

Правопонимание института возмещения потерь

Ангелина А. Севостьянова^{а, @}

^а Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Россия, г. Москва

[@] sevostyanovaw@mail.ru

Поступила в редакцию 01.09.2020. Принята к печати 21.09.2020.

Аннотация: С позиций философии права, принципов гражданского права и законодательного установления в Гражданском кодексе Российской Федерации рассматривается институт возмещения потерь, возникающих по причине предусмотренных в договоре обстоятельств. Исследование посвящено неоднозначному институту, который был введен 1 июня 2015 года с целью поддержания практики применения сторонами договорных условий, не входящих в обязательственную программу контрагентов. Анализируются дискуссионные моменты необходимости введения института возмещения потерь, оценивается принятое законодателем решение о сужении сферы применения данного института по сравнению с тем, как он урегулирован в странах англо-саксонского права. Сфера применения условия о возмещении потерь ограничивается по субъектному составу. Особый спрос в закреплении данного института существует у юридических лиц, обладающих сложной корпоративной структурой, и чем выше их риски (репутационные, внешнеэкономические, стратегические, состояние рынка и др.), тем нуждаемость в установлении условия о возмещении потерь больше. В работе не ставится цель пересказа и повторения всех статей, монографий или научных комментариев по данной тематике, в большинстве которых отражен критический взгляд на необоснованное заимствование института возмещения потерь из права Англии. Кроме того, мы не описываем подробно процесс формирования *indemnity* в договорном праве Англии, так как качественный материал, на наш взгляд, представлен в научной литературе в большом количестве. Работа направлена на анализ причин законодательного установления, выявление проблем в практике применения и формирование моделей эффективного правового понимания данного института.

Ключевые слова: определенные в договоре обстоятельства, индемнити, обязательственные отношения, договорные условия, ограждение от вреда

Для цитирования: Севостьянова А. А. Правопонимание института возмещения потерь // Вестник Кемеровского государственного университета. Серия: Гуманитарные и общественные науки. 2020. Т. 4. № 4. С. 365–375. DOI: <https://doi.org/10.21603/2542-1840-2020-4-4-365-375>

Введение

Постепенное развитие гражданского права в Германии привело к устоявшимся принципам, многолетней практике, единообразному пониманию отдельных институтов, формальной определенности поведения участников оборота и блестящей гражданско-правовой догматике, несмотря на реформу Германского гражданского уложения (ГГУ) в 2002 г.¹, которая привнесла новые веяния из общего права Англии. Разработанность доктрины немецкого обязательственного права подтверждает и А. В. Егоров [1].

Отличное можно сказать о духе цивилистического развития в России. Реформа российского обязательственного гражданского права отчасти была вызвана продолжительным современным кризисом правового понимания, который был неминуем в условиях, диктуемых совокупностью идей постмодерна. Впервые идеи постмодерна, развитие которых было непродолжительным, были отражены немецким автором Р. Панвицем в книге «Кризис европейской культуры» в 1917 г. [2, с. 123].

Смена политических режимов, создание ГК РФ на стыке формирования новых взглядов, подходов и еще не ушедших в прошлое советских постулатов привели к тому, что нормы

современного ГК РФ создавались «вслепую». Истинных представлений о законах развития рыночной экономики еще не было. Строгое следование букве закона, выявление смысла воображаемой воли законодателя, формируемой в условиях политических потребностей, создали жесткие рамки правового регулирования. Единственно верный выход виделся в анализе зарубежной практики развития институтов гражданского права.

Осознанная интеграция зарубежных норм с учетом национальных принципов, сложившейся судебной практики и наработок новой позволит выработать алгоритм применения норм ГК РФ. Но, как верно высказывался В. С. Нерсесянц, «чужими плодами сыт не будешь, необходимо осознанное и терпеливое возделывание своей правовой культуры» [3, с. 12]. Достичь этой цели можно только путем наработки правовых позиций судов высших инстанций. В связи с длительными дискуссиями о необходимости закрепления в ГК РФ новых норм, заимствованных из общего права, считаем необходимым провести анализ института возмещения потерь, возможности и целесообразности его законодательного закрепления в обязательственном праве Германии.

¹ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts. Vom 26.11.2001 // Bundesgesetzblatt Jahrgang. 2001. Т. I. № 61. S. 3138–3218.

