Конкурс письменных работ #letthemootbegin

Михаил Макеев

Развитие института заранее оцененных убытков в российском праве

Введение

Институт заранее оцененных убытков возник в Англии и является достаточно старым правовым механизмом — первые упоминания этого термина Краткий Оксфордский словарь английского языка относит еще к 1574 году, а в первой половине 19-ого века английские суды уже активно разбирали оговорки о заранее оцененных убытках. Вместе с распространением по миру англосаксонской правовой системы, институт заранее оцененных убытков также распространялся и развивался в странах общего права. Например, в Соединенных Штатах уже в 1854 году судьи Апелляционного суда Нью Йорка размышляли о принципах, на которых сформировался данный институт, а в 20-ом веке термин «заранее оцененные убытки» был легально закреплен в Единообразном торговом кодексе США в статье 2, части 7, параграфе 2-718. Согласно этой норме: «убытки за нарушение контракта одной из сторон могут быть заранее оценены в соглашении, но только в размере, разумном с учетом предполагаемого или фактического ущерба, трудности доказывания ущерба, а также неудобства или невозможности получения иного адекватного возмещения». Как видно из этого определения, удобство правовой конструкции заранее оцененных убытков заключается в том, что стороны могут заранее согласовать размер труднодоказуемых (а следовательно - трудноопределяемых) убытков, а не оставлять данный вопрос на субъективное усмотрение суда или арбитров.

Согласно исследованию адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»: «российский бизнес готов подчинить российскому праву не более 10% значимых для деятельности сделок, все остальное — это право других стран, в основном Великобритании и США». Учитывая это, российские суды, рано или поздно, сталкиваются при разрешении хозяйственных споров с институтами английского права, в том числе и с институтом заранее оцененных убытков. Именно толкованию данного института российскими судами и его результатам для формирования российского права посвящена эта работа. Тем не менее, для понимания правовой природы института заранее оцененных убытков, как ее видят судьи и ведущие правоведы стран общего права, необходимо также провести краткий анализ истории развития данного института за рубежом.

Развитие института заранее оцененных убытков в странах общего права

В 1935 году один из ведущих юристов США того времени Чарльз МакКормик в своей работе «Руководство по закону об убытках» рассмотрел вопрос правовой природы заранее оцененных убытков. Согласно его исследованию, этот институт сформировался на

основе принципа справедливости в противовес штрафу (*penalty*). Штраф являлся определенной денежной суммой, взыскиваемой со стороны, нарушившей обязательство, сверх основного долга. Исходя из принципа справедливости, суды запретили взыскание штрафа (поскольку в результате такого взыскания одна из сторон получала возмещение больше, чем потерпела убытков), однако в дальнейшем пришли к выводу, что стороны могут заранее определить сумму возмещения убытков в договоре, если фактически понесенные убытки трудно установить.

Как упоминалось раннее, уже в начале 19-ого века английские суды активно рассматривали дела о контрактах, содержащих оговорку о заранее оцененных убытках. Одним из таких дел, в дальнейшем оказавшим большое влияния на развитие хозяйственных отношений в сфере подряда, было дело *Holme v Guppy* (1838). Суд установил, что Подрядчик обязался выполнить столярные работы на строительстве пивоварни в срок 4,5 месяцев, а в случае просрочки обязан был уплатить Заказчику заранее оцененные убытки. Однако Заказчик отказался пускать Подрядчика на строительную площадку, а по окончанию установленного срока предъявил требование о возмещении убытков. По результатам рассмотрения дела, суд сформулировал два принципа:

- принцип предотвращения, согласно которому сторона не вправе настаивать на выполнении условия, если она сама является причиной неисполнения этого условия или, проще говоря, человек не может извлечь выгоду из своего собственного противоправного поведения

- принцип «*time at large*», означающий, что, если по вине заказчика был нарушен срок сдачи объекта подряда, а контракт не предусматривает возможности изменить этот срок, то положения контракта о сроке и заранее оцененных убытках за его нарушения становятся недействительными, а подрядчик обязан выполнить работу в «разумный» срок

Решение по этому делу до сих пор влияет на регулирования отношений между заказчиком и подрядчиком: так, например, в типовом договоре Международной федерации инженеров-консультантов предусмотрено, что в случае задержки, вызванной заказчиком или его работниками, подрядчику может быть предоставлено продление срока.

