

*Каранетов А.Г.*

*д.ю.н., научный руководитель Юридического института «М-ЛОГОС»*

## ТЕЗИСЫ

к научному круглому столу

### **«ВЗЫСКАНИЕ УБЫТКОВ ЗА НАРУШЕНИЕ ДОГОВОРА: есть ли перспективы изменения судебной практики?»**

Москва, 06 ноября 2013 года (19.00-21.15)

**1. Перспективы применения правовой позиции ВАС РФ из постановления Президиума №2929/11 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?**

Безусловно, острота проблемы фактической невозможности взыскания убытков в российском праве из-за утвердившегося в нашей судебной практике предельно высокого стандарта доказывания размера убытков и наличия причинно-следственной связи настолько очевидна, что для решения этой проблемы, действительно, требуются некие неординарные меры.

Когда частное право не позволяет жертве правонарушения эффективно возместить свои убытки, оно не справляется с одной из своих первоочередных задач – обеспечением коррективной (коммутативной, уравнивающей) справедливости. Со времен Аристотеля и его «Никомаховой этики» восстановление попорченного правонарушением имущественного баланса рассматривается как одно из двух основных проявлений укорененной в человеческой природе идеи справедливости (наряду со справедливостью дистрибутивной, распределительной). Работы Фомы Аквинского, фактически вернувшего аристотелевское этическое учение в Средневековую Европу, а также работы последователей его учения (т.н. представителей томистской традиции), теоретиков естественного права постепенно превратили идею компенсационной природы ответственности и ее соразмерности тяжести нарушения при деликтах и нарушениях договора в фундаментальный принцип частного права. Из него вытекало, с одной стороны, то, что частное право не вправе обеспечивать карательные меры защиты в целях превенции правонарушений и должно ограничиваться чисто компенсационными санкциями; но, с другой стороны, эта традиция подчеркивала принципиальную этическую важность самой денежной компенсации как санкции за правонарушение и инструмента восстановления справедливости. И с этим последним аспектом мы не можем не согласиться (к вопросу о карательной и превентивной функции ответственности мы еще вернемся далее).

Этическая подоплека компенсации очевидна. Безнаказанность правонарушения и незащитность жертвы вызывают бурный этический протест в рамках современной конвенциональной морали (а мораль, на мой субъективный взгляд, всегда конвенциональна и относительна) и не оставляют юристам другого выбора кроме как приложить все усилия к тому, чтобы сформировать такие институциональные, правовые условия, при которых как можно больше жертв правонарушений смогли бы возместить свои убытки и как можно больше правонарушителей понесло бы справедливую ответственность.

В этом плане этическое основание у принятия неких решительных мер по изменению сложившейся неблагоприятной ситуации со взысканием убытков достаточно очевидно.

Но экономические аргументы не менее, если не более серьезны. Под экономическими аргументами я здесь имею в виду анализ правовых институтов как ценовых стимулов к изменению поведения в условиях рационального выбора.

Экономический анализ показывает, что, как минимум, за рамками случаев непредумышленных правонарушений принятие должником решения о совершении нарушения или соблюдении условий

договора происходит, как и в большинстве случаев принятия экономических решений (особенно коммерческими структурами), на основании рационального выбора. Последний проявляется в банальном сопоставлении издержек и выгод той или иной модели поведения. По большому счету именно и только такой способ принятия деловых решений и является рациональным.

Среднестатистический рациональный должник будет соблюдать договор, если издержки, сопряженные с нарушением договора, превышают выгоды от последнего. И, наоборот, он будет иметь стимулы к нарушению договора, если издержки, спровоцированные нарушением, ниже выгод от нарушения контракта.

Выгоды от нарушения, как правило, вполне осязаемы (например, оппортунистически пользоваться деньгами, причитающимися кредитору и извлекать из этого выгоду; вместо товара первого сорта приобрести у производителя и отгрузить своему кредитору второсортный товар и т.п.). Как показывает теория игр и банальный жизненный опыт, при отсутствии права или иных социальных регуляторов стратегия «получить предоплату и сбежать» в принципе оказывается наиболее оптимальной (равновесной по Нэшу, если пользоваться терминологией теории игр) стратегией поведения рационального участника оборота в рамках одноразового взаимодействия между людьми в условиях, когда каждый из них не знает о том, какую стратегию поведения выберет другой. Когда не предполагается «второй тур» и исключена возможность столкнуться с мстостью впоследствии, оппортунизм оказывается более рациональной стратегией, чем вариант добросовестного поведения и верности слову. В таких условиях сколько-нибудь сложные сделки были бы просто невозможны, а оборот строился бы исключительно на обмене из рук в руки (как то и имеет место в примитивных обществах).

Что же сдерживает людей от погружения в тотальный оппортунизм и недобросовестность при соблюдении сделок? Что обеспечивает институциональные условия для совершения сложных сделок с отсроченным встречным исполнением?

Во-первых, интернализированные человеком (то есть принятые как элемент собственных убеждений и представлений о должном) в процессе воспитания и социальных коммуникаций этические нормы как важнейший и самый дешевый инструмент социальной регуляции. Свой, хотя бы и рудиментарный категорический императив есть почти у каждого человека. Механизмом предотвращения нечестности здесь оказывается угроза столкнуться с муками совести. И у многих людей в набор таких интернализированных этических установок включается и требование верности слову и честности в деловых отношениях.

Во-вторых, страх репутационного давления со стороны других членов социальной группы в случае нарушения должником соответствующих социальных норм делового поведения. Дело в том, что одноразовое социальное взаимодействие встречается далеко не всегда. После одной конкретной транзакции, в которой контрагент получил сверхприбыль из-за своего оппортунистического поведения, он приобретает плохую репутацию и настраивает этого же своего партнера или иных лиц, которым стало известно о таком поведении данного лица, на применение против него зеркальной стратегии «зуб за зуб» или стратегии воздержания от деловых с ним контактов. В итоге, выиграв один раз много от оппортунизма, жулик начинает постепенно упускать все большую выгоду от несостоявшихся транзакций с другими участниками оборота. Короче говоря, плохая деловая репутация рано или поздно начинает заявлять о себе в бухгалтерских книгах недобросовестного предпринимателя. Так, например, испорченная кредитная история лишает лицо в дальнейшем шансов на получение дешевого финансирования.

Но всегда ли эти внеправовые инструменты регуляции поведения достаточны, чтобы предотвратить нарушения договорной дисциплины?

Очевидно, что нет. Издержки в виде возникновения мук совести из-за нарушения собственных представлений об этике или репутационного давления со стороны общества становятся все меньше по мере того, как все более инструментальным становится наше мышление и мы все дальше уходим от мира замкнутых общин в огромные города с обезличенными миллионными массами и безмерными информационными потоками. Мир глобализируется, что часто позволяет жулику достаточно легко уходить от репутационных санкций, постоянно меняя «социальный антураж» и выискивая себе новых жертв, не знакомых с его репутацией.

Иначе говоря, «вес» ожидаемых издержек от оппортунистического нарушения контракта на чаше весов, на которых рациональный должник взвешивает издержки и выгоды от (не)соблюдения

договорной дисциплины, становится постепенно все легче. Это при неизменности «веса» фактора выгоды от оппортунизма предопределяет рост случаев нарушения договорной дисциплины. Это особенно характерно для стран с крайне низким уровнем социального капитала (межличностного доверия и готовности людей вступать в добровольные социальные связи во имя общего блага) и далеко зашедшей деградации общественной морали, к которым, к сожалению, относится и наша страна.

И здесь открывается пространство для реализации функций права. Право нужно именно потому, что другие социальные регуляторы срабатывают далеко не всегда. И роль права тем сильнее, чем меньше регулятивная сила этики и других социальных норм.

Какое право занимается проблемой нарушением договоров? В первую очередь и в основном - право частное. Но последнее может предложить не так много инструментов для решения проблемы восстановления баланса чаши весов. Одним из основных инструментов такого рода является иск об убытках. Именно он вынуждает правонарушителя принять в расчет убытки кредитора при принятии рационального решения о соблюдении или несоблюдении договора. Говоря экономическим языком, угроза взыскания убытков вынуждает контрагента интернализировать возможные негативные экстерналии своего неправомерного поведения. Соответственно, как только в формулу расчета издержек и выгод, которая прокручивается в форме сопоставления «навскидочных» цифровых величин у любого должника, принимающего решение о (не)соблюдении договора, добавляется издержки по возмещению убытков кредитору, это в теории серьезно меняет предпочтительную поведенческую стратегию для потенциального нарушителя. По сути, право посылает контрагентам стимулы соблюдать договорные обещания, накладывая на девиантное поведение финансовые обременения (то есть по сути использует те самые ценовые стимулы, которые в экономическом анализе права рассматриваются как ключевой инструмент социальной регуляции).

При этом тот факт, что этот ценовой стимул предстоит в форме возмещения именно убытков, а не произвольной суммы, и именно кредитору, а не бюджету или кому-то еще, тоже в экономическом плане не случаен. Компенсация в пользу кредитора восстанавливает погрязший экономический баланс. Ведь, соглашаясь на сделку, он, оценивая ее экономическую эффективность и выгодность для себя, брал в расчет предложенные договорные условия. Нарушение договора приводит де-факто к одностороннему изменению этих условий и часто за счет возникновения у кредитора убытков превращает сделку в общем итоге в невыгодную. В итоге нарушается принцип эффективности по Парето, лежащий в основе добровольного рыночного обмена. В этих условиях иск об убытках дезавуирует в некотором смысле последствия такой односторонней коррекции условий трансакции. Если бы контрагенту не был доступен такой иск, он не мог бы рассчитывать на то, что сделка будет исполнена именно на согласованных условиях. Невозможность планирования и отсутствие гарантий соблюдения контракта просто заблокировало бы любые сделки за рамками примитивного обмена из рук в руки. Без перспективы возместить убытки должнику право зажигает зеленый свет полностью игнорировать интересы кредитора и держать свое слово, и рассчитывать остается исключительно на внеправовые инструменты (что мы и имеем на черном рынке и в области так называемых «понятийных соглашений»).

Так что иск об убытках является бесспорным как с этической, так и с утилитарно-экономической точек зрения. Право, которое не обеспечивает возможность эффективно взыскать убытки, претерпевает «эпический провал». Если наше право уже давно не выходит из этого состояния, то следует предпринять какие-то решительные шаги по изменению ситуации.

Но для начала предлагаю разобраться с причиной того, что суды предъявляют настолько завышенный стандарт доказывания в вопросе определения размера убытков и причинно-следственной связи, что справиться с ним удастся редкому истцу. Почему большинство исков об убытках отклоняется по недоказанности?

Одна из очевидных причин историческая. В советском праве механизм взыскания убытков не играл ту центральную роль, которую он играл и играет в развитых капиталистических странах, где взыскание убытков направлено на компенсацию как реальных потерь кредитора, так и восполнение той коммерческой выгоды, которую кредитор не смог получить из-за нарушения. В советском праве считалось, что компенсация убытков не может удовлетворить кредитора, заменив ему ценность реального исполнения, так как вопрос о договорной дисциплине был не столько вопросом частного

права, сколько являлся элементом стабильного функционирования всей сложнейшей схемы планово-административной экономики. Из-за неактуальности темы доказывания договорных убытков она оказалась детально не изученной в отечественной цивилистике советского времени, а некоторые имевшиеся советские методические наработки в отношении доказывания убытков просто устарели в связи кардинальным сломом политико-экономической системы общества.

Отчасти поэтому судьи, не имея наработанной практики и каких-либо четких методов в отношении того, как должны доказываться те или иные убытки, предъявляют крайне строгие требования к доказательствам и зачастую любые сомнения толкуют в пользу презумпции недоказанности убытков. Удовлетворить такие завышенные требования в части достоверности доказательств потерь и причинно-следственной связи зачастую крайне сложно. В итоге сформировалась определенная традиция, переломить которую становится опасным для конкретного судьи из-за ожидания им высокой вероятности пересмотра его решения. Аналогичным же образом обстоит дело и с взысканием морального вреда, по отношению к которому с советских времен устоялся крайне негативный подход, далеко не преодоленный российскими судами до сих пор.

Но причины сложившейся ситуации не сводятся исключительно к силе инерции советских традиций. Есть еще одна глубинная и действительно вполне серьезная причина, которая, по всей видимости, подпитывает настороженность судов в отношении взыскания убытков и удерживает от либерализации подхода к их доказыванию. Речь идет о крайне низком уровне деловой и правовой культуры в нашем обществе. В этих условиях судьи просто боятся, и причем отчасти вполне обоснованно, что в случае снижения контроля за достоверностью доказательств причиненных кредитором убытков это средство защиты будет использоваться в целях злоупотребления правом. Собственного бизнес-опыта у судей, как правило, нет, а многие из них всю свою профессиональную жизнь проработали в суде, никогда не видя ни одного бизнес-плана, не имея представлений о принятых нормах прибыли и т.п. В таких условиях у судей часто просто не хватает собственного опыта для самостоятельной оценки достоверности причинно-следственной связи и убедительности расчетов убытков. Отличить абсолютно надуманные спекуляции истца или фиктивные «бумажки», составленные для обоснования ни на чем не основанных сумм убытков, от реальных и добросовестных попыток восстановить коррективную справедливость самому суду достаточно сложно (особенно в случае с упущенной выгодой). Соответственно, боясь оказаться орудием в руках недобросовестных участников оборота, судьи продолжают держать планку достоверности доказательств по убыткам очень и очень высоко.

