

Федеральное государственное бюджетное
образовательное учреждение высшего образования
**«Российская академия народного хозяйства и государственной службы при
Президенте Российской Федерации»**

На правах рукописи



Сятчихин Александр Валентинович

**ЗАРАНЕЕ ОЦЕНЕННЫЕ УБЫТКИ
В РОССИЙСКОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ**

12.00.03 – Гражданское право; предпринимательское право;
семейное право; международное частное право

ДИССЕРТАЦИЯ

на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Научный руководитель:

доктор юридических наук, профессор
Голубцов Валерий Геннадьевич

Москва – 2017

Оглавление

Оглавление	2
Введение	3
Глава 1. ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ ПОЗНАНИЯ ФЕНОМЕНА ЗАРАНЕЕ ОЦЕНЕННЫХ УБЫТКОВ.....	17
1.1. История развития цивилистических представлений о заранее оцененных убытках	17
1.2. Подходы к закреплению норм о заранее оцененных убытках в странах общего и континентального права	43
1.3. Правовая природа, понятие и признаки заранее оцененных убытков ...	69
Глава 2. ЗАРАНЕЕ ОЦЕНЕННЫЕ УБЫТКИ И СМЕЖНЫЕ ГРАЖДАНСКО- ПРАВОВЫЕ ЯВЛЕНИЯ	101
2.1. Заранее оцененные убытки как вид убытков	101
2.2. Заранее оцененные убытки и отдельные виды компенсаций, предусмотренные гражданским законодательством РФ	130
2.3. Заранее оцененные убытки и институт возмещения потерь	160
2.4. Заранее оцененные убытки и неустойка	189
Заключение	217
Список литературы	224

Введение

Актуальность темы диссертационного исследования определяется рядом как теоретических, так и практических проблем, возникающих при возмещении заранее оцененных убытков, изучении данного гражданско-правового феномена и толковании его понятия в цивилистической науке. При этом своевременность диссертационного исследования обусловлена несколькими аспектами.

Социально-экономический аспект. Смена базовых экономических отношений и постепенное укрепление рыночных связей под воздействием интеграции национальной экономики в международный торговый оборот ставят перед законодателем приоритетную задачу выработки эффективных механизмов восстановления имущественного положения сторон, не допускающих их разорения и содействующих стабилизации отношений собственности. Подобного рода механизмы разрабатывались еще в дореволюционное время с учетом историко-правовых особенностей России и, в немалой степени, современного состояния континентального права. В то же время было бы опрометчиво разрабатывать предложения по совершенствованию гражданского законодательства без оглядки на опыт стран общего права, поскольку такой подход позволяет шире взглянуть на существующую проблему убытков, процедура возмещения которых на сегодняшний день не мирится с высокой динамичностью хозяйственного оборота и мобильности его субъектов. Рыночная экономика нового времени требует наличия эффективных и, главное, оперативных, способов восстановления имущественного положения участников оборота.

Представляется, что использование в отечественном праве известных правопорядкам стран преимущественно общего права и широко применяемых в международной торговле заранее оцененных убытков будет способствовать разрешению поставленной задачи, а зарубежный и международный опыт – стать одним из источников развития отечественного гражданского законодательства в области защиты прав и интересов профессиональных участников гражданского оборота. Так, применение договорных убытков может способствовать

процессуальной экономии, освобождая суд и лиц, участвующих в деле, от трудоемкой процедуры доказывания убытков, и одновременно достигать главной цели возмещения убытков – восстановления положения кредитора до состояния, в котором он находился бы, если бы обязательство было исполнено надлежащим образом.

Социально-политический аспект. Переходная стадия развития отечественной экономики, к сожалению, характеризуется отсутствием устоявшейся в обществе установки на соблюдение договорной дисциплины и, как следствие, частыми нарушениями контрагентами своих обязательств. Нередко при этом нарушение обязательства обуславливается экономической целесообразностью, поскольку существующие меры гражданско-правовой ответственности не всегда способствуют восстановлению имущественного положения кредитора в полном объеме.

Представляется, что применение заранее оцененных убытков позволит не только укрепить договорную дисциплину среди профессиональных участников гражданского оборота, но и повысить «экономическую эффективность» исполнения обязательства. Более того, нормы о заранее оцененных убытках является традиционным атрибутом правопорядков экономически развитых стран (США, Великобритании, Германии).

Доктринальный аспект. До настоящего времени заранее оцененные убытки не являлись объектом отдельного научного исследования. В отечественной доктрине освещались лишь отдельные вопросы практического применения этого вида договорных убытков, заимствованного из англосаксонского права, проблемы классификаций условий договора о заранее оцененных убытках и их соотношения с иными мерами гражданско-правовой ответственности. Сказанное позволяет сделать вывод, что сегодня назрела насущная необходимость в разработке и апробации концепции заранее оцененных убытков путем теоретического осмысления отечественного и зарубежного опыта их применения, определения места в понятийном аппарате гражданского права, а также отграничения от смежных гражданско-правовых явлений.

Правотворческий аспект. Современное гражданское законодательство не только не содержит запрета на применение договорных механизмов возмещения убытков, но и легально закрепляет нормы о заранее оцененных убытках, вводя институт компенсации за нарушение акционерного соглашения. В то же время недостаточность правового регулирования препятствует их эффективному применению на практике. В этой связи выработка рекомендаций по совершенствованию гражданского законодательства в указанной части позволит, на наш взгляд, разрешить многие проблемы, возникающие у сторон при взыскании сумм заранее оцененных убытков.

Правоприменительный аспект. Отсутствие достаточной нормативной базы вкупе с нехваткой теоретических исследований феномена заранее оцененных убытков порождает отсутствие единообразной судебной практики рассмотрения споров о возмещении договорных убытков. Наиболее рельефно эта проблема проявляется при разграничении исследуемого явления со взысканием неустойки как меры гражданско-правовой ответственности. В то же время обобщение судебной практики позволяет обозначить новый вектор ее развития: признание правомерности взыскания сумм заранее оцененных убытков и отграничение последних от неустойки. Однако стоит отметить, что такого рода индуктивное накопление положительного опыта разрешения споров страдает существенным недостатком – своей длительностью, поэтому в настоящее время выработка адекватного правового регулирования не может обходиться без посредства науки. В этой связи глубокая теоретическая разработка вопросов применения данной меры гражданско-правовой ответственности представляет особую значимость.

Степень научной разработанности темы. Вопрос возмещения убытков традиционно занимает отдельное место в проблематике отечественного гражданского права. Среди диссертационных исследований последних десятиков лет следует отдельно выделить работы Т.В. Слипачук («Проблемы возмещения убытков как формы экономической ответственности», 1993 г.), А.С. Комарова («Регулирование возмещения убытков при нарушении договора в коммерческом обороте стран с развитой рыночной экономикой и международной торговле

(состояние и тенденции)», 1994 г.), К.В. Нама («Основные направления развития института договорной ответственности в российском гражданском праве», 1998 г.), А.В. Волкова («Возмещение убытков по гражданскому праву России», 2000 г.), С.Л. Дегтярева («Доказывание убытков в арбитражном процессе», 2000 г.), Н.В. Платова («Возмещение убытков в гражданском праве», 2001 г.), О.В. Фомичевой («Принцип полного возмещения убытков и его реализация в российском гражданском праве», 2001 г.), В.С. Евтеева («Возмещение убытков как вид ответственности в коммерческой деятельности», 2002 г.), С.Э. Либановой («Проблемы возмещения убытков в сфере предпринимательства», 2002 г.), И.А. Сушковой («Убытки в структуре ответственности», 2002 г.), В.В. Зайцева («Актуальные проблемы повышения эффективности гражданско-правового регулирования отношений по обеспечению договорных обязательств», 2005 г.), А.В. Мякининой («Ограничение размера возмещаемых убытков в гражданском праве Российской Федерации», 2005 г.), О.И. Кучеровой («Убытки по российскому гражданскому праву», 2006 г.), В.Н. Гузенко («Возмещение убытков, причиненных природным ресурсам как мера гражданской ответственности», 2007 г.), А.В. Томсинова («Договорные убытки в праве Англии и США», 2011 г.), Д.В. Добрачёва («Соотношение гражданско-правовых категорий денежного долга и убытков», 2013 г.) и Д.Р. Канева («Распределение риска случайных убытков в российском гражданском праве», 2013 г.).

В то же время отдельные проблемы возмещения рассматриваемого вида договорных убытков затрагивались лишь в нескольких из указанных работ. Иными словами, в настоящий момент отсутствует специальное исследование заранее оцененных убытков. Между тем самостоятельное значение, которое для цивилистической доктрины, гражданского законодательства и правоприменительной практики имеют заранее оцененные убытки, обуславливает необходимость проведения отдельного исследования, концентрирующего внимание исключительно на них.

Объем, характер, направленность и исторические условия написания имеющихся научных работ не позволяют в полной мере сформулировать

комплексное представление о заранее оцененных убытках, соответствующее современному уровню развития отечественного права. Так, часть работ была написана в советское время – в кардинально иных социально-экономических условиях и на совершенно иной нормативно-правовой основе. Поэтому несмотря на безусловную ценность этих исследований для уяснения генезиса изучаемого явления и выявления исторических тенденций, эти труды в достаточной мере не содержат преимущества в концептуальных подходах, необходимых для формулировки положений цивилистической доктрины нового времени. Современные же исследования феномена заранее оцененных убытков не носят диссертационный характер.

Цели и задачи исследования. Целью настоящей работы выступила выработка концепции заранее оцененных убытков в российском гражданском праве путем раскрытия их понятия, признаков и функций, определения места в системе иных видов убытков и разграничения со смежными гражданско-правовыми явлениями.

Указанная цель обусловила постановку следующих исследовательских задач:

- изучить историю развития цивилистических представлений о заранее оцененных убытках в российском гражданском праве;
- рассмотреть известные подходы к закреплению норм о заранее оцененных убытках в странах общего и континентального права;
- на основе выявленных функций и сформулированных признаков заранее оцененных убытков предложить определение данного понятия;
- определить место заранее оцененных убытков в системе иных видов убытков;
- выявить общее и различное между заранее оцененными убытками и отдельными видами компенсаций, закрепленных в гражданском законодательстве РФ;
- установить соотношение заранее оцененных убытков и института возмещения потерь (в т.ч. индемнити как одной из его форм);
- произвести разграничение заранее оцененных убытков и неустойки.

Объектом исследования выступают гражданско-правовые отношения, складывающиеся в связи с согласованием условий и возмещением заранее

оцененных убытков.

Предмет исследования составили зарубежная и отечественная доктрина гражданского права, ранее действующее и современное российское гражданское законодательство, унифицированные нормы международного частного права, законодательство зарубежных стран, отечественная и, главным образом, зарубежная практика применения заранее оцененных убытков.

Методологическая база исследования. Для достижения цели и решения поставленных задач исследования использован комплекс взаимодополняющих теоретических и эмпирических методов. При этом диалектический метод познания составляет общеметодологическую основу диссертации – с его помощью рассмотрены предмет исследования, а также различные точки зрения относительно природы заранее оцененных убытков, последние исследованы в тесной связи с иными правовыми явлениями, а также практикой применения, в том числе судебной. Также в исследовании имеет место обращение к основным парным категориям диалектики, как, например, единичного и общего (при сравнении функций заранее оцененных убытков и компенсации за нарушение исключительных прав), формы и содержания (при сопоставлении признаков заранее оцененных убытков и компенсации за нарушение условий акционерного соглашения).

Кроме того, используются следующие методы научного познания: исторический (при изучении эволюции цивилистических представлений и норм о заранее оцененных убытках), сравнительно-правовой (при сопоставлении признаков заранее оцененных убытков с признаками смежных правовых явлений, а также при обращении к вопросу восприятия идеи договорных убытков в России, иных странах континентальной и англосаксонской правовых семей), метод системного толкования (при определении места заранее оцененных убытков в системе мер гражданско-правовой ответственности, а также установления связи со смежными правовыми явлениями), структурно-функциональный (при выявлении функций и структурных особенностей понятия заранее оцененных убытков и смежных правовых явлений).

Помимо этого, каждый этап исследования сопровождается обращением к общенаучным методам исследования (анализу, синтезу, индукции, дедукции, системно-структурному методу, абстрагированию и сравнению) и приемам формальной логики.

Теоретическую основу диссертации составляют:

– научные труды дореволюционных, советских и современных цивилистов: М.М. Агаркова, С.С. Алексеева, Б.С. Антимона, А.Г. Архиповой, Д.В. Афанасьева, В.С. Белых, А.Х. Бербеева, М.И. Брагинского, С.Л. Будылина, Е.В. Вавилина, В.В. Васькина, А.В. Венедиктова, В.В. Витрянского, А.В. Волкова, Э.П. Гаврилова, В.Г. Голубцова, Б.М. Гонгало, К.А. Граве, Д.В. Добрачева, А.В. Добровинской, В.С. Евтеева, В.В. Зайцева, Е.А. Зверевой, А.А. Иванова, А.О. Иншаковой, О.С. Иоффе, Е.И. Каминской, А.Г. Карапетова, О.А. Красавчикова, М.П. Крашенинникова, А.С. Кривцова, О.А. Кузнецовой, А.Н. Кучер, С.Э. Либановой, Д.В. Ломакина, Л.А. Лунца, Н.С. Малеина, В.А. Микрюкова, В.П. Мозолина, К.В. Нама, И.Б. Новицкого, В.В. Оробинского, А.С. Пановой, М.Я. Пергамента, Ю.П. Праслова, Б.И. Пугинского, В.К. Райхера, В.П. Реутова, Ю.В. Романца, А.Я. Рыженкова, О.Н. Садикова, Л.В. Санниковой, С.В. Сарбаша, З.Ф. Сафина, В.В. Старженецкого, С.П. Степкина, Л.С. Таля, С.Ю. Филипповой, В.А. Хохлова, М.Ю. Челышева, Г.Ф. Шершеневича, В.Ф. Яковлева, В.С. Якушева и др.

– работы исследователей зарубежного, международного частного права и сравнительного правоведения: В.А. Белова, А. Бэшю, Е.А. Васильева, А.С. Комарова, А.А. Костина, Р.Л. Нарышкиной, А.А. Громова, С.В. Дмитриева, И.А. Зенина, Е.С. Котовой, А.В. Падирякова, Я. Рамберга, А.И. Сапунковой, Е.А. Сегаловой, Д.И. Степанова, И.Г. Степаняна, А.В. Томсинова, В.А. Фогеля, Н. Чумака, А.М. Ширвиндта, Х.-И. Шрамма и др.

– научные публикации зарубежных правоведов: В.А. Ансона, Е. Годэмэ, Р. Иеринга, Х. Коциоля, Bauer R.S., J.R. Nolan, Н. Beale, Cohen F., Corbin A., Courtney W., Dowling Edward C., W. Devroe, Eggleston B., Farnsworth E.A., Fisher D., Le Goff P., A. Hartkamp, Jones J., B. Keirbilck, Knacke J., Knutel R.,

H. Kotz, Lafiura Dennis R., Loveman J.A., McKenna J.F., Miklosich F., Parker. P.L., Sager David S., Sedgwick T.A., Slavich J., Stedman G., Sweigart R.L., D. Tallon, Treitel G.H., Wilks S., Wood M., Zimmermann R. и др.

– философские труды Аристотеля, Г.В.Ф. Гегеля, В.И. Ленина, В.В. Орлова и др.

Нормативная основа исследования представлена источниками международного частного права, нормами российского гражданского законодательства (в частности, Гражданским кодексом РФ, Федеральным законом «Об акционерных обществах»), а также нормами гражданского законодательства стран общего и континентального права (отдельных штатов США, Великобритании, Германии, Франции и др.).

Эмпирическую базу диссертации составили правоприменительные акты, принятые Конституционным судом РФ, Международным коммерческим арбитражным судом при Торгово-промышленной палате РФ, Верховным судом РФ, Высшим арбитражным судом РФ, Федеральным арбитражным судом Волго-Вятского округа, Федеральным арбитражным судом Западно-Сибирского округа, Федеральным арбитражным судом Московского округа, Федеральным арбитражным судом Северо-Кавказского округа, Федеральным арбитражным судом Уральского округа, а также Арбитражными апелляционными судами.

Кроме того, исследование базируется на анализе правоприменительной практики Великобритании, США и Швейцарии.

Научная новизна работы заключается в том, что на базе обширного исторического материала в рамках дореволюционного, советского и современного отечественного гражданского законодательства и практики его применения, сравнительного анализа зарубежного права и судебной практики, а также сопоставления исследуемого феномена со смежными гражданско-правовыми явлениями рассмотрены имеющие место в доктрине, а также возникающие на практике проблемные вопросы, связанные с регулированием отношений по возмещению заранее оцененных убытков.

При этом в работе проиллюстрировано развитие цивилистических представлений о заранее оцененных убытках в отечественном и зарубежном праве,

установлены подходы к закреплению норм о заранее оцененных убытках в странах общего и континентального права, выявлены признаки и функции заранее оцененных убытков, сформулировано их понятие и определено место в системе иных видов убытков, известных зарубежной и отечественной доктрине гражданского права, а также произведено разграничение заранее оцененных убытков со смежными гражданско-правовыми явлениями.

На защиту выносятся следующие положения:

1. На основе историко-правового анализа делается вывод о том, что в отечественном гражданском праве идея о заранее оцененных убытках имеет глубокие исторические корни: впервые она возникает в дореволюционной доктрине в рамках воспринятого законодателем понимания неустойки как средства автономной оценки интереса в исполнении, позже отражается в воспринятой практикой Госарбитража концепции нормативных убытков, а в современное время отражается в идее договорного определения убытков, закреплённой, в частности, во Временной методике определения размера ущерба, причиненного нарушениями хозяйственных договоров.

Появление упрощенного порядка возмещения убытков явилось следствием восприятия опыта промышленно-развитых стран XIX века, а его последующие видоизменения обуславливались национальными потребностями плановой, а позже – рыночной систем хозяйствования.

2. Сделан вывод о том, что право на договорное определение убытков признается не только в странах общего, но и континентального права. Автором выделяются подходы к закреплению норм о заранее оцененных убытках, обусловленных социально-экономическими, политическими и географическими условиями развития общества. Первый подход сводится к закреплению норм в большом числе прецедентов (характерен для права Англии). Второй и третий подход, соответственно, ограничивает правовое регулирование исключительно региональными актами статутного и/или прецедентного права (характерен для права США), или только законодательными актами, в частности, принятыми на основе обобщения соответствующей судебной практики (страны континентальной

Европы).

Кроме того, выявлена тенденция к унификации правового регулирования посредством выработки международного стандарта норм о заранее оцененных убытках, воспринявшего традиции договорной практики преимущественно стран общего права.

3. В диссертации установлены признаки и сформулировано определение заранее оцененных убытков, под которыми следует понимать установленную договором между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, денежную сумму или порядок ее определения, представляющую разумную оценку предвидимых убытков, которую одна сторона обязуется уплатить в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения ей отдельных условий договора в целях восстановления имущественного положения другой стороны до состояния, в котором бы та находилась при надлежащем исполнении обязательства. При этом причинение убытков в согласованной сумме предполагается, если сторона не докажет неразумность и необоснованность их размеров. В таком случае заранее оцененные убытки подлежат снижению до размеров предвидимых убытков.

4. Выявлены следующие функции заранее оцененных убытков: восстановительная и учетно-стоимостная. Первая сводится к восстановлению положительного договорного интереса кредитора и проявляется через необходимость обоснования размеров заранее оцененных убытков. Учетно-стоимостная функция заранее оцененных убытков заключается в определении стоимостного показателя последствий нарушения договора и проявляется в учете, планировании, распределении и контроле рисков неисполнения обязательства, стабилизации гражданского оборота. Обосновано, что обе функции в полной мере находят отражение в случаях, когда у сторон договора имеется возможность предвидеть убытки от его нарушения, но заранее отсутствует возможность установления их точного размера.

5. На основе сравнительного анализа с абстрактными, номинальными и штрафными убытками в рамках раскрытия правовой природы заранее оцененных

убытков и определения их места в системе видов убытков, сделан вывод о квалификации последних в качестве особой разновидности убытков, признаваемой во многих ведущих зарубежных правопорядках.

Совокупность различий в функциях, условиях применения, методике определения размеров и форме закрепления норм о заранее оцененных убытках обуславливает вывод об отнесении последних, согласно принятой в странах общего права терминологии, к следующим видам убытков: договорным, компенсационным и подлежащим возмещению при невозможности установления действительного размера ущерба.

Кроме того, аргументируется вывод о том, что возмещение заранее оцененных убытков, представляющих собой отдельный вид убытков (способ определения их размеров), не является самостоятельным способом защиты гражданских прав, а реализуется посредством предъявления иска о возмещении убытков на основании абз. 9 ст. 12 и ст. 393 Гражданского кодекса РФ.

6. Обосновывается вывод о том, что компенсация за нарушение условий акционерного соглашения содержательно представляет собой заранее оцененные убытки, поскольку помимо соответствия их признакам прослеживается аналогичность выполняемых функций. Так, восстановительная функция проявляется в необходимости обоснования экономической целесообразности и разумности размеров такой компенсации, а учетно-стоимостная функция находит отражение в самостоятельном распределении и оценке сторонами акционерного соглашения рисков его неисполнения. В свою очередь, компенсация за нарушение исключительных прав составляет отличное от заранее оцененных убытков правовое явление, поскольку размер первой устанавливается судом и заранее не известен, а также кратно превышает возможные убытки. В то же время оба вида компенсации устанавливаются в случаях, когда установить размер убытков представляется невозможным или крайне затруднительным.

7. Установлены различия между заранее оцененными убытками и институтом возмещения потерь: первые представляют собой меру гражданско-правовой ответственности, не являются при этом случаем ограничения ее размеров,

выступают способом определения убытков и не имеют акцессорного характера.

В то же время в диссертации констатируется общая для рассматриваемых правовых явлений направленность на распределение и учет предпринимателями, как профессиональными участниками гражданского оборота, предвидимых последствий при затруднительности или невозможности определения в будущем размера таких потерь или убытков.

8. Установлены критерии, позволяющие отграничить заранее оцененные убытки от всех видов неустойки: корреляция с наличием и размерами причиненных убытков (презумпция причинения убытков в согласованном размере); возможность их судебного снижения до размеров предвидимых убытков; состав доказывания (нарушение обязательства и наличие убытков).

Дополнительно к общим выявлены специальные признаки, отличающие неустойку (с точки зрения различного ее понимания и отдельных видов) от заранее оцененных убытков. Так, неустойка с позиции оценочной концепции отличается тем, что ее уплата прекращает обязательство, а также, как и в случае со штрафной неустойкой имеет своей целью наказание за неисправность должника. Зачетная неустойка отличается наличием права требовать возмещения убытков, не покрытых ее взысканием. В свою очередь, исключительная и альтернативная неустойка подчинены общим критериям разграничения неустойки с заранее оцененными убытками.

Теоретическая значимость исследования заключается в том, что сформулированные в нем теоретические воззрения в совокупности составляют целостное представление о заранее оцененных убытках, расширяют потенциал отечественной цивилистической науки в области договорного права. Полученные результаты и основанные на них теоретические выводы могут быть восприняты не только научной доктриной, но и отечественным законодателем и судебной практикой. Последнее, в свою очередь, должно способствовать формированию целостного представления об объекте исследования в рамках систематики отечественной цивилистики.

Практическая значимость работы подтверждается тем, что определены

перспективы практического применения полученных теоретических выводов, которые, в свою очередь, могут послужить основой для совершенствования действующего гражданского законодательства в рамках правотворческой деятельности отечественного законодателя, а также восприняты при разработке разъяснений по применению отдельных положений гражданского законодательства соответствующими судебными инстанциями.

Так, проведенное исследование позволило вынести следующие предложения по совершенствованию гражданского законодательства в целях удовлетворения потребности участников гражданского оборота в правовых ориентирах, разрешении доктринальных споров, в частности потребности в терминологическом единстве и недопустимости отождествления исследуемого феномена со смежными гражданско-правовыми явлениями:

– дополнить ст. 393 Гражданского кодекса РФ пунктом 3.1 следующего содержания: «Стороны договора, действуя при осуществлении ими предпринимательской деятельности, могут установить обязанность одной стороны возместить другой стороне заранее оцененные убытки за нарушение отдельных условий договора. При этом суд не может уменьшить размер заранее оцененных убытков, подлежащих возмещению при доказанности факта нарушения договора, за исключением случаев, когда доказано, что такие убытки (порядок их определения) не представляют разумную оценку предвидимых от нарушения условий договора убытков».

– в абз. 2 п. 7 ст. 32.1 ФЗ «Об акционерных обществах» слова «выплаты компенсации (твердой денежной суммы или суммы, подлежащей определению в порядке, указанном в акционерном соглашении)» заменить на «возмещения причиненных нарушением соглашения убытков, в том числе заранее оцененных».

Кроме того, материал исследования может быть востребован в ходе преподавания курса гражданского и предпринимательского права, а также специальных дисциплин, посвященных отдельным вопросам обязательственного права.

Апробация результатов работы. Диссертация выполнена и обсуждена на кафедре Правового обеспечения рыночной экономики Института государственной

службы и управления ФГБОУ ВО «Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации».

Результаты настоящего исследования докладывались на научно-практических конференциях различного уровня и формата: «Юридическая наука и образование в XXI веке», посвященная 210-летию Казанского университета (г. Казань, 25-26 сентября 2014 г.); «V Пермский конгресс ученых-юристов» (г. Пермь, 24-25 октября 2014 г.); «Актуальные проблемы корпоративного права и арбитражного процесса» (г. Пермь, 8 мая 2015 г.); «VI Пермский конгресс ученых-юристов» (г. Пермь, 16-17 октября 2015 г.); «Актуальные проблемы защиты вещных прав. Актуальные проблемы арбитражного процесса» (г. Пермь, 6 мая 2016 г.); «Социально-экономические исследования, гуманитарные науки и юриспруденция: теория и практика» (г. Новосибирск, 15 апреля 2016 г.); «Законность и правопорядок в современном обществе» (г. Новосибирск, 26 апреля 2016 г.); «VII Пермский конгресс ученых-юристов» (г. Пермь, 18-19 ноября 2016 г.); «Актуальные проблемы обязательственного права и арбитражного процесса» (г. Пермь, 28 апреля 2017 г.).

Основные теоретические выводы и положения диссертации нашли отражение в пятнадцати публикациях, в том числе четырех – в изданиях, включенных в перечень ВАК РФ Министерства образования и науки РФ, в частности, подготовленных в рамках поддержанного ФГБУ «Российский гуманитарный научный фонд» (РГНФ) гранта на проведение исследований проблематики надлежащего исполнения обязательств. Кроме того, результаты диссертации были использованы при проведении лекционных и семинарских занятий по курсу «Предпринимательское право».

Структура работы обусловлена поставленными перед диссертантом задачами и состоит из введения, двух глав, разбитых на семь параграфов, заключения и списка литературы.

Глава 1. ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ ПОЗНАНИЯ ФЕНОМЕНА ЗАРАНЕЕ ОЦЕНЕННЫХ УБЫТКОВ

1.1. История развития цивилистических представлений о заранее оцененных убытках

Несомненно прав Н.М. Карамзин, говоря о том, что «история в некотором смысле есть священная книга народов: главная, необходимая; зеркало их бытия и деятельности; скрижаль откровений и правил; завет предков к потомству; дополнение, изъяснение настоящего и пример будущего. Правители, Законодатели действуют по указаниям Истории и смотрят на ее листы, как мореплаватели на чертежи морей. Мудрость человеческая имеет нужду в опытах, а жизнь кратковременна...»¹. Обстоятельный анализ развития цивилистических представлений о феномене заранее оцененных убытков, на наш взгляд, позволит не только помочь «изъяснить настоящее», но и отчасти приоткрыть его будущее.

Дореволюционное гражданское право России. Необходимость изменения функций неустойки в гражданском праве и ее возможная трансформация в средство оценки предвидимых при заключении договора убытков были предметом обсуждения на страницах юридической литературы еще в конце XIX века. Так, Г.Ф. Шершеневич подчеркивал, что неустойка помимо побуждения должника к исполнению также может «установить заранее размер причиненного неисполнением ущерба, особенно когда доказывание величины его представляется затруднительным». Таким образом, обладая двойственной природой, неустойка в одних случаях усложняла обязательство «в том смысле, что не освобождая должника от главной обязанности, налагает на него еще новую тягость». В других случаях неустойка прекращала «прежнее обязательственное отношение, превращая его в новое, вместо обязанности что-нибудь сделать наступает обязанность заплатить известную сумму денег». Автор иллюстрировал свою мысль на примере договора, заключенного между антрепренером и артистом, в силу которого

¹ Карамзин Н.М. История государства российского. В 12 т. Т. I. 2-е изд., испр. СПб.: тип. Н. Греча, 1818. С. 9.

последний был обязан заплатить определенную сумму в случае уклонения от исполнения договора. В этом случае с помощью неустойки можно было «определить размер вознаграждения¹ за отступление от обязательств»². Любопытно при этом отметить, что приведенный классиком пример использования неустойки в качестве денежного эквивалента исполнения фактически является описанием обстоятельств известного дела *Kemble v. Farren*³ – прецедента, ставшего хрестоматийным примером действительности договорных условий о заранее оцененных убытках (liquidated damages) и определения их соотношения с договорными штрафами (penalty)⁴. Иными словами, Г.Ф. Шершеневич рассматривал неустойку в том числе как заранее оцененный интерес в исполнении обязательства – позже эта идея была отражена и в Проекте Гражданского уложения Российской империи 1905 г.⁵

В свою очередь, А.Х. Гольмстен на страницах «Юридической летописи» приходит к выводу о том, что «по духу нашего законодательства, неустойка есть прежде всего денежный штраф за неисправность, а не сумма, погашающая возможные убытки от неисполнения обязательства»⁶. Анализ дореволюционной догмы гражданского права дает основания согласиться с автором о преобладании в те времена штрафной составляющей неустойки. Так, ст. 1583 тома X Свода законов Российской империи⁷, ст. 218 Положений о казенных подрядах и

¹ Стоит отметить, что вплоть до принятия в 1922 году Гражданского кодекса РСФСР (См.: ст. 42, 410 Гражданского кодекса РСФСР от 31.10.1922 г. // СУ РСФСР, 1922. № 71. Ст. 904) в законодательстве и юридической литературе употреблялся термин «вознаграждение за убытки», за редким исключением применения привычного нам термина в решениях Сената (См.: Ст. 1654 Проекта Высочайше учрежденной Редакционной Комиссии по составлению Гражданского уложения. Кн. V. СПб., 1905; Русское гражданское право: чтения Д.И. Мейера / Под ред. А. Вицына, 3-е изд, испр. СПб: Тип. Н. Тиблена и комп., 1864; О вознаграждении за вред и убытки, последовавшие от деяний, не признаваемых ни преступлениями, ни проступками. Владимир: Тип. губернского правления, 1882. С. 30).

² Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Казань: Тип. Императорского ун-та, 1894. С. 310.

³ *Kemble v. Farren* [1829] 172 ER 574 (A).

⁴ См., напр.: *Pollock's. Principles of Contract*. 12th ed. London: Stevens & Sons Limited, 1946. P. 358.

⁵ Гражданское Уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной Комиссии по составлению Гражданского Уложения. Кн. V. СПб, 1905.

⁶ Гольмстен А.Х. Юридическая конструкция добровольной неустойки // Юридическая летопись, 1891. № 3. С 198-199.

⁷ Свод законов Российской Империи. Том X. СПб, 1900. URL: <http://civil.consultant.ru/reprint/books/211> (Дата обращения: 01.06.2016).

поставках¹ и ст.ст. 329-332 Устава судопроизводства торгового² определяли неустойку как «подкрепление силы обязательства», «штраф» или «пени».

Однако, в цивилистической доктрине преобладала иная точка зрения, отражающая потребности развивающегося гражданского оборота. В начале XX века Л.С. Таль замечает, что применение неустойки с единственной целью устрашения должников было свойственно законодательству государств XVII века. «С тех пор, однако, - пишет он, - наши правовые и нравственные воззрения настолько изменились, что теория, отождествляющая неустойку с наказанием, уже не имеет почвы в условиях современной жизни». Привлечение к гражданско-правовой ответственности, по мнению ученого, является «опасным орудием» в руках частных лиц, и поэтому большинство ученых «видит нормальное и наиболее соответствующее духу гражданского права назначение неустойки в автономной оценке интереса, ... неустойка по своей природе ничто иное, как заранее определенный в пользу кредитора интерес»³.

Таким образом, в ходе развития гражданского оборота российский законодатель постепенно лишает стороны возможности применения штрафных санкций в отношении друг друга. Смена традиции предоставляет сторонам средство для оценки своего интереса, с помощью которого они могли восстановить свое имущественное положение в случае неисполнения обязательства⁴.

Обозначенная тенденция, как мы полагаем, нашла свое отражение и в проекте Гражданского уложения Российской империи 1905 г.⁵. Так, согласно ст. 1606

¹ См.: Красик А.В., Элькин Б.И. Положение о казенных подрядах и поставках с разъяснениями, приложениями и предметным указателем. СПб: Издание юридического книжного склада «Право», 1915.

² См.: Нюрнберг А.М. Устав судопроизводства торгового. М.: Издание юридического книжного магазина «Правоведение», 1913.

³ Таль Л.С. Понятие и природа договорной неустойки // Вестник права, 1906. Книга вторая. С. 259-260.

⁴ О понятии частного интереса, его влиянии на предмет и метод отечественного гражданского права, а также о конвергенции в нем публичных и частных начал см.: Голубцов В.Г. К вопросу о влиянии частного интереса на предмет и метод гражданского права // Вестник Пермского университета. Юридические науки, 2003. № 3. С. 80-86; Голубцов В.Г. Воззрения классиков дореволюционной российской цивилистики как основа современного учения о конвергенции публичного и частного права // Научные воззрения профессора Г.Ф. Шершеневича в современных условиях конвергенции частного и публичного права (к 150-летию со дня рождения): Сборник материалов Международной научно-практической конференции (г. Казань, 1-2 марта 2013 г.) под ред. Д.Х. Валеева, К. Рончки, З.Ф. Сафина, М.Ю. Челышева. М.: Статут, 2014. С. 39-42.

⁵ О непреходящем значении Проекта, являющимися, по образному выражению П.В. Крашенинникова «ростками посеянных М.М. Сперанским идей, пробившихся сквозь толщу асфальта абсолютной власти», можно судить по использованию его положений при подготовке первого отечественного гражданского кодекса – ГК РСФСР 1922 г. (См.: Крашенинников П.В. Кодификация отечественного гражданского права // Кодификация российского

Проекта Редакционной комиссии неустойка представляла собой не что иное как минимальный размер возмещаемых убытков. Поскольку нормы законопроекта гарантировали кредитору возмещение «по крайней мере в размере неустойки», постольку установление ее размеров имело принципиальное значение как для кредитора, так и для должника. Во-первых, предоставлялась возможность самостоятельно рассчитывать сумму минимального возмещения на случай неисполнения обязательства. Во-вторых, ст. 1655 Проекта ограничивала возмещаемые убытки размером, который мог быть предвидим при заключении договора¹. Из этого следует, что сам расчет неустойки мог служить доказательством наличия или отсутствия предвидимых убытков. Иными словами, согласование размеров неустойки при заключении договора выполняло функцию предварительной оценки убытков.

Целесообразным представляется проведение сравнительного анализа зарубежного законодательства того времени на предмет соответствия положений Проекта нормам гражданского законодательства промышленно развитых стран Европы.

Германское Гражданское уложение 1896 г., считающееся, по мнению Л.С. Таля, источником рецепции положений о неустойке в редакции Проекта², ст. 340 в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства наделяло кредитора правом требовать от должника выплаты согласованной до этого неустойки в качестве возмещения минимального размера убытков (*Mindestbetrag des Schadens*). При этом законодатель не исключал возможности возмещения сверх этой суммы и убытков, но в той мере, в какой последние не превышали действительно понесенного ущерба³.

частного права 2015 / В.В. Витрянский, С.Ю. Головина, Б.М. Гонгало и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2015).

¹ Заметим, что доктрина предвидимости является одним из теоретико-методологических решений проблемы определения причинно-следственной связи в сфере договорной ответственности. Примечательно, что изначально положения концепции предвидимости формулируются во французском праве, а в дальнейшем находят свое развитие в праве англосаксонском (См.: *Карпетов А.Г.* Экономический анализ права. М.: Статут, 2016. С. 513-514).

² См.: *Таль Л.С.* Указ. соч. С. 270.

³ Гражданское Уложение Германской Империи / Пер. с нем.; Приложение к «Журналу Министерства юстиции». СПб.: Тип. Правительствующего Сената, 1898.

Ст. 912 Общего Гражданского уложения Австрийской империи 1811 г. предоставляла сторонам возможность предусмотреть такое условие договора, согласно которому в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства вместо возмещения убытков кредитор мог взыскивать заранее согласованную денежную сумму или иное имущество¹. Небезынтересно в этой связи мнение М.Я. Пергамента, считавшего, что при разработке действующего в Российской империи Гражданского уложения М.М. Сперанский заимствовал концепцию неустойки именно из австрийского законодательства². Однако, будет справедливым заметить, что действующее в Российской империи законодательство не рассматривало неустойку как средство возмещения убытков.

Ст. 1431 Саксонского Гражданского уложения 1863 г., как и ст. 931 Гражданского уложения Цюрихского кантона 1855 г. определяли неустойку как один из способов возмещения убытков. При этом гражданское законодательство немецкоязычных областей прямо предусматривало, что взыскание неустойки не освобождало должника от возмещения вреда за нарушение тех условий договора, по которым взыскание неустойки не было оговорено сторонами³. Следовательно, неустойка, во-первых, выполняла функцию возмещения убытков, а во-вторых, являлось средством их предварительной оценки при заключении договора.

В соседней Франции действующая в то время редакция кодекса Наполеона 1804 г. в ст. 1229 определяла неустойку в качестве вознаграждения за убытки, возникшие в связи с неисполнением или ненадлежащим исполнением основного обязательства⁴. М.Я. Пергамент, комментируя настоящую статью справедливо отмечал, что в ней раскрывается одна из задач заключения соглашения о неустойке – «желание собственными силами и заранее определить цифру вознаграждения на случай неисправности должника, дабы предупредить всякие на этот счет споры и

¹ Общее гражданское уложение Австрийской империи 1811 г. / Пер. Г. Вербловский. СПб: Ред. комис. по составлению гражд. уложения, 1884.

² См.: *Пергамент М.Я.* Договорная неустойка и интерес в римском и современном гражданском праве. Одесса: Экономическая тип., 1899. С. 252-256.

³ Саксонское Гражданское уложение. СПб: Государственная тип., 1885. С. 334.

⁴ Code Napoleon (Цит. по: *Пергамент М.Я.* Указ. соч.).

устранить усмотрение и произвол судьи в будущем процессе»¹. Иными словами, неустойка представляла собой заранее оцененные убытки.

Интересно отметить, что К.П. Змирлов, разделяя точку зрения относительно содержания приведенной статьи, не соглашался с М.Я. Пергаментом относительно заимствования действующего в России понимания неустойки из австрийского законодательства. Напротив, он считал ее заимствованной из Кодекса Наполеона². Поэтому, по мнению ученого, в Российской империи последняя должна была пониматься согласно «духу первоисточника», то есть как оценка интереса кредитора.

Остзейские губернии, на протяжении более двухсот лет входившие в состав Российской империи, имели значительную автономию, в том числе в части сохранения правовой системы, отличной от общеимперской. Так, ст. 3372 Свода местных узаконений губерний Остзейских 1864 г. фактически признавала неустойку в качестве средства возмещения убытков: в случае неисполнения договора сторона могла требовать либо уплаты неустойки, либо исполнения в натуре. Кредитору при этом предоставлялось право приводить размер неустойки в соответствие с размером действительно понесенных им убытков. При этом, как показывает местная судебная практика, должник, в свою очередь, был вправе доказывать отсутствие убытков от нарушения договора. Если ему это удавалось, то он освобождался от уплаты неустойки, как если бы убытки фактически отсутствовали в действительности³.

Повторим, что правопорядок указанных прибалтийских губерний заметно отличался от имперского. В этой связи в дореволюционной доктрине отмечалось, что Остзейские губернии выступали в своем роде объектом для изучения современного правопорядка некоторых западноевропейских стран и внедрения этого опыта в национальное право. В этой связи Л.А. Кассо писал: «остзейское право есть микрокосм, напоминающий явления западного мира. Здесь повторяются

¹ Пергамент М.Я. Указ. соч. С. 203.

² См.: Змирлов К.П. О недостатках наших гражданских законов // Журнал гражданского и уголовного права, 1885. № 6. С. 65 (Цит. по: Пергамент М.Я. Указ. соч.).

³ См.: Б.В. К вопросу о договорной неустойке // Журнал Министерства юстиции, 1908. № 4. С. 170-171.

главные фазисы права германских и французских территорий»¹. Иными словами, на восприятие нового подхода к пониманию неустойки не последнюю роль сыграло действующее законодательство входящих в состав Российской империи губерний.

Таким образом, проведенный анализ гражданского законодательства континентальной Европы времен принятия Проекта на предмет выявления природы неустойки позволяет согласиться с мнением Л.С. Таля, небезосновательно полагавшего, что преимущественно «западноевропейские законодательства выдвигают на первый план оценку интереса», в то время как наш закон «видит в неустойке штраф, кару за неисправность»². Так, штрафной характер неустойки, как показывает сопоставительный анализ ст. 1585 Гражданского уложения Российской империи, проявляется в двух аспектах: в отсутствии ограничений размеров неустойки с одной стороны³, а также в возможности взыскания неустойки «независимо от взыскания по неисполнению самого договора» с другой стороны. В то же время законодательство, определяя штрафное начало неустойки, оставляло открытым вопрос о соотношении ее взыскания с возмещением убытков, порождая среди ученых-цивилистов мнение об альтернативности взыскания последних, оценочной природе неустойки.

Из сказанного можно заключить, что догматическое понимание функции неустойки разнилось как с потребностями развивающегося гражданского оборота Российской империи, так и с нормами гражданского законодательства развитых европейских держав. Либерализация правового регулирования внешнеэкономической деятельности, влияние принципов и достижений европейской юриспруденции, рост предпринимательской активности и гражданского оборота в целом обусловили потребность в реформировании отечественного гражданского законодательства той эпохи. Важной вехой в этом процессе явилось принятие Проекта гражданского уложения Российской империи

¹ Кассо Л.А. Ф.Г. фон Бунге и Остзейское гражданское право // Журнал Министерства юстиции, 1897. №8. С. 8-9.

² Таль Л.С. Указ. соч. С. 270.

³ За исключением Черниговской и Полтавской губерний, где согласно ст. 1584 Гражданского уложения Российской империи неустойка не могла превышать «суммы самого обязательства».

1905 г.. Смена функциональной нагрузки неустойки (как заранее оцененных убытков) стало органичной частью проводимой реформы.

Подводя итог анализу развития догмы и доктрины о природе неустойки в дореволюционный период, мы приходим к следующему. Во-первых, в конце XIX века природа неустойки как средства оценки интереса кредитора являлась частым предметом исследований отечественных цивилистов. Ученые признавали двойственную природу последней, видя причины этого как в уровне развития гражданского оборота, так в несовершенстве приемов заимствования норм зарубежного права. Во-вторых, законодательство западноевропейских государств рассматривало неустойку преимущественно как средство оценки интереса кредитора, эквивалент исполнения, поэтому преимущественно не допускало кумулятивное требование исполнения и взыскания неустойки как противоречащее справедливости. В-третьих, разработчики проекта Гражданского уложения Российской империи восприняли критику положений действующего законодательства относительно штрафной природы неустойки, предусмотрев в Проекте оценочный характер последней. Таким образом, нормы о неустойке стали напоминать положения Германского Гражданского уложения.

Советское гражданское право. В новых социально-экономических условиях, где тесная производственная связь промышленных объектов при срывах поставок приводила к тяжелым последствиям, назрела необходимость пересмотра сложившихся подходов к определению размера убытков, которые не отличались оперативностью в деле восстановления имущественного положения кредиторов.

Экономические показатели, которых СССР достиг по окончании первой пятилетки, свидетельствовали о высокой эффективности планового развития народного хозяйства: меньше чем за десять лет страна из аграрной превратилась в индустриальную. Однако выявленные проблемы реализации плана потребовали пересмотра сложившихся взглядов на прежние институты гражданского права. Именно на середину 30-х гг. прошлого столетия приходится значительная доля исследований вопроса об определении размеров убытков. Пересмотру подверглись, главным образом, функциональная нагрузка санкций (пени,

неустойка, штраф), а также методика подсчета убытков.

Необходимо указать на то, что подход к возмещению убытков в советском праве качественно отличался от подхода в праве буржуазном. Объясняется это, прежде всего, ролью договора, которая отводилась ему в условиях административно-планового устройства экономики. В капиталистической системе отношений интересам сторон соответствует как минимум сохранение существующего имущественного положения, а как максимум – сохранения той прибыли, ради которой стороны вступают в договорные отношения. Вследствие чего в странах с развитой рыночной экономикой преобладает упрощенный подход к определению размеров убытков.

Обеспечивая реализацию плана, в СССР договор способствовал достижению единой цели – развитию социалистического хозяйства, выполнение которой возможно лишь посредством наличия высокого уровня реального исполнения договорных обязательств¹. При такой принципиальной разнице между буржуазными и социалистическими договорными отношениями, как отмечал С.И. Фиделев, «качественно различны должны быть принципы и методы исчисления убытков, происходящих от невыполнения договора»². Я. Донде, в свою очередь, подчеркивал, что советский арбитраж «должен подвергать серьезному и глубокому анализу всю совокупность выявленных обстоятельств, рисующую картину последствий неисправности поставщика»³.

Различное назначение договоров в условиях рыночной и плановой экономики, соответственно обуславливало и различное назначение такой меры гражданско-правовой ответственности как возмещение убытков. В советском хозяйстве договор был тесно связан с единой системой планирования, выступал, как заметил В.М. Молотов, «наилучшей формой сочетания хозрасчета и плана»⁴.

¹ Единственной сферой отношений, где договор выполнял традиционные для него функции была внешнеэкономическая деятельность (См.: *Комаров А.С.* Регулирование возмещения убытков при нарушении договора в коммерческом обороте стран с развитой рыночной экономикой и международной торговле (состояние и тенденции): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1994. С. 2).

² *Фиделев С.И.* Проблема возмещения убытков и зачет договорных санкций // Советская юстиция, 1937. № 20. С. 10.

³ *Донде Я.* Убытки реальные и убытки «с потолка» // Бюллетень Госарбитража при СНК СССР, 1934. № 7. С. 15.

⁴ *Новицкий И.Б., Лунц Л.А.* Общее учение об обязательствах. М.: Госюриздат, 1950. С. 35.

Трудно не согласиться, что в условиях плановой экономики только реальное исполнение договоров могло служить реализации утвержденного плана. Сказанное объясняет наличие законодательного запрета на подмену реального исполнения договора возмещением убытков, которому, в свою очередь, отводилась иная роль – гарантировать реальное исполнение договора, но никак не становиться эквивалентом неисполненного обязательства.

В условиях рыночной экономики договорные отношения строятся на принципах всесторонней защиты, прежде всего, интересов собственников. При этом для договора также отводится ведущая роль в процессе развития экономики. Так, согласно мнению американского юриста Роско Паунда, в коммерческий век богатство вырастает преимущественно из договоров¹. Договор выступает правовым средством достижения уже иной, заранее определенной и экономически обоснованной цели – извлечения прибыли участниками хозяйственного оборота. Изменяется в связи с этим и цель возмещения убытков – восстановление имущественного положения кредитора до того состояния, в котором бы она находилась, если соответствующее обязательство было исполнено (убытки как денежный эквивалент обязательства, «суррогат исполнения»).

Нередкие нарушения договорной дисциплины, приводящие к серьезным экономическим последствиям (невыполнение плана), заставили пересмотреть отношение к договорным санкциям, к которым Постановление СНК СССР «О заключении договоров на 1934 год»² и юридическая литература относилась, в частности, и возмещение убытков³. Стоит заметить, что в доктрине и подзаконных нормативных правовых актах того времени прослеживалась тенденция усиления стимулирующего воздействия договорных санкций (в штрафном значении) на должников.

¹ См.: Румянцева В.Г. Социологическая юриспруденция в творчестве Р. Фон Иеринга, С.А. Муромцева, Е. Эрлиха, Р. Паунда: Автореф. дис. канд. юрид. наук. СПб., 2002.

² Постановление СНК СССР от 19.12.1933 г. «О заключении договоров на 1934 год» // СЗ СССР, 1934. № 73. Ст. 445.

³ См.: Фрешкон А. Проблема убытков в практике снабсбытов // Бюллетень Госарбитража при СНК СССР, 1934. № 16. С. 18; Левенсон А. Условный метод исчисления убытков // Бюллетень Госарбитража при СНК СССР, 1934. № 14. С. 18.

Необходимость проведения более жесткой политики ведения договорной работы на предприятии обуславливала, как отмечал Г. Амфитеатров и вслед за ним некоторые другие авторы, в первую очередь штрафной, но не компенсационный характер всех без исключения санкций, к коим относились и возмещение убытков¹. Однако, как справедливо впоследствии отмечали А.В. Венедиктов и С.И. Фиделев, использованные в законодательстве санкции хоть и назывались штрафными, но в сущности своей носили компенсаторный характер².

Проведенный анализ ведомственных актов, регламентирующих вторую и последующие договорные кампании по реализации плана, показал, что возмещение убытков производилось в пределах, в каких полученные пени и неустойки (штрафы) не покрывали их в полном размере³. При этом отдельные директивы наделяли кредиторов правом выбора: взыскивать либо неустойку, либо убытки⁴. Наличие в советском законодательстве альтернативных способов восстановления имущественного положения, на наш взгляд, во-первых, свидетельствует об использовании неустойки в качестве средства возмещения убытков, и, во-вторых, позволяет говорить о соблюдении соразмерности при реализации того или иного способа.

Оценочная (восстановительная) природа договорных санкций прослеживалась и в процессуальном законодательстве. Так, анализируя процессуальные нормы, содержащиеся в ряде постановлений ЦИК и СНК СССР, С. Иделиович приходит к выводу, что к претензиям об убытках применим 3-месячный срок давности как для всякого рода исков о применении санкций за

¹ См.: Амфитеатров Г. Нужен развернутый закон о договорах // Бюллетень Госарбитража при СНК СССР, 1933. № 19. С. 4; Шамкович А. Подготовка тяжелой промышленности Азово-Черноморского края // Бюллетень Госарбитража при СНК СССР, 1934. № 22. С. 8.

² См.: Венедиктов А.В. Договорная дисциплина в промышленности. Л.: Изд-во Леноблисполкома и Ленсовета, 1935. С. 57-68; Фиделев С.И. Проблема возмещения убытков и зачет договорных санкций // Советская юстиция, 1937. № 20. С. 12.

³ См.: Приказ ВСНХ СССР от 13/17.12.1931 г. № 850; Приказ НКСнаба СССР от 22.12.1931 г. № 1073; Приказ НКТП СССР от 07.01.1933 г. № 26; ст. 14 Приказа НКЛП СССР от 07.01.1933 г. № 6; ст. 28 Постановления НКЛеса СССР от 05.01.1933 г. № 1; ст. 31 Приказа НКСнаба СССР от 06.01.1933 г. № 10; ст. 8 Инструкции Госарбитража от 28.12.1932 г.; ст. 7 Инструкции Госарбитража от 07.12.1933 г.; Приказ НКТП СССР от 21.12.1933 г. № 1070; ст. 16 Приказа НКЛП СССР от 26.12.1933 г. № 1252; ст. 26 Приказа НКЛеса СССР от 27.12.1933 г. № 912 (Цит. по: Венедиктов А.В. Указ. соч. С. 58-59).

⁴ Инструкция Главстройпрома НКТП СССР от 16.01.1934 г. № 17 (Цит. по: Венедиктов А.В. Указ. соч. С. 58).

нарушение договоров¹. Иными словами, процессуальное законодательство ставило в один ряд и, по сути лишало сторону возможности предъявления требований о возмещении убытков после удовлетворения требований о применении договорных санкций, отождествляя тем самым применение договорных санкций с возмещением убытков.

Из этого можно заключить следующее. С одной стороны, есть все основания поддержать точку зрения А.В. Венедиктова, что в упомянутых директивах штрафной характер договорных санкций, по его образному выражению, упоминается лишь «в техническом значении слова», но никак не в буквальном². С другой стороны, советский законодатель, установив правило зачета присужденных санкций в объем возмещения, определил назначение санкций – являться средством возмещения убытков. Иными словами, договорные санкции на практике превратились в средство возмещения убытков, применение которого не требовало от кредитора доказывания ни наличия, ни установления конкретного размера убытков.

Отдельный интерес вызывают концептуальные подходы советских ученых-юристов к методике определения размера убытков, к порядку подсчета последних у производственных и товаропроводящих организаций (снабсбытов). Так, реализуя право на возмещение с неисправного должника всех действительных убытков кредитор зачастую сталкивался с непреодолимыми препятствиями. Как отмечалось в юридической литературе того времени, рассматривая дела о возмещении убытков, арбитражи констатировали наличие подчас весьма крупных убытков на стороне истцов и в то же время либо вовсе отказывали в удовлетворении исков, либо до крайности снижали взыскиваемые суммы³.

¹ См.: *Иделиович С.* Претензии об убытках // Бюллетень Госарбитража при СНК СССР, 1933. № 21. С. 13-14.

² *Венедиктов А.В.* Указ. соч. С. 59.

³ См.: *Шамкович А.* Нужна единообразная методология взыскания убытков // Бюллетень Госарбитража при СНК СССР, 1934. № 16. С. 16.

Однако следует отметить и положительную практику Госарбитража в решении вопроса возмещения убытков в условиях директивно-планового построения экономики. В частности, принятия им ряда Инструктивных писем, содержащих разъяснения о порядке и методах определения убытков применительно к конкретным категориям дел (См., напр.: Инструктивное письмо Госарбитража при СНК СССР от 31.07.1963 г. №И-1-37 «О некоторых вопросах арбитражной практики рассмотрения споров, связанных с поставкой продукции и товаров ненадлежащего качества» // Сборник инструктивных указаний государственного арбитража при Совете Министров

Подобное положение дел объяснялось, во-первых, тем, что в претензии о возмещении убытков сторона должна была представить их обоснованный расчет, основанный в силу императивных предписаний наркомов лишь на отчетных бухгалтерских данных. Однако, на практике обосновать убытки подобным образом было весьма затруднительно – начать с того, что действующая на то время форма бухгалтерской отчетности не предусматривала графу о производственных убытках. Во-вторых, в 30-х гг. ожидать от всех предприятий ведения скрупулезнейшего учета всех убытков не имело смысла: в условиях форсированной индустриализации страны это либо отвлекало трудящихся от основной работы, либо «раздувало» бы штат предприятия вкупе с кратным увеличением отчетности, что в общем итоге препятствовало бы развитию промышленности в установленные сроки. В-третьих, арбитраж не мог «отойти от углубленного исследования всех внутренних и внешних причин невыполнения плана», причем такое исследование требовало не только бухгалтерской и технической, но и экономической экспертизы¹. Следует отметить, что подобный ответственный подход арбитража к анализу обоснованности предъявленных требований о возмещении убытков сталкивался с неразрешимой в первые десятилетия существования СССР проблемы низкого уровня договорной дисциплины.

Предъявляя претензию об убытках, кредитор был также обязан обосновать причинную связь между фактом нарушения обязательства и убытками. Отграничить при этом воздействие сторонних факторов (действия кредитора по предотвращению убытков, замещение недопоставленного сырья и проч.) на конечный размер возмещения не всегда представлялось возможным. Вместе с этим требовалось доказать и реальность понесенных убытков, однако в то же время

СССР / отв. ред. В.П. Ефимочкин. М.: Юридическая литература, 1966. Вып. 25. С. 42; Инструктивное письмо Госарбитража при СНК СССР от 18.04.1951 г. №И-1-13.1 «О возмещении убытков и упущенной выгоды» // Сборник инструктивных указаний государственного арбитража при Совете Министров СССР / отв. ред. М.П. Шалюпа. М.: Гос. изд-во юрид. лит-ры, 1955. Вып. 1. С. 268; Инструктивное письмо Госарбитража при СНК СССР от 20.11.1954 г. №И-1-48 «О рассмотрении исков, связанных с взысканием убытков, понесенных нефтебазами в связи с простоем вагонов-цистерн при невыборке потребителями нефтепродуктов» // Сборник инструктивных указаний государственного арбитража при Совете Министров СССР / отв. ред. М.П. Шалюпа. М.: Гос. изд-во юрид. лит-ры, 1955. Вып. 1. С. 276-277.

¹ Дьякинов Н. Ошибочные методы исчисления убытков // Бюллетень Госарбитража при СНК СССР, 1934. № 21. С. 13.

строгой методики построения расчетов, безоговорочно принимаемой арбитражем в обосновании реальности убытков, мы не находим. К тому же надлежащее функционирование производства всегда зависит от деятельности не одного, а всех без исключения поставщиков. В связи с этим А. Фрешкоп справедливо отмечал, что кредитору «только в редких случаях удалось бы доказать, в какой мере та или иная часть его расходов причинно обусловлена действиями именно данного поставщика, а это практически означает, что иски о такого рода убытков, как правило, невозможны»¹.

Сложная процедура расчета и обоснования понесенных убытков, с одной стороны, стимулировали стороны к надлежащему ведению бухгалтерской и иной производственной отчетности. Однако низкий уровень удовлетворения соответствующих исковых требований (снижение арбитражем размера возмещения или же полный отказ от удовлетворения иска) вынуждал кредитора прибегать к иным способам возмещения убытков, в частности посредством взыскания пеней, неустойки и штрафов. В этой связи В.С. Якушев справедливо отмечал, что «отсутствие методики подсчета убытков приводило к тому, что требования хозорганов сводились, как правило, к взысканию штрафа, пени или неустойки, но не убытков»².

В силу описанных выше проблем уже в первые десятилетия функционирования административно-плановой экономики сложилась побочная практика «амнистирования» неисправных должников в части возмещения убытков в полном размере. Справедливым в этой связи видится замечание В.В. Зайцева, что «государственное устройство и экономические отношения накладывают свой отпечаток не только на сам институт неустойки, но и на его функции»³. Так, пеня и неустойка (штраф) в рассматриваемых условиях фактически стала представлять

¹ *Фрешкоп А.* Проблема убытков в практике снабсбытов // Бюллетень Госарбитража при СНК СССР, 1934. № 16. С. 17-18.

² *Якушев В.С.* Понятие убытков в отношениях между хозорганами в новых условиях планирования и экономического стимулирования // Проблемы ответственности хозяйственных органов в новых условиях планирования и экономического стимулирования промышленного производства: материалы межведомственной экономико-правовой науч. конф. / отв. ред. В.В. Овсиенко. Донецк, 1967. С. 82.

³ *Зайцев В.В.* Актуальные проблемы повышения эффективности гражданско-правового регулирования отношений по обеспечению договорных обязательств: Автореф. дис. ... д-ра. юрид. наук. М., 2005. С. 30.

собой заранее установленный размер предвидимых убытков. В результате их взыскание подменило собой возмещение самих убытков, что подтверждается и директивными актами.

Во-первых, в указанных ранее ведомственных нормативных актах предусматривалось, что убытки возмещаются лишь в части, не покрытой полученной суммой пени и неустоек. Во-вторых, изначально в процессуальном законодательстве срок предъявления претензий на взыскание неустойки и непосредственно убытков устанавливался в три (как для исков о санкциях за нарушение договоров) и шесть месяцев (как срок для имущественных споров) соответственно, обуславливая тем самым очередность предъявления требований¹. Смена подходов к назначению указанных способов обеспечения исполнения обязательств не могло, на наш взгляд, стать эффективным решением проблемы возмещения убытков. Подобное паллиативное решение, как показала история, ни стимулировало должников к надлежащему исполнению обязательств, ни способствовало возмещению всей суммы убытков.

Требовалось изменить сам подход к определению и обоснованию убытков. Иными словами, оборот нуждался в универсальной методике определения размеров убытков. При этом принципиальным являлось сохранить особенность административно-планового устройства хозяйства, где договор выступал средством реализации плана. Поэтому проблема реальности исполнения договоров по общему правилу находила иное отражение, нежели в странах с рыночной экономикой, допускающих эквивалентную замену исполнения. Развивая мысль В.И. Ленина о целях учреждения трестов (самостоятельная и полная ответственность за убыточность своих предприятий)², Г. Амфитеатров выделил ключевую проблему применения мер гражданско-правовой ответственности к организациям в условиях советского государства – ответственность было необходимо связать с реальной базой, на которой строится вся хозяйственная работа (хозрасчет). Иными словами, советских цивилистов интересовал вопрос

¹ См.: *Иделиович С.* Претензии об убытках // Бюллетень Госарбитража при СНК СССР, 1933. № 21. С. 13.

² См.: *Ленин В.И.* Полн. собр. соч.: в 55 т. 5-е изд. М.: Изд-во полит. лит., 1974. Т. 35. С. 468.

формирования условий возмещения убытков, а не пути освобождения от гражданско-правовой ответственности¹.

Основная дискуссия о необходимости совершенствования механизма возмещения убытков и повышения уровня договорной дисциплины развернулась сразу после подведения итогов первой пятилетки. Анализ юридической литературы позволяет сделать вывод о наличии двух основных подходов к обоснованию размера убытков: предоставление в арбитраж их точного расчета либо обоснование последних согласно выработанным самими предприятиями методикам.

Первый подход основывался на директивных указаниях Госарбитража², а также ведомственных органов, согласно которым «требование на возмещение убытков должно быть исчислено на основе бухгалтерских данных»³. На первый взгляд, подобное требование должно было облегчить всю процедуру учета и обоснования конкретного размера убытков. С другой стороны, на практике возникал целый ряд проблем, фактически лишавших кредитора возможности возмещения даже части убытков. Вызвано это было зависимостью перспектив возмещения убытков от состояния бухгалтерской документации вкупе с иными требованиями процессуально-правового характера.

Во-первых, как образно отмечал Я. Донде, «элементарным и совершенно обязательным условием основательности» претензии об убытках являлось обоснование причинной связи между фактом нарушения обязательства и имеющимися убытками⁴. Во-вторых, кредитор был обязан предпринять все меры

¹ См.: *Амфитеатров Г.* Нужен развернутый закон о договорах // Бюллетень Госарбитража при СНК СССР, 1933. № 19. С. 5.

² См., напр.: Инструктивное письмо Госарбитража при СНК СССР от 12.12.1956 г. №И-1-53 «О рассмотрении исков об убытках, возникающих при подаче под налив нефтепродуктов неисправных цистерн» // Сборник инструктивных указаний государственного арбитража при Совете Министров СССР / отв. ред. М.П. Шалюпа. М.: Гос. изд-во юрид. лит-ры, 1957. Вып. 4. С. 52-53.

³ Среди этих ведомств: Наркомат тяжелой промышленности (прим. 1 к ст. 18 Приказа НКТП СССР № 26 от 07.01.1933 г.), Наркомат легкой промышленности (п. 5 § 14 Приказа НКЛП СССР № 6 от 07.01.1933 г.), Наркомат лесной промышленности (ст. 28 Постановления НКЛеса СССР № 1 от 05.01.1933 г.), Наркомат снабжения (Приказ НКСнаба СССР № 10 от 05.01.1933 г.) и другие (Цит. по: *Иделиович С.* Претензии об убытках // Бюллетень Госарбитража при СНК СССР, 1933. № 21. С. 12-13).

Однако конкретизируемое ведомственными директивами Постановление СНК СССР от 03.01.1933 г. «О заключении договоров на 1933 год» прямо не предусматривало порядок определения размеров убытков (Постановление СНК СССР от 03.01.1933 г. «О заключении договоров на 1933 год» // СЗ СССР, 1933. № 1. Ст. 4).

⁴ *Донде Я.* Убытки реальные и убытки «с потолка» // Бюллетень Госарбитража при СНК СССР, 1934. № 7. С. 14.

по предотвращению ущерба и впоследствии доказать их избыточность. В-третьих, возмещению подлежали лишь убытки действительные, но не возможные, что требовало от стороны обоснования реальности убытков, подтвержденных данными хозрасчета. В-четвертых, необходимо было доказать и сам факт нарушения договора, а также степень невыполнения обязательства конкретных должников. В-пятых, директивы отдельных наркомов требовали подтверждения убытков данными бухгалтерской отчетности, в целом не отражающей их наличие у пострадавшей стороны. В-шестых, при простоях на производстве следовало учитывать их причину, иными словами, дифференциацию последних, ведя отдельную отчетность. В-седьмых, расчет убытков от простоев нуждался в утверждении отдельной методики, предложить которую ведомственные органы не могли. В-восьмых, от арбитража в каждом случае требовалось проводить всесторонний анализ хозяйственной деятельности предприятия, выявлять причины и последствия нарушения договорных обязательств, относимость и допустимость доказательств при обосновании размеров понесенных убытков.

Подобное положение дел не могло не отразиться на развитии хозяйственного оборота. В связи с этим несомненно прав А. Левенсон, что «затруднения в определении убытков и частые отказы в этих исках привели к тому, что покупатели охотно в этой части амнистируют своих поставщиков»¹. Следовательно, оборот нуждался в модернизации механизма возмещения убытков, а главное – он нуждался в выработке единой методологии определения размеров убытков.

Закономерным поэтому видится появление в середине тридцатых годов прошлого века нового подхода к определению размеров убытков, существенно упростившего процедуру их обоснования. Сложившийся в этот период метод определения размеров убытков представляется нам одним из проявлений феномена заранее оцененных убытков в советском гражданском праве.