Определенную дискуссию в юридическом сообществе США вызвало положение закона о том, что убытки должны быть «разумно ожидаемы». Особо интересно в данном случае мнение суда о том, что заранее оцененные и в дальнейшем фактически понесенные убытки могут быть уменьшены, если суд придет к выводу, что «разумно» ожидать таких расходов не следовало, а истец в дальнейшем воспользовался оговоркой и допустил со своей стороны манипулирование размером убытков. Это решение было вынесено по делу *Equitable Lumber Corp. v. IPA Land Development Corp*, когда стороны заранее оценили расходы на адвоката в размере 30% от стоимости контракта и истец заключил договор с адвокатом на эту сумму, однако суд уменьшил размер взыскиваемых убытков, постановив, что нельзя было разумно ожидать таких высоких расходов на адвоката, а наем представителя по такой цене был осуществлен истцом намерено, в целях манипуляции размером убытков.

Как упоминалось раннее, заранее оцененные убытки проистекают из принципа справедливости, а потому противопоставляются штрафу, который англосаксонская правовая система воспринимает, как несправедливое договорное условие, носящее характер устрашения

(*in terrorem*) должника. По этой причине основной вопрос, вызывающий наиболее ожесточенные дискуссии среди правоведов и имеющий наибольшее практическое значение для судей — это разграничение штрафа и заранее оцененных убытков. Одно из фундаментальных судебных решений, целый век являвшимся основой для разграничения этих понятий, было решение по делу Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage& Motor Co Ltd. В нем Палата лордов установила жесткий критерий разграничения штрафа от заранее оцененных убытков:

- превышение заранее оцененной суммой любых возможные фактических убытков;

- одинаковая оценка разных по степени серьезности нарушений контракта;

- за неисполнение денежного обязательства предусмотрена ответственность, превышающая это обязательство (в данном случае критерий не являлся новеллой – он был сформулирован еще по делу *Kemble v Farren*в 1829 году, но, так как это наиболее старый и точный критерий разграничения, Палата лордов посчитала нужным его упомянуть);

- при оценке контракта учитываются обстоятельства, существовавшие на момент заключения контракта, а не на момент его нарушения;

- важно, чтобы стороны имели целью заранее установить сумму в качестве убытков за нарушение контракта – не играет роли факт того, что последствия такого нарушения невозможно предварительно оценить;

В дальнейшем, судебной практикой были данные критерии были дополнены, такими положениями, как:

- преимущество содержания над формой — важен характер установленной суммы, а не ее название в контракте (дело *Cellulose Acetate Silk Co. Ltd. v. Widnes Foundry Ltd* (1933));

вопрос о разграничении между штрафом и заранее оцененными убытками возникает только тогда, когда эта сумма предусмотрена за нарушение контракта (дело *Bridge v. Campbell Discount Co. Ltd* (1962));

- при разграничении учитываются намерения сторон — если после уплаты суммы они планируют продолжить коммерческие отношения, то эта сумма может быть классифицирована, как штраф, а, если планируют разорвать отношения — как заранее оцененные убытки.

Критерии, установленные в деле *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage& Motor Co Ltd*часто критиковались в литературе, как слишком строгие. Также и в некоторых судебных решениях заявлялось о нежелательности черезмерной строгости судей в разграничении штрафов и заранее оцененных убытков – по делу *Philips Hong Kong Ltd v Attorney General of Hong Kong*(1993) Лорд Вульф заявил: «суд должен быть осторожен, чтобы не устанавливать слишком строгий стандарт, и помнить, что, как правило, суду следует поддержать условия, о которых стороны договорились, потому что любой другой подход

приведет к нежелательной неопределенности, особенно в коммерческих контрактах». Особую практическую значимость данное разграничение имеет в связи с тем, что английское право является очень гибким, то есть в контракте можно предусмотреть большое количество разнообразных условий, убытки по которым исчислить практически невозможно (соглашение об эксклюзивности, обязательство не конкурировать, обязательство не переманивать работников и т.д.). В связи с трудностью исчисления убытков, понесенных при нарушении данных обязательств, отнесение определенной суммы к штрафу или заранее оцененным убыткам зависит исключительно от субъективного мнения судьи о возможном размере убытков при таком нарушении.