В результате того, что сформировалась такая традиция столь высокого стандарта доказывания, конкретному судье оказывается сложно выйти из колеи, и большинство продолжает быть склонным скорее отказать в таком иске, чем удовлетворить его в сколько-нибудь крупном размере. В результате у юристов исчезают стимулы с таким иском в суд ходить и платить госпошлину с низкими шансами на успех. Практика по убыткам в итоге не формируется, а та, что имеется, в силу нетранспарентности мотивировок судебных решений не позволяет оценить детали доказывания убытков по данным делам. В итоге у ученых или высших судов нет практически никакого материала для обобщения практики доказывания убытков и выработки тех или иных методических рекомендаций. Как мы уже отмечали, отсутствие таких ориентиров во многом и предопределяет сохранение сверхосторожной тактики судов. В итоге порочный круг замыкается...

Что же можно сделать? В самом общем виде нужно стимулировать суды снизить стандарт доказывания. Если это не происходит естественным путем, значит требуется некий внешний толчок со стороны правовых институтов.

Но тут нельзя не заметить, что у понижения стандарта доказывания размера и причинно-следственной связи есть и обратная сторона. Та цена, которую придется заплатить при либерализации режима доказывания убытков, состоит в том, что ради большей защиты прав кредитора в одних случаях мы приоткрываем возможности для недобросовестных кредиторов по злоупотреблению и необоснованному отбору средств у своих контрагентов в других случаях. Примеры, когда взыскание убытков пытаются использовать в качестве инструмента отбора собственности в рамках корпоративных войн, известны всем читающим деловую прессу последних лет.

В данной ситуации от права требуется разработка такого регулирования, которое могло бы, с одной стороны, облегчить кредиторам процесс доказывания и взыскания убытков, а с другой стороны, минимизировать негативные последствия от понижения стандарта доказывания. Нужен некий разумный компромисс.

Что же в целом предлагает Проект ГК РФ и недавняя судебная практика (в частности Постановление Президиума ВАС РФ №2929/11)? Предлагается установить правило, известное зарубежному праву, о том, что для взыскания убытков их размер должен быть доказан с разумной степенью достоверности. При этом согласно Проекту ГК и данной судебной практике суд не может отказать в удовлетворении требования кредитора о возмещении убытков по основанию исключительно недоказанности размера убытков, если очевидно, что какие-то убытки у кредитора имеются. Согласно этому подходу, когда по обстоятельствам дела размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности, определение размера убытков должно осуществляться судом, исходя из принципов разумности, справедливости, соразмерности и с учетом всех обстоятельств дела.

В принципе нам импонирует данное решение. Оно может быть оценено судами как та "отмашка" сверху, знаменующая и легализующая снижение требований к доказыванию достоверности убытков и в целом либерализацию режима доказывания договорных убытков. Это решение способно преодолеть первый фактор, препятствующий более активному взысканию убытков, - судебную инерцию и наследие советского правового опыта.

Конечно, сама идея предоставления суду права определять убытки на основе собственных гипотетических расчетов может показаться странной, опасным расширением судебной дискреции, отступлением от принципа состязательности процесса и, действительно, может спровоцировать риски взыскания в качестве убытков сумм, превышающих реальные убытки кредитора. Это серьезные контраргументы. Но, думаю, в данном случае острота самой проблемы может оправдать эти опасности и риски.

Расчет здесь делается не на то, что судебная дискреция будет подменять процессуальную активность истца, а на то, что лишение суда права отказать в иске при отсутствии абсолютно точных доказательств конкретного размера убытков будет (помимо значения сигнала о необходимости изменить устоявшуюся практику) в утилитарном плане создавать стимулы к снижению стандарта доказывания.

Такое решение в реальности будет влиять на поведение судей по следующей модели. Сейчас суду проще следовать сложившейся традиции и, признав расчеты истца недостоверными, отказать в иске, чем поверить истцу и взыскать убытки. Но когда право объявляет судье, что он не вправе отказать в иске только по причине недоказанности размера, а должен определить размер убытков *ex officio*, это для судьи еще более тяжелое бремя. В итоге судье оказывается удобнее согласиться с расчетом истца, чем брать на себя ответственность по определению размера убытков. Фактически это правовое решение формирует такие стимулы, которые будут вынуждать судей снижать порог достоверности доказательств по искам об убытках. В итоге расчет делается не столько на то, что суды будут сами определять гипотетические убытки кредитора, сколько на то, что суды будут больше верить расчетам истца.

Но отмеченные выше риски злоупотреблений и избыточных присуждений также не могут игнорироваться. Ведь в условиях сниженного порога достоверности доказательств суды могут начать удовлетворять иски о убытках на основе спорных или недостоверных расчетов истца. Остроту этой проблемы может отчасти снять следующее.

Во-первых, не стоит забывать, что применение данного режима возможно только тогда, когда истец смог достоверно доказать, что какие-то убытки у него все-таки возникли и неопределенность возникает только в отношении точного размера убытков.

Во-вторых, для стабилизации практики доказывания убытков требуется большая аналитическая работа и закрепление, возможно, на уровне правовых позиций высших судебных инстанций детальных рекомендательных методик по доказыванию убытков. Набрать практику для составления таких "методичек" невозможно в нынешних условиях, когда иски о взыскании убытков - редкие гости в судах. Умозрительно такие рекомендации с достаточной степенью детализации составить крайне сложно. Соответственно, определенное время мы будем платить возможными злоупотреблениями в некоторых спорах за получение крайне важного опыта, накопив который

можно впоследствии стабилизировать ситуацию, введя процесс доказывания убытков в некое более предсказуемое русло, как это имеет место, например, в США.

В-третьих, думается, период турбулентности будет недолгим. Достаточно быстро ответчики поймут, что такие иски начинают удовлетворяться. Это простимулирует их вести себя более активно в плане опровержения доказательств истца. Сейчас ответчики по искам об убытках обычно ведут себя крайне пассивно, просто заявляя о недоказанности и рассчитывая на то, что задачу по критической оценке этих доказательств будет реализовывать суд. Теперь же в случае, если суды начнут, действительно, снижать стандарт доказывания, и у ответчика возникает реальная угроза проиграть такой спор, он должен будет неминуемо активизироваться. Это снизит риски вынесения необоснованных решений, так как судье будет проще определить обоснованность иска в условиях состязательности и доказательственной активности сторон.

Так что в принципе нам кажется, что предложенное решение с учетом всех отмеченных рисков все же является единственно возможным путем повлиять на эту проблему на уровне правовых норм. Если переломить ситуацию не получится таким инструментом, то, видимо, эта проблема в принципе не решается при помощи изменения правовых норм и нам придется ждать возникновения в нашей стране другого общества с высоким уровнем социального капитала, неприятием нечетных практик доказывания и т.п. Нам все-таки кажется, что ресурс влияния на ситуацию со взысканием убытков с позиций изменения правовых норм еще далеко не исчерпан.

**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.)?**

Но тут встает куда более сложный вопрос. Право на возмещение убытков является, безусловным, минимумом защиты договорных прав. Но разумно ли считать его столь же однозначным максимумом? Из принципа коррективной справедливости и ставшего традиционным в средневековый период развития римского права постулата о сугубо компенсационной природе гражданско-правовой ответственности вытекает, что кредитор по договору (жертва деликта) на большее рассчитывать не может. Но столь ли очевиден этот вывод? В конечном итоге политика права предопределяется далеко не только принципом справедливости или иными этическими критериями в рамках той или иной версии моральной философии, но и соображениями утилитарными (в том числе экономическими).

Когда позитивное право объявляет, что оно будет защищать частные права (абсолютные или интересующие нас здесь относительные, в том числе обязательственные, права) исключительно в рамках режима компенсационной защиты, оно фактически дает претенденту на соответствующее право (нарушителю) своего рода опцион на принудительный выкуп данного права у правообладателя. В случае отсутствия каких-либо дополнительных санкций предполагаемый размер компенсации, который придется уплатить жертве, превращается в цену выкупа. Денежная форма ответственности превращается в тариф, уплатив который лицо может нарушать права ближнего без каких-либо ограничений. С точки зрения реальных последствий норма, запрещающая парковку под страхом уплаты штрафа в 1000 рублей и больше не предусматривающая никаких иных санкций, абсолютно равнозначна норме, разрешающей парковку при условии внесения 1000 рублей платы. Нарушитель может легко соизмерить свою выгоду от нарушения с уровнем связанных с этим издержек в форме ответственности и осуществить рациональный выбор. Разница лишь в том, что в случае с административным штрафом размер этой платы заранее определен, в то время как в случае с гражданско-правовой ответственностью в форме взыскания убытков ее размер просчитать менее легко, и в итоге нарушитель несет некий риск того, что он просчитается и в итоге заплатит в качестве убытков больше, чем он сам выиграет от нарушения.

Итак, правообладатель (например, кредитор по договору) лишен возможности ветировать поправание собственных прав и вынужден рассчитывать лишь на то, что суд *ex post* определит размер

убытков в размере, близком к субъективной оценке правообладателем ценности утраченного права и всех возникших в связи с правонарушением издержек.

Насколько эта ситуация может считаться нормальной?

С экономической точки зрения право должно пресекать ситуацию, когда транзакция не оказывается влекущей улучшение по Парето. Иначе говоря, частное право не должно поощрять транзакции, в результате которых одна из сторон проигрывает. В основе рыночной экономики лежит процесс *взаимовыгодного* оборота экономических благ и прав. Взаимовыгодность сделки возникает тогда, когда объект оборота (абсолютное или относительное право) меняет владельцев таким образом, что прежний обладатель получает за него больше или, в крайнем случае, не меньше, чем та минимальная цена, за которую он был бы в принципе готов с ним расстаться, а приобретатель платит за него меньше или, в крайнем случае, не больше, чем та максимальная цена, которую он был бы готов за него заплатить.

У любого блага или права нет имманентно свойственной им цены. Ценность благ и прав субъективна и известна только самим их обладателем. Соответственно, в силу того, что никакой внешний регулятор не способен проникнуть в сознание людей и оценить их субъективное ощущение ценности блага (права), единственный доступный способ обеспечить взаимовыгодный оборот прав состоит в том, чтобы положиться на добровольное соглашение сторон. Если стороны ударили по рукам, значит согласованная цена оказалась устраивающей обоим, то есть выше резервной цены отчуждателя (минимальной цены, по которой он был бы готов продавать) и ниже резервной цены приобретателя (максимальной цены, по которой он был готов приобретать). Факт достижения добровольного соглашения (не сопряженного с теми или иными пороками воли) сигнализирует о взаимовыгодности транзакции. Именно поэтому такое огромное, по сути, фундаментальное значение для рыночной экономики имеет принцип свободы договора.<sup>1</sup>

В этих условиях одна из важнейших задач частного права состоит в обеспечении правовой инфраструктуры для совершения таких добровольных соглашений. Опровержимая презумпция свободы договора означает опровержимую презумпцию того, что оборот экономических благ и прав должен строиться на началах добровольного согласования воли. Именно поэтому принудительный отъем экономических благ претит началам частного права. То же можно сказать не только о правах непосредственно на экономические блага, но и о любых гражданских правах (как абсолютных, так и относительных).

В этой связи проблема модели полной компенсационной защиты как единственной доступной санкцией за правонарушение состоит именно в том, что она создает стимулы к принудительному, недобровольному обороту прав. Претендент на право, принадлежащее другому лицу, не обязан вступать с ним в переговоры, а может присвоить чужое или попать это право иным образом, не испрашивая согласие *ex ante*. Ему достаточно быть готовым уплатить ту компенсацию, размер которой *ex post* определит суд.

Помимо того, что сам по себе факт этого вторжения в сферу экономической автономии является крайне опасным с точки зрения этики, он порождает и серьезные проблемы с точки зрения экономической эффективности.

Тут нужно выделить два уровня негативного регулирующего воздействия такого режима.

Первый непосредственный уровень последствий состоит в том, что нет никаких гарантий получения жертвой *ex post* полной компенсации. Когда мы говорим о том, что жертва не получает полной компенсации, имеется в виду, что размер определенной судом и фактической взысканной в пользу жертвы компенсации оказывается меньше той минимальной цены, по которой она была бы готова расстаться с правом на добровольных началах. А это значит нарушение принципа экономической эффективности по Парето. Нарушитель может в итоге приобрести право по цене (в виде выплат по иску об убытках), которая его вполне устраивает, в то время как правообладатель получает меньше, чем его субъективная оценка своего права.

Каковы причины риска недокомпенсации? Они вполне очевидны.

---

<sup>1</sup> Подробный анализ этой проблематики см. Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы. В 2-х томах. Том 1. М., 2012

Во-первых, как абсолютно справедливо отмечали в свое время в своей прорывной статье на эту тему Калабреззи и Меламед<sup>2</sup>, тут на повестку дня встает вопрос о сложности в доказывании субъективной ценности прав. При добровольных переговорах нет риска того, что цена окажется ниже, чем субъективная ценность права для правообладателя. Ведь в случае, если цена не устроит правообладателя, сделка просто не состоится (например, если должник не предложит кредитору достаточную скидку в цене, тот не согласится изменить условие договора о порядке отгрузки, которое стало по тем или иным причинам неудобным для должника). В случае же судебного определения размера этой платы в форме решения о взыскании убытков правообладателю приходится мириться с тем фактом, что его право уже попорно, и соответственно, он оказывается в крайне уязвимом положении лица, обязанного доказать *ex post* некому арбитру, не имеющему прямого доступа в сознание посторонних лиц, что данное право он ценит именно так, а не иначе. Судьи, как правило, не способны отличить чистые спекуляции истца об их субъективном ощущении ценности утраченного права от достоверных утверждений на сей счет, и вынуждены опираться на некие объективные показатели (оценки рыночной стоимости и т.п.). В итоге в целом ряде случаев сумма компенсации может оказаться ниже резервной цены правообладателя и мы будем иметь ситуацию нарушения критерия эффективности по Парето и трансакцию (в случае нарушения договора - в форме фактического изменения условий сделки взамен на впоследствии присужденную судом компенсацию) не только не добровольную, но еще и не взаимовыгодную. В таких условиях фактически взыскание убытков не позволит восстановить попорненный экономический баланс и не обеспечит полную интернализацию нарушителем (должником по договору) ущерба, причиняемого нарушением правообладателю (кредитору по договору).