Дальнейшее обсуждение поставленного вопроса предлагается осуществить через три уровня: оценка влияния совокупности взглядов и идей метамодерна на обязательственное гражданское право, рассмотрение института возмещения потерь в аспекте принципов гражданского права и непосредственно анализ ст. 406.1 ГК РФ.

Влияние эпохи метамодерна на институт возмещения потерь

Эпоха метамодерна, вступающая на смену парадигме постмодерна, подразумевает понимание права как добра и справедливости, поиска баланса интересов, а не мнимости воображаемой воли законодателя, видимой в каждой букве закона. Релятивность, многомерность права, создание правовой реальности первичным «произволом», где нет чисто правовых явлений, неопределенность уходят в прошлое [4]. На смену хаосу приходят истинные ценности человека, не абстрактная воля, а конкретный индивид, существующий сегодня, здесь и сейчас в сложившейся экономической, общественной, культурной реальности, что напрямую способно улучшить правовое качество практики². Данные суждения не являются чем-то отдаленным от цивилистики, т. к. в конкретный период времени философия права выступает во взаимодействии с гражданским правом, что приводит к истинному пониманию того, как необходимо применять действующие нормы, а не критиковать букву закона. Тем самым мы можем задать верные ориентиры для формирования судебной практики [5, с. 8].

В условиях кардинальных изменений способов передачи информации, цифровизации, ускоренных процессов коммуникации обогащается содержание многих прав человека³. В результате возникает проблема, которую описывал Ж. Бодрийяр: фрустрация сознания, когда человек не успевает воспринимать весь поток информации, не успевает проводить *upgrade* своих знаний, бизнеса, чтобы отвечать всем требованиям, предъявляемым ему меняющимся миром [6]. Отсюда появляется потребность в ограждении себя от рисков (их перераспределение) или возмещении утраченной имущественной массы. Предусмотреть все потери, застраховать которые не всегда возможно, эффективно и целесообразно – затруднительно. Это может быть личное нежелание контрагентов привлекать третьих лиц, дополнительно нести материальные затраты в виде уплаты страховой премии, невозможность или отсутствие интереса в соблюдении ряда императивных требований страхового законодательства при последующем обращении за получением страхового возмещения.

Проведение *Due diligence* для выявления всех рисков требует внушительных временных, материальных и иных ресурсов, впрочем, как и внедрение системы *Compliance*,

результаты которого могут не оправдать надежды стороны на заключение, например сделок M&A. Подобные механизмы могут послужить основой для выявления всех рисков и дальнейшего заключения соглашения о возмещении потерь в случае наступления определенного обстоятельства. Параллельно можно поставить вопрос о включении в сумму возмещения потерь стоимости проведенного *Due diligence*. На наш взгляд, если контрагент добровольно по своей инициативе или инициативе другой стороны не раскрыл возможные рискованные случаи, а в результате проверки таковые были выявлены, то нет каких-либо политико-правовых оснований для запрета. Таким образом, объективное желание стороны получить возмещение понесенных ею потерь ввиду того, что риск лежит к контрагенту, является оправданным.

Для Германии эпоха метамодерна в научных трудах, исследованиях существует достаточно давно, поэтому, на первый взгляд, самодостаточность ГГУ не нуждается в отдельных институтах, существующих в странах общего права. Но даже здесь опыт зарубежного законодательства (*source of inspiration*) является источником нововведений. Именно в Германии существует активное судебное право-творчество (*extra legem*), и именно оно занимает лидирующую позицию, когда законодательство отстает от динамики социального развития. Всеобъемлющая, имеющая достаточно высокий уровень научности доктрина права, на которую опираются суды при толковании норм права, позволяет все новые потребности сторон урегулировать без внесения каких-либо изменений в законодательство [7, с. 257].

В поиске новых механизмов для качественного правового регулирования гражданского оборота, учета интересов его участников, что является аксиоматичным для метамодерна, осуществляется толкование через ГК РФ, но дальше его буквального содержания. В этом аспекте российский законодатель все чаще стал обращаться к опыту зарубежных стран, осуществляя поиск правовых конструкций и механизмов регулирования за рамками буквы действующего национального закона. Между тем, изучая с целью имплементации зарубежное право, нужно помнить о национальной идентичности гражданского права России, чтобы не сформировать из него «лоскутное одеяло».

Позволим себе процитировать точно отражающее сущность всех зарубежных нововведений в отечественное законодательство высказывание В. Д. Зорькина о том, что метамодерн «отнодь не исключает рецепцию хорошо зарекомендовавших себя правовых институтов, сформировавшихся в иных правовых системах, он лишь предполагает, что такое "заимствование" не должно навязываться»⁴.