Одним из первых методику определения размеров убытков предложил А. Левенсон. Трансформация неустойки в средство возмещения убытков не могла

¹ Левенсон А. Условный метод исчисления убытков // Бюллетень Госарбитража при СНК СССР, 1934. № 14. С. 18.

решить проблему восстановления имущественного положения кредитора. Как образно отмечал в связи с этим советский цивилист «вопрос об убытках не должен затемняться и подменяться фактом взыскания пени и неустойки», ибо последние носят не иначе как штрафной, карательный характер и преследуют иные цели применения, нежели восстановления прав исправной стороны¹.

Так, по мнению ученого, проблема возмещения убытков должна была решаться усилиями самих сторон: непосредственно в договоре им следовало обозначать «пределы возможной ответственности путем установления твердых показателей». При этом в отличие от неустойки, убытки в каждом случае следовало заранее исчислять относительно конкретных условий договора. При этом расчет должен был вестись согласно предстоящим затратам на восстановление имущественного положения, а также с учетом характера и значения договора для кредитора. Примечательно, что данный подход к договорному определению убытков имел не только теоретико-методологическое, но и практическое значение: так, практика Госарбитража признавала действительными условия о нормированном (договорном) определении размеров убытков².

Иной подход к выявлению и обоснованию убытков предложил Ф. Нестеренко, поделившись на страницах юридической литературы опытом успешной апробации методики в практике возмещения убытков со снабжающих предприятий³. В отличие от «условного метода исчисления убытков», предусматривающего наличие договоренности сторон относительно пределов и параметров расчета убытков, при данном подходе оценка убытков единолично и всецело проводилась кредитором. В основу системы был положен хозрасчет: на каждом этапе хозяйственно-производственного цикла выставлялись внутризаводские рекламации убытков, аккумулировавшиеся в конце отчетного периода в финансовом или снабженческом отделе, сводящихся в конечном итоге к

¹ Там же. С. 19.

² См.: Инструктивное письмо Госарбитража при СНК СССР от 05.04.1951 г. №И-1-12 «О практике разрешения споров по капитальному строительству» // Сборник инструктивных указаний государственного арбитража при Совете Министров СССР / отв. ред. М.П. Шалюпа. М.: Гос. изд-во юрид. лит-ры, 1955. Вып. 1. С. 242.

³ См.: Нестеренко Ф. Как мы определяем размер убытков // Бюллетень Госарбитража при СНК СССР, 1934. № 14. С. 19-20.

убыткам предприятия в целом. Согласно отдельно разработанным методикам учету подвергались подлежащие уплате покупателям суммы неустойки и пеней, суммы выплаченных банку процентов за предоставление предприятию внеплановых ссуд, т.н. «простойные убытки», слагаемые из простойной зарплаты и накладных расходов, убытки от действий конкретных поставщиков. При этом в зависимости от характера убытков дифференцировалась и «техника» их расчета: по денежным, производственным и снабженческим убыткам. Свое отражение рекламации убытков находили и в бухгалтерском балансе, что существенно упрощало процедуру доказывания убытков в суде.

Позднее был предложен более универсальный подход к определению убытков по качественным показателям, отличающийся от предложенного Ф. Нестеренко метода¹. Основой для расчета служила документация и техническая отчетность, выявлявшая простои по отдельным причинам. Анализ причин и последствий простоев, отраженный в примерных процентных показателях являлся основой для дальнейших расчетов. Так, согласно установленным показателям по отдельным методикам определялись следующие слагаемые убытков: прямая и дополнительная заработная плата, начисления на нее, цеховые и общезаводские расходы, а также т.н. «накопления»². В отчетной документации находили отражение и причины простоев по каждому поставщику, определение их удельного веса, увеличение себестоимости производимой продукции, уплата процентов по внеплановым ссудам и прочие составляющие убытков – «богатый» инструментарий обоснования конкретного размера убытков.

Как мы видим, за один 1934 год советская юридическая наука представила сразу несколько альтернативных подходов к определению не поддающихся на первый взгляд точному расчету убытков, была сформирована серьезная база для разработки и дальнейшего совершенствования методик предварительной и

¹ См.: *Гдакьян, Садовников*. Еще об определении размеров убытков // Бюллетень Госарбитража при СНК СССР, 1934. № 22. С. 17-18.

² Условный вид убытков, подразумевающий под собой снижение получаемых предприятием сверхплановых накоплений, остающихся в его распоряжении и использующихся на нужды производства, улучшении быта рабочих и служащих, индивидуальное премирование и капиталовложения.

последующей за нарушением обязательства оценки убытков.

В последующем неоценимый вклад в развитие представлений о методах определения размеров убытков внес А.В. Венедиктов. Как отмечалось ранее, сложившаяся в начале 30-х гг. практика арбитража не способствовала укреплению хозяйственного оборота. Лишь в редких случаях арбитраж располагал точными данными, позволяющими распределять ответственность (убытки) между виновными организациями. В связи с этим арбитражу в случае «фактической невозможности» точного подсчета убытков (не исключаящей, впрочем, проведения «тщательного анализа отчетно-бухгалтерских данных и других документальных доказательств») рекомендовалось применять «метод приближенных оценок». Согласно последнему, учитывая конкретные условия, арбитраж в одних случаях распределял понесенные убытки между должниками в равных долях, в других – округлял их, учитывая степень вины не только исполнителя (поставщика), но и самого заказчика. При этом отмечалось, что метод является «крайним выходом» при невозможности точного подсчета убытков, но в то же время применяется в случаях, «нередких на практике»¹. При этом стоит напомнить, что применение метода приближенных оценок выступал в качестве орудия в руках арбитража, но не был договорным инструментарием.

Не стоит забывать, что А.В. Венедиктов не являлся сторонником концепции оценочной неустойки, а напротив, отстаивал закрепленную в действующем Гражданском кодексе РФ зачетную природу неустойки. Изменение назначения неустойки, превращавшую последнюю в форму определения размеров предвидимых убытков, противоречила целям договорного регулирования в условиях плановой экономики – оценочная неустойка не согласовывалась с принципом реального исполнения обязательств. Признав это нельзя не согласиться и с мнением С.И. Фиделева, что «договор является формой обеспечения и осуществления социалистического плана, само собой очевидно, что только реальное его исполнение может обеспечить достижение этой цели. Взыскание же

¹ См.: Венедиктов В.А. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. I. М.: Статут, 2004. С. 425-427 (серия «Классика российской цивилистики»).

санкций и возмещение убытков, разумеется, подобного реального исполнения дать не могут»¹.

Следует признать, что концепция зачетной неустойки вкупе с принципом реального исполнения обязательств соответствовала социалистическому укладу экономики, плановому хозяйству. Отчасти соответствие прослеживается и на современном этапе развития российской экономики. Как отмечает А.А. Иванов, в ходе обсуждения поправок в Гражданский кодекс РФ предлагалось заменить концепцию неустойки: с зачетной на неснижаемые убытки. Однако отстаивая концепцию зачетной неустойки А.А. Иванов подчеркивает, что «степень монополизации в российской экономике крайне высока, и легко предвидеть, что слабой стороне будут навязываться заранее оцененные убытки, которые неизбежно будут нарушать ее интересы»².

Резюмируя изложенное, мы приходим к следующим выводам. Во-первых, в советский период развития цивилистических представлений о заранее оцененных убытках вырабатывается концепция нормативных убытков: неустойка начинает представлять собой определенную гарантию возмещения, воспринимается как неснижаемые убытки, способствующие оперативному восстановлению имущественного положения кредитора и снижающему экономическую эффективность неисполнения обязательств.

Во-вторых, в советское время формируется богатая методологическая база для определения размеров убытков, упрощающая процедуру их обоснования и, соответственно, возмещения. На страницах юридической литературы активно публикуются результаты апробации предприятиями конкретных методик исчисления убытков (их размера или порядка его определения). Проверка в реальных условиях теоретически обоснованных методик согласуется со значением практики как критерия, основы и цели познания. В.И. Ленин, определяя

¹ Фиделев С.И. Указ. соч. С. 10

² Иванов А.А. Идеи А.В. Венедиктова и их отражение в проекте изменений Гражданского кодекса РФ // Закон, 2013. № 4. С. 82. Интересно заметить, что в 2006 году А.А. Иванов отмечал, что «в наших условиях рано отказываться от штрафной неустойки, особенно с учетом сложившейся практики взыскания убытков» и «быть может, со временем, лет через десять-пятнадцать, когда деловой оборот стабилизируется, подход к неустойке изменится» (См.: Иванов А.А. Отказываться от штрафной неустойки рано // Закон, 2006. № 12. С. 7).

диалектическую связь теории и практики, писал: «Точка зрения жизни, практики должна быть первой и основной точкой зрения теории познания»¹. Выработка методических рекомендаций по определению размеров убытков пресекала возможный отрыв теории от практики, являлась связующим звеном, не позволяющим превратить теорию в собрание бесплодных догм.

В-третьих, в то же время доминирование принципа реального исполнения обязательств в советское время препятствовало развитию представлений о заранее оцененных убытках. Реальное выполнение плана не подразумевает предоставление замещающего эквивалента («суррогата») исполнения. Этим объясняется и негативное отношение к возможности предварительного согласования размеров будущих убытков. Следует также признать, что концепция зачетной неустойки вкупе с принципом реального исполнения обязательств в целом соответствовала социалистическому укладу экономики, плановому хозяйству.

В-четвертых, в исследуемой сфере складывается «институционное» правовое регулирование, сводящее к минимуму усмотрение властного субъекта в определении размеров убытков². При этом, взыскание предположительных сумм возмещения имело место в договорной практике многих отраслей промышленности.

Гражданское право в постсоветский период. О.Н. Садиков отмечает, что и после 30-х гг. в целях устранения трудностей, возникающих при определении размеров убытков для подведомственных предприятий отраслевыми министерствами и ведомствами разрабатывались различные методики подсчета убытков³. Разработкой и апробацией методик продолжали заниматься и сами предприятия, а в некоторых случаях благодаря работе научных центров⁴. В свою очередь, смена политических установок вновь оживила проблему возмещения

¹ Ленин В.И. Материализм и эмпириокритицизм. М.: Директ-Медиа, 2014. С. 121.

² Об институционном типе правового регулирования см.: Цыгановкин В.А. Институционный и дискреционный методы и типы правового регулирования // Юриспруденция, 2011. № 3.

³ См.: Садиков О.Н. Убытки в гражданском праве Российской Федерации. М.: Статут, 2009. С. 49.

⁴ См.: Савенкова О.В. Возмещение убытков в современном гражданском праве // Убытки и практика их возмещения: Сб. ст. / Отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2006. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

убытков. Так, А.С. Комаров пишет: «В те периоды, когда предпринимались попытки ослабить централизм экономического руководства, придать большее значение хозрасчетным интересам отдельных предприятий, почти сразу же имели место попытки реанимировать применение института возмещения убытков»¹. Так, в годы перестройки была разработана отдельная методика общего (универсального) характера как показатель актуальности проблемы возмещения убытков не только в отдельных отраслях хозяйства, но и в гражданском обороте в целом.

Интересно заметить, что до настоящего времени действует в части, не противоречащей Гражданскому кодексу РФ, одобренная Государственной комиссией по экономической реформе при Совете Министров СССР Временная методика определения размера ущерба (убытков), причиненного нарушениями хозяйственных договоров ². Указанная методика устанавливает порядок определения размеров убытков из расчета принятых в установленном порядке и действующих у потерпевшей стороны нормативов. Предложена и дифференциация последствий нарушения договорных условий согласно их характеру, но не содержанию. При этом Временная методика содержит примерный перечень таких последствий, а также виды возникающих убытков (расходы на уплату санкций, выплата зарплаты, замена сырья и т.п.).

В силу рекомендательного характера правил, последняя закрепляет за сторонами договора право на самостоятельное определение размера убытков. Так, п. 9 Временной методики указывает на один из вариантов порядка определения убытков – закрепление в договоре твердых сумм, подлежащих уплате за нарушение отдельных условий договора. Стоит отметить, что правоприменительная практика выработала условия возмещения таких убытков – последние должны быть прямо

¹ *Комаров А.С.* Регулирование возмещения убытков при нарушении договора в коммерческом обороте стран с развитой рыночной экономикой и международной торговле (состояние и тенденции): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1994. С. 3.

² Временная методика определения размера ущерба (убытков), причиненного нарушениями хозяйственных договоров (приложение к Письму Госарбитража СССР от 28.12.1990 г. № С-12/НА-225) // БНА СССР, 1991. № 8.

предусмотрены в договоре, определен их размер и основания выплаты¹.

Анализируя признаки и условия возмещения твердых убытков, мы приходим к выводу, что последние представляют собой ни что иное как заранее оцененные убытки. Временная методика, содержит и отдельное требование к оценке вероятных убытков – она должна быть основана на результатах прогноза последствий нарушения отдельных условий договора.

Анализ юридической литературы позволяет заключить, что Временная методика не нашла широкого применения в силу нескольких причин. Отождествляя предварительную оценку убытков и оценочную неустойку, С.С. Занковский замечает, что «причиной тому послужило сопротивление активной стороны договоров – поставщиков, исполнителей услуг, подрядчиков, для которых введение такой неустойки в условия обязательства невыгодно»². В.С. Белых, в свою очередь, справедливо отмечает, что «временная методика действительно устарела, но весь парадокс заключается в том, что до сих пор нет новой. Однако ее отсутствие отражается на состоянии правоприменительной практики»³. Действительно, не имея ориентиров, сторонам будет затруднительно уточнять и объяснять методику расчета убытков. А.В. Брызгалин, анализируя практику возмещения убытков, предварительно выраженных в договоре в виде твердой денежной суммы, определяет следующую причину невостребованности Временной методики: «Применение этой меры ограничено низким уровнем правовой грамотности современных предпринимателей», а также «некорректностью» согласования последствий неисполнения договора уже на этапе его заключения⁴.

Помимо Временной методики указание на возможность возмещения убытков в твердой сумме содержало и Положение о поставках продукции производственно-

¹ См.: Брызгалин А. Принципиальные вопросы возмещения убытков в виде упущенной выгоды: общие положения, процессуальный аспект, методика расчета // Хозяйство и право, 1994. № 5. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

² Занковский С.С. Предпринимательские договоры: проблемы возмещения убытков // Арбитражный и гражданский процесс, 2005. № 3. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

³ Белых В.С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России. М.: Проспект, 2009. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴ Брызгалин А. Указ. соч.

технического назначения¹. Пункт 74 Положения наряду с уплатой неустойки (штрафа) за просрочку, недопоставку или поставку продукции ненадлежащего качества допускал возмещение убытков в твердой сумме, если это было предусмотрено договором. Аналогичная норма содержалась и в п. 65 Положения о поставках товаров народного потребления. Примечательно, что в обоих Положениях использовалась штрафная конструкция неустойки, поскольку возмещение убытков, в том числе заранее оцененных, происходило «независимо от уплаты неустойки (штрафа, пени)»².

Таким образом, мы можем выделить следующие особенности применения заранее оцененных убытков в пореформенный период. Во-первых, применение заранее оцененных убытков регламентировалось на уровне подзаконных нормативных правовых актов. Во-вторых, обязательным условием возмещения убытков, выраженных в твердых суммах, выступало наличие причинной связи между последствиями нарушения обязательства и характером убытков. В-третьих, возмещение твердых убытков не лишало кредитора права на взыскание и неустойки (штрафов, пеней). В-четвертых, заранее оцененные убытки не снискали широкого применения, что, прежде всего, объяснялось занятой крупными поставщиками (исполнителями услуг) позицией по отношению к ее использованию и низким уровнем развития товарно-рыночных отношений в стране.

Подводя итог изучению истории развития представлений о заранее оцененных убытках в отечественном гражданском праве, мы можем сделать следующие выводы.

1. Заранее оцененные убытки известны российскому гражданскому праву еще с конца XIX века – эпохи индустриализации и промышленного подъема Российской империи, развития международной торговли. Восприятие в Проекте Гражданского уложения 1905 г. концепции понимания неустойки в качестве

¹ Постановление Совмина СССР от 25.07.1988 г. № 888 «Об утверждении Положения о поставках продукции производственно-технического назначения, Положения о поставках товаров народного потребления и Основных условий регулирования договорных отношений при осуществлении экспортно-импортных операций» // СЗ СССР, 1988. Т. 5. Ст. 123.

² См.: *Зверева Е.А.* Ответственность предпринимателя за нарушение договорных обязательств // Право и экономика, 1998. №№ 10, 11.

заранее оцененного интереса кредитора на случай ненадлежащего исполнения договора, смена традиции в понимании неустойки исключительно как штрафной санкции, было обусловлено формированием потребности хозяйственного оборота в наличии правового механизма гарантированного восстановления имущественного положения кредитора. В свою очередь, преимущественно именно такой подход к неустойке был свойственен и законодательству промышленно развитых европейских государств с XIX века, откуда, как показывает анализ законодательства и доктрины того времени, была заимствована концепция заранее оцененного интереса. В советское время исследуемый феномен нашел отражение в концепции нормативных убытков: неустойка начинает восприниматься как неснижаемые убытки, представляя собой некую гарантию возмещения. В это же время формируется методологическая база определения размера убытков. В современный же период развития отечественного гражданского права заранее оцененные убытки были закреплены на уровне подзаконных нормативных правовых актов, регламентирующих имущественную ответственность поставщика и общую методику определения размеров убытков. Иными словами, идея заранее оцененных убытков имеет свое преломление на каждом этапе развития отечественного гражданского права.

2. Идея заранее оцененных убытков отражается в российской цивилистической мысли в ходе реформы дореволюционного гражданского права. Устаревший подход отождествления неустойки и штрафа, характерный для законодательства европейских стран XVII века, времени воцарения династии Романовых и принятия Соборного уложения 1649 г. в России, сменяется доктринальным представлением о неустойке как средства оценки интереса кредитора в исполнении обязательства. Однако в догму права эта идея перешла лишь в советское время. Дальнейшему развитию доктрины в этом направлении препятствовала политико-правовая установка на реальное исполнение договоров. Последние обеспечивали выполнение плана, природа которого не допускала возможность предоставления согласованных сумм возмещения в качестве эквивалента исполнения. Последующий же переход к буржуазной экономике

закономерно поставил вопрос и о восприятии традиций буржуазного права, к числу которых относится возможность возмещения заранее оцененных убытков.

3. История развития гражданского законодательства показывает, что заранее оцененные убытки не получили роль универсального способа исчисления не поддающихся точному подсчету убытков, однако к этому были приложены силы советских и современных цивилистов. Известна их практика применения в отдельных отраслях экономики (например, в деятельности снабженческо-сбытовых организаций в советское время) или применительно к отдельным видам договоров (поставки в настоящее время). Разработка и принятие Временной методики определения размера ущерба (убытков), причиненного нарушениями хозяйственных договоров стало важной вехой в развитии отечественного права, определило актуальность проблемы возмещения не поддающихся точному подсчету убытков и обозначило соответствующий вектор развития гражданского права. Однако, к сожалению, в последствии серьезного развития обозначенная проблема не получила.

1.2. Подходы к закреплению норм о заранее оцененных убытках в странах общего и континентального права

В условиях повышения научного интереса к отдельным вопросам правогенеза проблема законодательного закрепления правовых явлений все чаще становится предметом отдельных научных исследований¹. Однако на сегодняшний день в юридической науке так и не сложилось единого подхода к определению данного понятия. Закрепление новых норм права, институционализация, с одной стороны, либо отождествляется с правогенезом², либо воспринимается исследователями как доктринальное признание некоторых правовых явлений и/или

¹ См. подробнее: *Курочкин А.В.* Концепт «правовая институционализация» и его содержание // Актуальные проблемы российского права, 2016. № 3.

² См., напр.: *Терехова Л.А., Маслов К.В.* Институционализация административного судопроизводства: правовые проблемы // Вестник Омского университета. Серия: Право, 2012. № 3. С. 65.

формализация норм на законодательном уровне (формальный подход)¹. В качестве институциональной единицы при этом выступает не только отдельный нормативный правовой акт, его раздел или глава, но и отдельная статья или даже ее структурные элементы (части, пункты)². С другой стороны, в ряде случаев институционализация не связывается с формальным признанием норм со стороны научного сообщества или законодателя, а рассматривается учеными как формирование и развитие не известных ранее тому или иному правопорядку правоотношений (содержательный подход)³.

Принимая во внимание многозначность и тесную связь сформировавшихся подходов к указанному определению, под признанием и закреплением норм права, (институционализацией) в целях настоящего исследования мы будем понимать формирование и развитие не охватываемых существующими нормами правоотношений, обуславливающую потребность в их последующем законодательном оформлении.

Отметим, что закрепление норм о заранее оцененных убытках происходило в процессе размежевания последних с договорными штрафами, определения общих подходов к основаниям их возмещения, порядку установления размеров предвидимых убытков, сферам применения и возможности их истребования при отсутствии реальных убытков.

Рассматривая конкретные подходы к закреплению положений о заранее оцененных убытках, сложившиеся в различных правопорядках, стоит оговориться, что в странах континентального права формализация новых правоотношений, как правило реализующаяся посредством принятия нормативного правового акта, не подвержена воздействию ценностных установок правоприменителя в той мере, в какой она имеет место в странах общего права, где закрепление новых норм права

¹ См., напр.: *Чеснов К.В.* Конституционно-правовая институционализация системы исполнительной власти в России: дис. ... канд. юрид. наук. Белгород, 2011. С. 53.

² См.: *Курочкин А.В.* Указ. соч. С. 40-41.

³ См.: *Ахметова Г.З.* Системная организация институтов российского договорного права // *Казанская наука*, 2013. № 9. С. 225; *Веденин В.С.* Влияние правопонимания на становление и развитие институтов российского права (на примере патентного права): дис. ... канд. юрид. наук. Владимир, 2007. С. 82; *Цинцадзе Н.С.* Традиционные неформальные правовые институты в российском частном праве: понятие, признаки и проблемы идентификации // *Вестник Тамбовского университета. Серия: гуманитарные науки*, 2012. №11. С. 357.

находит отражение в принятии решений по конкретным делам, в каждом из которых так или иначе преломляются ценностные установки судей. При этом подобного рода установки имеют скорее не индивидуальный, а преемственный характер, что объясняется стоящими перед английским или американским судьей задачами: разрешая спор, судья своим долгом считает упомянуть как можно больше подтверждающих выбранную позицию доктринальных источников (различных трактатов, научных статей, комментариев и монографий, написанных в различные эпохи и, нередко, на разных языках). В этой связи В.С. Белых отмечает, что важной особенностью английского права выступает «непрерывность и преемственность его развития»¹. Работа судьи в таком случае подобна работе ученого-исследователя, поэтому прецедент выступает не нормативным источником права, а, скорее, доктринальным источником идей, откуда юристы впоследствии черпают необходимые им конструкции, подходы и формулировки. Во многом поэтому выдающимися правоведами в странах общего права принято считать именно судей².

Таким образом, выявление подходов к закреплению норм о заранее оцененных убытках в одних случаях потребует анализа двухсотлетней судебной практики, в других – сравнительно небольшого количества актов статутного права.

Закрепление норм о заранее оцененных убытках в гражданском праве Великобритании³. Изучение гражданского законодательства стран общего права не случайно – именно там впервые складываются отношения, связанные с договорным определением убытков. Так, наиболее ранние правила определения действительности условий о заранее оцененных убытках (*liquidated damages*) встречаются в прецедентах первой половины XIX века.

Основной задачей английских судей в тот период времени являлось разграничить заранее оцененные убытки и смежные институты гражданского

¹ Белых В.С. Договорное право Англии: сравнительно-правовое исследование. Монография. М.: Проспект, 2016.

² См.: Оробинский В.В. Английское договорное право. Ростов н/Д: Феникс, 2015. С. 34-41; Белых В.С. Судебный прецедент как источник правового регулирования: спорные вопросы теории и практики // Закон, 2012. № 5.

³ Территория Великобритании поделена на три юрисдикции: Англия с Уэльсом, Шотландия и Северная Ирландия. В настоящем исследовании анализируется доктрина (прецеденты) преимущественно Англии и Уэльса. Шотландия не является страной общего права и поэтому не рассматривается в данной части исследования.

права, прежде всего это касалось штрафа (penalty). Значимость подобного разграничения объяснялась тем, что для английского договорного права недопустимо устанавливать штрафные санкции за ненадлежащее исполнение или неисполнение обязательства. Так, в русле понимания принципа свободы договора при нарушении обязательства кредитор вправе требовать возмещения убытков, но не стимулировать надлежащее исполнение угрозой применения штрафных санкций. В противном случае либо штраф выплачивается в размере, сопоставимом с понесенными убытками¹, либо условия о штрафных санкциях становятся основанием для признания недействительности самого договора или его части². Иными словами, в англосаксонском гражданском праве запрещены договорные условия о штрафах, последние признаются недействительными (ничтожными). При этом по справедливому замечанию В.С. Белых, в настоящий момент в Англии пока еще «рано говорить о пересмотре самого «правила против неустойки», которое чувствует себя в лоне английского права вполне уверенно и даже комфортно»³.

Главным критерием разграничения заранее оцененных убытков и штрафных санкций является цель закрепления таких условий в договоре. Выявляя эту цель, суд не связан буквальным толкованием договора, поскольку первой задачей суда является установление действительных намерений сторон при заключении договора. Поэтому нередко договорные условия о liquidated damages признаются судом в качестве штрафных санкций, как и удовлетворяется требование о выплате penalty, если последние фактически представляют собой заранее оцененные убытки, т.е. в ходе разрешения спора суд устанавливает подмену понятий⁴.

¹ Как в деле *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. New Garage & Motor Co Ltd* [1914] UKHL 1. Стоит отметить, что английский законодатель впоследствии закрепил данную норму в статутном праве.

² См.: Чумак Н., Рыбынок М. Введение в английское право // Закон, 2014. № 4. С. 144.

³ См.: Белых В.С. Договорное право Англии: сравнительно-правовое исследование. Монография. М.: Проспект, 2016.

⁴ См.: Белых В.С. Договорное право Англии: сравнительно-правовое исследование. Монография. М.: Проспект, 2016. С. 163-169; Белых В.С. Принцип свободы договора в английском праве: доктрина и судебная практика // Право и государство, 2015. № 4. С. 35; Ансон В. Договорное право / под общ. ред. проф. О. Н. Садикова. М.: Юрид. лит., 1984. С. 359; *Ford Motor Co v. V. Armstrong* [1915] 31 TLR 267. В случае признания условий о заранее оцененных убытках штрафом, истец не лишается права возмещения убытков в общем порядке (См.: *Wilson v. Love* [1896] 1 QB 626). Однако не всегда суду представляется возможным верно квалифицировать условия о заранее оцененных убытках (См.: *El Makdessi v. Cavendish Square Holdings BV* [2013] EWCA Civ 1539).

Цель закрепления условий о заранее оцененных убытках как критерий их разграничения со штрафными санкциями наиболее рельефно прослеживается в известном деле, в ходе которого разрешался спор между крупнейшим производителем автомобильных покрышек и его дилером¹. В частности, судья лорд Дани́дин (Dunedin) сформулировал следующее правило (принцип): «Сумма денег, об уплате которой в случае нарушения договора стороны условились, является штрафом, если она непомерна и не соответствует сумме самых крупных убытков, которые могли бы явиться результатом данного нарушения договора»². Иными словами, цель установления заранее оцененных убытков – согласование размера суммы возмещения за нарушение того или иного обязательства. В случае же возникновения спора относительно цели установления подобных условий стороны будут обязаны обосновать соответствие liquidated damages предвидимым при заключении договора убыткам.

В дополнение к этому правилу, в других делах судьи Хелсбери (Halsbury) и Мерси (Mersey) постановили, что невозможность установления точного размера убытков после их возникновения не является препятствием к возмещению заранее оцененных убытков, если при заключении договора стороны предпринимали необходимые и достаточные меры для их предварительной оценки³.

Таким образом, развитие представлений о природе исследуемого феномена предопределено действием диалектического закона единства и борьбы противоположностей: посредством сопоставления с договорными штрафами выявляется цель их закрепления в договоре, формулируются правила разграничения штрафных и восстановительных сумм, а также вырабатываются условия действительности положений договора о заранее оцененных убытках.

Ряд иных прецедентов содержит другое, не менее важное, правило, также разграничивающее штраф и заранее оцененные убытки: при заключении договора стороны должны обладать возможностью предвидеть будущие убытки, оценку

¹ См.: *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. New Garage & Motor Co Ltd* [1914] UKHL 1.

² Цит. по: *Белых В.С.* Основания и условия применения ответственности по праву Англии // Бизнес, менеджмент и право, 2007. № 3.

³ *Clydebank Engineering Co v. Castaneda* [1904] UKHL 3; *Webster v. Bosanquet* [1912] AC 394.

которых они пытаются осуществить в настоящем. При этом «английское право, - как отмечает В.С. Белых, - презюмирует, что любой разумный человек обладает предполагаемой информацией о возможных убытках, которые могут возникнуть в случае нарушения условий договора»¹. Наиболее ярко это правило проиллюстрировано в прецеденте *Hadley v. Baxendale*. Согласно материалам дела, истец поручил ответчику отвезти на ремонт и привезти обратно коленчатый вал своей мельницы. По вине ответчика коленвал был доставлен с опозданием на неделю. Истец потребовал возместить упущенную выгоду от простоя мельницы. Судья Алдерсон (Alderson) поддержал доводы ответчика, считавшего, что ремонт коленвала, как правило, не приводит к остановке всего производства. К тому же при заключении договора стороны не оговаривали риски ненадлежащего исполнения². Иными словами, возмещение заранее оцененных убытков является правомерным в случае, если стороны предвидели убытки от ненадлежащего исполнения обязательства при заключении договора. При этом такие предвидимые убытки должны закономерно возникать исходя из «обычного положения вещей». Правила об отступлении от этого подхода содержатся в другом не менее известном прецеденте *Czarnikow Ltd v. Koufos*: во избежание отказа в возмещении «необычных» рисков от нарушения договора (как то срыва в заключении сделки из-за малейшей просрочки исполнения) кредитор может поставить должника в известность о наличии и, следовательно, учете таких рисков³.

На протяжении долгого времени в прецедентах формировались и требования к оценке предвидимых при заключении договора убытков, важное значение которой во многом объяснялось ее ролью – отсутствие последней могло свидетельствовать о штрафном характере суммы возмещения. В этой связи судья лорд Данидин (Dunedin) при разрешении одного из дел отмечал, что штраф может

¹ Белых В.С. Договорное право Англии: сравнительно-правовое исследование. Монография. М.: Проспект, 2016. С. 182-191.

² *Hadley v. Baxendale* [1854] EWHC J70. Стоит отметить, что впоследствии принцип предвидимости был закреплен в ст. 74 Венской конвенции 1980 г. (См.: Конвенция ООН «О договорах международной купли-продажи товаров» (заключена в г. Вене 11.04.1980 г.) // Вестник ВАС РФ, 1994. № 1).

³ *Czarnikow Ltd v. Koufos (The Heron II)* [1967] UKHL 4 (См. также: Каранетов А.Г. Экономический анализ права. М.: Статут, 2016. С. 516).

лишь покрывать, но никак не оценивать убытки¹.

Одним из основных условий действительности договорных убытков является соблюдение дифференциации при определении суммы liquidated damages, означающей, что сторонам следует производить оценку предвидимых убытков применительно к отдельным обязательствам (условиям договора), но не для нарушения договора в целом. Так, при разрешении спора между арендаторами и арендодателем земельных участков, судьи лорды Хершел (Herschell) и Уотсон (Watson) сформулировали правило (тест)²: заранее оцененные убытки признаются штрафом, если в договорах установлены одинаковые размеры возмещения за нарушение как одного, так и нескольких условий договора, однако последствия нарушения таких условий договора несопоставимы друг с другом³. Стоит отметить, что спустя тридцать лет судья лорд Данидин (Dunedin) включит этот тест в общее правило разграничения заранее оцененных убытков и штрафа⁴.

Недавнее решение Высокого суда Великобритании по иску крупной британской нефтяной компании к сингапурской инжиниринговой компании может проиллюстрировать еще один пример необходимости дифференцированного подхода к установлению заранее оцененных убытков⁵. При подписании договора на \$75 миллионов стороны согласовали сумму liquidated damages в \$40 миллионов, признанных судом в качестве разумной оценки предвидимых убытков. Однако тот же размер liquidated damages суд впоследствии счел в качестве штрафной санкции и признал условие договора недействительным, поскольку спустя некоторое время после подписания договора стороны снизили цену последнего до \$55 миллионов, при этом не уменьшив сумму заранее оцененных убытков.

Новые прецеденты и далее продолжают уточнять требования к характеру согласованной в договоре суммы возмещения. Так, Апелляционный суд Англии и

¹ *Public Works Commissioner v. Hills* [1906] AC 368.

² Тест – правило разграничения смежных правовых явлений, имеющее прикладной характер. Формулируется в результате обобщения судебной практики.

В данном случае приводится тест на определение характера согласованной суммы, направленный на разграничение штрафа и заранее оцененных убытков.

³ *Lord Elphinstone v. Monkland Iron and Coal Co* [1886] 11 AC 332.

⁴ *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. New Garage & Motor Co Ltd* [1914] UKHL 1.

⁵ *Unaoil Ltd v. Leighton Offshore PTE Ltd* [2014] EWHC 2965.

Уэльса по делу *El Makdessi v. Cavendish Square Holdings* постановил, что заранее оцененные убытки не могут представлять собой непомерную (extravagant) и/или необоснованную (unreasonable) сумму возмещения, а, напротив, должны составлять разумную оценку предвидимых от нарушения условий договора убытков¹. Однако применение данного правила на практике отчасти затруднено сложившимся в общем праве подходом, согласно которому отсутствие реальных убытков не препятствует возмещению убытков заранее оцененных (непомерность размеров предполагает их сравнение с реальными убытками). Как отмечает в этой связи Брайн Эглстон (Brian Eggleston), проверке подвергается лишь соблюдение требований, установленных законом к конкретному виду сделок. При этом непосредственно истец не обязан доказывать нарушение условий договора, за которое предусмотрено возмещение заранее оцененных убытков².

Заранее оцененные убытки могут представлять собой не только сумму, подлежащую оплате при нарушении отдельных условий договора, но и быть определены как порядок ее исчисления. В последнем случае стороны, как правило, ограничивают размер суммы возмещения известным пределом. Иными словами, подлежащие возмещению договорные убытки не взыскиваются сверх определенной суммы. Однако наличие возможности подобного рода ограничения ответственности не предоставляет свободы определения размеров заранее оцененных убытков. В этой связи Е.С. Котова отмечает, что если максимальный размер договорных убытков не превышает величину минимально возможных (предвидимых) убытков, то это является основанием для признания таких условий недействительными³. Иными словами, заранее оцененные убытки в силу своей природы не могут являться средством ограничения гражданско-правовой ответственности. В то же время они не могут составлять и т.н. «сверхкомпенсационную» защиту кредитора (ввиду того, что английское право

¹ *El Makdessi v. Cavendish Square Holdings BV* [2013] EWCA Civ 1539.

² *Eggleston B.* Liquidated Damages and Extensions of Time: In *Construction Contracts*. 3rd ed. John Wiley & Sons, 2009. P. 72.

³ См.: Котова Е.С. Возмещение убытков при нарушении договора по английскому праву // Государство и право, 2009. № 3. С. 116.

выступает против установления в договорах штрафных санкций).

Стоит также отметить, что применение заранее оцененных убытков по гражданскому праву Англии ограничено определенными сферами и категориями участников гражданского оборота, что во многом обусловлено требованиями, предъявляемыми к действительности условий *liquidated damages*. Необходимым инструментарием и возможностью привлечения специалистов для проведения оценки предвидимых убытков обладают, как правило, лишь лица, занимающиеся предпринимательской деятельностью. К тому же именно эти участники гражданского оборота в первую очередь нуждаются в оперативном восстановлении своего имущественного положения, в том числе посредством взыскания согласованной суммы возмещения, денежного эквивалента исполнения.

Чаще всего договорные убытки используются при поставке (подсчет т.н. «мораторных убытков»¹), подрядных работах (многоэтапное строительство, пусконаладочные работы, в сфере машиностроения) и обороте ценных бумаг (чаще всего акций). Мы не можем в полной мере согласиться с позицией авторов, считающих, что применение заранее оцененных убытков в этих сферах обусловлено возможностью сравнительно точного подсчета вероятных убытков². Об обратном свидетельствует доктрина общего права и выводы, изложенные в ряде прецедентов: договорные убытки устанавливаются прежде всего в тех случаях, когда из существа отношений в будущем будет затруднительно или же вовсе невозможно исчислить последствия нарушения условий договора³. Очевидно, что в настоящее время ограничение сферы применения заранее оцененных убытков свидетельствует скорее о стремлении к снижению рисков признания судом последних в качестве штрафных санкций ввиду их запрета в английском договорном праве, чем об отсутствии у сторон возможности сравнительно точного подсчета их размера.

¹ Убытки, причиненные просрочкой исполнения обязательства.

² См.: Чумак Н., Рыбынок М. Указ. соч. С. 144.

³ См.: *Dowling E.C. Liquidated Damages*. Cornell University School of Law. 1891. (Historical Theses and Dissertations Collection). P. 4-5. Соответствующие правила содержатся и в ряде прецедентов (См.: *Irving v. Manning* [1847] 1 HL Cas 287; *Ranger v. Great Western R. Co* [1854] 5 HLC 72; *Dimech v. Corlett* [1858] 12 Moo PC 199; *Elphinstone v. Monkland Iron & Coal Co* [1886] 11 App Cas 332; *Price v. Green* [1847] 16 MW 346).

Как отмечает Мартин Вуд (Martin Wood), автор нескольких практических пособий по гражданскому праву Англии, в минувшее столетие отказ во взыскании с ответчика сумм заранее оцененных убытков являлся скорее исключением из сложившейся практики британских судов. Лишь в последние десятилетия увеличивается число решений, где суд принимает аргументы о штрафном характере сумм заранее оцененных убытков¹. Сложившаяся тенденция, на наш взгляд, не свидетельствует о смене традиционной компенсаторности английского гражданского права, а, скорее, отражает усложнение характера хозяйственных и обеспечивающих их договорных отношений, где не всегда можно однозначно установить цель закрепления того или иного условия договора, в частности, условий о заранее оцененных убытках².

Таким образом, мы можем заключить, что сложившийся в Великобритании подход к закреплению норм о заранее оцененных убытках явился результатом усложнения общественных отношений в соответствующей сфере гражданского оборота. Количественное усложнение общественных отношений (складывается массовая практика применения договорных убытков, нехватка правовой регламентации которой восполняется нормами общего права) предвещает изменения качественные – усложняется гражданский оборот, растут возможности прогнозирования вероятных убытков и, как следствие, уточняются правила допустимости условий о заранее оцененных убытках. Английские судьи, подобно ученым-теоретикам, уже на протяжении двух столетий способствуют детализации норм о заранее оцененных убытках, систематизируют выработанные правовые позиции, вычленяют общее и особенное в смежных институтах частного права.

Рассматривая сложившийся в Великобритании подход к закреплению и уточнению норм о заранее оцененных убытках, следует учитывать некоторые особенности ее доктрины и законодательства. Во-первых, нормы о заранее

¹ Wood M. Delay Damages // Sloan Plumb Wood. Legal Article. London, 2014. P. 3.

² Отечественные исследователи в ряде случаев отмечают, что заключение договора в странах общего права свидетельствует скорее не о желании сторон получить исполнение, а о стремлении возместить потери, причиненные неисполнением, в денежном выражении (См., напр.: Куликов А.А. Определение размеров убытков в английском праве: основные принципы и современные тенденции регулирования // Журнал российского права, 2004. №12. С. 112).

оцененных убытках содержатся в многочисленных прецедентах, принятых различными судебными инстанциями, что осложняет выработку общих положений рассматриваемого явления. Во-вторых, в английском праве договор определяется как некое обещание должника в пользу кредитора. При этом должником гарантируется «не реальное исполнение обязательства, а лишь поступление в имущество кредитора определенной денежной суммы»¹. Поэтому если должник принял на себя обязательство, то впоследствии он уже не сможет отказаться от его исполнения, поскольку предоставление денежного эквивалента заменяет реальное исполнение договора. Во-третьих, следствием такого подхода к договору явилось отношение к понуждению к принудительному исполнению договора: судам общего права такая возможность была неизвестна и лишь суды права справедливости начали признавать правомерность такого требования в случаях, когда денежное возмещение не удовлетворяло в полной мере интересы кредитора². В-четвертых, в Великобритании основным способом защиты при нарушении обязательств является взыскание денежного возмещения (эквивалента исполнения), формой которого выступают убытки. «Основное, на что может претендовать кредитор в случае нарушения договорного обязательства – возмещение причиненного ему ущерба путем денежной компенсации», – отмечает И.А. Зенин при исследовании гражданского и торгового права зарубежных стран³. В-пятых, в английском договорном праве сложилось отрицательное отношение к штрафам: такие условия договора признаются недействительными. Закономерным следствием чему явилось отграничение штрафа от заранее оцененных убытков, способствующему развитию цивилистических представлений о договорных убытках, выявлению их экономической и правовой природы, а также цели закрепления в договоре.

Особенности закрепления норм о заранее оцененных убытках в гражданском праве США. Гражданское право в США отнесено к ведению

¹ Зенин И.А. Гражданское и торговое право капиталистических стран. М.: Изд-во МГУ, 1992. С. 95.

² Гражданское и торговое право капиталистических государств. Учебник. Ч. 2 / Васильев Е.А., Зайцева В.В., Костин А.А., Нарышкина Р.Л., и др.; Отв. ред.: Нарышкина Р.Л. М.: Междунар. отношения, 1984. С. 36.

³ Зенин И.А. Указ. соч. С. 94.

субъектов федерации (штатов), что не может не оказывать влияние на формирование подходов к закреплению норм о заранее оцененных убытках: не существует единого подхода к форме соглашения о liquidated damages, распределению бремени доказывания обоснованности расчета суммы возмещения и условиям действительности подобного рода соглашений. Но в то же время указанные различия не оказывают существенного влияния на их содержание, поскольку дополнительные условия действительности соглашений о заранее оцененных убытках не меняют функциональную нагрузку и правовую природу договорных убытков.

Первой особенностью подхода к закреплению норм о заранее оцененных убытках в гражданском праве США является их закрепление как в законах (гражданских кодексах) штатов, так и в судебных решениях, имеющих характер прецедента. Например, § 1671 Гражданского кодекса Калифорнии признает правомерность условий о заранее оцененных убытках, если сторона, впоследствии желающая признать их недействительными, не докажет, что в момент заключения договора отсутствовала возможность их разумной оценки¹. В то же время нормы, регламентирующие отношения по возмещению заранее оцененных убытков, содержатся и во множестве прецедентов, получивших признание на уровне группы штатов или федерации в целом и применяющихся в части, не противоречащей закону. К тому же не исключается возможность применения в США судебных прецедентов, принятых на территории Великобритании.

Следующей особенностью является отсутствие единого подхода к регламентации условий о заранее оцененных убытках. В части штатов имеются формальные требования к условиям, ограничивающим ответственность —

¹ California Civil Code. URL: http://www.leginfo.ca.gov/html/civ_table_of_contents.html (Дата обращения: 01.06.2016). Аналогичные нормы содержат гражданские кодексы Джорджии, Монтаны, Оклахомы и Северной Дакоты (Code of Georgia Annotated. URL: <http://www.legis.ga.gov/en-US/default.aspx> (Дата обращения: 01.06.2016); Montana Code Annotated. URL: http://leg.mt.gov/bills/mca_toc/ (Дата обращения: 01.06.2016); Oklahoma Stat. Annotated. URL: <http://www.oklegislature.gov/osstatuestitle.html> (Дата обращения: 01.06.2016); North Dakota Century Code. URL: <http://www.legis.nd.gov/general-information/north-dakota-century-code> (Дата обращения: 01.06.2016)).

последние должны быть оформлены заглавными буквами или жирным шрифтом¹, юрисдикция других штатов ограничивает сферу применения договорных убытков². Ряд прецедентов вводит дополнительные правила к форме оговорки о заранее оцененных убытках в виде ссылки на другой документ («clear reference»): условия о liquidated damages будут иметь силу в том случае, если содержащий порядок расчета убытков (или их конкретный размер³) документ имелся у обеих сторон и отсутствуют сомнения в их подлинности и тождестве⁴. Юрисдикции штатов не выработали и единого подхода относительно распределения бремени доказывания штрафного характера условий о заранее оцененных убытках (процессуальный аспект). Так, в судебной тяжбе крупной сети отелей «Ramada» против центра профессионального развития «Cusack Development» суд возложил бремя доказывания несоразмерности размера возмещения на ответчика⁵. В другом деле бремя обоснования справедливости размера liquidated damages было возложено на истца как на сторону, имеющую непосредственный доступ к необходимым доказательствам⁶.

Третьей особенностью подхода к закреплению норм о заранее оцененных убытках в гражданском праве США выступает наличие двух диаметрально противоположных подходов к возможности возмещения договорных убытков при отсутствии убытков реальных в ключе соотношения принципов свободы договора и справедливости. Обобщение судебной практики по этому вопросу произошло

¹ Подобная форма фиксации свидетельствует о бесспорном ознакомлении с условиями договора, ограничивающими гражданско-правовую ответственность, обеими сторонами (См.: *Advanced Tubular Products Inc. v. Solar Atmospheres Inc.* [2004] WL 540019).

² Как правило, применение заранее оцененных убытков ограничивается сферой предпринимательских отношений (См.: *McKenna J.F.* The critical path. Spring, 12 may 2008. P. 2).

³ Доказательством обоснованности размера заранее оцененных убытков является наличие методики расчета будущих убытков, представленной, например, в виде произведения средних ежемесячных лицензионных платежей и времени устранения нарушения (См.: *Lafiura D.R., Sager D.S.* Liquidated Damages Provisions and the Case for Routine Enforcement // *Franchise Law Journal*, 2001. P. 176).

⁴ См., напр.: *Standard Bent Glass Co v. Glassrobots Oy* [2003] 333 F.3d 440; *Westinghouse Elec. Supply v. Fidelity and Deposit Co of Maryland* [1977] 560. F.2d 1109; *Kaye v. Macari Bldg. & Design Inc.* [2007] 967 So. 2d 1112.

⁵ *Ramada Franchise Sys. Inc. v. Cusack Dev. Inc.* [1999] WL 165702.

⁶ *Pacheco v. Scoblionko* [1987] 532 A.2d 1036. Стоит отметить, что в США соразмерность размера договорных убытков является вопросом права судьи, но никак вопросом факта для присяжных, как это имеет место при разрешении дел в сфере потребительского права (См.: *Donald Wassenaar v. Theanne Panos* [1983] 111 Wis. 2d 518.) В этом ключе можно вспомнить решение присяжных по делу «*Liebeck v. McDonald's*», по которому суд обязал крупнейшую сеть фастфуда выплатить штраф в размере \$2,7 миллиона в пользу пожилой дамы, обжегшейся кофе (См.: *Liebeck v. McDonald's Restaurants* [1995] WL 360309).

при разбирательстве дела *Guiliano v. Cleo Inc.*¹, где судьи проанализировали более трех десятков прецедентов, принятых в различных штатах с 1867 по 1998 гг. и пришли к выводу, что в США сформировалось два территориальных подхода к определению правомерности взыскания сумм liquidated damages при отсутствии реальных убытков.

Согласно первому (ретроспективному) подходу, сложившемуся в части американских штатов², суд проверяет соразмерность сумм заранее оцененных и реальных убытков и лишь принимает во внимание наличие затруднений в определении размеров убытков в момент заключения договора как условие включения в текст оговорки о liquidated damages. В случае значительного (кратного) превышения договорных убытков суммы убытков реальных, первые признаются штрафом и взыскиваются лишь в части, не превышающей размер реальных убытков³.

В других штатах⁴ сложился иной (проспективный) подход, согласно которому суды обращают внимание на фактическую невозможность или трудность установления размеров убытков при заключении договора, а также разумность предпринятой сторонами оценки возможных убытков. А поскольку суд обязан уважать намерения сторон, которыми те руководствовались при заключении договора, постольку с должника взыскиваются заранее оцененные убытки и при отсутствии реальных убытков.

В рассматриваемом выше деле суд отступил от ретроспективного подхода, умаляющего значение намерений сторон при заключении договора, поскольку стороны, согласовывая условия о заранее оцененных убытках, изначально

¹ *Guiliano v. Cleo Inc.* [1999] 995 S.W.2d 88.

² Таких как Алабама, Вермонт, Висконсин, Небраска, Нью-Гемпшир, Нью-Йорк, Огайо, Техас и Западная Виргиния.

³ Однако разбирая одно из дел, Апелляционный суд США по Восьмому федеральному апелляционному округу постановил, что в случаях, когда точную сумму ущерба определить невозможно или затруднительно, единственный факт значительного превышения согласованной сторонами суммы договорных убытков размера действительных убытков не свидетельствует о штрафной природе согласованных убытков (См.: *Winthrop Resources Corporation v. Eaton Hydraulics, Inc.* [2004] 361 F.3d 465).

⁴ Такому подходу придерживается Верховный суд США, суды Аляски, Арканзаса, Делавэра, Джорджии, Калифорнии, Колорадо, Коннектикута, Миннесоты, Миссисипи, Миссури, Мэриленда, Северной Каролины, Северной и Южной Дакоты, Флориды и Юты.

стремятся избежать рисков, связанных с невозможностью или трудностью определения в будущем размеров реальных убытков, и рассчитывают на экономическую эффективность правового инструмента и оперативность восстановления своего имущественного положения. Однако применение ретроспективного подхода, по мнению суда, противоречит принципу справедливости, поскольку лишает стороны подобной уверенности, по сути игнорирует их волеизъявление и противоречит частноправовой природе *liquidated damages*.

На сегодняшний день при разрешении споров о возмещении заранее оцененных убытков суд проверяет разумность оценки предвидимых убытков и наличие затруднений при их подсчете. Реальные убытки, возникшие после нарушения обязательства, отныне не имеют юридического значения при возмещении заранее оцененных убытков.

Подводя итог, мы можем заключить следующее. Во-первых, отличительным признаком сформировавшегося подхода к закреплению норм о заранее оцененных убытках в гражданском праве США выступает отсутствие единства к требованиям действительности подобного рода условий. Во-вторых, американское договорное право не выработало единого для всех штатов подхода к распределению бремени обоснования справедливости размера *liquidated damages*, их соразмерности с реально понесенными убытками. Отсутствует единый подход и по отношению к сферам применения заранее оцененных убытков. В-третьих, в США не сложилось единого подхода к закреплению норм о заранее оцененных убытках: в ряде штатов нормы о договорных убытках закрепляются на уровне законов (кодексов), в других – находят закрепление в многочисленных прецедентах. В-четвертых, указанные отличия в регламентации условий о договорных убытках, в свою очередь, не оказывают влияние на их природу, сущность и функциональную нагрузку. С другой стороны, подобное положение дел способствует унификации норм (наглядный пример тому – упомянутое дело *Guiliano v. Cleo Inc.*, в ходе разрешения которого был выработан единый подход к значению реальных убытков при возмещении убытков заранее оцененных). В-пятых, США является страной общего

права, что обуславливает сохранение в ее законодательстве фундаментальных начал и логики английского договорного права, рецепцию идей английской правовой традиции. В частности, к этому можно отнести восприятие американскими судами подхода к соотношению принципов справедливости и свободы договора, сложившемуся в Англии (относительно действительности условий о заранее оцененных убытках).

Закрепление норм о заранее оцененных убытках в гражданском праве стран континентальной Европы. В рассмотренных выше правопорядках иски о понуждении к исполнению обязательства в натуре не пользуются той популярностью, какой они пользуются в странах континентальной Европы – в Великобритании и США стороны прибегают к защите своих нарушенных прав посредством предъявления исков о возмещении убытков. В английской судебной практике даже закрепился подход, согласно которому договорное обязательство гарантируется скорее возмещением убытков, чем возможностью принуждения к его исполнению¹.

Еще в 30-е гг. прошлого столетия советские цивилисты объясняли такое положение дел отсутствием в буржуазном праве приоритета реального исполнения договоров, подменой реального исполнения обязательством по возмещению убытков. Как отмечал С.И. Фиделев, для капиталиста не важно, будет ли исполнено обязательство, а важно лишь «сохранение тех прибылей, для получения которых частные собственники вступают друг с другом в договорные отношения»². Дореволюционные же исследователи гражданского права видели причину в ином – влиянии распространенной на страницах юридической литературы точки зрения, согласно которой допустима трансформация обязательства в денежную форму. Иными словами, любой договор самодостаточен в той мере, в какой содержит подразумеваемое условие (обязательство) по возмещению убытков³.

¹ См.: Комаров А.С. Ответственность в коммерческом обороте. М.: Юрид. лит., 1991. С. 14.

² Фиделев С.И. Там же.

³ См.: Кривцов А.С. Общее учение об убытках. Юрьев: тип. К. Маттисена, 1902. С. 29-32. Такая точка зрения господствовала в Германии с конца XIX века. Стоит отметить, что немецкие цивилисты для объяснения тех или иных правовых явлений часто прибегают к так называемым «подразумеваемым» условиям договоров.

Континентальное право, в отличие от общего права, допускает применение штрафных санкций для стимулирования должников к надлежащему исполнению обязательств. Однако устрашение должников выплатой штрафа за ненадлежащее исполнение обязательства считалось нормой для права XVIII века¹. С тех пор прошло уже более трехсот лет, сменились политико-экономические и социальные условия жизни общества, и подобный подход перестал отвечать современным принципам права. Постепенно законодатель, внедряя принцип компенсаторности гражданского права, начал ограничивать сферы применения и произвол кредиторов в определении размеров штрафных санкций. Правопорядки некоторых стран вовсе отказались от возможности стимулирования к исполнению обязательства посредством штрафов (в первую очередь это страны общего права).

Обозначенная тенденция нашла свое отражение и на наднациональном уровне: международными организациями были предприняты серьезные усилия по унификации и совершенствованию национального законодательства по вопросу определения правовой природы согласованных сумм на случай нарушения договора. Первой вехой в этом направлении стало принятие Резолюции Совета Европы о штрафных оговорках в гражданском праве от 20 января 1978 г.², второй – Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН о Единообразных правилах, касающихся договорных условий о согласованной сумме, причитающейся в случае неисполнения обязательства, принятой 19 декабря 1983 г.³.

Считая, что неопределенность содержания условий о согласованной сумме возмещения, складывающаяся в результате различного толкования таких положений в разных правовых системах, сдерживает развитие международных

¹ Как отмечается в зарубежной литературе, первоначально законодательство многих европейских государств не проводило четкого различия между компенсационными и сверхкомпенсационными мерами ответственности (См.: *Monteiro A.P.* Clause Penale / Penalty Clause / Verstragsstrafe // *European Review Private Law*, 2001 (Цит. по: *J. Frank McKenna*. Liquidated Damages and Penalty Clauses: A Civil Law versus Common Law Comparison // *The Critical Path*, 2008).

² Penal clauses in civil law: resolution (78) 3 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 20 January 1978 and explanatory memorandum [Prepared by a Committee of Experts on Penalty Clauses in Civil Law] Strasbourg: Council of Europe, 1978. URL: https://catalyst.library.jhu.edu/catalog/bib_1881906 (Дата обращения: 01.06.2016).

³ Единообразные правила, касающиеся договорных условий о согласованной сумме, причитающейся в случае неисполнения обязательства: резолюция (Комиссия ООН по международному торговому праву (ЮНСИТРАЛ)).

торговых обменов, рабочая группа по международной договорной практике по итогам пятилетней работы приняла проект соответствующей конвенции. Генеральная Ассамблея ООН, в свою очередь, рекомендовала государствам «серьезным образом рассмотреть» принятые Комиссией ООН по праву международной торговли Единообразные правила, и, «где это уместно, применять их либо в форме типового закона, либо в форме конвенции»¹.

Примечательно, что Комиссия поручила рабочей группе не только выработать единообразные нормы, но и рассмотреть возможность унификации права, касающегося оговорок о заранее оцененных убытках и штрафных неустойках. Положительный ответ по второму вопросу был оформлен рекомендацией Генеральной Ассамблеи ООН по применению Единообразных правил в том числе в форме типового закона – политико-правового средства унификации законодательства государств, образца их будущих законодательных решений.

Изжитость карательной и господство более эффективной с экономической точки зрения компенсаторной функции гражданского права нашло отражение в ст. 8 Единообразных правил, согласно которой согласованная сумма может быть уменьшена судом или арбитражем, если последняя существенно несоразмерна ущербу, понесенному кредитором. Соответствующие нормы мы находим и в современном позитивном праве стран континентальной Европы.

В этой связи считаем необходимым поддержать позицию А.С. Пановой, полагающей, что на сегодняшний день «продолжается естественный процесс сближения континентального правового режима с англо-американским правопорядком. В странах Западной Европы складывается отрицательное отношение к соглашениям, превращающим неустойку из средства компенсации действительных убытков в наказание для должника. Поскольку считается, что размер неустойки должен приближаться к размеру действительно понесенных

¹ Резолюция 38/135 Генеральной Ассамблеи / Ежегодник за 1983 год, часть первая, раздел D. С. 369. URL: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/sale_goods.html (Дата обращения: 01.06.2016).

потерь»¹.

Ввиду этого, прежде чем анализировать нормы о заранее оцененных убытках в гражданском праве стран континентальной Европы, кратко рассмотрим природу неустойки согласно догме отечественного гражданского права. Так, Гражданский кодекс РФ, определяя неустойку как родовое, а пени и штрафы – как видовые понятия, обуславливает карательную (штрафную) функцию последней². В доктрине также превалирует точка зрения, согласно которой неустойке присуща именно карательная функция, она имеет природу штрафа³. При этом во многих исследованиях, посвященных правовой природе неустойки, отечественные цивилисты склонны видеть предмет своего исследования в нормах о французских *dommages-interets*, немецких *pauschalierung von schadenersatzansprüchen*, итальянских *liquidazione convenzionale del danno*, и даже англо-американских *liquidated damages*.

Подобный подход отечественных исследователей представляется нам спорным. Заметим, что законодательство и доктрина гражданского права стран континентальной Европы проводит четкую демаркационную линию между штрафными санкциями и договорными убытками. Примерами могут послужить положения французского и германского гражданского законодательства. Так, Кодекс Наполеона содержит нормы как о договорных штрафах (*la clause penale*), так и положения о *dommages-interets (certain sum)*, под которыми понимаются оцененные в самом договоре убытки⁴. При этом размер штрафа и договорных убытков как согласованной суммы может быть снижен ввиду его несоразмерности. Германское гражданское уложение также проводит различие между заранее оцененными убытками (*pauschalierung von schadenersatzansprüchen*) и штрафами

¹ Панова А.С. Особенности возмещения убытков и взыскания неустойки за поставку товаров ненадлежащего качества // Право и экономика, 2015. № 1. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

² Гражданский кодекс РФ (часть первая) от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 23.05.2016 г.) // Российская газета, 1994. № 238-239.

³ Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. II: Обязательственное право / Отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., стереотип. М.: Статут, 2011. С. 90 (автор главы – В.С. Ем).

⁴ См.: Годэмэ Е. Общая теория обязательств / Пер. с франц. И.Б. Новицкого. М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. С. 394-395.

(vertragsstrafe), признавая первые минимальной суммой возмещения¹. При этом германский закон позволяет ограничивать размер лишь штрафа, но не заранее оцененных убытков, если последние, в свою очередь, не будут подменять собою условия о штрафе².

Италия, пожалуй, является единственной страной, гражданское законодательство которой не содержит понятия штрафа или заранее оцененных убытков. При этом данное обстоятельство вовсе не означает отсутствия представлений о заранее оцененных убытках в итальянском гражданском праве³. Разнородные понятия *clausola penale* и *liquidazione convenzionale del danno*, соответственно означающие договорной штраф и заранее оцененные убытки, выработаны и закреплены непосредственно итальянской цивилистической доктриной.

Различия в характере и правовой природе согласованной суммы, подлежащей оплате при нарушении договора, могут быть проиллюстрированы делом, разрешенным Верховным судом Португалии в 2003 году⁴. Стороны предусмотрели в договоре проката штраф, размер которого определялся пропорцией между риском нарушения договора и снижением рыночной цены арендуемого автомобиля. Иными словами, штраф представлял собой заранее оцененные убытки, порядок определения их размера. В этой связи сумма последних была взыскана с должника в полном объеме.

В этой связи стоит согласиться с мнением А.Г. Карапетова, согласно которому именно от намерений сторон при заключении договора зависит правовое

¹ См.: Германское право: Гражданское уложение / Пер. с нем. Ч. 1 / Науч. ред. В.В. Залесский; пер. Н.Г. Елисеев, А.А. Лизунов, Н.Б. Шеленкова; введ.: В. Бергман, Е.А. Суханов. М.: МЦФЭРМ, 1996. С. 76.

² См.: The Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> (Дата обращения: 01.06.2016). Такие же нормы содержит гражданское законодательство Нидерландов и Швейцарии (См.: Civil Code of the Netherlands. URL: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm> (Дата обращения: 01.06.2016), Code des Obligations Suisse. URL: http://lexinter.net/LOTWVers4/code_des_obligations.htm (Дата обращения: 01.06.2016). Законодательство Бельгии устанавливает дополнительное условие взыскания штрафной санкции – основная часть основного обязательства должна быть исполнена сторонами. Однако положений о заранее оцененных убытках Гражданский кодекс Бельгии не содержит (См.: Code Civil Belge URL: <http://just.fgov.be/> (Дата обращения: 01.06.2016)).

³ Codice Civile Italiano. URL: <http://www.studiocataldi.it/codicecivile/> (Дата обращения: 01.06.2016). Идентичные нормы содержит и гражданский кодекс Португалии (The Portuguese Código Civil URL: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis (Дата обращения: 01.06.2016)).

⁴ См.: Recent case law // European Review of Private Law, 2004. № 4. P. 552.

регулирование и реализация его условий. В одном случае стороны стремятся принудить и стимулировать надлежащее исполнение, в другом – внести «стабильность и предсказуемость в вопрос о последствиях того или иного нарушения (договора. – *А.В.*)» путем составления калькуляции предвидимых убытков¹. При этом последнее в полной мере способствует повышению эффективности правового регулирования складывающихся между юридически равными и автономными субъектами отношений, которые «требуют стабильности в статике и заранее обозначенной правовой предсказуемости в динамике»².

В юридической литературе популярна точка зрения, согласно которой исследуемый феномен имеет место лишь в странах общего права. Однако в законодательстве стран и континентального права мы находим закрепление норм о заранее оцененных убытках, наряду с нормами о неустойке в том значении, котором ей придает отечественная доктрина и догма гражданского права.

Так, Закон ФРГ «Об общих условиях заключения сделок» 1976 г.³ в п.п. 5-6 §11 разграничивает нормы о заранее оцененных убытках (*pauschalierung von Schadensersatzansprüchen*) и неустойки (*vertragsstrafe*). Согласно п. 5 §11 закона под первыми немецкий законодатель понимает «округленную» сумму предвидимых убытков, способ возмещения потерь кредитора, в частности, связанный с уменьшением меновой стоимости предмета договора. При этом размер договорных убытков не должен превышать размеров убытков, возникающих из «обычного хода вещей». Так, проф. Гюнтер Трейтел (*Guenter Treitel*) замечает, что при установлении несоразмерности заранее оцененных убытков с убытками предвидимыми, суд, руководствуясь §§ 138, 242 Германского гражданского уложения признает подобное условие договора недействительным как

¹ *Каранетов А.Г.* Неустойка как средство защиты прав кредитора в российском и зарубежном праве. М.: Статут, 2005.

² *Микрюков В.А., Микрюкова Г.А.* О методе гражданского права // Вестник Пермского университета. Юридические науки, 2013. № 1(9). С. 163; *Микрюков В.А.* Принцип добросовестности – новый нравственный ограничитель гражданских прав // Журнал российского права, 2013. № 6. С. 22.

³ *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.* URL: <https://dejure.org/gesetze/AGBG> (Дата обращения: 01.06.2016). С 01.01.2002 г. в ходе реформы обязательственного права указанный закон инкорпорирован германским законодателем в Гражданское уложение. На сегодняшний день разграничение заранее оцененных убытков и неустойки можно встретить в частности в п. 5-6 §309 Германского гражданского уложения, дословно воспроизводящие положения §11 Закона «О справедливых условиях договора».

противоречащем добрым нравам или принципу добросовестности¹.

Несмотря на отличия, присущие гражданскому законодательству стран континентальной Европы, мы все же можем выделить сходные тенденции его развития. В их основе лежит стремление капитала к дальнейшей концентрации, его интернационализация, требующая формирование единых стандартов регулирования экономических отношений. При этом, как справедливо отмечает Т.Н. Нешатаева, связанность и взаимное влияние друг на друга множества правовых систем составляет «объективную реальность, проистекающую из реальности существования человека»². В рамках же рассматриваемой проблемы стоит согласиться с мнением А.С. Пановой, что «сближение различных правовых систем объясняется непрекращающимися в мировой экономике глобализационными процессами, обусловленными ограниченностью национальных рынков, заинтересованностью правительств в продвижении товаров местных производителей за пределы национальных регионов, а также стремлением инвесторов вкладывать финансы в зарубежные проекты»³. Реализации этой задачи, в частности, способствует деятельность Комиссии ООН по праву международной торговли. Результатом такой работы стало принятие Резолюции о Единообразных правилах, касающихся договорных условий о согласованной сумме, причитающейся в случае неисполнения обязательства, унифицирующих нормы о штрафных неустойках и заранее оцененных убытках. При этом, как отмечалось в докладе рабочей группы, Единообразные правила будут «служить образцом для национального законодательства», а их принятие в форме конвенции обеспечит «наибольшую вероятность унификации противоречащих друг другу норм общего

¹ См.: *Treitel G.H. Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account.* Oxford: Clarendon Press, 1988. P. 228 (Цит. по: *Каранетов А.Г.* Неустойка как средство защиты прав кредитора в российском и зарубежном праве. М.: Статут, 2005).