Переведя ту же проблему на более простой язык юридической практики, следует просто констатировать сложности в доказывании убытков. Доказывать их нелегко. Как уже отмечалось, в российской судебной практике эти проблемы настолько колоссальны, что такие иски подаются крайне редко, а суды удовлетворяют еще реже. Истцам редко удается убедить суд в том, что убытки имеют место, они находятся в прямой причинно-следственной связи с правонарушением и их размер соответствует заявленным требованиям. Описанные выше инструменты решения этой проблемы могут отчасти решить эту проблему, но лишь отчасти и не сразу.

Более того, даже в развитой с правовой точки зрения стране из-за проблем с доказываемым истец далеко не всегда получает абсолютно полное возмещение. Так, например, при взыскании упущенной выгоды не всегда можно доказать то, что эту выгоду, действительно, пострадавший мог бы извлечь, не будь его право нарушено. Спекуляции в отношении упущенных возможностей всегда строятся на предположении в отношении альтернативного варианта развития событий и неком критическом уровне вероятности возникновения данной выгоды, если бы нарушение права не состоялось. Соответственно, когда эта вероятность оказывается ниже данного критического уровня, во взыскании упущенной выгоды суд может отказать из-за ее недоказанности, не прибегая при этом к варианту взыскания ожидаемого размера упущенной выгоды (то есть размера возможной выгоды, умноженной на процент вероятности ее возникновения).

Во-вторых, далеко не все убытки могут быть в принципе взысканы с точки зрения частного права. Отдаленные или косвенные убытки, как правило, не возмещаются. Во многих странах, где действует правило о взыскании только предвидимых нарушителем в момент заключения договора убытков (Франция, Англия и др.), непредвидимые нарушителем убытки не подлежат возмещению. Судебные расходы также могут в силу права той или иной страны либо не взыскиваться вовсе (как, например, в большинстве штатов США), либо взыскиваться в ограниченном размере.

В-третьих, даже если суд присудил в пользу истца возмещение всех действительно возникших убытков, нет никаких гарантий, что решение будет исполнено. В России исполняется менее половины судебных решений. Решения о присуждении денежных сумм в числе тех, которые исполняются с большим трудом, особенно когда ответчик – гражданин или не очень крупная корпорация. В первом случае проблемы возникают из-за безнаказанной легкости, с которой ответчики-граждане переоформляют активы на третьих лиц в преддверии вступления в силу решения суда, значительного распространения практики получения неофициальных доходов, не уловимых для судебных приставов, а также невозможности обращения взыскания на единственное

---

<sup>2</sup> Calabresi G., Melamed A.D. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral.// Harvard Law Review. Vol.85. №6. P.1089ff



жилье. Применительно же корпораций проблема связана с рисками банкротства, в рамках которого шансы истца на получение присужденных сумм в российских реалиях крайне незначительны.

В итоге, мы имеем ситуацию, когда вероятность фактического получения правообладателем *полной* денежной компенсации всегда ниже 100%. Думаю, не ошибемся, если предположим, что такое счастливое развитие событий в российских реалиях может случиться максимум в 2-3% случаях. В остальных случаях либо суд присудит меньше, чем реальные убытки истца, либо решение будет не исполнено или исполнено лишь частично. Имплементации вышеописанной идеи о невозможности отказа в иске по недоказанности убытков может поднять этот показатель. Но, думается, даже эта мера не решит проблему повышения данного показателя выше 50%.

В этих условиях модель полной компенсационной защиты в качестве единственной открытой правообладателю опции по защите своих прав представляется крайне неудачным решением как минимум в качестве общего правила (и в особенности в России). Если потенциальные правонарушители осознают, что вероятность того, что им придется возместить жертвам все их убытки, столь низка, они дисконтируют ожидаемые издержки от применения к ним данной санкции на величину этого процента.

Такова природа человеческого поведения. Когда водитель двигается по шоссе и определяет приемлемую для себя скорость передвижения, его решение зависит в первую очередь в зависимости от приблизительной оценки риска быть привлеченным к ответственности или(и) риска попасть в аварию. При этом в той степени, в которой водитель ориентируется на риск быть привлеченным к ответственности, он учитывает не *номинальное* значение штрафа, а *ожидаемые* издержки по его уплате. Иначе говоря, водитель дисконтирует размер штрафа за превышение скорости на процент вероятности быть пойманным и наказанным за нарушение ПДД. Если штраф равен 1 тыс. рублей, но на дороге нет камер видеонаблюдения и, как правило, не встречаются патрули ГИБДД, вероятность быть наказанным оказывается крайне низкой (например, всего 5%). В итоге, водитель при определении целесообразности превышения скорости соизмеряет удовольствие или некую пользу от быстрой езды не с номинальным значением штрафа, а с его ожидаемым значением (величина штрафа, умноженная на процент вероятности его уплаты), которое в нашем примере будет всего 50 рублей. Если для водителя польза или удовольствие от быстрой езды ценна более, чем 50 рублей, он будет склонен превышать скорость и тем самым «покупать» это право.

Ровно так же себя ведут люди и в любых иных ситуациях, когда они осуществляют рациональный выбор между правомерным и неправомерным поведением. Общепризнано, как минимум, со времени публикации прорывных работ Гэри Беккера,<sup>3</sup> что влиять на это поведение соответственно можно, либо повышая номинальное значение санкции, либо повышая вероятность привлечения к ответственности. С учетом того, что модель полной компенсационной защиты не позволяет поднять уровень ответственности выше размеры убытков жертвы, единственный способ обеспечить эффективную превенцию за счет правовых санкций – это повысить вероятность фактического возмещения всех убытков. В настоящих условиях приблизить этот показатель к 100% просто нереально, и вопрос стоит о том, чтобы постараться поднять его с нынешнего предельно низкого уровня хотя бы до 50%.

В итоге мы получаем ситуацию, когда потенциальному правонарушителю в случае применения режима исключительно компенсационной защиты в целом оказывается выгодно нарушать права третьих лиц. Ожидаемые издержки от применения частноправовой санкции, когда оной является лишь угроза возмещения убытков, нередко оказываются значительно ниже номинального значения убытков кредитора и вполне осязаемой выгоды должника. Если бы уровень ожидаемых к уплате убытков для потенциального нарушителя составлял бы 100% от реальных убытков жертвы, то первый решался бы на нарушение только тогда, когда был бы уверен в том, что он выиграет от нарушения больше, чем проиграет второй. В итоге уплаты денежной компенсации каждый оказывался бы при своем и Парето-эффективность восстанавливалась. Поведение нарушителя от этого не становилось бы менее оппортунистическим, но, как минимум, ситуация не была бы столь острой. Когда же ожидаемый размер компенсации оказывается меньше убытков жертвы, то на нарушение решается значительно большее число лиц. И чем меньше эта величина ожидаемых

---

<sup>3</sup> Беккер Г.С. Человеческое поведение: экономический подход. М., 2003

издержек, тем больше соблазн нарушать права ближнего с оплатой компенсации с учетом столь большого «дисконта».

К чему это приводит, вполне очевидно. Компенсационная защита зачастую на практике не только не восстанавливает попорченную взаимовыгодность трансакции (Парето-эффективность), но и оказывается достаточно неэффективным инструментом обеспечения превенции правонарушений. В этом состоит драматический недостаток регулятивного потенциала иска о взыскании убытков. Этот классический частноправовой институт оказывается не в силах создать эффективные стимулы к уважению прав ближних в тех случаях, когда он является единственной санкцией за их нарушение.

Безусловно, сказанное отнюдь не означает, что вариант, при котором право защищается только мерами полной или ограниченной компенсационной защиты, является абсолютно неприемлемым. В ряде случаев такое решение может быть вполне оправданным с учетом конкретных политико-правовых резонансов. Но, как нам кажется, описанные выше негативные проявления моделей полной компенсационной защиты настолько очевидны, чтобы, как минимум, при первом приближении прийти к выводу о том, что в качестве общего правила такой режим установлен быть не должен. Разумно предположить, что, как минимум, в качестве опровержимой презумпции правообладатель должен иметь в арсенале средств защиты нечто большее, чем простая компенсация убытков.

### ***Карательные убытки?***

В контексте вышесказанного не приходится удивляться тому, что в ряде случаев право многих стран начинает защищать ряд частных прав за счет сверхкомпенсационных взысканий. Эта идея встречалась еще в римском праве. Но после долгих столетий вколачивания в головы юристов идеи о том, что частное право это только про коррективную справедливость, а все превентивно-карательные функции права должны осуществляться исключительно правом публичным, такие реально существующие в праве почти все стран нормы о сверхкомпенсационной защите тех или иных прав многими рассматриваются как публично-правовые и чужеродные вкрапления в тело логически совершенного частного права, с которыми цивилисты-догматики если и мирятся, то скрепя сердце.

Наиболее типичный пример – это институт карательных убытков (*punitive damages*), распространенный в США в рамках деликтного права, а также в некоторых редких случаях нарушения договоров (например, потребительского страхования) и в несколько меньшей степени в Англии. Суть института состоит во взыскании с правонарушителя, совершившего грубое и умышленное причинение вреда имуществу и здоровью жертвы (или нарушение договора), компенсации в разы превосходящей ее фактические убытки. Такое карательное возмещение направлено в первую очередь на то, чтобы повысить превентивный эффект частноправовой ответственности и решить описанную выше проблему дисконтирования ожидаемых издержек от привлечения к ответственности на величину вероятности оною. В основе идеи карательных убытков лежит простая мысль о том, что чем сложнее привлечь нарушителя к ответственности и взыскать с него фактические убытки, тем меньше эффект превенции от обычного иска о полной компенсации и тем выше стимулы к нарушению прав других лиц. Для борьбы с этим право дает жертве, которой все-таки удастся привлечь отдельного нарушителя к ответственности, возможность взыскать убытки в кратном размере, что в глазах остальных потенциальных нарушителей приводит к увеличению величины ожидаемых издержек. Если право не может существенно повысить вероятность привлечения к ответственности в форме полного возмещения, оно начинает достигать желаемого превентивного эффекта за счет повышения номинального значения санкции. Превентивный эффект от полного возмещения убытков, обеспечиваемого в 100% случаях причинения ущерба, равнозначен эффекту от взыскания карательных убытков в двухкратном размере при вероятности привлечения к ответственности в 50%, четырехкратном размере – при вероятности в 25%, десятикратном размере – при вероятности в 10% и т.д.

Страх возмещения карательных убытков в теории может удерживать потенциальных нарушителей от оппортунистического и расчетливого попрания прав своих жертв, которое в обратном случае (при отсутствии каких-либо иных дополнительных санкций) оказывалось бы просто выгодным в силу описанного выше эффекта дисконтирования значения санкции на величину вероятности ее применения.

Вопрос о возможности рецепции института карательных убытков или его аналогов в российском праве является крайне сложным. Для нас очевидно, что эта мера, действительно, нетипична для частного права. Но также очевидно, что подобного рода инструменты встречаются не только в англо-саксонском, но и в континентально-европейском праве, включая российское право (штрафные законные неустойки в потребительском праве, карательные компенсации в праве интеллектуальной собственности и др.). Также небезынтересно, что сейчас введение карательных убытков за злостно-умышленные деликты и даже нарушения договоров предлагается ввести во французское частное право в рамках одного из Проектов реформы ГК Франции.

Аккуратное использование такой модели защиты может, действительно, отчасти дезавуировать те недостатки, которые свойственны модели полной компенсационной защиты в плане как проблемы недокомпенсации, так и проблемы превенции правонарушений, особенно в тех случаях, когда другие меры реагирования на правонарушения (например, публично-правовая ответственность) не доступны или крайне неэффективны или вероятность выявления правонарушения и привлечения к ответственности катастрофически мала. Мне трудно оценить, насколько оправданна сверхкомпенсационная защита в праве интеллектуальной собственности (есть серьезные сомнения в этом). Но вот ситуация, которая не вызывает у меня сомнений, это сфера защиты прав потребителей. Последние обладают столь слабыми возможностями судиться с коммерсантами, а зачастую и стимулами к этому (в случае незначительных сумм ущерба), что в силу описанного эффекта дисконтирования это практически развязывает последним руки в отношении попрания прав потребителей. В плане агрегированных величин тот факт, что одна из тысячи жертв сотового оператора, который незаконно списал с лицевых счетов этой тысяч своих абонентов по 100 рублей и заработал на этом 100 тысяч рублей, выиграет иск о полном возмещении убытков и вернет себе списанные 100 рублей, настолько ничтожен в масштабах возможной выгоды от такого оппортунизма оператора, что у последнего (если откинуть фактор деловой репутации и исключить риск привлечения к публично-правовой ответственности) нет никаких поводов воздерживаться от такой махинации. В условиях доступности института карательных убытков или иного инструмента сверхкомпенсационной защиты соотношение издержек и выгод для данного оператора будет несколько иным. Если оператор будет знать, что один абонент, успешно доказавший причинение ущерба, получит с него не 100 рублей, а десятки тысяч рублей в качестве карательной компенсации, и это создаст стимулы для других подавать такие же иски, то целесообразность оппортунистического поведения будет поставлена под серьезное сомнение.