Вторым фундаментальным решением, принятым через 101 год после первого, стало решение Верховного суда Соединенного королевства по делу *Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi*(2015). В нем судьи пошли на серьезную «либерализацию» правил о заранее оцененных убытках. Так, было сформулировано два важных принципа, действующих при рассмотрении дел об отграничении заранее оцененных убытков от штрафа:

- заранее оцененные убытки – это вторичное обязательство, в то время, как лицо заинтересовано не в наказании нарушителя контракта, а в исполнении обязательства, поэтому при рассмотрении дел о заранее оцененных убытках надо учитывать, что интересы истца могут быть шире, чем обычная компенсация за неисполнение обязательств;

- при рассмотрении подобных споров, судам следует исходить из переговорных возможностей сторон, а следовательно – установить баланс между конкурирующими интересами свободы договора и защиты слабых договаривающихся сторон; если переговорные возможности сторон равны, то признание пунктов контракта недействительным ввиду их штрафного характера является вмешательством в свободу договора;

- положение о том, что правила о разграничении штрафов и заранее оцененных убытков распространяются только на вопросы нарушения контракта осталось в силе (так, Суд указал, что обязательство продать акции по заниженной цене в случае несоблюдения одного из пунктов контракта (обязательство не конкурировать) - является не средством правовой защиты за нарушение контракта, а обычным договорным условием).

В связи с рассмотрением вопроса о заранее оцененных убытках, важно будет упомянуть об определённой специфике развития американского права. Судебная система США позволяет одновременно с заранее оцененными убытками, взыскать также штрафные убытки (punitive damages), которые могут многократно превышать размер фактического ущерба. Однако здесь стоит учитывать, что, как разъяснил Верховный суд США по делу *BMW of North America v. Gore* (1996), правовая природа таких убытков носит скорее уголовно-правовой характер (в данном деле сумма взысканных штрафных убытков превысила фактический ущерб в 10 раз). В связи с такой природой штрафных убытков, предмет доказывания по ним дополняется такими фактами, как:

степень социальной опасности поведения ответчика и продолжительности такого поведения, степень вины ответчика и неоднократность в совершении правонарушения;

размер неправомерных доходов, неосновательно полученных ответчиком в результате нарушения права истца;

наличие факта вынесения в отношении ответчика приговора по уголовному делу, возбужденному по факту допущенного ответчиком правонарушения;

размер других денежных сумм, взыскиваемых судом с ответчика по данному делу.

Необходимость доказывания данных обстоятельств была указана Верховным судом в деле *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*.

Подводя итоги данного анализа можно сказать, что за долгое время в странах системы общего права сформировался устойчивый институт заранее оцененных убытков, основанный на принципе справедливости, противопоставляемый штрафной, направленной на устрашение должника санкции (*penalty*), который, несмотря на серьезную либерализацию, продолжает развиваться именно в направлении наиболее справедливого регулирования отношений сторон.

Институт заранее оцененных убытков в российском праве

Дискуссии о штрафной неустойке и перспективах ее переосмысления в качестве заранее оцененных убытков (то, что было сделано в английском праве еще в 16 веке) активно велась в юридическом обществе дореволюционной России. Так, Г.Ф. Шершеневич допускал двойственную природу неустойки: как дополнительного обязательства, усложняющего основное, или, как правовую конструкцию, трансформирующую обязанности что-нибудь сделать в обязанность заплатить известную сумму денег. Однако, юристы того времени все же признавали, что неустойка в российском праве носит штрафной характер (*penalty*). Например, А.Х. Гольмстен писал, что: ««по духу нашего законодательства, неустойка есть прежде всего денежный штраф за неисправность, а не сумма, погашающая возможные убытки от неисполнения обязательства», а Л.С, Таль хотя и заявлял о необходимости развития права в сторону замены штрафной неустойки заранее оцененными убытками, все же признавал, что действующая правовая конструкция направлена на устрашение (*in terrorem*) должника.