² *Нешатаева Т.Н.* Судебный прецедент и права человека // Российский ежегодник Европейской конвенции по правам человека (Russian yearbook of the European convention on human rights) / Д.В. Афанасьев, М. Визентин, М.Е. Глазкова и др. М.: Статут, 2015. Вып. 1: Европейская конвенция: новые «старые» права.

³ *Панова А.С.* Указ. соч.; См. также: Международные стандарты регулирования предпринимательской деятельности (бизнеса): спорные вопросы теории и практики / В.С. Белых, И.А. Игнатьева, О.В. Вагина, Д.А. Гаврин, А.С. Панова, Е.П. Щекочихина // Бизнес, менеджмент и право, 2014. № 1. С. 19.

гражданского права по этому вопросу»¹. В этой связи А.И. Абдуллин справедливо отмечает, что принятие подобного рода правил способствует унификации правового регулирования частноправовых отношений, устраняя необходимость использования коллизионно-правового метода². В свою очередь А.С. Комаров, оценивая результаты такого рода унификации, пишет: «В отраженных в этих документах компромиссах, безусловно, проявляются доминирующие тенденции развития объективного права, указывающие в известной мере на перспективы совершенствования норм позитивного национального права, пока еще отличающихся от международного стандарта»³.

Важность процесса адаптации заранее оцененных убытков к потенциальному использованию их в странах различных правовых системах подтверждается и тем фактом, что во время разработки Единообразных правил Комиссия ООН по праву международной торговли вела работу и над исследованием правовых последствий установления нового международного экономического порядка. В результате в 1987 году Комиссия, в русле тенденции интернационализации капитала (лоббирование интересов ТНК), приняла Руководство по составлению международных контрактов на строительство промышленных объектов с отдельной главой, посвященной оговоркам о заранее оцененных убытках и штрафных неустойках⁴. Примечательно, что Руководство определяет исследуемый феномен в качестве одного из методов возмещения понесенного ущерба, подчеркивая тем самым ее компенсаторную природу.

Таким образом, с конца 70-х гг. прошлого столетия ведется работа по

¹ Комиссия Организаций объединенных наций по праву международной торговли. Пятнадцатая сессия. Нью-Йорк, 26 июля - 6 августа 1982 г. A/CN. 9/219. 28 мая 1982 г.. Проект единообразных правил, касающихся оговорок о заранее оцененных убытках и штрафных неустойках. URL: <http://www.uncitral.org/uncitral/ru/commission/sessions/15th.html> (Дата обращения: 01.09.2016). В то же время в мировой практике наблюдается и обратный процесс – фрагментации международного права (См., напр.: *Неишатаева Т.Н.* Европейская конвенция по правам человека и интеграция интеграций: пути преодоления фрагментации международного права // *Международное правосудие*, 2015. № 4. С. 3-10).

² См.: *Абдуллин А.И.* К вопросу об унификации в международном частном праве // *Известия высших учебных заведений. Правоведение*, 1998. №1. С. 184-185.

³ *Комаров А.С.* Регулирование возмещения убытков при нарушении договора в коммерческом обороте стран с развитой рыночной экономикой и международной торговле (состояние и тенденции): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1994. С. 6.

⁴ Правовое руководство ЮНСИТРАЛ по составлению международных контрактов на строительство промышленных объектов (принято ЮНСИТРАЛ 14 августа 1987 г.) URL: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/procurement_infrastructure/1988Guide.html (Дата обращения: 01.09.2016).

принятию международных стандартов, касающихся норм о заранее оцененных убытках. Приведение национального законодательства в соответствие с такими стандартами означает качественно новый этап в развитии гражданского законодательства развитых стран, что объясняется двумя обстоятельствами. Во-первых, выработка соответствующего стандарта основывалась не на результатах комментирования национального законодательства и обоснования внесения в него изменений, а опиралась на сравнительно-правовые исследования ведущих научных центров стран-участниц Комиссии¹. Метод сравнительного права, выявляющий объективную связь между нормами стран различных правовых систем, в данном случае применялся не столько в сугубо практических целях, сколько в определении теоретических предпосылок унификации норм о заранее оцененных убытках.

Во-вторых, в ходе длительного обсуждения Единообразных правил только развивающиеся страны, пребывая лишь на стадии формирования типичных институтов рыночной экономики, высказывали сомнения относительно «первоочередного внимания унификации в этой области»². Развитые же страны, напротив, осознавали необходимость в наличии образца для национального законодательства, обеспечивающего унификацию противоречащих друг другу норм гражданского права о заранее оцененных убытках и штрафных неустойках³. Таким образом, существует объективная связь между отношением к унификации норм о заранее оцененных убытках и уровнем развития национального права и гражданского оборота (экономики региона).

Так или иначе гражданское законодательство стран континентальной Европы пошло по пути унификации норм о согласованной сумме, подлежащей оплате при неисполнении обязательства. Значительную роль в этом сыграла деятельность

¹ На момент принятия проекта Единообразных правил, касающихся оговорок о заранее оцененных убытках и штрафных неустоек в рабочую группу входили следующие государства-члены Комиссии: Австрия, Чехословакия, Франция, Гана, Гватемала, Венгрия, Индия, Япония, Кения, Филиппины, Сьерра-Леоне, Тринидад и Тобаго, СССР, Великобритания и Северная Ирландия, США,

² К числу таких стран можно отнести Венесуэлу. (См.: Комиссия Организаций объединенных наций по праву международной торговли. Пятнадцатая сессия. Нью-Йорк, 26 июля - 6 августа 1982 г. A/CN. 9/219. 28 мая 1982 г.. Проект единообразных правил, касающихся оговорок о заранее оцененных убытках и штрафных неустойках. Анализ ответов, полученных от правительств и международных организаций).

³ Там же.

рабочей группы по международной договорной практике Комиссии ООН по праву международной торговли. Разграничение природы согласованных сумм как штрафной неустойки или заранее оцененных убытков прослеживается как на уровне юридической доктрины, так и на уровне национального законодательства.

Резюмируя изложенное, стоит отметить, что социально-экономические, политические и географические условия развития общества и правопорядка с неизбежностью оказывают существенное влияние на подходы к закреплению норм о заранее оцененных убытках. Различия в подходах определяются характером нормативного оформления феномена, сложившимися традициями при осмыслении функций частного права (допустимость карательной составляющей), а также степенью автономности воли сторон при формировании механизмов договорной ответственности. В то же время, объединяет сложившиеся подходы цель практического и теоретического обособления соответствующих норм, сферы применения договорных убытков, субъектный состав, а также диспозитивный характер норм о заранее оцененных убытках.

Подводя итог изучению подходов к закреплению норм о заранее оцененных убытках в странах общего и континентального права, мы можем сделать следующие выводы:

1. Выделяется несколько подходов к закреплению норм о заранее оцененных убытках, обусловленных социально-экономическими, политическими и географическими условиями развития общества и правопорядка (системой права). В одном случае соответствующие нормы закрепляются в большом числе прецедентов (характерно для гражданского права Великобритании). В другом случае отсутствие единого подхода к закреплению соответствующих норм обусловлено федеративным устройством государства: нормы о заранее оцененных убытках закрепляются на уровне прецедентов, статутного права или же сочетают такие подходы (характерно праву США). В третьем случае закрепление осуществляется преимущественно на законодательном уровне (как правило, характерно правопорядкам стран континентальной Европы).

2. Объективному развитию цивилистических представлений о заранее

оцененных убытках способствовало их доктринальное и практическое сопоставление с договорными штрафами (штрафной неустойкой). Различия в подходах относительно действительности договорных условий о штрафах в английской системе общего права и континентальной правовой системе предопределили отношение национального законодателя к заранее оцененным убыткам. Так, в странах общего права, где штрафные условия договора признаются недействительными в силу их противоречия компенсаторной природе частного права, договорное определение убытков находит самое широкое применение. Напротив, в странах континентального права, где штрафные условия договора признаются действительными, мы не находим единого подхода к закреплению рассматриваемых норм: последние оформляются принятием законодательного акта, либо воспринимается под влиянием процесса интернационализации частного права, либо же вовсе неизвестны законодательству отдельных стран континентального права.

3. Нормы о заранее оцененных убытках явились предметом сравнительно-правового анализа ведущих научных центров стран-участниц рабочей группы Комиссии ООН по праву международной торговли. В результате рабочей группе удалось выявить функции и отличительные характеристики заранее оцененных убытков как меры договорной ответственности опосредовано, вне связи с нормами той или иной правовой системы.

Иными словами, Единообразные правила, касающиеся договорных условий о согласованной сумме, причитающейся в случае неисполнения обязательства, составили компромисс: с одной стороны, восприняли стандарт (традицию) договорной практики Англии, с другой – были максимально адаптированы к правопорядкам стран, относящихся к различным правовым системам. Принятие Единообразных правил видится нам попыткой наднационального оформления норм о заранее оцененных убытках вследствие выхода капитала за национальные границы и тенденции к интернационализации хозяйственных отношений.

4. Ведение активной законотворческой деятельности в современной России при этом видится невозможным без обращения к исследованному опыту

применения и закрепления норм о договорном механизме определения убытков. В свою очередь, эффективность подобного рода мер в правовых реалиях России напрямую зависит от их адаптации, проведенной путем критического анализа норм о заранее оцененных убытках, закрепленных в правоприменительной практике стран общего права, законодательстве стран континентального права и рассмотренных результатов наднационального оформления положений о договорных убытках.

1.3. Правовая природа, понятие и признаки заранее оцененных убытков

Понятие составляет логическое обобщение предметов по их специфическим, отличительным признакам. При этом большая научная значимость понятия достигается благодаря выявлению наиболее существенных признаков, составляющих его содержание¹. Ценность понятия как формы отражения мира достигается и благодаря тому, что переход к нему от чувственных форм познания сопровождается применением сразу же нескольких общенаучных методов исследования, таких как анализ и синтез, сравнение и обобщение, индукция² и дедукция, абстрагирование и идеализация.

Со времен Аристотеля все существенные признаки понятия принято делить на родовые, ограничивающие предметы каким-либо классом, и видовые, определяющие качества, которыми не обладают другие предметы этого класса. Не отступая от сложившейся традиции, выявим существенные признаки заранее оцененных убытков, составляющие их понятие. При этом стоит оговориться, что в настоящем параграфе рассматривается сам феномен заранее оцененных убытков³ как предмет опытного знания, как отражение идеи договорной

¹ Философский словарь / Под ред. И.Т. Фролова. 7-е изд., перераб. и доп. М.: Республика, 2001. С. 437.

² Индукция, как вывод об общих свойствах предметов на основе изучения большого количества отдельных событий, составляет основной метод научного познания. Однако наиболее достоверное знание приобретает благодаря сочетанию нескольких методов научного познания.

³ Существуют несколько интерпретаций дословного перевода термина «liquidated damages» как «заранее оцененных убытков». Наибольший интерес из них представляют следующие: а) исключение (ликвидация, погашение) в будущем требования кредитора на возмещение убытков в общем порядке; б) имеющие заранее известное значение, а потому учтенные на будущее (ликвидные), убытки.

ответственности, не ограничивающаяся рамками отдельно взятого правопорядка.

Заранее оцененные убытки есть денежная сумма. Данный признак исследуемого феномена тесно связан с юридическим понятием убытков и соотношением последних с экономической категорией ущерба. По мнению Л.А. Лунца, возмещение убытков представляет собой «уплату эквивалента», а сами убытки – «денежную оценку» ущерба¹. Обозначенной позиции придерживаются большинство ученых-цивилистов². Иными словами, убытки являют собой правовое мерило не всегда поддающегося точному расчету экономического ущерба.

Гражданское право зарубежных стран в той же степени признает заранее оцененные убытки в качестве денежной суммы или порядка определения ее размера³. Так, Оксфордский юридический словарь определяет «liquidated damages» не иначе как денежную сумму, согласованную сторонами договора в качестве возмещения за нарушение договора⁴.

В отечественной литературе сложилось отрицательное отношение к предварительному исчислению убытков, поскольку такой подход, по мнению авторов, порождает некую «концепцию фикций», лишенную тесной связи с конкретной хозяйственной ситуацией⁵. Так, В.К. Райхер приходит к выводу, что заранее производимая оценка будущих убытков есть «чистейшая фикция», поскольку, по мнению ученого, трудно определить убытки после нарушения договора и практически невозможно – в момент его заключения⁶. В.В. Васькин, анализируя концепцию нормативных убытков, приводит другой тезис

¹ Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Указ. соч. С. 365.

² См.: Агарков М.М. Понятие убытков в международном праве // Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. II. М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. С. 319; Комаров А.С. Ответственность в коммерческом обороте. М.: Юрид. лит., 1991. С. 32; Малеин Н.С. Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях. М.: Наука, 1968. С. 91; Рыженков А.Я. Компенсационная функция советского гражданского права: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1981. С. 70; Смирнов В.Т., Собчак А.А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве: Учебное пособие. Л., 1983. С. 58.

³ Dowling E.C. Op. cit. P. 1; Wood M. Op. cit. P. 2; Real Estate Investments in Germany: Transactions and Development / M. Mütze, T. Senff, J.C. Möller. Leipzig: le-tex publishing services oHG., 2012. P. 163.

⁴ Oxford Dictionary of Law. 5th ed. New York: Oxford University Press, 2003. P. 133.

⁵ Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Указ. соч. С. 238.

⁶ См.: Райхер В.К. Штрафные санкции в борьбе за договорную дисциплину // Советское государство и право, 1955. № 5. С. 74.

относительно неприемлемости подобного рода подхода к исчислению убытков. Согласно взглядам автора, нормированные (договором или нормативным актом) убытки противоречат сущности родового понятия (убыткам), поскольку их размер, как правило, не соответствует действительным убыткам, что подрывает их эффективность возмещения¹.

Думается, что подобный подход стоит признать справедливым лишь по отношению ко времени написания работ указанных авторов – советский период развития гражданского права. Так, в условиях административно-плановой экономики предоставление эквивалента исполнения не могло способствовать главной задачи – выполнению плана. В условиях же рыночной экономики подобную аргументацию, на наш взгляд, нельзя считать достаточно убедительной. С одной стороны, действительно, договорное определение убытков, определение денежного эквивалента исполнения обязательства с долей условности представляет собой юридическую фикцию. Но в той же степени фиктивным стоит признать и принцип полного возмещения убытков в трактовке новой редакции Гражданского кодекса РФ: «В результате их возмещения кредитор должен быть поставлен в положение, в котором он находился бы, если бы обязательство было исполнено надлежащим образом». Согласно такой формулировке, возмещению подлежат не все расходы – взыскивается лишь денежный эквивалент исполнения. За рамками такого возмещения остаются временные, организационные и иные транзакционные издержки. Поэтому законодатель, признавая соразмерность денежного эквивалента исполнения полному возмещению убытков, устанавливает своего рода фикцию. Заслуживает в этой связи внимания точка зрения, согласно которой сами убытки воспринимаются как особая разновидность финансово-экономической фикции в области права². Использование юридических фикций в рассматриваемом случае, объясняется неопределенностью составляющих экономического ущерба

¹ См.: *Васькин В.В.* Возмещение убытков в гражданско-правовых обязательствах: Автореф. дис. канд. юрид. наук. Саратов, 1971. С. 31-32.

² См.: *Фомичева О.В.* Принцип полного возмещения убытков и его реализация в российском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2001. С. 35-37.

(возможна относительно точная оценка лишь прямого ущерба, но не косвенного). Иными словами, фиктивная природа рассматриваемого явления выражается в том, что фактический ущерб (экономическая сторона убытков) всегда не совпадает с тем, что призвано его возместить (с юридической стороной убытков).

Стоит отметить, что несколько иной позиции придерживается немецкий законодатель, используя категорию интереса в исполнении, не сводящуюся к исполнению как таковому. Так, У. Хубер, комментируя абз. 1 §251 Германского гражданского уложения, приходит к выводу, что «возмещение убытков вместо исполнения означает, что кредитору компенсируется оцененное в деньгах преимущество (интерес в исполнении), связанное с договором»¹. Уместно в этом случае привести мнение О.И. Кучеровой, согласно которому предварительно не согласованные, незапланированные расходы на восстановление положения кредитора не нуждаются в денежной оценке, поскольку они в ней изначально и выражены². Оцененные заранее на случай нарушения конкретных условий договора убытки, исходя из самого названия, представляют собой денежную оценку неблагоприятных последствий, размер восстановления интереса кредитора в денежном выражении.

Заранее оцененные убытки, как можно судить из положений английской, американской и континентальной доктрины, всегда составляют определенную денежную сумму или порядок ее исчисления. Например, относительно сделок по приобретению акций, сумма заранее оцененных убытков может представлять собой разницу между покупной ценой и ценой текущей (действительной), величину понижения стоимости активов или оценку размера ответственности, которые понесет лицо, в случае нарушения обязательств³. В этой связи интересно заметить, что так называемые «абстрактные убытки», положения о которых с недавнего времени содержатся в общих положениях об обязательствах

¹ Хубер У. Возмещение убытков вместо предоставления // Вестник гражданского права, 2013. № 6. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

² См.: Кучерова О.И. Определение понятия «убытки» в гражданском праве // Арбитражный и гражданский процесс. 2006. № 10. С. 46.

³ См.: Дмитриев С.В. Заверения, гарантии и обязательства возмещения убытков по англо-американскому и российскому праву // Право и экономика, 2004. № 4.

Гражданского кодекса РФ, могут выполнять роль средства определения размера заранее оцененных убытков.

В то же время следует учитывать различное понимание связи между ущербом и убытками в отечественном и англосаксонском праве. В отличие от российского права, в праве Великобритании и США, как замечает Р.С. Бауэр, термин «damages» означает возмещение как меру ответственности за нарушение прав и не отождествляется с ущербом¹. Поэтому в юридической терминологии стран общего права отсутствует термин «возмещение убытков»². Другими словами, английское и американское право исходит из юридической природы убытков, отечественное – из двойственной экономико-правовой составляющей термина «убытки».

Исчислимость убытков является их свойством. Мы разделяем точку зрения А.Х. Бербекова, считающего, что исчисление убытков в денежной сумме во многом упрощает процедуру возмещения³. Универсальность денежной формы возмещения в условиях рынка объясняется, как верно замечает С.П. Степкин, тем, что денежный эквивалент исполнения неуместен лишь по отношению к «эксклюзивным» по своему характеру обязательствам. В прочих случаях препятствий к этому не встречается. Так, например, по мнению ученого, произвести оценку убытков от нарушения акционерного соглашения является весьма сложной задачей, однако «в такой ситуации на помощь приходят положения договоров о заранее оцененных убытках»⁴.

Во многом это объясняется тем, что, взыскивая сумму заранее оцененных убытков, можно восстановить не только нарушенные права, но и компенсировать нарушение законных интересов кредитора. Так, ч. 6 ст. 12 ФЗ «О коммерческой

¹ См.: *Bauer R.S. Essentials of the Law of Damages*. Chicago, 1919. P. 1; *Sedgwick T.A. Treatise on The Measure of Damages*. New York, London, 1858. P. 29.

² См.: *Томсинов А.В.* Оценка бесценного: некоторые проблемы соотношения понятий ущерба и убытков в договорном праве Англии и США // Вестник ВАС РФ, 2012. № 6. [Электронный ресурс] *Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».*

³ См.: *Бербеков А.Х.* Убытки как условие гражданско-правовой ответственности сторон по договору строительного подряда // Право и политика, 2006. № 7. [Электронный ресурс] *Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».*

⁴ См.: *Степкин С.П.* Гражданско-правовой институт акционерных соглашений монография. М.: Петроруш, 2011.

тайне» обязывает сторону, не обеспечившую охрану конфиденциальности переданной по договору информации, возместить другой стороне убытки¹. Состав убытков в данном случае не ограничен имущественным интересом кредитора, поскольку страдает деловая репутация хозяйствующего субъекта, его рыночная конкурентоспособность. Вызывает затруднения и подсчет в подобных случаях трансакционных издержек (расходы на поиск информации, ведение переговоров, процедуру заключения договора и проч.)². Посредством применения заранее оцененных убытков можно предварительно согласовать размер убытков от нарушения режима коммерческой тайны на основе объективных данных о текущей стоимости активов организации и иных показателей. В этой связи мы не можем разделять уверенность Э.П. Гаврилова в том, что преодолеть описанную сложность можно посредством использования высоких договорных неустоек (штрафов, пеней), взыскание которых, по мнению автора, сделает нецелесообразным предъявление исков о возмещении убытков³. Мы полагаем, что подобного рода условия договора не могут соответствовать ни современному уровню развития оборота (возможность предоставления денежного эквивалента надлежащего исполнения), ни принципам частного права (его компенсаторности)⁴.

Неисполнение обязательства не является единственным случаем, когда денежное возмещение способствует восстановлению интереса кредитора. Так, А.Г. Карапетов отмечает, что восполнение в денежной форме должником потерь, связанных с принятием ненадлежащего (дефектного) исполнения «ставит кредитора с экономической точки зрения в то положение, которое имело бы

¹ Федеральный закон «О коммерческой тайне» от 29.07.2004 г. № 98-ФЗ (ред. от 12.03.2014 г.) // СЗ РФ, 2004. № 32. Ст. 3283.

² В ходе реформы гражданского законодательства введен институт преддоговорной ответственности (*culpa in contrahendo*) как один из инструментов возмещения трансакционных издержек.

О понятии и содержании трансакционных издержек см. подробнее: *Карапетов А.Г.* Экономический анализ права. М.: Статут, 2016. С. 166-171.

³ См.: *Гаврилов Э.П.* О коммерческой тайне [Электронный ресурс]. *Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»*, 2005.

⁴ О понимании и принципах частного права, его соотношении с правом публичным см. подробнее: *Голубцов В.Г.* О дуализме в праве и определении частного права // Проблемы развития российского законодательства: сб. ст. Пермь: Перм. ун-т., 2002. С. 122-138.

место, будь договор исполнен надлежащим образом»¹. Однако далее автор признает, что не все экономические потери кредитора стоит сводить исключительно к материальным (денежным) убыткам. Некоторые из них невозможно оценить в денежном выражении (пример с некачественной демонстрацией продукции или причинение вреда здоровью заказчику из-за некачественно выполненной работы подрядчика)². В этой связи в некоторых правопорядках устанавливается правило, согласно которому при оценке соразмерности учитывается не только имущественный, но и иной законный интерес кредитора³. Стоит отметить, что в данном случае, если денежная сумма заранее оцененных убытков отражает затраты на восстановление не только имущественного, но и неимущественного интереса кредитора, коэффициент корреляции между ущербом и убытками достигает наибольших значений.

Более того, традиционно в англосаксонском праве недоказанность причинения ущерба фактом нарушения договора не влечет отказа в удовлетворении иска. Напротив, в таком случае истцу присуждаются так называемые «номинальные убытки», позволяющие впоследствии взыскать с ответчика судебные издержки⁴. Право в таком случае признает, как отмечает Палата лордов в одном из решений, что «сторона договора может иметь такой интерес в исполнении, который нельзя легко измерить с помощью денежных средств. В случае нарушения договора потерпевшая сторона несет ущерб. Она лишается благ, обещанных другой стороной договора»⁵. Интересно заметить, что согласно ст. 1655 Проекта Гражданского уложения Российской империи должник, не исполнивший обязательство умышленно или по грубой неосторожности, мог быть присужден к возмещению убытков, которые не подлежали точной оценке.

¹ См.: *Каранетов А.Г.* Соотношение требования о взыскании убытков с иными средствами защиты прав кредитора // Убытки и практика их возмещения: Сб. ст. / Отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2006. [Электронный ресурс] *Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».*

² Там же.

³ См.: п. 1 ст. 343 Германского гражданского уложения (BGB). URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> (Дата обращения: 01.06.2016 г.).

⁴ О соотношении заранее оцененных и номинальных убытков см. § 2.1 диссертации.

⁵ *Her Majesty's Attorney General v. Blake [2001] 1 AC 268 at 282* (Цит. по: *Томсинов А.В.* Оценка бесценного: некоторые проблемы соотношения понятий ущерба и убытков в договорном праве Англии и США. [Электронный ресурс]. *Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»*, 2005).

Иными словами, невозможность определения точного размера возмещения не являлось основанием для отказа от иска, как это имело место в современной судебной практике вплоть до принятия в 2011 году Постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ по делу № А56-44387/20¹. Стоит отметить, что изложенная в Постановлении правовая позиция нашла свое отражение и в новой редакции ст. 393 Гражданского кодекса РФ.

Трудность (невозможность) определения точного размера денежной суммы возмещения за нарушение имущественного и иного законного интереса кредитора преодолевается, как показывает практика применения заранее оцененных убытков, предварительной оценкой последних в рамках заключаемых договоров. Наличие условий об оценке нарушенного интереса в последующем, как правило, снимает вопрос доказывания размера убытков, в частности, если размер предусмотренной договором денежной суммы или порядка ее исчисления будет основан на объективных показателях, статистических данных, результатах анализа последствий нарушения схожих или однородных обязательств.

Как отмечалось ранее, установление размера заранее оцененных убытков не всегда сводится к фиксации в договоре определенной денежной суммы. Зачастую стороны вместо этого оговаривают порядок ее исчисления. В таком случае заранее оцененные убытки отражаются в составляющей неотъемлемую часть договора методике определения размеров убытков. При этом такая методика, как правило, разрабатывается непосредственно сторонами договора и является результатом разумной оценки последствий нарушения договора.

Заранее оцененные убытки как оценка предвидимых при заключении договора убытков. Сумма (порядок ее определения) заранее оцененных убытков составляет результат разумной оценки последствий нарушения конкретного условия договора. Разумность оценки при этом, как правило, означает пропорциональность заранее оцененных убытков предполагаемого ущерба².

¹ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 06.09.2011 г. № 2929/11 по делу № А56-44387/2006 // Вестник ВАС РФ, 2012. № 3.

² См.: *Farnsworth E.A. Contracts*. 4th ed. New York: Aspen Publisher. P. 898.

Стоит согласиться, что стороны на стадии заключения договора не могут с высокой точностью определить размер предвидимых убытков. Однако, только одно это обстоятельство не должно являться причиной заочного признания заранее оцененных убытков необоснованными, поскольку необоснованность предполагает явное несоответствие взыскиваемых сумм размерам действительных убытков. Важным в связи с этим представляется замечание О.Н. Садикова о том, что, исходя из толкования ст. 74 Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров, представленном в Заключении №6 Консультативного совета по Венской конвенции¹, кредитор обосновывает размер понесенных убытков с разумной степенью достоверности, но в то же время он не обязан доказывать его с математической точностью². Заранее оцененным убыткам имманентна погрешность, имеющая, как правило, незначительный характер. В связи с этим лишь явная, кратная несоразмерность предвидимым убыткам, не преследующая цели восстановления интереса кредитора, при доказанности последней может служить основанием для снижения соответствующих сумм. В подобных случаях, как нам представляется, размер убытков должен определяться согласно общим положениям об убытках за нарушение обязательств по Гражданскому кодексу РФ, в том числе посредством применения методики абстрактных убытков.

Более того, заранее оцененные убытки, как правило, применяются в тех случаях, когда «размер предполагаемых убытков от нарушения договора представляется достаточно неопределенным или труднодоказуемым»³. Иными словами, при определении подобного рода убытков, усилия сторон направлены на устранение в будущем неопределенности в отношении возмещения не поддающихся точному расчету убытков. Такие условия договора способствуют

¹ Заключение № 6 Консультативного совета по Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров. Исчисление убытков согласно статье 74 Венской конвенции // Международный коммерческий арбитраж, 2008. № 2.

² См.: Садилов О.Н. Убытки в гражданском праве Российской Федерации. М.: Статут, 2009. С.107.

³ См.: Панова А.С. Особенности возмещения убытков и взыскания неустойки за поставку товаров ненадлежащего качества // Право и экономика, 2015. № 1. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

разумному распределению финансовых рисков контрагентов, стабилизируют оборот, устраняя неопределенность в вопросе возмещения убытков.

Вопрос о характере предварительной оценки убытков уже являлся предметом разъяснений высших судебных инстанций в рамках обоснования размеров так называемых «будущих убытков». Пункт 10 совместного Постановления Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ № 6/8 содержит указания о подтверждении необходимости несения расходов и размеров таких убытков¹. Так, подтверждением требований о возмещении будущих убытков может выступить предварительный обоснованный расчет затрат на устранение недостатков товаров, работ, услуг, а также наличие условий договора, определяющих размер ответственности за нарушение обязательств. Заметим, что обоснование размеров будущих убытков напоминает феномен заранее оцененных убытков. Однако в отличие от будущих убытков, заранее оцененные устанавливаются лишь на случай возможного нарушения условий договора, но не являются неизбежными в обозримом будущем.

Оценка заранее оцененных убытков предполагает их предвидение сторонами договора. Принцип предвидимости убытков, в силу которого возмещению подлежат лишь те убытки, которые закономерно возникают при «обычном положении вещей», был закреплен в прецедентном праве еще в середине XIX века. Позже Организация объединенных наций закрепила принцип предвидимости в ст. 74 Конвенции «О договорах международной купли-продажи товаров», посвященной природе убытков как экономико-правовой категории. Согласно указанной статье убытки «не могут превышать ущерба, который нарушившая договор сторона предвидела или должна была предвидеть в момент заключения договора как возможное последствие его нарушения, учитывая обстоятельства, о которых она в то время знала или должна была знать». Другими словами, «своеобразие английского права в подходе к определению причинно-

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 6, Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 8 от 01.07.1996 г. «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета, 1996. № 152.

следственной обусловленности проявляется, - как отмечает в этой связи В.С. Белых, - в установлении «предвиденности» (foreseeability) возникновения ущерба стороной, нарушившей договор, т.е. оно не направлено на установление объективного характера причинной связи»¹.

Следует заметить, что отечественная цивилистическая доктрина содержала предложения по внедрению принципа предвидимости в виде рекомендации, отраженной в п. 5.2 Концепции развития гражданского законодательства. Согласно предложению, в главе 25 Гражданского кодекса РФ следовало бы предусмотреть норму, по которой должник, нарушивший договор, не должен возмещать ущерб, который он не предвидел или не должен был разумно предвидеть при заключении договора как вероятное последствие его нарушения. Однако, по мнению Д.В. Афанасьева, при реализации принципа предвидимости вполне правомерной оказывается ситуация, когда при наличии оснований возмещения убытков (доказанность факта нарушения договора), наличии убытков и причинной связи судом может быть отказано в возмещении убытков в части или в полном объеме, поскольку у должника отсутствовала реальная возможность их предвидеть при заключении договора². В дополнение к этому Д.В. Добрачев замечает, что разработчики Концепции учли обоснованные возражения западных ученых, состояние развития отечественного гражданского оборота, а также особенности российского права, в результате чего нормы англо-американской правовой системы об условии предвидимости убытков не были включены в проект изменений Гражданского кодекса РФ³.

В то же время Гражданский кодекс РФ новой редакции в части регламентации отношений по возмещению убытков оперирует такими понятиями

¹ Белых В.С. Договорное право Англии: сравнительно-правовое исследование. Монография. М.: Проспект, 2016. С. 169-178; Белых В.С. Понятие договорной ответственности по праву Англии и России // Юрист, 2013. № 19. С. 37-43.

² См.: Афанасьев Д.В. Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ: критерий предвидимости убытков при международной купле-продаже товаров // Убытки и практика их возмещения: Сб. ст. / Отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2006. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

³ См.: Добрачев Д.В. Развитие института возмещения убытков в свете модернизации Российского гражданского законодательства: научно-практическое пособие. М.: Юстицинформ, 2012. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

как «разумность», «справедливость» и «соразмерность», раскрыть содержание которых, как справедливо замечет Д.В. Добрачев, возможно лишь при разрешении конкретного судебного спора с учетом всех обстоятельств дела¹. Законодатель, не закрепив принцип предвидимости, как это предлагалось еще в Проекте Гражданского уложения Российской империи и Концепции развития гражданского законодательства, пошел по иному пути, расширив полномочия суда в делах о возмещении убытков. Таким образом, как нам представляется, один субъективный фактор признания правомерности возмещения убытков (принцип предвидимости) был заменен законодателем другим – расширением судебного усмотрения, в отсутствии четких критериев «добросовестности»², «разумности» и «справедливости» угрожающего правовой определенности в разрешении споров о возмещении убытков.

Учетно-стоимостная функция заранее оцененных убытков.

Предварительное согласование размеров убытков от нарушения того или иного обязательства позволяет зарезервировать денежные средства на случай его ненадлежащего исполнения в целях своевременного их возмещения кредитору. Убытки в таком случае, как следует из названия рассматриваемого их вида³, приобретают ликвидность, т.е. становятся экономическими активами, способными быть быстро проданными (быть обращенными в денежную форму) по цене, близкой к рыночной.

Рассматриваемая функция заранее оцененных убытков представляет количественную характеристику согласованной сторонами договора суммы возмещения. Феномен договорной ответственности (и ее частный случай – заранее оцененные убытки) закономерно возникает в ответ на потребность распределения рисков неисполнения договора, их учета. Особенно актуальна эта тема становится в условиях социализма и директивно-планового устройства

¹ См.: Добрачев Д.В. Указ. соч.

² См.: Микрюков В.А. Принцип добросовестности – новый нравственный ограничитель гражданских прав // Журнал российского права, 2013. № 6. С. 17-24.

³ См.: Мамулян А.С., Кашкин С.Ю. Англо-русский полный юридический словарь. Академическое издание. М.: Эксмо, 2008. С. 221.

экономики. В этой связи В.И. Ленин пишет: «Учет и контроль – вот главное, что требуется для «налажения», для правильного функционирования первой фазы коммунистического общества (социализма. – А.В.)»¹. Однако не менее актуальным учет убытков от неисполнения обязательств представляется и в условиях развитой рыночной экономики. С помощью различных мер учета участники гражданского оборота отражают и систематизируют многообразные проявления хозяйственной деятельности. Так, предварительный учет риска возмещения убытков, выраженного в постоянной величине, позволяет сторонам устанавливать контроль за финансовой и договорной дисциплиной предприятия, анализировать и оптимизировать хозяйственные отношения в частности, и обеспечивать стабильность гражданского оборота в целом².

Заранее оцененные убытки, как мера, позволяющая осуществлять учет рисков возмещения убытков от ненадлежащего исполнения обязательств, выступают одним из условий развития общественного производства, планирования и управления экономики предприятия.

С точки зрения экономического анализа права подобного рода функция заранее оцененных убытков представляется целесообразной потребностям торгового оборота. В этой связи А.Г. Карапетов справедливо замечает: «Экономически оправданно, чтобы должник знал о рисках кредитора, сопряженных с нарушением договора, и мог заранее представлять себе требуемый от него в силу характера этого интереса уровень заботливости и осмотрительности, спланировать объем необходимых затрат на исполнение и отразить их в своей резервной цене»³.

При реализации учетно-стоимостной функции заранее оцененные убытки служат средством исчисления стоимостных показателей санкции за нарушение обязательства. К ним относятся как количественные показатели – данные о расходах на устранение последствий нарушения обязательства, так и

¹ Ленин В.И. Государство и революция. Полн. собр. соч.: в 55 т. 5-е изд. М.: Изд-во полит. лит., 1974. Т. 33. С. 101.

² См.: Фомичева О.В. Принцип полного возмещения убытков и его реализация в российском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2001. С. 37.

³ Карапетов А.Г. Экономический анализ права. М.: Статут, 2016. С. 515.

качественные – размер реального ущерба, упущенной выгоды и трансакционных издержек.

Таким образом, заранее оцененные убытки служат ориентиром принятия хозяйственных решений, а также являются важным правовым инструментом внутриорганизационного планирования.

Направленность на восстановление имущественного положения.

Восстановление положения кредитора представляет собой как общую функцию гражданско-правовой ответственности, так и функцию возмещения заранее оцененных убытков¹. Философский словарь определяет функцию как внешнее проявление свойств объекта в системе отношений². Именно через функции проявляется сущность того или иного объекта, так как любая функция производна от сущности. Поскольку возмещение заранее оцененных убытков служит достижению социально значимой цели (максимальное ограничение рисков невозмещения убытков), постольку функция представляет собой способ проявления социального назначения условий о заранее оцененных убытках. Из этого следует, что функция, предопределяя социальное назначение, носит объективный характер, не зависит от усмотрения сторон, но обеспечивает их интерес. Как способ проявления сущности, функция, в свою очередь, иллюстрирует отличительные свойства объекта. Поэтому именно в присущей заранее оцененным убыткам функции определяется их сущность, отличная от сущности иных мер гражданско-правовой ответственности.

Большая советская энциклопедия определяет роль как меру влияния, значение в каком-либо деле, предприятии или событии³. При этом такое воздействие имеет временные рамки, существует лишь на определенном этапе развития и обусловлено внешними факторами. В этом проявляется отличие роли от функций, которые на протяжении всего времени существования объекта

¹ Функциональное единство обусловлено функционально-структурным подходом к изучению правовых явлений (См. подробнее: *Реутов В.П.* О соотношении функций и структур в правовой системе // Вестник Пермского университета. Юридические науки, 2001. № 2).

² См.: Философский словарь. М.: Политиздат, 1986. С. 526

³ Большая советская энциклопедия. 2-е изд. Т. 36. М.: Большая советская энциклопедия, 1955. С. 641.

(явления) лишь в незначительной степени могут быть подвержены изменениям. Иными словами, роль феномена (практических результатов его применения) в различные периоды отлична. В этой связи мы не можем в полной мере согласиться с мнением С.Э. Либановой, что заранее оцененным убыткам свойственна восстановительная и обеспечительно-гарантийная роль¹. Это, скорее, их функция, имеющая неизменный характер на различных стадиях развития гражданского законодательства.

На сегодняшний день роль заранее оцененных убытков видится нам в упрощении процедуры доказывания и возмещения убытков, не поддающихся точному подсчету даже после нарушения договора, а также в учете рисков неисполнения договорных обязательств, планировании хозяйственной деятельности профессиональных участников гражданского оборота.

Ранее нами отмечалось, что отличительные свойства того или иного правового явления находят свое отражение в присущих им функциях в той мере, в какой часть оказывает воздействие на целое. Поэтому для выявления сущности заранее оцененных убытков представляется необходимым уделить этому вопросу отдельное внимание.

В цивилистической доктрине отмечается, что возмещению, как охранительному правоотношению, присуще восстановление имущественного положения кредитора до того состояния, в каком он находился до наступления негативных имущественных последствий². В свою очередь В.А. Белов определяет возмещение как «действия, направленные на замену утраченного (израсходованного, недостающего, потраченного) имущества»³. Такая замена может происходить в форме денежного возмещения, возврата или покрытия. Первая выражается в стоимости утраченного имущества, вторая – в натуральном

¹ См.: Либанова С.Э. Проблемы возмещения убытков в сфере предпринимательства и пути их решения // Законодательство и экономика, 2010. № 2.

² См.: Российское гражданское право: Учебник. В 2 т. Т. I: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., стереотип. М.: Статут, 2011. С. 447 (автор главы – Е.А. Суханов); Белов В.А. Гражданское право. Т. IV. Особенная часть. Относительные гражданско-правовые формы: учебник для бакалавров / В.А. Белов. М.: Юрайт, 2013. (Серия: Бакалавр. Углубленный курс). С. 580-581.

³ Белов В.А. Указ. соч. С. 581.

возмещении (передаче индивидуально-определенной вещи), третья – в оплате не только фактических, но и предстоящих расходов.

Заранее оцененные убытки, будучи одной из мер договорной ответственности, представляют собой расчет предвидимых убытков как последствий нарушения обязательства, в форме денежного эквивалента исполнения. При этом результирующая оценка неблагоприятных последствий от нарушения условий договора складывается из оценки как прямых, так и косвенных убытков (оценка упущенной выгоды). В этой связи следует согласиться с В.С. Евтеевым в той части, что отражение подобной дифференциации в расчетах предвидимых убытков явится показателем обоснованности их размера, поскольку «одной и той же суммой обычно нельзя отразить предполагаемые потери от различных нарушений»¹.

Применяя классификацию В.А. Белова, мы приходим к выводу, что возмещение заранее оцененных убытков приводит к таким же последствиям, что и возмещение в форме покрытия: лицо, нарушившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство, предварительно согласовавшее условия договорной ответственности (включающей методику расчета, оценку прогнозируемых от нарушения конкретного условия договора убытков, порядок взыскания, а также предельный размер ответственности), дополнительно обременяет себя «заменой» недополученного или потраченного кредитором имущественного блага. Стоимость такой замены (возмещения) на основании соглашения сторон включает покрытие как фактически произведенных, так и предстоящих расходов или упущенной выгоды.

Таким образом, внешнее проявление свойств исследуемого феномена, иными словами функции заранее оцененных убытков, видятся нам в восстановлении имущественного положения кредитора до такого состояния, в котором бы тот находился, если обязательство было исполнено надлежащим образом, а также в учете и исчислении стоимостных показателей договорной

¹ См.: Евтеев В.С. Проблемы применения «заранее исчисленных убытков» в российском праве // Законодательство, 2003. № 8. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

ответственности за нарушение отдельных условий соглашения.

Поскольку заранее оцененные убытки являются мерой договорной ответственности, постольку ее функционирование во многом зависит от точности формулировок условий договоров. Как в России¹, так и за рубежом судебные инстанции исходят в том числе из буквального толкования договора, поэтому от формулировок условий о заранее оцененных убытках будет зависеть их дальнейшая судьба. Неправильная или неточная формулировка может повлечь переквалификацию судом условий о заранее оцененных убытках в условия о штрафе. При этом видится справедливым замечание С.П. Жученко, что задача суда заключается «не в том, чтобы при толковании содержания договора учесть волеизъявление сторон, а, напротив, исходя из волеизъявления сторон дать толкование условий (содержания) договора»². Однако суды не всегда следуют этому правилу. Так, Спортивный арбитражный суд Лозанны в деле CAS 2008/A/1519-1520³ счел одну лишь формулировку условий о заранее оцененных убытках в договоре между ФК «Шахтер» и Ф. Матузалемом не соответствующим целям ее установления – последние носили несвойственный договорным убыткам карательный элемент, а именно представляли собой штраф за досрочное расторжение договора. Стоит отметить, что ранее этот же суд в деле CAS 2007/A/1358⁴ подтвердил право сторон на включение положений о заранее оцененных убытках, однако если размер последних соответствует последствиям досрочного расторжения договора. Таким образом, уяснение смысла и назначения спорной формулировки о заранее оцененных убытках, как показывает практика, в первую очередь происходит исходя из буквального толкования, но затем – исходя из намерений сторон. Поэтому стороны при заключении договора должны придавать серьезное значение формулировкам условий о заранее оцененных

¹ Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14.03.2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах» // Вестник ВАС РФ, 2014. № 5.

² Жученко С.П. Толкование договора // Практика применения общих положений об обязательствах: сборник статей / рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2011. С. 377.

³ CAS 2008/A/1519-1520 *FC Shakhtar Donetsk (Ukraine) v. Mr. Matuzalem Francelino da Silva (Brazil) & Real Zaragoza SAD (Spain) & FIFA*.

⁴ CAS 2007/A/1358 *FC Pyunik Yerevan v. L., AFC Rapid Bucuresti & FIFA*.

убытках.

В другом деле, вошедшем в сборник прецедентов договорного права, истец требовал взыскания сумм заранее оцененных убытков, предусмотренных в договоре в качестве меры гражданско-правовой ответственности за его нарушение. Однако суд, давая оценку условиям соглашения, признал договорные убытки, пусть и названные сторонами как заранее оцененные, недействительными, поскольку те значительно превышали убытки, которые стороны могли разумно предвидеть при заключении договора¹.

В результате проводимой реформы ст. 393 Гражданского кодекса РФ была дополнена положениями о содержании основополагающего принципа полного возмещения убытков². Выбранная отечественным законодателем трактовка означает признание доктрины положительного договорного интереса, изначально характерной для стран англосаксонского права. Убытки в этой связи могут рассматриваться, как отмечает Д.Р. Канев, в качестве «следствия недостижения должником того результата, на который был вправе рассчитывать кредитор»³. Так, в цивилистике принято различать два подлежащих защите договорных интереса сторон: положительный (позитивный) и отрицательный (негативный). Целью защиты «положительного» договорного интереса является восстановление положения кредитора до состояния, в котором бы он находился в случае надлежащего исполнения обязательства. Защита же «отрицательного» договорного интереса стороны состоит «в обеспечении материального положения кредитора, в котором он находился бы, если бы договор не был заключен вообще, и который обычно защищается в случаях, когда договор признается

¹ Cases, Materials & Texts on Contract Law (Casebooks on the Common Law of Europe) // H. Beale, H. Kotz, A. Hartkamp, D. Tallon 2002. P. 868.

² Закрепление принципа полного возмещения убытков в Общей части обязательственного права видится не случайным, поскольку данный принцип содержательно имеет частноправовую природу (См.: *Алексеев С.С.* Право: азбука - теория - философия. Опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. С. 584; *Фомичева О.В.* Принцип полного возмещения убытков и его реализация в российском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2001. С. 32). В то же время в доктрине указывается, что за последнее время количество случаев законодательного ограничения ответственности лишь расширяется. Так, Гражданский кодекс РФ содержит более трех десятков норм такого рода (См.: *Мякинина А.В.* Ограничение размера возмещаемых убытков в гражданском праве Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 7).

³ *Канев Д.Р.* Распределение риска случайных убытков в российском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. СПб, 2013. С. 77.

недействительным»¹.

Стоит отметить, что до вступления в силу указанных изменений в Гражданский кодекс РФ отечественный законодатель придерживался доктрины отрицательного договорного интереса². Таким образом, новелла ст. 393 Гражданского кодекса РФ изменяет традиционный подход законодателя к определению объема убытков путем восприятия международного стандарта возмещения убытков. Так, с 1 июня 2015 г. закон требует восстановления материального положения кредитора с учетом нарушения его договорного интереса. А поскольку подсчитать размер последнего будет крайне затруднительно, представляется необходимым разработать правовой механизм его возмещения.

Как следует из анализа положений зарубежного законодательства и цивилистической доктрины, условия о заранее оцененных убытках, как правило, предусматриваются сторонами в тех случаях, когда определить точный размер убытков в денежном выражении после нарушения обязательства либо затруднительно, либо же вовсе невозможно. Договорное определение размера предвидимых от неисполнения условий договора убытков или способа их исчисления позволяет в таких случаях обеспечить защиту интересов добросовестных участников гражданского оборота, учесть интересы (в том числе «положительные»: восстановление деловой репутации, возмещение трансакционных издержек и проч.) каждой из сторон соглашения. Однако, справедливым будет указание на то, что эффективность данной меры договорной ответственности зависит как от сторон (активность при ведении переговоров, экономическое равенство и качество подхода к определению порядка

¹ См.: *Добрачев Д.В.* Основания возмещения и особенности доказывания убытков // Юрист, 2008. № 7; *Добрачев Д.В.* Соотношение гражданско-правовых категорий денежного долга и убытков: дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2013. С. 62; *Гражданское и торговое право зарубежных государств*. Т. 1. 4-е изд. / Под ред. Е.А. Васильева, А.С. Комарова. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 462 (автор главы – А.С. Комаров); *Фомичева О.В.* Принцип полного возмещения убытков и его реализация в российском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2001. С. 51-52.

² См.: *Сергеев А., Терещенко Т.* Преддоговорная ответственность: основания для защиты интересов стороны, пострадавшей от недобросовестного ведения переговоров // Корпоративный юрист, 2010. № 11. [Электронный ресурс] *Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».*

определения убытков), так и от развития самого гражданского оборота (степени монополизации рынка, навязывание договорных условий и проч.).

Уместно в этой связи отметить, что от подхода к делам о возмещении убытков в каждом конкретном деле, в частности, зависит инвестиционная привлекательность государства. При этом сближение режимов правового регулирования иностранных и национальных инвестиций должно выступать в качестве важной составляющей промышленной политики России¹. Поэтому восстановление имущественного положения отдельного кредитора является своего рода вкладом в обеспечение устойчивости гражданского оборота в целом. Заранее оцененные убытки, являясь одним из способов исчисления убытков, как нам представляется, при должном уровне развития гражданского оборота способны стать именно тем правовым средством защиты интересов лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность, применение которого отчасти позволит решить проблему доказывания размеров убытков (в том числе нарушенного имущественного и неимущественного интереса) кредитора с учетом новой трактовки принципа полного возмещения. Однако, в то же время законодатель, дополнив ст. 393 Гражданского кодекса РФ пунктом 5, расширил круг применения судебного усмотрения указаниями на то, что при рассмотрении споров о размере подлежащих возмещению убытков, суд должен исходить из принципов справедливости и соразмерности ответственности допущенному нарушению обязательств.

Заранее оцененные убытки как мера договорной ответственности. Отечественная доктрина, как верно отмечает З.Ф. Сафин, до настоящего момента не содержит единой трактовки как юридической ответственности, так и ее разновидности – гражданско-правовой ответственности, составляющей которой выступает договорная ответственность². Кроме того, юридическая наука до сей

¹ См.: *Белых В.С.* Мысли вслух о внутренней экономической политике российского истеблишмента // Бизнес, менеджмент и право, 2016. № 3-4. С. 37.

² См.: *Сафин З.Ф.* К вопросу о юридической ответственности хозяйствующих субъектов агропромышленного комплекса в сфере денежных отношений // Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России, 2005. № 4. С. 114.

поры не пришла и к единому мнению относительно соотношения понятий «форма» и «мера» гражданско-правовой ответственности: в литературе встречается даже отождествление этих понятий. Так, одни авторы относят возмещение убытков, как родовую категорию исследуемого феномена, к мерам гражданско-правовой ответственности¹, другие рассматривают родовую категорию как одну из форм гражданско-правовой ответственности².

Руководствуясь значением основных парных категорий диалектики «форма-содержание» и «количество-качество» следует, на наш взгляд, признать, что мера гражданско-правовой ответственности является одним из способов реализации охранительного правоотношения, а форма, в свою очередь, обобщает их (способы) по какому-либо основанию (юрисдикционная и неюрисдикционная; договорная и внедоговорная; добровольная и принудительная). Если применить обозначенную классификацию к заранее оцененным убыткам, то последние представляют собой меру гражданско-правовой ответственности, имеющую договорную и, как правило, неюрисдикционную форму. Последняя характеризуется принятием самостоятельных действий кредитора, как уполномоченного лица, без обращения к государственным или иным управомоченным органам, направленных на защиту его нарушенного права. Подчеркнем, что неюрисдикционная форма имеет место лишь при добровольном возмещении должником заранее оцененных убытков. Таким образом, добровольному возмещению коррелирует неюрисдикционная форма гражданско-правовой ответственности, принудительному — юрисдикционная.

В соответствии с ч. 2 ст. 45 Конституции РФ каждому предоставляется право защиты своих прав всеми способами, не запрещенными законом³. При этом свобода выбора способа защиты нарушенных прав является одним из главных

¹ См.: *Иоффе О.С.* Обязательственное право. М.: Юрид. лит., 1975. С. 98-99; *Садиков О.Н.* Имущественные санкции в хозяйственных договорах // Советское государство и право, 1957. № 4. С. 51; *Кожевников С.Н.* Меры защиты в советском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1968. С. 5; *Менглиев Ш.* Теоретические проблемы гражданско-правовых способов восстановления (нормализации) имущественных прав граждан: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Ташкент, 1991. С. 18.

² См.: *Гражданское право: Учебник. В 3-х. Т. I* / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М.: РГ-Пресс, 2011.

³ Конституция Российской Федерации (принята на всенародном голосовании 12 декабря 1993 г.) (ред. от 30.12.2008 г.) // Российская газета, 1993. № 237.

элементов права на защиту. Как отмечалось выше, сложная процедура доказывания размера убытков во многих случаях фактически лишает сторону права на защиту, подрывая тем самым развитие гражданского оборота. По мнению В.Ф. Яковлева, критерием выбора конкретного способа защиты выступает, во-первых, эффективность восстановления нарушенного права и, во-вторых, его полнота¹. Трудности при определении точного размера убытков и последующего их возмещения свидетельствуют о низкой продуктивности способа защиты, необходимости выбора иной, более эффективной меры гражданско-правовой ответственности, какой может выступить, как нам представляется, возмещение заранее оцененных убытков.

Гражданско-правовая ответственность и ее признаки являлись предметом исследований многих дореволюционных, советских и современных цивилистов. В широком смысле гражданско-правовая ответственность представляет собой вид социальной ответственности, подкрепленный силой государственного принуждения, санкцию за правонарушение, влекущую лишение субъективных гражданских прав либо возложение новых или дополнительных гражданско-правовых обязанностей на правонарушителя. В узком смысле гражданско-правовая ответственность выступает в качестве последствий нарушения обязательства.

Способы защиты гражданских прав, в свою очередь, принято делить на меры гражданско-правовой ответственности и собственно меры защиты². Согласно такому делению, взыскание неустойки и процентов за пользование чужими денежными средствами, потеря задатка, а также компенсация морального вреда и возмещение убытков относятся к мерам гражданско-правовой ответственности,

¹ См.: Яковлев В.Ф. Экономика. Право. Суд. Проблемы теории и практики. М.: МАИК «Наука. Интерпериодика», 2003.

² См.: Гражданское право: Учебник / С.С. Алексеев, Б.М. Гонгало, Д.В. Мурзин [и др.]; под общ. ред. чл.-корр. РАН С.С. Алексеева. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2009. С. 50 (автор главы – С.С. Алексеев); Красавчиков О.А. Ответственность, меры защиты и санкции в советском гражданском праве // Категории науки гражданского права: Избранные труды: В 2 т. (серия «Классика российской цивилистики»). Т. 2. М.: Статут, 2005. С. 257-262; Советское гражданское право: Учебник / Под ред. О.С. Иоффе, В.А. Мусина, Е.А. Поссе и др. Т. 1. Л.: Изд-во ЛГУ, 1971. С. 415; См.: Алексеев С.С. Общая теория права. В 2 т. Т. 1. М.: Юрид. лит. 1981, С. 272; См.: Пугинский Б.И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. М.: Юрид. лит., 1984. С. 134; Гражданское право: Учебник. В 3 ч. Ч.1. / Н.Д. Егоров, И.В. Елисеев, А.А. Иванов и др. / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М.: Проспект, 1997. С. 272.

что обусловлено, во-первых, необходимостью доказывания состава правонарушения (его части), и, во-вторых, появлением у должника (лица, причинившего ущерб) дополнительной обязанности имущественного характера, обременения, возникшего вследствие совершенного им правонарушения. Целесообразно в связи с этим далее проанализировать отношения, возникающие при возмещении заранее оцененных убытков на предмет соответствия названным критериям.

Право, как и его элементы, находят свое отражение (реализуется) в рамках различных видов правоотношений. Отношения по поводу возмещения убытков, в том числе заранее оцененных, приобретают характер охранительных по следующим основаниям. Во-первых, обязанность возместить заранее оцененные убытки связывает должника, как лицо, ненадлежащим образом исполнившее договор, и кредитора, как стороны, пострадавшей от его действий (бездействия). Такая связь приобретает форму относительного правоотношения. Во-вторых, разумная оценка предвидимых убытков от нарушения отдельных условий договора (условия о заранее оцененных убытках) отражается в соглашении, а их возмещение происходит на основании факта нарушения обязательства. Таким образом, подобные правоотношения являются производными по отношению к первоначальному регулятивному. А поскольку возмещение убытков, как правило, не освобождает лицо от выполнения основного обязательства, то такие правоотношения создают либо новую, либо дополняют имеющуюся обязанность, существуют параллельно с ним. В-третьих, в случае отказа от добровольного исполнения подобные меры гражданско-правовой ответственности могут быть применены в принудительном порядке, то есть посредством государственного принуждения¹.

Как правило, признание и обеспечение государством отдельной меры гражданско-правовой ответственности происходит посредством закрепления ее в правовой норме. Так, ст. 12 Гражданского кодекса РФ и последующие

¹ О признаках охранительных правоотношений см.: Белов В.А. Гражданское право. Общая часть. Т. I. Введение в гражданское право: Учебник / В.А. Белов. М.: Юрайт, 2011. (Серия: Магистр).

конкретизирующие ее нормы устанавливают, в частности, перечень способов защиты гражданских прав, а в их числе и меры гражданско-правовой ответственности. В связи с этим, В.В. Витрянский отмечает, что перечисленные способы защиты имеют универсальный характер и могут применяться для защиты любого субъективного права. Не охваченные нормой способы имеют характер специальный, то есть применяются уже для защиты конкретных прав¹. Примечательно, что абз. 14 данной статьи устанавливает ограничение в выборе иного способа защиты, не названного в статье. Указанная позиция законодателя находит в доктрине как поддержку², так и заслуживающую внимания критику³.

В юридической литературе и судебной практике сформировался подход, согласно которому выбор непоименованного законом способа защиты обуславливается двумя факторами: негативным и позитивным⁴. Негативный означает отсутствие предусмотренного законом способа, подходящего для защиты нарушенного права. Позитивный фактор означает результативность выбора, наибольшую эффективность восстановления права. В.Ф. Яковлев в этой связи замечает, что эффективность восстановления нарушенного права находится в прямой зависимости от соответствия выбранной меры ответственности виду нарушенного права как то обязательственному или вещному, а также характеру нарушения и его последствиям, в частности, возникновению убытков⁵.

Что касается эффективности рассматриваемого способа защиты гражданских

¹ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. 3-е изд., стереотип. М.: Статут, 2001. С. 776-777.

² См.: Вавилин Е.В. Проблемы защиты гражданских прав // Бюллетень нотариальной практики. 2008. № 2.

³ См.: Велиев Э.И. К вопросу об эффективности судебной защиты // Вестник ВолГУ. Серия 5: Юриспруденция, 2011. № 2. С. 193. Автор статьи, высказывая сомнения относительно противоречия ст. 12 ГК РФ нормам Конституции РФ приводит в качестве аргумента правовую позицию Конституционного суда РФ (См.: Определение Конституционного Суда РФ от 24.11.2005 г. № 508-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Зубачева Олега Анатольевича на нарушение его конституционных прав положением пункта части первой статьи 134 ГПК Российской Федерации и статьей 3 Закона РФ «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан» [Электронный ресурс] Документ опубликован не был. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»), однако подменяет понятие «способ защиты» понятием «способ судебного оспаривания», касающегося лишь предусмотренной процессуальным законодательством процедуры судебной защиты, а именно процедуры оспаривания нормативных правовых актов, но никак не непоименованных в законе способов защиты.

⁴ п. 32 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 6, Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 8 от 01.07.1996 г. «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета, 1996. № 152.

⁵ Подробнее о выборе способа защиты см.: Яковлев В.Ф. Экономика. Право. Суд. Проблемы теории и практики. М.: МАИК «Наука. Интерпериодика», 2003. С. 81-83.

прав, то, по мнению В.П. Мозолина и Е.В. Фарнsworthа, высказанного еще в конце 80-х гг. прошлого столетия, внедрение в отечественную правовую материю заранее оцененных убытков позволит решить актуальную проблему, облегчив порядок расчета и снизив «стоимость» доказательств. Заранее оцененные убытки могут оказаться едва ли ни единственным способом возмещения не поддающихся точному подсчету убытков¹. Их применение позволит осуществить процессуальную экономию, освобождая суд, свидетелей и стороны от неэффективной процедуры доказывания убытков, и одновременно позволит достигнуть цели возмещения убытков. Снижая судебные издержки, применение такой меры ответственности позволит достаточно оперативно восстанавливать имущественное положение кредитора до такого состояния, как если бы обязательство было исполнено надлежащим образом. Таким образом, эффективность восстановления положения кредитора посредством возмещения заранее оцененных убытков (позитивный фактор) позволяет говорить о возможности применения непоименованного способа защиты нарушенных прав.

Признание государством и обеспечение силой его принуждения исследуемой меры гражданско-правовой ответственности на сегодняшний день возможно лишь посредством реализации принципа свободы договора, а также положений Конституции РФ, гарантирующих защиту прав всеми способами, не запрещенными законом. Следует также отметить, что заранее оцененные убытки, методика их определения, носит не публичный, но частноправовой характер². В нормативных правовых актах мы можем встретить лишь указание на возможность возмещения заранее оцененных убытков, выработка методики определения размера которых, как правило, целиком и полностью ложится на плечи сторон соглашения. И чем

¹ См.: Мозолин В.П., Фарнsworth Е.А. Договорное право в США и СССР. История и общие концепции. М.: АН СССР, Ин-т государства и права, 1988; Вашингтон, 1989. С. 132.

Интересно заметить, что совместный труд ученых стал одной из немногих советских публикаций в области юриспруденции, которые были изданы за рубежом.

² Обзор традиционных подходов к разграничению публичного и частного права см.: Голубцов В.Г. Теории разграничения публичного и частного права в дореволюционной российской науке // Вестник Пермского университета. Юридические науки, 2013. № 2. С. 112-119; Голубцов В.Г. Публично-правовые элементы в отношениях, регулируемых гражданским законодательством: теория вопроса // Правоведение, 2006. № 5. С. 79-85; Голубцов В.Г. Публичные элементы в частноправовом регулировании // Lex Russica. Научные труды МГЮА, 2006. № 3. С. 496-503.

более методика соответствует критериям научности (объективности, системности, обоснованности, верифицируемости), тем, как правило, выше уровень соответствия действительных убытков предвидимым в договоре, и, следовательно, вероятность принудительного возмещения судом заранее оцененных убытков.

Реализация мер гражданско-правовой ответственности предполагает применение к правонарушителю личных, организационных или имущественных лишений. Проявляется это либо в лишении права, либо в возложении дополнительной обязанности¹.

Так, ст. 396 Гражданского кодекса РФ предполагает замену неисполненной должником обязанности новой – обязанностью возместить убытки; при ненадлежащем исполнении обязанности – нести дополнительную обязанность в виде возмещения убытков при сохранении обязанности основной (выполнить обязательство в натуре). Заранее оцененные убытки будучи установленными за неисполнение того или иного условия договора представляют собой денежный эквивалент имущественного интереса кредитора, уплата которого, как правило, заменяет исполнение основного обязательства в натуре. Как мера гражданско-правовой ответственности возмещение заранее оцененных убытков накладывает на должника определенные организационно-имущественные лишения, представляет собой отрицательное последствие в виде новой или дополнительной обязанности, реализация которой в зависимости от обстоятельств может происходить как в добровольном, так и в принудительном порядке.

При подготовке проекта договора стороны самостоятельно, по своей инициативе устанавливают гражданско-правовую ответственность за неисполнение конкретных условий соглашения в виде возмещения заранее оцененных убытков. Тем самым в соглашении вырабатывается механизм так

¹ Подробнее см.: *Алексеев С.С.* Общая теория социалистического права: Нормы права и правоотношения. Курс лекций: Учебное пособие. Вып. 2. Свердловск: Сред.-Урал. кн. изд-во, 1964; *Иоффе О.С.* Ответственность по советскому гражданскому праву. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1955; *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право: Общие положения. М.: Статут, 1997. С. 490-492; *Малеин Н.С.* Указ. соч. С. 8-14; *Сафин З.Ф.* Указ. соч.; *Яковлев В.Ф.* Отраслевой метод регулирования и особенности гражданско-правовой ответственности // Проблемы гражданско-правовой ответственности и защиты гражданских прав. Сб. уч. тр. Свердл. юрид. ин-та. Вып. 27. Свердловск, 1973.

называемой договорной ответственности¹. В этой связи справедливым видится замечание В.Л. Слесарева относительно роли гражданского права – последнее, в частности, «обеспечивает инициативную, творческую деятельность управомоченных участников общественных и прежде всего экономических товарно-рыночных отношений не только четкой регламентацией должного поведения обязанных субъектов, но и установлением санкций за их противоправные действия (бездействия)»². Так, характеризуя договорную ответственность и ее частный случай – возмещение заранее оцененных убытков, стоит отметить, что лицо, нарушившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство, обременяется новой или дополнительной обязанностью имущественного характера, в отличие от внедоговорной, деликтной ответственности, при которой возмещение ущерба является основным содержанием обязанности. При этом основанием применения договорной ответственности в данном случае является факт нарушения конкретного условия договора, за которое сторонами предусмотрено возмещение договорных убытков как определенной денежной суммы (порядка ее определения)³. При этом возмещение заранее оцененных убытков на основании нарушения договора в целом, а не отдельного его условия, противоречит природе рассматриваемого правового феномена, поскольку последний представляет собой дифференцированную оценку предвидимых последствий от нарушения конкретных условий договора.

Рассматривая проблему договорной ответственности организаций при социалистическом строе, Б.С. Антимонов приходит к выводу, что последствием неисполнения договора выступает возникающее лишь в случае нарушения прав дополнительное обязательство, включающее в себя совокупность дополнительного

¹ См.: *Белых В.С.* Договорное право Англии: сравнительно-правовое исследование. Монография. М.: Проспект, 2016. С. 169-178.

² *Слесарев В.Л.* Экономические санкции в советском гражданском праве: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Свердловск., 1990. С. 3.

³ См.: *Матвеев Ю.Г.* Англо-американское деликтное право. М.: Юрид. лит., 1973. С. 26-27.