Безусловно, институт карательных убытков создает множество правовых проблем, которые не место здесь анализировать. Тут и проблемы этического свойства (очевидное неосновательное обогащение успешного истца и нарушение базового для частного права принципа коррективной справедливости), и экономические проблемы, вызванные, в частности, неизбежным в случае широкого распространения данной модели защиты ростом по экспоненте судебной активности граждан и соответственно литигационных издержек в экономике, а также избыточным с экономической точки зрения уровнем репрессий против правонарушителей. Зарубежная правовая наука бьется над ними не один десяток лет, и мы далеки от того, чтобы давать какие-то окончательные ответы или призывать немедленно, без скрупулезного политико-правового анализа его рецептировать *in toto*. Но попытки осторожного регулятивного экспериментирования с данным институтом нам представляются вполне оправданными.

Права, применительно которых регулятивные эксперименты по введению сверхкомпенсационной модели их защиты могут быть признаны *prima facie* обсуждаемыми, - это прежде всего такие права, вероятность выявления нарушения которых и фактической судебной защиты по модели полной компенсации крайне низка (например, из-за проблем со стимулами к судебной защите у слабой стороны или сложностей в доказывании факта правонарушения или размера фактических убытков). При этом огромное значение имеет правовой мониторинг состояния уровня защищенности прав в соответствующей сфере. Чем менее благополучно положение дел в сфере безопасности тех или иных прав, тем больше поводов, как минимум, задуматься на тему введения карательных компенсаций. Чуткое отношение к реальной юридической практике позволяет своевременно выявить болевые точки, а внимательный их экономический анализ — определять истинные причины такого состояния дел. В ряде случаев, если альтернативные средства лечения не помогают, менее эффективны или просто недоступны, регулятор может оценить

возможность и такого радикального для классического частного права курса лечения как предоставление жертвам права на взыскание карательных компенсаций.

Тем не менее, очевидно, что модель сверхкомпенсационной защиты является достаточно проблематичной и в настоящих условиях пока вряд ли может претендовать на широкое и безоговорочное принятие в рамках российского права. Когда размер компенсации отрывается от вполне понятного показателя (фактических убытков жертвы), он оказывается в зоне крайней неопределенности и нахождение некой эвристической модели стабилизации этой величины затруднено. Так, в США в последнее время Верховный суд склоняется во имя стабильности правоприменения и предотвращения труднопредсказуемых исходов такого рода дел к введению порога на уровне десятикратного соотношения размера карательных убытков и величины реальных убытков. Но тогда очевидно, что в тех случаях, когда величина вероятности быть привлеченным к ответственности ниже 10% десятикратный размер карательных убытков не будет достаточным для того, чтобы нивелировать проблему дисконтирования и обеспечить искомый 100%-тный уровень превенции.

Так что пока вопросов в этой сфере больше, чем ответов. До формирования политико-правового консенсуса в отношении преимущества принятия этого института в зарубежных странах очень далеко. Так, например, европейские цивилисты пока в целом не готовы к широкой имплементации этой модели защиты (за рамками ряда исключительных ситуаций).

Так что модель сверхкомпенсационной защиты следует на данном этапе расценивать не в качестве полноценного заменителя классической модели полной компенсации, а скорее в качестве экспериментального лекарства, находящегося в стадии долгой и осторожной апробации в ограниченных «анклавах» правового пространства (вроде потребительского права). Также, надо признать, мы в целом с большим интересом относимся к идее, закрепленной в Проекте ГК Франции, согласно которой взыскание карательной компенсации допустимо при грубых и умышленных деликтах и нарушениях договора. Действительно, если правонарушение носит явно недобросовестный характер, введение кратной компенсации (при условии, что фактические убытки будут умножаться на коэффициент в пределах предусмотренного в законе порога) может, как минимум, обсуждаться. Тем не менее, прежде чем делать какие-то однозначные выводы в отношении целесообразности реализации последней, достаточно широкой по охвату модели, следует провести серьезный научный анализ её возможного регулирующего воздействия.

### ***Реституционные убытки?***

Но может, быть проблема решается иным путем? Возможно, недостатки классической формы компенсационной защиты исчезают, если право будет допускать возмещение жертве той выгоды, которую из факта нарушения извлек нарушитель?

Это средство защиты (*disgorgement of profits*) имеет к институту убытков достаточно отдаленное отношение. В силу того, что здесь правообладатель защищает себя не путем возмещения своих реального ущерба или упущенной выгоды, а путем истребования того дохода, который смог извлечь из факта нарушения нарушитель, считать эту меру разновидностью возмещения убытков вряд ли логично. По сути, этот институт является разновидностью модели карательной компенсации, но имеет то отличие, что ее размер определяется не произвольно в форме умножения реальных убытков на некий коэффициент, заданный в законе (как в случае с карательными неустойками в потребительском праве) или определяемый путем оценки процента вероятности привлечения к ответственности (как в случае с классическими карательными убытками в американском деликтном праве), а на основе вполне конкретной величины – фактически извлеченного нарушителем дохода.

В этическом плане в основе данной регулятивной идеи хорошо известный принцип недопустимости извлечения обогащения из своего правонарушения. И это позволяет примирить большинство «правовых моралистов» с наличием такого исключения из принципа коррективной справедливости. В экономическом же плане такая мера направлена на лишение нарушителя стимулов к совершению правонарушения. Если потенциальный правонарушитель будет понимать, что вся выгода, извлеченная из правонарушения, будет у него отнята, стимулы к совершению правонарушения, действительно, в теории подавляются, и обеспечивается превентивный эффект.

Безусловно, тот факт, что эта выгода направляется в доход жертвы может привести к неосновательному обогащению. Ведь отнюдь не факт, что она, обладая этим правом, могла бы извлечь такую же выгоду. Право дарует жертве такую возможность выиграть от предприимчивости нарушителя даже несмотря на то, что при попытке взыскать ту же сумму с нарушителя в рамках иска о возмещении убытков в виде упущенной выгоды она могла бы и не преуспеть просто в силу того, что ее упущенная выгода намного ниже или вовсе отсутствуют. В то же время очевидно, что и этические начала, и экономические резоны восстают против того, чтобы оставить эту выгоду нарушителю и тем самым поощрить его на аналогичное поведение в будущем. Куда же направить этот неправомерный выигрыш? Идея с обращением данной суммы в бюджет выглядит как-то уж слишком экзотично. Поэтому не удивительно, что выбирая между некоторым возможным неосновательным обогащением жертвы и абсолютно неприемлемым неосновательным обогащением правонарушителя, право из двух выбирает первое как меньшее зло.

В зарубежном праве этот институт, как правило, доступен в ограниченном числе случаев. Чаще всего речь идет об умышленных нарушениях, совершаемых на основе расчета издержек и выгод, когда нарушитель осознанно идет на нарушение, осознавая, что его выгода превышает возможные убытки жертвы. Российский ГК не знает таких ограничений и предусматривает такое средство защиты в качестве универсального средства защиты (ст.15 ГК). Не вдаваясь в углубленный анализ этого института, заметим, что нам представляется решение российского законодателя вполне оправданным. Мы не видим причин, почему в случае неумышленного нарушения нарушитель может оставить себе выгоду, извлеченную из факта правонарушения.

Может быть эта модель защиты, тем более доступная в российском праве, и есть та искомая альтернатива не всегда эффективно работающей модели полной компенсационной защиты? К сожалению, приходится ответить на этот вопрос отрицательно. Причины такого ответа ровно те же, что и в случае с полной компенсацией, и лежат они в плоскости проблем с доказыванием.

Если доказать свои собственные убытки крайне сложно, то доказать, что нарушитель извлек из факта нарушения ту или иную выгоду еще сложнее. Безусловно, в некоторых редких случаях ситуация будет обратной. Например, когда продавец недвижимости вместо того, чтобы переоформить ее на покупателя, заключил сделку по более высокой цене с другим лицом и успел переоформить на него недвижимость, первоначальный покупатель, столкнувшийся с нарушением своих договорных прав, в ряде случаев (при условии фиксации в цене второго контракта реальной цены) может достаточно легко доказать размер незаконного дохода. Но в большинстве случаев доказать как сам факт наличия этого незаконного дохода, так и его размер крайне проблематично в силу отсутствия у истца доступа к необходимой информации.

В этой связи не удивительно, что случаи успешного применения в российской судебной практике этого средства защиты буквально единичны.

В этом отношении вряд ли что-то можно принципиально изменить теми или иными правовыми реформами. Данная модель защиты еще очень долго будет, на первый взгляд, привлекательной, но на практике труднореализуемой опцией. Поэтому надеяться на то, что она в обозримом будущем может всерьез решить свойственные классической модели взыскания убытков проблемы хронической недокомпенсации и недостаточной превенции, вряд ли стоит.

### ***Иные правовые меры?***

Резюмируя написанное, следует констатировать, что режим компенсационной защиты и две вытекающих из него моделей компенсации (полной или реституционной) в целом в большинстве случаев не способны обеспечить эффективное *ex post* восстановление нарушенных прав за счет денежной компенсации и в результате не способны оказать достаточно эффективное *ex ante* сдерживающее воздействие на поведение потенциального правонарушителя и лишить его стимулов к оппортунистическому попранию прав. В то же время карательно-компенсационная модель, хотя в теории и способна отчасти с обоими задачами справиться более успешно, в силу имманентно свойственной ей проблем пока не может претендовать на широкое применение и универсальный статус (как минимум, до того момента, когда все эти проблемы будут всерьез изучены в нашей науке).

Все это приводит к тому, что в случае, когда компенсационный режим защиты является единственным механизмом, стоящим на страже гражданских прав, в игровой модели

«правообладатель – нарушитель» последнему, если его не сдерживает фактор репутационного давления и интернализированные им этические нормы, в большинстве случаев оказывается выгодным не вступать с первым в переговоры о добровольном отчуждении этих прав, а вполне осознанно отчуждать (нарушать) их, отсрочивая момент расплаты до вступления в силу судебного решения и перекладывая на суд бремя определения размера этого компенсационного платежа. Вероятность того, что при таком развитии событий он заплатит куда меньше, чем в случае достижения *ex ante* добровольного соглашения, настолько велика, что с точки зрения стандартов рационального эгоистического и не обремененного этикой индивида эта поведенческая стратегия оказывается наиболее разумной.

Что же в реальности предотвращает полную катастрофу в сфере охраны гражданских прав? Помимо отмеченных выше внеправовых инструментов следует вспомнить и публично-правовые санкции за совершение правонарушения.

Одна из основных целей публично-правовой (уголовной и административной) ответственности состоит в превенции неправомерного поведения. Применительно к тем составам уголовной и административной ответственности, которые применимы на случай нарушения гражданских прав третьих лиц (например, преступления против личности или имущества граждан), применение публично-правовых санкций дополняет гражданскую и в теории может обеспечить тот превентивный эффект, который меры частноправовой компенсации (за исключением частных сверхкомпенсационных взысканий) обеспечить часто не в состоянии по определению.

В то же время восстановительный потенциал таких мер нулевой. Уголовная или административная ответственность в экономическом плане не восстанавливает нарушенный экономический баланс в отношениях между правообладателем и нарушителем. Если и можно говорить о каком-либо восстановлении, то в чисто моральном аспекте (удовлетворение чувства мести от легального причинения вреда нарушителю в ответ на совершенное правонарушение силами публичной власти). Именно поэтому публично-правовая ответственность не может полностью заменить собой частноправовые меры компенсационной защиты.

Превентивная же роль публично-правовой ответственности может быть как вполне существенной, так и крайне незначительной. Все зависит от серьезности самих мер уголовной или административной ответственности и процента вероятности выявления правонарушения и фактического привлечения к ответственности. Тут работает все та же предсказательная модель. При условии, что речь идет о рационально осуществленных, умышленных преступлениях и административных правонарушениях, поведение потенциального правонарушителя в определенной и достаточно значительной степени поддается воздействию за счет изменения уровня ожидаемых издержек неправомерного поведения. Эти издержки в виде номинального значения грозящей ответственности, умноженного на процент вероятности быть уличенным и привлеченным к ней, могут быть как сугубо материальными (например, денежный штраф), так и нематериальными или имеющими имущественную составляющую в качестве побочного эффекта (например, лишение свободы).

Соответственно, чувствительный эффект превенции при применении публично-правовой ответственности за нарушение гражданских прав будет возникать при условии, что риск быть привлеченным к такой ответственности по своему ожидаемому значению будет равен или превысит выгоды нарушителя от правонарушения. С учетом того, что в подавляющем числе случаев жертве будет параллельно доступен и гражданский иск о компенсации убытков, эта гражданско-правовая составляющая ожидаемых издержек нарушителя должна быть добавлена к публично-правовой. В итоге суммирования превентивного эффекта обоих мер защиты мы получаем общий кумулятивный показатель сдерживания нарушений гражданских прав.

В целом следует признать, что применение публично-правовой ответственности в дополнение к компенсационным мерам частноправовой защиты неминуемо повышает уровень защищенности прав и снижает вероятность их нарушения. Хотя, безусловно, как правило, и этого не хватает для обеспечения показателя хотя бы близкого к, на самом деле, недостижимому идеалу в виде 100%-ного эффекта сдерживания.

Но тут следует вспомнить, что публичное право практически не защищает договорные права. Нарушение контрактных обязательств (за рядом редких исключений) не является составом административного правонарушения или уголовного преступления. Следует ли из этого, что

применение публично-правовой ответственности нужно радикально расширить по охвату за счет случаев нарушения договорных обязательств? Мы в этом сомневаемся. Без сомнения, в сфере договорных правоотношений дополнение мер компенсационного характера средствами публично-правовой ответственности в ряде случаев может быть вполне оправданным. В качестве примера можно привести активную деятельность Роспотребнадзора по привлечению коммерческих организаций к административной ответственности за нарушения прав потребителей, во многом компенсирующая слабые возможности отдельных потребителей защищать свои права в рамках сугубо частного права и индивидуального гражданского процесса.

