

ПРАВО ГОСУДАРСТВО ЭКОНОМИКА

К юбилею профессора В.Г. Голубцова



вышестоящего должностного лица, заменяющего незаконный правоприменительный акт, как минимум по сроку совершения возложенной обязанности: решение суда, принятое в порядке административного судопроизводства, обретет свойство обязательности и исполнимости после его вступления в законную силу, в то время как решение вышестоящего должностного лица будет обязательно сразу с момента принятия.

2. Принимая новое решение, вышестоящее должностное лицо вправе индивидуализировать обязанность подчиненного ему должностного лица применительно к способу и порядку восстановления прав заявителя, в том числе путем указания на возложение обязанности по устранению допущенных нарушений на другого должностного лица, к примеру, более опытного.

3. Решение вышестоящего должностного лица способно преодолеть любого рода правомерное усмотрение (положенное в основу обжалуемого решения, действия или бездействия) без риска нарушения компетенции органа исполнительной власти. В таком случае требуется разработка правового механизма, позволяющего заявителю представить аргументацию и доказательства, касающиеся нецелесообразности, несоразмерности, незаконности и (или) необоснованности ненормативного правового акта, выступающего объектом обжалования.

Подводя итог отмеченным преимуществам, нельзя не отметить, что требуется более детальная и стандартизированная процедура осуществления административной формы защиты прав, свобод и законных интересов. Ранее подобная идея выдвигалась на страницах научной печати, где предлагались некоторые варианты определения общего административного регламента¹. В поддержку таких предложений обратим внимание на то, что в Федеральном законе от 02.05.2006 № 59-ФЗ «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации» предусмотрен порядок рассмотрения первичных обращений, но отсутствует единый алгоритм обжалования отрицательных для заявителя решений. Нормативные правовые акты, регулирующие предоставление государственных и муниципальных услуг, описывают порядок обжалования применительно к той области правоотношений, которую регулирует соответствующий источник права. При этом нигде

¹ См.: Соловей Ю. Подлежит ли судебной проверке целесообразность дискреционного административного акта? // Ежегодник публичного права. 2017. С. 98; Давыдов К. В. Проект федерального закона «Об административных процедурах и административных актах в Российской Федерации» // Вестник Университета имени О. Е. Куфаина (МГЮА). 2016. № 5 (21). С. 57–91.

не указан общий порядок, касающийся, в частности, сроков подачи жалобы, порядка ее рассмотрения (по документам или посредством проведения приема у должностного лица), возможности представлять дополнительные доказательства исходя из оснований первичного отказа. Между тем такие нормы были бы гарантией административной формы защиты права.

§ 11. Восстановительная функция гражданского права при возмещении предпринимателям потерь, возникших в случае наступления определенных в договоре обстоятельств

Гражданский кодекс РФ, некогда названный советником трех президентов России В. Ф. Яковлевым и другими современными классиками цивилистики «экономической конституцией»¹, в первом же пункте первой статьи провозглашает необходимость восстановления нарушенных прав в качестве одного из основных постулатов гражданского законодательства. Это обстоятельство видится неслучайным: нормальное функционирование гражданского оборота должно зиждиться на уверенности его участников в том, что в случае нарушения их прав и интересов в их «арсенале» будут иметься простые, но эффективные правовые инструменты восстановления имущественного положения.

Указанное предопределяет относительное обособление восстановительной функции гражданского права, под содержанием которой мы понимаем направление правового воздействия, цель которого — восстановить права и имущественное положение лица, привести их в то состояние, в котором бы они находились, если бы его право не было нарушено.

Как известно, универсальным способом защиты и восстановления имущественного положения является возмещение убытков. Так, «экономическая конституция» содержит более 250 упоминаний о возможности применения данного способа защиты. Между тем «общий

¹ См.: Яковлев В. Ф. Гражданский кодекс и государство (Доклад на научно-практической конференции, посвященной пятилетию Исследовательского центра частного права (13–14 марта 1997 г.)) // Яковлев В. Ф. Избранные труды. Т. 2: Гражданское право: История и современность. Кн. 1. М.: Статут, 2012. С. 625–632. См. также: Алексеев С. С. Гражданский кодекс. Заметки из истории подготовки проекта. Замечания о содержании кодекса, его значении и судьбе // Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика: сб. памяти С. А. Хохлова / отв. ред. А. Л. Маковский. М., 1998. С. 21–42; Алексеев С. С., Крашенинников П. В. Экономическая конституция // Независимая газета. 27.07.2000; Баренбойм П. Д., Мозолин В. П. Гражданский кодекс как «экономическая Конституция страны»? // Законодательство и экономика. 2009. № 4. С. 5–8.