правомочия кредитора и дополнительную обязанность должника¹. По отношению к основному, первичному обязательству оно содержит иное содержание охранительного свойства, представляет собой лишь возможное последствие, стимулирующее должника исполнять свои обязанности прежде всего в натуре. Так, при включении в договор условий о заранее оцененных убытках стороны, предвидя неисполнение или ненадлежащее исполнение отдельных обязательств, создают модель поведения на случай наступления такой ситуации. Стороны не преследуют цели их непременно возмещения, а только создают дополнительное правило, следовать которому они обязуются лишь в случае нарушения договора.

Выявляя цель реализации подобного дополнительного обязательства, стоит согласиться с мнением А.В. Волкова и других цивилистов, определяющих возмещение убытков в качестве восстановительной меры, связывающей нарушителя дополнительным бременем имущественного характера². В связи с этим в литературе отмечается, что основанием установления гражданско-правовой ответственности может быть нарушение только таких прав и интересов, которые по своей природе являются восстановимыми. Посягательства на невозможные права будут являться предметом санкций других отраслей права³.

Исходя из понимания принципа равенства участников регулируемых гражданским законодательством отношений, объем гражданско-правовой ответственности должен быть одинаковым при схожих равных условиях независимо от субъектного состава правоотношения. Как отмечает О.А. Кузнецова, названный принцип имеет как внешнюю (публично-правовое равенство), так и внутреннюю (равенство участников конкретного правоотношения) составляющую⁴. Одним из внешних проявлений действия принципа (его императивом) является применение правила о равных возможностях

¹ См.: Антимонов Б.С. Основания договорной ответственности социалистических организаций. М.: Юрид. лит., 1962. С. 15-17, 21.

² См.: Волков А.В. Возмещение убытков по гражданскому праву России. Волгоград: Издатель, 2000. С. 40; Гузеева В.Н. Возмещение убытков, причиненных природным ресурсам как мера гражданской ответственности: дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2007. С. 23; Гришин Д.А. Неустойка: современная теория // Актуальные проблемы гражданского права / под ред. М.И. Брагинского. Вып. 2. М.: Статут, 2000. С. 129.

³ См.: Романец Ю.В. Этические основы права и правоприменения. М.: Зерцало-М, 2012.

⁴ См.: Кузнецова О.А. Нормы-принципы российского гражданского права. М.: Статут, 2006. С. 133.

сторон при защите гражданских прав. Выработывая инициативные условия договора о заранее оцененных убытках, стороны, основываясь на данных анализа последствий нарушения условий договора, совместными усилиями устанавливают размер предвидимых убытков, что, по нашему мнению, следует расценивать в качестве примера реализации принципа равенства участников гражданского оборота при установлении мер договорной ответственности.

Внутренним, частноправовым случаем проявления названного принципа выступает требование о соблюдении баланса имущественных интересов сторон. Закрепление в условиях договора положений о заранее оцененных убытках не лишает кредитора защиты, а, напротив, позволяет относительно быстро восстановить его имущественное положение, и, с другой стороны, применение методик расчета предвидимых убытков сводит к минимуму влияние субъективного фактора при их определении. Таким образом, нам представляется, что подобное средство возмещения не поддающихся точному расчету убытков позволяет учитывать интересы как стороны, нарушившей условия договора, так и стороны, понесшей от этого убытки.

Поскольку заранее оцененные убытки являются мерой договорной ответственности, постольку важное значение приобретает соответствующий диспозитивный метод правового регулирования. При этом «стремление к диспозитивности, - как обоснованно замечает О.В. Зайцев, - является важнейшей тенденцией совершенствования гражданского законодательства в будущем, так как соответствует правовой природе частного права, действию основных механизмов правового регулирования, определяющих эволюционный характер развития частно-правовых норм»¹. Так, метод диспозитивного регулирования гражданско-правовых отношений, во-первых, позволяет исключить договаривающимся сторонам применение тех правил, которые в отсутствие

¹ Зайцев О.В. Усиление диспозитивности гражданско-правового регулирования как тенденция развития современной правовой системы // Право и политика: теоретические и практические проблемы: сборник материалов 4-й Международной научно-практической конференции, посвященной 100-летию РГУ имени С.А. Есенина. Рязань, 2015. Вып. 4. С. 41. См. также: Рыбаков В.А. О дозволителном методе и диспозитивном типе правового регулирования // Юридическая наука, 2016. № 4. С. 87; Южанин Н.В. Односторонние правозащитные меры в механизме гражданско-правового регулирования / под науч. ред. В.А. Рыбакова. М.: Юристинформ, 2016.

специальных оговорок были бы применимы к их отношениям. Во-вторых, стороны в случае отсутствия прямого противоречия публичному праву, могут включить в договор конструкции, не известные национальному законодательству, но в то же время наиболее существенным образом удовлетворяющие их интересы. В этой связи стоит согласиться с тем, что «свобода выражения воли субъектов гражданского права, действие их в собственном интересе предопределяет, тем не менее, потребность именно в договорном механизме координации собственных целей и путей их достижения с интересами и правами иных участников правоотношений»¹, частным средством которого в числе прочего выступают заранее оцененные убытки.

Целью подобных оговорок, как справедливо отмечает А. Бэшу в отношении международных коммерческих договоров, является определение, изменение или подтверждение положений, установленных применимым правом за нарушение обязательств. Договорное изменение условий и пределов ответственности становится возможным благодаря преобладанию в этой области норм диспозитивного характера². Именно поэтому правовое регулирование международной торговли изобилует разнообразными вариантами соглашений об ответственности.

Как правило, условия о заранее оцененных убытках содержат оговорки о предельном размере взыскиваемых убытков. Как правило, стороны, преследуя цель учета рисков от неисполнения договорных обязательств, определяют их в виде суммарного объема предвидимых убытков, не превышающего заранее известной доли от цены договора. Подобная мера позволяет заранее оценить и «зарезервировать» денежные средства и, в случае ненадлежащего исполнения обязательств, своевременно уплатить их в качестве возмещения кредитору.

Подводя итог, исходя из представлений о том, что понятие какого-либо

¹ Зайцев О.В. Там же.

² См.: Бэшу А. Соглашения об ответственности по международным коммерческим договорам // *Международное публичное и частное право*, 2009. № 2. [Электронный ресурс] *Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»*; Зайцев В.В., Рыбаков В.А. О науке гражданского права: методологические и доктринальные аспекты // *Вестник Саратовской государственной юридической академии*, 2016. № 4. С. 62.

явления складывается из обобщения содержания присущих ему признаков, мы можем заключить следующее:

1. Среди признаков заранее оцененных убытков стоит выделить следующие: денежная сумма или порядок ее исчисления; составляют разумную оценку предвидимых убытков; предусмотрены соглашением сторон; устанавливаются, как правило, в случаях, когда размер убытков затруднительно или вовсе невозможно определить даже после нарушения обязательства; служат цели восстановления имущественного положения кредитора и учету рисков нарушения договора; основанием их возмещения является ненадлежащее исполнение или неисполнение конкретного условия договора.

2. Формой заранее оцененных убытков выступает сумма или порядок ее исчисления, составляющая размер восстановления интереса кредитора в денежном выражении. Такая форма позволяет упростить возмещение, так как, с одной стороны, в условиях рыночных отношений денежный эквивалент приобретает универсальную форму возмещения, а с другой – при помощи заранее оцененных убытков стороны самостоятельно оценивают интерес в исполнении, который при прочих условиях невозможно исчислить в денежном выражении.

3. Сумма заранее оцененных убытков носит не абстрактный, а конкретный характер, поскольку отражает дифференцированную оценку последствий неисполнения отдельных условий договора, размер убытков за нарушение которых, как правило, носит неопределенный характер. При этом содержательно такая оценка представляет не высчитанные с математической точностью убытки, а лишь разумное предположение в отношении размера предвидимых убытков. Применение заранее оцененных убытков предполагает закрепление в национальном праве принципа предвидимости, согласно которому взыскиваемые убытки не могут превышать размера, который должник предвидел или должен был предвидеть в момент заключения договора как возможное последствие его нарушения, учитывая обстоятельства, о которых он в то время знал или должен был знать.

4. Цель возмещения заранее оцененных убытков – восстановление имущественного положения кредитора до состояния, в котором бы тот находился

в случае надлежащего исполнения договора (положительный договорный интерес). Одновременно расчет предвидимых убытков обретает и форму денежного эквивалента исполнения. Восстановительная и учетно-стоимостная функции исследуемого правового феномена иллюстрируют его отличительные свойства и определяют сущность.

5. Как мера договорной ответственности заранее оцененные убытки накладывают на должника определенные организационно-имущественные лишения, представляют собой отрицательные последствия в виде новой или дополнительной обязанности имущественного характера. Основанием применения такой меры ответственности является нарушение конкретного условия договора, за которое сторонами предусмотрено возмещение договорных убытков. Изменение условий и пределов ответственности становится возможным благодаря преобладанию в частном праве норм диспозитивного характера.

6. В результате анализа существенных признаков исследуемого феномена, мы можем сформулировать следующее определение заранее оцененных убытков. Под заранее оцененными убытками понимается установленная договором между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, денежная сумма или порядок ее определения, представляющая разумную оценку предвидимых убытков, которую одна сторона обязуется уплатить в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения ей отдельных условий договора в целях восстановления имущественного положения другой стороны до состояния, в котором бы та находилась при надлежащем исполнении обязательства.

7. Необходимость проведения на стадии заключения договора оценки убытков от ненадлежащего исполнения отдельных его условий, выработка соответствующей методики (порядка) определения убытков, договорная модель гражданско-правовой ответственности, а также зарубежный и международный опыт применения заранее оцененных убытков обуславливает ограничение сферы их применения. Эффективность договорных убытков, на наш взгляд, может быть достигнута лишь применительно к отношениям, возникающим между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность.

Глава 2. ЗАРАНЕЕ ОЦЕНЕННЫЕ УБЫТКИ И СМЕЖНЫЕ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫЕ ЯВЛЕНИЯ

2.1. Заранее оцененные убытки как вид убытков

В коммерческом обороте приоритет возмещения убытков (денежное возмещение) перед присуждением к исполнению в натуре имеет глубокие исторические корни. Однако, как отмечает В.С. Белых, «большинство английских ученых-юристов, ставя перед собой чисто практические задачи по изучению договорного права, избегают исторического анализа»¹. В свою очередь, А.А. Громов указывает, что в классический период развития римского права в случае неисправности должника обязанность по исполнению в натуре первоначально заменялась обязанностью подчиниться судье, а затем – в обязанность по исполнению судебного решения. При этом «предметом присуждения могла быть только обязанность ответчика уплатить истцу денежную сумму – принудительного исполнения договорной обязанности в этот период в Риме не существовало»². Увеличение же случаев присуждения к исполнению обязанности в натуре было обусловлено инфляционными процессами в периоды экономического спада, «когда кредитору гораздо выгоднее было получить вещь, а не деньги за нее»³.

Иными словами, в развитых правовых порядках в условиях нормально функционирующей рыночной экономики особую актуальность приобретает денежная форма возмещения. При этом на первый план выходят способы оперативного восстановления имущественного положения кредитора, одним из которых является заранее оцененные убытки. В этой связи представляется необходимым соотнести исследуемое правовое явление с общими положениями

¹ Белых В.С. Договорное право Англии: сравнительно-правовое исследование. Монография. М.: Проспект, 2016. С. 7.

² Громов А.А. Переход от исполнения обязательства в натуре к возмещению убытков: российское и германское регулирование // Вестник гражданского права, 2016. № 1.

³ Там же. См. подробнее: Kaser M. Das Römische Privatrecht. Bd. 2: Die nachklassischen Entwicklungen. 2. Aufl. C.H. Beck, 1975. P. 343; Zimmermann R. The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives. Oxford University Press, 2005. P. 772 (Цит. по: Громов А.А. Указ. соч.).

об убытках за нарушение обязательств по Гражданскому кодексу РФ. Предваряя дальнейший анализ, выделим некоторые критерии сравнения.

Так, суть возмещения убытков заключается в компенсации вреда, имеющего имущественный характер (ущерба), посредством уплаты соответствующей денежной суммы. В мире сложились две общие модели возмещения убытков: компенсационная и сверхкомпенсационная¹. Первая модель основывается на идее соразмерности наказания, реализация которой направлена на восстановление имущественного баланса сторон. Сверхкомпенсационная же модель помимо компенсационной имеет карательную составляющую. Последняя направлена на мотивацию как должника к надлежащему исполнению обязательств под страхом выплаты кратной действительным убыткам суммы возмещения, так и кредитора на подачу исков о возмещении такого рода убытков.

Следует также выделить дополнительные критерии для сравнения отдельных видов убытков, что позволит определить место заранее оцененных убытков среди иных видов убытков. В качестве критериев сравнения выступают сфера применения определенного вида убытков, основания и порядок их возмещения, структура, форма и состав убытков.

В отечественной цивилистике рассматриваются следующие виды (способы определения) убытков: реальный ущерб и упущенная выгода, прямые и косвенные, штрафные и компенсаторные, преддоговорные, договорные и деликтные, заранее оцененные (оценочные, нормативные) и предвидимые, абстрактные и конкретные (убытки на разницу), мораторные, условные, случайные, инфляционные, действительные и номинальные (символические)². В

¹ Подробнее см.: *Слесарев В.Л.* Экономические санкции в советском гражданском праве: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Свердловск., 1990. С. 9-10; *Каранетов А.Г.* Модели защиты гражданских прав: экономический взгляд // Вестник экономического правосудия Российской Федерации, 2014. №№. 11, 12; *Будылин С.Л.* Сверхкомпенсационные убытки. Возможности их взыскания в России и за рубежом // Арбитражная практика, 2014. № 4.

² См., напр.: *Шматов М.А.* Виды убытков // Гуманитарные научные исследования, 2015. № 1 [Электронный ресурс]. URL: <http://human.snauka.ru/2015/01/9451> (Дата обращения: 01.09.2016); Проблемы реализации принципов права в предпринимательской деятельности / отв. ред. В.А. Вайпан, М.А. Егорова. М.: Юстицинформ, 2016; *Волков А.В.* Возмещение убытков по гражданскому праву России: дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2000; *Платов Н.В.* Возмещение убытков в гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. СПб, 2001. С. 55; *Мякина А.В.* Ограничение размера возмещаемых убытков в гражданском праве Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд.

то же время основанная на анализе прецедентов доктрина общего права выделяет по различным основаниям около 40 видов убытков, что свидетельствует о более дифференцированном подходе к вопросу восстановления имущественного положения кредитора¹. В свою очередь, ограничиваясь целью и задачами настоящего исследования, соотнесем, проследим взаимосвязь и установим разграничение заранее оцененных убытков с абстрактными, штрафными и номинальными убытками, а также с общими положениями об убытках за нарушение обязательств по Гражданскому кодексу РФ.

Соотношение доктрины заранее оцененных убытков с общими положениями об убытках за нарушение обязательств по Гражданскому кодексу РФ. В соответствии с п. 2 ст. 15 Гражданского кодекса РФ убытками признаются расходы, направленные на восстановление нарушенного права, повреждение или утрату имущества, а также доходы, не полученные в связи с нарушением права. При этом в обязательственном праве действует принцип полного возмещения, согласно которому положение кредитора должно быть восстановлено до состояния, в котором бы последний находился при надлежащем исполнении договора.

Положения доктрины позитивного интереса², а также цель возмещения убытков, отраженная в ст.ст. 15, 393 Гражданского кодекса РФ, полностью соотносится с доктриной и целью возмещения заранее оцененных убытков. Однако, насколько тождество в общем не предполагает тождество в специальном, настолько сходство в цели возмещения убытков не определяет сходство в вопросах оснований и порядка возмещения, структуры и состава убытков. Так, общие положения гражданского законодательства разделяют

юрид. наук. М., 2005. С. 11-12; *Зверева Е.А.* Ответственность предпринимателя за нарушение условий договора // *Право и экономика*, 1997. № 2. С. 11; *Васькин В.В., Овчинников Н.Н., Rogovich A.H.* Гражданско-правовая ответственность. Владивосток: изд-во Дальневосточного ун-та, 1988 С. 120; *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. Т. 2. М.: Статут, 2005 (Классика российской цивилистики).

¹ Так, например, выделяются т.н. «повторные» (Continuing damages), «закономерные» (General damages), «побочные» (Incidental damages), подлежащие точному подсчету (Pecuniary damages), «отдаленные» (Remote damages), «тройные» (Treble damages), заранее не оцененные, «неликвидные» убытки (Unliquidated damages), компенсация за нарушение спокойного пользования недвижимостью (Fee damages) и др.

² Согласно доктрине, в результате возмещения убытков кредитор должен быть поставлен в положение, в котором он находился бы, если бы обязательство было исполнено надлежащим образом.

убытки на реальный ущерб и упущенную выгоду, предопределяя разные требования к доказыванию их наличия и размера. Преследуя цель восстановления имущественного положения кредитора в полном объеме, заранее оцененные убытки, в свою очередь, подобного деления не содержат, а составляют единую сумму возмещения, покрывающую как реальный ущерб, так и упущенную выгоду кредитора в размерах, заранее согласованных сторонами соглашения.

Как общая мера гражданско-правовой ответственности, возмещение убытков образует универсальный способ защиты, применимый для защиты любых субъективных гражданских прав. При этом касательно универсальных способов защиты В.В. Витрянский отмечает, что «сфера их применения также может быть ограничена, однако такие ограничения допустимы не применительно к отдельным видам субъективных гражданских прав, а в зависимости от существа правоотношений, самого способа защиты или субъекта гражданского права, исключающих возможность применения того или иного способа защиты»¹. Напомним, что согласно доктрине и законодательству зарубежных стран сфера применения заранее оцененных убытков, как правило, ограничивается отношениями между хозяйствующими субъектами, но не применительно к защите отдельных видов субъективных прав, что не может не свидетельствовать об универсальности и этого способа защиты. Подтверждением этому может служить и то обстоятельство, что в некоторых правовых системах отсутствуют какие-либо ограничения по сфере применения заранее оцененных убытков.

В России возмещение убытков – юрисдикционная форма гражданско-правовой ответственности, реализующаяся посредством предъявления соответствующего иска в суд. Взыскание же сумм непоименованных на сегодняшний день заранее оцененных убытков, как правило, осуществляется сторонами самостоятельно, без обращения в государственные или иные

¹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. 3-е изд., стереотип. М.: Статут, 2001.

компетентные органы. Лишь в случае принудительного взыскания договорной санкции последняя реализуется в рамках юрисдикционной формы гражданско-правовой ответственности. При этом, как отметил Высший арбитражный суд РФ в Информационном письме от 26.02.2013 г., заранее оцененные убытки не имеют «полного аналога» в российском гражданском праве, но в то же время рассматриваемая непоименованная мера договорной ответственности не противоречит публичному порядку РФ¹.

Заслуживает внимания еще одна позиция суда, сформированная в ходе апелляционного разбирательства по делу о взыскании задолженности. Так, суд пришел к следующему выводу: «... убытки могут быть заранее оценены и возмещены по соглашению сторон. Каких-либо запретов на этот счет гражданское законодательство не содержит. Более того, подобного рода договоренности полностью соответствуют принципу свободы договора»². Более того, ранее Высший арбитражный суд РФ в одном из постановлений сформировал правовую позицию, согласно которой обязательность условий о договорном определении размеров убытков напрямую вытекает из положений ст. 309 Гражданского кодекса РФ и подлежит установлению судами при разрешении возникших споров. Относительно рассматриваемого дела отмечается, что «суд первой инстанции неосновательно признал, что имеющиеся у сторон разногласия по размеру убытков должны быть разрешены процессуальным способом в форме оценки доказательств и, в частности, заключения экспертизы, которую и назначил... Надлежащее исполнение обществом договорного обязательства о порядке определения размера убытков установлено судом апелляционной инстанции и правомерно признано им основанием для взыскания убытков в заявленном размере. При этом суд правильно указал, что назначения экспертизы не требовалось, поскольку

¹ Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 26.02.2013 г. № 156 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений» // Вестник ВАС РФ, 2013. № 5.

² Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда РФ от 26.11.2015 г. № 08АП-12937/2015 по делу № А70-6015/2015 [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»

обществом убытки определены в соответствии с договором»¹.

Таким образом, судебная практика признает соответствие публичному порядку РФ положений о заранее оцененных убытках. В то же время неюрисдикционная форма этой меры гражданско-правовой ответственности не соответствует общим положениям об убытках за нарушение обязательств по Гражданскому кодексу РФ, что, в свою очередь, не препятствует признанию правомерности требований кредиторов о возмещении заранее оцененных убытков с неисправных должников.

Также стоит отметить, что дата возникновения обязательств по возмещению убытков определяется моментом нарушения прав кредитора. Однако момент, с которого следует исчислять убытки, гражданским законодательством не установлен. В этой связи нельзя не согласиться с А.С. Пановой, полагающей, что «порядок определения размера подлежащих взысканию убытков можно отразить в договоре»². Следовательно, установление в договоре размера убытков от ненадлежащего исполнения его условий (материальный способ их определения) не противоречит действующему в РФ гражданскому законодательству.

Возложение гражданско-правовой ответственности в виде возмещения убытков возможно при наличии оснований (условий), предусмотренных законом. Так, закон устанавливает основания ответственности за нарушение обязательств в ст. 401 Гражданского кодекса РФ. Доктрина же гражданского права, в свою очередь, обобщила условия привлечения к гражданско-правовой ответственности в теоретической конструкции полного состава гражданского правонарушения: кредитор, как лицо, требующее возмещения убытков, должен доказать факт нарушения контрагентом обязательства, наличие причинной связи

¹ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 18.06.2013 г. № 18081/12 по делу № А32-17297/2011 // Вестник ВАС РФ, 2013. № 11.

² *Панова А.С.* Особенности возмещения убытков и взыскания неустойки за поставку товаров ненадлежащего качества // Право и экономика, 2015. № 1. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

между нарушением и убытками, а также размер требуемых убытков¹. При этом, как правило, отсутствует необходимость доказывания вины должника, поскольку последняя либо предполагается (п. 2 ст. 401 Гражданского кодекса РФ), либо не является условием привлечения к гражданско-правовой ответственности, т.е. образует усеченный состав (п. 3 ст. 401 Гражданского кодекса РФ).

Стоит при этом отметить, что вина – не единственный элемент состава гражданского правонарушения, наличие которого может презюмироваться при возмещении убытков². Так, относительно причинно-следственной связи Верховный суд РФ сформировал следующую правовую позицию: «Если убытки, возмещения которых требует кредитор, являются обычным последствием допущенного должником нарушения обязательства, то наличие причинной связи между нарушением и убытками, доказанными кредитором, предполагается»³.

В юридической литературе долгое время велась оживленная дискуссия относительно обоснованности признания размера убытков как обязательного элемента состава гражданского правонарушения, недоказанность которого лишало сторону возможности взыскать убытки. Важной вехой в ее развитии стало принятие Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ Постановления № 2929/11 от 06.09.2011 г. по делу № А56-44387/2006⁴. Основывая свое решение на необходимости предупреждения нарушений договорных обязательств, принципах компенсаторности и эффективности мер гражданско-правовой

¹ См.: *Добровинская А.В.* Убытки в гражданском праве // Юрист, 2015. № 12. С. 4-11; *Кузнецова О.А.* Случай как основание исключения гражданско-правовой ответственности // Вестник Пермского университета. Юридические науки, 2013. № 1. С. 145-151.

² При этом закономерной, соответствующей логике развития гражданского оборота, видится тенденция «вытеснения» вины, как основания гражданско-правовой ответственности должника-предпринимателя в виде обязанности возместить убытки, объективной ответственностью, учитывающей объективные факторы, игнорируя влияния личности должника. «Абстрактный» подход к исчислению убытков при этом видится следствием смены подхода к возмещению убытков (См.: *Комаров А.С.* Регулирование возмещения убытков при нарушении договора в коммерческом обороте стран с развитой рыночной экономикой и международной торговле (состояние и тенденции): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1994. С. 9-10).

³ Пункт 5 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» // Бюллетень ВС РФ, 2016. № 5; Определение Верховного Суда РФ от 31.03.2016 г. № 309-ЭС15-16713 по делу № А50-4524/2013 (Судебная коллегия по экономическим спорам) [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 06.09.2011 г. № 2929/11 по делу № А56-44387/2006 // Вестник ВАС РФ, 2012. № 3.

ответственности, а также повышении инвестиционной привлекательности России, суд пришел к следующим выводам. Во-первых, отказывая в иске о возмещении убытков, суды не учитывают необходимость превентивного воздействия на недобросовестных участников гражданского оборота. При этом правопорядок не должен содействовать освобождению таких лиц от гражданско-правовой ответственности. Во-вторых, «объективная сложность доказывания убытков и их размера, равно как и причинно-следственной связи» не должна приводить к снижению уровня правовой защищенности участников гражданского оборота. В-третьих, «полный отказ в иске о возмещении убытков нарушает конституционный принцип справедливости и лишает заявителя возможности восстановления его нарушенных прав». И, в-четвертых, судебные инстанции не вправе отказать в удовлетворении требований о возмещении убытков «только на том основании, что размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности»¹.

Значимость сформулированной Высшим арбитражным судом РФ правовой позиции наиболее точно выразила Л.В. Кузнецова, с мнением которой нельзя не согласиться: «С этого времени (с момента принятия указанного Постановления. – *А.В.*) практика возмещения убытков, представляется, начинает развиваться в правильном направлении все более широкого применения данной меры»². Более того, правило о недопустимости отказа в иске о возмещении убытков только на том основании, что размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности, с 01 июня 2015 г. содержится в п. 5. ст. 393 Гражданского кодекса РФ.

Таким образом, общим основанием для возложения гражданско-правовой ответственности в виде возмещения убытков (достаточным элементом состава правонарушения) является доказанность факта нарушения обязательства. Остальные элементы, такие как наличие вины должника, причинно-

¹ Там же.

² Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий к главам 1-5 / А.В. Барков, А.В. Габов, В.Г. Голубцов и др.; под ред. Л.В. Санниковой. М.: Статут, 2015.

следственной связи между нарушением договора и убытками, а также установление их размера не являются обязательными, поскольку, как проиллюстрировано выше, могут быть восполнены средствами юридической техники (т.е. презюмироваться). При этом следует подчеркнуть, что указанные условия наступления гражданско-правовой ответственности именно восполняются, но не лишаются «практического значения» в ходе разрешения споров о возмещении убытков¹.

Стоит отметить, что достаточным основанием для взыскания суммы заранее оцененных убытков служит разумность их оценки, а также доказанность факта нарушения обязательства. В этой связи мы можем заключить, что и в части усеченного состава гражданского правонарушения, необходимость доказывания которого связывает кредитора с возможностью восстановления его нарушенных прав посредством возмещения заранее оцененных убытков, отсутствуют препятствия в признании таких требований правомерными.

Общие положения Гражданского кодекса РФ определяют убытки как средство возмещения экономического ущерба. В свою очередь, сущность заранее оцененных, наряду с абстрактными и конкретными убытками, сводится к порядку исчисления убытков посредством применения различных методик. Так, не меняя существа родовой категории (убытков как таковых), заранее оцененные убытки, как видовая категория, согласно положениям Единообразного торгового кодекса США, являются суммой или способом ее исчисления, подлежащей уплате при нарушении договора². Иными словами, заранее оцененные убытки меняют общее правило определения размера убытков юрисдикционным органом (судом), содержание и распределение бремени доказывания, а также момент определения размеров убытков. Более того, «в категориях российского права, - как справедливо отмечает А.В. Томсинов, -

¹Иной позиции придерживается А.С. Комаров (См.: *Комаров А.С.* Ответственность в коммерческом обороте. М.: Юрид. лит., 1991. С. 40). В то же время она не находит поддержки на страницах юридической литературы (См.: *Белых В.С.* Договорное право Англии: сравнительно-правовое исследование. Монография. М.: Проспект, 2016, С. 169-178; *Белых В.С.* Понятие договорной ответственности по праву Англии и России // *Юрист*, 2013. № 19. С. 37-43; *Томсинов А.В.* Понятие договорных убытков в праве Англии, США и России. М.: Зерцало-М, 2010. С. 18).

² См.: *Ансон В.А.* Договорное право / Под ред. О.Н. Садикова. М.: Юрид. лит., 1984. С. 346.

договорные убытки в праве Англии и США... есть синоним российского "возмещения убытков"»¹.

В связи с этим, представляется целесообразным сравнить заранее оцененные убытки с убытками абстрактными и номинальными, представляющие, как и первые, меру гражданско-правовой ответственности и способ исчисления убытков, а не их вид в классическом понимании.

Заранее оцененные и абстрактные убытки: тождество и различие. В Концепции развития гражданского законодательства в части, посвященной вопросам ответственности за нарушение обязательств, содержится указание на то, что возмещение убытков как средство защиты прав не нашло широкого применения на практике. Связано это с тем, что перед кредитором одновременно стоит три задачи: доказать факт нарушения обязательства, наличие убытков, а также конкретный их размер. Нельзя не отметить, что действие презумпции отсутствия убытков, а также возложение на кредитора, как на исправную сторону, бремени доказывания и обоснования убытков не согласуется с пониманием справедливости как философской категории². В качестве одного из предложений решения указанной проблемы разработчикам Концепции виделось закрепление в главе 25 Гражданского кодекса РФ норм о так называемых «абстрактных» и «конкретных» убытках, правила о которых ранее были закреплены в статье 524 кодекса и распространялись лишь на отношения по договору поставки³.

В этой связи В.Ф. Яковлев отмечает, что в ходе реформирования гражданского законодательства «намечено повышение действенности гражданско-правовой защиты субъективных гражданских прав, в том числе

¹ Томсинов А.В. Договорные убытки в праве Англии и США: дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2011. С. 43.

Соглашаясь с позицией автора, напомним, что в странах общего права термин «damage» означает убытки с экономической точки зрения (ущерб), в то время как термин «damages» определяет их юридическое значение – возмещение убытков как меру гражданско-правовой ответственности.

² Справедливость – понятие о должном, категория морально-правового сознания, выступающая как оценка общественной действительности с точки зрения долженствования (См.: Философская энциклопедия. В 5 т. Т. 5 / Под ред. Ф.В. Константинова. М.: Советская энциклопедия, 1970. С. 119).

³ См.: Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009 г.) // Вестник ВАС РФ, 2009. № 11.

путем расширения применения компенсационных мер, включая возможность возмещения так называемых абстрактных убытков»¹. При этом, по мнению ученого, абстрактные убытки представляют собой средство «облегчения правоприменительной практики» в части доказывания наличия и обоснования размеров убытков, являются минимальным размером возмещения². В свою очередь, С.Ю. Филиппова определяет сущность абстрактных убытков как возмещение потребности, удовлетворение которой «за истекшее в ожидании исполнения время... удорожало»³. С этой позиции природа абстрактных убытков и заранее оцененных убытков видится нам схожей: последние представляют собой способ исчисления убытков, упрощают процедуру доказывания их наличия и взыскания соответствующих сумм, а также являются гарантией минимального восстановления имущественного положения кредитора.

Применение абстрактных убытков как способа (методики) исчисления убытков ограничено случаями прекращения договора и несовершения замещающей его сделки, а также наличием текущей цены на сопоставимые товары, работы или услуги⁴. При наличии этих условий кредитор вправе требовать от должника возмещения убытков, представляющих разницу между ценой, установленной договором и ценой текущей. Рассмотрим условия возмещения абстрактных убытков в сравнении с заранее оцененными.

Первым условием применения абстрактных убытков выступает наличие факта прекращения договора. При этом досрочное прекращение договора должно быть обусловлено неисполнением или ненадлежащим исполнением контрагентом возложенных на него обязательств. Основанием взыскания сумм заранее оцененных убытков также является факт неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства. Однако, в отличие от абстрактных

¹ См.: *Яковлев В.Ф.* Избранные труды. Т. 2: Гражданское право: история и современность. Кн. 1. М.: Статут, 2012.

² Там же.

³ *Филиппова С.Ю.* Частноправовые средства организации и достижения правовых целей. М.: Статут, 2011.

⁴ В литературе, однако, встречаются и иные характеристики конструкции абстрактных убытков. Так, например, В.А. Белов рассматривает их как «наказание за самое противоправное деяние, безотносительно к его реальным последствиям» (Практика применения Гражданского кодекса Российской Федерации, части первой / под общ. ред. В.А. Белова. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт, 2011).

убытков, не требуется доказывания факта досрочного прекращения договорных отношений. Напротив, условия о заранее оцененных убытках способствуют укреплению договорных отношений, поскольку снимают со сторон необходимость в судебном порядке доказывать действительный размер возмещения.

Вторым условием применения методики абстрактных убытков является незаключение замещающей прекращенный договор сделки¹. Как отмечает Д.В. Добрачев, кредитор в такой ситуации будет вынужден «нести существенные потери, что противоречит гражданско-правовым принципам равенства субъектов гражданского оборота и справедливости»². Применению же методики заранее оцененных убытков не препятствует заключение замещающей или какой бы то ни было иной сделки, если последняя не приводит к увеличению размеров убытков.

Последним, третьим условием применения абстрактных убытков выступает наличие на рынке «сопоставимого» предмету прекращенного договора товара, работы или услуги. При этом требует уточнения критерий сопоставимости и текущий цены предмета замещающей сделки. Концепция, а вслед за ней и соответствующие поправки в Гражданский кодекс РФ используют термин «сопоставимый» относительно товара, работы или услуги. Однако до этого российское законодательство термин сопоставимости относило не к товарам, работам или услугам, а лишь применительно к цене соответствующих товаров, работ или услуг³. Принимая во внимание практическую и

¹ Замещающей сделкой следует считать такую сделку, совершение которой заменяет потребление одного товара другим, близким ему по свойствам и качеству.

² Добрачев Д.В. Развитие института возмещения убытков в свете модернизации Российского гражданского законодательства: научно-практическое пособие. М.: Юстицинформ, 2012. [Электронный ресурс] *Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».*

³ См.: ст. 12 Федерального закона «О специальных защитных, антидемпинговых и компенсационных мерах при импорте товаров» от 08.12.2003 г. № 165-ФЗ (ред. от 04.06.2014 г.) // СЗ РФ, 2003. № 50. Ст. 4851; ст.ст. 40, 105.7, 105.9 Налогового кодекса Российской Федерации (часть первая) от 31.07.1998 № 146-ФЗ (ред. от 08.03.2015 г.) // СЗ РФ, 1998. № 31. Ст. 3824; ст. 22 Федерального закона «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» от 05.04.2013 № 44-ФЗ (ред. от 06.04.2015 г.) // СЗ РФ, 2013. № 14. Ст. 1652.

теоретическую значимость межотраслевых связей в праве¹, в данном случае нам видится целесообразным применение единообразной терминологии по отношению к предмету замещающей сделки. На наш взгляд, предметом замещающей сделки должны выступать не «сопоставимые», а «идентичные» («однородные» – в случае отсутствия первых) товары, работы или услуги в том значении, в котором их использует налоговое и антимонопольное законодательство².

Текущая цена на замещающий товар, работу или услугу определяется на момент прекращения договора в месте, где должен был быть исполнен договор³. В связи с этим А.Г. Карапетов высказывает опасение, что пострадавший от нарушения договора кредитор может затягивать с расторжением договора до момента, когда рыночная цена достигнет наиболее выгодного уровня. Поэтому, по его мнению, текущую цену следует определять на момент нарушения договора⁴. Учитывая тот факт, что гражданское законодательство исходит из предположения о добросовестности участников гражданского оборота, а также возможные проблемы с установлением момента нарушения договора, мы не можем в полной мере согласиться с предложением ученого, поскольку в противном случае, во-первых, отяготится вводимый для упрощения процедуры доказывания убытков способ их возмещения, а во-вторых, не будет достигаться цель возмещения убытков – текущая цена, определенная на момент нарушения договора, в большинстве случаев не будет покрывать расходы кредитора на совершение замещающей сделки в будущем. Что касается заранее оцененных убытков, то наличие текущей цены на однородные (идентичные) товары может

¹ О межотраслевых связях в гражданском праве см. подробнее: *Челышев М.Ю.* Система межотраслевых связей гражданского права: цивилистическое исследование: Автореф. дис. ... д-ра. юрид. наук. Казань, 2009.

² «Идентичными» следует признавать товары, работы или услуги, имеющие одинаковые признаки, а «однородными» – имеющие сходные признаки, что позволяет выполнять те же функции и быть заменяемыми в гражданском обороте. Судебная практика использует и иные понятия, например, «полный аналог товара» (Постановление Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 29.08.2012 г. по делу № А43-23124/2011 [Электронный ресурс] Документ опубликован не был. *Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»*).

³ При отсутствии текущей цены в указанном месте – цена, которая применялась в другом месте и может служить разумной заменой с учетом транспортных и иных дополнительных расходов.

⁴ См.: *Карапетов А.Г.* Средства защиты прав кредитора в свете реформы действующего гражданского законодательства // Вестник гражданского права, 2009. № 4. [Электронный ресурс] *Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»*.

иметь значение в том случае, если договорные убытки представляют порядок определения их суммы, связанный с текущей ценой соответствующий товар, работу или услугу.

Отечественная модель абстрактных убытков, закреплённая в ст. 393.1 Гражданского кодекса РФ, в целом соответствует общепринятому подходу к условиям применения методики абстрактных убытков. Однако в ряде стран выделяются дополнительные условия применения этого способа определения размеров убытков кредитора. Например, во Франции наличие одного лишь «абстрактного ущерба», как основания для возмещения убытков, является недостаточным – требуются доказать и наличие действительных убытков со стороны истца¹.

Абстрактные убытки не стоит отождествлять с абстрактным критерием доказывания убытков. Последний, как отмечают Е.А. Останина и Р.А. Тараданов, представляет собой утвердившейся в арбитражной практике подход, согласно которому «размер подлежащих возмещению убытков определяется судом с учетом всех обстоятельств дела исходя из принципа справедливости и соразмерности ответственности»². Схожее разграничение мы можем обнаружить и в зарубежных правовых порядках. Так, § 376 Торгового кодекса Германии содержит правило об абстрактных убытках³, но в то же время в Германии признается «объективно-абстрактная методика исчисления убытков», часто применяющийся в ситуациях снижения потребительской, но не рыночной стоимости товара (например, при коммерческой амортизации)⁴. Таким образом,

¹ См.: Пирогова В.В. Соглашение ТРИПС (ВТО): понятие «злоупотребление правом» (ст. 8) и защита от недобросовестной конкуренции [Электронный ресурс] *Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»*.

² Останина Е.А., Тараданов Р.А. Компенсация за нарушение исключительного права на товарный знак в системе внедоговорных обязательств // Обязательства, возникающие не из договора: сборник статей / Ф.Х. Альманса Монтойя, А.А. Амангельды, Д.В. Афанасьев и др.; отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2015.

См., напр.: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 06.09.2011 г. № 2929/11 по делу № А56-44387/2006 // Вестник ВАС РФ, 2012. № 3; Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30.07.2013 г. № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица» // Экономика и жизнь (Бухгалтерское приложение), 2013. № 34.

³ Handelsgesetzbuch (HGB). URL: <http://dejure.org/gesetze/HGB> (Дата обращения: 01.06.2016).

⁴ См.: Коциоль Х. Блеск и нищета немецкой цивилистической догматики. Немецкое право – пример для Европы? // Вестник гражданского права, 2012. № 6. [Электронный ресурс] *Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»*.

абстрактные убытки и абстрактный критерий доказывания убытков разграничиваются по следующему основанию: первые исчисляются исходя из текущей цены предмета договора, а второй (абстрактный критерий) – исходя из судебного усмотрения, основанного на принципе справедливости и соразмерности гражданско-правовой ответственности. При этом возможность применения абстрактного критерия при определении соразмерности заранее оцененных убытков убыткам действительным поддерживается многими зарубежными и отечественными учеными-юристами.

Выделение абстрактных и конкретных убытков в качестве механизма определения размера убытков через текущую цену или замещающую сделку, как справедливо отмечает В.В. Витрянский, стал общепринятым подходом как в континентальном, так и в англо-американском праве. При этом абстрактные убытки являются сравнительно простым способом исчисления убытков для тех случаев, когда предмет договора имеет биржевую или рыночную цену¹. Соглашаясь с ученым, стоит отметить, что, являясь новеллой для российского законодательства на момент принятия части второй Гражданского кодекса РФ, конструкция абстрактных убытков с 1980 г. закреплена в п. 1 ст. 76 Венской конвенции о международной купле-продаже товаров, а в 1994 году Международный институт унификации частного права закрепил в ст. 7.4.6 Принципов международных коммерческих договоров механизм возмещения убытков на основе данных о текущей цене². Целью появления этих статей официальный комментарий Принципов провозглашает облегчение доказательства убытков через установление презумпции соответствия убытков разнице между договорной и текущей ценой³. Стоит отметить, что Принципы наряду с абстрактными убытками содержат и указание на возможность взыскания сумм заранее оцененных убытков в счет возмещения понесенного

¹ См.: Витрянский В.В. Некоторые основные положения Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации об обязательствах // Журнал российского права, 2010. № 1. [Электронный ресурс] *Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».*

² Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 1994 // Закон, 1995. № 12.

³ См.: Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 / пер. с англ. А.С. Комарова. М.: Статут, 2013. [Электронный ресурс] *Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».*

ущерба, иными словами, разделяют эти способы определения убытков.

В указанных международных актах нормы об абстрактных убытках применяются ко всем договорным обязательствам. Такой подход был воспринят отечественным законодателем лишь в 2015 году, с момента несения соответствующих изменений в Гражданский кодекс РФ. До появления в нем ст. 393.1 методика абстрактных убытков распространялся лишь на отношения из договора поставки. Однако в то же время отмечалось, что имелась «принципиальная возможность» применения правил об абстрактных убытках и к иным видам договорных обязательств, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности¹ или при расторжении отдельных видов договоров через аналогию закона². В свою очередь, О.Н. Садиков говорил о том, что отсутствие общего правила об абстрактных убытках препятствует широкому применению этого способа исчисления убытков, поскольку последний «едва ли получит поддержку судов первой инстанции, предпочитающих опираться не на аналогию закона, а на прямой текст норм законодательства»³.

Одной из предпосылок трансформации специального способа определения размеров убытков при прекращении договора в общий явилось его фактическое закрепление и в других нормах Гражданского кодекса РФ. Так, по мнению М.А. Булыгиной, фиксация в договоре мены цены товара или новой цены на неполученный товар может представлять собой средство исчисления убытков⁴. В свою очередь Д.В. Добрачев обращает внимание на применение убытков от разницы цен в ст.ст. 717 и 995⁵, касающихся регулирования договора подряда и

¹ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. 2-е изд., стереотип. М.: Статут, 2011. С. 110.

² См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный). Изд-е 5, испр. и доп. с использованием судебной-арбитражной практики / Рук. авт. кол. и отв. ред. О.Н. Садиков. М.: Инфра-М, 2008. С. 115 (автор комментария – М.Г. Розенберг).

³ Садиков О.Н. Убытки в гражданском праве Российской Федерации. М.: Статут, 2009. С. 40.

⁴ См.: Булыгина М.А. Способы защиты прав добросовестной стороны при нарушении договора мены // Юрист, 2015. № 2. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵ Гражданский кодекс РФ (часть вторая) от 26.01.1996 г. № 14-ФЗ (ред. от 06.04.2015 г.) // СЗ РФ, 1996. № 5. Ст. 410.

комиссии¹.

В правоприменительной практике сложился подход, согласно которому суды, ссылаясь на п. 3 ст. 393 Гражданского кодекса РФ, фактически применяют расширенную модель абстрактных убытков, взыскивая с ответчика денежные суммы, необходимые для приобретения аналогичных предмету расторгнутого договора товаров по ценам, сложившимся на рынке на день предъявления иска².

Ст. 524, как и ст. 393.1 Гражданского кодекса РФ не содержит маркеров диспозитивности или императивности положений об абстрактных убытках. В связи с этим в юридической литературе обсуждается вопрос о возможности ограничения сферы применения абстрактных убытков. Так, Г.Ф. Ручкина и Н.А. Матвеева, признавая производителя с/х продукции «слабой» стороной договора контракта, предлагают законодательно ограничить его ответственность лишь возмещением реального ущерба, исключив при этом возможность взыскания сумм абстрактных убытков (императивный подход)³. А.Г. Карапетов и Р.С. Бевзенко, в свою очередь, полагают, что у самих сторон должна быть возможность исключить применение норм об абстрактных убытках по причине возможного сверхкомпенсационного (штрафного) характера данной меры ответственности, поэтому ее природа представляется авторам изначально диспозитивной⁴. Позиция авторов Комментария, а также ученых, считающих охранительные нормы гражданского права диспозитивными в силу дифференциации условий применения мер гражданско-правовой

¹ См.: *Добрачев Д.В.* Развитие института возмещения убытков в свете модернизации Российского гражданского законодательства: научно-практическое пособие. М.: Юстицинформ, 2012 [Электронный ресурс] *Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».*

² См.: п. 10 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25.07.2000 г. № 56 «Обзор практики разрешения арбитражными судами споров, связанных с договорами на участие в строительстве» // Вестник ВАС РФ, 2000. № 9. С. 91; п. 31 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28.06.2012 г. № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей» // Российская газета, 2012. № 156; п. 49 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 6, Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 8 от 01.07.1996 г. «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета, 1996. № 152.

³ См.: *Ручкина Г.Ф., Матвеева Н.А.* О некоторых проблемах правового регулирования предпринимательской деятельности в сельском хозяйстве Российской Федерации (опыт сопредельных государств) // Международное публичное и частное право, 2013. № 5. [Электронный ресурс] *Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».*

⁴ См.: *Карапетов А.Г., Бевзенко Р.С.* Комментарий к нормам ГК об отдельных видах договоров в контексте Постановления Пленума ВАС РФ «О свободе договора и ее пределах» // Вестник ВАС РФ, 2014. № 8. [Электронный ресурс] *Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».*

ответственности нам представляется верной¹. Однако, мы не можем в полной мере согласиться с ее обоснованием – в нашем понимании абстрактные убытки представляют способ исчисления убытков, а их закрепление в законодательстве служит цели упрощения процедуры доказывания размера убытков, но не установления штрафной санкции за нарушение обязательства.

Состав гражданского правонарушения при взыскании сумм абстрактных убытков выглядит следующим образом: кредитору необходимо доказать факт досрочного прекращения договора по причине его ненадлежащего исполнения должником, а также текущую цену на товар, работу или услугу на момент прекращения договора. Усеченный предмет доказывания сближает сравниваемые способы определения размера убытков, однако предмет доказывания при возмещении заранее оцененных убытков имеет свои отличия.

Обобщая изложенное, стоит отметить следующее. И заранее оцененные, и абстрактные убытки являются общими способами (методиками) определения размера убытков. Предмет доказывания в обоих случаях имеет усеченный вид. Последние направлены на повышение действенности гражданско-правовой защиты субъективных гражданских прав, упрощение процедуры доказывания и возмещения убытков, оперативное восстановление имущественного положения кредитора. Однако, имеются существенные различия в природе способа исчисления убытков (договорный и поименованный в законе), а также содержании и моменте проведения оценки взыскиваемых убытков (оценка предвидимых убытков при заключении и текущая цена товара после прекращения договора).

Заранее оцененные и номинальные убытки. Ранее мы отмечали, что в общем праве отсутствует штрафная функция договорной ответственности. В свою очередь, предупреждение ненадлежащего исполнения обеспечивается рядом превентивных мер. Одной из таких мер является взыскание суммы так называемых «номинальных» (показательных) убытков, не известных

¹ См.: Кархалев Д.Н. Механизм гражданско-правового регулирования охранительных отношений // Юрист, 2014. № 8. [Электронный ресурс] *Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».*

отечественному праву. Под номинальными убытками принято понимать возмещение убытков в виде номинальной суммы (как правило, \$1 или £2)¹ в тех случаях, когда истец сумел доказать факт нарушения обязательства, но не доказал какой-либо понесенный от этого ущерб с той целью, чтобы официально признать лицо в качестве нарушителя прав и законных интересов потерпевшего. Присуждение номинальных убытков также может служить условием (предпосылкой) для применения в отношении должника иных санкций. Как образно в этой связи отметил в одном из решений суд штата Коннектикут, номинальные убытки представляют собой «всего лишь крючок вешалки, на который можно навесить судебные издержки»².

Таким образом, назначение номинальных убытков связано с действием древнего римского принципа: эффективность ответственности заключена не в ее жесткости, а в ее неотвратимости. Так, при доказанности факта нарушения договора, но отсутствия убытков, истец, хоть и формально, но вправе привлечь ответчика к гражданско-правовой ответственности посредством возмещения номинальных убытков. Взыскание в таком случае большей суммы означало бы неосновательное обогащение потерпевшей стороны, что не согласуется с основными началами гражданского законодательства.

В этой связи стоит признать, что, с одной стороны, номинальные убытки не являются в соответствии с принятой в отечественном праве терминологии убытками, поскольку их нельзя отнести ни к реальному ущербу, ни к упущенной выгоде. С другой стороны, как мера гражданско-правовой ответственности,

¹ В то же время в современной зарубежной литературе приводятся примеры взыскания более крупных сумм номинальных убытков, однако все же представляющих номинальное значение (См.: *Winterton D. Money Awards in Contract Law*. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2015. P. 46-47). Так, разбирая одно из дел, Судебный комитет Тайного совета (Лондон), являясь апелляционной инстанцией для апелляционного суда Маврикия – независимого государства в составе Британского Содружества, обязал ответчика выплатить истцу помимо суммы возмещения потерь (свыше \$20 000) номинальные убытки в размере \$5 000, представляющих «относительно» малую сумму такого рода убытков (См.: *Greer v. Alstons Engineering Services and Sales Ltd [2003] UKPC 46*). В другом деле судья лорд Халсбери (Lord Halsbury) также подтвердил, что символичность номинальных убытков не означает их ничтожно малый размер (См.: *Attorney-General v. Blake [2001] 1 AC 268*).

² *Stanton v. New York & E.R. Co.*, 59 Conn. 272, 282, 22 A. 300 [1890] (Цит. по: Recent Cases // University of Pennsylvania Law Review and American Law Register, 1921. Vol. 69, № 2. P. 178). Присуждение к возмещению номинальных убытков также может случить и «пробным шаром» в подготовке групповых исков, в дальнейшем освобождая истцов от необходимости признания ответчика лицом, нарушившим их права и законные интересы.

номинальные убытки, как верно отмечает А.В. Томсинов, составляют «по российской терминологии особым размером возмещения убытков»¹.

Так, примером присуждения номинальных убытков может послужить случай неисполнения обязательства о предоставлении кредита одним банком при наличии возможности получить кредит в другом банке (за исключением случая, когда истец сможет доказать, что в других банках условия кредитования были существенно хуже)². При этом А.И. Сапункова отмечает, что в подобных случаях номинальные убытки могут выражаться и в виде разницы процентов по непредоставленному кредиту и кредиту, полученному по вновь заключенному договору³. Еще один пример применения номинальных убытков приводит В.А. Хохлов: последние подлежат взысканию при отсутствии конкретного материального ущерба в т.н. «исках из причиненных неудобств», предъявляемых при «стеснении» собственника в осуществлении правомочий в отношении вещи⁴.

Неотвратимость применения указанной меры гражданско-правовой ответственности, а также возможность последующего возмещения судебных издержек с неисправного должника позволяют заключить, что номинальные убытки представляют собой один из видов убытков, определяемый безотносительно размеру ущерба кредитора.

При схожести условий применения способа исчисления убытков (крайняя трудность или невозможность определения их действительного размера) у сравниваемых способов имеются различные функции. В качестве функций номинальных убытков В.А. Хохлов выделяет сигнальную (показатель «неблагополучия в правоотношениях»), преюдициальную (как основание для последующего возмещения судебных издержек), учетную и другие⁵.

¹ Томсинов А.В. Договорные убытки в праве Англии и США: дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2011. С. 45.

² См.: Cranston R. Principles of Banking Law. Oxford: Clarendon Press, 1997. P. 333 (Цит. по: Томсинов А.В. Разумность мер, принятых для уменьшения причиненного ущерба: опыт Англии и США // Закон, 2012. № 10. С. 161-171).

³ См.: Сапункова А.И. Кредитный договор в английском праве // Корпоративный юрист, 2007. № 11. С. 30.

⁴ См.: Хохлов В.А. Вопросы практики применения правил о компенсации в связи с нарушением исключительных прав // Закон, 2007. № 10.

⁵ См.: Хохлов В.А. Указ. соч.

Основная же функция заранее оцененных убытков, как компенсационной меры гражданско-правовой ответственности, видятся в ином – в восстановлении имущественного положения кредитора. В.П. Мозолин и Е.А. Фарнсворт, рассматривая общие концепции договорного права США, отмечают, что размер номинальных убытков устанавливается безотносительно к размеру ущерба¹. Следовательно, в отличие от заранее оцененных убытков, номинальные убытки относятся к некомпенсационным мерам гражданско-правовой ответственности². При этом подобного рода санкции, как отмечается в литературе, совершенно не свойственны отечественному гражданскому праву, основывающемуся на принципе компенсационности гражданско-правовой ответственности³.

Резюмируя изложенное, следует сделать следующие выводы. Рассматриваемые виды убытков появились и получили наибольшее распространение в странах общего права применительно к случаям, когда было затруднительно или вовсе невозможно доказать конкретный размер убытков. И заранее оцененным, и номинальным убыткам присуща учетно-стоимостная функция, в силу которой последние представляют собой средство исчисления стоимостных показателей санкции за нарушение обязательства. В то же время различия в природе (компенсационная составляющая, публично-правовое или частноправовое регулирование), в моменте определения размера подлежащей уплате суммы возмещения, в наличии бремени доказывания убытков и функциональной нагрузке рассматриваемых видов убытков позволяют говорить о самостоятельности названных видов убытков.

Заранее оцененные и штрафные убытки. Вопрос соотношения так называемых «штрафных» и заранее оцененных убытков является одним из

¹ См.: Мозолин В.П., Фарнсворт Е.А. Договорное право в США и СССР. История и общие концепции. М.: АН СССР, Ин-т государства и права, 1988; Вашингтон, 1989. С. 132. Этой же позиции придерживается А.В. Томсинов (См.: Томсинов А.В. Понятие договорных убытков в праве Англии, США и России. М.: Зерцало-М, 2010. С. 45-57).

² См.: Бельх В.С. Договорное право Англии: сравнительно-правовое исследование. Монография. М.: Проспект, 2016. С. 182-191; Бельх В.С. Особенности и общие тенденции развития англо-саксонской и континентальной правовых систем // Право и государство, 2016. № 2. С. 64.

³ См.: Комментарий к Постановлениям Пленума Верховного Суда Российской Федерации по гражданским делам. 2-е изд., перераб. и доп. / Под ред. В.М. Жуйкова. М.: Норма, 2008.

ключевых в достижении цели настоящего исследования, поскольку в юридической литературе очень часто происходит отождествление названных видов убытков¹.

Как мы уже отмечали, современное общее право запрещает применение штрафных убытков в договорных отношениях, поскольку считается, что «возмещение убытков – не наказание за несоблюдение договорных обязательств, а всего лишь компенсация за потерю в имуществе, которая была вызвана действиями контрагента»². Суды в случае признания условий договора в качестве штрафной санкции снижают размер последних до уровня действительных убытков.

Закрепляя в договоре условия о заранее оцененных убытках, стороны руководствуются целью предупреждения и облегчения процедуры возмещения убытков, в то время как при установлении штрафных убытков кредитор стимулирует должника к исполнению под страхом выплаты сверхкомпенсационной суммы.

Так, в каждом споре о характере согласованной суммы возмещения английскими судами принимаются во внимание намерения сторон, в том числе при помощи толкования условий договора на момент его заключения. При этом для суда, как правило, не имеет принципиального значения наименование согласованной сторонами в договоре суммы. Анализируя условия договора и придя к выводу о наличии карательной (штрафной) функции договорных убытков, пусть и названных в качестве заранее оцененных, суд признает подобные условия как штрафные убытки³. Как и напротив, штрафные убытки могут быть признаны заранее оцененными, если из анализа последствий их возмещения не будет усматриваться штрафная функция (они будут представлять собой разумную оценку предвидимых при заключении договора убытков). Стоит при этом отметить, что в случае признания судом согласованной суммы в

¹ См.: *Либанова С.Э.* Возмещение убытков: новый взгляд // *Цивилист*, 2009. № 1. [Электронный ресурс] *Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».*

² *Комаров А.С.* Ответственность в коммерческом обороте. М.: Юрид. лит., 1991. С. 141.

³ См.: *Ансон В.А.* Основы договорного права / Пер. с англ. А.С. Александровский. М.: Международ. кн., 1947. С. 332.

качестве штрафных убытков истец не лишается права на возмещение убытков в общем порядке¹. Такой подход к разграничению заранее оцененных и штрафных убытков, как отмечает А.С. Панова, свойственен праву США, Австралии и Новой Зеландии².

Следует помнить, что вопрос определения характера согласованной суммы может иметь место лишь в том случае, когда ее выплата обусловлена нарушением конкретного условия договора. Так, если происходит добровольное расторжение договора, неисполнение в силу непреодолимой силы и других обстоятельств, не являющихся нарушением договора, то отсутствуют и основания для выплаты как штрафных, так и заранее оцененных убытков.

Формально штрафные убытки в понимании английского ученого-юриста и историка Эдуарда Дженкса (Edward Jenks) представляют предположение о намерении стороны воспользоваться штрафной санкцией, которой последней надлежит опровергнуть соответствующими доказательствами³. Иными словами, должник, придерживаясь древнего римского принципа «*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*»⁴, может доказать, что согласованная в договоре сумма возмещения является не заранее оцененными, а штрафными убытками. Анализируя судебную практику, Э. Дженкс систематизировал критерии, которые используют суды для разграничения заранее оцененных убытков со смежными правовыми явлениями, в том числе штрафными убытками.

Во-первых, согласованная сторонами сумма признается штрафом, если она непомерна и никаким образом не соотносится с суммой самых крупных убытков, которые стороны могли предвидеть при заключении договора. Во-вторых, если согласованная сумма выступает мерой ответственности за нарушение нескольких условий договора, ненадлежащее исполнение которых порождает

¹ См.: Бельх В.С. Качество товаров в английском договоре купли-продажи. М.: Глобус: Изд-во стандартов, 1991. С. 46.

² См.: Панова А.С. Особенности возмещения убытков и взыскания неустойки за поставку товаров ненадлежащего качества // Право и экономика, 2015. № 1. [Электронный ресурс] *Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».*

³ См.: Свод английского гражданского права: ученые труды. Вып. IV. Общая часть. Обязательственное право / под ред. Э. Дженкса; пер. А.А. Лунц. М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1941. С. 107-108.

⁴ «Доказывать должен тот, кто утверждает, а не тот, кто отрицает».

неодинаковый (как значительный, так и незначительный) ущерб, то такого рода условия признаются штрафными убытками, поскольку сумма последних, как правило, будет многократно превышать размер реальных убытков. В-третьих, штрафными убытками признается сумма возмещения, если уплата последней представляет меру ответственности за нарушение лишь денежного обязательства, при этом ее размер значительно превышает подлежащую уплате сумму задолженности. В-четвертых, согласованная сумма признается заранее оцененными убытками и подлежит взысканию в том случае, если она является либо результатом разумной оценки предвидимых убытков, либо установлена за ненадлежащее исполнения обязательства, ущерб от которого крайне затруднительно или вовсе невозможно определить даже после нарушения договора.

Разграничение рассматриваемых видов убытков долгое время оставался объектом исследований на уровне национальной доктрины. Закономерно это приводило к тому, что функциональная нагрузка и условия действительности положений о заранее оцененных и штрафных убытках зависела от доктринальных и законодательных положений отдельных государств. Под влиянием глобализационных процессов, необходимости установления единых правил регулирования международного торгового оборота и ускорения товарно-денежных операций, вопрос о разграничении штрафных и заранее оцененных убытков стал объектом сравнительно-правовых исследований ведущих научных центров (в целях принятия в последующем международного правового акта унификации норм о согласованной сумме, причитающейся кредитору на случай неисполнения обязательств должником).

Анализ ст.ст. 6-8 Проекта Конвенции ООН о договорных условиях о согласованной сумме, причитающейся в случае неисполнения обязательства, ставшей итогом этой работы, позволяет сделать следующие важные для настоящего диссертационного исследования выводы. Во-первых, согласованная сумма признается штрафными убытками и подлежит уплате, если она установлена в качестве ответственности за просрочку в исполнении

обязательства. Заранее оцененные убытки, согласно правилам, устанавливаются на случай иного неисполнения обязательства, нежели просрочка. Во-вторых, согласованная сумма является штрафными убытками, если она «не может разумно рассматриваться как компенсация за неисполнение». Напротив, заранее оцененные убытки представляют собой попытку разумной оценки предвидимых перед заключением договора убытков. В-третьих, кредитор вправе требовать уплаты штрафных убытков совместно с требованием исполнения обязательства. При закреплении же в договоре условий о заранее оцененных убытках кредитор в случае нарушения обязательства вправе требовать либо его исполнения, либо выплаты согласованной суммы. В этом ключе (значимость указанных выводов) нельзя не согласиться с мнением К.В. Нама, что отдельные нормы Единообразных правил позволяют сблизить общее и континентальное право в вопросе о характере согласованных сумм, подлежащих взысканию при нарушении договоров, стать серьезнейшим подспорьем для унификации частного права¹.

Ранее мы отмечали, что в отечественной юридической литературе часто встречается отождествление штрафных и заранее оцененных убытков, квалификации условий о согласованной сумме возмещения не иначе как штрафа, признание заранее оцененных убытков в качестве юридической фикции. Мы не можем согласиться с подобными суждениями, поскольку пусть заранее оцененные и штрафные убытки и представляют собой согласованную сумму возмещения, но они относятся к различным видам возмещения. Первые характеризуют компенсационную модель возмещения, вторые – т.н. «сверхкомпенсационную» модель. При этом штрафные убытки подлежат возмещению далеко не во всех правовых порядках (в странах общего права подобные условия договоров признаются недействительными).

Интересно отметить, что критерии разграничения заранее оцененных и штрафных убытков содержится и в отечественной судебной практике. Ярким

¹ См.: Нам К.В. Основные направления развития института договорной ответственности в российском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1998. С. 155.

примером тому служит Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 26.02.2013 г. № 156¹. В частности, в Письме указано, что некоторые институты отечественного права предполагают отход от «строгой компенсационности мер гражданско-правовой ответственности». В то же время при оценке последствий суд «должен оценивать, насколько значительным является карательный характер ответственности должника». Так, наличие одного лишь факта превышения заранее оцененных убытков суммы действительных убытков «не может свидетельствовать об их карательном характере».

Поскольку заранее оцененные убытки, являясь способом восстановления положения кредитора, взыскиваются с должника как денежный эквивалент исполнения, постольку в указанном письме нашла отражение правовая позиция относительно соотношения заранее оцененных и штрафных убытков. Так, во-первых, Высший арбитражный суд РФ подтвердил несоответствие публичному порядку РФ норм о штрафных убытках. Во-вторых, Президиум фактически указал требования к действительности договорных условий о заранее оцененных убытках: их размер не должен быть «аномально высок», т.е. многократно превышать тот размер, «который стороны могли разумно предвидеть при заключении договора»; отсутствие очевидных признаков злоупотребления свободой договора при согласовании их размера, как то «эксплуатация слабых переговорных возможностей должника, нарушение публичных интересов и интересов третьих лиц и др.»². В-третьих, суд дополнительно указал, что возмещение договорных убытков не противоречит публичному порядку РФ, если последние согласованы «контрагентами как равноправными субъектами гражданских правоотношений в результате свободного волеизъявления»³, их

¹ Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 26.02.2013 г. № 156 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений» // Вестник ВАС РФ, 2013. № 5.

² Там же.

³ Заметим, что в общем праве сложилась презумпция «злоупотребления влиянием» при согласовании условий договора. При этом одним из доказательств отсутствия подобного рода злоупотреблений является предварительное одобрение сделки независимым консультантом (См.: *Treitel G.H. The Law of Contract*. 12th ed.

размер определяется с учетом соразмерности последствиям и серьезности допущенного нарушения обязательства. Давая высокую оценку выработанным Высшим арбитражным судом РФ рекомендаций, стоит отметить, что в отечественной судебной практике сложилось верное представление о содержании и разграничении заранее оцененных и штрафных убытков.

Но если в судебной практике мы видим единство подхода к разграничению рассматриваемых видов убытков, то в доктрине ситуация осложняется спорами относительно дуалистической природы неустойки, которая в одних случаях может реализовать штрафную, в других – компенсаторную функцию, напоминая при этом и штрафные, и заранее оцененные убытки. Не разделяя указанную точку зрения и ограничиваясь задачами настоящего параграфа, приведем лишь, безусловно заслуживающую поддержки, позицию К.В. Нама, согласно которой «нельзя предположить, что сторона, устанавливая в договоре неустойку, пытается, с одной стороны, прогнозировать свои возможные убытки и облегчить себе доказывание убытков, и с другой стороны, устанавливает наказание для другой стороны, с целью стимулирования ее к надлежащему исполнению договора»¹. Нельзя не отметить, что любая неустойка, пусть и выполняющая компенсационную роль, содержит штрафной элемент, ибо последняя подлежит обязательному взысканию даже при отсутствии фактических убытков².

Подводя итог сравнительного анализа заранее оцененных и штрафных убытков, поясним следующее. Заранее оцененные и штрафные убытки – явления взаимосвязанные, составляющие единичные части одного общего – института договорной ответственности. В то же время, заранее оцененные убытки всегда являются результатом волеизъявления равноправных субъектов гражданского оборота, в то время как штрафные убытки могут свидетельствовать о неравенстве переговорных возможностей сторон и, как следствие, не исключают

London: Sweet & Maxwell, 2007. Р. 314 (Цит. по: *Белых В.С.* Условие о единстве воли и волеизъявления в английском договорном праве // *Право и государство*, 2016. № 3. С. 20).