В то же время панацеей эта стратегия вряд ли может являться. Российские органы власти, ответственные за обеспечение публично-правового преследования правонарушений, далеки от совершенства и с трудом справляются со своими основными задачами. Бездумное расширение их компетенции нельзя признать оправданным. Думается, значительно более эффективно искать ресурсы для роста показателей превенции случаев нарушения гражданских прав внутри самого частного права. Это касается и тех правонарушений, за которые в рамках действующего права частнопредварительная компенсационная модель защиты дополняется ответственностью публично-правовой, и тем более тех случаев нарушения гражданских прав, которые не охватываются существующими составами уголовного преступления или административного правонарушения (в первую очередь прав договорных).

Если вернуться к общей оценке частнопредварительного режима компенсационной защиты, то вывод, к которому следует, на наш взгляд, прийти, состоит в том, что инструменты полной, реституционной или даже карательной компенсации, нельзя считать достаточными или абсолютно приемлемыми для целей обеспечения надежной защиты гражданских прав. Возникает своего рода драматический тупик. Применительно договорного права он состоит в том, что а) публичное право в эту сферу не вмешивается, б) взыскание карательных убытков пока мы готовы допускать только в ряде особых анклавов или при особых условиях, в) реституционные убытки почти недоказуемы, а г) классическая модель полного возмещения убытков даже с учетом вероятности реализации нового подхода к стандарту доказывания все равно не сможет обеспечить достаточные стимулы к соблюдению условий договора.

Но тогда разумно задаться вопросом о том, какие же дополнительные меры защиты гражданских прав могут компенсировать те недостатки, которые свойственны компенсационным санкциям в плане реализации задачи по восстановлению экономической эффективности и прав жертвы *ex post* и превенции случаев нарушения прав на будущее?

И тут мы подходим к вопросу, который обсуждать в рамках данного круглого стола нет возможности: о роли иного, альтернативного подхода к защите гражданских прав, который я называю моделью абсолютной защиты. Данная модель защищает право не посредством присуждения некоей денежной компенсации, а посредством блокирования самой возможности нарушить право или восстановления его в буквальном формате (судебные запреты, иски о присуждении к исполнению обязательства в натуре, виндикация или оспаривание сделки с последующей реституцией и т.п.). Такая модель защиты далеко не всегда в принципе доступна и однозначно имеет свои недостатки (например, защита прав миноритариев за счет оспаривания сделок с заинтересованностью или иных сделок, заключенных директором в ущерб интересам акционеров, дестабилизирует оборот). Но также очевидно, что она имеет значительно более серьезный восстановительный и, что самое важное, превентивный эффект с точки зрения защищенности гражданских прав. Последнее становится тем более актуальным, чем меньше шансы на то, что правообладатель сможет защитить свое право посредством иска об убытках. Например, с учетом того, что шансы на взыскание и фактическое получение с директора всей суммы причиненных им обществу убытков крайне низки с точки зрения реалий российского исполнительного производства, стоит более осторожно подходить к оценке отмеченной в последнее время тенденции к блокированию возможностей по оспариванию таких сделок и переносу акцента на косвенные иски к директорам.

Сильный превентивный эффект модели абсолютной защиты проявляется в том, что жертва может полностью дезавуировать нарушение своего права буквально, а не за счет взыскания денежного сурrogата. Это снимает ключевую проблему недокомпенсации и феномен дисконтирования убытков на низкий процент вероятности. Потенциальный нарушитель осознает,

что при процессуальной активности жертвы ему не удастся добиться желаемого результата и придется восстановить поправленное право. В итоге это вынуждает его при желании проигнорировать право правообладателя вступать с ним в прямые переговоры *ex ante* и договариваться о цене «выкупа». Тем самым право стимулирует цивилизованное добровольное согласование вторжений в сферу гражданских прав. Добровольное соглашение *ex ante* (в отличие от определения размера компенсации *ex post* судом) гарантирует, что размер компенсации устроит обоих и соответствующий транзит прав от одного лица в пользу другого (например, изменение условий договора) будет влечь улучшение по Парето. Стимулы к нарушению прав подавляются и обеспечивается цивилизованный формат гражданского оборота. И чем сильнее абсолютная защита, тем меньше эти стимулы и тем более защищены гражданские права.

Именно в силу этих причин в частности я в последнее время склоняюсь к куда большей поддержке доступности иска об исполнении договорных обязательств в натуре. Вопрос не в том, что данный иск может и тем более должен заменить собой иск об убытках, а в том, чтобы право обеспечило эффективный процессуальный инструментарий исполнения решений об исполнении обязательств. В этом плане всяческой поддержки заслуживают идеи о введении в российское право либо института карательных процессуальных штрафов в доход государства за каждый день неисполнения судебных решений о присуждении к исполнению обязательств в натуре, либо в качестве альтернативы – института *astreinte* (присуждения в пользу истца по такого рода искам некой чувствительной для ответчика суммы за каждый день неисполнения решения суда). Сейчас проект постановления Пленума ВАС РФ о введении *astreinte* разрабатывается и, возможно, будет принят в ближайшее время.

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

Проблема определения причинно-следственной связи является одной из тех причин, по которым кредиторы или жертвы деликтов не могут добиться полного возмещения убытков.

В теории гражданского права было разработано множество подходов к определению критерия, позволяющего отличить круг тех убытков, которые могут быть взысканы, от тех, которые в силу своей отдаленности не подлежат возмещению. Но использование любых общих понятий (например, отсечение *косвенных* убытков или допущение взыскание только тех убытков, которые находятся в *прямой* причинно-следственной связи) оказывается бессильным сделать решение этого вопроса сколько-нибудь предсказуемым.

Если подходить к решению данного вопроса с точки зрения идеи о недопустимости возмещения отдаленных или косвенных убытков, мы опираемся на понимание причинности как объективного факта. Но тогда граница, которую мы чертим, оказывается сугубо произвольной. Любое действие имеет свои последствия и эти последствия как круги на воде расходятся очень широко. Отдаленные последствия непоставки товара в срок могут быть бесконечны. Из-за срыва поставки покупатель несет расходы по оплате простоя судна, но также он упускает выгоду от возможной перепродажи товара; последнее же лишает его возможности ту сумму, которую он мог бы извлечь от перепродажи, инвестировать в некий иной проект и извлечь выгоду уже из него; срыв данной поставки влечет подрыв его деловой репутации, что начинает сказываться на объеме продаж; и так далее. Все эти негативные последствия факта нарушения находятся с ним в той или иной причинно-следственной связи. Где провести черту? Как отделить убытки, которые могут быть взысканы с нарушителя, от тех, которые мы оставляем на жертве? Право многих стран пытается решить эту проблему путем использования тех или иных оценочных критериев (вроде запрета на взыскание косвенных или слишком отдаленных убытков). Но это по сути означает признание того факта, что суду позволяется взыскать убытки того уровня отдаленности, взыскание которых ему покажется справедливым и разумным с учетом конкретных обстоятельств.

Альтернативной является подход, опирающийся не на объективные законы причинности и проведение черты по усмотрению суда, а на предвидимость таких убытков самим нарушителем или иным разумным лицом на его месте.



Речь, в частности, идет о предложении закрепить в нашем праве представленный во многих правовых системах мира критерий предвидимости убытков. Этот критерий, выработанный в недрах французского права, а затем отраженный в английском праве в знаменитом деле *Hadley v. Baxendale* еще в середине XIX в., является сейчас широко признанным в праве ряда стран (США, Англия, Италия, Франция, Бельгия), а также актах международной унификации договорного права (например, ст. 74 Венской конвенции 1980 г. "О договорах международной купли-продажи товаров").<sup>4</sup> Согласно ему кредитор не может взыскать с должника убытков больше, чем должник предвидел или мог предвидеть в момент заключения договора.

В зарубежном праве этот критерий изучен вдоль и поперек. Причем в США, например, обсуждаются в первую очередь его политико-правовые основы. В частности, достаточно серьезные споры в последнее время развернулись в американском праве в отношении того, насколько верные стимулы создает данное правило.<sup>5</sup>

Никакого научного анализа этой проблемы в нашей литературе попросту не было. Тем не менее, предложение о введении данного инструмента ограничения взыскания убытков было включено в изначальный Проект реформы ГК РФ. Из финальной редакции Проекта, внесенной в Госдуму, это предложение было устранено. Думается, это было разумное решение.

Наше личное мнение состоит в том, что введение такого правила не является в принципе бесспорным, а в наших современных условиях в любом случае преждевременным.

Сначала о теоретической спорности. Правило о предвидимости убытков возлагает риск появления не предвиденных должником убытков на кредитора и отказывает в переносе данного риска на должника. Это решение связано с тем, что, по мнению сторонников такого подхода, во имя справедливости должник должен быть освобожден от ответственности за те последствия нарушения, которые он не мог предвидеть при заключении договора. Данное правило ограничивает взыскание убытков теми потерями, которые разумный участник оборота на месте должника и с учетом имеющейся у него на момент заключения договора информации мог предвидеть как следствие допущенного в будущем нарушения. Идея здесь простая: контрагент должен быть поставлен в известность о каких-то нетипично высоких рисках собственного нарушения до момента заключения договора, чтобы он мог, обладая полной информацией, ответственно принять решение о целесообразности заключения договора и принятия на себя таких рисков, о возможном повышении цены договора с целью вознаградить себя за принятие повышенного риска или, наконец, правильно рассчитать достаточную степень усилий, которые необходимо приложить для надлежащего исполнения договора.

Действительно, если человек заказывает такси на утро и не сообщает таксисту о том, что он собирается ехать в аэропорт, из которого он направляется на заключение важнейшей сделки на большую сумму, то кажется не вполне справедливым взыскивать с таксиста всю многомиллионную упущенную выгоду от срыва сделки по причине того, что таксист опоздал и в связи с этим не смог вовремя доставить пассажира в аэропорт. Ведь если бы пассажир сообщил таксисту о целях своей поездки и сумме возможных убытков, то таксист бы предпринял соответствующие сверхусилия (приехал бы за два часа, заказал машину подстраховки на случай поломки в пути и т.п.) и заложил бы эти дополнительные издержки в цену. Не вполне честно не сообщать таксисту о том, что риск столкнуться с убытками в случае нарушения договора таксистом у пассажира и сам размер убытков намного выше обычно подразумеваемого, добиваться его согласия на низкую, обычную цену, а потом в случае нарушения – требовать возмещения всех этих необычно высоких убытков.

---

<sup>4</sup> Сравнительно-правовой анализ и истоки критерия предвидимости убытков см.: Ferrari F. Comparative Ruminations on the Foreseeability of Damages in Contract Law // 53 La. L. Rev. 1992 - 1993. P. 1257 - 1269. Анализ актов международной унификации договорного права и практики рассмотрения споров по данному вопросу см.: Афанасьев Д.В. [Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ: критерий предвидимости убытков при международной купле-продаже товаров // Убытки и практика из возмещения / Отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2006. С. 541 - 561](#)

<sup>5</sup> См., в частности: Bebchuk L.A., Shavell S. Reconsidering Contractual Liability and the Incentive to Reveal Information // 51 Stanford Law Review. 1998 - 1999. P. 1615 - 1627; Bebchuk L.A., Shavell S. Information and the Scope of Liability for Breach of Contract: The Rule of Hadley v. Baxendale // 7 J. L. Econ. & Org. 1991. P. 284 - 312; Johnston J.S. Strategic Bargaining and the Economic Theory of Contract Default Rules // 100 Yale Law Journal. 1990 - 1991. P. 615 - 664; Epstein R.A. Beyond Foreseeability: Consequential Damages in the Law of Contract // 18 J. Legal Stud. 1989. P. 105 и др.

Эти соображения кажутся многим достаточно весомыми. Поэтому данное правило находит поддержку как у многих известных западных компаративистов<sup>6</sup>, так и ряда российских ученых.<sup>7</sup>

Я хотел бы воздержаться от окончательных оценок, так как вопрос заслуживает куда более глубокого изучения с политико-правовой точки зрения. Тем не менее, не претендуя на последнее слово в оценке правила о предвидимости *de lege ferenda*, я со своей стороны попытаюсь показать, что у этого правила есть свои недостатки, которые необходимо принимать в расчет при определении целесообразности его имплементации.

В первую очередь, встает вопрос об эффективности тех стимулов, которые данное правило создает, а именно необходимости раскрывать коммерческую информацию о целях использования полученного исполнения и, соответственно, всех связанных с этим рисков при заключении договора. С одной стороны, с точки зрения справедливости со стороны кредитора было бы крайне недобросовестно не сообщить должнику при заключении договора о каких-то специфических обстоятельствах, значительно поднимающих уровень риска выше обычно подразумеваемых пределов. Если, например, покупатель не уведомляет покупателя о том, что малейшая просрочка в доставке товара может привести к срыву какой-либо важнейшей сделки и, соответственно, причинению значительных убытков, то с точки зрения моральной интуиции кредитор может показаться не заслуживающим защиты. В итоге применение правила предвидимости стимулирует контрагентов раскрывать коммерческую информацию, которую при нынешнем режиме контрагенты раскрывать не обязаны. Ведь иначе в случае нарушения договора и попытке взыскать с нарушителя убытки пострадавший кредитор не сможет компенсировать ту часть своих потерь, о которой нарушитель не мог догадываться просто в силу невладения необходимой информацией о каких-либо специфических обстоятельствах, способных поднять уровень убытков кредитора от нарушения на необычно высокий уровень. Как заявил лорд Рейд в известном решении по делу *The Heron II*, если одна из сторон хочет защитить себя от риска, который другой стороне показался бы необычным, она может поставить своего контрагента в известность об этом.<sup>8</sup> Но всегда ли корректно заставлять контрактующие стороны делиться информацией, которая может составлять коммерческую тайну, а в случае неисполнения этого требования - наказывать их отказом взыскивать часть убытков с нарушителя договора? Насколько эффективны данные стимулы?