удельный вес» такого способа защиты в исковом производстве, как указывается в юридической литературе и подтверждается судебной статистикой, традиционно составляет от 3 до 5% от общего количества исков о неисполнении обязательств¹. Такая весьма безрадостная картина объясняется сложившимся в судебной практике подходом к возмещению убытков: доказать их размер, причинно-следственную связь, а порой и само их наличие представляет известные трудности — исторически суды формировали высокий стандарт доказывания по данной категории дел.

Некоторые «послабления» в данной сфере были сделаны ВАС РФ в 2011 г.², а также проявляются в последние годы, когда невозможность определения точного размера убытков перестает служить основанием для отказа в исках об их возмещении. Также на системном уровне укореняется практика применения абстрактного и конкретного методов исчисления убытков. В то же время констатировать существенное изменение отношения к данному способу защиты в настоящий момент не приходится: участники оборота все так же с недоверием относятся к возмещению убытков — иски об их возмещении подаются скорее «на удачу», нежели с разумным ожиданием предсказуемого результата.

Верховный Суд РФ следующим образом отразил указанную проблему и некоторые пути ее «обхода» (два из которых — возмещение потерь и заранее оцененные убытки — берут свое начало в английском праве) в определении от 13.04.2023 № 307-ЭС22-18849 по делу № А56-32857/2021: «Принимая во внимание объективную сложность доказывания убытков, с учетом принципа свободы договора (п. 1 ст. 1, п. 1 ст. 421 ГК РФ) участники экономического оборота вправе, в том числе заранее, согласовать денежную сумму, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства (п. 1 ст. 330 ГК РФ), заключить соглашение о возмещении потерь, вызванных обстоятельством, которое может и не зависеть от поведения должника (ст. 406¹ ГК РФ), а также договориться об иных особенностях привлечения к гражданско-правовой ответственности, например, заранее оценить убытки

¹ См.: Фогельсон Ю. Б. Практика взыскания договорных убытков // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. № 11. С. 68, 69; Попондопуло В. Ф. Ответственность за нарушение обязательств: общая характеристика и проблемы // Ленинградский юридический журнал. 2010. № 1. С. 79—101.

² См.: постановление Президиума ВАС РФ от 06.09.2011 № 2929/11 по делу № А56-44387/2006.

на случай вероятного нарушения того или иного обязательства одной из сторон, установив своим соглашением способ определения размера убытков (ст. 15 ГК РФ)».

Иной подход к возмещению убытков и определению природы данного института сложился в англосаксонском праве. Не имея цели углубляться в данный вопрос, обозначим лишь в качестве примера, что в английском праве выделяются по различным основаниям около четырех десятков видов убытков, среди которых так называемые убытки повторные (*continuing damage*), тройные (*treble damage*), закономерные (*general damage*), отдаленные (*remote damage*), точные (*pecuniary damage*), побочные (*incidental damage*) и др.

Несмотря на такой более дифференцированный подход к содержанию института убытков, в том же английском праве еще в 1677 г.¹ появляется новый институт *indemnity*, главной задачей которого в связке с принципом свободы договора становится перераспределение рисков на основании соглашения сторон.

Примечательно, что в статутном праве Англии и Уэльса за четверть тысячелетия так и не появилось легальное определение *indemnity*. Восполнение этого условного пробела цивилистической доктриной и судебной практикой нам видится неслучайной: с одной стороны, многообразие разновидностей *indemnity* обусловлено конкретными потребностями участников гражданского оборота и их переговорными возможностями, с другой стороны, установить универсальное нормативное определение *indemnity* без ограничения его содержания весьма затруднительно. Ведь как мы помним из зарубежной классики, «определить — значит ограничить».