¹ *Нам К.В.* Указ. соч. С. 158.

² О разграничении юридических конструкций заранее оцененных убытков и неустойки в российском гражданском праве см. §2.4 диссертации

возможности злоупотребления свободой договора. Далее, заранее оцененные убытки составляют разумную оценку размера предвидимых убытков, штрафные же убытки – многократно превышают размер самых крупных убытков, которые стороны могли предвидеть при заключении договора. Следовательно, различаются и цели договорных санкций: первые преследуют цель восстановления положения кредитора, вторые – наказание за неисполнение. Кроме этого, заранее оцененные убытки устанавливаются за нарушение конкретного неденежного условия договора. Штрафные же убытки зачастую устанавливаются за нарушение договора в целом или нескольких его условий, последствия ненадлежащего исполнения которых в отношении друг друга несопоставимы. Отдельно следует отметить, что отечественный правоприменитель, воспринимая английскую правовую традицию, признал положения о штрафных убытках не соответствующим публичному порядку, поскольку возмещение последних не соответствует компенсаторной функции возмещения убытков.

По итогам настоящего параграфа мы можем сформулировать следующие выводы:

1. Заранее оцененные убытки, как показывают результаты сравнительного анализа, представляют собой самостоятельный вид убытков (способ их исчисления), отличный от других видов по цели возмещения, присущих им функциям, природе (частной или публично-правовой), методике определения размера и условиям применения. Именно в сравнительно-правовом ключе кристаллизуется сущность и содержание заранее оцененных убытков как компенсационной меры гражданско-правовой ответственности.

Представляя определенную методику (прием, порядок) определения размеров убытков, каждый из рассмотренных в настоящем параграфе видов убытков, содержательно и нормативно выступает в качестве конкретного способа определения убытков как денежной оценки ущерба, причиненного кредитору. При этом выбор того или иного способа определения убытков, как правило, предопределен законодателем и зависит, в частности, от субъектного

состава, вида существующих между сторонами правоотношений, а также конкретных обстоятельств дела.

2. Заранее оцененные и абстрактные убытки служат единой цели упрощения процедуры определения размеров и доказывания убытков. Однако, заранее оцененные убытки имеют существенные отличия, которые не позволяют отождествлять последние с абстрактными убытками, представляющими на сегодняшний день в отечественном гражданском праве общий способ исчисления убытков.

3. Заранее оцененные убытки, как и не известные отечественному праву номинальные убытки, служат мерой возмещения в случаях, когда невозможно или крайне затруднительно определить размер ущерба даже после нарушения обязательства. Однако, несмотря на то, что последние являются правовыми инструментами установления стоимостных показателей ответственности за нарушение договора, имеются существенные отличия в наличии компенсационной составляющей, методе правового регулирования, моменте определения размера подлежащей уплате суммы возмещения, а также наличии бремени доказывания убытков и их функциональной нагрузке.

4. Отождествление штрафных и заранее оцененных убытков основано на неверном представлении о содержании, функциях и природе названных видов убытков. Напротив, во многом благодаря именно разграничению штрафных и заранее оцененных убытков определяется сущность последних. Критерии разграничения этих видов убытков первоначально вырабатывались в процессе формирования соответствующей судебной практики и, далее, нашли свое отражение как на доктринальном, так и на законодательном уровне (в т.ч. в проектах международных правовых актов).

5. Штрафные убытки, представляя «сверхкомпенсационную» модель гражданско-правовой ответственности, не соответствуют публичному порядку РФ. В то время такая компенсационная мера ответственности как заранее оцененные убытки, напротив, органично встраиваются в российскую систему права, соответствуют основным положениям и принципам отечественного

гражданского права.

6. Определяя место заранее оцененных убытков в системе видов убытков, надлежит отнести рассматриваемый вид убытков к основаниям классификаций убытков. Как и абстрактные убытки, заранее оцененные относятся к группе компенсационных видов убытков. Наряду с номинальными убытками, заранее оцененные относятся к той группе убытков, которые подлежат возмещению при невозможности установления действительного размера ущерба. Как и штрафные убытки, заранее оцененные относятся к договорным убыткам, размер которых определятся до наступления оснований их возмещения.

7. Поскольку заранее оцененные убытки являются лишь одним из видов убытков, постольку они не могут являться самостоятельным способом защиты гражданских прав. Реализация непоименованной на сегодняшний день меры гражданско-правовой ответственности в силу тождества основной функции заранее оцененных убытков и функции убытков, предусмотренных главой 25 Гражданского кодекса РФ, поэтому осуществляется посредством предъявления иска о возмещении убытков на основании абз. 9 ст. 12 и ст. 393 Гражданского кодекса РФ.

2.2. Заранее оцененные убытки и отдельные виды компенсаций, предусмотренные гражданским законодательством РФ

В публикациях последних лет именно компенсаторная (компенсационная) функция гражданского права все чаще становится предметом внимания цивилистов. Наиболее рельефно эта основополагающая функция гражданского права проявляется при реализации мер гражданско-правовой ответственности, цель совершенствования системы которых определена направленностью на восстановление имущественного положения кредитора¹.

В то же время сам термин «компенсация» довольно многозначен.

¹ См.: Микрюков В.А., Микрюкова Г.А. О методе гражданского права // Вестник Пермского университета. Юридические науки, 2013. № 1(9). С. 164.

Философский энциклопедический словарь определяет компенсацию как «восстановление нарушенного равновесия... путем создания противоположно направленной реакции или импульса»¹. Однако в большинстве словарей имеющее латинские корни слово отождествляется с понятием «возмещение». Любопытно отметить, что «возмещение», вплоть до XX века связывалось с такими словами как «мечь», «мстить»². Как справедливо отмечает Ю.П. Праслов, на тот период времени подобного рода толкование возмещения адекватно отражало его характер³. Однако, позже такая связь ставится под сомнение – возмещение начинают связывать со словами «место», «вместо», «заменить», «уравновешивать» и «вознаградить убыль», не имеющими ничего общего с карой или штрафом⁴.

В настоящем параграфе, согласно основным началам гражданского законодательства и целям закрепления компенсационных выплат, мы будем понимать компенсацию во втором, современном значении слова, сближающем природу категории «компенсация» с категорией «заранее оцененные убытки».

В гражданском праве термин «компенсация» является одним из самым многозначных и часто употребляемых, как правило, применительно к различного рода мерам ответственности. Так, помимо морального вреда, компенсируются нарушение авторских и смежных прав, вред здоровью и жизни человека, ущерб, причиненный правомерными действиями публичной власти, замещается выдел доли и устраняются последствия нарушения акционерного

¹ Философский энциклопедический словарь. М.: Советская энциклопедия, 1983. С. 271.

² См.: *Miklosich F.* Etymologisches Worterbuch der slavischen Sprachen. Wien: Wilhelm Braumuller, 1886. P. 210 (Цит. по: *Фасмер М.* Этимологический словарь русского языка. Т. I (А-Д) : пер. с нем. и доп. О.Н. Трубачева / под ред. и предисл. Б.А. Ларина. 2-е изд., стереотип. М.: Прогресс, 1986. С. 32, 334).

³ См.: *Праслов Ю.П.* О некоторых вопросах ответственности за нарушение корпоративных соглашений // Безопасность бизнеса, 2013. № 1.

В этой связи о смене понимания неустойки как штрафа представлением о средстве оценки интереса кредитора в исполнении обязательства см. §1.1 диссертации.

⁴ См., напр.: *Ожегов С.И.* Словарь русского языка. М.: Советская Энциклопедия, 1973; *Даль В.И.* Толковый словарь живого великорусского языка: в 4 т. Т. 1. 2 изд., испр. и значит. умнож. по рукоп. авт. СПб.; М.: изд. книгопродавца-типографа М.О. Вольфа, 1880.

Стоит отметить, что Макс Фасмер (M. Vasmer) в своем труде открыто ставит вопрос о справедливости точки зрения, ранее обозначенной известным словенским языковедом Франсом Миклошичем (F. Miklosich) (См.: *Фасмер М.* Указ. соч. С. 334).

соглашения¹. При этом в гражданском законодательстве отсутствует и единый подход к соотношению компенсации и возмещению убытков: в п. 3 ст. 1252 Гражданского кодекса РФ компенсация рассматривается как альтернатива возмещению убытков², а положение абз. 2 п. 7 ст. 32.1 ФЗ «Об акционерных обществах» содержит правило о возмещении убытков наравне с уплатой компенсации³.

Подобная ситуация свидетельствует, на наш взгляд, об отсутствии четкого законодательного понимания содержания рассматриваемого термина, его собирательном характере и/или нарушении «чистоты» юридической терминологии⁴.

Рассматривая компенсацию наряду с иными мерами ответственности в гражданском праве и возвращаясь к вопросу многозначности ее понятия, нельзя не отметить, что ряд мер, обозначаемых термином «компенсация», по сути, являются специфическими способами возмещения убытков. Так, например, В.А. Хохлов убедительно показывает справедливость этой точки зрения: во-первых, главной задачей сравниваемых мер ответственности является возмещение ущерба; во-вторых, компенсация в ряде случаев применяется вместо возмещения убытков; в-третьих, отличие в порядке определения величины убытков в рассматриваемых случаях не означает принципиального отличия компенсации от возмещения убытков, поскольку последние, как было показано нами ранее⁵, могут «опираться на различные методики»⁶.

¹ Возможность выплаты компенсации установлена и в арбитражном процессе как мера ответственности за необоснованное введение обеспечительных мер (ст. 98 Арбитражного процессуального кодекса РФ от 24.07.2002 г. № 95-ФЗ (ред. от 23.06.2016 г.) // Российская газета, 2002. № 137).

² Гражданский кодекс РФ (часть четвертая) от 18.12.2006 г. № 230-ФЗ (ред. от 03.07.2016 г.) // Российская газета, 2006. № 289.

³ Федеральный закон «Об акционерных обществах» от 26.12.1995 г. № 208-ФЗ (ред. от 03.07.2016 г.) // Российская газета, 1995. № 248.

⁴ О важности требований, предъявляемых юридической терминологии см. подробнее: *Реутов В.П.* Единство терминологии как проявление культуры юридического языка // *Юридическая техника*, 2016. № 10; *Ушаков А.А.* Очерки советской законодательной стилистики. Право и язык. М.: Российская академия правосудия, 2008. С. 241.

⁵ О различных видах (способах исчисления) убытков см. §2.1 диссертации.

⁶ См.: *Хохлов В.А.* Общие положения об обязательствах: учебное пособие. М.: Статут, 2015; *Хохлов В.А.* Авторское право: законодательство, теория, практика. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Издательский Дом «Городец», 2012. С. 301; *Садиков О.Н.* Ограничение ответственности должника по решению суда // *Актуальные вопросы российского частного права: Сборник статей, посвященных 80-летию со дня рождения профессора Дроздовцева В.А.* М., 2008; *Дозорцев В.А.* Тенденции развития исключительных прав в Российской Федерации. Место авторского права в системе исключительных прав // *Авторское и смежное право в Европейском Союзе и Российской Федерации:*

Принимая во внимание многозначность общего понятия «компенсация», охватывающего как меры штрафной (ярким примером является компенсация за нарушение исключительных прав), так и компенсационной направленности (компенсация за нарушение условий акционерного соглашения), наличие общей с возмещением убытков целью возмещения, нередкое отождествление в литературе указанных видов компенсации с заранее оцененными убытками, представляется целесообразным провести сравнительный анализ указанных мер ответственности.

Заранее оцененные убытки и компенсация за нарушение условий акционерного соглашения. Как известно, в современном мире акционерное общество выступает крупнейшей формой централизации капитала¹. Следовательно, управление такими предприятиями сопряжено со значительными рисками для их участников, снижению уровня которых способствует согласованное принятие решений акционерами. Правовым механизмом реализации этой задачи выступает институт акционерного соглашения. При этом сфера применения договорного инструментария в обозначенной области ограничивается императивными нормами права. В этом ключе Д.В. Ломакин отмечает, что «саморегулирование должно играть вспомогательную роль, а воля хозяйственного общества и его отдельных участников не должны подменять собой волю законодателя»². В то же время, как отмечает Л.И. Шевченко, «договорное регулирование по своему воздействию на рыночные отношения более широкое, нежели законодательное, поскольку последнее по своему воздействию способно лишь только их упорядочивать, а не

сборник докладов и дискуссий / Отв. ред. Ю.К. Титова. М., 1997. С. 23; Ломакин Д.В. Договоры об осуществлении прав участников хозяйственных обществ как новелла корпоративного законодательства // Вестник ВАС РФ, 2009. № 8. С. 19.

¹ О экономической и политической роли акционерных компаний (корпораций) см., напр.: Wilks S. The Political Power of the Business Corporation. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd, 2013. P. 42-56.

² Ломакин Д.В. Основные тенденции развития современного законодательства о хозяйственных обществах // Право и бизнес в условиях экономического кризиса: опыт России и Германии / Отв. ред. Е.Р. Губин, Е.Б. Лаутс. М.: Юрист, 2010. С. 34; Схожее мнение высказывает и Т.Ю. Басова (См.: Басова Т.Ю. Корпоративные договоры в рамках холдинговых структур // Право и экономика, 2011. № 12).

организовывать, формировать»¹. Кроме того, автор справедливо указывает, что «в условиях свободной рыночной экономики подлинно договорное регулирование отражает возможности сторон по установлению хозяйственных связей на основе принципа свободы договора»².

Расширяя возможности договорного регулирования отношений по корпоративному управлению, законодатель в п. 7 ст. 32.1 ФЗ «Об акционерных обществах» определил, что стороны акционерного соглашения вправе предусмотреть в качестве меры ответственности за нарушение его условий выплату компенсации, содержание которой раскрыто последним как установленная сторонами соглашения твердая денежная сумма или порядок ее определения³. Примечательно, что законодатель поставил этот вид компенсации в один ряд с такими мерами ответственности как возмещение убытков и взыскание неустойки (штрафа, пени), подчеркивая тем самым различия в их правовой природе.

Ранее в литературе часто отмечалось, что применительно к корпоративным отношениям традиционные способы защиты гражданских прав не могли служить эффективным правовым механизмом обеспечения интересов кредитора. Так, например, С.П. Степкин пишет: «Возмещение убытков в силу трудности их доказывания, а также взыскание неустойки из-за возможности ее неограниченного уменьшения судом не всегда смогут быть адекватным ответом на несоблюдение АС (акционерного соглашения. – *А.В.*) его стороной»⁴. Позже к схожей точке зрения приходит и Я.О. Смородин: «Заключая корпоративный договор, акционеры ожидают получения существенных гарантий его исполнения. Неопределенность в возможности взыскания убытков и в их размере не позволяет отнести возможность взыскания убытков к таким

¹ Шевченко Л.И. Проблемы формирования договорных отношений поставки в условиях становления в Российской Федерации рыночной экономики: дис. ... д-ра юрид. наук. Кемерово, 2001; Шевченко Л.И. Договорное регулирование отношений по поставкам в условиях рыночной экономики // Правовые проблемы укрепления российской государственности. Сборник статей / Под ред. В.Ф. Воловича. Томск, 2000. С. 17.

² Там же.

³ Федеральный закон «Об акционерных обществах» от 26.12.1995 г. № 208-ФЗ (ред. от 03.07.2016 г.) // Российская газета, 1995. № 248.

⁴ Степкин С.П. Гражданско-правовой институт акционерных соглашений: монография. М.: Петруруш, 2011.

гарантиям. Серьезным препятствием использования неустойки является ст. 333 ГК РФ, позволяющая суду уменьшать размер договорной неустойки по своему усмотрению»¹.

В то же время, рассматриваемый вид компенсации наряду с заранее оцененными убытками имеет тесную связь с возмещением убытков и взысканием неустойки. Уместно в связи с этим обратить внимание на историю принятия соответствующих поправок в ФЗ «Об акционерных обществах», комментируя которые А.Л. Маковский отметил: «Уже сейчас можно сказать, что проектируемые изменения ГК РФ положат конец уменьшению договорной неустойки судом по собственной инициативе»².

Так, в первоначальном проекте изменений в Гражданский кодекс РФ и ФЗ «Об акционерных обществах» не предусматривалась возможность установления компенсации за нарушение акционерного соглашения. Напротив, как отмечал в своем выступлении Г.Е. Авилов, «в свете невозможности использования... требования о присуждении исполнения обязательства в натуре, неустойка является единственным возможным способом обеспечения исполнения АС (акционерного соглашения. – *А.В.*)»³. Так, в ходе обсуждения поправок рассматривалась возможность введения запрета на снижение неустойки в случаях, прямо предусмотренных законом, в частности, за нарушение акционерного соглашения. Однако, Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства данное предложение было отвергнуто как нарушающее цель поддержания стабильности гражданского оборота и способствующее «переливу» значительных средств за нарушение акционерных соглашений без какого-либо судебного контроля⁴. В результате законодатель, как справедливо замечает В.А. Микрюков, «поступил

¹ Смородин Я.О. Несколько мыслей о корпоративном договоре в свете реформирования гражданского законодательства // *Опыты цивилистического исследования: Сборник статей / рук. авт. кол. и отв. ред. А.М. Ширвиндт, Н.Б. Щербаков. М.: Статут, 2016.*

² Стабильность, неизменность, определенность и ясность закона – необходимые условия существования рыночной экономики, инвестиций в нее // *Корпоративный юрист, 2010. № 11.*

³ Из практики Совета по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства при Президенте Российской Федерации // *Вестник гражданского права, 2008. № 1.*

⁴ Там же.

осторожно, хотя и сделав намек на конструирование новой твердой санкции за нарушение акционерного соглашения»¹.

Подобного рода «твердая санкция» (компенсация), что нередко отмечается в юридической литературе, содержательно напоминает заранее оцененные убытки. Например, такого мнения придерживаются К.О. Осипенко, Ю.П. Праслов и Д.В. Ломакин². В свою очередь, С.П. Степкин называет компенсацию «аналогом штрафных выплат, известных иностранному праву», недопустимо отождествляя при этом штрафные (*punitive damages*) и заранее оцененные убытки³. Проведем сравнение заранее оцененных убытков с компенсацией за нарушение условий акционерного соглашения.

Первым и основным критерием для сравнения послужит наличие или отсутствие штрафной функции. Как было отмечено нами ранее, возмещение заранее оцененных убытков не преследует цели наказания контрагента за нарушение условий договора, а направлено на восстановление имущественного положения кредитора путем уплаты согласованной суммы возмещения. В свою очередь, определение функциональной нагрузки указанного вида компенсации осложняется тем обстоятельством, что *de facto* ее правовое регулирование сводится лишь к законодательному закреплению определения компенсации.

Считаем целесообразным ввиду этого обратиться к некоторым основным категориям диалектики как общеметодологической основы настоящей работы. Так, В.В. Орлов раскрывает интересующие нас философские категории следующим образом: «Содержание – это элементы, из которых состоит вещь, форма – совокупность связей между ними, или, иначе, организация или структура вещи»⁴. В рассматриваемом случае организующей «формой» является термин «компенсация», а «содержание», как составляющие ее элементы,

¹ Микрюков В.А. Аналогия в механизме определения размера компенсации за нарушение акционерного соглашения // Законодательство и экономика, 2016. № 4.

² См.: Осипенко К.О. Договор об осуществлении прав участников хозяйственных обществ в российском и английском праве. М.: Инфотропик Медиа, 2016; Праслов Ю.П. Указ. соч.; Ломакин Д.В. Договоры об осуществлении прав участников хозяйственных обществ как новелла корпоративного законодательства // Вестник ВАС РФ, 2009. № 8. С. 19.

³ Степкин С.П. Указ. соч.

⁴ Орлов В.В. Основы философии. Общая философия: учебное пособие. Пермь: тип. Перм. ун-та, 2006. С. 294.

находит отражение в определении, данном в абз. 2 п. 7 ст. 32.1 ФЗ «Об акционерных обществах» и в соответствующих положениях отечественной доктрины. Так, закон определяет компенсацию за нарушение условий акционерного соглашения как твердую денежную сумму или сумму, подлежащую определению в порядке, указанном в соглашении. Повторим, что иных положений о компенсации законодательство не содержит. В этой связи в цивилистической доктрине возникла оживленная дискуссия относительно природы такой компенсации.

Например, обращая внимание на название рассматриваемой меры договорной ответственности, Ю.П. Праслов резонно указывает, что «само по себе понятие "компенсация" предполагает, что она должна компенсировать, а не обогащать. Таким образом, ее размер должен быть обоснованным»¹. Другие авторы, ссылаясь на отсутствие устоявшейся судебной практики, допускают квалификацию компенсации в качестве одной из разновидностей убытков, с присущей компенсаторной составляющей. Следовательно, придерживаясь такого подхода, суд будет требовать у истцов соответствующего обоснования ущерба². Уточним, что обосновывать (в случае спора) необходимо не наличие ущерба, а размер или порядок его определения в соглашении. Иное толкование противоречило бы практической цели закрепления новой меры гражданско-правовой ответственности – упростить процедуру восстановления кредитора в случаях, когда точное определение убытков затруднено или вовсе невозможно.

В свою очередь, Д.В. Ломакин, рассматривая природу компенсации за нарушение акционерного соглашения, признает, что ее закрепление в «по существу означает установление так называемых твердых или условных убытков», при возмещении которых участники акционерного соглашения «освобождаются от необходимости обосновывать величину причиненных убытков»³. Иными словами, автор отождествляет заранее оцененные убытки и

¹ Праслов Ю.П. Указ. соч.

² Степанов Д.И., Фогель В.А., Шрамм Х.-И. Корпоративный договор: подходы российского и немецкого права к отдельным вопросам регулирования // Вестник ВАС РФ, 2012. № 10.

³ Ломакин Д.В. Там же.

компенсацию: признает усеченный состав гражданского правонарушения при ее взыскании, а также определяет ее функции через сопоставление с убытками, а именно восстановление имущественного положения кредитора и учет (механизм определения) суммы возмещения. Схожей точки зрения придерживается и Ю.П. Праслов, связывая компенсацию с признанием принципиальной возможности регулирования в акционерном соглашении оценки предвидимых убытков от нарушения его конкретных условий¹.

Опираясь на представление о диалектическом единстве парных категорий «форма-содержание», стоит безоговорочно признать приведенные выше выводы справедливыми. Иными словами, указанная разновидность компенсации, как и заранее оцененные убытки, имеет не штрафную, а компенсационную функцию. Форма (в рассматриваемом случае – термин «компенсация») всегда определяется содержанием (понятием «компенсации»), отстает от него, но постоянно стремится к установлению соответствия с ним. При этом в процессе развития содержание, как наиболее динамичная категория, в конечном счете играет определяющую роль. Но в то же время форма может выражать тенденции развития содержания, тем самым «опережать в своем развитии отдельные консервативные элементы содержания»². Таким образом, законодатель, называя меру гражданско-правовой ответственности «компенсацией», с необходимостью задает тенденцию последующего развития не только самой меры, но и других положений гражданского законодательства, а также практики его применения. Представляется при этом верным доктринальное понимание компенсации как альтернативного средства возмещения убытков, договорного способа их исчисления и учета в хозяйственной деятельности, правового механизма стабилизации гражданского оборота. В этой связи Т.Ю. Басова отмечает, что «установление компенсации в твердой денежной сумме как меры ответственности за нарушение корпоративного договора четко обозначит, что

¹ Праслов Ю.П. Там же.

² Орлов В.В. Указ. соч. С. 296.

теряет нарушавшая его сторона»¹.

К этому стоит добавить, что применение рассматриваемой меры договорной ответственности должно способствовать упрочению правовой определенности как одному из основных начал гражданского законодательства. Интересно отметить, что в романо-германской правовой традиции принцип правовой определенности раскрывается через приоритетное создание условий, способствующих максимальной предсказуемости правовых последствий для участников гражданского оборота. Англосаксонская же правовая традиция, как правило, трактует названный принцип с точки зрения свободы в выборе средств правового регулирования хозяйственных отношений, ограниченную императивными нормами закона ². Как видно, рассматриваемый вид компенсации, являясь договорным механизмом распределения рисков хозяйствующих субъектов, согласуется как с романо-германским, так и с англосаксонским пониманием принципа правовой определенности.

Развитие «содержания» компенсации (ее составных элементов) предопределяется основными функциями компенсации, среди которых стоит выделить восстановление имущественного положения, а также самостоятельное распределение и оценка сторонами акционерного соглашения рисков его неисполнения.

Восстановление имущественного положения сторон акционерного соглашения посредством выплаты суммы компенсации, иными словами отсутствие штрафной функции у данного вида компенсации, проявляется в следующих аспектах. Во-первых, при взыскании компенсации в судебном порядке стороне надлежит обосновать экономическую целесообразность установленной суммы или порядка ее исчисления³. Во-вторых, в п. 7 ст. 32.1 ФЗ «Об акционерных обществах» законодатель, используя разделительный союз «или», ставит в один ряд такие меры гражданско-правовой ответственности как

¹ Басова Т.Ю. Корпоративные договоры в рамках холдинговых структур // Право и экономика, 2011. № 12.

² Facing the Limits of the Law / E. Claes, W. Devroe, B. Keirsbilck. Leuven: Springer, 2009. P. 92-93.

³ См.: Праслов Ю.П. Указ. соч.

возмещение убытков, взыскание неустойки (штрафа, пени) и выплата компенсации, тем самым разграничивая первую универсальную, вторую штрафную и третью компенсационную меру ответственности. В-третьих, в акционерном соглашении профессиональные участники гражданского оборота приходят к соглашению, что согласованная ими сумма компенсации, подкрепленная соответствующим расчетом, в полной мере обеспечит восстановление их имущественного положения.

Вторым критерием сравнения послужит наличие учетно-стоимостной функции. Так, последняя свойственна компенсации за нарушение условий акционерного соглашения, поскольку такого рода компенсация, во-первых, отражает количественную характеристику суммы возмещения; во-вторых, ее размер заранее известен сторонам, что позволяет им зарезервировать средства на случай нарушения условий соглашения; и, в-третьих, договорная компенсация служит средством учета, оценки и перераспределения рисков неисполнения сторонами акционерного соглашения, тем самым позволяя стабилизировать развитие корпоративных отношений.

Сравнение с функциями заранее оцененных убытков, таким образом, позволяет заключить, что компенсация за нарушение условий акционерного соглашения и заранее оцененные убытки составляют одно правовое явление с той лишь разницей, что применение указанного вида компенсации ограничено сферой корпоративных отношений. Иными словами, их сущность видится нам единой, поскольку функции того или иного явления всегда выступают производным от его сущности¹.

К этому же выводу мы приходим и при сопоставлении данного вида компенсации с иными признаками заранее оцененных убытков. Во-первых, размер (или порядок его определения) компенсации за нарушение условий акционерного соглашения, как и в случае с заранее оцененными убытками, устанавливается сторонами соглашения на случай его нарушения, имеет

¹ О соотношении понятий «функция», «роль» и «сущность» применительно к заранее оцененным убыткам см. §1.3 диссертации.

договорную природу. Во-вторых, последствиями нарушения условий акционерного соглашения выступает ущерб, размер которого не поддается точному исчислению, в связи с чем условия реализации функций компенсации и заранее оцененных убытков совпадают. В-третьих, как следствие, компенсация, наряду с заранее оцененными убытками, составляет упрощенный способ возмещения предвидимых от нарушения договора убытков.

В то же время сравнение рассматриваемого вида компенсации с другими признаками заранее оцененных убытков (разумность оценки предвидимых убытков и усеченный состав правонарушения) требует отдельного освещения в рамках анализа допустимости применения ст. 333 Гражданского кодекса РФ к компенсации за нарушение условий акционерного соглашения. Более того, актуальность данной проблемы возрастает с тем, что, не раскрыв в полной мере содержание новой меры договорной ответственности, законодатель оставил решение интересующего нас вопроса на усмотрение суда.

Соглашаясь с мнением некоторых ученых, отметим, что доктринальное обоснование возможности судебного снижения размеров компенсации стоит в зависимости от выбранной позиции относительно соотношения компенсации с возмещением убытков и взысканием неустойки¹. Соответственно, при проведении аналогии с возмещением убытков признается принципиальная невозможность судебного снижения размеров такой компенсации. Рассматривая компенсацию в качестве разновидности неустойки, исследователи, соответственно, склонны к мнению о возможности ее снижения на основании несоразмерности последствиям нарушения договора.

Рассмотрим аргументы авторов, оставляющих за судебными инстанциями право (или даже обязанность) снижать размер компенсации до «приемлемых» значений. Во-первых, сторонам необходимо обосновать сумму компенсации или порядок ее определения относительно размера предвидимых убытков. Отсутствие какой-либо связи с убытками дает основание считать согласованную

¹ См.: Степанов Д.И., Фогель В.А., Шрамм Х.-И. Указ. соч.

сумму, вне зависимости от применяемой в соглашении терминологии, неустойкой (штрафом) и, на основании положений закона о недействительности сделок, применить правила ст. 333 Гражданского кодекса РФ к компенсации как притворной сделке. Бесспорно, указанное обоснование применения правила о снижении размера штрафной санкции является верным. В то же время, такая позиция скорее не столько признает возможность «судебной рестрикции» размеров согласованной сторонами акционерного соглашения суммы возмещения, сколько указывает на одно из условий действительности компенсации как экономически целесообразного порядка определения ее размера. Содержательно к такому же выводу приводят рассуждения по поводу формирования дифференцированного подхода судов «в зависимости от характера компенсации, установленной конкретным соглашением и выявленной судом в конкретных обстоятельствах» (применение аналогии закона)¹.

Во-вторых, допустимость судебного снижения размеров компенсации за нарушение акционерного соглашения некоторые авторы связывают с действием принципа добросовестности и справедливости, и, как следствие, приходят к выводу, что «при несоответствии компенсации размеру убытков суд должен применять ст. 333 ГК РФ»². Абсолютизация отдельных принципов гражданского права заставляет усомниться в правомерности подобного рода тезисов. Так, стоит отметить, что компенсация представляет собой феномен договорной ответственности и, в силу действия принципа свободы договора, а также ст.ст. 307, 309, 310, 420 Гражданского кодекса РФ условие о ее выплате становится «законом для двоих», обязательным для исполнения. Представляется, что дискуссия относительно конкуренции принципов справедливости и свободы договора в данном случае является неуместной, поскольку, как верно отметил А.Г. Карапетов, специфика акционерного соглашения «требует применения жесткого стандарта ответственности, принятого в отношении сугубо

¹ Микрюков В.А. Аналогия в механизме определения размера компенсации за нарушение акционерного соглашения // Законодательство и экономика, 2016. № 4.

² Праслов Ю.П. Указ. соч.

коммерческой деятельности», потому сторона акционерного соглашения, фактически действующая как предприниматель, «не заслуживает какой-то особой патерналистской опеки»¹. Более того, такое «нецелевое использование механизма аналогии, - как справедливо замечает В.А. Микрюков, - снижает степень определенности гражданско-правового воздействия, лишает участников гражданских отношений коммерческой уверенности в нерушимости обязательств»². Таким образом, судебное снижение суммы компенсации за нарушение условий акционерного соглашения оправдано лишь в случаях, когда последняя в отсутствие какого-либо обоснования своих размеров, фактически прикрывает неустойку.

Приведем дополнительные аргументы невозможности применения ст. 333 Гражданского кодекса РФ к компенсации, фактически представляющей заранее оцененные убытки в корпоративных отношениях. Напомним, что появление последней, как указывает Ю.С. Поваров, во многом «стало реакцией на запрос предпринимательской среды получить более работоспособный инструмент влияния на контрагента-нарушителя – в ракурсе облегченного режима доказывания и недопустимости произвольного снижения размера ответственности»³. К аналогичному мнению приходят и другие авторы. Так, оценивая возможности новой меры договорной ответственности, В.В. Кузнецов замечает, что «невозможность снижения размера компенсации по правилам о неустойке позволяет расценивать такой институт в качестве эффективного средства защиты интересов сторон соглашения. Данный вывод ... с учетом проблем, существующих в связи с применением ст. 333 ГК РФ, видится единственно возможным»⁴. Схожей точки зрения придерживаются И.В. Корнев и В.Ю. Арутюнян, полагающие, что «на практике компенсация при условии, что

¹ Каранетов А.Г. Заверения об обстоятельствах и условия о возмещении потерь в новой редакции ГК РФ // Закон, 2015. № 6. С. 43-56.

² Микрюков В.А. Некоторые вопросы применения гражданского законодательства по аналогии // Вестник Пермского университета. Юридические науки, 2014. № 1(23). С. 141.

³ Поваров Ю.С. Последствия нарушения акционерного соглашения // Законы России: опыт, анализ, практика, 2011. № 5.

⁴ К вопросу о соглашениях акционеров // ЭЖ-Юрист, 2009. № 44.

ее размер не будет уменьшаться судами в произвольном порядке, сможет стать существенной гарантией исполнения акционерного соглашения его сторонами»¹.

Кроме того, ст. 333 Гражданского кодекса РФ связывает право суда на уменьшение неустойки с необходимостью выявления ее очевидной несоразмерности последствиям нарушения обязательства. Очевидная несоразмерность и необоснованность, в свою очередь, выражается, в частности, в том, что возможный размер убытков кредитора, которые могли возникнуть вследствие нарушения обязательства, значительно ниже начисленной неустойки². Напомним, что определить убытки вследствие нарушения условий акционерного соглашения, как правило, крайне затруднительно или же вовсе невозможно. При этом в литературе справедливо отмечается, что специфика убытков при нарушении акционерного соглашения не позволяет применять принцип справедливости и соразмерности ответственности при разрешении споров из корпоративных отношений³. В связи с этим возникают сомнения относительно возможности установления в суде факта несоразмерности согласованной суммы компенсации последствиям нарушения акционерного соглашения. Необоснованным в этом ключе видится и вмешательство суда во внутрикорпоративные отношения профессиональных участников гражданского оборота.

Таким образом, применение правил ст. 333 Гражданского кодекса РФ к компенсации за нарушение условий акционерного соглашения в части снижения ее размера не имеет объективных оснований, и, следовательно, является нарушением основных начал гражданского законодательства (принципа свободы договора, недопустимости произвольного вмешательства в частные дела и беспрепятственного осуществления гражданских прав). Судебное

¹ Корнев И., Арутюнян В. Акционерное соглашение: заключение, содержание и исполнение // Корпоративный юрист, 2010. № 1.

² Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» // Бюллетень ВС РФ, 2016. № 5.

³ См.: Варюшин М.С. Основные способы защиты, применяемые при нарушении условий корпоративного договора // Законодательство и экономика, 2013. № 7.

снижение размеров компенсации, как полагаем, может иметь место лишь при неверном восприятии ее природы сторонами акционерного соглашения, отсутствии обоснования ее размеров, т.е. отождествлении последней с неустойкой (штрафом), в равной степени как и снижение размеров суммы возмещения, названной в договоре заранее оцененными убытками, возможно лишь в случае когда последняя фактически составляет штрафные убытки (штраф).

Представляется важным обозначить тенденцию в судебной практике относительно степени автономности воли сторон при формировании условий акционерного соглашения, в частности, касающихся договорной ответственности. Так, разрешая одно из дел суд кассационной инстанции указал: «Оценивая доводы ответчиков о наличии основания для применения статьи 333 ГК РФ, апелляционный суд обоснованно исходил из того, что, заключая соглашение, стороны оценивали штраф в размере 5 000 000 руб. за нарушение условий по голосованию за принятие определенных решений, как соразмерный последствиям нарушения обязательств. Доказательств того, что сторонами соглашения предпринимались какие-либо меры для изменения размера штрафа, невозможности влиять на содержание условий договора при его заключении, в материалы дела не представлено»¹.

Из анализа указанного Постановления вытекает следующее: стороны акционерного соглашения свободны в установлении своих прав и обязанностей, в том числе при согласовании размера договорной ответственности, выражая свою волю и в своем интересе принимая соответствующее обязательство. При этом соразмерность договорной ответственности даже в виде штрафа презюмируется, если не будут представлены доказательства обратного, свидетельствующие о принятии стороной мер по согласованию меньшей суммы в частности или отсутствия у нее возможности менять условия соглашения в целом. Таким образом, суд (в отсутствие порока воли) не вправе ограничивать

¹ Постановление арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 02.06.2016 г. по делам №№ Ф04-2554/2016, А45-12277/2015 [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

автономию воли сторон акционерного соглашения, касающейся в том числе согласования условий о компенсации, а признание соразмерности последствиям нарушения договора и штрафов, как правило кратно превышающих заранее оцененные убытки, в очередной раз ставит под сомнение обоснованность возможности судебного снижения размеров компенсации за нарушение условий акционерного соглашения.

Таким образом, в контексте анализа возможности судебного снижения размеров компенсации, стоит сделать вывод, что обоснованность суммы возмещения, а равно разумная оценка предвидимых от нарушения договора убытков, составляет общий признак заранее оцененных убытков и компенсации за нарушение условий акционерного соглашения. Судебное снижение размеров указанного вида компенсации, как и заранее оцененных убытков, представляется противоречащим их сущности как компенсационным мерам гражданско-правовой ответственности.

Рассмотрим следующий признак заранее оцененных убытков – усеченный состав гражданского правонарушения, позволяющий взыскивать последние на одном единственном основании – нарушении соответствующих условий договора. Так, в юридической литературе нередко отмечается, что помимо принципиальной невозможности судебного снижения компенсации, требование о ее выплате не вызывает у кредитора обязанности доказывать наличие и размер причиненных нарушением соглашения убытков¹. Указанная позиция авторов представляется нам вполне оправданной. Иное понимание содержания рассматриваемой меры ответственности привело бы к отождествлению выплаты компенсации с возмещением убытков в рамках общих положений гражданского законодательства и, как следствие, снижению потенциальной эффективности новой меры гражданско-правовой ответственности. С другой стороны, имеющееся в соглашении (приложении к нему) обоснование размера

¹ См.: Корпоративное право: учебник. 2-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. И.С. Шиткина. М.: КноРус, 2015; Шиткина И.С. Соглашения акционеров (договоры об осуществлении прав участников) как источник регламентации корпоративных отношений // Хозяйство и право, 2011. № 2; Ломовский С.А. Новое в правовом регулировании акционерных соглашений в российском законодательстве // Общество и право, 2010. № 3.

компенсации, равно оценка заранее оцененных убытков, с необходимостью должно снимать вопрос о доказывании наличия убытков и их конкретного размера.

Как известно, при возмещении убытков, по общему правилу, на истце лежит бремя доказывания полного состава гражданского правонарушения. Изъятия из общих правил (условий) привлечения к гражданско-правовой ответственности устанавливаются, как правило, непосредственно в Гражданском кодексе РФ. Так, необходимость доказывания усеченного состава гражданского правонарушения установлена для случаев взыскания неустойки (п. 1 ст. 330), а также требований о выплате компенсации за нарушение исключительных прав (п. 3 ст. 1252). В указанных случаях нормированное изъятие из общих правил привлечения к ответственности предусматривает освобождение кредитора от доказывания причинения ему убытков (их размера). В свою очередь ограниченное правовое регулирование, сводящееся лишь к закреплению понятия компенсации, с формальной точки зрения не позволяет сделать вывод о наличии усеченного состава доказывания.

В то же время в доктрине высказывается мнение об освобождении кредитора от необходимости доказывания величины убытков при взыскании такого рода компенсации¹. Указанная точка зрения представляется нам единственно верной, поскольку бы иное противоречило концептуальным целям закрепления в законе новой меры гражданско-правовой ответственности, отождествляло последнюю с универсальным способом защиты гражданских прав (возмещением убытков), а также способствовало «уходу» инвесторов в другую юрисдикцию в стремлении получить эффективный договорный механизм регулирования отношений по управлению акционерным обществом².

В странах общего права праве стороны заключают акционерные

¹ См.: Ломакин Д.В. Там же.

² Напомним, что до недавнего времени отношения акционеров по управлению обществом, как правило, структурировались посредством обращения к иностранной холдинговой компании, что позволяло «перевести» отношения в иностранную юрисдикцию (См.: Остапец И., Коновалов А. Соглашения акционеров // Слияния и поглощения, 2006. № 1-2. С. 35-36, 50-54).

соглашения в отсутствии соответствующей законодательной базы¹. Однако в отечественном праве традиционно присутствует потребность в обратном, что проявляется, в частности, как справедливо отмечают А.В. Иванов и Н.Л. Лебедева, в наличии риска признания судом недействительными тех условий соглашения, которые не имеют под собой законодательной основы². «Учитывая, что это (компенсация за нарушение акционерного соглашения. – А.В.) новелла для российского законодательства, введенная в целях повышения его конкурентоспособности, будет весьма некорректным не обеспечить данную конструкцию надлежащей правовой защитой», - замечает в этой связи Т.Ю. Басова.

Таким образом, принимая во внимание недостаточное нормативное регулирование отношений по возмещению указанного вида компенсации, потребность участников гражданского оборота в соответствующих правовых ориентирах, традицию отечественного права по формированию достаточно широкой законодательной основы регулирования новых отношений, необходимость разрешения доктринальных споров и терминологического единства считаем необходимым изложить п. 7 ст. 32.1 ФЗ «Об акционерных обществах» с учетом следующего. Во-первых, следует, на наш взгляд, заменить термин «компенсация» на термин «заранее оцененные убытки», уточняющий возможность применения отдельной методики определения размеров убытков за нарушение условий акционерного соглашения. Во-вторых, в данном случае следует нормативно указать условие действительности положений о заранее оцененных убытков – последние должны представлять обоснованную сумму возмещения (или порядок ее определения), отражающую разумную оценку предвидимых убытков. В-третьих, необходимо по аналогии с институтом компенсации за нарушение исключительных прав закрепить норму, согласно которой для взыскания сумм заранее оцененных убытков достаточно доказать

¹ См.: *Stedman G., Jones J. Shareholders Agreements*. 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 1998. P. 1.

² См.: *Иванов А.В., Лебедева Н.Л. Соглашение акционеров: шаг вперед или топтание на месте? // Корпоративный юрист, 2008. № 9. С. 50.*

факт нарушения условий акционерного соглашения. При этом сторона должна освободиться от доказывания наличия убытков и их действительного размера.

Заметим, что в отсутствие достаточного законодательного регулирования отношений по возмещению компенсации за нарушение условий акционерного соглашения лишь анализ доктрины позволяет сделать вывод об общности для заранее оцененных убытков и указанной компенсации такого признака, как усеченный состав гражданского правонарушения, позволяющий взыскивать соответствующие суммы возмещения на основании одного лишь факта нарушения соответствующих условий договора.

Резюмируя изложенное в первой части параграфа, следует отметить следующее. Во-первых, в российском праве понятие «компенсация» охватывает сразу несколько неоднородных правовых явлений, что свидетельствует об отсутствии единого представления законодателя о содержании и функции компенсации, собирательном характере рассматриваемого термина. Во-вторых, введение нового договорного механизма гражданско-правовой ответственности акционеров обусловлено политико-правовой задачей повышения инвестиционной привлекательности российской экономики, потребностью в эффективном правовом механизме защиты нарушенных прав, лишенного процессуальных трудностей доказывания убытков и возможности произвольного снижения размеров ответственности. В-третьих, анализ компенсации с философских позиций (посредством обращения к категориям диалектики «форма-содержание») позволяет выявить общую тенденцию развития системы мер гражданско-правовой ответственности и практики их применения в ключе преобладания компенсаторной модели защиты гражданских прав. И, наконец, в-четвертых, сопоставительный анализ признаков и функций заранее оцененных убытков и компенсации за нарушение условий акционерного соглашения позволяет сделать вывод о тождестве указанных явлений с той лишь разницей, что применение последней ограничено определенной сферой отношений. Иными словами, указанный вид компенсации содержательно составляет заранее оцененные убытки в сфере корпоративных

отношений, в силу своей природы не подлежащий судебному снижению.

Заранее оцененные убытки и компенсация за нарушение исключительных прав. Заметим, что в современной юридической литературе довольно часто происходит отождествление названных мер гражданско-правовой ответственности. Например, О.Н. Садиков пишет: «Категория заранее оцененных убытков получила свое отражение в нормах части четвертой ГК РФ, где предусматривается выплата при нарушении авторских и смежных прав по выбору потерпевшего лица вместо возмещения убытков определенной компенсации»¹. Аналогичную точку зрения высказывает и Ю.В. Романец: «Идея заранее оцененных убытков реализована в институте компенсации, применяемом при защите исключительных прав»². Компенсация при этом, по мнению автора, призвана решить задачу «полного возмещения труднодоказуемых убытков»³. Принимая во внимание изложенное ниже, представляется, что указанная позиция авторов с учетом различной природы рассматриваемых мер ответственности нуждается либо в дополнительной аргументации, либо в существенной корректировке.

Обратимся к истории появления и развития в российском законодательстве данной меры гражданско-правовой ответственности. Анализируя современные тенденции отечественной модели гражданско-правового регулирования, О.В. Зайцев справедливо отмечает, что «несмотря на существовавшие традиции в дореволюционном российском праве регулирования частноправовых отношений, большинство законодательных правил с конца 90-х годов XX века были привнесены западными моделями»⁴. Так, рассматриваемый вид компенсации впервые был закреплен в Законе РФ «О правовой охране программ

¹ Садиков О.Н. Убытки в гражданском праве Российской Федерации. М.: Статут, 2009.

² Романец Ю.В. Восстановительная природа гражданской ответственности // Законодательство, 2011. № 4; Романец Ю.В. Этические основы права и правоприменения. М.: Зерцало-М, 2012.

³ Там же.

⁴ Зайцев О.В. Усиление диспозитивности гражданско-правового регулирования как тенденция развития современной правовой системы // Право и политика: теоретические и практические проблемы: сборник материалов 4-й Международной научно-практической конференции, посвященной 100-летию РГУ имени С.А. Есенина. Рязань, 2015. Вып. 4. С. 40.

для электронных вычислительных машин и баз данных»¹. Источником заимствования данного института явилось законодательство США, единственной страны, право которой в то время допускало применение т.н. «статутных убытков» (statutory damages) к авторским и смежным правам. Под «статутными» принято понимать убытки, размер которых прямо установлен в законе. Их природа в отечественной литературе определяется по-разному. Одни авторы считают ее сугубо штрафной санкцией², другие – как строго компенсаторной мерой ответственности³. Однако в полной мере ни с той, ни с другой точкой зрения мы согласиться не можем. С одной стороны, §1117 Кодекса США⁴ устанавливает, что в каждом случае присуждаемую сумму «стоит принимать в качестве возмещения, но не штрафа». С другой стороны, суд, определяя размер статутных убытков и руководствуясь принципом справедливости, может по своему усмотрению (с учетом обстоятельств дела) повысить сумму возмещения до трех раз превышающую реальный ущерб (actual damages)⁵. В то же время в традиции континентального права сложно признать тот факт, что санкция, размер которой кратно превышает реальный ущерб, не имеет штрафную функцию в качестве основной.

В связи с этим в юридической доктрине отмечается, что рассматриваемый вид компенсации, «прототипом» которой выступили статутные убытки, имеет «двойственную правовую природу, являющуюся результатом попытки совмещения особого способа определения предполагаемых убытков при отсутствии точных данных для них, а также системы штрафов, взыскиваемых на

¹ Закон РФ «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных» от 23.09.1992 г. № 3523-1 // Российская газета, 1992. № 229. Однако защита интеллектуальных прав в качестве сферы гражданско-правового регулирования, как отмечает П.В. Крашенинников, имеет давнюю историю: около 200 лет в России и более 500 лет в мире (Гражданский кодекс Российской Федерации. Авторское право. Права, смежные с авторскими. Постатейный комментарий к главам 69-71 / Б.М. Гонгало, В.О. Калятин, М.Я. Кириллова и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. М: Статут, 2014 (автор вступительного слова – П.В. Крашенинников)).

² См.: *Старженецкий В.В.* Статутные убытки в праве интеллектуальной собственности РФ: эволюция и актуальные проблемы // Вестник экономического правосудия, 2015. № 10.

³ См.: *Каминская Е.И.* Выплата компенсации за нарушение исключительных авторских прав (альтернативной компенсации) / Комментарий судебной практики. Вып.20 / Под ред. К.Б. Ярошенко. М.: Контракт, 2015. С. 111-119.

⁴ Кодексом США принято называть сборник кодификаций федерального законодательства США, издаваемый Управлением по законодательству Палаты представителей Конгресса США (См.: United States Code, U.S.C. URL: <http://codes.lp.findlaw.com/uscode> (Дата обращения: 01.10.2016))

⁵ Там же.

основании факта правонарушения и в ряде случаев способных значительно превосходить размер причиненных правообладателю убытков»¹. Однако стоит признать, что на различных этапах развития российского гражданского права соотношение компенсаторной и штрафной функции компенсации за нарушение авторских прав менялось, что имеет значение для целей соотношения рассматриваемого института с заранее оцененными убытками.

Так, Старженецкий В.В. выделяет четыре таких этапа. На первом (1992-2004 гг.) компенсация выполняла роль упрощенной «формы возмещения убытков». Вторым этапом (2004-2008 гг.) характеризовался усилением штрафной составляющей компенсации, свидетельством чему явилось введение нового порядка ее расчета (двукратного размера стоимости экземпляров произведений или объектов смежных прав или прав на их использование), а также введения нормы о взыскании компенсации за каждый случай неправомерного использования. Третий этап (2008-2014 гг.) окончательно оформил штрафной характер компенсации путем закрепления права автора на выбор способа ее исчисления², взыскания вместо и вне зависимости от убытков и вины нарушителя, а также закреплением третьего способа определения размера компенсации непосредственно судом. Интересно отметить, что на этом этапе, как замечает автор, «в судебной практике и доктрине по-прежнему по инерции преобладала точка зрения о том, что компенсация в силу своего названия и правовой природы является своеобразным способом восстановления нарушенных прав, продолжались попытки совместить этот институт с правовосстановительными началами гражданского права»³. Четвертый же этап (2014 г. – н/вр.) характеризуется расширением сферы применения компенсации и законодательного закрепления результатов обобщения судебной практики⁴.

Кроме этого, вывод о наличии штрафной функции у компенсации, чуждой

¹ Музыка Ф.А. Компенсация как способ защиты исключительных прав на произведения и объекты смежных прав: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 10.

² Выбор наиболее выгодного, а не компенсаторного способа исчисления.

³ См.: Старженецкий В.В. Указ. соч.

⁴ Там же.

заранее оцененным убыткам, проявляется, как мы полагаем, в следующем. Так, современное российское законодательство, регулирующее авторское право, предусматривает три способа определения размера компенсации. В этой связи с общефилософских позиций определим рассматриваемую компенсацию как целое, а способы определения ее размеров – как составные части этого целого. Исходя из представлений о том, что любая часть составляет «миниатюру» целого¹, определим функциональную нагрузку каждого способа определения размера компенсации с целью определения центральной функции самой компенсации. Иными словами, обосновывая штрафную функцию компенсации за нарушение исключительных прав, проследим проявление штрафной функции в каждом способе определения размера такой компенсации.

Применение правила об определении размера компенсации судом через установленные в законе ее минимальные и максимальные значения можно проиллюстрировать следующим примером. Предпринимателю, продавшему нелегальный компакт-диск со сборником из двадцати песен (исполнений) за 250 рублей, будет присуждена компенсация как минимум в размере 200 000 рублей (произведение минимального размера компенсации на каждый случай незаконного использования)². Очевидно, что 800-кратная компенсация³ *a priori* не может иметь компенсаторный характер, даже с учетом снижения ее размеров ниже пределов, установленных законом.

Два других способа определения размера компенсации, в сущности составляющий один, могут быть проиллюстрированы многочисленными примерами судебной практики. В частности, суды напрямую указывают, что рассчитанная и таким образом компенсация по своей природе «является штрафной мерой ответственности», применяемой при «значительной

¹ Г.В.Ф. Гегель в этой связи писал, что части составляют «целостную идею, которая вместе с тем проявляется в каждом из них в отдельности» (См.: Гегель Г.В.Ф. Энциклопедия философских наук. Т. 1. Наука логики. М.: Мысль, 1974. С. 100).

² О порядке определения размеров компенсации в случаях распространения нелегальных компакт-дисков см. подробнее: Новоселова Л.А., Петрова Ю.В. Правоприменительные аспекты определения размера компенсации как способа защиты в праве интеллектуальной собственности // Закон, 2014. № 5. С. 39-45.

³ По отношению ко стоимости одного экземпляра нелегального компакт-диска, превышающей в настоящем случае размеры отчислений авторам песен (исполнителям).

затруднительности для правообладателя определить размер причиненного ущерба»¹. В данном случае мы видим, с одной стороны, общий признак заранее оцененных убытков и компенсации за нарушение исключительных прав – случаи невозможности или затруднения при определении точного размера убытков, так и, с другой стороны, существенное различие – штрафная природа такой компенсации, не соотносящаяся с компенсаторной природой заранее оцененных убытков. Очевидно, что взысканная последним способом компенсация, как правило, составляет более тяжкую санкцию за нарушение прав правообладателя, поскольку, напомним, максимальный размер компенсации, определяемой судом, составляет 5 млн. рублей. Стоит напомнить, что в этом случае у суда отсутствует право на снижение размера компенсации, что в очередной раз свидетельствует о штрафном характере и этого способа исчисления.

Таким образом идея целого (штрафная функция компенсации) нашла отражение в каждой составляющей ее части (способе определения размера компенсации за нарушение исключительных прав). В связи с этим стоит поддержать мнение авторов, относящих компенсацию к штрафным мерам ответственности². Так, например, Е.И. Каминская справедливо отмечает: «Практика применения судами компенсации за нарушение исключительных прав показывает, что вопреки своему названию и используемым в доктрине квалификациям к компенсаторным санкциям ее можно отнести с большим трудом»³.

Как показывает приведенный анализ, в отечественном законодательстве и

¹ См., напр.: Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 03.05.2005 г. № Ф09-1119/05-С по делу № А60-3452/2003 [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 07.11.2006 г. № Ф09-3776/06-С5 по делу № А60-20494/05 [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 12.05.2006 г. № Ф09-3570/06-С5 по делу № А50-30429/05 [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

² См., напр.: *Ворожеевич А.С.* Незаконное использование товарного знака: понятие, меры ответственности // Вестник гражданского права, 2015. № 6; *Ситдикова Р.И.* Определение размера компенсации при рассмотрении споров о нарушении авторских и смежных прав // ИС. Авторское право, 2009. № 11. С. 40-49; *Гаврилов Э.П.* Компенсация за нарушение исключительного права на товарный знак // Хозяйство и право, 2012. № 7; *Гаврилов Э.П.* Компенсация за нарушение исключительных прав и некоторые новые аспекты ее применения // Хозяйство и право, 2013. № 7; *Старженецкий В.В.* Указ. соч.

³ *Каминская Е.И.* Указ. соч.

практике его применения утвердилась тенденция усиления штрафной составляющей компенсации за нарушение исключительных прав, в связи с чем ее сравнение по ключевому критерию (основной функции) с заранее оцененными убытками, имеющими сугубо компенсаторную природу, видится нам некорректным. Рассматривая компенсацию как один из способов определения убытков в случаях, когда их установление имеет существенные трудности или вовсе невозможно (посредством т.н. метода «адекватных оценок»), В.В. Груздев отмечает, что в законе устанавливаются границы судебного усмотрения, которые не имеют «ничего общего с "нормативными" и "заранее оцененными" убытками, размер которых *a priori* определяется в точной цифре»¹.

Как известно, тот или иной правовой механизм способен одновременно реализовывать различные функции². Так, А.С. Комаров в своем исследовании подчеркивает, что имущественные санкции способны вызывать различный правовой эффект, однако решающим остается общая направленность (вектор) и законодательно сформулированные задачи³. Изложенный материал свидетельствует о преобладании штрафной функции у компенсации за нарушение исключительных прав. Сформулированные же законодателем задачи находят отражение в текстах закона. Так, до принятия части четвертой Гражданского кодекса РФ нормы о компенсации были закреплены в ст. 49 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»⁴. Однако лишь третья (последняя) редакция закона фактически исключила из оснований для выплаты названного вида компенсации наличие убытков у правообладателя, что не может не свидетельствовать о придании самим законодателем штрафного характера компенсации, формулировании последним соответствующей задачи – наказания

¹ Груздев В.В. Гражданско-правовая защита имущественных интересов личности. Книга вторая: Отдельные аспекты защиты. М.: Юстицинформ, 2014.

² В свою очередь, наличие антагонистических функций (как то одновременно компенсаторной и штрафной) свидетельствует о качественных изменениях предмета, предшествующих появлению нового.

³ См.: Комаров А.С. Ответственность в коммерческом обороте. М.: Юрид. лит., 1991. С. 34.

⁴ Закон РФ «Об авторском праве и смежных правах» от 09.07.1993 г. № 5351-1 // Российская газета, 1993. № 147.

нарушителя исключительных прав правообладателя¹.

В то же время несмотря на существенные различия в основной функции, у заранее оцененных убытков и компенсации за нарушение исключительных прав имеется и общее. Во-первых, обе конструкции заимствованы из англосаксонского гражданского права. Стоит при этом отметить, что в данном случае, как и в ряде других, «заимствование отдельных решений и конструкций зарубежных правовых порядков связано с отсутствием тех теоретических разработок, которые обеспечивают применение данных законодательных механизмов на практике и при разрешении возникающих споров»². Во-вторых, в обоих случаях преобладает диспозитивное регулирование отношений (самостоятельное формулирование условий о заранее оцененных убытках и возможность выбора способа исчисления компенсации). В-третьих, как мы уже отметили, сравниваемые меры фактически выступают способами исчисления убытков в случаях, когда их определение представляет значительную трудность³. Однако приведенные аргументы не являются достаточными для сколько-нибудь существенного сближения сравниваемых мер гражданско-правовой ответственности.

В современной литературе высказываются предложения по совершенствованию регулирования отношений по выплате компенсаций. В частности, предлагается и далее усиливать штрафную функцию компенсации посредством повышения ее минимальных стоимостных значений, установленных в законе⁴. Не соглашаясь с указанным, отметим, что реализация этих предложений, еще сильнее дистанцирующих компенсацию от заранее оцененных убытков, не соотносится с современными тенденциями правового регулирования способов защиты нарушенных гражданских прав, в том числе

¹ Федеральный закон «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах» от 20.07.2004 г. № 72-ФЗ // Российская газета, 2004. № 159.

² Зайцев О.В. Проблемы совершенствования гражданского законодательства через призму доктрины // Юридическая наука, 2016. № 5. С. 86.

³ В то же время, как отмечает Е.И. Каминская, к случаям отсутствия убытков статутные убытки (аналог компенсации) не применимы, в отличие от других видов убытков, таких как заранее оцененные или номинальные (См.: Каминская Е.И. Указ. соч.).

⁴ См., напр.: Чхутиашвили Л.В. Проблемы защиты авторских прав // Цивилист, 2010. № 4.

прав исключительных. Так, в настоящее время задача суда фактически сводится к установлению мотивов снижения размеров заявленной суммы компенсации. Кроме этого, с 2014 г. законодатель закрепил право суда в отдельных случаях снижать общий размер компенсации ниже пределов, установленных законом, что может свидетельствовать об ослаблении штрафной функции компенсации. В этой связи В.В. Старженецкий выражает надежду на то, что «дальнейшая эволюция института статутных убытков (а равно компенсации за нарушение исключительных прав. – *А.В.*) в России будет происходить не в карательной, а в правовосстановительной плоскости»¹.

Суммируя результаты сравнительного анализа заранее оцененных убытков и компенсации за нарушение исключительных прав, мы можем сделать следующие выводы. Во-первых, как и заранее оцененные убытки, компенсация представляет один из видов (способов исчисления) убытков, заимствованных из англосаксонского права (статутные убытки), применяемых, как правило, в случаях, когда затруднительно или вовсе невозможно определить точный размер убытков. Во-вторых, отечественное право и практика его применения базируется на «штрафном» понимании компенсации, идея чего проявляется в каждом способе определения ее размеров. В-третьих, несмотря на очевидную тенденцию усиления штрафной функции компенсации, последняя имеет и компенсаторную составляющую, что объясняется сложным процессом адаптации института статутных убытков (компенсации) к традициям отечественного права, где сочетание штрафной и компенсаторной функции ответственности воспринимается как исключение из общего правила. В-четвертых, существенные отличия в основной функции сравниваемых мер гражданско-правовой ответственности не позволяет согласиться с тем, что идея заранее оцененных убытков в российском гражданском праве нашла отражение в институте компенсации за нарушение исключительных прав. В отличие от компенсации за нарушение условий акционерного соглашения, компенсация за нарушение

¹ Старженецкий В.В. Указ. соч.

исключительных прав содержательно не представляет заранее оцененные убытки, а составляет иной вид убытков, известный правовым порядкам стран общего права – статутные убытки.

Подводя общий итог по параграфу, следует отметить следующие результаты сравнительного исследования заранее оцененных убытков с отдельными видами компенсации.

1. Результаты сопоставительного анализа признаков компенсации за нарушение условий акционерного соглашения с ранее обозначенными признаками заранее оцененных убытков, свидетельствуют о тождестве указанных правовых явлений. В частности, такого рода компенсация, содержательно представляющая заранее оцененные убытки, впервые закрепленные в современном отечественном праве в сфере корпоративных правоотношений, соответственно, выполняет те же функции: компенсаторную (необходимость в обосновании ее размеров) и учетно-стоимостную (количественная характеристика убытков и предварительный учет и оценка рисков неисполнения соглашения) функции.

2. Законодатель, закрепив в ФЗ «Об акционерных обществах» положение о заранее оцененных убытках и обозначив новую меру гражданско-правовой ответственности как «компенсацию», задал соответствующую тенденцию последующего развития ее нормативного содержания и практики применения (в частности, предложен один из вариантов такого развития). При этом форма (термин «компенсация») не только определяется содержанием (ее понятием, прямо предусмотренным в законе и дополненным цивилистической доктриной), но и опережает в своем развитии ее отдельные элементы, стремится к соответствию с ним.

3. Отсутствие достаточного количества эмпирического материала не позволяет на сегодняшний день выявить тенденции развития практики применения заранее оцененных убытков в сфере регулирования корпоративных отношений. Однако анализ как положений англосаксонского права, так и современной отечественной доктрины позволяет определить компенсаторную

функцию данной меры гражданско-правовой ответственности. О компенсаторной природе данного вида компенсации свидетельствует и ее философское осмысление.

4. В авторском праве компенсация, напротив, не является случаем нормативного закрепления заранее оцененных убытков. Составляя отдельный вид (способ определения) убытков, компенсация за нарушение исключительных прав, содержательно представляет аналог известных общему праву статутных убытков. Так, при общих условиях применения (невозможность или затруднения в определении размеров убытков), данный вид компенсации лишен учетно-стоимостной функции (компенсация определяется судом после нарушения соответствующих прав), а также имеет противоположную компенсаторной – штрафную – функцию, поскольку размер такой компенсации многократно превышает размер действительных убытков потерпевшей стороны.

5. Заимствованная из англосаксонского права, идея статутных убытков, воплощенная в компенсации за нарушение исключительных прав, получила широкое распространение в отечественном праве и поддержку среди представителей цивилистической доктрины и практиков. Удачный опыт заимствования зарубежного опыта свидетельствует о наличии принципиальной возможности адаптации институтов англосаксонского права к условиям российских правовых реалий.

6. В процессе развития нормативных положений о компенсации за нарушение исключительных прав наметилась тенденция к усилению ее штрафной функции и, соответственно, различий с заранее оцененными убытками. Несмотря на использование одного термина, компенсация за нарушение условий акционерного соглашения и компенсация за нарушение исключительных прав реализуют диаметрально противоположные функции, в связи с чем имеют различную природу.

2.3. Заранее оцененные убытки и институт возмещения потерь

Основанием применения универсального способа защиты гражданских прав (возмещения убытков) выступает факт нарушения, в частности, обязательств из договора. В то же время ущерб не всегда связан лишь с нарушением условий договора. Сторона соглашения может понести значительные потери, связанные, например, с приобретением доли в хозяйственном обществе. При этом стоит учитывать, что по общему правилу подобного рода потери лежат на лице, их понесшем (покупателе), а не перекладываются на продавца. Минимизировать (распределить) указанные риски призван институт возмещения потерь, широко используемый в международном торговом обороте и странах общего права как один из эффективных «стабилизаторов» коммерческого оборота, регулятор сложных гражданско-правовых отношений, тесно сопряженных с риском. Природу указанного института наиболее точно определили Эдвард Дэйвис (Edward Davies) как «обязанность возмещения потерь, которые несет другая сторона соглашения»¹ и Уэйн Кортни (Wayne Courtney), полагающий, что рассматриваемый термин «является эластичным. Он может описать процесс или механизм, по которому сторона не будет нести каких-либо потерь»². В свою очередь А.Л. Маковский раскрывает содержание рассматриваемого явления как институт, «где одна сторона договора, несмотря на безупречность ее поведения, принимает на себя возмездное несение риска за последствия, с ее поведением никак не связанные»³.

Оговорки о возмещении потерь являются, как правило, неотъемлемым условием договора в тех случаях, когда имеется заранее известное,

¹ *Davies E.* What does hold harmless mean? What is an indemnity anyway? // *PLC Construction*, 2011. URL: <http://constructionblog.practicallaw.com/what-does-hold-harmless-mean-what-is-an-indemnity-anyway/> (Дата обращения: 04.10.2016).