Приведем банальный пример в виде игровой ситуации. Покупатель картины (далее - посредник) приобретает ее в целях перепродажи и рассчитывает получить необычно высокую спекулятивную наценку, используя свои широкие связи в среде коллекционеров. Основа современной экономики - спекуляция, поэтому ничего морально ущербного в этом поведении нет. Причем в случае, если первичный продавец нарушит договор и вовремя не передаст картину посреднику, может сорваться сделка перепродажи. В этом случае посредник упустит значительную выгоду, которую он в принципе может взыскать с нарушителя, если соберет и представит в суд достаточные доказательства реальности той сделки перепродажи, срыв которой причинил ему эти убытки. При введении правила о предвидимости убытков посредник будет вынужден раскрывать первичному продавцу при заключении договора, что он собирается перепродать картину, и даже указать размер наценки, чтобы быть уверенным в том, что в случае нарушения договора продавцом и срыва операции он сможет взыскать свои убытки в полном размере. Логика данной игровой ситуации показывает, что в условиях ограниченной информации о вероятности нарушения первичный продавец, узнав о той высокой наценке, которую планирует получить посредник, наверняка в процессе переговоров начнет настаивать на более, на его взгляд, справедливом распределении этой наценки (просто начнет требовать повышения цены) или вовсе может попытаться выйти на конечного покупателя напрямую. В итоге эта логика может отбивать у посредника стимулы раскрывать эту информацию, так как будет лишать его части прибыли от сделки. В итоге введение правила о предвидимости убытков создает крайне противоречивые с политико-правовой точки зрения стимулы, идущие в разрез со стратегическими интересами сторон. Так, например, будущий кредитор, при заключении договора обычно пытающийся показать низкую ценность получаемого от должника в целях обоснования желательной для него низкой цены, в случае применения правила

<sup>6</sup> Treitel G.H. Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account. Oxford: Clarendon Press, 1988. P. 150 – 162

<sup>7</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая. Общие положения. М., 2003. С. 718 - 720

<sup>8</sup> Цит. по: Markesinis B., Unberath H., Johnston A. The German Law of Contract. A Comparative Treatise. 2-d Edition. Entirely Revised and Updated. Oxford, 2006. P. 473

предвидимости убытков будет вынужден, наоборот, раскрывать всю свою прибыль от сделки, причем чем она больше, тем более опасно утаивание этой информации. А будущий должник, который, как правило, заинтересован в том, чтобы показать, насколько мала вероятность нарушения договора с его стороны, при применении принципа предвидимости для того, чтобы убедительно претендовать на повышение цены в связи с рисками возникновения у кредитора необычно высоких убытков, будет, наоборот, стимулироваться к тому, чтобы показывать высокую вероятность собственного нарушения договора. Ведь если в процессе переговоров кредитор раскроет соответствующую информацию о возможных необычно высоких убытках в случае нарушения, то претензия должника на соответствующее повышение цены в ответ на этот необычно высокий риск выглядит тем убедительнее, чем вероятнее факт нарушения договора с его стороны и возникновения у него обязательства по возмещению таких убытков.

В итоге применение правила о предвидимости может вызывать значительные политико-правовые затруднения, которые приводят некоторых западных исследователей к выводу о его неадекватности.<sup>9</sup> В любом случае значение данного правила как стимула к раскрытию информации о планируемой прибыли от сделки следует детально изучить, прежде чем решать вопрос о его введении в наше право.

Если российское право концептуально все же решит рецепировать институт предвидимости, следует обратить внимание на целый ряд практических вопросов, ставящих под некоторое сомнение классический вариант этого института или требующих определенных оговорок или исключений.

Во-первых, классический критерий предвидимости убытков построен на идее о том, что убытки должны быть предвидимы на момент заключения договора. Но если, действительно, есть смысл вводить такой критерий ограничения ответственности, то не справедливее ли было бы установить подход, при котором предвидимость убытков будет определяться на момент нарушения договора? Действительно, зачастую кредитор при заключении договора не раскрывает должнику соответствующую информацию просто в силу того, что возможность появления соответствующих необычно высоких убытков на случай нарушения должником договора самому кредитору открылась уже после заключения договора. В рамках классического принципа предвидимости убытков получается, что даже если кредитор после заключения договора, но еще до наступления просрочки предупредит должника о том, к чему может привести нарушение, то это не будет иметь никакого значения и не поможет кредитору получить право на полную компенсацию.

Нам представляется, что если и вводить правило о предвидимости убытков, то момент предвидения, видимо, стоит отодвинуть к моменту нарушения или, как минимум, рассмотреть такой вариант очень серьезно. Далеко не бесспорно, что идея справедливости может освобождать должника от необычно высоких убытков, о которых ему не было известно в момент заключения договора, но стало известно позднее, но до наступления срока исполнения. Это тем более очевидно тогда, когда о риске столкнуться с такими необычно высокими убытками в момент заключения договора не знал и сам кредитор.

У предлагаемого нами смещения момента определения предвидимости убытков к моменту нарушения есть свои недостатки. Это надо прямо признать. Так, например, должник оказывается в непросто положении: если бы он обладал информацией о рисках своего нарушения на момент заключения договора, то мог бы поостеречься от его заключения или потребовать пересмотра размера оплаты, заложив в нее дополнительные издержки, связанные с принятием повышенных мер предосторожности. Что же право должно делать с теми необычно высокими убытками, которые не могли быть предвидены должником в момент заключения договора и не были предвидимы и самим кредитором в этот момент, если впоследствии в период между заключением договора с ценой, отражающей нормальную, обычную степень риска, и моментом исполнения вероятность возникновения таких убытков открылись кредитору и соответствующая информация была доведена до сведения должника?

Признаюсь честно, однозначного ответа у меня сейчас нет. Несколько лет назад, когда я в одной из статей писал на этот счет,<sup>10</sup> мне все-таки казалось более разумным взыскивать эти убытки и

---

<sup>9</sup> Johnston J.S. Strategic Bargaining and the Economic Theory of Contract Default Rules // 100 Yale Law Journal. 1990 - 1991. С 615 - 664

<sup>10</sup> Карапетов А.Г. Средства защиты прав кредитора в свете реформы гражданского законодательства.// Вестник гражданского права, 2009, №4

игнорировать несправедливость, возникающую вследствие того, что должник соглашался на цену без учета данного значения риска, так как он был не осведомлен о вероятности возникновения столь необычных убытков. И, действительно, в конечном итоге, все что требуется от должника для того, чтобы избежать взыскания таких убытков, это строго следовать условиям договора. Не сказать, что я сейчас столь же уверен в верности этого вывода. Следует признать, что вопрос достаточно сложный.

Тем не менее, думается, сделанный мною в той статье вывод все-таки имеет право на существование. Суть этого вывода в том, что, даже если и вводить институт предвидимости, то логично делать это в таком формате: взысканию подлежат только те убытки, которые должник предвидел или должен был предвидеть либо уже в момент заключения договора, либо заблаговременно до запланированного момента исполнения, за исключением тех случаев, когда кредитор при заключении договора был сам осведомлен, но недобросовестно умолчал о возможности возникновения необычно высоких убытков или сам получил соответствующую информацию после заключения договора, но не обеспечил доведения данной информации до должника заблаговременно до запланированного договором момент исполнения.

При этом не стоит думать, что если мы не введем в наш ГК критерий предвидимости убытков с акцентом на предвидимость на момент заключения договора, то будем одиноки в этом. Так, например, немецкое право не предусматривает подобного правила и ратует за компенсацию убытков, которые находятся в адекватной причинно-следственной связи с нарушением. При этом фактически критерий адекватной причинности в немецком праве раскрывается также через предвидимость, типичность возникших убытков, но последняя, судя по доступным мне источникам, определяется в немецком праве не на момент заключения договора, а на момент нарушения.<sup>11</sup> Не предусматривает правила о предвидимости в его франко-англо-саксонском варианте и новый ГК Нидерландов.<sup>12</sup>

Так что, прежде чем рецепировать институт предвидимости убытков, стоит очень хорошо подумать над дизайном соответствующего правового режима.

Во-вторых, при принятии решения о рецепции данного института следует обязательно уточнить, что конкретно подлежит предвидению: характер/вид убытков или в том числе и их объем. Например, во французской судебной практике долгое время считалось, что предвидимым должен быть только вид убытков, а не их размер и только в последнее время утвердился более жесткий подход, согласно которому предвидимым должен быть в том числе и размер убытков<sup>13</sup>. От решения этого вопроса напрямую зависит степень ограничительного влияния данной доктрины на реализацию принципа полного возмещения.

В-третьих, стоит всерьез подумать над тем, в каких случаях следует, вопреки общему правилу, все же сохранить принцип полного возмещения убытков, игнорируя в отступление от общего правила критерий предвидимости. Например, в той же Франции, где принцип предвидимости по общему правилу действует, он в силу ст. 1150 ФГК не применяется, а убытки взыскиваются полностью тогда, когда нарушение носит грубый умышленный характер (dol). Аналогичное решение закреплено в ст. 1225 ГК Италии. Мне это исключение кажется вполне оправданным.

Наконец, в-четвертых, стоит всерьез отнестись к такой альтернативе как распределение непредвидимых убытков между сторонами по модели, аналогичной распределению понесенных расходов при расторжении договора при существенном изменении обстоятельств (ст. 451 ГК). Действительно, переносить все непредвиденные убытки исключительно на должника может показаться несправедливым. Но в равной степени несправедливо и оставлять все эти непредвиденные убытки на плечах кредитора. Ведь в конечном итоге их возникновение находится в причинно-следственной связи (возможно, самой что ни на есть прямой) с допущенным нарушением. Поэтому почему бы не распределить эти убытки между сторонами (по крайней мере в части реального ущерба)? В данном случае распределение рисков между сторонами будет

<sup>11</sup> Treitel G.H. Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account. Oxford: Clarendon Press, 1988. P. 162 - 164

<sup>12</sup> The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A Commentary / Edited by D. Busch, E.H. Hondius, H.J. van Kooten, H.N. Schelhaas, W.M. Schrama. The Hague, 2002. С 407 - 408.

<sup>13</sup> Nicholas B. The French Law of Contract. Oxford, 2003. P. 230 - 231. Также см.: Treitel G.H. Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account. Oxford: Clarendon Press, 1988. P. 154 - 156.

происходить в силу того, что моральная интуиция не может с уверенностью вменить этот риск "в вину" ни одной, ни другой стороне. Этот вариант, как минимум, заслуживает обсуждения.

Так что, как мы видим, вопросов к самой идее предвидимости и ее классическому правовому режиму достаточно, чтобы в этом вопросе, как минимум, проявить осторожность.

Но самое важное: независимо от теоретической разумности предлагавшегося в изначальном Проекте реформы ГК правила о предвидимости убытков, мы считаем, что в наших условиях имплементация данного решения будет контрпродуктивной и однозначно преждевременной. Поясним. Как уже отмечалось, в Проекте ставится задача либерализовать режим доказывания убытков и понизить требуемый уровень достоверности соответствующих доказательств. Надо позволить кредиторам взыскивать убытки свободнее и тем самым переломить инерцию, выбить судебную практику из проторенной колеи. Но для нас вполне очевидно, что одновременное введение критерия предвидимости убытков способно в значительной степени смазать этот эффект. Ведь предлагаемый критерий оценивает, насколько должник мог разумно предвидеть соответствующие убытки кредитора. Иначе говоря, речь идет не столько о сугубо субъективном восприятии информации конкретным должником, сколько о предвидимости, объективированной посредством критерия разумного участника оборота, что вполне естественно, но превращает данный критерий в оценочное положение, определяемое судом с учетом всех конкретных обстоятельств дела. Само по себе это не страшно. Такого рода оценочных норм в нашем праве море. Но в данных конкретных условиях это может стоить нам очень дорого. Суды и сейчас при любом поводе отказывают во взыскании убытков. А когда им в руки будет вложен такой удобный и достаточно обтекаемый критерий, с помощью которого они могут всегда и достаточно безопасно отказывать в таких исках, есть опасения, что расширения практики взыскания убытков мы не получим.

В итоге данное предложение противоречит установке на повышение уровня защищенности прав кредитора. Его введение в условиях, когда наши юристы не научились просто доказывать свои убытки, значительно усложнит их положение и в любом случае, независимо от теоретической адекватности самого этого подхода, является преждевременным. Вопросами введения ограничений на размеры взыскиваемых убытков следует заняться тогда, когда суды вообще начнут взыскивать хотя бы какие-то убытки. До этого введение такого достаточно сложного ограничителя просто даст судам формальное основание в своей практике не менять негативный подход к взысканию убытков, прикрывая его теперь не недоказанностью убытков, а их непредвидимостью.

Нам могут возразить, что в этом ограничении взыскания убытков и проявляется тот искомый нами механизм, способный сдерживать злоупотребления при взыскании убытков, которые неминуемо начнутся, как только от судов право потребует понизить планку достоверности доказательств убытков. Позволим себе усомниться в том, что механизм предвидимости убытков являет собой адекватный "антидот". Издержки от его применения, на наш взгляд, перевешивают те преимущества, которые он действительно может создать, по крайней мере в период привыкания судов и адвокатов к искам о взыскании убытков.