Введение данного института в лоно отечественного гражданского права стало ответом на запрос крупного бизнеса в появлении понятного, простого и в то же время эффективного правового инструмента перераспределения рисков. Отсутствие в России подобного инструмента приводило к тому, что восемь из 10 сделок по слиянию и поглощению крупного бизнеса проводились по английскому праву². Законодательное же закрепление института возмещения потерь в ГК РФ было

¹ См.: Corbin A. Contracts of Indemnity and the Statute of Frauds // Harvard Law Review. 1928. Vol. 41. № 6. P. 690—692.

² Соответствующую статистику приводит в своем исследовании И. Г. Степанян (см.: Степанян И. Г. Заверения, гарантии, обязательства по возмещению потерь (*indemnity*), опцион и эскроу по праву России, США, Англии в трансграничных коммерческих договорах: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2020. С. 3, 4).

необходимо не только с позиции предоставления бизнесу подобного инструментария, но и как минимум с точки зрения снятия рисков непринятия со стороны суда договорных условий о возмещении потерь (через ссылку на непосредственное действие принципа свободы договора)¹.

Обратим внимание, что в отличие от английского права в России данный правовой инструмент «стал доступен» только хозяйствующим субъектам. Также в ходе обсуждений поправок в гражданское законодательство было принято предложение о распространении правил ст. 406¹ ГК РФ на корпоративные отношения, стороной которого является гражданин. Ровно через год после введения ст. 406¹ ГК РФ ВС РФ дополнительно указал, что права и обязанности по возмещению потерь переходят к лицу, не осуществляющему предпринимательскую деятельность, как при универсальном, так и при сингулярном правопреемстве, если иное не установлено законом или договором (ст. 387, 388, 391, 392³ ГК РФ), также эти права и обязанности сохраняются при утрате гражданином статуса ИП, если иное не предусмотрено законом или договором².

Введение аналога английского договорного права российское юридическое сообщество восприняло неоднозначно: преимущественно за него ратовали практикующие юристы, однако со стороны доктрины в отношении внедрения института возмещения потерь, как и всего нового, небезосновательно присутствовал (и присутствует по сей день) некоторый скепсис.

Но как бы то ни было, за неполный десяток лет существования рассматриваемого института арбитражными судами первой инстанции принято более 900 решений по спорам о возмещении потерь по правилам ст. 406¹ ГК РФ, 500 постановлений апелляционных инстанций и 230 постановлений кассации. Верховный Суд РФ, в свою очередь, рассмотрел 16 кассационных жалоб по вопросам применения ст. 406¹ ГК РФ. При этом стоит отметить, что отечественным судам доводилось рассматривать споры о действительности условий о возмещении потерь по договорам, заключенным до появления в ГК РФ статьи о возмещении потерь, по результатам которых судебные инстанции признавали такие условия договоров действительными.

¹ См.: *Каранетов А. Г.* Условие о возмещении потерь: комментарий к статье 406¹ ГК РФ // *Вестник экономического правосудия РФ*. 2016. № 5. С. 86.

² См. п. 17 постановления Пленума ВС РФ от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств».

В частности, примером может служить постановление Арбитражного суда Уральского округа от 29.11.2018 по делу № А60-70011/2017, где было отмечено, что «в период до вступления в силу указанной нормы между сторонами было заключено и действовало соглашение о возмещении потерь, которое не было прямо предусмотрено законом, но было заключено сторонами в установленном порядке, требованиям действующего законодательства не противоречило, исполнялось сторонами и фактически представляло собой договор, непоименованный в редакции закона, действовавшей в спорный период, заключенный сторонами, в порядке статьи 421 ГК РФ».

Иными словами, у участников гражданского оборота имелась возможность применения данного института распределения рисков и до 2015 г. в силу прямого действия принципа свободы договора. Однако в то же время такая возможность ими редко использовалась, как видится, по причине наличия рисков непринятия данной конструкции со стороны суда: рисковый характер предпринимательской деятельности касается извлечения прибыли, но не вопросов защиты прав и интересов хозяйствующих субъектов в суде — в этом деле предприниматели как никто иной заинтересованы в надежном, понятном и эффективном правовом инструменте восстановления своего имущественного положения.

