

Договорное регулирование взыскания убытков. Автономность третейского подхода



Ю. Э. МОНАСТЫРСКИЙ, соучредитель Фонда благодарных выпускников международно-правового факультета МГИМО, основатель коллегии адвокатов «Монастырский, Зюба, Степанов & Партнеры», кандидат юридических наук;
monastyrsky@mzs.ru

В настоящей публикации говорится о достоинствах арбитража, его преимуществах перед государственными судами. Его главная специализированная миссия заключается в автономности мотивировочной стадии принятия решений, допустимости использования новых прокредиторских подходов при анализе составных требований. Такая же свобода закреплена за третейским трибуналом в обратной ситуации диктата сильной стороны, оговорившей ограничения своей ответственности по договору. Привилегия арбитража в самом высоком смысле заключается в неследовании разъяснениям судов. В данной статье приводится критика Постановления Пленума Верховного Суда от 24.03.2016 № 7 относительно допустимости заблаговременного исключения взыскания убытков за грубую неосторожность.

Ключевые слова: арбитраж; третейский трибунал; убытки; субъективное право; корректировка ответственности.

Альтернативное разрешение имущественных споров — один из важнейших правовых институтов в современной экономике, роль которого не в полной мере осознается юридическим сообществом. Российская третейская система уже почти 30 лет существует в условиях все большего взаимодействия с органами экономического правосудия — государственными судами. Регулирование приближается к самым высоким международным стандартам, так как юрисдикционные органы теперь не просто принудительно исполняют третейские решения, но и выдают обеспечительные меры и способствуют доказыванию в ходе разбирательства¹.

По своему основному предназначению трибуналы также призваны содействовать работе судов: снижать нагрузку на них, уменьшать поток исков, способствовать дифференциации и селекции требований². Для такого

¹ Подробнее см.: Балашов А. Н. К вопросу о формах взаимодействия государственных судов с третейскими судами (арбитражами) // Арбитражный и гражданский процесс. 2019. № 12. С. 19–23.

² Научно-практический постатейный комментарий к законодательству о третейских судах / М. Н. Акуев, М. А. Акчурина, Т. К. Андреева и др.; Под ред. В. В. Хвалей. М., 2017. 935 с. См. также Пояснительную записку к проекту Федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона „О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации“» // СПС «КонсультантПлюс».

рода задач арбитры пользуются двухуровневой автономностью — свободой от единообразия текущей судебной практики³ и несвязанностью решениями своих коллег⁴.

Неизбежным является то, что отлаженная массовая, но в чем-то громоздкая судебная система использует неоптимальные материально-правовые подходы, которые не всегда привлекательны для активных участников экономического оборота, инвесторов, задействованных в инновационных проектах, производящих сложные продукты. В цифровой области экономики внедряются новые гибридные модели ведения бизнеса, возникновение споров означает для субъектов материализацию риска. Он преодолевается через профессиональное третейское решение, восстанавливающее имущественное положение или компенсирующее несбывшиеся предпринимательские ожидания.

Третейские суды разрешают наиболее запутанные дела. Продукт арбитражных центров в виде решений может составлять сотни страниц. Конфиденциальность, скрупулезность, профессионализм, а также повсеместная исполнимость решений по всему миру привлекают клиентуру, а именно этим словом можно назвать участников экономических связей, которые, предвидя сложности, заблаговременно совершают выбор в пользу арбитража.

Принято говорить о подходах того или иного закона, смещающего баланс в пользу определенных лиц. Например, Закон о защите прав потребителей⁵ устанавливает привилегии, особые возможности для граждан, совершенно не защищенных в правовом отношении, но могущих не просто восстановить свои имущественные состояния, но и в буквальном смысле слова покарать разного рода законодателей «рыночных условий» в той или иной области ведения бизнеса: сбыт и производство автомобилей, продуктов, значимых медицинских услуг и т. п.