² *Courtney W.* The Nature of Contractual Indemnities // *Legal Studies Research Paper*, 2011. № 11/41 (Цит. по: Санникова Л.В. Возмещение потерь в странах общего права и в России // *Вестник Пермского университета. Юридические науки*. 2016. Вып. 34. С. 442. DOI: 10.17072/1995-4190-2016-34-440-450)

³ *Маковский А.Л.* Об уроках реформирования Гражданского кодекса России // *Вестник гражданского права*, 2013. № 5. С. 157-172.

потенциально возможное или выявленное в ходе Due Diligence¹ обстоятельство, как то: наличие судебного разбирательства относительно предмета сделки, долговые обременения или налоговые доначисления, права третьих лиц в отношении акций, требования государственных органов и прочее².

Кроме того, покупатель, первоначально оценивая свое возможное приобретение, зачастую ограничен сведениями, представленными лишь продавцом, наиболее заинтересованным в заключении сделки. Желая «оградить» себя от подобного рода рисков, покупатель, как правило, настаивает на включение в договор оговорки о возмещении потерь даже несмотря на соответствующее увеличение его цены.

В литературе появление рассматриваемого института связывают с принятием Закона, запрещающего мошенничество или иные обманные действия (Statute of Frauds) 1677 г.³. Иными словами, авторы сходятся во мнении о наличии глубоких исторических корней института, существовании 250-летней традиции английского договорного права и права справедливости. Однако стоит уточнить, что современное общее⁴ понимание института было оформлено много позже, в 70-х гг. прошлого столетия, в частности, при разрешении дела *Muriel M. Sammer v. Frank Ball*⁵. Так, Апелляционный суд Калифорнии определил содержание института как «переход обязанности по возмещению потерь или убытков, связанных с договором, с одной стороны соглашения на другую»⁶. В то же время традиция рассмотрения дел о возмещении потерь по праву справедливости находит отражение и в современности. Так, этот же суд при

¹ Due Diligence (DueD, DDG) – процедура формирования объективного представления об объекте инвестирования посредством оценки рисков инвестирования, изучения деятельности контрагента (комплексная проверка его финансового состояния).

² См.: Степанян И.Г. Заверения, гарантии, обязательства по возмещению потерь (indemnity), опцион и эскроу по праву России, США, Англии в трансграничных коммерческих договорах : Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Московский гос. юрид. ун-т им. О. Е. Кутафина (МГЮА). М., 2014. С. 17; Томашевская Ж.В., Кузнецова Н.Ф. «Заверения и гарантии» и «Обязательство по возмещению потерь» в сделках M&A (в свете планирующихся поправок в Гражданский кодекс РФ) // Слияния и поглощения, 2013. № 5. С. 23-24.

³ См.: Corbin A. Contracts of Indemnity and the Statute of Frauds // Harvard Law Review. 1928. Vol. 41. № 6. P. 690-692.

⁴ Современной доктрине стран общего права известны различные виды (формы) института возмещения потерь, содержание которых различается в зависимости от сферы применения, закрепления его условий в договоре или вытекающих из существа обязательства, объема возмещения и проч. (См. подробнее: Санникова Л.В. Указ. соч. С. 442-443).

⁵ *Sammer v. Ball* [1970] 12 Cal. App. 3d 607, 610.

⁶ Там же.

разрешении другого дела признал, что обязанность по возмещению потерь может быть прямо не оговорена в договоре, но вытекать из его сущности¹. Кроме того, следует учитывать, что указанный институт характерен не только для договорных отношений – насчитывается около десятка его разновидностей. В то же время возмещение потерь принято рассматривать в двух аспектах: с возможностью согласования его условий и в отсутствии таковой².

Оговоримся, что при сравнении заранее оцененных убытков с рассматриваемым институтом ограничимся пониманием последнего как согласованного условия договора, предусматривающее обязанность по возмещению (только) потерь. Иными словами, объектом нашего сравнения выступит договорное индемнити (*contractual indemnity*). Кроме этого, в ключе сравнительного анализа отдельно рассмотрим институт возмещения потерь в свете его недавнего закрепления в Гражданском кодексе РФ.

Заранее оцененные убытки и институт возмещения потерь в англосаксонском договорном праве. Очевидное сходство института возмещения потерь со страхованием дает серьезные основания для отождествления договорного индемнити с суброгацией, порождая при этом соответствующие споры на практике³. Одно из наиболее авторитетных изданий – юридический словарь Блэка (*Black's Law Dictionary*), определяет суброгацию как «замену кредитора третьим лицом, уплатившим долг вместо кредитора, с передачей первому всех прав кредитора»⁴. Договорное индемнити, в свою очередь, кратко трактуется как «соглашение, согласно которому одна сторона гарантирует возместить предвидимые потери другой стороне при наступлении последних»⁵. Таким образом, можно заключить, что возмещение потерь является частным случаем суброгации. В этой связи А.Г. Карапетов справедливо относит индемнити к т.н. «внутреннему страхованию», т.е. к случаям, «когда риск

¹ *Cahill Bros., Inc. v. Clementina Co.* [1962] 208 Cal. App. 2d 367, 375-379.

² Возместить потери возможно и в рамках договора присоединения (*adhesion contract*).

³ *Phoenix Ins. Co. v. United States Fire Ins. Co.* [1987] 189 Cal. App. 3d 1511.

⁴ *Black's Law Dictionary*, 6th ed. / J.R. Nolan, ed. St. Paul: West Publishing Co., 1990. P. 1427.

⁵ *Ibid.* P. 769. См. также: *Dawson v. Fidelity & Deposit Co. of Md* [1961] 189 F. Supp. 854.

возникновения сопутствующих заключенному договору потерь у одной из сторон страхуется другой стороной», при этом «премия за принятие на себя риска закладывается в цену договора»¹. Иными словами, автор выделяет ключевое отличие индемнити от страхования – обязательство по возмещению потерь возлагается не на третье лицо, а на одну из сторон договора. При этом выбор в пользу индемнити справедливо связывается автором с двумя факторами: затруднениями в поиске страховщика, готового застраховать риск возникновения таких обстоятельств за меньшую чем при внутреннем страховании премию, а также ввиду того, что должнику как специалисту в соответствующей отрасли зачастую проще, чем внешнему страховщику оценить риски возникновения потерь подобного рода².

Отсутствие единого подхода к соотношению индемнити и страхования зиждется, как мы полагаем, на том, что перешедшие к должнику по индемнити права требования к ответственным за ущерб лицам, признаются англосаксонской доктриной в качестве суброгации³. Кроме того, указанная позиция находит отражение и в двух известных прецедентах *Darrell v. Tibbitts* и *Castellain v. Preston*, где договор страхования (contract of insurance) в ключе решения вопроса об объеме возмещения квалифицировался Отделением королевской скамьи Высокого суда Англии и Уэльса в качестве договорного индемнити⁴. Оговоримся, однако, что ко времени рассмотрения этих дел (1880 и 1883 гг. соответственно) институт возмещения потерь, как полагаем, еще не в полной мере отпочковался от материнской отрасли страхового права, что объясняет использование некоторых ее правил и терминологии.

В свою очередь, заранее оцененные убытки, также являющиеся правовым механизмом учета рисков сторон соглашения, нельзя отнести к внутреннему

¹ См.: *Капанетов А.Г.* Заверения об обстоятельствах и условия о возмещении потерь в новой редакции ГК РФ // Закон, 2015, № 6.

² Там же.

³ *Courtney W.* The Nature of Contractual Indemnities // *Journal of Contract Law*, 2011. Vol. 27, № 1; *Sydney Law School Research Paper*, 2011. № 11/41. Р. 15 (Цит. по: *Архипова А.Г.* Возмещение потерь в новом ГК РФ: «за» или «против»? // *Вестник гражданского права*, 2012. № 4).

⁴ *Darrell v. Tibbitts [1880] L.R. 5; Castellain v. Preston [1883] L.R. 11 QBD.*

страхованию по следующим основаниям. Во-первых, не происходит перераспределение риска, поскольку при возмещении заранее оцененных убытков применяется общее правило – согласованная сумма возмещения подлежит уплате лицом, нарушившим условия договора, отсутствует замена кредитора. Во-вторых, «страховым случаем» при возмещении заранее оцененных убытков выступает нарушение условий договора, а не наступления некоего события. Следовательно, «страхуется» риск нарушения договора, а не наступления некоторого события. В-третьих, согласование заранее оцененных убытков не предполагает увеличение цены договора, поскольку вырабатывается альтернативный способ определения размеров убытков, обязательных для возмещения, а также отсутствует «страховая премия» стороны соглашения.

Заметим, что понятие договорного индемнити, как и заранее оцененных убытков, формировалось судебной практикой и уточнялось доктриной на протяжении нескольких столетий. Конкретизировалось его содержание, сужалась сфера применения, корректировалась соотношение названной меры с возмещением убытков, росла степень автономности сторон при согласовании подобного рода условий. В этой связи в зарубежной литературе указывается, что и соответствующая судебная практика по интерпретации договорных условий об индемнити не является устоявшейся, а находится в постоянном развитии¹.

Отсутствие единого подхода к пониманию договорного индемнити находит отражение и по сей день. Так, Пэнни Паркер (Penny L. Parker) и Джон Славич (John Slavich) определяют индемнити как «соглашение двух лиц, по которому одно лицо соглашается покрыть любые задолженности, потери или убытки, понесенные другой стороной в результате наступления оговоренного действия (иного основания) или предъявления третьими лицами иска или

¹ См., напр.: *Loveman J.A.* Understanding Contractual Indemnity and Defense Obligations Under California Construction Law // *Building & Bonding: The Construction Group News letter*. Fall, 2011. URL: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6fded1d1-55b9-4b6c-a558-64ac4fd79d36> (Дата обращения: 11.10.2016); *Davies E.* What does hold harmless mean? What is an indemnity anyway? // *PLC Construction*, 2011. 19 July. URL: <http://constructionblog.practicallaw.com/what-does-hold-harmless-mean-what-is-an-indemnity-anyway> (Дата обращения: 11.10.2016); *Courtney W.* Op. cit. P. 3 (Цит. по: *Архипова А.Г.* Возмещение потерь в новом ГК РФ: «за» или «против»? // *Вестник гражданского права*, 2012. № 4).

претензии»¹. Гюнтер Трейтел (Guenter Heinz Treitel), в свою очередь, уточняет, что должник (indemnitor) обязан покрывать только те потери кредитора (indemnitee), которые были прямо оговорены в соглашении об индемнити, даже если имелась реальная возможность предвидеть иные потери².

Разнообразие определений договорного индемнити объясняется тем, что его содержание, как и содержание заранее оцененных убытков, во многом определяется самим договором. Именно поэтому английское законодательство ставит юридическую силу соглашения о возмещении потерь в зависимость от «ясности» и «максимальной точности» его формулировок³. Заметим, что в противном случае суды, как правило, отказывают в удовлетворении требований о возмещении договорного индемнити⁴.

В то же время выделяется и общий признак всех видов (форм) института возмещения потерь, присущий и заранее оцененным убыткам – исключительно восстановительная природа первого. Отражается она, в частности, в трех аспектах принципа «точного соответствия защиты» (exact protection). Первый аспект касается «эффективности» защиты: в зависимости от условий соглашения должник обязуется предотвратить потери и/или возместить уже понесенные потери. Второй – «точности» защиты: возмещение должно соответствовать понесенным потерям по принципу «фунт за каждый истраченный фунт» (round-for-pound basis). Третий аспект связан с «объемом» защиты: возмещению подлежат либо все потери, либо, как правило, лишь те, что прямо оговорены в соглашении об индемнити⁵. Кроме того, восстановительная природа индемнити проявляется в запрете на истребование возмещения по индемнити в качестве неосновательного обогащения, в частности, недопустимости т.н. «двойного

¹ Parker. P.L., Slavich J. Contractual Efforts to Allocate the Risk of Environmental Liability: Is There a Way to Make Indemnities Worth More Than the Paper They Are Written On // Southwestern Law Journal, 1991. P. 1351.

² Treitel G.H. The Law of Contract. 11th ed. London: Sweet & Maxwell, 2003 (Цит. по: Томсинов А.В. Заверения об обстоятельствах и возмещение потерь в российском праве в сравнении с representations, warranties и indemnity в праве Англии и США // Вестник экономического правосудия Российской Федерации, 2015. № 11).

³ См.: Sweigart R.L. English Indemnity Law-Parsing the Promise: Words Are Important, But So Are Actions // Pillsbury Winthrop Shaw Pittman, 2011 (March). P. 1.

⁴ См., напр.: Weaver-Bailey Contractors, Inc. v. Fiske-Carter Construction Company [1983] 657 S.W.2d 209; Arkansas Kraft Corp. v. Boyed Sanders Construction Co. [1989] 764 S.W.2d 452.

⁵ См.: Courtney W. The Nature of Contractual Indemnities. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2014.

возмещения» (*double indemnity*): кредитор не вправе претендовать на возмещение тех потерь, которые были покрыты ему из других источников, нежели должником или его аффилированными лицами (например, страховое покрытие)¹.

Отметим также, что несмотря на то, что рассматриваемый вид индемнити представляет договорный механизм восстановления имущественного положения кредитора, в английском праве имеется запрет на снижение его размеров. Разумеется, невозможность уменьшения судом суммы возмещаемых потерь таит в себе опасность лишения слабой стороны механизма защиты от принятия крайне невыгодных условий сделки, навязанных более сильной стороной соглашения. На этот случай в общем праве действует правило, схожее с правилом о разграничении заранее оцененных убытков и штрафных санкций: если условия о возмещении потерь приобретают штрафной характер, то кредитор лишается права на судебную защиту.

Учитывая, что содержание договорного индемнити составляет обязанность должника по возмещению потерь кредитора, устранению их последствий (*to make good*), выделим достаточные для формулирования его понятия признаки. Во-первых, договорное индемнити представляет интерцессионарное правоотношение, принятие на себя чужого долга, договорное перераспределение рисков. Во-вторых, возмещению подлежат лишь потери, не связанные с нарушением обязательств из договора, но вызванные предъявлением законных требований третьих лиц или органами публичной власти. В-третьих, согласование условий об индемнити учитывается при формировании цены договора. В качестве дополнительных признаков рассматриваемого института стоит выделить возможность ограничения ответственности ² посредством определения конкретного перечня или характера оснований для возмещения. Кроме того, стороны вправе ограничить возмещение заранее согласованной

¹ См.: *Сегалова Е.А.* Ограничения заверений, гарантий и обязательств по возмещению потерь в договоре купли-продажи акций (долей) по английскому праву // *Гражданское право*, 2015. № 6.

² Здесь и далее применение термина «ответственность» условно, поскольку нарушение не выступает в качестве основания для возмещения потерь.

суммой или предусмотреть с рядом ограничений возможность устранения потерь силами и средствами должника.

Отдельно рассмотрим признаки договорного индемнити в сравнительном аспекте. В первую очередь, стоит отметить, что договорные условия о заранее оцененных убытках не предполагают перемену лиц в обязательстве, а потому не составляют цессионарное или интерцессионарное правоотношение. Применение этой меры ответственности не санкционирует передачу обязательственных прав от первоначального кредитора к новому, а, напротив, в отличие от договорного индемнити, составляет относительное правоотношение. Далее, поскольку заранее оцененные убытки являются одним из видов (способов исчисления) убытков, постольку основанием их возмещения является факт нарушения договора, а не совершение оговоренных в соглашении действий третьих лиц или органов публичной власти. И, наконец, как мы отмечали ранее, заранее оцененные убытки – альтернативный договорный способ возмещения убытков, согласование которого не влечет изменение цены договора. Расходы на их согласование, как правило, являются частью расходов на ведение переговоров по заключению соглашения. Таким образом, исходя из анализа достаточных признаков договорного индемнити мы можем заключить, что природа сравниваемых договорных механизмов различна.

Рассматривая дополнительные признаки договорного индемнити отметим следующее. Напомним, что выплата договорного индемнити не является мерой гражданско-правовой ответственности, поскольку правонарушение (нарушение условий договора) не может выступать основанием для его выплаты. Более того, как показывает опыт Великобритании, Германии и Франции, причина появления института индемнити видится в затруднениях, возникавших в ходе применения мер ответственности за нарушение заверений (warranty) и гарантий. Например, в случае заключения и исполнения договора при осведомленности покупателя о имеющихся рисках наступления обстоятельств, привлечение к ответственности либо вовсе невозможно (в английском праве), либо ее размер может быть

существенно изменен (как в Германии и Франции)¹.

Природа договорного индемнити в этой связи видится нам как денежное требование, основанием которого выступает наступление определенных в соглашении обстоятельств, не связанных с нарушением договора. Однако практический смысл применения договорного индемнити, как верно отмечает А.В. Томсинов, заключается «в ограничении ответственности по сравнению с обычными мерами common law (которые нельзя изменить)»².

Подобного рода ограничение может выражаться в следующем. Во-первых, должник вправе контролировать судебные расходы кредитора, связанные с урегулированием споров относительно наступивших обстоятельств, с которыми соглашение связывает возмещение потерь. Проявляется это в закреплении обязанности должника по сопровождению судебного производства в отношении претензий третьих лиц, связанных с предметом основного договора. Отметим, что такого рода обязанность возникает, как правило, с момента предъявления таких претензий. В литературе отмечается, что подобные условия закрепляются в большинстве соглашений о индемнити, поскольку предупреждает необоснованные расходы кредитора, связанные со снятием обременения с предмета основного договора³. Востребованность такого рода ограничений может быть объяснена тем, что кредитор, будучи «застрахованным» от подобных потерь, фактически теряет интерес в результатах судебного разбирательства. Во-вторых, в соглашении допустимо обусловить возмещение потерь превышением их определенной суммы или установить предел ответственности, ограничив либо размер потенциального возмещения заранее определенной суммой, либо предельно ясно (make clear) установив перечень обстоятельств, потери от которых он обязуется возместить. В ином случае

¹ См.: Материалы семинара «Заверения, гарантии, индемнити и аналогичные институты в английском, германском, французском и российском праве», проведенного Высшим арбитражным судом РФ совместно с международной юридической фирмой «Debevoise & Plimpton» (Москва, 18.02.2013 г.). URL: <http://www.arbitr.ru/press-centr/news/76680.html> (Дата обращения: 17.10.2016).

² Томсинов А.В. Указ. соч.

³ Steinberg J., McCord L. Indemnity Procedures and Liability in IT Contracts // Daily Report, 2016 (January 22). URL: http://www.kilpatricktownsend.com/en/Knowledge_Center/Publications/Articles/2016/01/Indemnity_Procedures_and_Liability_in_IT_Contracts.aspx (Дата обращения: 17.10.2016).

должник обязуется возместить любые потери кредитора, связанные с предметом договора. Стоит отметить, что такая обязанность должника, как правило, возникает после того, как кредитор фактически понес такие потери: удовлетворил требования третьих лиц, погасил задолженность по уплате налогов и т.п.

Так, Верховный суд Колорадо обязал арендатора (должника по индемнити) возместить потери арендодателя, связанные возмещением вреда здоровью женщины, поскользнувшейся на стоянке арендодателя¹. Суд обосновывая свое решение указал, что согласно условиям договора, цветочный магазин (арендатор) обязался возмещать бизнес-центру (арендатору) потери, связанные с требованиями о компенсации ущерба, причиненных кому-либо на арендуемой им площади или иной территории арендодателя. И, поскольку соглашение об индемнити имело широкую трактовку обстоятельств (a broad indemnity clause), арендатор, несмотря на отсутствие своей вины, был присужден к возмещению потерь арендодателя. В другом деле широкая трактовка индемнити явилась основанием возложения обязанности по возмещению потерь, вызванных причинением вреда здоровью, на организацию, которая не была связана со строительными работами, при выполнении которых пострадал истец².

В-третьих, предоставляя возмещение потерь от «any and all claims» («каких бы то ни было требований»), должник может ограничиться теми основаниями для возмещения, которые не были вызваны небрежностью (culpa) самого кредитора (limited indemnity). Однако такая оговорка также должна быть явным образом отражена в соглашении об индемнити. В обратном случае, о чем свидетельствует соответствующая судебная практика, должник будет обязан возместить любые имущественные потери кредитора, возникшие в случае наступления определенных в соглашении об индемнити обстоятельств вне зависимости от степени вины кредитора³. В этой связи А.Г. Архипова

¹ *Constable v. Northglenn LLC* [2011] 248 P.3d 714.

² *Bernotas v. Super Fresh. Food Markets* [2004] 863 A.2d 478.

³ *Polozola v. Garlock, Inc.* [1977] 343 So. 2d 1000; *Mills v. Fidelity & Casualty Co.* [1964] Civ. A. No. 8007.

дополнительно отмечает, что, в отличие от английского права, где допускается принудительное исполнение договорных условий о возмещении потерь, вызванных неосторожностью (умыслом) кредитора, «в законодательстве и судебной практике США сочетаются различные - иногда прямо противоположные - подходы к вопросу о допустимости условий о возмещении потерь, вызванных небрежностью или умыслом кредитора»¹.

В свою очередь, заранее оцененные убытки, некорректно интерпретированные через отождествление их с неустойкой, могут рассматриваться в качестве правового механизма ограничения гражданско-правовой ответственности. Взгляд на заранее оцененные убытки сквозь призму предвидимости убытков также приводит к выводу об ограниченном характере возмещения. Однако в этой связи стоит оговориться, что, устанавливая заранее оцененные убытки, стороны не устанавливают предел (лимит) своей ответственности, заведомо не снижают уровень защиты гражданских прав, а производят разумную оценку предвидимых убытков от нарушения конкретных условий соглашения, тем самым согласовывают сумму полного, не ограниченного возмещения. Иными словами, сама природа заранее оцененных убытков как компенсационной меры гражданско-правовой ответственности находится в противоречии с феноменом ее ограничения, и не позволяет соотнести сравниваемые меры по данному признаку. В этой связи стоит отметить, что при возмещении и потерь, и убытков доказывание их размера основывается на принципе предвидимости. Соответственно размер возмещения в обоих случаях может быть ограничен посредством этого критерия. Так, с одной стороны, соответствие размера заранее оцененных убытков или индемнити предвидимому объему ущерба подтверждает разумность их оценки сторонами при заключении такого рода соглашений. С другой стороны, предвидимость служит и критерием отграничения сравниваемых категорий от штрафных мер ответственности: в случае существенного, как правило, кратного,

¹ Архипова А.Г. Указ. соч.

несоответствия размеров первых предвидимому ущербу суд сообразно ограничивает соответствующую сумму возмещения.

Напомним, что широкая формулировка договорного индемнити позволяет закрепить обязанность должника по возмещению не только потерь, но и убытков, понесенных кредитором в результате оговоренных в соглашении обстоятельств¹. В то же время это не означает, что индемнити может выступать в качестве способа исчисления таких убытков – в таком случае рассматриваемый институт лишь выполняет роль правового основания перемены лиц в обязательстве по возмещению убытков. Рассмотрим в этой связи отличия индемнити от возмещения убытков как таковых.

В первую очередь, стоит отметить, что природу индемнити составляет долговое обязательство: сторона соглашения обязуется возместить потери другой стороны, связанные с заключением или исполнением договора, но не его нарушением². Так, А.Г. Архипова обоснованно определяет природу индемнити в качестве «требования об исполнении в натуре в виде уплаты денежной суммы (debt claim)»³. В свою очередь, возмещение убытков, напротив, представляет меру гражданско-правовой ответственности, основанием применения которой выступает нарушение, но не наступление обстоятельств, связанных с заключением или исполнением договора.

Далее следует заметить, что по общему правилу кредитор по соглашению об индемнити не обязан уменьшать размер соответствующих потерь⁴. В то время как согласно общепринятому подходу кредитор не должен содействовать увеличению убытков под страхом соразмерного уменьшения судом размеров возмещения.

Кроме того, к рассматриваемым случаям применимы различные сроки

¹ См.: Parker. P.L., Slavich J. Op. cit.

² О признании договорного индемнити в качестве долгового обязательства, но не обязательства по возмещению убытков см., напр., дела: *Royscott Commercial Leasing Ltd v. Ismail Independent* [1993] CA (93/0266/C); *Codemasters Software v. Automobile Club de L'Quest* [2009] EWHC 2361; *BN AMRO Commercial Finance plc v. Ambrose McGinn, Ross Lawrance Beattie, Marcus Leek* [2014] EWHC 1674.

³ Архипова А.Г. Указ. соч.

⁴ *BN AMRO Commercial Finance plc v. Ambrose McGinn, Ross Lawrance Beattie, Marcus Leek* [2014] EWHC 1674.

исковой давности. Как известно, к требованиям о возмещении убытков применим общий срок исковой давности. Однако для требований о возмещении потерь это правило не является общим, поскольку соответствующая обязанность должника имеет диспозитивный характер и разнится в тех или иных сферах. Так, например, Е.А. Сенегалова указывает на полуторагодовой срок по сделкам по приобретению акций (долей) и 6-7-летний – по предоставлению возмещения, связанному с налоговыми спорами¹.

Отличен и субъектный состав правоотношений, возникающих в связи с применением сравниваемых конструкций. Напомним, что применение заранее оцененных убытков ограничено сферой предпринимательских отношений. В свою очередь индемнити не имеет подобного рода ограничений.

До недавнего времени отличием рассматриваемого института от возмещения убытков являлось признание судами действительности условий соглашения об индемнити, согласно которым должник обязывался возместить любые потери, связанные с тем или иным действием третьих лиц или наступлением какого-то события². Однако, в 1996 г. Апелляционный суд Англии и Уэльса признал, что даже при наличии в соглашении об индемнити оговорки о покрытии всех последствий («all consequences»), возмещению подлежат лишь те потери, которые были предвидимы при заключении соглашения³. Иными словами, объем возмещения перестал служить признаком, разграничивающим возмещение индемнити и убытков.

Заметим, что как понятие заранее оцененных убытков было выведено при их сопоставлении со штрафными убытками, так и индемнити сформировалось благодаря сопоставлению последнего с убытками и классическим страхованием. В результате индемнити, представляющий более гибкий правовой механизм восстановления имущественного положения кредитора, в ряде случаев стал альтернативой такой меры гражданско-правовой ответственности как

¹ См.: Сенегалова Е.А. Указ. соч.

² Напомним, что согласно английскому праву возмещению подлежат лишь те убытки, которые сторона могла разумно предвидеть при заключении договора (См.: *Hadley v. Baxendale* [1854] EWHC J70).

³ *Total Transport Corp v. Arcadia Petroleum Ltd (The Eurys)* [1996] QBD.

возмещение убытков: положения английского права позволяют закреплять индемнити в качестве исключительной санкции, подменяющей возмещение убытков¹.

Таким образом, имеются существенные различия и в природе рассматриваемых институтов, наличии/отсутствии обязанности по уменьшению ущерба, а также сроках предъявления требований о соответствующем виде возмещения.

Важной гарантией защиты прав кредитора по соглашению об индемнити служит факт того, что последнее не имеет акцессорного характера². Так, в отличие, например, от поручительства, в случае признания основного договора недействительным, соглашение об индемнити в силу своей самостоятельности не утрачивает юридической силы, продолжает «жить» после «смерти» (survive) основного договора. Условия о заранее оцененных убытках, напротив, традиционно признаются как судебной практикой, так и доктриной, акцессорными, зависимыми по отношению к основному договору³. В то же время, условия о заранее оцененных убытках могут иметь юридическое значение и после признания основного договора недействительным. Например, это касается случаев, когда необходимо доказать размер убытков кредитора по недействительному, но фактически исполненному договору⁴.

В отличие от континентального права, право стран англосаксонской правовой семьи в большей мере подвержено изменениям, диктуемыми потребностями развивающегося торгового оборота. Это обстоятельство, как справедливо отмечает В.В. Оробинский, обуславливает выбор английской юрисдикции при регулировании большинства внешнеэкономических сделок⁵. Не

¹ См.: Томсинов А.В. Указ. соч.

² В отечественной литературе, однако, встречается и противоположная точка зрения, согласиться с которой нам не представляется возможным (См.: Падуряков А.В., Барабаиш Р.В. Указ. соч.).

³ См., напр.: *Shaw v. MFP Foundations and Pilings Ltd* [2010] EWHC 9; *Cohen F., Wojak J.S.* Liquidated Damages for Delayed Completion in Construction Contracts // *New York Law Journal* (December 15, 2015). URL: <http://www.newyorklawjournal.com/id=1202744828218> (Дата обращения: 13.10.2016).

⁴ См., напр.: *Glanzstoff Manufacturing Co v. General Accident Fire and Life Assurance Corp* [1913] AC 143. В данном деле суд использовал условия о заранее оцененных убытках для определения размера возмещения, поскольку подрядчик фактически выполнил работу по недействительному договору.

⁵ См.: Английское договорное право: просто о сложном / В.В. Оробинский. Ростов н/Д: Феникс, 2015. С. 68.

в малой степени практический интерес к институтам общего права объясняется и возможностями, предоставляемыми широким пониманием принципа свободы договора, и влиянием английской традиции на унификацию международного права. Эти обстоятельства, а также наличие прямых заимствований положений английского права в ходе реформы гражданского законодательства РФ, вызвали неподдельный интерес отечественных исследователей к соответствующим проблемам права и его применения.

В то же время отсутствие в отечественной доктрине достаточного эмпирического материала, в частности касающегося института возмещения потерь, породило не только соответствующую почву для дискуссий, но и в отдельных случаях приводило к серьезным отклонениям от первоначального понимания индемнити. Так, например, несколько неожиданным видится рассмотрение зарубежного института на страницах отечественной юридической литературы в качестве «обязательства возмещения убытков»¹. Раскрывая тезис о том, что назначение индемнити видится в «упрощении порядка взыскания понесенного ущерба», авторы полагают, что «обязательство возмещения по английскому праву представляет собой обусловленное нарушением договора долговое обязательство», а его механизм «направлен на возмещение убытков, предусматривающий упрощенную процедуру их исчисления»².

Возражая против представленной точки зрения, напомним, что индемнити по общему правилу составляет обязательство по возмещению потерь (*loses*), но не убытков (*damage*), различия которых сводится к причине их появления. Первые, в частности, являются последствием невозможности исполнения обязательства при отсутствии каких-либо посягательств на имущество кредитора, вторые же обусловлены исключительно нарушением договора. Следовательно, индемнити, в отличие от заранее оцененных убытков, является не способом исчисления убытков, а лишь диспозитивно может представлять

¹ Падиряков А.В., Барабаш Р.В. Заверения, гарантии и обязательства возмещения убытков в англо-американской и российской правовых системах // *Международное публичное и частное право*, 2015. № 6.

² Там же.

способ определения размера таких потерь. Образно выражаясь, договорное индемнити составляет правило (требование) «оплатить оплаченное» (The «Pay to be Paid» Rule), сформулированное в цитированном указанными авторами прецеденте *The Fanti v. The Padre Island*¹.

Рассмотрев основные отличия сравниваемых явлений, перейдем к анализу признаков, объединяющих договорное индемнити и заранее оцененные убытки.

В первую очередь отметим, что, являясь правовым механизмом распределения рисков, договорное индемнити, безусловно, является и механизмом их учета. Рассматриваемый институт, с одной стороны, позволяет кредитору «ограждать» от требований третьих лиц», а должнику, с другой стороны, резервировать денежные средства на случай наступления оговоренных в соглашении обстоятельств. Последнему, стоит отметить, способствует «суррогат» страховой премии, учитываемой при принятии должником на себя обязательства по возмещению потерь в цене договора. Таким образом, договорное индемнити, наравне с заранее оцененными убытками, обладает учетно-стоимостной функцией, способствующей стабилизации гражданского оборота.

Кроме того, сравниваемые правовые явления объединяет и история их появления: зародившись в недрах статутного права и договорного регулирования, содержание указанных правовых явлений продолжало развиваться в лоне судебной практики, где качественные изменения отражались в ключевых прецедентах. Будучи изначально институтами общего права, и заранее оцененные убытки, и договорное индемнити подверглись действию закона двойного отрицания – переход на качественно новое состояние происходил путем переосмысления имеющегося правового материала и принятия нового, накопленного на предшествующей ступени развития. Иными словами, оба явления «эволюционировали» посредством отрицания, сопоставления с «родительскими» категориями: заранее оцененные убытки

¹ *The Fanti v. The Padre Island* [1990] 2 ALL ER 705.

через сравнение со штрафными убытками, индемнити — посредством «отпочкования» от института страхования и разграничения с мерами гражданско-правовой ответственности.

Накопив исчисляемый веками практический опыт их использования, общее право сформировало определенную традицию применения этих частноправовых институтов. Так, признавая их договорную природу, английское право свело к минимуму возможности вмешательства суда в изменение условий первоначальных соглашений, ограничив его полномочия проверкой на соответствие компенсационной природе, опять же через сравнение со штрафными санкциями.

В странах общего права нормы об индемнити содержатся, как правило, в ряде прецедентов, аккумулирующих практику возмещения потерь. В то же время не во всех странах общего права имеются указания на возможность применения индемнити. Разумеется, это не свидетельствует о запрете на использование подобного рода механизмов распределения рисков. Так, в частности, законодательство Канады, страны общего права (за исключением провинции Квебек), не закрепляет право кредитора на возмещение потерь, связанный с наступлением обстоятельств. Однако, как отмечается в литературе и не опровергается практикой, этот факт не препятствует сторонам предусматривать такое правило непосредственно в договоре¹.

В континентальном же праве закрепление норм об индемнити имеет иную форму. Позволим себе отчасти не согласиться с авторами, полагающими, что рассматриваемая концепция возмещения «исторически не имела аналога в континентальной системе права, но в последнее время также все чаще заимствуется из англо-американской правовой системы»². Представляется верной иная точка зрения, согласно которой «материнскими» нормами индемнити в таких странах континентального права, как, например, Германия и

¹ См.: Kangles N., Rogers B.R., Allidina Z., Harris' C. Risk Allocation Provisions in Energy Industry Agreements: are we Getting it Right? // Alberta Law Review, 2011. P. 341.

² Падиряков А.В., Барабаш Р.В. Указ. соч.

Франция, являются нормы о качестве товаров, и, отчасти – институт недействительности сделки, заключенной под влиянием обмана. В результате применения названных норм стороны конструируют правовой механизм перераспределения рисков, связанных с наличием неизвестных до заключения сделки обстоятельств (информации) и существенно влияющих на ее условия¹. В этой связи отечественные авторы отмечают, что кроме широкого распространения в странах общего права и закрепления в Гражданском кодексе Нидерландов, институт индемнити активно «применяется в судебной практике Франции и Германии»².

Иными словами, индемнити, представляя, как и заранее оцененные убытки, договорный механизм перераспределения рисков возникновения как правило предвидимого ущерба, раскрывает свое содержание как непосредственно в нормах национального законодательства, так и при обобщении договорной практики, с последующей ее корректировкой практикой судебной.

Таким образом, оба явления имеют ряд общих признаков, однако последние лишь отчасти касаются их природы, не являются достаточными для их отождествления или рассмотрения в качестве однопорядковых правовых явлений. При этом стоит оговориться, что отождествление сравниваемых правовых явлений с неизбежностью порождает не только теоретические, но и практические проблемы их эффективной реализации в конкретных случаях. Подобное, например, лишит стороны возможности одновременного применения на практике обоих договорных механизмов оперативного восстановления имущественного положения кредитора: возмещения убытков при нарушении конкретных условий договора и возмещения потерь в случае наступления определенного в договоре обстоятельства, не связанного с нарушением такого договора. Отождествление частного случая внутреннего страхования, каким

¹ Кучер А.Н. А суды говорят, что у акций нет качества, это не арбузы // Арбитражная практика, 2014. № 10.

² Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий к разделу III «Общая часть обязательственного права» / Под ред. д.ю.н., проф. Л.В. Санниковой. М.: Статут, 2016 (Автор комментария – С.Ю. Филиппова).

является институт возмещения потерь, с правовым механизмом договорного определения размеров убытков лишат сторону возможности обоснования соразмерного увеличения цены договора ввиду необходимости учета рисков наступления обстоятельств, за которые предусмотрена выплата индемнити.

Подводя итог сравнительному анализу договорного индемнити и заранее оцененных убытков, мы приходим к следующему. Общими в сравниваемых правовых явлениях выступают, во-первых, цель закрепления в договоре – оперативное восстановление имущественного положения кредитора, во-вторых, восстановительная и учетно-стоимостная функция; в-третьих, условия применения (как правило, к случаям, когда затруднительно или невозможно с точностью определить размер возмещения); в-четвертых, исторические корни и схожий процесс закрепления норм; и, в-пятых, договорная природа последних. В свою очередь, имеются признаки, дающие основания для вывода о существенном различии договорного индемнити и заранее оцененных убытков, поскольку возмещение потерь, во-первых, не представляет меру гражданско-правовой ответственности (это долговое обязательство, срок предъявления требований по которому устанавливается непосредственно в договоре); во-вторых, при отсутствии ограничений субъектного состава предусматривает перемену лиц в обязательстве; в-третьих, носит акцессорный характер, представляет собой «внутреннее» страхование, влияющее на формирование цены договора; в-четвертых, не является способом определения размеров убытков; в-пятых, в отличие от заранее оцененных убытков как разумной оценки предвидимых убытков, индемнити может выступать в качестве правового механизма ограничения ответственности.

Определив природу договорного индемнити и его принципиальные отличия от договорных убытков в общем праве, перейдем к рассмотрению его нормативных положений как результата адаптации «чужеродного» института к отечественному правопорядку, в частности, в целях анализа перспектив применения заранее оцененных убытков в контексте реализации проводимой реформы гражданского права.

Заранее оцененные убытки и институт возмещения потерь (ст. 406.1 Гражданского кодекса РФ). Как отмечается в литературе, институт возмещения потерь до момента принятия соответствующих изменений Гражданского кодекса РФ в 2015 г. не был известен отечественному праву, стал для него абсолютной новеллой¹. Потребность в нем объясняется следующим. Во-первых, внедрение новых институтов обязательственного права связывается, по мнению законодателя, выраженному в пояснительной записке в проекте ФЗ № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса РФ, а также в отдельные законодательные акты РФ»² с необходимостью создания в нашей стране международного финансового центра. Во-вторых, как следствие, наличие правового механизма перераспределения рисков несения имущественных потерь способно стать действенным инструментом повышения инвестиционной привлекательности России, увеличению рынка иностранного капитала. В-третьих, в условиях развития рыночных отношений особое значение приобретает соотношение частных и публичных начал в сфере их регламентации, с необходимостью возникает потребность в усилении значения принципа автономии сторон при договорном регулировании хозяйственных отношений. И, наконец, в-четвертых, вслед за компенсацией за нарушение акционерного соглашения, институт возмещения потерь способен стать незаменимым элементом структурирования сделок, в частности при выработке условий т.н. «ковенантных» обязательств³ – правового инструмента стабилизации развитого гражданского оборота.

Кроме этого, в отечественной литературе потребность принятия

¹ См. подробнее: *Витрянский В.В.* Законопроект о внесении изменений в Гражданский кодекс РФ: общие положения об обязательствах и договорах [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант»; *Витрянский В.В.* Проектируемые новые общие положения об обязательствах в условиях реформирования гражданского законодательства // Актуальные проблемы частного права: Сборник статей к юбилею Павла Владимировича Крашенинникова / Отв. ред. Б.М. Гонгало, В.С. Ем. М.: Статут, 2014.

² Пояснительная записка к проекту Федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

³ В английском праве «ковенантным» признается обязательство, в соответствии с которым сторона обязана совершить определенное действие или воздержаться от его совершения. Как правило, такого рода обязательства являются обязательной составляющей финансовых сделок.

соответствующих изменений обуславливается формированием обширной практики включения в договоры условий, направленных на распределение рисков от наступления отдельных событий или обстоятельств. В частности, стороны расширяют перечни форс-мажорных обстоятельств, определяют условный характер ряда своих прав и обязанностей, а также прибегают к широко распространенному в договорной практике, но непоименованному способу исчисления убытков – заранее оцененным убыткам. Перечисленное, по образному выражению С.Ю. Филипповой является «суррогатом»¹ вводимого ст. 406.1 Гражданского кодекса РФ института возмещения потерь². Иными словами, применение в отечественной практике заранее оцененных убытков связывается цивилистами с потребностью в правовом механизме, упрощающем сложную и не всегда эффективную процедуру восстановления имущественного положения кредитора.

И заранее оцененные убытки, и институт возмещения потерь «осуждался отечественными цивилистами советского периода в связи с его чужеродностью социалистическому укладу экономики»³. Напомним, что в условиях планового построения хозяйственных отношений на первое место выходил принцип реального исполнения договоров, поскольку последние представляли правовое средство выполнения плана. Во многом основанный на разработках советских цивилистов, первоначальный текст Гражданского кодекса РФ сохранил многие традиции предшествующей эпохи, не согласующиеся с современными экономическими реалиями. Так, в частности, гражданское законодательство сохранило примат реального исполнения обязательств⁴.

¹ В том смысле, что названные договорные инструменты лишь отчасти, по некоторым схожим признакам являются заменой института возмещения потерь.

² Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий к разделу III «Общая часть обязательственного права» / Под ред. д.ю.н., проф. Л.В. Санниковой. М.: Статут, 2016 (Автор комментария – С.Ю. Филиппова).

³ Там же.

⁴ См. ст. 19 Постановления СНК СССР от 19.12.1933 г. «О заключении договоров на 1934 год» // СЗ СССР, 1933. № 73. Ст. 445; ч. 6 ст. 36 Основ гражданского законодательства СССР и союзных республик 1961 г. // Ведомости Верховного Совета СССР, 1961. № 50. Ст. 525; ст. 191, 221 18. Гражданского кодекса РСФСР от 11.06.1964 г. // Ведомости Верховного Совета РСФСР, 1964. № 24. Ст. 406; ст. 396 Гражданского кодекса РФ // Гражданский кодекс РФ (часть первая) от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 23.05.2016 г.) // Российская газета, 1994. № 238-239.

Справедливым будет заметить, что аналогичный принцип реального исполнения закреплён и в ведущих гражданских кодексах Европы (Германское гражданское уложение и Кодекс Наполеона). Однако его реализация во многом затруднена существованием иного принципа, известного ещё римскому праву – *nemo potest praecise cogi ad factum*¹. В этой связи, как верно отмечает А.Г. Карапетов, в случаях, когда соответствующие услуги или работы могут быть выполнены третьими лицами, у кредитора отсутствуют разумные основания для обращения в суд с иском о присуждении к исполнению: в результате продолжительных судебных разбирательств кредитор в стремлении исполнить решение суда фактически будет ограничен правом на возмещение расходов на заключение замещающей сделки (конкретные убытки) как результат исполнения за счёт ответчика. Реализовать это право, как замечает автор, кредитор мог и без затратного судебного разбирательства. В итоге, «результат действий кредитора один – происходит исполнение третьим лицом с возложением на должника всех финансовых потерь кредитора»². Во французском же праве, в случае неисполнения обязательства «что-либо сделать» (*obligation de faire*) кредитор, в силу положений ст. 1142 Кодекса Наполеона, приобретает лишь право на возмещение убытков³.

Иными словами, реализация принципа реального исполнения договора в буржуазном праве зачастую приводит к обратному результату – получению от должника денежного эквивалента исполнения (как и в случае исполнения третьим лицом, поскольку должник возмещает соответствующий ущерб кредитору).

Представляется, что понимание принципа реального исполнения, основанного на цивилистических представлениях периода, соответствующего социалистическому, административно-плановому построению хозяйственных отношений, не соответствует современным нормам буржуазного права и,

¹ (Лат., досл.) «Никто не может быть присужден к действию».

² Карапетов А.Г. Иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре. М.: Статут, 2003. С. 10-11.

³ Там же. С. 13

соответственно, условиям рыночной экономики. Проводимая реформа гражданского права, как полагаем, призвана устранить эти противоречия. В таком случае, «если наш Кодекс ориентируется на передовой опыт развитых гражданско-правовых систем гражданского права, - как замечает Д.И. Степанов, - отечественному законодателю следовало бы быть смелее в стремлении уйти от советского прошлого. Свобода участников оборота, которая имманентна европейским системам права, а равно их ответственное отношение к ведению бизнеса и к слабой стороне не появятся сами по себе, пока законодатель не будет верить в свободу своего народа»¹. Кроме того, в литературе справедливо указывается, что «главная задача государственной власти по регулированию рыночной экономики (в рамках реформирования гражданского законодательства. – *А.В.*) – формирование режима максимального благоприятствования предпринимательским отношениям»².

Другими словами, смена вектора развития системы мер ответственности обусловлено потребностями оборота в правовых механизмах оперативного восстановления имущественного положения кредитора. При этом в условиях рыночной конкуренции выплата денежного эквивалента исполнения выступает в качестве наиболее ликвидного способа защиты прав кредитора. Не являясь мерой гражданско-правовой ответственности, институт возмещения потерь фактически выполняет функцию восстановления имущественного положения кредитора через выплату ему соответствующей денежной суммы. Таким образом, внедрение рассматриваемого института является важным индикатором восприятия правовых традиций стран с развитым гражданским оборотом, свидетельствует о перспективах законодательного закрепления положений о заранее оцененных убытках как эквивалента надлежащего исполнения обязательств.

Заметим, что институт договорного indemnity является одним из

¹ *Степанов Д.И.* Проект Гражданского кодекса: от патернализма по-советски к истинному частному праву // Закон, 2012. № 5.

² *Закупень Т.В.* Право и рынок спустя 15 лет со дня принятия Конституции Российской Федерации: проблемы совершенствования // Вестник РГГУ. Серия: Юридические науки, 2009. № 11/09. С. 109-110.

элементов системы договорных способов учета и распределения профессиональными участниками гражданского оборота ответственности и рисков наступления предвидимых обстоятельств, наряду с заранее оцененными убытками (liquidated damages), отказом от осуществления права (waiver), гарантиями (warranty) и заверениями об обстоятельствах (representations)¹. Стоит при этом обратить внимание на то, что последние три (из четырех) представленных элементов были поименованы в Гражданском кодексе РФ в ходе проведения реформы гражданского законодательства². Полагаем, что проделанная законотворческая работа, являющаяся не простым копированием, а творческой переработкой опыта развитых правовых порядков, способна расширить возможности договорного регулирования хозяйственных отношений. В то же время, несмотря на то, что практика применения заранее оцененных убытков в РФ возможна, как показывает анализ соответствующей судебной практики³, и без законодательного закрепления последних, представляется необходимым, в целях достижения синергетического эффекта, применить единый, а не фрагментарный подход к рецепции зарубежного опыта. Иными словами, на наш взгляд, требуется законодательное подтверждение возможности договорного определения убытков за неисполнение или ненадлежащее исполнение договора.

Принципиальная возможность этого может быть проиллюстрирована внедрением в отечественное право института возмещения потерь. Изначально представляя договорный механизм распределения рисков, законность применения института до его легального закрепления в российском законодательстве могла быть обоснована действием принципа свободы договора. Так, В.А. Микрюков справедливо отмечает, что «свобода и многовариантность экономического поведения участников гражданского оборота практически исключает возможность на публичном (централизованном)

¹ Подробнее о соотношении гарантий и заверений, их законодательном закреплении в Гражданском кодексе РФ см.: Будылин С.Л. Деликт или нарушение договора? Заверения и гарантии в России и за рубежом // Вестник экономического правосудия Российской Федерации, 2016. № 3. С. 96-133; 2016. № 4. С. 52-111.

² Ст. 406.1, ст. 431.2 (заверения представляют утверждения о фактах в настоящий период (ретроспективное направление), гарантии – в будущий период (перспективное направление)), п. 6 ст. 450.1, Гражданского кодекса РФ

³ Анализ судебной практики применения заранее оцененных убытков в РФ см. §2.1 диссертации.

уровне правового регулирования заранее предусмотреть прямую нормативную регламентацию всего объема составляющих предмет гражданского права социальных связей»¹. Однако российские реалии, как справедливо замечено А.Г. Крапетовым, для более уверенного применения института возмещения потерь в отечественной практике требуют законодательного его закрепления, снимая «какие-либо сомнения в отношении ее (конструкции. – А.В.) законности»². Более того, как далее отмечает автор, «если бы законодатель всегда воздерживался от введения норм о возможности тех или иных договорных конструкций в ситуации, когда это и так вытекает из принципа свободы договора, то не было бы смысла в подавляющем числе норм ГК о договорах и обязательствах. Иногда для упрочения какой-либо договорной практики имеет смысл прямо фиксировать в законе какие-то распространенные в обороте конструкции и наполнять их определенным регулированием»³.

Иными словами, несмотря на широкую практику применения той или иной договорной конструкции, действие принципа свободы договора и отсутствие прямых противоречий публичному порядку РФ, сложившаяся традиция отечественного права вынуждает поименовать в нормативных правовых актах ту или иную юридическую конструкцию, как правило, достигшую определенного этапа развития своего содержания. Следуя той традиции, видится необходимым поименовать и заранее оцененные убытки в главе 25 Гражданского кодекса РФ как одну из разновидностей убытков, вызванных нарушением обязательств, наравне с абстрактными и конкретными убытками.

Кратко рассмотрим изменения, которым подверглось договорное indemnity в процессе ее закрепления в догме отечественного гражданского права. Но прежде отметим, что, с одной стороны, осмысление содержания этого и связанной с ней явления невозможно без обращения к опыту его применения в

¹ Микрюков В.А. Сущность и значение аналогии в механизме правового регулирования экономической деятельности // Юридическая наука, 2016. № 5. С. 15.

² Крапетов А.Г. Заверения об обстоятельствах и условия о возмещении потерь в новой редакции ГК РФ // Закон, 2015, № 6.

³ Крапетов А.Г. Указ. соч.

английском праве. Но, с другой стороны, рассматриваемые новеллы «на фоне серьезной реформы гражданского права и положительных изменений в судебной практике, - как верно отмечает А.В. Томсинов, - будут в целом признаны судами с опорой на существующие принципы и нормы. Теоретически для этого не было явных препятствий, ведь в итоге включение названных статей в ГК РФ не потребовало отмены какого-либо императивного запрета»¹. Иначе говоря, внедрение элементов системы договорных способов учета и распределения профессиональными участниками гражданского оборота ответственности и рисков наступления предвидимых обстоятельств не находит противоречий с действующим в РФ законодательством. Напротив, рецепция зарубежного опыта имеет соответствующие законодательные, а в случае заранее оцененных убытков – и исторические предпосылки².

В то же время эффективность нового договорного инструмента распределения рисков профессиональных участников гражданского оборота (предпринимателей) будет во многом зависеть от складывающейся судебной практики по разрешению соответствующих споров. При этом возникает опасность предъявления российскими судами тех же строгих требований, что и в случае возмещения недоговорных убытков: аналогичное доказывание размеров таких потерь и наличия строгой причинно-следственной связи между наступлением соответствующего обстоятельства и возникновением потерь. Подобный подход отечественного правоприменителя, безусловно, будет способствовать снижению ожидаемой эффективности нового договорного инструмента распределения рисков. В этой связи в целях совершенствования правового регулирования отношений по возмещению потерь заслуживает поддержки позиция Л.В. Санниковой, предлагающей закрепить презумпцию наступления потерь в определенном сторонами размере в случае установления судом факта наступления обстоятельства – основания для их возмещения³.

¹ Томсинов А.В. Указ. соч.

² Об исторических предпосылках внедрения юридической конструкции заранее оцененных убытков см. §1.1 диссертации.

³ См.: Санникова Л.В. Указ. соч.

Кроме того, стоит согласиться и с мнением П.В. Хлюстова, полагающим, что наличие в иностранном праве аналогов вводимых в российскую правовую материю институтов не умаляет значения указанных новелл, а скорее «свидетельствует о качественно новом этапе российского договорного права и его сближении с контрактным правом экономически развитых государств»¹.

Анализируя результаты обсуждений соответствующих поправок в Гражданский кодекс РФ, мы приходим к выводу, что в целом содержание рассматриваемых явлений не подверглось существенным изменениям в сравнении с ее зарубежным пониманием. Так, отечественный законодатель, во-первых, сузил субъектный состав конструкции – правом на закрепление условий о возмещении имущественных потерь обладают лишь предприниматели и стороны корпоративного соглашения или договора об отчуждении акций (долей) в уставном капитале хозяйственного общества (включая физических лиц). Во-вторых, ограничены основания возмещения потерь – ими могут быть лишь обстоятельства, не связанные с нарушением договора в то время как зарубежная практика знает отдельные случаи использования института в качестве меры гражданско-правовой ответственности. И, наконец, в-третьих, законодатель не предусмотрел механизма ограничения размеров возмещения, с одной стороны, сведя к минимуму судебное усмотрение при определении суммы возмещения, с другой стороны, подтвердив «предпринимательский характер» договорного механизма.

Таким образом, законодатель не затронул сущностные признаки договорного индемнити, а коснулся лишь частных вопросов его применения – факультативных признаков, имеющих в мировой практике вариативный характер. Подтверждением этому может служить образное выражение Джона Фонтрона (John F. Fontron), судьи Верховного суда Канзаса – штата, законодательство которого не ограничивает субъектный состав договорного индемнити. Так, разрешая одно из дел², судья признал возможность заключения

¹ Хлюстов П.В. Пять инструментов договорного права // ЭЖ-Юрист, 2016. № 1.

² *Kan. City Structural Steel Co. v. L.G. Barcus & Sons, Inc* [1975] 217 Kan. 88, 535 P. 2d 419.

соглашения о возмещении потерь любыми участниками оборота, однако он заметил, что подобного рода оговорки являются договорным инструментом компетентных сторон, а не «новичков или младенцев в терновнике делового мира»¹. Заметим, что сказанное, в частности, относилось и к заранее оцененным убыткам как договорному способу определения убытков².

В связи с изложенным полагаем, что в случае законодательного закрепления заранее оцененных убытков последние, как и институт возмещения потерь, не будут подвержены серьезной ревизии, а также займут свое место в системе договорных механизмов учета и распределения рисков наступления предвидимых обстоятельств или нарушений обязательств.

Подводя промежуточный итог отметим, что, во-первых, результаты изменений Гражданского кодекса РФ в рассматриваемой части имеют последовательный, системный характер. Во-вторых, принятая редакция ст. 406.1 сохранила содержание и природу института возмещения потерь как договорного механизма распределения рисков от наступления обстоятельств. В-третьих, рассмотренные новеллы свидетельствуют об изменении парадигмы распределения рисков хозяйствующих субъектов, во многом основанной до настоящего времени на представлениях советского периода развития гражданского права. Наконец, в-четвертых, выявлена необходимость законодательного закрепления положений о заранее оцененных убытках в целях следования целостному, а не фрагментарному подходу к рецепции зарубежного опыта.

Обобщая изложенное, сформулируем следующие выводы:

1. При наличии общих целей, функций, условий применения,

¹ Перевод (досл.) «neophytes or babes in the brambles of the business world».

² В этой связи мы не можем в полной мере согласиться с мнением С.Ю. Филипповой, что сужение субъектного состава ст. 406.1 Гражданского кодекса РФ может быть объяснено тем, что «на субъектах предпринимательской деятельности проводится еще один эксперимент - если законодательное решение окажется удачным, оно будет распространено на всех субъектов гражданского оборота» (Филиппова С.Ю. Реформирование гражданского законодательства об обязательствах в сфере предпринимательской деятельности: гражданский оборот - место для экспериментов? // Право и бизнес: сборник статей I ежегодной международной научно-практической конференции, приуроченной к 80-летию со дня рождения профессора В.С. Мартемьянова / под ред. И.В. Ершовой. М.: Юрист, 2012).

исторических корней и подхода к закреплению соответствующих норм, рассматриваемые меры не представляют тождественные правовые явления. Выражается это, в частности, в различии их правовой природы, характере обязательств (акцессорность), основаниях представления возмещения, а также возможностях ограничения ответственности и применения института возмещения потерь в качестве способа исчисления убытков.

2. В то же время и заранее оцененные убытки, и институт возмещения потерь выступают элементами одной системы (договорных способов учета и распределения профессиональными участниками гражданского оборота предвидимых последствий), наряду с отказом от осуществления права (waiver), гарантиями (warranty) и заверениями об обстоятельствах (representations).

3. Соответствующие изменения Гражданского кодекса РФ обусловили необходимость, а также выявили принципиальную возможность рецепции зарубежного опыта в указанной области. Появившиеся в ходе реформирования гражданского законодательства новеллы изменяют традиционные представления о распределении рисков хозяйствующих субъектов, а также существенным образом расширяют возможности договорного регулирования и автономию воли участников гражданского оборота. Более того, отсутствие противоречий с действующим законодательством позволяет сблизить последнее с порядками стран с развитой рыночной экономикой, тем самым повысив инвестиционную привлекательность России.

4. Рецепция института возмещения потерь, в свою очередь, определяет перспективы заимствования норм о заранее оцененных убытках, также не противоречащих национальному законодательству РФ. Удачный пример включения в Гражданский кодекс РФ отдельных элементов системы обуславливает возможность ее целостного восприятия через включение недостающего элемента – путем законодательного закрепления возможности договорного определения убытков. Реализация этой идеи позволит усилить действие принципа автономии воли профессиональных участников гражданского оборота – показателя развития гражданского законодательства.

2.4. Заранее оцененные убытки и неустойка

В первом приближении заранее оцененные убытки могут показаться ничем иным, как неустойкой, хорошо известной отечественному гражданскому праву. Однако при последующем рассмотрении это оказывается далеко не так.

Нередко в этой связи заранее оцененные убытки отождествляются с неустойкой¹, поскольку объяснение неизвестного через известное имманентно человеческому сознанию. В то же время Аристотель справедливо указывал, что «те, кто строит определения таким образом, не могут выявить суть бытия определяемого»². Так, например, неустойку зачастую определяют через убытки – родовую категорию заранее оцененных убытков, как гарантированный размер возмещения в случае нарушения обязательства³. Однако, современная отечественная юридическая литература содержит примеры иного, как представляется, более правильного подхода – определение заранее оцененных убытков как самостоятельной категории, вида (способа определения размеров) убытков. Отсутствие единства в понимании заранее оцененных убытков и неустойки, как полагаем, свидетельствует о неопределенности соотношения их целей, функций и правовой природы.

Более того, системный анализ положений действующего гражданского законодательства, посвященных неустойке (множественность норм, рассредоточенных практически во всех подотраслях и институтах гражданского права, целостность и иерархичность системы норм при наличии системообразующих внутренних связей), приводят В.А. Вятчина к вполне обоснованному выводу о том, что неустойка составляет отдельный субинститут

¹ См., напр.: *Асосков А.В.* Коллизионное регулирование договорных обязательств. М.: Инфотропик Медиа, 2012; *Договорное право России: реформирование, проблемы и тенденции развития : Монография / Е.Е. Богданова, Л.Ю. Василевская, Е.С. Гринь и др. М.: Норма, НИЦ ИНФРА-М, 2016; Томсинов А.В.* Заверения об обстоятельствах и возмещение потерь в российском праве в сравнении с representations, warranties и indemnity в праве Англии и США // Вестник экономического правосудия Российской Федерации, 2015. № 11.

² Аристотель. Сочинения в 4 т. Т. 2: Пер. с древнегреч. / под ред. З.Н. Микаладзе; АН СССР, Институт Философии. М.: Мысль, 1978. С. 468 (Серия «Философское наследие»).

³ См., напр.: *Граве К.А.* Договорная неустойка в советском праве. М.: Госюриздат, 1950. С. 15; *Гражданское право: учебник : в 2 т. Т. 1 / под ред. П.Е. Орловского, С.М. Корнеева. М.: Юрид. лит., 1969. С. 500-501 (автор главы – Э.Г. Полонский); Новицкий И.Б., Лунц Л.А.* Общее учение об обязательстве. М.: Госюриздат, 1950. С. 238; *Сарбаш С.В.* Способы обеспечения исполнения обязательств // Хозяйство и право, 1995. № 10).

гражданского права¹. Иными словами, неустойка составляет широкое понятие, сложное правовое явление.

Показательно, что не только в странах с англосаксонской традицией права, но и в странах континентальной Европы, как правило, принято проводить четкую демаркационную линию между заранее оцененными убытками и неустойкой (штрафом). В странах общего права последняя признается в качестве недействительного договорного условия, противоречащего публичному порядку². Национальное же законодательство стран континентального права закрепляет оба механизма, разграничивая их функции и правовую природу. В отдельных европейских странах такое разграничение имеется лишь на уровне доктрины.

Заметим, что континентальное гражданское право, в отличие от общего права, не имеет столь давнюю традицию признания действительности условий о неустойках (штрафах) – положения о них появились в ходе рецепции римского права. При этом вплоть до принятия в 1900 г. Германского гражданского уложения, служившего импульсом к реформированию гражданского законодательства других европейских стран, континентальное право не предусматривало возможность судебного снижения договорных штрафов на основании несоразмерности последствиям нарушения договора³.

Франция. В дореформенной редакции Кодекс Наполеона проводил деление заранее оцененных убытков (*certainne somme, dommages et interets*) и неустойки (*penalite*) соответственно в ст.ст. 1152 и 1229. Однако с 1 октября 2016 г., в результате состоявшейся реформы договорного права, в действительности, как отмечает С.Л. Будылин, представляющей кодификацию сложившейся судебной практики⁴, французский законодатель унифицировал регулирование сравниваемых гражданско-правовых явлений в ст. 1231-5. В указанной статье сегодня

¹ См.: *Вятчин В.А.* Неустойка в системе гражданского права // Вестник Саратовской государственной юридической академии, 2016. № 4. С. 161-162, 164.

² *Зайцев В.В.* Актуальные проблемы повышения эффективности гражданско-правового регулирования отношений по обеспечению договорных обязательств: Автореф. дис. ... д-ра. юрид. наук. М., 2005. С. 34.

³ См.: *Zimmermann R.* The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford University Press, 1996. P. 95; *Knutel R.* Stipulatio poenae: Studien zur rom. Vertragsstrafe. Koln; Wien: Bohlau, 1976.

⁴ См.: *Будылин С.Л.* Реформа договорного права Франции: По дороге из Англии в Германию. URL: https://zakon.ru/blog/2016/3/3/reforma_dogovornogo_prava_francii_po_doroge_iz_anglii_v_germaniyu (Дата обращения: 04.11.2016).

одновременно содержатся нормы о заранее оцененных убытках (*clause forfaitaire d'indemnisation*), штрафных неустойках (*clause penale*) и компенсации за отказ от исполнения обязательства (*clause de dedit*)¹. Далеко не бесспорным в этой связи видится утверждение А.М. Ширвиндта, полагающего, что *clausa penale* «понимается во французском праве как заранее оцененные убытки кредитора»². Подмена понятий в этом случае приводит и к неверному толкованию содержания самой неустойки – ссылаясь на ст. 1152 Кодекса Наполеона в прежней редакции, посвященную заранее оцененным убыткам, автор утверждает, что неустойка («штрафная оговорка») «носит исключительный характер: убытки в части, не покрытой неустойкой, не возмещаются»³, что логически неверно: штрафная неустойка изначально предполагает возмещение сверх убытков⁴.

Германия. Ее национальное законодательство в развитие принципа свободы договора признает действительными договорные условия о заранее оцененных убытках. Так, вслед за Кодексом Наполеона, Германское гражданское уложение в п.п. 5, 6 §309 проводит разграничение заранее оцененных убытков (*pauschalierung von schadensersatzansprüchen*⁵) и договорной неустойки (*vertragsstrafe*). Вплоть до введения в Гражданское уложение норм о заранее оцененных убытках, природа последних и их соотношение со штрафом активно обсуждалось в немецкой цивилистике⁶. Так, заранее оцененные убытки в немецкой доктрине понимаются как

¹ При этом в литературе указывается, что новая норма не идет вразрез с ранее действующими нормами, а, напротив, «выбирает из и сочетает в себе ранее действовавшие ст.ст. 1152, 1230 и 1231 (См., напр.: *Le nouvel article 1231-5 du code civil relatif à la clause pénale. Réforme du droit des contrats*. URL: <http://www.lettredesreseaux.com/P-1732-451-A1-le-nouvel-article-1231-5-du-code-civil-relatif-a-la-clause-penale.html> (Дата обращения: 04.11.2016)).

² Ширвиндт А.М. Соглашения об ответственности за нарушение обязательства во французском праве // Вестник гражданского права, 2013. № 3.

³ Ширвиндт А.М. Указ. соч.

⁴ При этом нередко можно встретить и предупреждения об особой осторожности при переводе французских оговорок о «*clause pénale*» и «*liquidated damages clause*» (URL: <http://ratrattay.fr/index.php?idpage=1&PHPSESSID=05f69384eec76dee6b9e20c00f46875f> (Дата обращения: 04.11.2016)).

⁵ Пер. (нем., досл.) – «округленные убытки». Примечательно, что неофициальный перевод Европейской комиссии отдельных положений гражданского законодательства стран-участниц Евросоюза определяет немецкие «*Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen*» не иначе как «*liquidated damages*» (заранее оцененные убытки) (URL: http://ec.europa.eu/consumers/consumer_rights/rights-contracts/directive/notifications/index_en.htm (Дата обращения: 05.11.2016)).

⁶ См.: *Zugehör. Pauschalierter Schadensersatz*. NWJ, 1967, S. 1895; *Fisher D. Vertragsstrafe und vertragliche Schadenspauschalierung*. Frankfurt a. M., 1981. S. 72 (Цит. по: *Le Goff P. Die Vertragsstrafe in internationalen Verträgen zur Errichtung von Industrieanlagen*. Berlin: Tenea Verlag Ltd., 2005. S. 11).