Закрепляя, развивая и планомерно усиливая восстановительную функцию гражданского права, отечественный законодатель стремится, как полагаем, с одной стороны, предоставлять гражданскому обороту правовые средства, отвечающие его запросам и ожиданиям, с другой — закрепить в законодательстве те нормы, которые уже сформированы оборотом и воспринимаются как должное в силу традиций и действия принципов диспозитивности и свободы договора. Такая тенденция прослеживается и в Концепции развития гражданского законодательства, в рамках которой обсуждалось восприятие отечественным правом институтов из стран, история развития капитализма в которых насчитывает более четырех веков.

Как известно, «право — это воля господствующего класса», который стремится закрепить в законе те инструменты, которые будут в максимальной мере защищать его интересы. В капиталистической системе отношений интересам сторон соответствует как минимум сохранение существующего имущественного положения, а как максимум — сохранение той прибыли, ради которой стороны вступают в договорные отношения.

Институт возмещения потерь представляет собой яркий пример правового инструмента, через который напрямую реализуется восстановительная функция гражданского права и который, в свою очередь, обеспечивает интерес (снимает риск) предпринимателя в сделке, где имеется возможность предъявления со стороны третьих лиц требований по договору, не связанных с его нарушением.

В то же время восстановительная функция в данном случае может быть ограничена самими сторонами соглашения: вслед за английским правом отечественный законодатель закрепил в п. 1 ст. 406¹ ГК РФ императивную норму о том, что предприниматели должны определить размер возмещения или порядок его определения. Отечественная судебная практика изобилует следующими формулировками пределов возмещения: «любые потери», «равные оставшейся сумме неоплаченных лизинговых платежей», «затраты по демонтажу недвижимого имущества и судебные расходы, связанные с рассмотрением дела о сносе самовольной постройки», «подтвержденные вступившими в законную силу судебными актами, вызванные предъявлением в течение трех лет с момента заключения договора третьими лицами, в том числе органами государственной власти, требований к покупателю и / или юридическим лицам приобретаемого бизнеса, основанных на обстоятельствах, возникших до заключения договора», «отраженных в решениях налоговых органов, в размере сумм НДС, в возмещении которого покупателю отказано», «составляющих размер НДС за II квартал года заключения сделки и пеней по НДС», «путем уменьшения размера постоянной части арендной платы на 20% от установленного размера со дня приостановления государственной регистрации до дня возобновления регистрации», «требования, основанные на выплатах по претензиям ООО «Третий» и ПАО «Второй», возникшим в гарантийный период», «суммы, указанные в требованиях органов власти, предъявленных к покупателю или к третьему лицу, прямо или косвенно приобретшему товар (работу, услугу) по цепочке взаимоотношений с покупателем» и др.

Как видим, предприниматели достаточно избирательно подходят к формулировкам, ограничивая размер возмещаемых потерь определенным периодом; основаниями возникновения возмещаемых требований; конкретными лицами, которые могут предъявить требования; требованиями, подтвержденными судебными актами; материальными и процессуальными основаниями и т.д. В то же время стороны нередко расширяют круг лиц, кому может быть осуществлено возмещение потерь; как справедливо отмечает А. В. Габов, в настоящее время это

нередко связано с деятельностью организаций, входящих в группу компаний, с общегрупповым интересом¹.

Указанное свидетельствует о предоставлении отечественным предпринимателям поистине гибкого и востребованного на практике правового механизма реализации восстановительной функции гражданского права, с помощью которого стороны могут как достаточно обширно, так и точно снять разнообразные риски хозяйственной деятельности.

Обращает на себя внимание и термин «потери», который служит формой, наполнение которой определяют сами стороны. Данное содержание, как верно указывает И. В. Климов, является результатом переговорного процесса. Интересы кредитора сводятся к расширению содержания потерь, а интересы должника — к их сужению². В связи с этим рассматриваемое понятие не стоит относить к разряду оценочных, исследование которых в России, как справедливо указывает В. Г. Голубцов, «вышло по сути на уровень научной традиции»³. Исключение составляет, пожалуй, единственный случай: когда стороны в своем соглашении определили, что кредитору возмещаются «любые потери».