Закон об арбитраже⁶ призван сделать то же самое в пользу инвесторов, рискующих, склонных работать, имеющих азарт творчества и воплощения замыслов. Как и Закон о несостоятельности⁷, он прокредиторский, страхующий активную часть экономического сообщества, бизнеса, предпринимательства. Поэтому, когда говорится о взаимодействии судебных и третейских систем, подчеркивается роль последних в деле разгрузки государственной юрисдикции⁸. При этом забывают сказать, что значимым дополнением

³ Что следует из ч. 4 ст. 238 и ч. 2–4 ст. 239 АПК РФ. См. также: Moss K. W. ERISA and Arbitration: How Safe Is Your 401(k)? // DePaul Law Review. 2015. Vol. 64. № 2. P. 781; абз. 3 ст. 2 Регламента Третейского суда для разрешения экономических споров при Торгово-промышленной палате Восточной Сибири (утв. 01.06.2013, в ред. от 01.10.2013): <http://vs.tpprf.ru/ru/treteyskiy-sud> (дата посещения — 22.06.2020).

⁴ Bentolila D. Arbitrators as lawmakers. Kluwer Law International, 2017. Par. 406. См. также: Weidemaier W. M. C. Toward a theory of precedent in arbitration // William & Mary Law Review. 2010. Vol. 51. № 5. P. 1895–1958.

⁵ Закон РФ от 07.02.1992 № 2300-I (ред. от 24.04.2020) «О защите прав потребителей». С законодательными актами, которые упоминаются в статье, если не указано иное, можно ознакомиться в СПС «КонсультантПлюс».

⁶ Федеральный закон от 29.12.2015 № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации».

⁷ Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».

⁸ Вареник Ю. В. Арбитражное соглашение и право на судебную защиту // Арбитражный и гражданский процесс. 2020. № 2. С. 3–6; Галас Е. М. Правовая природа третейского соглашения // Современное право. 2018. № 9. С. 72–75.

является нивелирование или исправление недостатка доступного правосудия — его приверженности смягчать требования к ответчикам⁹.

Возмещение убытков, являющееся составным и гибким средством правовой защиты и включающее такие компоненты, как упущенная выгода, редко используется судами во всем раскрытии своего потенциала. Основной мотив представителей властных юрисдикций здесь дисциплинарный — не создавать стимулов к массовому побуждению для исков, объективирующих полную финансовую замену не только потерь, но и неполученного.

Однако такой методологической установки не может быть у арбитражей, где профессионализм оплачен и возможности зависят от доказывания и правовой аргументации. Таким образом, подходы, сложившиеся в обычных судах в делах об убытках, контрпродуктивны среди арбитражей, которые должны максимально, но при этом при строгом соблюдении условий, предоставлять защиту истцам, какими бы нестандартными ни были их требования о взыскании, например, будущих расходов для восстановления не просто имущественного состояния, но и субъективного права.

Третейские суды автономны в вопросах толкования запретов и правоприменения. Они могут решать не так, как предписал Верховный Суд РФ (ч. 4 ст. 238, ч. 2–4 ст. 239 АПК РФ). Такое свойство института альтернативного разрешения споров важнее, чем иные конкурентные качества третейского разбирательства: скрупулезность, конфиденциальность, компетентность.

Судами поддержана узкая точка зрения на понятие «расходы, которые лицо произвело или должно произвести для восстановления нарушенного права» (ст. 15 ГК РФ). В доктрине стало почему-то принято считать, что это разновидность реального ущерба¹⁰, т. е. имущества, которое «было утрачено либо повреждено», или, другими словами, это якобы стоимость убыли в активах, причем выражающихся только в материальных предметах и имущественных правах.

Отсюда выходит, что субъективное право является приложимым только к имуществу, поскольку раскрытие предельного объема возмещения уже выражено и равно утрате, повреждению, а также доходам, которые лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено.

Однако понятия имущества и субъективного гражданского права не эквивалентны. Использование в коммерческом обороте чужого товарного знака не создает ни утрату, ни повреждение имущества, ни упущенную выгоду. Здесь убытки должны быть рассчитаны в первую очередь как затраты на меры по удалению контрафактной продукции с рынка, а также на взыскание всех доходов лица, присвоившего чужую интеллектуальную собственность. Однако в этих распространенных случаях истцы пользуются компенсацией

⁹ О продебиторском подходе государственных судов см.: Муранов А. И. В поддержку третейских проектов Минюста России // Третейский суд. 2014. № 2/3. С. 274–318.