² Зорькин В. Д. Право метамодерна: постановка проблемы // Российская газета. 16.05.2019. Режим доступа: <https://rg.ru/2019/05/16/zorkin-priverzhennost-vernoj-filosofii-prava-pozvoliaet-tvorit-dobro.html> (дата обращения: 02.01.2020).

³ Зорькин В. Д. *Providentia* или о праве будущего в эпоху цифровизации // ПМЮФ. 21.05.2020. Режим доступа: https://spblegalforum.com/cm/userfiles/file/Chairman_of_the_Constitutional_Court_of_the_Russian_Federation.pdf (дата обращения: 23.05.2020).

⁴ Так же.

Возмещение потерь в аспекте принципов гражданского права

В гражданском праве России понимание принципа свободы договора имеет свои характерные черты. Существует позиция, согласно которой участники гражданских правоотношений в силу их диспозитивной природы должны иметь явное и однозначное представление о наличии ограничений договорной свободы⁵. Поэтому в сложившейся правовой реальности стороны, структурируя тот или иной договор, используют диспозитивные нормы только в тех пределах, вариативность которых всегда ограничена другими нормами ГК РФ, судебной практикой, опасаясь включения в договор новых условий. При отсутствии определенно выраженного дозволения на возможность применения неизвестного для закона условия участники гражданского оборота не готовы рисковать. Данное утверждение применимо при анализе эпохального Постановления Пленума ВАС РФ «О свободе договора и ее пределах»⁶. Несмотря на то, что границы свободы усмотрения сторон были расширены, в сложившейся практике стороны не решались включать в договоры условия, которые могли бы быть одобрены ГК РФ и судебной практикой.

К сожалению, до сегодняшнего дня гражданское право остается в поле постмодерна, а это значит, что любая договорная свобода в любом случае проходит тест на очерченные законодательные запреты – предписания, поиск смысла того, что же имел в виду законодатель, какова цель существа законодательного регулирования. Безусловно, установление условий о перераспределении рисков и материальное возмещение в случае их реализации стороне договора в силу ст. 421 ГК РФ могло бы стать обычной правоприменительной практикой, но, как отмечает А. Г. Карапетов, суды с настороженностью относились к подобным сложным конструкциям и не признавали их [8]. Многие не включали в договор подобные условия, боясь, что они «не устоят в суде», поэтому чаще всего стороны прибегали к поручительству.

При анализе принципа свободы договора в Германии мы пришли к выводу, что подходы к пониманию идентичны тем, которые существуют в российском гражданском праве, но границы действия иные. В немецком правовом порядке они расширены, несмотря на детальное правовое регулирование. Так, ст. 2 Конституции ФРГ содержит правило об общей свободе действий (*allgemeine Handlungsfreiheit*). Положения ГГУ, как комментирует Я. Шапп, подразумевают под свободой обязательственного договора свободу его заключения и свободу его содержания [7, с. 94]. Свобода не является безграничной, т. к. существует ряд предписаний, которые направлены на защиту интересов более слабой стороны. Чаще всего это происходит в сферах кредитования, найма жилых помещений, использования наемного труда [9, с. 40]. Но в общем и целом потребность

сторон в новом, ранее неизвестном договорном условии исчерпывается его включением в договор и формированием дальнейшей практики применения при условии соблюдения ограничений. Например, в параграфе 242 ГГУ устанавливаются лишь общие правила должного понимания обязательства, что приводит к стиранию границ правового регулирования и широкой возможности использования принципа свободы договора, но стоит отметить, что это не общее правило [10; 11]. Именно данный параграф позволит нам в дальнейшем обосновать расширенные возможности принятия обязательств сторонами договора, которые прямо не закреплены на законодательном уровне.

В России же принято иное решение: чтобы не допустить утечку сделок в зарубежные правовые порядки, а также с учетом следования букве закона, а не духу закона, мы стараемся включить в ГК РФ все возможные институты, в которых так или иначе нуждаются участники гражданского оборота, с учетом узкой сферы действия принципа свободы договора и опасением злоупотребления правом, обхода закона. В результате происходит ситуация, которую точно описывал в своих трудах Дж. С. Милль [12, с. 12]. Свобода воли сторон начинает ограничиваться законодателем в их же интересах для того, чтобы ошибочные суждения о своих «истинных» интересах не повлекли принятия должником на себя обязательств, вредоносность которых очевидна. Поэтому все неоправданные риски должны быть урегулированы законом, а не усмотрением сторон, хотя с этим можно поспорить, т. к. патернализм не может быть бесконечным.