Важно в данной связи также отметить позицию ВС РФ, отраженную в определении от 14.11.2023 № 305-ЭС23-11168 по делу № А40-101929/2022: норма ст. 406¹ ГК РФ не допускает возмещения потерь в произвольном размере, поскольку не освобождает кредитора от предоставления доказательств возникновения потерь и разумности избранного сторонами алгоритма к определению их размера.

В то же время ограничение сторонами соглашения о возмещении потерь действия восстановительной функции гражданского права не означает исключение возможности ее реализации, «восполнения» при помощи других институтов гражданского права, связанных как с нарушением обязательств (возмещение убытков, неустойка), так и с его исполнением или прекращением (например, плата за односторонний отказ от договора). В связи с этим А. А. Хантимирова делает важное замечание, что «в силу существенных различий в правовой

¹ Подробнее см.: Габов А. В. Экономическая зависимость юридических лиц: отдельные размышления о развитии института // Гражданское право. 2022. № 3. С. 11–21.

² См.: Климов И. В. Договорное возмещение потерь по праву Англии и Уэльса и праву России: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2024. С. 41.

³ Голубцов В. Г. Оценочные понятия в российских кодификациях гражданского права // Lex Russica. 2019. № 8. С. 38.

природе убытков и имущественных потерь следует констатировать, что нормы ГК РФ, образующие принцип полного возмещения убытков, могут напрямую применяться к отношениям по возмещению потерь лишь в субсидиарном порядке»¹.

Данная позиция подтверждается и судебной практикой.

В частности, ВС РФ в определении от 13.04.2023 № 307-ЭС22-18849 по делу № А56-32857/2021 указал, что, во-первых, возмещение потерь по правилам ст. 406¹ ГК РФ не исключает возможности в последующем предъявления иска о взыскании убытков и, во-вторых, не исключает необходимости установления реального размера убытков при возмещении последних в полном объеме.

О сугубо восстановительной природе рассматриваемого института и, соответственно, реализации восстановительной функции гражданского права при возмещении потерь по правилам ст. 406¹ ГК РФ свидетельствует правило, установленное в п. 2 указанной статьи, согласно которому закон запрещает уменьшать размер возмещаемых потерь, за исключением случаев умышленного содействия стороной увеличению размера таких потерь (бремя доказывания этого факта ложится на должника). Дополнительно к этому судебной практикой выработан подход со ссылками на п. 4 ст. 1 и п. 2 ст. 10 ГК РФ, согласно которому обстоятельство, с которым связывается возникновение права на возмещение потерь, считается ненаступившим, если будет доказано, что сторона, в пользу которой должно быть осуществлено возмещение, недобросовестно содействовала наступлению этого обстоятельства². При этом, возвращаясь к положению п. 2 ст. 406¹ ГК РФ, стоит согласиться с мнением И. В. Климова, полагающим, что законодатель в данном случае закрепил презумпцию отсутствия умышленного увеличения размера потерь со стороны кредитора³.

¹ Хантимирова А. А. Принцип точной защиты в контексте возмещения потерь на основании ст. 406.1 ГК РФ // Вестник арбитражной практики. 2023. № 6. С. 95–101.

² См. п. 15 постановления Пленума ВС РФ от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств».

О концепциях субъективной добросовестности в законодательстве и доктрине см. подробнее: Голубцов В. Г. Субъективная добросовестность в структуре общего понятия добросовестности // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2019. Вып. 45. С. 494–499.

³ См.: Климов И. В. Указ. соч. С. 131.

Восстановительная природа института возмещения потерь прослеживается и через призму концепции (принципа) «точной защиты» (*exact protection*), разработанной в английской цивилистической доктрине¹ и обсуждаемой на страницах отечественной юридической литературы². Ее содержание сводится к тому, что кредитор как лицо, в пользу которого предоставлена гарантия возмещения потерь, не должен, с одной стороны, получить возмещение не в полном объеме, с другой – получить так называемую сверхкомпенсацию («избыточную компенсацию»), т.е. оказаться в ситуации, когда возмещение через меру покрывает его потери.