¹⁰ См., например: Садиков О. Н. Убытки в гражданском праве Российской Федерации: Монография. М., 2009. С. 62; Бельх В. С. Возмещение убытков в результате недобросовестных действий конкурсного управляющего // Бизнес, менеджмент и право. 2017. № 3–4. С. 65–72; Ожегова Г. А. Правовое регулирование возмещения убытков // Юрист. 2015. № 12. С. 12–16; Казакова Н. А. Гражданско-правовая ответственность членов органов хозяйственных обществ: проблемы теории и практики // Юрист. 2015. № 7. С. 28–32.

как средством правовой защиты, так как убытки доказать будет труднее¹¹. Мы не встречали решения судов, где при рассмотрении требований об убытках разрешалось бы считать будущие расходы не только мерами по восстановлению имущества.

Субъективное право выражается в определенных ожиданиях конечного позитивного результата от сотрудничества и взаимодействия контрагентов. Сюда входит не только рассчитанная прибыль, но и улучшение положения на рынке. Суды такую правовую логику никогда не воспринимали и вряд ли ее поддержат. Подход, отождествляющий будущие расходы и реальный ущерб, сложился, и он автоматически ведет к смешению двух фундаментальных категорий гражданского права: имущества и субъективного права. Отсюда не все последствия нарушения, неисполнения или казусов будут учтены и иметь перспективу полных денежных выплат.

Проиллюстрируем вышесказанное следующим примером. Крупная авиакомпания и солидное туристическое агентство связаны договором чартерных перевозок большого количества отдыхающих на длительный срок. Но из-за опозданий самолетов, близкого расположения кресел спрос на услуги фирмы постепенно уменьшается. Статья 15 ГК РФ предоставляет право ставить перед судом вопрос об упущенной выгоде, равной стабильному доходу минус его падение, либо предоставляет право посчитать разницу стоимости услуг перевозчиков соответствующего и более низкого уровня и потребовать разницу. Это является главным в возмещении абстрактных и конкретных убытков (ст. 393¹ ГК РФ), базирующемся на идее восстановления имущественных ожиданий посредством компенсации «ножниц цен» из замещающего договора.

Все будущие расходы, связанные с возвращением в прежнее рыночное положение, в чем бы оно ни состояло, — это уже не реальный ущерб и не упущенная выгода, а стоимость восстановления. В третейских судах такие иски должны удовлетворяться. Трудно поверить, что специализированные юрисдикционные органы воспримут такую логику. Этот взгляд на проблему взыскания убытков остается много лет незамеченным высшей судебной инстанцией в РФ.

Существует другой важнейший вопрос, который Верховный Суд разрешил неверно, — пределы договорного регулирования убытков. Законодательству и цивилистической науке названная проблема известна под именем «режим соглашений об ответственности за нарушение обязательств».

Упомянутый институт приобретает в настоящее время роль важнейшего, поскольку слабой стороне, особенно в коммерческом обороте, могут быть продиктованы такие условия взаимоотношений, при которых ответственность навязывающего свою волю контрагента в основном исключалась бы или сильно ограничивалась, а также обуславливалась разного рода требованиями¹². Названный мотивирующий фактор — вести свои дела честно — был бы нейтрализован или обесилен обычным санкционированием ничем не сдерживаемого произвола.

¹¹ Компенсация за нарушение исключительных прав: вопросы квалификации / Г. Гаджиев, В. Калятин, А. Сергеев, А. Семенов // Закон. 2016. № 12. С. 16–28.

¹² Кузьмина А. В. Формирование доктрины защиты слабой стороны в договорном праве // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2019. Вып. 46. С. 698–727.