Указанные размышления основывались, прежде всего, на действовавшем в Российской империи законодательстве, а именно – Своде законов Российской империи, который определял неустойку, как «подкрепление силы обязательства». Учитывая этот факт, попытки придать неустойке какое либо иное значение в рамках действующего законодательства были бы бесперспективны, однако желание переосмыслить штрафную природу неустойки преобладало в сообществе цивилистов того времени, поэтому в подготовленном проекте Гражданского уложения Российской империи в значение неустойки был вложен иной смысл. Согласно статье 1606 Проекта, неустойка являлась минимальным размером возмещаемых убытков, а в статье 1655 содержалось ограничение возмещаемых убытков размером, который мог быть предвидим при заключении договора. Таким образом, была заложена основа для формирования института заранее оцененных убытков в России, которой, однако, не суждено было оказать влияния на хозяйственные отношения в связи с Октябрьским переворотом и изменением экономической формации страны.

Некоторые российские исследователи при изучении института заранее оцененных убытков в России, рассматривают для целей исследования и советский период, так как в этот

период также происходило развитие гражданского права, а, следовательно, и институтов неустойки, убытков и т.д. Однако в данной работе, автор считает возможным пропустить этот период правового развития по следующей причине. Институт заранее оцененных убытков основывается на таком фундаментальном принципе гражданского права, как свобода договора, а, следовательно, – затрагивает такие вытекающие из этого принципа вопросы, как соблюдение баланса между свободой договора и интересами сторон, влияние компенсации на восстановление нарушенного положения контрагента, обеспечение стабильности делового оборота. В условиях плановой экономики, когда хозяйствующие субъекты заключают только договоры, которые им поручат заключить, по формам, утвержденным органами исполнительной власти, а несение убытков никак не сказывается на показателях предприятия, поддерживаемого государством, любые вопросы, которые стремится урегулировать институт заранее оцененных убытков, становятся попросту неактуальными.

После проведения экономических реформ и выхода российских субъектов хозяйственных отношений на мировой рынок, вопросы допустимости применения института заранее оцененных убытков в российских гражданско-правовых отношениях вновь обрел актуальность. Как уже упоминалось ранее, около 90% крупных сделок российских лиц подчиняется английскому праву. Помимо гибкости английского права, второй причиной, побуждающей россиян подчинять свои хозяйственные отношения иностранному праву, является доступ к наиболее авторитетным и беспристрастным судебным и арбитражным органам. Однако, при приведении на территории Российской Федерации в исполнения решения, вынесенного иностранным судебным органом, может возникнуть ситуация, когда российский суд признает то или иное условие договора противоречащим публичному правопорядку.

Несмотря на то, что институт заранее оцененных убытков является крайне распространенным и часто применяемым в хозяйственных отношениях в развитых западных странах, впервые Высший арбитражный суд столкнулся с необходимостью решения вопроса о соответствии заранее оцененных убытков публичному правопорядку лишь в 2011 году. Надо заметить, что выводы, изложенные в этом решении, оказывают влияние на российскую судебную практику до сих пор.

Указанное дело (Постановление Президиума ВАС РФ от 13.09.2011 N 9899/09 по делу N А56-60007/2008) касалось требования иностранного юридического лица к российскому заводу о взыскании заранее оцененных убытков за неисполнение обязательства по строительству кораблей. Суд постановил, что «взыскание убытков в «твердой», заранее оцененной сумме по своей правовой природе сходны с понятием неустойки, используемом в российском гражданском праве». Данная позиция представляется достаточно спорной. Действительно, по форме штрафная неустойка похожа на заранее оцененные убытки (так же, как похож и штраф в английском праве) – это заранее установленная сумма, которую должник обязан выплатить за нарушение обязательства. Однако по содержанию это два противоположных института. Как указывали российские суды (Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 27.04.2010 по делу N А82-8771/2009; Определение ВАС РФ от 25.10.2010 N ВАС-11202/10; Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 04.09.2008 N А33-1238/08-Ф02-4282/0), неустойка по своей правовой природе является способом обеспечения исполнения обязательств. Эта позиция судов абсолютно обоснована, учитывая предоставленную статьей 394 Гражданского кодекса возможность кредитору взыскать с должника и убытки, и неустойку. Также, Президиум ВАС, за год до изложения подобного вывода, выпустил Информационное письмо Президиума ВАС

РФ от 20.10.2010 N 141 «О некоторых вопросах применения положений статьи 319 Гражданского кодекса Российской Федерации», в котором указал, что соглашение, предусматривающее, что при исполнении должником денежного обязательства не в полном объеме требования об уплате неустойки, погашаются ранее основного долга, противоречит смыслу статьи 319 и является ничтожным». Таким образом, Президиум ВАС сам указал, что требование о неустойке в российском праве является вторичным по отношению к требованию о возмещении убытков, а потому, никак нельзя сравнивать этот институт с институтом заранее оцененных убытков.