способ определения размеров убытков¹, в то время как неустойка, обладая стимулирующей функцией, выступает способом обеспечения исполнения обязательств². При этом при взыскании неустойки, как штрафной меры ответственности, суд вправе снизить ее «непропорциональный» или «чрезмерно высокий» размер. Иллюстрацией подобной «непропорциональности» может служить дело, рассмотренное Высшим земельным судом Мюнхена, который признал недействительным условие договора между предпринимателями о неустойке, составляющей 20-кратный размер цены договора³. Как отмечает этой связи Пьерик Ле Гофф (Pierrick Le Goff), выявление штрафной функции неустойки не сводится к сопоставлению ее размеров с размерами действительных убытков, а выявляется судом в каждом конкретном деле на основании анализа переговорных возможностей сторон, условий заключения договора, последствий его нарушения и других обстоятельств⁴.

Таким образом, четкое разграничение заранее оцененных убытков и неустойки (штрафов) характерно не только для стран общего права, но и для ведущих сводов гражданского права стран романо-германской правовой семьи.

На международном уровне разграничение заранее оцененных убытков и неустойки можно проиллюстрировать лишь на примере, ранее рассмотренном нами проекте Конвенции ООН о «Единообразных правилах, касающиеся оговорок о заранее оцененных убытках и штрафных неустойках»⁵. В других случаях, по сути представляющих унификацию обычаев делового оборота, разграничение сравниваемых явлений происходит путем закрепления лишь

¹ См.: Knacke J. Die Vertragsstrafe im Baurecht. Werner, 1988. S. 10 (Цит. по: Le Goff P. Op. cit. S. 12).; Songowicz D., Geng X.Y., Fox H., Mousseron P. Assessing the Judge's Adjustment Power Over Liquidated Damages Clauses. URL: <http://m.acc.com/legalresources/quickcounsel/jpold.cfm> (Дата обращения: 04.11.2016).

² См.: German Tax and Business Law. London: Sweet & Maxwell, 2005. P. 1072; International Comparison - Liability, Indemnities & Liquidated Damages. Spring, 2014. P. 14. (URL: <http://www.trglaw.com/documents/TRGLaw-International-Comparison-of-Liability-Indemnities-and-Liquidated-Damages.pdf> (Дата обращения: 05.11.2016)).

³ LG München 26.05.1993 - 7 U 1829/93 BB 1993, 1687 URL: https://www.jurion.de/Urteile/OLG-Muenchen/1993-05-26/7-U-1829_93 (Дата обращения: 05.11.2016).

⁴ Подробнее о критериях штрафа в германском договорном праве см.: Le Goff P. Op. cit. S. 13-16.

⁵ Добавим лишь, что в 1990 году Международная торговая палата (МТП) опубликовала практический гид, посвященный заранее оцененным убыткам и штрафам (См.: Guide to penalty and liquidated damages clauses, International Chamber of Commerce, Publication № 478. Paris, 1990).

Об унификации норм о заранее оцененных убытках и штрафных неустойках см. § 1.2 диссертации.

одной из них – заранее оцененных убытков¹.

Так, Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 в разделе, посвященном убыткам (ст. 7.4.13), указывают на возможность договорного определения убытков путем согласования подлежащей уплате за допущенное нарушение обязательства суммы возмещения². Эта же норма в соответствующих разделах, посвященных возмещению убытков, дублируется в ст. 9:509 Принципов европейского договорного права³, ст. III.-3:712 Модельных правил европейского частного права⁴, а также в Международных типовых контрактах ФИДИК (ст. 8.7 «Желтой» книги)⁵.

Таким образом, актам международной унификации чужда идея штрафной, сверхкомпенсационной защиты гражданских прав. Вместо этого повсеместно используются заранее оцененные убытки, выполняющие компенсаторную функцию. Значимость этих положений в нашем случае определяется еще и тем, что в ходе реформы гражданского законодательства РФ последнее восприняло стандарты европейского договорного права, что иллюстрируется, в частности, появлением ст. 393.1 Гражданского кодекса РФ. Тем самым законодатель задал приоритетное направление развития гражданского законодательства – в сторону компенсационной модели защиты, в рамках которой применяются заранее оцененные убытки как эффективный способ восстановления имущественного положения кредитора.

Представленный краткий экскурс предопределяет структуру дальнейшего изложения в рамках сравнительного анализа неустойки и заранее оцененных убытков: в первую очередь определим соотношение последних с общим доктринальным представлением о неустойке как институте отечественного

¹ По терминологии международных актов представляющие согласованную сумму за конкретные нарушения обязательства.

² См.: Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010. М.: Статут, 2013.

³ См.: *Рамберг Я.* Международные коммерческие транзакции. 4 изд. Публикация ИСС. №711 / пер. с англ. под ред. Н.Г. Вилковой. М.: Инфотропик Медиа, 2011.

⁴ См.: Модельные правила европейского частного права / пер. с англ.; Науч. ред. Н.Ю. Рассказова. М.: Статут, 2013.

⁵ См.: FIDIC Yellow Book. Conditions of Contract for Plant and Design Build. 1st ed. Lausanne: FIDIC, 1999. P. 28. Отметим, что в РФ положения типовых договоров ФИДИК применяются в части, не противоречащей нормам национального законодательства (См., напр.: Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 18.12.2013 г. по делу № А56-55092/2011 [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»).

гражданского права, а также соотношения неустойки с заранее оцененными убытками в правоприменительной плоскости. Далее сравним заранее оцененные убытки с отдельными видами и подходами к определению неустойки.

Заранее оцененные убытки и неустойка в контексте судебной практики и отечественной цивилистической доктрины. Интересную закономерность показывает анализ развития отечественной судебной практики в отношении понимания заранее оцененных убытков. Так, вначале судебные инстанции воспринимали условия о договорных убытках не иначе как условия о неустойке¹. В этой связи верным представляется утверждение М.П. Крашенинникова о подмене понятий. Так, исследователь утверждает, что «отсутствие детально разработанных механизмов взыскания убытков приводит к тому, что стороны, страхуясь, устанавливают достаточно большую договорную неустойку, рассчитывая на то, что в случае неисполнения обязательства полученная ими сумма неустойки покроет возникшие вследствие нарушения убытки. Данная практика представляется порочной, так как приводит к подмене понятий и искажению представлений о назначении института неустойки»².

Кроме того, встречались и более радикальные решения. Так, Высший арбитражный суд РФ, рассматривая дело о возмещении согласованных сторонами заранее оцененных убытков, фактически отказал в защите добросовестному кредитору, поставив под сомнение значимость основополагающих принципов свободы договора, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, обеспечения восстановления нарушенных прав, их судебной защиты и осуществления гражданских прав своей волей и в своем интересе, а также запрета на извлечение преимущества из недобросовестного поведения контрагента. Суд, рассматривая дело в порядке надзора, не нашел оснований для передачи дела в Президиум,

¹ См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 22.12.2009 г. № 09АП-24142/2009-ГК [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 13.03.2009 г. № КГ-А40/1319-09 [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

² Крашенинников М.П. Меры гражданско-правовой ответственности за неисполнение обязательств: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2012. С. 10.

обосновывая свое решение следующим.

Во-первых, заранее оцененные убытки не были квалифицированы судами в качестве условий о неустойке: «Оценив представленные сторонами доказательства в соответствии с требованиями главы 7 Арбитражного процессуального кодекса РФ, суды со ссылками на положения статей 330, 331 Гражданского кодекса РФ отказали в удовлетворении исковых требований, указав, что соглашением сторон не предусмотрено взыскание неустойки за нарушение обязательств в случае недовыборки угля»¹. Во-вторых, заранее оцененные убытки не были квалифицированы судами и как убытки: «Исходя из буквального толкования пункта 6.6 договора, суды указали, что установленный данной статьей размер убытков, подлежащих взысканию, не является санкцией, поскольку возможность их взыскания поставлена в зависимость от наличия убытков как таковых. Совокупность обстоятельств, необходимых для взыскания убытков, предусмотренная статьями 15, 393 Гражданского кодекса РФ, истцом не доказана»².

Более взвешенный подход к договорному определению убытков в свете проводимой реформы гражданского законодательства мы находим на следующем этапе развития правоприменительной практики. Знаковым в этой связи является рассмотрение обзора практики Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ, результаты которого были изложены последним в Информационном письме от 26.02.2013 г. № 156³. В нем высшая судебная инстанция сделала сразу несколько важных выводов относительно возможности применения заранее оцененных убытков в отечественной практике, тем самым последняя смогла, используя образное выражение В.В. Витрянского, «с учетом общих целей и духа реформы гражданского законодательства скорректировать судебную практику»⁴.

¹ Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 21.01.2011 г. № ВАС-18347/10 по делу № А19-1828/10-8 [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

² Там же.

³ Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 26.02.2013 г. № 156 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений» // Вестник ВАС РФ, 2013. № 5.

⁴ Витрянский В.В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. М.: Статут, 2016. С. 74.

Во-первых, Президиум признал факт «отсутствия полного аналога данного института в законодательстве РФ», сняв вопрос отождествления заранее оцененных убытков с неустойкой.

Во-вторых, Высший арбитражный суд РФ установил общее соответствие заранее оцененных убытков основам отечественного правопорядка, в этой связи разрешив дискуссию о компенсационной природе их возмещения как меры гражданско-правовой ответственности.

В-третьих, высшая судебная инстанция определила критерии действительности условий о заранее оцененных убытках. В частности, такого рода договорные убытки должны представлять результат разумной оценки предвидимых убытков, выполненной сторонами в отсутствие признаков злоупотребления свободой договора, в уточнении Президиума проявляющейся «в форме эксплуатации слабых переговорных возможностей должника, нарушения публичных интересов и интересов третьих лиц и др.»¹.

И, наконец, в-четвертых, заранее оцененным убыткам, как компенсационной мере гражданско-правовой ответственности, должна быть чужда штрафная составляющая. Принципиальное значение при этом имеют уточнения, раскрывающие критерии наличия штрафной функции. Так, в целях реализации принципа соразмерности, судам, при разрешении дел о возмещении заранее оцененных убытков, необходимо в каждом случае «оценивать, насколько значительным является карательный характер ответственности должника», при этом, как замечает Президиум, «один лишь факт превышения заранее согласованными сторонами в договоре убытками суммы фактически понесенного компанией реального ущерба или упущенной выгоды не может свидетельствовать об их карательном характере»². В частности, в качестве

¹ Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 26.02.2013 г. № 156 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений» // Вестник ВАС РФ, 2013. № 5.

² Там же. Такая правовая позиция в полной мере соответствует подходу, сложившемуся в судебной практике стран общего права (См., напр.: *Riebe & Sons., Inc. v. United States* 332 U.S. 407 [1947]; *United States v. Le Roy Dyal Co.* 186 F.2d 460, 463 [1950]; *Rex Trailer Co., Inc. v. United States*. 350 U.S. 148 [1956]; *United States v. JD Streett & Co.* [1957] 151 F. Supp. 469), а также встречаются и в практике Международного коммерческого арбитражного суда (См.,

иллюстрации приводится пример признания действительности заранее оцененных убытков, более чем в два раза превышающих сумму основного долга и убытков. Кроме этого, по мнению суда, возмещение такого рода договорных убытков без необходимости установления размеров реального ущерба и упущенной выгоды не влечет неосновательного обогащения кредитора и наказания должника как нарушителя договорных условий.

Согласно общему подходу, выработанному в данном обзоре судебной практики, заранее оцененные убытки носят штрафной характер лишь в случае многократного превышения их суммы не над размерами действительно понесенных убытков, а над убытками, которые «стороны могли разумно предвидеть при заключении договора»¹.

Таким образом, результаты анализа судебной практики позволяют сделать вывод о корректном восприятии положений о заранее оцененных убытках отечественным правоприменителем, наличии принципиальной возможности ее использования в отечественной практике, что в свою очередь подтверждает разграничение заранее оцененных убытков и неустойки.

Следующим этапом развития отечественной правоприменительной практики явилось восприятие идеи договорного порядка определения убытков, признания соответствующих условий договора правомерными и в полной мере соответствующих законодательству РФ в силу действия принципа свободы договора, а также положений ст. 309 Гражданского кодекса РФ. Так, например, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ, рассматривая одно из дел в порядке надзора², отметил следующее. Во-первых, заключенный на добровольной возмездной основе договор может устанавливать порядок определения размеров убытков его сторон. При этом, как отметила судебная инстанция, «надлежащее исполнение обязательств, возникающих из такого соглашения, возложено на его

напр.: Решение МКАС при ТПП РФ от 28.05.1999 г. по делу № 243/1998 // Практика международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 1999-2000 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. М.: Статут, 2002. С. 99-102).

¹ Там же.

² Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 18.06.2013 г. № 18081/12 по делу № А32-17297/2011 // Вестник ВАС РФ, 2013. № 11.

участников ст. 309 Гражданского кодекса РФ и подлежит установлению судами при разрешении возникших споров»¹. Во-вторых, судам надлежит оценивать предпринятые сторонами действия по определению размера убытков на соответствие договорным условиям, поскольку нарушение последних выступает основанием для возмещения убытков в установленном договором размере. Кроме того, в целях формирования единообразия в толковании и применении арбитражными судами норм права, суд указал, что назначение экспертизы в случаях договорного определения убытков не требуется.

Стоит отметить, что указанное решение содержит оговорку о возможности пересмотра дел со схожими фактическими обстоятельствами, принятых на основании нормы права в истолковании, расходящемся с содержащимся в рассматриваемом постановлении толкованием, на основании п. 5 ч. 3 ст. 311 Арбитражного процессуального кодекса РФ.

Заметим, что принятие указанного ранее Информационного письма задало новый вектор развития судебной практики в отношении договорного определения убытков. Суды отныне недвусмысленно указывают, что «убытки могут быть заранее оценены и возмещены по соглашению сторон. Каких-либо запретов на этот счет гражданское законодательство не содержит. Более того, подобного рода договоренности полностью соответствуют принципу свободы договора»². При этом соответствующая правовая позиция прочно укоренилась в правоприменительной практике арбитражных судов³.

Таким образом, динамика развития правоприменительной практики свидетельствует о смене традиционных представлений о механизме определения

¹ Там же.

² Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда РФ от 26.11.2015 г. № 08АП-12937/2015 по делу № А70-6015/2015 [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

³ См., напр.: Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 24.07.2014 г. по делу № А75-616/2013 [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; Постановление Арбитражного суда Московского округа от 04.08.2016 г. № Ф05-9592/2016 по делу № А40-196123/15-29-1594 [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 31.10.2016 г. № Ф08-7602/2016 по делу № А32-37242/2015 [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 24.06.2014 г. по делу № А32-3514/2013 [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

убытков, усилении частноправовых начал в указанной сфере, а также определяет тенденцию к сближению правового регулирования возмещения убытков с правопорядками ряда стран континентальной Европы, а также стран общего права. Заметим, что смена представлений о возможности договорного определения убытков не была вызвана изменениями законодательства – соответствующие нормы о свободе договора и незыблемости его условий для сторон имелись с момента принятия Гражданского кодекса РФ. Однако мы полагаем, что общий вектор развития договорной ответственности во многом задан именно реформированием гражданского законодательства, в ходе которого последнее вобрало в себя институты, широко применяемые в первую очередь в странах общего права, где принцип свободы договора зачастую ставится выше принципа справедливости (реализация которого, как правило, возложена на суд).

Анализируя доктрину, заметим, что отечественная цивилистика традиционно рассматривает неустойку с двух позиций: как способ обеспечения исполнения обязательства и как меру гражданско-правовой ответственности (ее взыскание). Двойственность природы неустойки порождает в науке и практике серьезные разночтения, препятствующие эффективному использованию этого договорного инструмента. С одной стороны, выступая способом обеспечения исполнения обязательства, неустойка выполняет штрафную функцию, поскольку ее размер устанавливается сторонами вне зависимости от размера убытков (действительных или предвидимых). С другой стороны, взыскание неустойки, как и любая мера ответственности, выполняет восстановительную функцию, поскольку в силу п. 1 ст. 1 Гражданского кодекса РФ направлена на обеспечение восстановления нарушенных прав кредитора, а не преследует цель наказания должника.

При этом момент проявления той или иной функции неустойки в обоих случаях различен. Штрафная функция неустойки имеет место при согласовании ее размера. Компенсационная же функция реализуется уже судом, *post factum*, когда последний снижает ее размер на основе абстрактных критериев соразмерности последствиям нарушения обязательства. Повторим, что подобное совмещение несовместимого, противоположного (штрафная и компенсационная

природа) препятствует широкому применению неустойки в гражданском обороте, вносит неопределенность в хозяйственные отношения, заставляет отказываться от применения неустойки в пользу более эффективных правовых механизмов восстановления имущественного положения кредитора.

В этой связи, безусловно, стоит согласиться с М.П. Крашенинниковым, полагающим, что «стороны со всей очевидностью должны представлять последствия, которые могут наступить в том или ином случае (в частности, при нарушении условий договора. – *А.В.*), при том или ином поведении конкретного контрагента, осознавать их размер. При отсутствии правовой определенности стороны вынуждены принимать на себя неконтролируемые риски, что негативным образом отражается на их хозяйственной деятельности»¹.

Природа заранее оцененных убытков, напротив, лишена такого рода двойственности, порождающей на практике соответствующую правовую неопределенность – стороны изначально согласовывают их размер сообразно предвидимым убыткам от нарушения конкретного условия договора. Учет рисков нарушения договора способствует стабилизации гражданского оборота, а возмещение такого рода убытков не вызывает противоречий с принципом компенсационности мер гражданско-правовой ответственности.

Установим критерии разграничения и общие признаки заранее оцененных убытков и неустойки. В качестве первых следует назвать следующие. Во-первых, стороны свободны в установлении размеров неустойки: в стремлении максимально обеспечить свой интерес в надлежащем исполнении обязательства, кредитор, как правило, настаивает на установлении ее максимально высоких размеров, никоим образом не коррелирующих с размером предвидимых убытков. Условием действительности заранее оцененных убытков, напротив, является их соответствие предвидимым при заключении договора убыткам, представление их разумной оценки, дифференцированной в зависимости от нарушения конкретных условий договора.

¹ Крашенинников М.П. Там же.

Во-вторых, в случае превышения размеров договорной неустойки над предвидимыми убытками, последняя, по сути, представляет собой аналог штрафных убытков, запрещенных в общем праве и, соответственно, подлежащих снижению до размеров доказанных убытков. В случае же взыскания суммы неустойки, не превышающей размер убытков, последняя в соответствии с гражданским законодательством РФ приобретает зачетный характер, т.е. покрывает соответствующую часть убытков, и одновременно не лишает кредитора возможности взыскания с должника оставшейся части убытков посредством предъявления иска об их возмещении. Возмещение заранее оцененных убытков, наоборот, лишает кредитора такой возможности, поскольку стороны самостоятельно избирают этот способ определения убытков, производят их разумную оценку и признают последние в качестве надлежащего средства восстановления своего имущественного положения.

В-третьих, различны и случаи применения сравниваемых мер гражданско-правовой ответственности: заранее оцененные убытки, в отличие от неустойки, служат не универсальным средством восстановления имущественного положения кредитора, а специальным – последние реализуют свою восстановительную функцию лишь в случаях, когда определить действительный размер убытков объективно невозможно или затруднительно даже после нарушения обязательства.

В-четвертых, обосновывая решения о снижении размеров сравниваемых мер ответственности, суды применяют различные подходы к установлению соразмерности ответственности. Так, при разрешении вопроса о снижении неустойки в силу ст. 333 Гражданского кодекса РФ устанавливается соразмерность последствиям нарушения обязательства, включающим в себя неопределенный круг обстоятельств. Для подтверждения же компенсационной природы заранее оцененных убытков суд вправе определить их соразмерность не наступившим последствиям, а предвидимым сторонами договора убыткам.

В-пятых, различается и субъектный состав: в случае с заранее оцененными убытками он ограничен сторонами, осуществляющими предпринимательскую

деятельность. Именно профессиональные участники гражданского оборота (в отсутствие злоупотреблений свободой договора) обладают равными переговорными возможностями, а также соответствующим инструментарием для разумной оценки предвидимых убытков. Применение же неустойки не предполагает ограничения субъектного состава, как правило, имеющего существенные различия в переговорных возможностях, в силу чего законодатель наделяет суд правом соразмерного снижения размеров такой меры договорной ответственности. Более того, нашла широкое распространение правовая позиция Конституционного суда РФ, фактически трансформировавшая такое право в обязанность суда, как одного из правовых способов, направленных против злоупотребления правом свободного определения размеров неустойки¹. В контексте различий заранее оцененных убытков и неустойки имеет значение прямое указание Конституционного суда РФ на то, что такая обязанность связана с необходимостью установления баланса между «применяемой к нарушителю мерой ответственности и оценкой действительного (а не предвидимого, как в случае с заранее оцененными убытками. – *А.В.*) размера ущерба»².

В-шестых, заранее оцененные убытки представляют собой исключительно договорную меру ответственности, в то время как неустойка имеет договорную и законную разновидности. При этом стоит отметить, что законная неустойка, несмотря на то, что по общему правилу последняя устанавливается как правовой механизм защиты интересов слабой стороны (например, потребителей), также имеет штрафную природу, что подтверждается соответствующей правовой позицией Верховного Суда РФ³.

В-седьмых, указанные критерии в совокупности предопределяют и различия в функциональной нагрузке сравниваемых мер ответственности,

¹ Определение Конституционного Суда РФ от 21.12.2000 г. № 263-О [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; *Зайцев В.В.* Актуальные проблемы повышения эффективности гражданско-правового регулирования отношений по обеспечению договорных обязательств: Автореф. дис. ... д-ра. юрид. наук. М., 2005. С. 33-34.

² Там же.

³ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» // Бюллетень Верховного Суда РФ, 2016. № 5.

иллюстрируют их отнесение к различным моделям защиты гражданских прав (компенсационной и сверхкомпенсационной). Справедливым в этой связи видится мнение В.С. Белых, полагающего, что нельзя признать правильным постановку «знака равенства» между неустойкой и заранее оцененными убытками, поскольку такой подход противоречит природе последних как компенсационной мере договорной ответственности¹.

В то же время, и договорная неустойка, и заранее оцененные убытки имеют общие признаки, дающие некоторым авторам основания для их отождествления. В частности, оба явления представляют согласованную сумму гарантированного возмещения, единственным основанием взыскания которой является нарушение договора (не требуют доказывания причинения убытков).

Подводя промежуточный итог настоящей части параграфа, мы можем заключить, что заранее оцененные убытки и неустойка представляют принципиально различные правовые явления, не имеющие общих признаков, носящих существенный характер, то есть затрагивающих их основную функцию.

Заранее оцененные убытки и отдельные виды неустоек по гражданскому праву России. Выявив существенные различия сравниваемых явлений в предыдущей части параграфа, сравним заранее оцененные убытки с отдельными видами неустойки, имеющих иной состав признаков.

Отметим, что в целом указанный сопоставительный анализ осложнен тем, что в отечественной доктрине не сложилось единого понимания неустойки, что в немалой степени связано с многогранностью данного правового феномена. С точки зрения функциональной нагрузки сложилось два понимания неустойки – штрафная и оценочная. С точки зрения соотношения неустойки с убытками выделяются следующие ее виды – альтернативная, исключительная, зачетная и штрафная. Последовательно соотнесем заранее оцененные убытки с поименованными видами и подходами к пониманию неустойки в указанном порядке.

Повторим, что, продолжая общеевропейскую традицию признания

¹ См.: *Белых В.С. Договорное право Англии: сравнительно-правовое исследование. Монография. М.: Проспект, 2016. С. 190-191.*

неустойки в качестве штрафной меры гражданско-правовой ответственности, берущей свое начало в уголовном праве, отечественное право воспроизводит общее понятие неустойки как штрафного (сверхкомпенсационного) способа защиты гражданских прав. Кроме доктрины ¹, данный подход прямо прослеживается в положениях гражданского законодательства.

Так, во-первых, закон не связывает требование об уплате неустойки с необходимостью доказывать размер и наличие убытков от нарушения, взыскание неустойки осуществляется и при отсутствии убытков со стороны кредитора. В этой связи В.А. Хохлов справедливо указывает, что «несмотря на возможный компенсационный эффект, центральная идея неустойки все же заключается в побуждении к надлежащему поведению» ². Напомним, что компенсационная составляющая меры гражданско-правовой ответственности вовсе не исключает ее штрафную природу – любой штраф компенсирует ущерб кредитора (с оговоркой, что такая компенсация происходит сверх той меры возмещения, которая способна восстановить имущественное положение кредитора). Заранее же оцененные убытки исключают штрафную составляющую в частности тем, что представляют оценку тех убытков, наступление которых стороны предвидели еще в момент заключения договора как закономерного последствия нарушения договора.

Во-вторых, неустойке, как способу обеспечения исполнения обязательств, присуща стимулирующая функция, содержание которой раскрывается через побуждение должника к надлежащему исполнению обязательства под страхом имущественного наказания, независимость размеров неустойки от последствий нарушения конкретного договорного условия. Так, для случаев, наступление которых предположительно влечет неодинаковый размер убытков, устанавливается одинаковый размер неустойки. Целью заранее оцененных убытков, напротив, является не имущественное наказание должника, а

¹ Гражданское право : учебник / под ред. Е.А. Суханова. 3 изд. перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 75 (автор главы – В.С. Ем); *Слесарев В.Л.* Экономические санкции в советском гражданском праве: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Свердловск., 1990. С. 19-21.

² *Хохлов В.А.* Общие положения об обязательствах: учебное пособие. М.: Статут, 2015.

соответствующее восстановление имущественного положения кредитора, в силу чего последние, как справедливо отмечается в литературе, не могут выполнять гарантийную, обеспечительную функцию¹.

В-третьих, грамматическое толкование п. 1 ст. 330 Гражданского кодекса РФ дает основание полагать, что законодатель, определяя неустойку в том числе через использование синонимического ряда², сознательно отождествляет ее со штрафом – «неустойка», как доминанта (а не родовое понятие) синонимического ряда, заменяет слово «штраф». Семантика же заранее оцененных убытков, к примеру, может быть раскрыта через анализ двух антонимичных пар. Так, доктрина общего права, в противовес понятию *liquidated damages* содержит понятие *unliquidated damages* (заранее не оцененные убытки), составляющих компенсацию, размер которой не определяется сторонами посредством математического расчета, а устанавливается судом в зависимости от конкретных обстоятельств дела³. В данном случае подчеркивается отсутствие договорного характера убытков. Вторая антонимичная пара, также нашедшая отражение в авторитетном юридическом словаре Блэка (*Black's Law Dictionary*), прямо противопоставляет заранее оцененным убыткам штраф, акцентируя внимание на компенсационной составляющей первых⁴.

В-четвертых, законодательное понимание неустойки как штрафа иллюстрируется в ст. 333 Гражданского кодекса РФ: подобного рода положения закона о снижении размеров штрафа имманентны правопорядкам всех стран, признающих действительность штрафных санкций и необходимость в механизме их соразмерного снижения. Более того, возможность судебного

¹ См.: Каминская Е.И. «Заранее исчисленные убытки» (*liquidated damages*) в англо-американском договорном праве // Вопросы международного частного, сравнительного и гражданского права, международного коммерческого арбитража: LIBER AMICORUM в честь А.А. Костина, О.Н. Зименковой, Н.Г. Елисеева. М.: Статут, 2013. С. 191-192.

² Синонимический ряд образуют взаимосвязанные слова, близкие по значению. При этом слово, в большей степени выражающее общее для всех слов синонимического ряда понятие, называется «доминантой».

Если бы законодатель определял «штраф» и «пени» исключительно как формы неустойки, то использовалась бы иная падежная форма – вместо творительного падежа стоял родительный (с вынужденным использованием в таком случае слов «в форме...»). Заметим, что указанный грамматический прием законодатель, в частности, использует в ч. 1 ст. 357 Гражданского кодекса РФ, определяя формы заложенного имущества.

³ См.: *Black's Law Dictionary*. 6th ed. / J.R. Nolan, ed. St. Paul: West Publishing Co., 1990. P. 393.

⁴ Указ. соч. P. 391-392.

снижения размеров штрафов являются признанным международным стандартом. Заметим при этом, что законодатель, устанавливая механизм снижения штрафных санкций, не случайно определяет соразмерность не убыткам (как в случаях определения компенсационного характера ответственности), а именно последствиям нарушения обязательства. Иными словами, в данном случае отсутствует прямая связь с убытками, поскольку последние представляют лишь одну из многочисленных составляющих последствий нарушения договора.

Наконец, в-пятых, неустойка проявляется в штрафном понимании как правовой механизм защиты интересов неравноправных сторон гражданского оборота. Примерами могут послужить неустойка (штраф) за неудовлетворение в добровольном порядке требований потребителя как слабой стороны договора¹ или неустойка (штраф) за задержку вагонов, контейнеров под погрузкой или выгрузкой, как правовой механизм обеспечения публичных интересов². В этой связи С.Ю. Филиппова справедливо замечает, что фиксация в договоре условий о неустойке (штрафе), как правило, свидетельствует «о дисбалансе переговорных возможностей при заключении договора либо особой значимости заключения договора для должника»³. Отметим при этом, что обозначенный подход законодателя к определению природы неустойки (штрафа), как правового механизма обеспечения интересов сторон с разными переговорными возможностями, также является общепринятым в мировой практике. Напомним, что подобного рода неустойки (штрафы) имеют место и в странах общего права.

Основная функция неустойки как способа обеспечения исполнения обязательства (стимулирующая функция) проявляется в предупреждении

¹ См.: Определение Верховного Суда РФ от 29.10.2013 г. № 8-КГ13-12 [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; Федеральный закон «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» от 30.12.2004 г. № 214-ФЗ (ред. от 03.07.2016 г.) // СЗ РФ, 2005. № 1, ст. 40.

² См.: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 05.07.2005 г. № 1680/05 по делу № А40-8525/04-52-62 // Вестник ВАС РФ, 2005. № 11.

³ Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий к разделу III «Общая часть обязательственного права» / Под ред. д.ю.н., проф. Л.В. Санниковой. М.: Статут, 2016 (автор комментария – С.Ю. Филиппова).

неисполнения или ненадлежащего исполнения договора со стороны должника под страхом уплаты штрафа, величина которого не коррелирует с размерами убытков кредитора. При этом указанная функция присуща неустойке как мере гражданско-правовой ответственности (ее взысканию). В этой части В.А. Хохлов справедливо замечает, что «взыскание неустойки (штрафа) чаще всего носит характер несоразмерного и/или неосновательного и/или алогичного обогащения истца»¹. Однако в другой части своих трудов ученый отмечает, что данный подход не соответствует современным условиям развития гражданского оборота, и призывает рассматривать его как «аномалию и законодательно предусмотреть возможность применения данной санкции только в отдельных, исключительных, случаях»².

С одной стороны, действительно, превалирование штрафных мер стимулирования должников к надлежащему исполнению обязательств было имманентно правопорядкам европейских стран XVII века. Но в дальнейшем, в эпоху индустриализации, штрафная (сверхкомпенсационная) модель защиты гражданских прав перестала соответствовать потребностям развивающегося гражданского оборота, результатом чего явился переход на компенсационную модель защиты, в которой заранее оцененные убытки заняли отдельное место³.

С другой стороны, законодательство многих стран сохранило возможность установления штрафных мер ответственности, первое место в ряду которых занимает взыскание неустойки, штрафа (penalty).

Принимая указанное во внимание, стоит согласиться с обоснованной критикой возможности законодательного ограничения случаев применения указанной санкции, высказанной Б.М. Гонгало, полагающего, что «восприятие законодателем взглядов В.А. Хохлова (в этой части. – *А.В.*) неизбежно повлекло

¹ Хохлов В.А. Ответственность за нарушение договора по гражданскому праву. Тольятти: Изд-во Волж. гос. ун-та., 1997. С. 42-43.

² Хохлов В.А. Указ. соч. С. 235.

О неприемлемости применения штрафной неустойки в условиях развивающихся рыночных отношений пишет и В.Ф. Яковлев (См.: Яковлев В.Ф. Россия: экономика, гражданского право. Вопросы теории и практики. М.: РИЦ ИСПИ РАН, 2000. С. 102-103).

³ О развитии подходов к пониманию неустойки в европейских странах см. § 1.1 диссертации.

бы сведение к нулю обеспечительной (стимулирующей) функции неустойки»¹.

Таким образом, сравнение заранее оцененных убытков и неустойки с позиции определения последней как штрафа, позволяет констатировать различие в хозяйственно-правовом положении сторон соглашения с точки зрения их переговорных возможностей. Так, условия о заранее оцененных убытках устанавливаются в договорах, стороны которого обладают относительно равными переговорными возможностями. Более того, выявление подобного неравенства сторон может служить одним из оснований квалификации таких условий в качестве штрафной санкции и, как следствие, соразмерного снижения размера возмещения. Неустойка, напротив, как правило, выступает в качестве показателя наличия неравенства переговорных возможностей сторон. Кроме того, такое сравнение иллюстрирует отношение к разным моделям защиты гражданских прав (компенсационной и сверхкомпенсационной).

Проанализируем другой подход к пониманию исследуемой меры ответственности – так называемую «оценочную неустойку». С этой доктринальной позиции неустойка рассматривается в качестве правового механизма оценки интереса в исполнении обязательства.

Заметим при этом, что определение назначения договорной неустойки в каждом случае устанавливается посредством анализа условий конкретного договора. В отношении этого К.П. Победоносцев писал: «Только по содержанию договора можно будет рассуждать в каком смысле установлена неустойка, в смысле ли штрафа, понуждающего к исполнению, или в смысле возмещения интереса, содержащегося в исполнении, или в смысле освобождающего от исполнения»². Однако, как мы установили ранее, сегодня в силу положений Гражданского кодекса РФ и сложившейся практики его применения подобный подход к содержательному анализу неустойки не применим – законодатель обоснованно воспринял ее штрафную концепцию.

¹ Гонгало Б.М. Учение об обеспечении обязательств. Вопросы теории и практики. М.: Статут, 2004.

² Победоносцев К.П. Курс гражданского права: в 3 т. Т. 3 / под ред. и с предисл. В.А. Томсинова. М.: Зерцало, 2003. С. 252.

Разработанная в дореволюционное время, концепция оценочной неустойки, как отмечается в литературе, подверглась основательной критике в советское время, в связи с чем современная отечественная доктрина, а вслед за ней и законодатель, отрицательно отнеслись к оценочной теории неустойки¹. Однако в целях настоящего исследования ее сравнение с заранее оцененными убытками имеет отдельный интерес для раскрытия их природы.

Рассмотрим функцию неустойки согласно нормам дореволюционного гражданского права, наиболее рельефно, как представляется, отражающих сущность оценочной неустойки. Так, ст.ст. 570, 644, 1585 Гражданского Уложения Российской империи оценочную неустойку отождествляли с неустойкой исключительной (в современном ее понимании): нарушение обязательства, обеспеченного уплатой неустойки, как гласил закон «разве бы ... платежом неустойки прекращается», последняя составляет «удовлетворение во всем»². Отдельный интерес в этой связи представляют непреходящие слова П.П. Цитовича: «Очевидно, неустойка оценочная ... обеспечивает против неисправности лишь постольку, поскольку не только фиксирует количество убытков, платеж которых прекращает обязательство, но и усиливает их сравнительно с тем количеством, которым без нее могло бы быть доказано; но, - замечает автор, - в таком случае она одновременно является и неустойкой штрафной»³. Без такого «усиления», т.е. без дополнительного и необходимого штрафного элемента⁴, как далее отмечает дореволюционный цивилист, «неустойка оценочная обеспечивает лишь против одного – против трудности доказать понесение и количество убытков, и с этой стороны может даже оказаться для должника мотивом – не исполнять обязательства: выгоднее

¹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 539; Гражданское право : учебник / под ред. Е.А. Суханова. 3 изд. перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 75 (автор главы – В.С. Ем).

² Свод законов Российской Империи. Том X. СПб, 1900. URL: <http://civil.consultant.ru/reprint/books/211> (Дата обращения: 01.11.2016).

³ Цитович П.П. Обязательства по русскому гражданскому праву : конспект лекций. Киев: тип. И.И. Чоколова, 1884. С. 26 (здесь и далее дореволюционная грамматика не сохранена).

⁴ Словами П.П. Цитовича без «штрафа за неисправность», в отсутствие «усиления негативных последствий неисправности».

уплатить неустойку, чем исполнять обязательство»¹.

Иными словами, отсутствие штрафного элемента способствует качественному снижению эффективности оценочной неустойки, лишает ее обеспечительной функции, ведет к размыванию ее сущности. Более того, автор прямо называет оценочную неустойку ничем иным как штрафом². Таким образом, оценочная неустойка, в отличие от заранее оцененных убытков как результата разумной оценки предвидимых убытков, не лишена штрафной составляющей, не является компенсаторной мерой гражданско-правовой ответственности.

Вопреки грамматическому, системное толкование указанных статей дает основание выделить следующее различие штрафной и оценочной неустойки: первая составляет штраф за несвоевременное исполнение обязательства при сохранении последнего, вторая – штраф за неисполнение обязательства, уплата которого прекращает обязательство.

Таким образом, представляется некорректным сравнение неустойки с заранее оцененными убытками как способом исчисления последних, поскольку любой неустойке, как верно отмечалось еще в советской литературе, имманентна штрафная функция, чуждая такой мере гражданско-правовой ответственности как возмещение убытков. Взыскание неустойки не преследует цель восстановления имущественного положения кредитора в сравнении с возмещением заранее оцененных убытков³. Более того, как справедливо указывает в этой связи В.В. Витрянский, методологически недопустимо определять одно явление (неустойку) через другое (убытки), имеющее иные функции и, следовательно, иную сущность⁴. В литературе в этой связи также справедливо указывается, что «практическое применение противоположного по смыслу подхода нивелирует значимость и смысл, эффективность применения в договорных отношениях

¹ Там же.

² См.: Цитович П.П. Указ. соч. С. 24.

³ См., напр.: Левенсон А. Указ. соч. С. 19.

⁴ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. 3-е изд., стереотип. М.: Статут, 2001. С. 540.

«заранее исчисленных убытков» как меры договорной ответственности за нарушение обязательств, значительно облегчающей бремя доказывания размера подлежащих взысканию убытков»¹.

Проанализировав подходы к пониманию неустойки, перейдем к сравнительному анализу заранее оцененных убытков с отдельными видами неустойки. Ст. 394 Гражданского кодекса РФ содержит правило, согласно которому «законом или договором могут быть предусмотрены случаи: когда допускается взыскание только неустойки, но не убытков; когда убытки могут быть взысканы в полной сумме сверх неустойки; когда по выбору кредитора могут быть взысканы либо неустойка, либо убытки»². Таким образом законодатель выделяет следующие виды неустойки: исключительную, зачетную и альтернативную.

Исключительная неустойка наиболее рельефно отражает различие природы неустойки и убытков. Напомним, что цель возмещения убытков согласно ст.ст. 15, 393 Гражданского кодекса РФ составляет восстановление нарушенного права и имущественного положения кредитора до такого состояния, в котором бы последний находился, если соответствующее обязательство было бы исполнено должником надлежащим образом. Взыскание неустойки, в свою очередь, подобной цели не преследует. Более того, гражданское законодательство допускает ограничение права на полное восстановление случаями, предусмотренными законом или договором. Одним из них является взыскание исключительной неустойки, лишаящей кредитора права требования возмещения убытков, размер которых превышает неустойку.

Штрафной характер исключительной неустойки, не свойственный заранее оцененным убыткам, обнаруживается и в зарубежном законодательстве. Так, Кодекс европейского договорного права («кодекс Гандольфи») воспроизводит

¹ Право и экономическая деятельность: современные вызовы : Монография / Н.Г. Доронина, Н.Г. Семилютина, Н.М. Казанцев и др.; Отв. ред. А.В. Габов. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. М.: Статут, 2015.

² Гражданский кодекс РФ (часть первая) от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 23.05.2016 г.) // Российская газета, 1994. № 238-239.

понятие исключительной неустойки в ст. 170, посвященной штрафу¹. Исключительный характер при этом, как отмечает автор комментария, подчеркивается тем обстоятельством, что «сторона, уплатившая причитающийся с нее по договору штраф, считается возместившей все причиненные ею убытки в полном объеме»².

Продолжая сравнение, не стоит забывать, что, основываясь на компенсационном характере мер гражданско-правовой ответственности, суд вправе снизить размер исключительной неустойки, однако он не может этот же размер увеличить соразмерно последствиям нарушенного договора. В результате должник, не исполнив или ненадлежащим образом исполнив свое обязательство остается в более выгодном положении, чем добросовестный кредитор³. При этом в литературе отмечается, что создание первому в противоречии с п. 4 ст. 1 Гражданского кодекса РФ «судебной практикой режима наибольшего благоприятствования и преференций необъяснимо, ... поведение должника, обязанного к выплате неустойки, не заслуживает покровительства гражданского законодательства»⁴. С точки зрения экономического анализа права такая ситуация иллюстрирует «эффективность неисполнения» договора, порождающая соответствующие неблагоприятные последствия для гражданского оборота. В случае же возмещения заранее оцененных убытков подобного рода эффективность отсутствует, поскольку, во-первых, суд ограничен в праве на снижение их размеров и, во-вторых, такое возмещение изначально признается сторонами в качестве возмещения убытков в полном объеме.

¹ См.: European Contract Code (ECC). Eng. ver. Book one. P. 66 (Доступ URL: <http://www.accademiagiurprivatistieuropei.it>). Заметим при этом, что кодекс Гандольфи, как результат работы Комиссии по европейскому договорному праву, наряду с принципами УНИДРУА составляет по справедливому замечанию А.С. Комарова «наиболее адекватные и совершенные правила, которые в силу этого должны получить широкое распространение на практике» (Комаров А.С. Регулирование возмещения убытков при нарушении договора в коммерческом обороте стран с развитой рыночной экономикой и международной торговле (состояние и тенденции): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1994. С. 6).

² Белов В.А. Кодекс европейского договорного права - European Contract Code: общий и сравнительно-правовой комментарий: в 2 кн. М.: Юрайт, 2015. Кн. 1.

³ В литературе в этой связи отмечается, что исключительная неустойка устанавливает должнику «льготный режим» несения имущественной ответственности (См.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий к разделу III «Общая часть обязательного права» / А.В. Барков, А.В. Габова, М.Н. Илюшина и др.; под ред. Л.В. Санниковой. М.: Статут, 2016).

⁴ Право и экономическая деятельность: современные вызовы : Монография / Н.Г. Доронина, Н.Г. Семилютин, Н.М. Казанцев и др.; Отв. ред. А.В. Габова. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. М.: Статут, 2015.

Более того, различие сравниваемых мер ответственности в указанном аспекте видится еще и в том, что, как отмечает Е.И. Каминская, при определении природы и решении вопроса о снижении размеров договорных убытков «центр тяжести ... ставится не на арифметическое сопоставление двух величин – указанной в договоре суммы liquidated damages и доказанного размера наступившего в действительности ущерба, - а на разумность, обоснованность суммы liquidated damages»¹.

В соответствии с п. 1 ст. 394 Гражданского кодекса РФ если законом или договором не установлено иное, то неустойка имеет зачетный характер. Общее правило для определения характера неустойки также иллюстрирует отсутствие цели полного восстановления нарушенного права и имущественного положения кредитора: взыскание зачетной неустойки не лишает кредитора права на возмещение убытков в части, не покрытой взысканной суммой неустойки. Возмещение же заранее оцененных убытков, напротив, предполагает возмещение убытков в полном объеме.

Альтернативная неустойка, в свою очередь, согласно грамматическому и системному толкованию составляет не эквивалент убыткам, а лишь один из вариантов их частичного возмещения. При этом выбор одного варианта (взыскание альтернативной неустойки) исключает возможность применения второго (возмещения убытков). В рассматриваемом случае отличие от исключительной неустойки видится лишь в возможности выбора средства защиты права после его нарушения. В остальном же эти виды неустойки, как и их отличия от заранее оцененных убытков, совпадают.

Сравнение с отдельными видами неустойки, таким образом, позволяет выявить лишь одну общую черту заранее оцененных убытков и неустойки – последняя проявляется при установлении ответственности должника, нарушившего договор, а именно – в запрете на возмещение прочих убытков, не покрытых возмещением заранее оцененных убытков или взысканием исключительной неустойкой. Однако наличие этого общего признака не дает

¹ Каминская Е.И. Указ. соч.

оснований для отождествления сравниваемых гражданско-правовых явлений.

Подводя итог, стоит сделать следующие итоговые обобщения:

1. Неустойка, являясь институтом отечественного гражданского права, фактически составляет аналог штрафных убытков, имеющих место среди договорных условий, не признающихся действительными в англосаксонском праве. При таком понимании неустойки (как штрафа, *penalty*) последняя в полной мере соответствует законодательству и доктрине стран континентального права, где, как и в странах общего права, допускаются договорные условия о заранее оцененных убытках.

В то же время штрафная функция договорной ответственности в современных условиях постепенно уступает место компенсаторной. Право, представляя собой надстройку, стремится соответствовать экономическим процессам, составляющим базис общества, и вырабатывать наиболее эффективные механизмы регулирования этих отношений. При этом в условиях развитой экономики на первый план выходит потребность профессиональных участников оборота в распределении своих рисков, нежели их стремление к наказанию должника за ненадлежащее исполнение. В этой связи именно заранее оцененные убытки, а не имеющая штрафную природу неустойка, наиболее полно отвечают потребностям развития экономики и общества в целом.

2. Неустойке, в отличие от заранее оцененных убытков, присущи штрафная и обеспечительная функции, в то время как сущность заранее оцененных убытков кроется в наборе иных функций – компенсационной и учетной. Определение размеров неустойки, как правило, не подчинено какой-либо методике, вследствие чего первая не представляет собой разумную и дифференцированную оценку возможных убытков, составляет, в отличие от заранее оцененных убытков, элемент сверхкомпенсационной модели защиты гражданских прав. Заранее оцененные убытки и неустойка в значении, придаваемом ей нормами Гражданского кодекса РФ представляют собой принципиально разные правовые явления, не имеющие общих признаков, носящих существенный характер, то есть затрагивающих их основную функцию.

3. Развитие отечественной судебной практики свидетельствует о ее качественном изменении относительно восприятия концепции заранее оцененных убытков, наличии следующих этапов своего развития: отрицание возможности взыскания согласованных сумм, отождествление с неустойкой, признание отсутствия аналогов в отечественном праве, констатация соответствия нормам публичного порядка и признание права сторон на договорное определение размеров убытков.

При этом значимость развития судебной практики в рассматриваемой сфере отношений обуславливается ролью последней – служить стабилизации гражданского оборота посредством выработки правовых позиций, соответствующих уровню его развития, а также упрочению правовой определенности как основы принципа верховенства права.

4. Отождествление неустойки и заранее оцененных убытков как с практической, так и с теоретической точки зрения недопустимо. Подход, согласно которому одно правовое явление сочетает в себе противоположные функции деструктивен, размывает сущность правового явления. Более того, рассмотрение заранее оцененных убытков как одной из разновидностей неустойки не верно и с точки зрения методологии исследования – анализ явлений, имеющих различные функции (следовательно, и сущность) допустимо скорее в контексте их противопоставления, но никак не отождествления.

5. Анализ доктрины, законодательства и правоприменительной практики зарубежных стран, международного опыта унификации, а также современной отечественной судебной практики позволило сформулировать следующие положения прикладного характера. Так, принимая во внимание вопросы, связанные с рассмотрением дел о возмещении заранее оцененных убытков и разграничением последних с неустойкой, судам следует исходить из установления действительных намерений сторон при включении соответствующих условий в договор – возмещение договорных убытков должно быть направлено на восстановление имущественного положения кредитора до такого состояния, в котором бы тот находился, если обязательство было

исполнено надлежащим образом.

Кроме того, судам необходимо руководствоваться следующими правилами разграничения условий о неустойке и заранее оцененных убытках, согласно которым последние: а) составляют результат разумной оценки предвидимых убытков от нарушения отдельных условий договора; б) применимы к отношениям между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, как равноправными субъектами гражданских правоотношений в отсутствие признаков злоупотреблений свободой договора при согласовании размеров возмещения; в) устанавливаются, как правило, в случаях, когда размер предполагаемых от нарушения договора убытков представляется достаточно неопределенным; г) образуют усеченный состав гражданского правонарушения, достаточным элементом которого выступает доказанность факта нарушения обязательства; д) причинение убытков в согласованной сумме предполагается, если сторона не докажет неразумность и необоснованность размеров заранее оцененных убытков. При этом положения ст. 333 Гражданского кодекса РФ о судебном снижении размеров возмещения к условиям о заранее оцененных убытках не применимы, если отсутствует явная несоразмерность первых предвидимым при заключении договора убыткам. В таком случае согласованная сумма подлежит снижению до размеров предвидимых убытков.

Пределы судебного усмотрения при разрешении подобного рода споров сводятся к определению разумности оценки и соразмерности предвидимым от нарушения условий договора убыткам. Под разумностью оценки предвидимых убытков судам следует понимать принятие необходимых и достаточных мер для их исчисления применительно к отдельным условиям договора, а не нарушения договора в целом. При этом оценка предвидимых убытков должна быть основана на объективных показателях, статистических данных, результатах анализа обычных последствий нарушения схожих или однородных обязательств. Под соразмерностью, в свою очередь, следует понимать пропорциональность размеров заранее оцененных убытков предполагаемому ущербу.

Заключение

В рамках проведенного исследования автором затронуты теоретические и практические проблемы договорного определения убытков и, преимущественно, применения в отечественном гражданском праве заранее оцененных убытков – частного случая обозначенной проблемы. Раскрытие природы, выявление функций, установление признаков и, соответственно, формулировка определения исследуемого феномена стала невозможной без обращения к зарубежному опыту ее практического применения и историко-теоретического осмысления. При этом в работе учтены сложившиеся в отечественном гражданском праве научные воззрения на родовые и смежные гражданско-правовые явления, изучено дореволюционное, советское и современное гражданское законодательство, а также проанализирована практика его применения.

Основываясь на результатах проведенного исследования автором сформулированы соответствующие теоретические выводы, а на основе последних – предложения по совершенствованию гражданского законодательства в рассматриваемой сфере отношений.

В частности, утверждается, что российскому гражданскому праву феномен заранее оцененных убытков был известен еще с конца XIX века – времени подготовки и принятия Проекта Гражданского уложения 1905 г.. В советское время идея заранее оцененных убытков нашла отражение в концепции нормативных убытков. В современный же период развития отечественного гражданского права нормы о заранее оцененных убытках нашли закрепление на уровне подзаконных нормативных правовых актов, регламентирующих имущественную ответственность поставщика и общую методику определения размеров убытков. Иными словами, идея заранее оцененных убытков имеет свое преломление на каждом этапе развития отечественного гражданского права.

Анализ зарубежной доктрины, посвященной теоретическим и практическим проблемам возмещения заранее оцененных убытков, а также изучение зарубежного гражданского законодательства и практики его применения позволили выделить

несколько подходов к закреплению норм, связанных с регламентацией отношений по договорному определению убытков. В зависимости от социально-экономических, политических и географических условий развития общества и правопорядка (системой права) можно выделить три соответствующих подхода: прецедентное регулирование (характерно для правопорядка Великобритании, за исключением Шотландии), смешанное регулирование – рассматриваемые нормы закрепляются на уровне прецедентов, статутного права или же сочетают эти формы институционализации (характерно праву США) и законодательная регламентация (как правило, характерно для стран континентальной Европы). При этом отмечается, что различия в подходах относительно действительности договорных условий о штрафах (юридического антипода заранее оцененных убытков) предопределяют отношение национального законодателя к исследуемому феномену.

Предпринятая Комиссией ООН по праву международной торговли попытка наднациональной унификации норм о заранее оцененных убытках – принятие Единообразных правил, касающихся договорных условий о согласованной сумме, причитающейся в случае неисполнения обязательства, с одной стороны, свидетельствуют о восприятии стандарта (традиции) договорной практики стран общего права, а с другой – их максимальной адаптации к правопорядкам стран, относящихся к различным правовым системам.

Формулируется следующее определение понятия заранее оцененных убытков – установленная договором между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, денежная сумма или порядок ее определения, представляющая разумную оценку предвидимых убытков, которую одна сторона обязуется уплатить в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения ей отдельных условий договора в целях восстановления имущественного положения другой стороны до состояния, в котором бы та находилась при надлежащем исполнении обязательства.

Соответственно выделяются следующие признаки понятия: последние представляют денежную сумму или порядок ее исчисления; разумную оценку

предвидимых убытков; предусмотрены соглашением сторон; устанавливаются, как правило, в случаях, когда размер убытков затруднительно или вовсе невозможно определить даже после нарушения обязательства; служат цели восстановления имущественного положения кредитора; основанием взыскания является ненадлежащее исполнение или неисполнение конкретного условия договора. Среди функций называются компенсаторная (восстановление имущественного положения кредитора до состояния, в котором бы тот находился в случае надлежащего исполнения договора) и учетно-стоимостная (расчет предвидимых убытков обретает форму денежного эквивалента исполнения, его сумма носит не абстрактный, а конкретный характер, поскольку отражает дифференцированную оценку последствий неисполнения отдельных условий договора).

Обосновывается мысль об ограничении субъектного состава отношений, связанных с возмещением заранее оцененных убытков, до лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность. В частности, это обусловлено необходимостью проведения на стадии заключения договора оценки предвидимых от ненадлежащего исполнения отдельных его условий убытков и/или согласованием соответствующей методики (порядка) определения убытков, что требует от участников оборота не только определенного рода организационных и финансовых затрат, но и соответствующего уровня профессионализма.

Определяется место исследуемого феномена в системе иных видов (способов определения) убытков, известными, прежде всего, законодательству и доктрине стран общего права. В результате соотнесения исследуемого феномена с основаниями классификации убытков, делаются следующие выводы: как и абстрактные убытки, заранее оцененные относятся к группе компенсационных видов убытков; наряду с номинальными убытками, рассматриваемый вид убытков относится к той группе убытков, которые подлежат взысканию при невозможности установления действительного размера ущерба; как и штрафные убытки, заранее оцененные относятся к договорным убыткам, размер которых определяется до наступления оснований их возмещения.

Подчеркивается, что, составляя лишь отдельный вид (способ определения

размеров) убытков, заранее оцененные убытки не являются самостоятельным способом защиты гражданских прав. Взыскание непоименованной на сегодняшний день меры в силу тождества основной функции заранее оцененных убытков и функции убытков, предусмотренных главой 25 Гражданского кодекса РФ, осуществляется посредством предъявления иска о возмещении убытков с соответствующими ссылками на абз. 9 ст. 12 и ст. 393 Гражданского кодекса РФ.

В результате сопоставительного анализа признаков компенсации за нарушение условий акционерного соглашения с ранее обозначенными признаками заранее оцененных убытков делается вывод о тождестве указанных гражданско-правовых явлений. Показывается, что такого рода компенсация, содержательно представляющая заранее оцененные убытки, впервые закрепленные в современном отечественном праве в сфере регулирования корпоративных отношений, выполняет аналогичные функции: компенсаторную (необходимость в обосновании ее размеров) и учетно-стоимостную (количественная характеристика убытков и предварительный учет рисков неисполнения соглашения) функции.

В свою очередь, компенсация в сфере авторского права содержательно представляет аналог иного, известного общему праву, вида (способа определения) убытков – статутных убытков. Последние при общих условиях применения (невозможности или затруднениях в определении размеров убытков), лишены учетно-стоимостной функции (они определяется судом после нарушения соответствующих прав), а также имеет противоположную компенсаторной – штрафную – функцию, поскольку размер такой компенсации многократно превышает размер действительных убытков потерпевшей стороны. Удачный опыт заимствования статутных убытков попутно свидетельствует о наличии принципиальной возможности адаптации институтов общего права к условиям российских правовых реалий.

Далее делается вывод об отграничении заранее оцененных убытков от института возмещения потерь: при наличии общих целей, функций, условий применения, исторических корней и закреплении соответствующих норм в праве, рассматриваемые меры все же не составляют тождественные правовые явления. В

отличии от заранее оцененных убытков, институт возмещения потерь не является мерой гражданско-правовой ответственности, предоставляется лишь в случае наступления определенных в договоре обстоятельств, как обязательство имеет неакцессорный характер, и, наконец, не служит способом определения размеров убытков.

Показано, что и заранее оцененные убытки, и институт возмещения потерь выступают элементами одной системы (договорных способов учета и распределения профессиональными участниками гражданского оборота предвидимых последствий), наряду с отказом от осуществления права (waiver), гарантиями (warranty) и заверениями об обстоятельствах (representations). В этой связи введение в национальное право института возмещения потерь определяет перспективы заимствования норм о заранее оцененных убытках, в свою очередь, не противоречащих публичному порядку России. Удачный пример включения в Гражданский кодекс РФ отдельных элементов указанной системы обуславливает возможность ее целостного восприятия через включение недостающего элемента – путем законодательного закрепления возможности договорного определения убытков. Реализация этой идеи, как отмечается автором, позволит усилить действие принципа автономии воли профессиональных участников гражданского оборота – показателя развития гражданского законодательства и, тем самым, сблизить национальное право с законодательством стран с развитой рыночной экономикой и повысить инвестиционную привлекательность России.

Определяется соотношение известной отечественному гражданскому праву неустойки и заранее оцененных убытков. Первая рассматривается в качестве аналога штрафных убытков, условия о которых, в отличие от заранее оцененных убытков, признаются недействительными в странах общего права. Неустойке присущи штрафная и обеспечительная функции, в то время как сущность заранее оцененных убытков раскрывается в иных функциях – компенсаторной и учетно-стоимостной. В этой связи отмечается, что заранее оцененные убытки и неустойка в значении, придаваемом ей гражданским законодательством, представляют принципиально различные правовые явления, не имеющие общих признаков,

носящих существенный характер, то есть затрагивающих их основную функцию.

Приводится анализ развития современной отечественной судебной практики разрешения споров о возмещении заранее оцененных убытков: иллюстрируется ее поэтапное развитие, в конечном итоге приводящее к адекватному восприятию общей идеи заранее оцененных убытков и признанию правомерности подобного рода соглашений на основании действующего гражданского законодательства РФ.

Помимо теоретических выводов, в работе на основании проведенного исследования формулируются следующие предложения по развитию и совершенствованию нормативного регулирования отношений, составляющих предмет диссертационного исследования:

1. Учитывая потребность участников гражданского оборота в правовых ориентирах, разрешении доктринальных споров, в частности недопустимости отождествления исследуемого феномена со смежными гражданско-правовыми явлениями, необходимость в терминологическом единстве, а также принимая во внимание традицию по формированию широкой законодательной базы для регулирования отношений, предлагается на основе выработанных теоретических положений внести изменения в ст. 393 Гражданского кодекса РФ, дополнив последнюю п. 3.1 следующего содержания:

«Стороны договора, действуя при осуществлении ими предпринимательской деятельности, могут установить обязанность одной стороны возместить заранее оцененные убытки за нарушение отдельных условий договора. При этом суд не может уменьшить размер заранее оцененных убытков, подлежащих возмещению при доказанности факта нарушения договора, за исключением случаев, когда доказано, что такие убытки (порядок их определения) не представляют разумную оценку предвидимых от нарушения условий договора убытков».

2. Одновременно представляется необходимым внести частичные изменения в нормы гражданского законодательства, касающиеся регулирования отношений, связанных с нарушением условий акционерного соглашения, а именно – выплатой компенсации за его нарушение. Так, с учетом результатов проведенного исследования одновременно с внесением соответствующих изменений в

Гражданский кодекс РФ предлагается в абз. 2 п. 7 ст. 32.1 ФЗ «Об акционерных обществах» слова «выплаты компенсации (твердой денежной суммы или суммы, подлежащей определению в порядке, указанном в акционерном соглашении)» заменить на «возмещения причиненных нарушением соглашения убытков, в том числе заранее оцененных».

В завершении отметим, что данные предложения по совершенствованию действующего отечественного гражданского законодательства, разрешающие теоретические и практические проблемы применения заранее оцененных убытков, вкупе с дальнейшим исследованием вопросов договорного определения убытков должны способствовать единообразному толкованию, применению и исполнению положений закона и, вместе с тем, формированию эффективного и оперативного механизма восстановления имущественного положения кредитора. Кроме того, отдельные положения теоретического плана, как результаты изучения отдельных проблем, связанных с возмещением убытков, могут составить основу для дальнейших исследований в данной сфере отношений.

Список литературы

I. Нормативные правовые акты

1. Конституция Российской Федерации (принята на всенародном голосовании 12 декабря 1993 г.) (ред. от 30.12.2008 г.) // Российская газета, 1993. № 237.
2. Гражданский кодекс РФ (часть четвертая) от 18.12.2006 г. № 230-ФЗ (ред. от 03.07.2016 г.) // Российская газета, 2006. № 289.
3. Арбитражный процессуальный кодекс РФ от 24.07.2002 г. № 95-ФЗ (ред. от 23.06.2016 г.) // Российская газета, 2002. № 137.
4. Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая) от 31.07.1998 г. № 146-ФЗ (ред. от 08.03.2015 г.) // СЗ РФ, 1998. № 31. Ст. 3824.
5. Гражданский кодекс РФ (часть вторая) от 26.01.1996 г. № 14-ФЗ (ред. от 06.04.2015 г.) // СЗ РФ, 1996. № 5. Ст. 410.
6. Гражданский кодекс РФ (часть первая) от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 23.05.2016 г.) // Российская газета, 1994. № 238-239.
7. Федеральный закон «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» от 05.04.2013 № 44-ФЗ (ред. от 06.04.2015 г.) // СЗ РФ, 2013. № 14. Ст. 1652.
8. Федеральный закон «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» от 30.12.2004 г. № 214-ФЗ (ред. от 03.07.2016 г.) // СЗ РФ, 2005. № 1. Ст. 40.
9. Федеральный закон «О коммерческой тайне» от 29.07.2004 г. № 98-ФЗ (ред. от 12.03.2014 г.) // СЗ РФ, 2004. № 32. Ст. 3283.
10. Федеральный закон «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах» от 20.07.2004 г. № 72-ФЗ // Российская газета, 2004. № 159.
11. Федеральный закон «О специальных защитных, антидемпинговых и

компенсационных мерах при импорте товаров» от 08.12.2003 г. № 165-ФЗ (ред. от 04.06.2014 г.) // СЗ РФ, 2003. № 50. Ст. 4851.

12. Федеральный закон «Об акционерных обществах» от 26.12.1995 г. № 208-ФЗ (ред. от 03.07.2016 г.) // Российская газета, 1995. № 248.

13. Закон РФ «Об авторском праве и смежных правах» от 09.07.1993 г. № 5351-1 // Российская газета, 1993. № 147.

14. Закон РФ «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных» от 23.09.1992 г. № 3523-1 // Российская газета, 1992. № 229.

15. Временная методика определения размера ущерба (убытков), причиненного нарушениями хозяйственных договоров (приложение к Письму Госарбитража СССР от 28.12.1990 г. № С-12/НА-225) // БНА СССР, 1991. № 8.

16. Модельные правила европейского частного права / пер. с англ.; Науч. ред. Н.Ю. Рассказова. М.: Статут, 2013.

17. European Contract Code (ECC). Eng. ver. Book one. URL: <http://www.accademiagiurprivatis tieuropei.it>. (Дата обращения: 01.06.2016).

18. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 / пер. с англ. А.С. Комарова. М.: Статут, 2013. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

19. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010. М.: Статут, 2013.

20. FIDIC Yellow Book. Conditions of Contract for Plant and Design Build. 1st ed. Lausanne: FIDIC, 1999.

21. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 1994 // Закон, 1995. № 12.

22. Правовое руководство ЮНСИТРАЛ по составлению международных контрактов на строительство промышленных объектов (принято ЮНСИТРАЛ 14 августа 1987 г.) URL: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/procurement_infrastructure/1988Guide.html (Дата обращения: 01.09.2016).

23. Резолюция 38/135 Генеральной Ассамблеи / Ежегодник за 1983 год,

часть первая, раздел D. С. 369. URL: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/sale_goods.html.

24. Penal clauses in civil law: resolution (78) 3 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 20 January 1978 and explanatory memorandum [Prepared by a Committee of Experts on Penalty Clauses in Civil Law] Strasbourg: Council of Europe, 1978. URL: https://catalyst.library.jhu.edu/catalog/bib_1881906 (Дата обращения: 01.06.2016).

25. Конвенция ООН «О договорах международной купли-продажи товаров» (заключена в г. Вене 11.04.1980 г.) // Вестник ВАС РФ, 1994. № 1.

26. Комиссия Организаций объединенных наций по праву международной торговли. Пятнадцатая сессия. Нью-Йорк, 26 июля - 6 августа 1982 г. A/CN. 9/219. 28 мая 1982 г.. Проект единообразных правил, касающихся оговорок о заранее оцененных убытках и штрафных неустойках. URL: <http://www.uncitral.org/uncitral/ru/commission/sessions/15th.html> (Дата обращения: 01.09.2016).

27. Гражданский кодекс РСФСР от 11.06.1964 г. // Ведомости Верховного Совета РСФСР, 1964. № 24. Ст. 406.

28. Гражданский кодекс РСФСР от 31.10.1922 г. // СУ РСФСР, 1922. № 71. Ст. 904.

29. Свод законов Российской Империи. Том X. СПб, 1900. URL: <http://civil.consultant.ru/reprint/books/211> (Дата обращения: 01.11.2016).

30. Гражданское Уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной Комиссии по составлению Гражданского Уложения. Кн. V. СПб, 1905.

31. Постановление Совмина СССР от 25.07.1988 г. № 888 «Об утверждении Положения о поставках продукции производственно-технического назначения, Положения о поставках товаров народного потребления и Основных условий регулирования договорных отношений при осуществлении экспортно-импортных операций» // СЗ СССР, 1988. Т. 5. Ст. 123.

32. Постановление СНК СССР от 19.12.1933 г. «О заключении договоров на 1934 год» // СЗ СССР, 1934. № 73. Ст. 445.