Новая статья 406.1 ГК РФ «Возмещение потерь, возникших в случае наступления определенных в договоре обстоятельств» явилась следствием причин, которые были описаны нами ранее с точки зрения взглядов метамодерна. Какие же правовые проблемы породили необходимость появления института возмещения потерь? Во-первых, в некоторых случаях режим обычной договорной ответственности не отвечает интересам сторон. Это может происходить в ситуации, когда к кредитору предъявляются требования третьими лицами по основаниям, возникшим до того, как сделка была совершена. Логично предположить, что риск предъявления требований третьими лицами ближе всего находится к должнику, но обычные договорные условия исходят из правила о том, что убытки лежат на той стороне, которая их понесла. Имущественные потери ложатся на собственника, что соответствует принципу *casus sentit dominus* [13, с. 118]. Во-вторых, в ряде случаев нецелесообразно взыскивать убытки, соблюдая все правила, предусмотренные ст. 15 и ст. 393 ГК РФ, учитывая всю сложность их доказывания, даже несмотря на либерализацию данных норм и признания доктрины «утраты последнего шанса».

⁵ Обзор практики рассмотрения судами дел, связанных с выполнением функций содействия и контроля в отношении третейских судов и международных коммерческих арбитражей. Утв. Президиумом ВС РФ 26.12.2018 // СПС КонсультантПлюс.

⁶ О свободе договора и ее пределах. Постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 // СПС КонсультантПлюс.

Многие юристы отмечают непродуманность и несвоевременность ст. 406.1 ГК РФ⁷, другие же подчеркивают ее значимость и важность [14, с. 45]. В данной работе термины *возмещение потерь* и *индемнити* будут использоваться как равновеликие, учитывая, что в зависимости от страны объем их правового регулирования различен. Институт возмещения потерь (*indemnity*) имеет свое начало в английском праве. В Германии и во Франции он отсутствует, поскольку законодательством разработаны иные концепции: преддоговорная ответственность (*culpa in Contrahendo*), право гарантий, введение в заблуждение, раскрытие всех недостатков на стадии заключения договора, гарантии балансовой стоимости и иные.

По этой причине возникла рассогласованность на предмет необходимости континентального правопорядка, т. е. гражданскому праву России, Германии нужно было заимствовать институт из англосаксонской системы, тогда как в близких нам правовых системах индемнити отсутствует. А. В. Егоров считает, что институт возмещения потерь является излишним: в праве Англии он имеет долгую историю развития, а его существование обосновывается отсутствием правовых механизмов, которые существуют у нас на законодательном уровне (ответственность за качество, деликтное право, преддоговорная ответственность, свобода договора, страхование и т. д.)⁸.

Позволим себе не согласиться с приведенной позицией. Например, в Германии институт возмещения потерь используется сторонами в качестве договорного механизма, который позволяет профессиональным сторонам формулировать условия сделки в полном соответствии с их интересами. Отсутствие института индемнити в ГГУ не помешало выработать данный механизм на практике при заключении сделок слияния и поглощения. Кроме того, в параграфе 284 ГГУ напрасно произведенные расходы подразделяются по объективным критериям на расходы, связанные с оформлением договора (*vertragskosten*), связанные с исполнением договора (*vertragsdurchführungskosten*), и расходы по использованию предоставления по договору (*vertragsverwertungskosten*), что не вполне способно защитить кредитора в ситуациях, когда расходы объективно не связаны с предметом договора, но в будущем сторона может их понести. Так, если в законе об охране окружающей среды от вредного воздействия содержится норма о том, что на предприятии обязательно должно быть оборудование для очистки воздуха, а продавец компании никогда его не приобретал, то в случае дальнейшего предъявления требования к покупателю компании со стороны органов публичной власти о выплате ущерба за предшествующие периоды продавец должен быть готов к их возмещению или выплате расходов, связанных с приобретением данного оборудования. С одной стороны, произведенные расходы не связаны с исполнением обязанностей

по договору купли-продажи, с другой стороны, покупатель понес потери, которые являются необходимыми для дальнейшей деятельности компании, но возникшие по вине или без таковой предыдущего собственника.