Наша идея состоит в том, чтобы вначале дать некоей практике взыскания убытков сформироваться, накопить опыт рассмотрения дел о взыскании убытков, приучить суды к подобным делам, сняв у них страх перед подобными исками, и только потом, возможно, вернуться к обсуждению вопроса о предвидимости убытков. Через некоторое время, когда участники оборота освоят навыки взыскания убытков, можно вернуться к данной проблеме и, если серьезный политико-правовой анализ приведет нас к такой необходимости, все же такой критерий ограничения убытков в той или иной форме закрепить. Но сейчас это делать преждевременно.

Кроме того, нам могут возразить, что введение критерия предвидимости ничего значительно не изменит, так как то, что в ряде зарубежных стран понимается как предвидимость убытков, в российском праве охватывается институтом причинно-следственной связи. Иногда в российской литературе, действительно, высказывается идея, что критерий предвидимости отличается от критерия причинно-следственной связи скорее терминологически, чем с точки зрения результатов их применения<sup>14</sup>. Этот вопрос, конечно же, крайне сложный. Делать подобные выводы можно, только детально сравнив реальную судебную практику по однотипным делам в различных странах,

<sup>14</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая. Общие положения. М., 2003. С. 720 - 721

как признающих критерий предвидимости (Англия или Франция), так и не признающих его (Германия, Голландия или Россия). Сравнить научные определения, используемые в разных странах, здесь бессмысленно, так как они носят настолько общий характер, что не дают четкого представления о реальном наполнении скрываемых за этими терминами институтов. В частности, известные компаративисты делают по поводу прагматической идентичности критерия предвидимости в англо-французском варианте и критерия адекватной причинно-следственной связи в немецком праве различные выводы<sup>15</sup>. Тем не менее, несмотря на сложность данной проблемы, позволим себе вслед за рядом компаративистов усомниться в выводе о том, что доктрина предвидимости убытков в случае ее имплементации ничего существенно нового в наше право не привнесет. Взять хотя бы тот факт, что любой, даже самый расширенный, вариант применения доктрины причинно-следственной связи (в том числе теории адекватной причинности) не предполагает, что возможность предвидения убытков кредитора будет определяться не на момент нарушения, а на момент заключения договора.<sup>16</sup> Поэтому считаем, что отмахнуться от этой проблемы, посчитав ее непринципиальной, вряд ли возможно. Разница между действующим у нас сейчас режимом взыскания всех убытков, возникших в связи с нарушением договора, и тем решением, которое предлагает правило предвидимости убытков в его франко-англо-саксонском варианте, существует, и она носит принципиальный характер.

#### **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?**

Проект реформы ГК РФ предлагает расширить сферу применения такого типа убытков, вызванных вынужденным расторжением нарушенного договора, как взыскание разницы в ценах между ценой нарушенного и расторгнутого договора, с одной стороны, и ценой заменяющей сделки (cover transaction), заключенной пострадавшей стороной взамен расторгнутой, с другой стороны. Сейчас эта норма закреплена лишь в отношении договоров поставки (ст. 524 ГК). Этот шаг выглядит логичным в контексте общего тренда Проекта новой редакции ГК РФ по стимулированию развития практики взыскания договорных убытков. В договорах поставки нет ничего такого специфического, что могло бы оправдать столь узкую локализацию настолько удобного механизма доказывания убытков. Учитывая установку на расширение доступности взыскания договорных убытков в судебной практике, такая подсказка юристам, указывающая на то, как достаточно легко можно доказывать свои убытки, кажется уместной. Впрочем, надо признать, что, даже если в ГК такая новелла включена не будет, нет никаких причин отказывать в таком иске. Подобная разница вполне включается в понятие реального ущерба (если договор расторгает покупатель/заказчик/арендатор, и при этом цена заменяющей сделки оказалась выше цены в расторгнутом договоре) или упущенной выгоды (если договор расторгает продавец/исполнитель/подрядчик/арендодатель, а цена заменяющей сделки оказалась ниже предусмотренной в расторгнутом договоре).

Но убытки в виде разницы в цене ни в ст. 524 ГК, ни в праве ряда зарубежных стран не ходят обычно поодиночке. Как правило, вслед за упоминанием такого бесспорного способа доказывания убытков упоминают куда более специфический вариант убытков - убытков абстрактных. Речь идет об убытках в виде разницы в цене между ценой нарушенного и расторгнутого в связи с этим договора, с одной стороны, и текущей рыночной ценой на сопоставимый товар (работы или услуги), с другой стороны, причем согласно ст. 524 ГК и предложению Проекта определяемой на момент расторжения договора. По сути данный инструмент дает кредитору, столкнувшемуся с нарушением и выбравшему в ответ вариант расторжения нарушенного договора, возможность получить

<sup>15</sup> Так, например, различия в результатах применения этих двух принципов отмечаются в: Marsh P.D.V. Comparative Contract Law. England, France, Germany. 1996. P. 341 - 342; Principles of European Contract Law. Part I and II / Prepared by the Commission on European Contract Law; Edited by O. Lando and H. Beale. The Hague: Kluwer Law Int., 2000. P. 443. Несколько другую позицию см.: Markesinis B., Unberath H., Johnston A. The German Law of Contract. A Comparative Treatise. 2-d Edition. Entirely Revised and Updated. Oxford, 2006. P. 474

<sup>16</sup> См.: Antonioli L., Veneziano A. Principles of European Contract Law and Italian Law. A Commentary. The Hague, 2005. P. 452.

соответствующую разницу между договорной и рыночной ценой еще до того, как он заключит заменяющую сделку и независимо от того, заключит ли он ее вообще.

В последнее время ВАС РФ неоднократно применял правила ст.524 ГК об абстрактных убытках по аналогии применительно к иным видам договоров (кредита – см. п.6 Информационного письма №147; купли-продажи недвижимости – см. п.5 Постановления Пленума ВАС №54 и т.п.). Так что Проект ГК РФ предлагает просто эту тенденцию по универсализации механизма взыскания абстрактных убытков, предусмотренного в ст.524 ГК.

Казалось бы, данная модель защиты договорных прав носит вполне адекватный. Но считаем, что закрепленный в праве многих стран и включенный в [ст. 524](#) ГК институт абстрактных убытков куда более внутренне противоречив, чем может показаться на первый взгляд.

Самый главный вопрос – является ли такая компенсация убытками в их классическом понимании? Как и так называемые реституционные убытки, которые, конечно же, называются убытками достаточно условно, убытки абстрактные не могут быть классифицированы как убытки (ни как реальный ущерб, ни как упущенная выгода). Скорее здесь речь идет о взыскании некой компенсации, цель которой направить в доход кредитора сумму своего рода «аванса», равного его убыткам, которые гипотетически могут возникнуть, если он все-таки решит заменяющую сделку заключить.

Но это, конечно же, само по себе не блокирует идею о введении такой компенсации. Даже если это не убытки в чистом виде, возможно, этот шаг заслуживает поддержки. Так что ниже мы попытаемся сформулировать некоторые возражения по существу.

Во-первых, при взыскании с должника абстрактных убытков по сути кредитор может получить больше, чем его реальные потери. Иначе говоря, компенсационная природа данной меры весьма спорна и во многих случаях может отсутствовать. Ведь кредитор не обязан заключать заменяющую сделку по той рыночной цене, которая имела место в момент расторжения договора. Он может вообще потерять интерес к проведению данной операции или заключить договор позднее по уже значительно изменившейся в его пользу рыночной цене. В то же время оба этих факта не блокируют его право на получение указанной разницы. Очевидно, что во многих случаях при соответствующей тенденции изменения ценовой конъюнктуры кредитор получит неосновательное обогащение. В то же время Проект в другой норме (новая редакция ст.393 ГК) предлагает с целью исключения неосновательного обогащения кредитора закрепить в законодательстве специальное положение, согласно которому кредитор путем взыскания убытков должен быть поставлен в то положение, в котором он находился бы, если бы обязательство было исполнено надлежащим образом (так называемая защита «позитивного интереса» или, пользуясь англо-американской терминологией, интереса ожидания, *expectation interest*). Здесь мы видим очевидное противоречие. Какой политико-правовой целью оправдано отступление от проверенного и подтверждаемого еще раз прямо самим Проектом принципа закрепления компенсационной природы ответственности через идею защиты «позитивного интереса»?

Как уже читателю стало понятно из написанного в первой части настоящих тезисов, мы далеки от правового фундаментализма и обоготворения идеи компенсационной природы ответственности. Но для отступления от принципа компенсационности требуется какая-то серьезная политико-правовая аргументация. Такие аргументы имеются в пользу легализации в [ст. 15](#) ГК так называемых реституционных убытков, т.е. взыскания с нарушителя договора того, что тот заработал на нарушении, также отступает от принципа соразмерности потерь кредитора и размера взыскиваемых убытков. Определенные аргументы имеются и в пользу взыскания карательных неустоек в случае нарушения прав потребителя, а также, возможно, кратных убытков в случае явно недобросовестного нарушения договора или деликта. Но в случае с абстрактными убытками нам причина отступления от компенсационной модели не вполне очевидна. Такая абстрактная компенсация взыскивается за любое спровоцировавшее расторжение договора нарушение, а также независимо от статуса кредитора, мотивов нарушения (возможно, вполне не оппортунистических).

В ответ нам могут возразить, что мы выше сами описывали, насколько бессильна идея полного возмещения в плане обеспечения превенции правонарушений. Не вытекает ли из этого, что любые средства повысить размер ответственности над уровнем реальных убытков могут считаться оправданными? Я думаю, что не любые. Произвольные отступления от принципа компенсационности без какого-либо ясного основания крайне опасны. Покинув проверенную

гавань компенсационной природы ответственности, мы рискуем бездумно разрушить веками проверенную систему защиты прав. Такие эксперименты вполне допустимы, но делать их нужно осторожно и на основе четко осознаваемых политико-правовых соображений.

Во-вторых, нетрудно заметить, что при применении к ситуации со взысканием абстрактных убытков игровой теории мы получаем крайне беспокоящий нас побочный эффект. Если кредитор будет знать, что он вправе взыскать с нарушителя разницу между договорной ценой и текущей рыночной ценой, зафиксированной на момент расторжения, то нетрудно предугадать его действия. Очевидно, что российский предприниматель, пострадавший от нарушения и не обремененный этическими или репутационными ограничителями, просто может выжидать самого выгодного уровня рыночных цен на данный товар (работы или услуги) и тянуть с расторжением договора вплоть до этого момента. Расторгнув договор в этот момент, он тем самым фиксирует уровень подлежащих взысканию с должника абстрактных убытков на самом высоком уровне, причем, скорее всего, не собираясь заключать заменяющую сделку по данной цене, а ожидая более выгодной ценовой конъюнктуры или вообще потеряв интерес к этой транзакции. Такие злоупотребления особенно вероятны в отношении товаров, цены на которые достаточно изменчивы и при этом легко доступны (например, биржевые котировки акций, нефти и т.п.). В итоге мы имеем ситуацию, когда кредитор не только может получить неосновательное обогащение, но еще и получает стимул затягивать расторжение сколь угодно долго, держа нарушителя в подвешенном положении. Данное последствие нельзя назвать желательным, так как оно способствует сохранению неопределенного и нездорового положения в отношениях сторон, да и попросту провоцирует злоупотребление правом.

Конечно, на это можно возразить, что управой на недобросовестных кредиторов может быть [ст. 10 ГК](#) или [ст. 404 ГК](#), требующая минимизации своих убытков. Тем не менее все же считаем, что эти контраргументы можно преодолеть. С одной стороны, известно, что наши суды нижестоящих инстанций [ст. 10 ГК](#) применяют крайне неохотно. Теория публичного выбора (public choice theory) это легко объясняет бюрократической сущностью судебной системы и страхом низших чиновников брать на себя ответственность, отходя от буквы закона во имя принципа добросовестности (как решение следование status quo всегда безопаснее для судьи и его карьеры, чем смелое от него отступление). С другой стороны, при попытке применить правило о минимизации убытков ([ст. 404 ГК](#)) выясняется, что доказать факт умышленного затягивания расторжения с целью подгадать самое выгодное для кредитора значение рыночной цены и, соответственно, получить максимальную разницу в ценах для взыскания с нарушителя будет крайне сложно. Как определить, что кредитор расторг договор в такой-то момент только потому, что в этот момент разница между договорной и текущей рыночной ценой была максимальна, а не потому, что он по совпадению именно в этот момент устал ждать и решил прекратить договор? В итоге наш тезис о том, что институт абстрактных убытков может провоцировать злоупотребления, считаем защищенным.

Отчасти указанное выше злоупотребление можно нивелировать, если перенять правило об абстрактных убытках не из Венской [конвенции](#), а из права ряда других стран (Англия, Италия, Германия, Австрия, Испания), в которых абстрактные убытки рассчитываются исходя из рыночных цен на данный товар (работы или услуги) на момент нарушения, а не на момент расторжения договора<sup>17</sup>. Тем самым мы сможем решить вторую из вышеуказанных проблем, возникающих при имплементации института абстрактных убытков, и сделаем данный способ калькуляции убытков несколько более корректным, лишив кредитора стимула затягивать с расторжением для максимизации взыскиваемой с должника суммы убытков.

Но тем не менее остается без ответа другая наша претензия к этому институту: все-таки по каким политико-правовым соображениям кредитор вправе взыскать убытки, не соотносящиеся с его реальными потерями? Зачем дополнять вполне адекватный механизм взыскания разницы в ценах между расторгнутым и заключенным заменяющим договором таким странным механизмом, способным вызвать неосновательное обогащение кредитора? Нам могут ответить, что такой подход дает кредитору право получить средства, необходимые для заключения заменяющей сделки, заранее. На это следует возразить следующее.