33. Постановление СНК СССР от 03.01.1933 г. «О заключении договоров

на 1933 год» // СЗ СССР, 1933. № 1. Ст. 4.

34. United States Code, U.S.C. URL: <http://codes.lp.findlaw.com/uscode> (Дата обращения: 01.10.2016).

35. The Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> (Дата обращения: 01.06.2016).

36. Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. URL: <https://dejure.org/gesetze/AGBG> (Дата обращения: 01.06.2016).

37. Handelsgesetzbuch (HGB). URL: <http://dejure.org/gesetze/HGB> (Дата обращения: 01.06.2016).

38. Civil Code of the Netherlands. URL: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm> (Дата обращения: 01.06.2016).

39. Code Civil Belge URL: <http://just.fgov.be/> (Дата обращения: 01.06.2016).

40. Code des Obligation Suisse. URL: http://lexinter.net/LOTWVers4/code_des_obligations.htm (Дата обращения: 01.06.2016).

41. Code Napoleon. URL: http://www.napoleon-series.org/research/government/c_code.html (Дата обращения: 07.05.2016).

42. Codice Civile Italiano. URL: <http://www.studiocataldi.it/codicecivile/> (Дата обращения: 01.06.2016).

43. The Portuguese Código Civil URL: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis (Дата обращения: 01.06.2016).

44. Code of Georgia Annotated. URL: <http://www.legis.ga.gov/en-US/default.aspx> (Дата обращения: 01.06.2016).

45. California Civil Code. URL: http://www.leginfo.ca.gov/.html/civ_table_of_contents.html (Дата обращения: 01.06.2016).

46. Montana Code Annotated. URL: http://leg.mt.gov/bills/mca_toc/ (Дата обращения: 01.06.2016).

47. North Dakota Century Code. URL: <http://www.legis.nd.gov/general-information/north-dakota-century-code> (Дата обращения: 01.06.2016).

48. Oklahoma Stat. Annotated. URL: <http://www.oklegislature.gov/osstatuestitle.html> (Дата обращения: 01.06.2016).

49. Гражданское Уложение Германской Империи / Пер. с нем.; Приложение к «Журналу Министерства юстиции». СПб.: Тип. Правительствующего Сената, 1898.
50. Саксонское Гражданское уложение. СПб: Государственная тип., 1885.
51. Общее гражданское уложение Австрийской империи 1811 г. / Пер. Г. Вербловский. СПб: Ред. комис. по составлению гражд. уложения, 1884.

II. Акты высших судебных органов и материалы судебной практики

1. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» // Бюллетень ВС РФ, 2016. № 5.
2. Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14.03.2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах» // Вестник ВАС РФ, 2014. № 5.
3. Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30.07.2013 г. № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица» // Экономика и жизнь (Бухгалтерское приложение), 2013. № 34.
4. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 28.06.2012 г. № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей» // Российская газета, 2012. № 156.
5. Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 6, Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 8 от 01.07.1996 г. «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета, 1996. № 152.
6. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 18.06.2013 г. № 18081/12 по делу № А32-17297/2011 // Вестник ВАС РФ, 2013. № 11.
7. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 06.09.2011 г. № 2929/11 по делу № А56-44387/2006 // Вестник ВАС РФ, 2012. № 3.

8. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 05.07.2005 г. № 1680/05 по делу № А40-8525/04-52-62 // Вестник ВАС РФ, 2005. № 11.
9. Определение Конституционного Суда РФ от 24.11.2005 г. № 508-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Зубачева Олега Анатольевича на нарушение его конституционных прав положением пункта части первой статьи 134 ГПК Российской Федерации и статьей 3 Закона РФ «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан» [Электронный ресурс] Документ опубликован не был. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
10. Определение Конституционного Суда РФ от 21.12.2000 г. № 263-О [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
11. Определение Верховного Суда РФ от 31.03.2016 г. № 309-ЭС15-16713 по делу № А50-4524/2013 (Судебная коллегия по экономическим спорам) [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
12. Определение Верховного Суда РФ от 29.10.2013 г. № 8-КГ13-12 [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
13. Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 21.01.2011 г. № ВАС-18347/10 по делу № А19-1828/10-8 [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
14. Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 31.10.2016 г. № Ф08-7602/2016 по делу № А32-37242/2015 [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
15. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 04.08.2016 г. № Ф05-9592/2016 по делу № А40-196123/15-29-1594 [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
16. Постановление арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 02.06.2016 г. по делам №№ Ф04-2554/2016, А45-12277/2015 [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
17. Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 24.07.2014 г. по делу № А75-616/2013 [Электронный ресурс] Доступ из

справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

18. Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 24.06.2014 г. по делу № А32-3514/2013 [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

19. Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 18.12.2013 г. по делу № А56-55092/2011 [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

20. Постановление Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 29.08.2012 г. по делу № А43-23124/2011 [Электронный ресурс] Документ опубликован не был. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

21. Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 13.03.2009 г. № КГ-А40/1319-09 [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

22. Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 07.11.2006 г. № Ф09-3776/06-С5 по делу № А60-20494/05 [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

23. Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 12.05.2006 г. № Ф09-3570/06-С5 по делу № А50-30429/05 [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

24. Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 03.05.2005 г. № Ф09-1119/05-С по делу № А60-3452/2003 [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

25. Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда РФ от 26.11.2015 г. № 08АП-12937/2015 по делу № А70-6015/2015 [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

26. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 22.12.2009 г. № 09АП-24142/2009-ГК [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

27. Решение МКАС при ТПП РФ от 28.05.1999 г. по делу № 243/1998 // Практика международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за

1999-2000 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. М.: Статут, 2002.

28. Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 26.02.2013 г. № 156 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений» // Вестник ВАС РФ, 2013. № 5.

29. Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25.07.2000 г. № 56 «Обзор практики разрешения арбитражными судами споров, связанных с договорами на участие в строительстве» // Вестник ВАС РФ, 2000. № 9.

30. Инструктивное письмо Госарбитража при СНК СССР от 31.07.1963 г. №И-1-37 «О некоторых вопросах арбитражной практики рассмотрения споров, связанных с поставкой продукции и товаров ненадлежащего качества» // Сборник инструктивных указаний государственного арбитража при Совете Министров СССР / отв. ред. В.П. Ефимочкин. М.: Юридическая литература, 1966. Вып. 25.

31. Инструктивное письмо Госарбитража при СНК СССР от 12.12.1956 г. №И-1-53 «О рассмотрении исков об убытках, возникающих при подаче под налив нефтепродуктов неисправных цистерн» // Сборник инструктивных указаний государственного арбитража при Совете Министров СССР / отв. ред. М.П. Шалюпа. М.: Гос. изд-во юрид. лит-ры, 1957. Вып. 4.

32. Инструктивное письмо Госарбитража при СНК СССР от 20.11.1954 г. №И-1-48 «О рассмотрении исков, связанных с взысканием убытков, понесенных нефтебазами в связи с простым вагонов-цистерн при невыборке потребителями нефтепродуктов» // Сборник инструктивных указаний государственного арбитража при Совете Министров СССР / отв. ред. М.П. Шалюпа. М.: Гос. изд-во юрид. лит-ры, 1955. Вып. 1.

33. Инструктивное письмо Госарбитража при СНК СССР от 18.04.1951 г. №И-1-13.1 «О возмещении убытков и упущенной выгоды» // Сборник инструктивных указаний государственного арбитража при Совете Министров СССР / отв. ред. М.П. Шалюпа. М.: Гос. изд-во юрид. лит-ры, 1955. Вып. 1.

34. Инструктивное письмо Госарбитража при СНК СССР от 05.04.1951 г. №И-1-12 «О практике разрешения споров по капитальному строительству» // Сборник инструктивных указаний государственного арбитража при Совете Министров СССР / отв. ред. М.П. Шалюпа. М.: Гос. изд-во юрид. лит-ры, 1955. Вып. 1.
35. CAS 2007/A/1358 FC Pyunik Yerevan v. L., AFC Rapid Bucuresti & FIFA.
36. CAS 2008/A/1519-1520 FC Shakhtar Donetsk (Ukraine) v. Mr. Matuzalem Francelino da Silva (Brazil) & Real Zaragoza SAD (Spain) & FIFA.
37. BN AMRO Commercial Finance plc v. Ambrose McGinn, Ross Lawrance Beattie, Marcus Leek [2014] EWHC 1674.
38. Unaoil Ltd v. Leighton Offshore PTE Ltd [2014] EWHC 2965.
39. El Makdessi v. Cavendish Square Holdings BV [2013] EWCA Civ 1539.
40. Constable v. Northglenn LLC [2011] 248 P.3d 714.
41. Shaw v. MFP Foundations and Pilings Ltd [2010] EWHC 9.
42. Codemasters Software v. Automobile Club de L'Quest [2009] EWHC 2361
43. Kaye v. Macari Bldg. & Design Inc. [2007] 967 So. 2d 1112.
44. Advanced Tubular Products Inc. v. Solar Atmospheres Inc. [2004] WL 540019.
45. Bernotas v. Super Fresh. Food Markets [2004] 863 A.2d 478.
46. Winthrop Resources Corporation v. Eaton Hydraulics, Inc. [2004] 361 F.3d 465.
47. Greer v. Alstons Engineering Services and Sales Ltd [2003] UKPC 46.
48. Standard Bent Glass Co v. Glassrobots Oy [2003] 333 F.3d 440.
49. Attorney-General v. Blake [2001] 1 AC 268.
50. Her Majesty's Attorney General v. Blake [2001] 1 AC 268 at 282.
51. Ramada Franchise Sys. Inc. v. Cusack Dev. Inc. [1999] WL 165702.
52. Guiliano v. Cleo Inc. [1999] 995 S.W.2d 88.
53. Total Transport Corp v. Arcadia Petroleum Ltd (The Eurys) [1996] QBD.
54. Liebeck v. McDonald's Restaurants [1995] WL 360309.
55. Royscott Commercial Leasing Ltd v. Ismail Independent [1993] CA (93/0266/C).
56. The Fanti v. The Padre Island [1990] 2 ALL ER 705.

57. Arkansas Kraft Corp. v. Boyed Sanders Construction Co. [1989] 764 S.W.2d 452.
58. Pacheco v. Scoblionko [1987] 532 A.2d 1036.
59. Phoenix Ins. Co. v. United States Fire Ins. Co. [1987] 189 Cal. App. 3d 1511.
60. Donald Wassenaar v. Theanne Panos [1983] 111 Wis. 2d 518.
61. Weaver-Bailey Contractors, Inc. v. Fiske-Carter Construction Company [1983] 657 S.W.2d 209.
62. Polozola v. Garlock, Inc. [1977] 343 So. 2d 1000.
63. Westinghouse Elec. Supply v. Fidelity and Deposit Co of Maryland [1977] 560. F.2d 1109.
64. Kan. City Structural Steel Co. v. L.G. Barcus & Sons, Inc [1975] 217 Kan. 88, 535 P. 2d 419.
65. Sammer v. Ball [1970] 12 Cal. App. 3d 607, 610.
66. Czarnikow Ltd v. Koufos (The Heron II) [1967] UKHL 4
67. Mills v. Fidelity & Casualty Co. [1964] Civ. A. No. 8007.
68. Cahill Bros., Inc. v. Clementina Co. [1962] 208 Cal. App. 2d 367, 375-379.
69. Dawson v. Fidelity & Deposit Co. of Md [1961] 189 F. Supp. 854.
70. United States v. JD Streett & Co. [1957] 151 F. Supp. 469.
71. Rex Trailer Co., Inc. v. United States [1956] 350 U.S. 148.
72. United States v. Le Roy Dyal Co. [1950] 186 F.2d 460, 463.
73. Riebe & Sons., Inc. v. United States [1947] 332 U.S. 407.
74. Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. New Garage & Motor Co Ltd [1914] UKHL 1.
75. Ford Motor Co v. V. Armstrong [1915] 31 TLR 267.
76. Glanzstoff Manufacturing Co v. General Accident Fire and Life Assurance Corp [1913] AC 143.
77. Webster v. Bosanquet [1912] AC 394.
78. Public Works Commissioner v. Hills [1906] AC 368.
79. Clydebank Engineering Co v. Castaneda [1904] UKHL 3.
80. Wilson v. Love [1896] 1 QB 626.
81. Stanton v. New York & E.R. Co. [1890] 59 Conn. 272, 282, 22 A. 300.
82. Elphinstone v. Monkland Iron & Coal Co [1886] 11 App Cas 332.

83. Lord Elphinstone v. Monkland Iron and Coal Co [1886] 11 AC 332.
84. Castellain v. Preston [1883] L.R. 11 QBD.
85. Darrell v. Tibbitts [1880] L.R. 5.
86. Dimech v. Corlett [1858] 12 Moo PC 199.
87. Hadley v. Baxendale [1854] EWHC J70.
88. Ranger v. Great Western R. Co [1854] 5 HLC 72.
89. Irving v. Manning [1847] 1 HL Cas 287.
90. Price v. Green [1847] 16 MW 346.
91. Kemble v. Farren [1829] 172 ER 574 (A).

III. Специальная литература

1. *Абдуллин А.И.* К вопросу об унификации в международном частном праве // Известия высших учебных заведений. Правоведение, 1998. №1.
2. *Агарков М.М.* Понятие убытков в международном праве // Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. II. М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. 452 с.
3. *Алексеев С.С.* Общая теория права. В 2 т. Т. 1. М.: Юрид. лит., 1981. 361 с.
4. *Алексеев С.С.* Общая теория социалистического права: Нормы права и правоотношения. Курс лекций: Учебное пособие. Вып. 2. Свердловск: Сред.-Урал. кн. изд-во, 1964. 226 с.
5. *Алексеев С.С.* Право: азбука - теория - философия. Опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. 712 с.
6. *Амфитеатров Г.* Нужен развернутый закон о договорах // Бюллетень Госарбитража при СНК СССР, 1933. № 19.
7. Английское договорное право: просто о сложном / В.В. Оробинский. Ростов н/Д: Феникс, 2015. 345 с.
8. *Ансон В.А.* Договорное право / Под ред. О.Н. Садикова. М.: Юрид. лит., 1984. 464 с.
9. *Ансон В.А.* Основы договорного права / Пер. с англ. А.С. Александровский. М.: Междунар. кн., 1947. 453 с.

10. *Антимонов Б.С.* Основания договорной ответственности социалистических организаций. М.: Юрид. лит., 1962. 176 с.
11. *Аристотель.* Сочинения в 4 т. Т. 2: Пер. с древнегреч. / под ред. З.Н. Микаладзе; АН СССР, Институт Философии. М.: Мысль, 1978. 687 с. (Серия «Философское наследие»).
12. *Архипова А.Г.* Возмещение потерь в новом ГК РФ: «за» или «против»? // Вестник гражданского права, 2012. № 4.
13. *Асосков А.В.* Коллизионное регулирование договорных обязательств. М.: Инфотропик Медиа, 2012. 640 с.
14. *Афанасьев Д.В.* Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ: критерий предвидимости убытков при международной купле-продаже товаров // Убытки и практика их возмещения: Сб. ст. / Отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2006. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
15. *Ахметова Г.З.* Системная организация институтов российского договорного права // Казанская наука, 2013. № 9.
16. *Б.В.* К вопросу о договорной неустойке // Журнал Министерства юстиции, 1908. № 4.
17. *Басова Т.Ю.* Корпоративные договоры в рамках холдинговых структур // Право и экономика, 2011. № 12.
18. *Белов В.А.* Гражданское право. Общая часть. Т. I. Введение в гражданское право: Учебник / В.А. Белов. М.: Юрайт, 2011. 1093 с. (Серия: Магистр).
19. *Белов В.А.* Гражданское право. Т. IV. Особенная часть. Относительные гражданско-правовые формы: учебник для бакалавров / В.А. Белов. М.: Юрайт, 2013. 1085 с. (Серия: Бакалавр. Углубленный курс).
20. *Белов В.А.* Кодекс европейского договорного права - European Contract Code: общий и сравнительно-правовой комментарий: в 2 кн. М.: Юрайт, 2015. Кн. 1. 308 с.
21. *Белых В.С.* Договорное право Англии: сравнительно-правовое

исследование. Монография. М.: Проспект, 2016. 208 с.

22. *Белых В.С.* Качество товаров в английском договоре купли-продажи. М.: Глобус: Изд-во стандартов, 1991. 68 с.

23. *Белых В.С.* Мысли вслух о внутренней экономической политике российского истеблишмента // Бизнес, менеджмент и право, 2016. № 3-4.

24. *Белых В.С.* Основания и условия применения ответственности по праву Англии // Бизнес, менеджмент и право, 2007. № 3.

25. *Белых В.С.* Принцип свободы договора в английском праве: доктрина и судебная практика // Право и государство, 2015. № 4.

26. *Белых В.С.* Понятие договорной ответственности по праву Англии и России // Юрист, 2013. № 19.

27. *Белых В.С.* Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России. М.: Проспект, 2009. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

28. *Белых В.С.* Принцип свободы договора в английском праве: доктрина и судебная практика // Право и государство, 2015. № 4.

29. *Белых В.С.* Судебный прецедент как источник правового регулирования: спорные вопросы теории и практики // Закон, 2012. № 5.

30. *Белых В.С.* Условие о единстве воли и волеизъявления в английском договорном праве // Право и государство, 2016. № 3.

31. *Бербеков А.Х.* Убытки как условие гражданско-правовой ответственности сторон по договору строительного подряда // Право и политика, 2006. № 7. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

32. Большая советская энциклопедия. 2-е изд. Т. 36. М.: Большая советская энциклопедия, 1955. 648 с.

33. *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. 2-е изд., стереотип. М.: Статут, 2011. 780 с.

34. *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право: Общие положения. М.: Статут, 1997. 681 с.

35. *Брызгалов А.* Принципиальные вопросы возмещения убытков в виде

упущенной выгоды: общие положения, процессуальный аспект, методика расчета // *Хозяйство и право*, 1994. № 5. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

36. *Будылин С.Л.* Деликт или нарушение договора? Заверения и гарантии в России и за рубежом // *Вестник экономического правосудия Российской Федерации*, 2016. №№ 3, 4.

37. *Будылин С.Л.* Реформа договорного права Франции: По дороге из Англии в Германию. URL: [https:// zakon.ru/ blog/ 2016/ 3/ 3/ reforma_dogovornogo_prava_francii_po_doroge_iz_anglii_v_germaniyu](https://zakon.ru/blog/2016/3/3/reforma_dogovornogo_prava_francii_po_doroge_iz_anglii_v_germaniyu) (Дата обращения: 04.11.2016).

38. *Будылин С.Л.* Сверхкомпенсационные убытки. Возможности их взыскания в России и за рубежом // *Арбитражная практика*, 2014. № 4.

39. *Булыгина М.А.* Способы защиты прав добросовестной стороны при нарушении договора мены // *Юрист*, 2015. № 2. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

40. *Бэешу А.* Соглашения об ответственности по международным коммерческим договорам // *Международное публичное и частное право*, 2009. № 2. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

41. *Вавилин Е.В.* Проблемы защиты гражданских прав // *Бюллетень нотариальной практики*. 2008. № 2.

42. *Варюшин М.С.* Основные способы защиты, применяемые при нарушении условий корпоративного договора // *Законодательство и экономика*, 2013. № 7.

43. *Васькин В.В.* Возмещение убытков в гражданско-правовых обязательствах: Автореф. дис. канд. юрид. наук. Саратов, 1971. 21 с.

44. *Васькин В.В., Овчинников Н.Н., Рогович А.Н.* Гражданско-правовая ответственность. Владивосток: изд-во Дальневосточного ун-та, 1988. 184 с.

45. *Веденин В.С.* Влияние правопонимания на становление и развитие институтов российского права (на примере патентного права): дис. ... канд. юрид. наук. Владимир, 2007. 24 с.

46. *Велиев Э.И.* К вопросу об эффективности судебной защиты // Вестник ВолГУ. Серия 5: Юриспруденция, 2011. № 2.
47. *Венедиктов А.В.* Договорная дисциплина в промышленности. Л.: Изд-во Леноблисполкома и Ленсовета, 1935. 212 с.
48. *Венедиктов В.А.* Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. I. М.: Статут, 2004. 463 с. (серия «Классика российской цивилистики»).
49. *Витрянский В.В.* Законопроект о внесении изменений в Гражданский кодекс РФ: общие положения об обязательствах и договорах [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».
50. *Витрянский В.В.* Некоторые основные положения Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации об обязательствах // Журнал российского права, 2010. № 1. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
51. *Витрянский В.В.* Проектируемые новые общие положения об обязательствах в условиях реформирования гражданского законодательства // Актуальные проблемы частного права: Сборник статей к юбилею Павла Владимировича Крашенинникова / Отв. ред. Б.М. Гонгало, В.С. Ем. М.: Статут, 2014. 272 с.
52. *Витрянский В.В.* Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. М.: Статут, 2016. 431 с.
53. *Волков А.В.* Возмещение убытков по гражданскому праву России. Волгоград: Издатель, 2000. 152 с.
54. *Волков А.В.* Возмещение убытков по гражданскому праву России: дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2000. 199 с.
55. *Ворожеевич А.С.* Незаконное использование товарного знака: понятие, меры ответственности // Вестник гражданского права, 2015. № 6.
56. *Вятчин В.А.* Неустойка в системе гражданского права // Вестник Саратовской государственной юридической академии, 2016. № 4.
57. *Гаврилов Э.П.* Компенсация за нарушение исключительного права на товарный знак // Хозяйство и право, 2012. № 7.

58. *Гаврилов Э.П.* Компенсация за нарушение исключительных прав и некоторые новые аспекты ее применения // *Хозяйство и право*, 2013. № 7.
59. *Гаврилов Э.П.* О коммерческой тайне [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс», 2005.
60. *Гдакьян, Садовников.* Еще об определении размеров убытков // *Бюллетень Госарбитража при СНК СССР*, 1934. № 22.
61. *Гегель Г.В.Ф.* Энциклопедия философских наук. Т. 1. Наука логики. М.: Мысль, 1974. 452 с.
62. *Германское право: Гражданское уложение / Пер. с нем. Ч. 1 / Науч. ред. В.В. Залесский; пер. Н.Г. Елисеев, А.А. Лизунов, Н.Б. Шеленкова; введ.: В. Бергман, Е.А. Суханов.* М.: МЦФЭРМ, 1996. 824 с.
63. *Годэмэ Е.* Общая теория обязательств / Пер. с франц. И.Б. Новицкого. М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. 511 с.
64. *Голубцов В.Г.* Воззрения классиков дореволюционной российской цивилистики как основа современного учения о конвергенции публичного и частного права // *Научные воззрения профессора Г.Ф. Шершеневича в современных условиях конвергенции частного и публичного права (к 150-летию со дня рождения): Сборник материалов Международной научно-практической конференции (г. Казань, 1–2 марта 2013 г.) под ред. Д.Х. Валеева, К. Рончки, З.Ф. Сафина, М.Ю. Чельшева.* М.: Статут, 2014. 942 с.
65. *Голубцов В.Г.* К вопросу о влиянии частного интереса на предмет и метод гражданского права // *Вестник Пермского университета. Юридические науки*, 2003. № 3.
66. *Голубцов В.Г.* О дуализме в праве и определении частного права // *Проблемы развития российского законодательства: сб. ст.* Пермь: Перм. ун-т., 2002. 283 с.
67. *Голубцов В.Г.* Публично-правовые элементы в отношениях, регулируемых гражданским законодательством: теория вопроса // *Правоведение*, 2006. № 5.
68. *Голубцов В.Г.* Публичные элементы в частноправовом регулировании

// Lex Russica. Научные труды МГЮА, 2006. № 3.

69. *Голубцов В.Г.* Теории разграничения публичного и частного права в дореволюционной российской науке // Вестник Пермского университета. Юридические науки, 2013. № 2.

70. *Гольмстен А.Х.* Юридическая конструкция добровольной неустойки // Юридическая летопись, 1891. № 3.

71. *Гонгало Б.М.* Учение об обеспечении обязательств. Вопросы теории и практики. М.: Статут, 2004. 222 с.

72. *Граве К.А.* Договорная неустойка в советском праве. М.: Госюриздат, 1950. 136 с.

73. Гражданский кодекс Российской Федерации. Авторское право. Права, смежные с авторскими. Постатейный комментарий к главам 69-71 / Б.М. Гонгало, В.О. Калятин, М.Я. Кириллова и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. М: Статут, 2014. 510 с.

74. Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий к главам 1-5 / А.В. Барков, А.В. Габов, В.Г. Голубцов и др.; под ред. Л.В. Санниковой. М.: Статут, 2015. 662 с.

75. Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий к разделу III «Общая часть обязательственного права» / Под ред. д.ю.н., проф. Л.В. Санниковой. М.: Статут, 2016. 622 с.

76. Гражданское и торговое право зарубежных государств. Т. 1. 4-е изд. / Под ред. Е.А. Васильева, А.С. Комарова. М.: Волтерс Клувер, 2008. 560 с.

77. Гражданское и торговое право капиталистических государств. Учебник. Ч. 2 / Васильев Е.А., Зайцева В.В., Костин А.А., Нарышкина Р.Л., и др.; Отв. ред.: Нарышкина Р.Л. М.: Междунар. отношения, 1984. 304 с.

78. Гражданское право : учебник / под ред. Е.А. Суханова. 3 изд. перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2006. 816 с.

79. Гражданское право: Учебник / С.С. Алексеев, Б.М. Гонгало, Д.В. Мурзин [и др.]; под общ. ред. чл.-корр. РАН С.С. Алексеева. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2009. 528 с.

80. Гражданское право: учебник : в 2 т. Т. 1 / под ред. П.Е. Орловского, С.М. Корнеева. М.: Юрид. лит., 1969. 560 с.
81. Гражданское право: Учебник. В 3 ч. Ч.1. / Н.Д. Егоров, И.В. Елисеев, А.А. Иванов и др. / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М.: Проспект, 1997. 600 с.
82. Гражданское право: Учебник. В 3-х. Т. I / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М.: РГ-Пресс, 2011. 1008 с.
83. *Гришин Д.А.* Неустойка: современная теория // Актуальные проблемы гражданского права / под ред. М.И. Брагинского. Вып. 2. М.: Статут, 2000. 222 с.
84. *Громов А.А.* Переход от исполнения обязательства в натуре к возмещению убытков: российское и германское регулирование // Вестник гражданского права, 2016. № 1.
85. *Груздев В.В.* Гражданско-правовая защита имущественных интересов личности. Книга вторая: Отдельные аспекты защиты. М.: Юстицинформ, 2014. 206 с.
86. *Гузеева В.Н.* Возмещение убытков, причиненных природным ресурсам как мера гражданской ответственности: дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2007. 25 с.
87. *Даль В.И.* Толковый словарь живого великорусского языка: в 4 т. Т. 1. 2 изд., испр. и значит. умнож. по рукоп. авт. СПб.; М.: изд. книгопродавца-типографа М.О. Вольфа, 1880. 723 с.
88. *Двякинов Н.* Ошибочные методы исчисления убытков // Бюллетень Госарбитража при СНК СССР, 1934. № 21.
89. *Дмитриев С.В.* Заверения, гарантии и обязательства возмещения убытков по англо-американскому и российскому праву // Право и экономика, 2004. № 4.
90. *Добрачев Д.В.* Основания возмещения и особенности доказывания убытков // Юрист, 2008. № 7
91. *Добрачев Д.В.* Развитие института возмещения убытков в свете модернизации Российского гражданского законодательства: научно-практическое пособие. М.: Юстицинформ, 2012. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
92. *Добрачев Д.В.* Соотношение гражданско-правовых категорий денежного долга и убытков: дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2013. 34 с.

93. *Добровинская А.В.* Убытки в гражданском праве // Юрист, 2015. № 12.
94. Договорное право России: реформирование, проблемы и тенденции развития : Монография / Е.Е. Богданова, Л.Ю. Василевская, Е.С. Гринь и др. М.: Норма, НИЦ ИНФРА-М, 2016. 192 с.
95. *Дозорцев В.А.* Тенденции развития исключительных прав в Российской Федерации. Место авторского права в системе исключительных прав // Авторское и смежное право в Европейском Союзе и Российской Федерации: сборник докладов и дискуссий / Отв. ред. Ю.К. Титова. М., 1997. 125 с.
96. *Донде Я.* Убытки реальные и убытки «с потолка» // Бюллетень Госарбитража при СНК СССР, 1934. № 7.
97. *Евтеев В.С.* Проблемы применения «заранее исчисленных убытков» в российском праве // Законодательство, 2003. № 8. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
98. *Жученко С.П.* Толкование договора // Практика применения общих положений об обязательствах: сборник статей / рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2011. 415 с.
99. *Зайцев В.В.* Актуальные проблемы повышения эффективности гражданско-правового регулирования отношений по обеспечению договорных обязательств: Автореф. дис. ... д-ра. юрид. наук. М., 2005. 48 с.
100. *Зайцев В.В., Рыбаков В.А.* О науке гражданского права: методологические и доктринальные аспекты // Вестник Саратовской государственной юридической академии, 2016. № 4.
101. *Зайцев О.В.* Проблемы совершенствования гражданского законодательства через призму доктрины // Юридическая наука, 2016. № 5.
102. *Зайцев О.В.* Усиление диспозитивности гражданско-правового регулирования как тенденция развития современной правовой системы // Право и политика: теоретические и практические проблемы: сборник материалов 4-й Международной научно-практической конференции, посвященной 100-летию РГУ имени С.А. Есенина. Рязань, 2015. Вып. 4. 379 с.
103. Заключение № 6 Консультативного совета по Венской конвенции о

договорах международной купли-продажи товаров. Исчисление убытков согласно статье 74 Венской конвенции // Международный коммерческий арбитраж, 2008. № 2.

104. *Закупень Т.В.* Право и рынок спустя 15 лет со дня принятия Конституции Российской Федерации: проблемы совершенствования // Вестник РГГУ. Серия: Юридические науки, 2009. № 11/09.

105. *Занковский С.С.* Предпринимательские договоры: проблемы возмещения убытков // Арбитражный и гражданский процесс, 2005. № 3. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

106. *Зверева Е.А.* Ответственность предпринимателя за нарушение договорных обязательств // Право и экономика, 1998. №№ 10, 11.

107. *Зверева Е.А.* Ответственность предпринимателя за нарушение условий договора // Право и экономика, 1997. № 2.

108. *Зенин И.А.* Гражданское и торговое право капиталистических стран. М.: Изд-во МГУ, 1992. 192 с.

109. *Змиров К.П.* О недостатках наших гражданских законов // Журнал гражданского и уголовного права, 1885. № 6.

110. *Иванов А.А.* Идеи А.В. Венедиктова и их отражение в проекте изменений Гражданского кодекса РФ // Закон, 2013. № 4.

111. *Иванов А.А.* Отказываться от штрафной неустойки рано // Закон, 2006. № 12.

112. *Иванов А.В., Лебедева Н.Л.* Соглашение акционеров: шаг вперед или топтание на месте? // Корпоративный юрист, 2008. № 9.

113. *Иделиович С.* Претензии об убытках // Бюллетень Госарбитража при СНК СССР, 1933. № 21.

114. Из практики Совета по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства при Президенте Российской Федерации // Вестник гражданского права, 2008. № 1.

115. *Иоффе О.С.* Обязательственное право. М.: Юрид. лит., 1975. 880 с.

116. *Иоффе О.С.* Ответственность по советскому гражданскому праву. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1955. 311 с.

117. К вопросу о соглашениях акционеров // ЭЖ-Юрист, 2009. № 44.
118. *Каминская Е.И.* «Заранее исчисленные убытки» (liquidated damages) в англо-американском договорном праве // Вопросы международного частного, сравнительного и гражданского права, международного коммерческого арбитража: LIBER AMICORUM в честь А.А. Костина, О.Н. Зименковой, Н.Г. Елисеева. М.: Статут, 2013. 382 с.
119. *Каминская Е.И.* Выплата компенсации за нарушение исключительных авторских прав (альтернативной компенсации) / Комментарий судебной практики. Вып. 20 / Под ред. К.Б. Ярошенко. М.: Контракт, 2015. 236 с.
120. *Канев Д.Р.* Распределение риска случайных убытков в российском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. СПб, 2013. 24 с.
121. *Карамзин Н.М.* История государства российского. В 12 т. Т. I. 2-е изд., испр. СПб.: тип. Н. Греча, 1818. 221 с.
122. *Каранетов А.Г.* Заверения об обстоятельствах и условия о возмещении потерь в новой редакции ГК РФ // Закон, 2015. № 6.
123. *Каранетов А.Г.* Иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре. М.: Статут, 2003. 190 с.
124. *Каранетов А.Г.* Модели защиты гражданских прав: экономический взгляд // Вестник экономического правосудия Российской Федерации, 2014. №№. 11, 12.
125. *Каранетов А.Г.* Неустойка как средство защиты прав кредитора в российском и зарубежном праве. М.: Статут, 2005. 286 с.
126. *Каранетов А.Г.* Соотношение требования о взыскании убытков с иными средствами защиты прав кредитора // Убытки и практика их возмещения: Сб. ст. / Отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2006. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
127. *Каранетов А.Г.* Средства защиты прав кредитора в свете реформы действующего гражданского законодательства // Вестник гражданского права, 2009. № 4. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
128. *Каранетов А.Г.* Экономический анализ права. М.: Статут, 2016. 528 с.

129. *Каранетов А.Г., Бевзенко Р.С.* Комментарий к нормам ГК об отдельных видах договоров в контексте Постановления Пленума ВАС РФ «О свободе договора и ее пределах» // Вестник ВАС РФ, 2014. № 8. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

130. *Кархалев Д.Н.* Механизм гражданско-правового регулирования охранительных отношений // Юрист, 2014. № 8. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

131. *Кассо Л.А.* Ф.Г. фон Бунге и Остзейское гражданское право // Журнал Министерства юстиции, 1897. №8.

132. *Кожевников С.Н.* Меры защиты в советском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1968. 16 с.

133. *Комаров А.С.* Ответственность в коммерческом обороте. М.: Юрид. лит., 1991. 206 с.

134. *Комаров А.С.* Регулирование возмещения убытков при нарушении договора в коммерческом обороте стран с развитой рыночной экономикой и международной торговле (состояние и тенденции): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1994. 66 с.

135. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный). Изд-е 5, испр. и доп. с использованием судебно-арбитражной практики / Рук. авт. кол. и отв. ред. О.Н. Садиков. М.: Инфра-М, 2008. 987 с.

136. Комментарий к Постановлениям Пленума Верховного Суда Российской Федерации по гражданским делам. 2-е изд., перераб. и доп. / Под ред. В.М. Жуйкова. М.: Норма, 2008. 136 с.

137. Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009 г.) // Вестник ВАС РФ, 2009. № 11.

138. *Корнев И., Арутюнян В.* Акционерное соглашение: заключение, содержание и исполнение // Корпоративный юрист, 2010. № 1.

139. Корпоративное право: учебник. 2-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. И.С.

Шиткина. М.: КноРус, 2015. 1080 с.

140. *Котова Е.С.* Возмещение убытков при нарушении договора по английскому праву // Государство и право, 2009. № 3.

141. *Коциоль Х.* Блеск и нищета немецкой цивилистической догматики. Немецкое право – пример для Европы? // Вестник гражданского права, 2012. № 6. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

142. *Красавчиков О.А.* Ответственность, меры защиты и санкции в советском гражданском праве // Категории науки гражданского права: Избранные труды: В 2 т. Т. 2. М.: Статут, 2005. 492 с. (серия «Классика российской цивилистики»).

143. *Красик А.В., Элькин Б.И.* Положение о казенных подрядах и поставках с разъяснениями, приложениями и предметным указателем. СПб: Издание юридического книжного склада «Право», 1915. 458 с.

144. *Крашенинников М.П.* Меры гражданско-правовой ответственности за неисполнение обязательств: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2012. 26 с.

145. *Крашенинников П.В.* Кодификация отечественного гражданского права // Кодификация российского частного права 2015 / В.В. Витрянский, С.Ю. Головина, Б.М. Гонгало и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2015. 447 с.

146. *Кривцов А.С.* Общее учение об убытках. Юрьев: тип. К. Маттисена, 1902. 221 с.

147. *Кузнецова О.А.* Нормы-принципы российского гражданского права. М.: Статут, 2006. 269 с.

148. *Кузнецова О.А.* Случай как основание исключения гражданско-правовой ответственности // Вестник Пермского университета. Юридические науки, 2013. № 1.

149. *Куликов А.А.* Определение размеров убытков в английском праве: основные принципы и современные тенденции регулирования // Журнал российского права, 2004. № 12.

150. *Курочкин А.В.* Концепт «правовая институционализация» и его содержание // Актуальные проблемы российского права, 2016. № 3.

151. *Кучер А.Н.* А суды говорят, что у акций нет качества, это не арбузы //

Арбитражная практика, 2014. № 10.

152. *Кучерова О.И.* Определение понятия «убытки» в гражданском праве // Арбитражный и гражданский процесс. 2006. № 10

153. *Левенсон А.* Условный метод исчисления убытков // Бюллетень Госарбитража при СНК СССР, 1934. № 14.

154. *Ленин В.И.* Полн. собр. соч.: в 55 т. 5-е изд. М.: Изд-во полит. лит., 1974. Т. 33. 434 с.

155. *Ленин В.И.* Полн. собр. соч.: в 55 т. 5-е изд. М.: Изд-во полит. лит., 1974. Т. 35. 600 с.

156. *Ленин В.И.* Материализм и эмпириокритицизм. М.: Директ-Медиа, 2014. 462 с.

157. *Либанова С.Э.* Возмещение убытков: новый взгляд // Цивилист, 2009. № 1. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

158. *Либанова С.Э.* Проблемы возмещения убытков в сфере предпринимательства и пути их решения // Законодательство и экономика, 2010. № 2.

159. *Ломакин Д.В.* Договоры об осуществлении прав участников хозяйственных обществ как новелла корпоративного законодательства // Вестник ВАС РФ, 2009. № 8.

160. *Ломакин Д.В.* Основные тенденции развития современного законодательства о хозяйственных обществах // Право и бизнес в условиях экономического кризиса: опыт России и Германии / Отв. ред. Е.Р. Губин, Е.Б. Лаутс. М.: Юрист, 2010. 264 с.

161. *Ломовский С.А.* Новое в правовом регулировании акционерных соглашений в российском законодательстве // Общество и право, 2010. № 3.

162. *Малеин Н.С.* Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях. М.: Наука, 1968. 207 с.

163. *Маковский А.Л.* Об уроках реформирования Гражданского кодекса России // Вестник гражданского права, 2013. № 5.

164. *Мамулян А.С., Кашкин С.Ю.* Англо-русский полный юридический словарь. Академическое издание. М.: Эксмо, 2008. 895 с.

165. Материалы семинара «Заверения, гарантии, индемнити и аналогичные институты в английском, германском, французском и российском праве», проведенного Высшим арбитражным судом РФ совместно с международной юридической фирмой «Debevoise & Plimpton» (Москва, 18.02.2013 г.). URL: <http://www.arbitr.ru/press-centr/news/76680.html> (Дата обращения: 17.10.2016).

166. Международные стандарты регулирования предпринимательской деятельности (бизнеса): спорные вопросы теории и практики / В.С. Белых, И.А. Игнатьева, О.В. Вагина, Д.А. Гаврин, А.С. Панова, Е.П. Щекочихина // Бизнес, менеджмент и право, 2014. № 1.

167. *Менглиев Ш.* Теоретические проблемы гражданско-правовых способов восстановления (нормализации) имущественных прав граждан: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Ташкент, 1991. 21 с.

168. *Микрюков В.А.* Аналогия в механизме определения размера компенсации за нарушение акционерного соглашения // Законодательство и экономика, 2016. № 4.

169. *Микрюков В.А.* Некоторые вопросы применения гражданского законодательства по аналогии // Вестник Пермского университета. Юридические науки, 2014. № 1(23).

170. *Микрюков В.А.* Принцип добросовестности – новый нравственный ограничитель гражданских прав // Журнал российского права, 2013. № 6.

171. *Микрюков В.А.* Сущность и значение аналогии в механизме правового регулирования экономической деятельности // Юридическая наука, 2016. № 5.

172. *Микрюков В.А., Микрюкова Г.А.* О методе гражданского права // Вестник Пермского университета. Юридические науки, 2013. № 1(9).

173. *Мозолин В.П., Фарнсворт Е.А.* Договорное право в США и СССР. История и общие концепции. М.: АН СССР, Ин-т государства и права, 1988; Вашингтон, 1989. 308 с.

174. *Музыка Ф.А.* Компенсация как способ защиты исключительных прав на произведения и объекты смежных прав: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. 24 с.

175. *Мякинина А.В.* Ограничение размера возмещаемых убытков в гражданском праве Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. 32 с.

176. *Нам К.В.* Основные направления развития института договорной ответственности в российском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1998. 22 с.

177. *Нестеренко Ф.* Как мы определяем размер убытков // Бюллетень Госарбитража при СНК СССР, 1934. № 14.

178. *Нешатаева Т.Н.* Европейская конвенция по правам человека и интеграция интеграций: пути преодоления фрагментации международного права // Международное правосудие, 2015. № 4.

179. *Нешатаева Т.Н.* Судебный прецедент и права человека // Российский ежегодник Европейской конвенции по правам человека (Russian yearbook of the European convention on human rights) / Д.В. Афанасьев, М. Визентин, М.Е. Глазкова и др. М.: Статут, 2015. Вып. 1: Европейская конвенция: новые «старые» права. 608 с.

180. *Новицкий И.Б., Луиц Л.А.* Общее учение об обязательствах. М.: Госюриздат, 1950. 412 с.

181. *Новоселова Л.А., Петрова Ю.В.* Правоприменительные аспекты определения размера компенсации как способа защиты в праве интеллектуальной собственности // Закон, 2014. № 5.

182. *Нюренберг А.М.* Устав судопроизводства торгового. М.: Издание юридического книжного магазина «Правоведение», 1913. 484 с.

183. О вознаграждении за вред и убытки, последовавшие от деяний, не признаваемых ни преступлениями, ни проступками. Владимир: Тип. губернского правления, 1882. 192 с.

184. *Ожегов С.И.* Словарь русского языка. М.: Советская Энциклопедия, 1973. 520 с.

185. *Орлов В.В.* Основы философии. Общая философия: учебное пособие. Пермь: тип. Перм. ун-та, 2006. 193 с.

186. *Оробинский В.В.* Английское договорное право. Ростов н/Д: Феникс,

2015. 237 с.

187. *Осипенко К.О.* Договор об осуществлении прав участников хозяйственных обществ в российском и английском праве. М.: Инфотропик Медиа, 2016. 176 с.

188. *Останина Е.А., Тараданов Р.А.* Компенсация за нарушение исключительного права на товарный знак в системе внедоговорных обязательств // Обязательства, возникающие не из договора: сборник статей / Ф.Х. Альманса Монтойя, А.А. Амангельды, Д.В. Афанасьев и др.; отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2015. 444 с.

189. *Остапец И., Коновалов А.* Соглашения акционеров // Слияния и поглощения, 2006. № 1-2.

190. *Падирияков А.В., Барабаш Р.В.* Заверения, гарантии и обязательства возмещения убытков в англо-американской и российской правовых системах // Международное публичное и частное право, 2015. № 6.

191. *Панова А.С.* Особенности возмещения убытков и взыскания неустойки за поставку товаров ненадлежащего качества // Право и экономика, 2015. № 1. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

192. *Пергамент М.Я.* Договорная неустойка и интерес в римском и современном гражданском праве. Одесса: Экономическая тип., 1899. 349 с.

193. *Пирогова В.В.* Соглашение ТРИПС (ВТО): понятие «злоупотребление правом» (ст. 8) и защита от недобросовестной конкуренции [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

194. *Платов Н.В.* Возмещение убытков в гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. СПб, 2001. 167 с.

195. *Победоносцев К.П.* Курс гражданского права: в 3 т. Т. 3 / под ред. и с предисл. В.А. Томсинова. М.: Зерцало, 2003. 450 с.

196. *Поваров Ю.С.* Последствия нарушения акционерного соглашения // Законы России: опыт, анализ, практика, 2011. № 5.

197. Пояснительная записка к проекту Федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского

кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

198. Право и экономическая деятельность: современные вызовы : Монография / Н.Г. Доронина, Н.Г. Семилютина, Н.М. Казанцев и др.; отв. ред. А.В. Габов. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. М.: Статут, 2015. 400 с.

199. Практика применения Гражданского кодекса Российской Федерации, части первой / под общ. ред. В.А. Белова. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт, 2011. 1301 с.

200. *Праслов Ю.П.* О некоторых вопросах ответственности за нарушение корпоративных соглашений // Безопасность бизнеса, 2013. № 1.

201. Проблемы реализации принципов права в предпринимательской деятельности / отв. ред. В.А. Вайпан, М.А. Егорова. М.: Юстицинформ, 2016. 340 с.

202. *Пугинский Б.И.* Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. М.: Юрид. лит., 1984. 224 с.

203. *Райхер В.К.* Штрафные санкции в борьбе за договорную дисциплину // Советское государство и право, 1955. № 5.

204. *Рамберг Я.* Международные коммерческие транзакции. 4 изд. Публикация ИСС. №711 / пер. с англ. под ред. Н.Г. Вилковой. М.: Инфотропик Медиа, 2011. 896 с.

205. *Реутов В.П.* Единство терминологии как проявление культуры юридического языка // Юридическая техника, 2016. № 10.

206. *Реутов В.П.* О соотношении функций и структур в правовой системе // Вестник Пермского университета. Юридические науки, 2001. № 2.

207. *Романец Ю.В.* Восстановительная природа гражданской ответственности // Законодательство, 2011. № 4

208. *Романец Ю.В.* Этические основы права и правоприменения. М.: Зерцало-М, 2012. 400 с.

209. Российское гражданское право: Учебник. В 2 т. Т. I: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные

неимущественные права / отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., стереотип. М.: Статут, 2011. 958 с.

210. Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. II: Обязательственное право / Отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., стереотип. М.: Статут, 2011. 1208 с.

211. *Румянцева В.Г.* Социологическая юриспруденция в творчестве Р. Фон Иеринга, С.А. Муромцева, Е. Эрлиха, Р. Паунда: Автореф. дис. канд. юрид. наук. СПб., 2002. 28 с.

212. Русское гражданское право: чтения Д.И. Мейера / Под ред. А. Вицына, 3-е изд, испр. СПб: Тип. Н. Тиблена и комп., 1864. 789 с.

213. *Ручкина Г.Ф., Матвеева Н.А.* О некоторых проблемах правового регулирования предпринимательской деятельности в сельском хозяйстве Российской Федерации (опыт сопредельных государств) // Международное публичное и частное право, 2013. № 5. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

214. *Рыбаков В.А.* О дозволителном методе и диспозитивном типе правового регулирования // Юридическая наука, 2016. № 4.

215. *Рыженков А.Я.* Компенсационная функция советского гражданского права. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1981. 15 с.

216. *Савенкова О.В.* Возмещение убытков в современном гражданском праве // Убытки и практика их возмещения: Сб. ст. / Отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2006. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

217. *Садиков О.Н.* Имущественные санкции в хозяйственных договорах // Советское государство и право, 1957. № 4.

218. *Садиков О.Н.* Ограничение ответственности должника по решению суда // Актуальные вопросы российского частного права: Сборник статей, посвященных 80-летию со дня рождения профессора Дроздовцева В.А. М., 2008. 226 с.

219. *Садиков О.Н.* Убытки в гражданском праве Российской Федерации. М.: Статут, 2009. 221 с.

220. *Санникова Л.В.* Возмещение потерь в странах общего права и в России // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2016. Вып. 34. DOI: 10.17072/1995-4190-2016-34-440-450.
221. *Сапункова А.И.* Кредитный договор в английском праве // Корпоративный юрист, 2007. № 11.
222. *Сарбаш С.В.* Способы обеспечения исполнения обязательств // Хозяйство и право, 1995. № 10.
223. *Сафин З.Ф.* К вопросу о юридической ответственности хозяйствующих субъектов агропромышленного комплекса в сфере денежных отношений // Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России, 2005. № 4.
224. Свод английского гражданского права: ученые труды. Вып. IV. Общая часть. Обязательственное право / под ред. Э. Дженкса; пер. А.А. Лунц. М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1941. 304 с.
225. *Сегалова Е.А.* Ограничения заверений, гарантий и обязательств по возмещению потерь в договоре купли-продажи акций (долей) по английскому праву // Гражданское право, 2015. № 6.
226. *Сергеев А., Терещенко Т.* Преддоговорная ответственность: основания для защиты интересов стороны, пострадавшей от недобросовестного ведения переговоров // Корпоративный юрист, 2010. № 11. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
227. *Ситдикова Р.И.* Определение размера компенсации при рассмотрении споров о нарушении авторских и смежных прав // ИС. Авторское право, 2009. № 11.
228. *Слесарев В.Л.* Экономические санкции в советском гражданском праве: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Свердловск., 1990. 34 с.
229. *Смирнов В.Т., Собчак А.А.* Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве: Учебное пособие. Л., 1983. 152 с.
230. *Сморodin Я.О.* Несколько мыслей о корпоративном договоре в свете реформирования гражданского законодательства // Опыты цивилистического исследования: Сборник статей / рук. авт. кол. и отв. ред. А.М. Ширвиндт, Н.Б. Щербаков. М.: Статут, 2016. 448 с.

231. Советское гражданское право: Учебник / Под ред. О.С. Иоффе, В.А. Мусина, Е.А. Поссе и др. Т. 1. Л.: Изд-во ЛГУ, 1971. 472 с.
232. Стабильность, неизменность, определенность и ясность закона – необходимые условия существования рыночной экономики, инвестиций в нее // Корпоративный юрист, 2010. № 11.
233. *Старженецкий В.В.* Статутные убытки в праве интеллектуальной собственности РФ: эволюция и актуальные проблемы // Вестник экономического правосудия, 2015. № 10.
234. *Степанов Д.И.* Проект Гражданского кодекса: от патернализма по-советски к истинному частному праву // Закон, 2012. № 5.
235. *Степанов Д.И., Фогель В.А., Шрамм Х.-И.* Корпоративный договор: подходы российского и немецкого права к отдельным вопросам регулирования // Вестник ВАС РФ, 2012. № 10.
236. *Степанян И.Г.* Заверения, гарантии, обязательства по возмещению потерь (indemnity), опцион и эскроу по праву России, США, Англии в трансграничных коммерческих договорах : Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Московский гос. юрид. ун-т им. О. Е. Кутафина (МГЮА). М., 2014. 26 с.
237. *Степкин С.П.* Гражданско-правовой институт акционерных соглашений монография. М.: Петроруш, 2011. 256 с.
238. *Таль Л.С.* Понятие и природа договорной неустойки // Вестник права, 1906. № 2 (Кн. вторая).
239. *Терехова Л.А., Маслов К.В.* Институционализация административного судопроизводства: правовые проблемы // Вестник Омского университета. Серия: Право, 2012. № 3.
240. *Томашевская Ж.В., Кузнецова Н.Ф.* «Заверения и гарантии» и «Обязательство по возмещению потерь» в сделках М&А (в свете планирующихся поправок в Гражданский кодекс РФ) // Слияния и поглощения, 2013. № 5.
241. *Томсинов А.В.* Договорные убытки в праве Англии и США: дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2011. 25 с.
242. *Томсинов А.В.* Заверения об обстоятельствах и возмещение потерь в

русском праве в сравнении с representations, warranties и indemnity в праве Англии и США // Вестник экономического правосудия Российской Федерации, 2015. № 11.

243. *Томсинов А.В.* Оценка бесценного: некоторые проблемы соотношения понятий ущерба и убытков в договорном праве Англии и США // Вестник ВАС РФ, 2012. № 6. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

244. *Томсинов А.В.* Понятие договорных убытков в праве Англии, США и России. М.: Зерцало-М, 2010. 184 с.

245. *Томсинов А.В.* Разумность мер, принятых для уменьшения причиненного ущерба: опыт Англии и США // Закон, 2012. № 10.

246. *Ушаков А.А.* Очерки советской законодательной стилистики. Право и язык. М.: Российская академия правосудия, 2008. 314 с.

247. *Фасмер М.* Этимологический словарь русского языка. Т. I (А-Д) : пер. с нем. и доп. О.Н. Трубачева / под ред. и предисл. Б.А. Ларина. 2-е изд., стереотип. М.: Прогресс, 1986. 576 с.

248. *Фиделев С.И.* Проблема возмещения убытков и зачет договорных санкций // Советская юстиция, 1937. № 20.

249. *Филиппова С.Ю.* Реформирование гражданского законодательства об обязательствах в сфере предпринимательской деятельности: гражданский оборот - место для экспериментов? // Право и бизнес: сборник статей I ежегодной международной научно-практической конференции, приуроченной к 80-летию со дня рождения профессора В.С. Мартемьянова / под ред. И.В. Ершовой. М.: Юрист, 2012. 770 с.

250. *Филиппова С.Ю.* Частноправовые средства организации и достижения правовых целей. М.: Статут, 2011. 320 с.

251. *Философская энциклопедия.* В 5 т. Т. 5 / Под ред. Ф.В. Константинова. М.: Советская энциклопедия, 1970. 740 с.

252. *Философский словарь* / Под ред. И.Т. Фролова. 7-е изд., перераб. и доп. М.: Республика, 2001. 719 с.

253. *Философский словарь*. М.: Политиздат, 1986. 590 с.
254. *Философский энциклопедический словарь*. М.: Советская энциклопедия, 1983. 840 с.
255. *Фомичева О.В.* Принцип полного возмещения убытков и его реализация в российском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2001. 23 с.
256. *Фрешкон А.* Проблема убытков в практике снабсбытов // Бюллетень Госарбитража при СНК СССР, 1934. № 16.
257. *Хлюстов П.В.* Пять инструментов договорного права // ЭЖ-Юрист, 2016. № 1.
258. *Хохлов В.А.* Авторское право: законодательство, теория, практика. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Издательский Дом «Городец», 2012. 368 с.
259. *Хохлов В.А.* Вопросы практики применения правил о компенсации в связи с нарушением исключительных прав // Закон, 2007. № 10.
260. *Хохлов В.А.* Общие положения об обязательствах: учебное пособие. М.: Статут, 2015. 288 с.
261. *Хохлов В.А.* Ответственность за нарушение договора по гражданскому праву. Тольятти: Изд-во Волж. гос. ун-та., 1997. 320 с.
262. *Хубер У.* Возмещение убытков вместо предоставления // Вестник гражданского права, 2013. № 6. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».
263. *Цинцадзе Н.С.* Традиционные неформальные правовые институты в российском частном праве: понятие, признаки и проблемы идентификации // Вестник Тамбовского университета. Серия: гуманитарные науки, 2012. №11.
264. *Цитович П.П.* Обязательства по русскому гражданскому праву : конспект лекций. Киев: тип. И.И. Чоколова, 1884. 346 с.
265. *Цыгановкин В.А.* Институционный и дискреционный методы и типы правового регулирования // Юриспруденция, 2011. № 3.
266. *Челышев М.Ю.* Система межотраслевых связей гражданского права: цивилистическое исследование: Автореф. дис. ... д-ра. юрид. наук. Казань, 2009. 40 с.

267. *Чеснов К.В.* Конституционно-правовая институционализация системы исполнительной власти в России: дис. ... канд. юрид. наук. Белгород, 2011. 167 с.
268. *Чумак Н., Рыбынок М.* Введение в английское право // Закон, 2014. № 4.
269. *Чхутиашвили Л.В.* Проблемы защиты авторских прав // Цивилист, 2010. № 4.
270. *Шамкович А.* Нужна единообразная методология взыскания убытков // Бюллетень Госарбитража при СНК СССР, 1934. № 16.
271. *Шамкович А.* Подготовка тяжелой промышленности Азово-Черноморского края // Бюллетень Госарбитража при СНК СССР, 1934. № 22.
272. *Шевченко Л.И.* Договорное регулирование отношений по поставкам в условиях рыночной экономики // Правовые проблемы укрепления российской государственности. Сборник статей / Под ред. В.Ф. Воловича. Томск, 2000. 238 с.
273. *Шевченко Л.И.* Проблемы формирования договорных отношений поставки в условиях становления в Российской Федерации рыночной экономики: дис. ... д-ра юрид. наук. Кемерово, 2001. 364 с.
274. *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. Казань: Тип. Императорского ун-та, 1894. 605 с.
275. *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. Т. 2. М.: Статут, 2005. 462 с. (Классика российской цивилистики).
276. *Ширвиндт А.М.* Соглашения об ответственности за нарушение обязательства во французском праве // Вестник гражданского права, 2013. № 3.
277. *Шиткина И.С.* Соглашения акционеров (договоры об осуществлении прав участников) как источник регламентации корпоративных отношений // Хозяйство и право, 2011. № 2.
278. *Шматов М.А.* Виды убытков // Гуманитарные научные исследования, 2015. № 1 [Электронный ресурс]. URL: <http://human.snauka.ru/2015/01/9451> (Дата обращения: 01.09.2016).
279. *Южанин Н.В.* Односторонние правозащитные меры в механизме гражданско-правового регулирования / под науч. ред. В.А. Рыбакова. М.: Юристинформ, 2016. 264 с.

280. *Яковлев В.Ф.* Избранные труды. Т. 2: Гражданское право: история и современность. Кн. 1. М.: Статут, 2012. 976 с.
281. *Яковлев В.Ф.* Отраслевой метод регулирования и особенности гражданско-правовой ответственности // Проблемы гражданско-правовой ответственности и защиты гражданских прав. Сб. уч. тр. Свердл. юрид. ин-та. Вып. 27. Свердловск, 1973. 140 с.
282. *Яковлев В.Ф.* Россия: экономика, гражданского право. Вопросы теории и практики. М.: РИЦ ИСПИ РАН, 2000. 224 с.
283. *Яковлев В.Ф.* Экономика. Право. Суд. Проблемы теории и практики. М.: МАИК «Наука. Интерпериодика», 2003. 596 с.
284. *Якушев В.С.* Понятие убытков в отношениях между хозорганами в новых условиях планирования и экономического стимулирования // Проблемы ответственности хозяйственных органов в новых условиях планирования и экономического стимулирования промышленного производства: материалы межведомственной экономико-правовой науч. конф. / отв. ред. В.В. Овсиенко. Донецк, 1967. 295 с.
285. *Bauer R.S.* Essentials of the Law of Damages. Chicago, 1919. 510 p.
286. Black's Law Dictionary. 6th ed. / J.R. Nolan, ed. St. Paul: West Publishing Co., 1990. 1657 p.
287. Cases, Materials & Texts on Contract Law (Casebooks on the Common Law of Europe) // H. Beale, H. Kotz, A. Hartkamp, D. Tallon 2002. 993 p.
288. *Cohen F., Wojak J.S.* Liquidated Damages for Delayed Completion in Construction Contracts // New York Law Journal (December 15, 2015). URL: <http://www.newyorklawjournal.com/id=1202744828218> (Дата обращения: 13.10.2016).
289. *Corbin A.* Contracts of Indemnity and the Statute of Frauds // Harvard Law Review. 1928. Vol. 41. № 6.
290. *Courtney W.* The Nature of Contractual Indemnities. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2014. 362 p.
291. *Courtney W.* The Nature of Contractual Indemnities // Journal of Contract Law, 2011. Vol. 27, № 1; Sydney Law School Research Paper, 2011. № 11/41.

292. *Cranston R.* Principles of Banking Law. Oxford: Clarendon Press, 1997. 520 p.
293. *Davies E.* What does hold harmless mean? What is an indemnity anyway? // PLC Construction, 2011. URL: <http://constructionblog.practicallaw.com/what-does-hold-harmless-mean-what-is-an-indemnity-anyway/> (Дата обращения: 04.10.2016).
294. *Dowling E.C.* Liquidated Damages. Cornell University School of Law. 1891. 227 p. (Historical Theses and Dissertations Collection).
295. *Eggleston B.* Liquidated Damages and Extensions of Time: In Construction Contracts. 3rd ed. John Wiley & Sons, 2009. 408 p.
296. Facing the Limits of the Law / E. Claes, W. Devroe, B. Keirsbilck. Leuven: Springer, 2009. 533 p.
297. *Farnsworth E.A.* Contracts. 4th ed. New York: Aspen Publisher. 984 p.
298. *Fisher D.* Vertragsstrafe und vertragliche Schadenspauschalierung. Frankfurt a. M., 1981. 197 p.
299. German Tax and Business Law. London: Sweet & Maxwell, 2005. 662 p.
300. Guide to penalty and liquidated damages clauses, International Chamber of Commerce, Publication № 478. Paris, 1990. 56 p.
301. International Comparison - Liability, Indemnities & Liquidated Damages. Spring, 2014. (URL: [http://www.trglaw.com/documents/TRGlaw - International Comparison of Liability Indemnities and Liquidated Damages.pdf](http://www.trglaw.com/documents/TRGlaw-International-Comparison-of-Liability-Indemnities-and-Liquidated-Damages.pdf) (Дата обращения: 05.11.2016)).
302. *Kangles N., Rogers B.R., Allidina Z., Harris' C.* Risk Allocation Provisions in Energy Industry Agreements: are we Getting it Right? // Alberta Law Review, 2011.
303. *Kaser M.* Das Romische Privatrecht. Bd. 2: Die nachklassischen Entwicklungen. 2. Aufl. C.H. Beck, 1975. 680 p.
304. *Knacke J.* Die Vertragsstrafe im Baurecht. Werner, 1988. 344 p.
305. *Knutel R.* Stipulatio poenae: Studien zur rom. Vertragsstrafe. Koln; Wien: Bohlau, 1976. 385 p.
306. *Lafiura D.R., Sager D.S.* Liquidated Damages Provisions and the Case for Routine Enforcement // Franchise Law Journal, 2001.
307. *Le Goff P.* Die Vertragsstrafe in internationalen Verträgen zur Errichtung

von Industrieanlagen. Berlin: Tenea Verlag Ltd., 2005. 340 p.

308. Le nouvel article 1231-5 du code civil relatif à la clause pénale. Réforme du droit des contrats. URL: <http://www.lettredesreseaux.com/P-1732-451-A1-le-nouvel-article-1231-5-du-code-civil-relatif-a-la-clause-penale.html> (Дата обращения: 04.11.2016).

309. LG München 26.05.1993 - 7 U 1829/93 BB 1993, 1687 URL: https://www.jurion.de/Urteile/OLG-Muenchen/1993-05-26/7-U-1829_93 (Дата обращения: 05.11.2016).

310. *Loveman J.A.* Understanding Contractual Indemnity and Defense Obligations Under California Construction Law // Building & Bonding: The Construction Group News letter. Fall, 2011. URL: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6fded1d1-55b9-4b6c-a558-64ac4fd79d36> (Дата обращения: 11.10.2016).

311. *McKenna J.F.* Liquidated Damages and Penalty Clauses: A Civil Law versus Common Law Comparison // The Critical Path, 2008.

312. McKenna J.F. The critical path. Spring, 12 may 2008. 6 p.

313. *Miklosich F.* Etymologisches Wörterbuch der slavischen Sprachen. Wien: Wilhelm Braumüller, 1886. 289 p.

314. *Monteiro A.P.* Clause Penale / Penalty Clause / Verstragsstrafe // European Review Private Law, 2001 (Kluwer Law International).

315. Oxford Dictionary of Law. 5th ed. New York: Oxford University Press, 2003. 281 p.

316. *Parker. P.L., Slavich J.* Contractual Efforts to Allocate the Risk of Environmental Liability: Is There a Way to Make Indemnities Worth More Than the Paper They Are Written On // Southwestern Law Journal, 1991.

317. *Pollock's.* Principles of Contract. 12th ed. London: Stevens & Sons Limited, 1946. 602 p.

318. Real Estate Investments in Germany: Transactions and Development / M. Mütze, T. Senff, J.C. Möller. Leipzig: le-tex publishing services oHG, 2012. 346 p.

319. Recent case law // European Review of Private Law, 2004. № 4.

320. Recent Cases // University of Pennsylvania Law Review and American Law

Register, 1921. Vol. 69, № 2.

321. *Sedgwick T.A.* Treatise on The Measure of Damages. New York, London, 1858. 600 p.

322. *Songowicz D., Geng X.Y., Fox H., Mousseron P.* Assessing the Judge's Adjustment Power Over Liquidated Damages Clauses. URL: <http://m.acc.com/legalresources/quickcounsel/jpold.cfm> (Дата обращения: 04.11.2016).

323. *Stedman G., Jones J.* Shareholders Agreements. 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 1998. 597 p.

324. *Steinberg J., McCord L.* Indemnity Procedures and Liability in IT Contracts // Daily Report, 2016 (January 22). URL: http://www.kilpatricktownsend.com/en/Knowledge_Center/Publications/Articles/2016/01/Indemnity_Procedures_and_Liability_in_IT_Contracts.aspx (Дата обращения: 04.11.2016).

325. *Sweigart R.L.* English Indemnity Law-Parsing the Promise: Words Are Important, But So Are Actions // Pillsbury Winthrop Shaw Pittman, 2011 (March).

326. *Treitel G.H.* Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account. Oxford: Clarendon Press, 1988. 422 p.

327. *Treitel G.H.* The Law of Contract. 11th ed. London: Sweet & Maxwell, 2003. 1280 p.

328. *Treitel G.H.* The Law of Contract. 12th ed. London: Sweet & Maxwell, 2007. 1210 p.

329. *Wilks S.* The Political Power of the Business Corporation. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd, 2013. 336 p.

330. *Winterton D.* Money Awards in Contract Law. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2015. 368 p.

331. *Wood M.* Delay Damages // Sloan Plumb Wood. Legal Article. London, 2014.

332. *Zimmermann R.* The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford University Press, 1996. 1241 p.

333. *Zimmermann R.* The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives. Oxford University Press, 2005. 240 p.