмещению не подлежат. Конечно, это проведение границы между «прямыми» и «отдаленными» последствиями выглядит в значительной степени произвольным, но, как сказал судья, «в какой-то момент достигается точка, за которой суды признают связь слишком неуловимой». *In re Kinsman Transit Co.*, 338 F.2d 708 (2nd Cir. 1964); *Kinsman Transit Co. v. City of Buffalo*, 388 F.2d 821 (2nd Cir. 1968).

С точки зрения экономического обоснования правовых норм, оптимальной в экономическом смысле является правило, которое возлагает бремя ущерба на лицо, которое может этот ущерб предотвратить с минимальными затратами. То есть если причинитель ущерба легко мог избежать его причинения, он должен этот ущерб возместить. Если же тот, кому ущерб причинен, сам мог легко его предотвратить, значит, ущерб ему не возмещается. Как правило, легко избежать именно того ущерба, который легко предвидеть. Это экономико-теоретический вариант определения «правовой причины».

Как видим, проблема, которая традиционно формулируется в терминах установления причинно-следственной связи, в более конструктивных терминах является проблемой ограничения ответственности правонарушителя лишь определенным подмножеством последствий его действий. Ввиду этого в третьем издании Свода деликтного права правоведы Американского института права предлагают вообще отказаться от концепции «правовой причины» и полностью перейти к терминологии «пределов ответственности» (scope of liability), определяемых по характеру рисков, которые влечет поведение лица. *Restatement (Third) of Torts: Phys. & Emot. Harm* § 29 (2010).

Российские, а еще раньше – советские, правоведы тоже не один десяток лет обсуждают теорию причинности. См., например: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. М.: 2001. Кн. 1. Гл. VII. П. 3. Однако на уровень судебных решений эти правоведческие конструкции до сих пор практически не проникли. Как

правило, суды в своих теоретических выкладках останавливаются очень рано – просто на утверждении, что для возмещения убытков следует доказать «причинно-следственную связь» между нарушением права и убытками.

При желании можно усмотреть зачатки теории «правовой причинности» в некоторых судебных актах. Так, в «деле «ВПК Строй» Президиум ВАС, устанавливая «причинно-следственную связь» между нарушением ответчиком обязательства и убытками истца, указывает, что «любой разумный продавец товара должен предвидеть», что неисполнение им обязательств может повлечь возникновение ущерба. Постановление Президиума ВАС РФ от 26.03.2013 N 15078/12 по делу N А40-36805/12-37-133 (с нарушителя договора взыскана упущенная выгода контрагента). Верховный Суд РФ в деле «Ревенский против Мальнева» указывает, что для взыскания убытков причинно-следственная связь между правонарушением и убытками должна быть «прямая (непосредственная)». Определение ВС РФ от 04.06.2013 N 66-КГ13-5 (отказано во взыскании судебных расходов третьего лица в гражданском иске с истца в этом иске).

Критерий «предвидимости» вошел и в Концепцию развития гражданского законодательства РФ от 2009 г. (п. 5.2).

Рано или поздно российской судебной практике (или законодателю), несомненно, придется сформулировать тот или иной вариант правил атрибутирования убытков субъектам оборота, более тонкий, чем нынешняя грубая формула. Это может быть сделано в терминах «правовой причины», «предвидимости ущерба», «пределов ответственности» или иным образом. Пока, однако, эти перспективы выглядят довольно неопределенными.

*4. Институт абстрактных убытков в российском праве и перспективы его применения как универсального способа защиты прав кредитора. Являются ли абстрактные убытки убытками в традиционном смысле этого понятия или уникальным инструментом возмещения гипотетических потерь?*

«Конкретные» убытки исчисляются на основании фактических расходов кредитора, таких как расходы по приобретению аналогичного товара, совершенному взамен сделки с неисправным должником. «Абстрактные» убытки исчисляются без совершения реальной замещающей сделки, просто на основе «текущей» или «рыночной» стоимости аналогичного товара. В российском праве этот институт воплощен в положении ГК, связанном с расторжением договора поставки. П. 3 ст. 524 ГК.

Очевидно, что «абстрактные убытки» являются вполне разумной оценкой ущерба стороны договора от нарушения контрагентом своих обязательств. Исходя из позиции (обсуждавшейся выше), что любая разумная оценка ущерба истца лучше, чем полный отказ суда от справедливого разрешения спора, ясно, что абстрактные убытки представляют собой пусть и не «универсальный», но вполне рабочий инструмент защиты прав кредитора.

Что касается терминологии, строго говоря, так называемые «абстрактные убытки» по определению являются не «убытками» кредитора как таковыми, а некоторой оценкой суммы этих «убытков».

*5. Пределы свободы договора в вопросе регулирования оснований договорной ответственности и ее размера (пределы возмещения по ст.400 ГК, диспозитивность п.3 ст.401 ГК РФ о непреодолимой силе и легитимность введения договором иных оснований*

*освобождения от ответственности, диспозитивность ст.15 ГК о видах возмещаемых убытков, исключительная неустойка как инструмент ограничения объема ответственности).*

Что касается сделок между равноправными коммерсантами, то, на мой взгляд, чем больше свободы договора, тем лучше. Коммерсанты способны совместными усилиями вырабатывать наиболее эффективные в экономическом отношении условия договоров между ними, что означает увеличение суммарной эффективности всей экономики («максимизацию совокупной общественной полезности» на экономико-теоретическом жаргоне).

С потребителями, конечно, дело другое. В силу все тех же транзакционных издержек они обычно лишены возможности реально влиять на условия своих сделок с коммерсантами, так что в этом случае не стоит давать коммерсантам возможности чрезмерно ограничивать свою ответственность.

В вопросе идет речь об ограничении ответственности. Отмечу, что договор в принципе может предусматривать и увеличенную (сверхкомпенсационную) ответственность в виде штрафа (неустойки) за нарушение договорного обязательства. С точки зрения свободы договора, это тоже вполне нормально. Однако основные правовые системы относятся к такой увеличенной ответственности довольно подозрительно.

В России, как и повсюду на континенте, договорные штрафы (пени, неустойки) допускаются, но могут быть урезаны судом в случае «несоразмерности последствиям нарушения». Ст. 333 ГК.

Англо-американская система вообще не признает договорных штрафов (contractual penalty), считая их противоречащими публичному порядку. (Правило является явной аномалией с точки зрения свойственного данной системе принципа свободы договора.) Допускается взыскание лишь «заранее оцененных убытков» (liquidated damages), которые должны быть добросовестной попыткой оценки реальных возможных убытков (хотя в принципе могут и превышать их фактически). Граница между штрафом и заранее оцененными убытками довольно зыбкая, но она есть (по крайней мере, англосаксонские суды ее видят).