---

<sup>17</sup> См.: Principles of European Contract Law. Part I and II / Prepared by the Commission on European Contract Law; Edited by O. Lando and H. Beale. The Hague: Kluwer Law Int., 2000. P. 450; Treitel G.H. Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account. Oxford: Clarendon Press, 1988. P. 116



В случае взыскания продавцом (подрядчиком, исполнителем, арендодателем, займодавцем) абстрактных убытков от снижения рыночной цены ему никакие дополнительные средства вперед не требуются. Если он продал свой товар по заменяющей сделке из-за падения цен действительно дешевле, то может спокойно взыскать реальную разницу в ценах *ex post*. Если же он не заключил заменяющую сделку, то почему право должно вручать ему абстрактную разницу? Какой пострадавший интерес поставщика покрывает такое взыскание?

Если же смотреть на ситуацию с позиции пострадавшего от нарушения покупателя (заказчика, арендатора, заемщика), то, действительно, может показаться, что предоставление ему возможности получить абстрактные убытки в случае роста рыночных цен на законтрактованный товар (работы, услуги, аренду или заемный капитал) имеет целью предоставить ему дополнительные средства, необходимые для того, чтобы профинансировать заменяющую сделку (точнее ту разницу, которая образуется из-за роста цен). Например, покупатель заключил договор поставки и зарезервировал на эту покупку 1 млн. руб., но поставщик не поставил товар, чем вынудил покупателя отказаться от договора. К моменту отказа или (что, как мы показали выше, более корректно) к моменту начала просрочки рыночная цена на товар резко выросла и потребует от покупателя при желании купить нужный ему товар тех же характеристик и того же количества на стороне уплатить 1,5 млн. руб. Но у покупателя может не быть недостающих 500 тыс. руб., необходимых для покрытия дефицита, что дает ему право требовать от нарушившего договор первого поставщика перевода этой суммы "авансом". Но в этой логике не учитывается тот момент, что на практике никто без судебного решения убытки не выплачивает, а судебный процесс может занять от полугода до года с учетом всех инстанций пересмотра. За это время рыночная цена может сотни раз поменяться. К моменту исполнения судебного решения и получения наконец от первого поставщика нужных 500 тыс. руб. рыночная цена на данный товар, которую покупателю надо будет заплатить для исполнения заменяющей сделки, может как вырасти еще и опять оставить покупателя без необходимой суммы, так и вовсе упасть, превратив взысканную сумму в неосновательное обогащение. Поэтому считаем, что, даже с точки зрения покупателя, абстрактные убытки не могут успешно выполнять функцию получения недостающего финансирования для покрытия заменяющей сделки *ex ante*. На практике покупатели, расторгнувшие договор, если они действительно все еще заинтересованы в покупке данного товара, не будут ждать целый год исхода судебного дела и получения недостающей суммы по судебному решению, а заключат заменяющую сделку и профинансируют ее из своих или заемных средств сразу. Но тогда покупателю будет доступен нормальный механизм расчета убытков - взыскание реальной ценовой разницы *ex post* (конкретные убытки), и использование вместо него абстрактного механизма расчета просто теряет остатки своей моральной легитимности.

Учитывая сказанное, предлагаю по крайней мере серьезно задуматься над целесообразностью расширения сферы применения института абстрактных убытков, да и вообще о разумности его сохранения в правовом регулировании договора поставки. Если же законодатель все же решит это расширение сферы действия института абстрактных убытков поддержать, то мы бы рекомендовали сдвинуть момент определения рыночной цены на момент нарушения договора и тем самым лишить кредитора стимула затягивать с расторжением и подгадывать наибольший разрыв в уровне цен для взыскания максимального размера убытков.

При этом у нас не вызывает особых возражений возможность использования абстрактного расчета убытков в апелляции к рыночным уровням цен не в качестве самостоятельного способа взыскания убытков, а в качестве средства приблизительного доказывания своих реальных убытков. Как уже отмечалось, суд не должен отказывать во взыскании убытков при недоказанности их точного размера. И, действительно, в ряде случаев доказать точный размер убытков крайне сложно. Например, как банку доказать, что из-за нарушения заемщиком своих обязательств и вынужденного досрочного истребования кредита банк понес упущенную выгоду из-за того, что в силу падения рыночного уровня процента он был вынужден разместить возвращенные заемщиком средства под более низкую ставку? Доказать, что именно данные средства были предоставлены другому заемщику почти невозможно. Соответственно, вполне естественно, что банк будет вынужден ссылаться при доказывании своих убытков на среднюю ставку процента. Этого абстрактного расчета должно быть достаточно, чтобы, как минимум, перенести бремя доказывания обратного на заемщика. В такого рода случаях, когда строгое доказывание причинно-следственной связи между нарушением и возникновением убытков и размера последних фактически заблокировано или

крайне затруднено, использование абстрактного расчета может быть признано допустимым и неизбежным. Но тут мы имеем дело с вопросом доказывания, а не отдельным, самостоятельным видом убытков. В первом случае ответчик может опровергнуть этот абстрактный расчет, предоставив доказательства того, что в реальности кредитор не понес таких убытков (например, заемщик может доказать, что банк выдавал в тот период кредиты под ставку более низкую, чем рыночная). Если же рассматривать взыскание абстрактной разницы в качестве самостоятельного вида убытков контраргументы должника такого рода должны игнорироваться.

В тех же случаях, когда доказывание конкретной разницы между ценой расторгнутого договора и ценой заменяющей сделки и соответственно прямой причинно-следственной связи между нарушением и возникающими убытками не представляет особой сложности, нам просто непонятно, почему кредитор может вместо ее доказывания требовать с нарушителя некой абстрактно определенной компенсации.

##### **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).**

Российское гражданское законодательство допускают крайне широкую свободу договора в вопросе определения оснований и объема ответственности. Ст.400 ГК допускает по коммерческим договорам установления сколь угодно низких пределов взыскания убытков. Одновременно закон разрешает согласование сколь угодно низкой исключительной неустойки, ограничивающей иск кредитора взысканием некой, даже часто символической суммы неустойки. При этом ст.15 ГК в силу своей диспозитивности самостоятельное определение сторонами, какие убытки могут быть взысканы за нарушение договора (например, исключение упущенной выгоды). Наконец, ст.401 ГК в силу диспозитивности п.3 данной статьи разрешает коммерсантам как договориться о том, что они будут отвечать на началах вины, так и предусмотреть любые дополнительные к критерию непреодолимой силы основания освобождения от ответственности (кроме освобождения от ответственности за умышленные нарушения).

В целом мы не считаем, что все эти проявления свободы договора должны быть заблокированы. Стороны должны иметь значительную свободу в распределении рисков. Но не может не настораживать, что само значение понятия обязательства по сути девальвируется в тех случаях, когда договорная ответственность носит лишь символический характер. На это нам могут возразить, что из обязательства вытекает право кредитора не только на взыскание убытков, но и на присуждение к исполнению в натуре, а это означает, что юридическая сила обязательства полностью не дезавуируется. И это, действительно, так. Но тут надо признать, что иск об исполнении в натуре далеко не всегда допустим *de lege ferenda* (например, иск об обязанности исполнителя оказать услугу, требующую вовлечения в процесс исполнения личных навыков и творческих сил) или допускается российскими судами (например, иск об обязанности внести предоплату или выдать обещанный кредит), а во многих случаях, хотя и допустим, но крайне неэффективен в силу отсутствия на настоящий момент адекватных механизмов исполнения таких решений. Так что, как минимум, в подобных случаях исключение риска уплатить убытки в случае нарушения или минимизации этого риска за счет установления крайне низкого или даже символического порога ответственности, по сути, лишает договорное обязательство судебной защиты и превращает его в натуральное. Вопрос о том, допустимо ли договором создавать натуральные обязательства без специального указания на то в законе, крайне интересен. Я со своей стороны не уверен в том, что это само по себе должно быть запрещено.

В то же время очевидно, что включение в договор подобного рода оговорок может быть следствием явного злоупотребления переговальной властью. И в таких случаях появляются, действительно, серьезные основания размышлять об ограничении свободы договора. Как минимум, когда речь идет о потребительских договорах, при заключении которых имеется колоссальная асимметрия информации (потребители просто не читают большинство договоров, которые они

заклучают) и асимметрия профессионализма и рациональности (даже если они и читают условия, то далеко не всегда способны понять их смысл и учесть соответствующие риски при принятии решения о заключении договора). Потребители обладают достаточно ограниченной рациональностью с точки зрения оценки юридических и финансовых рисков и склонны к сверхоптимизму. Последнее проявляется особенно ярко тогда, когда речь идет об оценке периферийных, юридических условий договора (так называемого *fineprint* или *boilerplate terms*). Условия об освобождении от ответственности или ограничении оной рассчитаны на применение на случай нарушения договора. Но потребители, склонные к сверхоптимизму (переоценке вероятности благополучного исхода любой ситуации и недооценки риска столкнуться с исходом неблагоприятным), зачастую просто паталогически недооценивают риски и значение соответствующих условий договора.<sup>18</sup>

Соответственно, вполне естественно, что договорное право большинства стран реагирует на проблему ограниченной рациональности и практику заключения договоров без прочтения его условий введением императивных ограничений свободы потребительского договора. Эти ограничения, как правило, не касаются центральных условий договора (например, предмета сделки и ее цены), но концентрируются на периферийных условиях договора и особенно условиях, регулирующих права и обязанности сторон на случай нарушения договора. Условия об ограничении или освобождении от ответственности здесь оказываются в центре данной императивной линии.

При этом право либо запрещает те или иные условия потребительских договоров *ex ante*, либо дает судам широкую компетенцию по *ex post* контролю их справедливости с учетом конкретных обстоятельств (обстоятельств заключения договора, природы договора и всего содержания договора в целом и т.п.).

Наше право знает ряд *ex ante* запретов на такие условия применительно к потребительским договорам (например, запрет на согласование пределов взыскания убытков по ст.400 ГК). В остальных случаях по идее должен действовать механизм *ex post* контроля в форме применения ст.10 ГК, ст.428 ГК или ст.16 Закона о защите прав потребителя, которая интерпретируется судами как универсальный запрет на включение в потребительский договор любых явно несправедливых по отношению к потребителю условий.

Сейчас практика применения этих статей для блокирования таких условий не очень значительна. Причиной тому не столь большое распространение таких условий в договорной практике. Но по мере того, как суды начнут все чаще взыскивать убытки, практика включения таких условий в договор будет постепенно расширяться, и вскоре вопрос о пределах свободы договора применительно таких условий станет предметом крайне пристального внимания ученых и судов. Так, например, в Европе свобода сторон на согласование условий об ограничении и исключении ответственности находится в центре очень жарких научных споров вот уже полвека.<sup>19</sup> В Англии этой теме был посвящен даже специальный закон, принятый в 1970-х годах.

В то же время я бы был куда более осторожен в выводах о наличии столь же серьезных оснований для ограничения свободы сторон в согласовании таких условий применительно к сугубо коммерческим договорам. Фактор ограниченной рациональности здесь либо отсутствует, либо не заслуживает особой реакции со стороны права (последнее не должно защищать коммерсанта от собственной глупости и некомпетентности). Достаточно ли одного фактора неравенства переговорных возможностей (например, при контрактировании с монополистом или при осуществлении госзакупок), чтобы оправдать патерналистское ограничение свободы договора? Вопрос этот крайне сложен. Я не исключаю, что в некоторых подобных случаях ограничения могут быть оправданы. Следует признать, что для этого очень немного экономических резонов. Но фактор несправедливости может быть настолько сильно выражен, что этой этической подоплеки может оказаться достаточно. В то же время, подобного рода ограничения в контексте сугубо коммерческих контрактов должны быть редким исключением и обоснованы какими-то исключительными обстоятельствами (например, полного исключения ответственности государственного заказчика

<sup>18</sup> Подробнее об этом см.: Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы. Том 1. М., 2012

<sup>19</sup> Хороший обзор компаративного материала по данному вопросу в контексте французского права см.: Ширвиндт А.М. Соглашения об ответственности за нарушение обязательства во французском праве. // Вестник гражданского права, 2013, №3

при крайне жесткой ответственности подрядчика без какого-либо рационального обоснования такого вопиющего неравенства). Иначе говоря, порог несправедливости, достижение которого содержанием договорных условий об ответственности может оправдать вмешательство патерналистских императивных *ex ante* запретов или патерналистского же вмешательства судов в формате *ex post* контроля, в отношении сугубо коммерческих (b2b) договоров должен быть намного выше, чем тот же порог в отношении договоров потребительских (b2c). Презумпция свободы договора в b2b контрактах намного более прочная, чем та же презумпция в контрактах.

**6. Проблема применения нормы ст.404 ГК о митигации убытков кредитором (уменьшение судом суммы взыскиваемых убытков при непринятии кредитором разумных мер к их уменьшению, а также содействовал их увеличению)**

Проблема эта очень интересная. Как определить разумность мер по минимизации своих убытков? Должны ли возмещаться расходы на принятие этих мер? И почему вообще кредитор должен предпринимать какие-то усилия к минимизации размера своих убытков, вместо того, чтобы просто их понести и потом требовать полного возмещения с нарушителя? Дать ответ на эти вопросы можно как с позиции теории справедливости, так и на основе сугубо экономических аргументов. Но я и так уже написал достаточно много, чтобы злоупотреблять временем читателя. Кроме того, специальных исследований на сей счет я не проводил. Так что оставляю данный вопрос на откуп другим участникам круглого стола.