Столь спорное решение судей Высшего Арбитражного Суда в дальнейшем привело к ряду противоречивых решений. Например, в одном из дел ВАС отказал во взыскании заранее оцененных убытков за недопоставку угля в связи с тем, что «установленный этим пунктом размер убытков не является санкцией, поскольку возможность их взыскания поставлена в зависимость от наличия убытков как таковы», а убытки доказаны не были. В данном решении видятся противоречие, как пониманию заранее оцененных убытков, высказанных до этого ВАС (по требованию об уплате неустойки кредитор не обязан доказывать причинение ему убытков), так и смыслу, вкладываемому в этой понятие английскими юристами (заранее оценённые убытки являются санкцией за нарушение контракта).

Достаточно необычный и в то же время изобретательный способ предусмотреть заранее оцененные убытки в договоре предпринял один из контрагентов в рассмотренном ВАС в 2013 году деле (Постановлении Президиума ВАС РФ от 18.06.2013 N 18081/12 по делу N А32-17297/2011). Он включил в соглашение заранее определенную сумму вероятных убытков, однако сделал это посредством заключения договора страхования. Подобную правовую конструкцию суд признал полностью соответствующей российскому праву: «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 обществом убытки определены в соответствии с договором страхования и фактически понесены».

Спорная позиция ВАС, сравнившего заранее оцененные убытки с неустойкой, привела к принятию арбитражным судом решения, которое полностью противоречит природе заранее оцененных убытков и принципу справедливости, на котором он основан. В 2017 году было принято Постановление Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 02.06.2017 N 19АП-2018/2017 по делу N А14-8697/2016, в котором суд взыскал с должника сумму основного долга, неустойку в виде пени и заранее оцененные убытки (в качестве штрафной неустойки).

Несмотря на такую твердую позицию российских арбитражных судов, подразумевающую проведение аналогии между неустойкой и заранее оцененными убытками, эта конструкция в той форме, в которой она работает в зарубежных странах, существует и в России. Вероятно, это произошло случайно при рецепции такого института английского права, как акционерное соглашение. Абзац 2 пункта 7 статьи 32.1 Федерального закона «Об акционерных обществах» предусматривает, что: «права сторон акционерного соглашения, основанные на этом соглашении, в том числе права требовать возмещения причиненных нарушением соглашения убытков, взыскания неустойки (штрафа, пеней), выплаты компенсации (твердой денежной суммы или суммы, подлежащей определению в порядке, указанном в акционерном соглашении) подлежат судебной защите». Как видно, законодатель

здесь выделил заранее определённую договором сумму, как отдельный механизм защиты нарушенного права.

Заключение

К сожалению, несмотря на продолжительный период развития рыночных отношений в России и более тесного взаимодействия отечественной правовой системы с правовыми системами зарубежных стран, институт заранее оцененных убытков не только не сформировался в России в качестве отдельного института гражданского права, но и начал развиваться в направлении абсолютно противоположном той цели, для которой он изначально разрабатывался. Вместо конструкции, основанной на принципе справедливости, и призванной восстановить баланс между контрагентами, в России сформировалась сверхкарательная норма, позволяющая взыскать с должника помимо основного долга, целый ряд штрафных санкций. Это произошло по причине того, что российские суды решили не вносить существенных изменений в действующее право (что было необходимым, учитывая сложность института заранее оцененных убытков), а попытались решить вопрос наиболее простым способом, а именно – найдя аналогию в действующем законодательстве. Однако было бы несправедливо возлагать ответственность за нынешнее положение института заранее оцененных в российском право применении убытков на суды – в романо-германской правовой системе обязанность регулировать правоотношения лежит на законодателе, а не на судебных органах. Учитывая вышеизложенное, остается надеется, что такой важный и практичный институт, как заранее оцененные убытки, будет урегулирован путем внесения необходимых поправок в законодательство.

Настоящая работа подготовлена на основе проблемы Российского юридического турнира РАНХиГС студентом 4-ого курса Московского государственного юридического университета им. О.Е.Кутафина Макеевым Михаилом Евгеньевичем