В связи с этим И. В. Климов в своем диссертационном исследовании указывает, что недопустимость неосновательного обогащения (*unjust enrichment*) при конструировании сторонами модели возмещения потерь по английскому договорному праву служит чуть ли не единственным ограничением, которое надлежит соблюдать под риском признания таких условий противоречащими публичному порядку (*unenforceable as contrary to public policy*) и в силу этого невозможности их принудительного исполнения³.

В лоне отечественного гражданского права данный аспект восстановительной природы института возмещения потерь можно реализовать, как было справедливо замечено ранее А. А. Хантимировой, посредством возможности применения к данным отношениям принципа полного возмещения убытков. В этом случае восстановительная функция института проявлялась бы в отношении интересов как кредитора (предоставление права на последующую подачу иска о возмещении убытков), так и должника (ограждение его от сверхкомпенсации посредством предъявления иска о неосновательном обогащении).

Резюмируя краткий анализ восстановительной природы института возмещения потерь, с 2015 г. закрепленного в ст. 406¹ ГК РФ, следует признать, что появление такого инструмента перераспределения предпринимательских рисков стало результатом «обратной связи» законодателя на запрос крупного бизнеса. В настоящее время возмещение потерь активно используется хозяйствующими субъектами в корпоративных отношениях (акционерные соглашения, продажа акций и долей в уставном капитале), а также в отношениях, вытекаю-

¹ Климов И. В. Указ. соч. С. 39.

² См.: Хантимирова А. А. Принцип точной защиты в контексте возмещения потерь на основании ст. 406.1 ГК РФ // Вестник арбитражной практики. 2023. № 6. С. 95–101.

³ См.: Климов И. В. Указ. соч. С. 42, 43.

щих из договора лизинга, поставки, перевозки грузов. Имеется и реализуется также возможность возмещения потерь в рамках исполнения мировых соглашений.

Появление института возмещения потерь в отечественном гражданском праве расширило правовой инструментарий реализации восстановительной функции гражданского права, а соответствующая судебная практика обозначила тенденцию усиления восстановительных начал гражданского права в условиях развития рыночной экономики России и современных вызовов.

ИЗБРАННАЯ БИБЛИОГРАФИЯ ВАЛЕРИЯ ГЕННАДЬЕВИЧА ГОЛУБЦОВА

I. Диссертационные исследования

1. Голубцов В. Г. Публичные и частные начала в гражданско-правовом регулировании отношений государственной собственности: дис. ... канд. юрид. наук. Пермь, 1999. 203 с.
2. Голубцов В. Г. Участие Российской Федерации в имущественных отношениях, регулируемых гражданским законодательством: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2008. 411 с.

II. Учебники, монографии, комментарии

1. Гражданское право: в 2 т. / под ред. В. П. Камышанского. Т. 1. М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2024. 447 с. (глава «Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, муниципальные образования как субъекты гражданских прав»).
2. Гражданское право: в 2 т. / под ред. В. П. Камышанского. Т. 2. М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2024. 895 с. (глава «Рента и пожизненное содержание с иждивением»).
3. Предпринимательское право: учебник / отв. ред. В. Г. Голубцов. 2 изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2023. 482 с.
4. Комментарии к избранным судебным актам Суда по интеллектуальным правам // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2023. Вып. 2 (40). С. 8–48.
5. Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (научно-практический, постатейный): памяти Вениамина Федоровича Яковлева посвящается: в 2 т. Т. 2. М.: Статут, 2022 (гл. 25).
6. Формирование и развитие отраслей права в исторической и современной правовой реальности России: в 12 т. / А. А. Демичев, Р. Л. Хачатуров, Д. Х. Валеев [и др.]. М.: Юрлитинформ, 2022. 512 с. (Серия «Теория и история государства и права». Том IX «Гражданское процессуальное право в системе отраслей российского права»).
7. Предпринимательское право: учебник / отв. ред. д-р юрид. наук, проф. В. Г. Голубцов. М.: Статут, 2021. 444 с.