Длительное время потребность урегулировать вопрос ограничения ответственности за нарушение договора в виде убытков в законах не воспринималась и не осознавалась. Кроме ст. 683 т. X ч. 1 Свода законов Российской империи, где запрещалось варьировать ответственность за увечья на производстве, не было норм, подобным образом ограничивающих свободу договора¹³. В Гражданском кодексе РСФСР 1922 г. предварительное освобождение от имущественных санкций было предоставлено соглашению сторон (ст. 118)¹⁴. Основы гражданского законодательства Союза и союзных республик 1961 г. уже изъяли диспозитивное начало в вопросе договорного регулирования ответственности (ст. 36). Ими позволялось ее усиление и установление помимо вины (ст. 37). В Постановлении Совмина СССР от 25.07.1988 № 888 «Об утверждении Положения о поставках продукции производственно-технического назначения, Положения о поставках товаров народного потребления...» в п. 64 и 74 впервые дозволялось заранее определить размер возмещаемых убытков. При этом ничего не говорилось о корректировке этой договорной величины в сторону действительно понесенных убытков.

Основы гражданского законодательства Союза и союзных республик 1991 г. вернули регулирование ответственности в более широком плане переговорной способности сторон (п. 2 ст. 71): «...договором могут быть предусмотрены иные основания ответственности или освобождения от нее». Такая широкая дискреция, как можно видеть, совсем не предполагала ограничения снижения размера выплачиваемых убытков. Лишь суд в силу определенного поведения кредитора мог *ex officio* уменьшать сумму взыскания.

Далее действующий ГК РФ внедрил ту концепцию, которая отвечает в наибольшей степени потребности оборота, а именно: сохранение базового договорного принципа *pacta sunt servanda* со следующими изъятиями.

Во-первых, в силу п. 3 ст. 428 ГК РФ, если сторона, подготовившая текст договора, помимо прочего, установила ограничения своей ответственности, а такое условие на уровне спора представляется несправедливым, контрагент вправе по суду расторгнуть соглашение в целом или в части. Такое средство защиты, как представляется, зависит от определенной процессуальной инициативы.

Во-вторых, законодатель ввел два важных ограничения, или, по сути, запрета, на не просто исключение, а любое снижение размера ответственности перед потребителем (п. 2 ст. 400 ГК РФ) и за умышленное нарушение обязательств (п. 4 ст. 401 ГК РФ). Условия об этом ничтожны.

Нам представляется, что российское право в этом вопросе идет своим путем установления разнонаправленных нормативных ограничений. Этот подход традиционен для континентальной правовой системы¹⁵, в то время как европейские модельные правила, как относящиеся только к договорам (PECL, 2002), так и более универсального содержания (DCFR, 2009), следуя традиции международной унификации и компромисса общего права (*common law*) и романо-германского законодательства, давно установили прерогативу

¹³ <https://civil.consultant.ru/reprint/books/211/74.html> (дата посещения — 23.06.2020).

¹⁴ Собрание узаконений РСФСР. 1922. № 71. Ст. 904; Известия ВЦИК. 12.11.1922. № 256.

¹⁵ Ширвиндт А. М. Режим соглашений об ответственности за нарушение обязательства в негосударственных сводах гражданского права // Вестник гражданского права. 2014. № 1. С. 74–126; № 3. С. 60–106.

судей и арбитров оценивать возражения заинтересованной стороны относительно противоречивости снижения ответственности по критерию «доброй совести»¹⁶. При этом акцент контроля за справедливостью таких оговорок переносится со времени подписания этих условий на момент спора.

Такой подход является, быть может, правильным и гибким, но он же чреват злоупотреблениями, поскольку ничем не ограниченные усмотрения судей создают соблазны, с одной стороны, и недоверие и сомнения — с другой. Для российского правового сознания привычнее понятие «добросовестность» (что означает честность, открытость, этичность поведения или мораль), выходящее за пределы такого термина, как «вина».

В пределах, допускаемых законом, ответственность может быть заблаговременно снижена либо исключена. Таково вошедшее в плоть законодательств разных стран общее правило¹⁷. При этом она имеет разновидности, выступает в виде обязанностей: возмещения убытков, уплаты неустойки, возложения расходов за исполнение своими силами или третьим лицом на неисправного должника, уплаты процентов за пользование чужими денежными средствами, снижения покупной цены, отобрания определенной вещи, возмещения потерь. Ответственность, возникающую в силу закона, можно модифицировать только при указании на диспозитивность в соответствующей норме права.

Избежания возмещения убытков — главного и центрального средства правовой защиты в виде несения ответственности — ст. 15 ГК РФ не разрешает, поскольку содержит следующую норму: «...если законом или договором не предусмотрено возмещение убытков в меньшем размере». Способами уменьшения взыскания могут быть: установление предельной суммы, договоренность о том, что подлежит полной компенсации какой-то из видов убытков, чаще всего реальный ущерб, но не упущенная выгода¹⁸. Способом исключения ответственности может быть дополнительное условие ее наступления только за вину между предпринимателями при общем законодательном принципе ответственности за случай, исключение ответственности за легкую форму вины или даже за любую неосторожность. В соответствии со ст. 15 ГК РФ применительно к убыткам это не допускается.

Итак, законом установлена ответственность, которую без его позволения исключить нельзя. Вместе с тем возложение расходов на ответчика за исполнение своими силами либо третьим лицом может предварительно исключаться (ст. 397 ГК РФ). Все другие условия об обратном в силу ст. 168 ГК РФ оспоримы, и это находит конкретизацию в п. 4 ст. 401 ГК РФ, где говорится, что заблаговременное исключение и даже снижение ответственности за умысел ничтожно.

Это, прежде всего, означает, что определенное усмотрение сторон о модификации ответственности, согласованное включение в договор соответствующего положения не может иметь юридической силы. Перед нами система

¹⁶ Ширвиндт А. М. Указ. соч.

¹⁷ См. например: Bar Von C., Drobnig U., Alpa G. The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe: A Comparative Study. München, 2004. P. 152–169.

¹⁸ Томсинов А. В. Убытки производителя при нарушении договора поставщиком. Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 16.05.2018 № 307-ЭС17-22975 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2019. № 4. С. 113–114.

правовых норм, состоящая из запретов. Разрешенное договором снижение ответственности в ряде случаев, применительно к потребителям и договорам присоединения ничтожно.

Еще один уровень сдерживания относится к исключению ответственности. Упоминалось, что оно не разрешается применительно к убыткам (п. 1 ст. 15 ГК РФ), а также процентам за пользование чужими денежными средствами (п. 1 ст. 395 ГК РФ). Такие соглашения либо оспоримы, либо ничтожны (при умысле), при этом независимо от того, проявлена вина или нет.

Постановление Пленума Верховного Суда от 24.03.2016 № 7 взрывает эту системность, так как в п. 7 устанавливает, что нарушение обязательств может остаться без ответственности, если об этом условились стороны и такое несоблюдение не является умышленным. Своим толкованием Верховный Суд разрушил нормативное сдерживание ухода от ответственности и открыл возможность ее избежания даже за грубую неосторожность.

Поразительно, но Верховный Суд позволил себе для извлечения смысла из системообразующей нормы логику «от противного», проигнорировав другие правовые положения, т. е. высказался де-факто за их отмену. Это вряд ли допустимо. Практика пересмотра у высших судебных инстанций не является частой, и данное положение, существующее уже три с половиной года, продержится еще много лет. В этой обстановке провала и недосмотра авторитетные третейские суды просто не должны следовать указанным разъяснениям. Они могут в делах, которые ведут, прямо исходить из оспоримости таких оговорок в случае соответствующего требования, принимать и использовать иную логику, недвусмысленно выраженную в нормах ГК РФ, о том, что исключить взыскание убытков, независимо от проявленной неосторожности или ее полного отсутствия, когда к этому виду ответственности обращается истец, нельзя.

В настоящей статье мы хотим обратить внимание профессиональной аудитории на то, что взаимодействие судебной и третейской систем не ограничивается содействием первой и поддержанием ею второй обеспечительными мерами, получением доказательств, принудительным исполнением. Арбитражи в РФ, разгружая суды, вправе и обязаны быть первопроходцами в вопросах правоприменения, а также вскрывать ошибки судов, их отклонения от концепций, воплощенных в нормах ГК РФ. В настоящей публикации это продемонстрировано на примере вопроса о запрете заблаговременного исключения убытков соглашением сторон, который прямо установлен в ГК РФ.