Иные законодательные механизмы, такие как право гарантий и преддоговорная ответственность, чаще всего используются участниками правовой системы Германии. Они являются взаимоисключающими, т. к. право гарантий не требует доказательств умысла (виновности) контрагента, а преддоговорная ответственность, наоборот, обязывает сторону доказать умысел или неосторожность. Право гарантий используется при купле-продаже товаров, прав, но не применимо для купли-продажи акций и компаний. Гарантии являются договорными условиями, закрепляющими обязательства продавца передать вещь свободной от правовых и качественных недостатков. Гарантии в ГГУ имеют весьма ограниченную сферу применения, но в силу принципа свободы договора, следующего из параграфа 311 ГГУ, сторона может предоставить независимую гарантию. Тем не менее данный институт применяется в отношении тех обстоятельств, которые возникли ранее или существовали на момент заключения договора. При нарушении гарантии у стороны есть право требовать компенсации, может быть установлен предел возмещаемых убытков.

Договорные условия в Германии выражаются в наличии договорных гарантий, в утверждениях о фактах, возмещении потерь (*freistellungen*), ковенантах, ограничении мер правовой защиты. После введения новых концепций в ГГУ, накопленных благодаря судебным прецедентам, появились расширенные возможности. Например, концепция дефекта качества используется вне зависимости от того, была ли это сделка купли-продажи материального актива или права, она также применима в отношении отдельного актива. В случае нарушения возникает обязанность по устранению выявленных недостатков или возможность отказа от договора с возмещением убытков. Данные условия применимы тогда, когда покупатель не знал о наличии дефекта, в обратной же ситуации ему не предоставляется защита, поскольку у каждого покупателя есть право на проведение углубленной проверки актива, если есть основания полагать, что дефекты существуют.

С 1922 г. в немецком гражданском праве введен институт преддоговорной ответственности, который не требует признания наличия дефектов качества, но рассчитан на добрую совесть продавца. Если он своим злым умыслом не раскрыл значимые характеристики при продаже компании, то должен возместить негативный интерес покупателя.

При использовании института обмана (параграф 123 ГГУ) необходимо наличие закрепленной обязанности по раскрытию информации о соответствующих характеристиках в законе, а также доказанности умысла. Утрата основания договора

⁷ Кучер А. Н. Заверения об обстоятельствах и условия о возмещении потерь в новой редакции ГК РФ // Логос. Режим доступа: https://m-logos.ru/img/Tezis_AKucher_02072015.pdf (дата обращения: 12.12.2019).

⁸ Lextorium. Заверение об обстоятельствах, возмещение потерь и ответственность // YouTube. 19.04.2019. Режим доступа: <https://www.youtube.com/watch?v=МСoQННEd02o> (дата обращения: 10.12.2019).

(аналог института существенного изменения обстоятельств, предусмотренного ст. 451 ГК РФ), деликтная ответственность (требует доказывать наличие умысла или неосторожности) приводят к обязанности по доказыванию умысла, при наличии которого возмещаются убытки. Но как быть в ситуации, когда стороны хотят сохранить договорные позиции, при этом получить возмещение в определенных случаях независимо от вины и долгой процедуры доказывания возникших убытков?! Договорные условия – единственный способ в ситуации, когда стороне известен возможный риск, он раскрыт, но факт возможности его наступления неизвестен, при этом включение данного обязательства является существенным для сторон, без наличия которого договор не будет заключен, т. к. не будет обеспечена чистота сделки.

Таким образом, дефект качества, гарантии, обман, аннулирование договора, деликтная ответственность, преддоговорная ответственность не охватывают институт возмещения потерь, в связи с этим индемнити активно используется сторонами на практике. Все вышеприведенные аргументы подтверждают необходимость и значимость института возмещения потерь либо на уровне законодательства (путь ГК РФ), либо на уровне договорных условий, выводимых из принципа свободы договора в сложившейся практике (путь ГГУ).

Как мы упоминали ранее, из принципа свободы договора вывести принцип индемнити в российском праве затруднительно, что подтверждается судебной практикой, активно квалифицирующей такие условия как дефект качества, право на отказ от договора и пр., за наступление которых предусматривается возмещение убытков или отказ в защите права в случае непризнания данного условия.

Заключение любого договора – это определенный риск, взять который готовы не все. Если это типичная потребительская сделка или сделка, заключение которой носит лишь формальный характер, чтобы оформить юридически давно сложившиеся отношения сторон, то риски отсутствуют вовсе или патернализм со стороны законодателя уже распределил несение потерь между сторонами.

Коммерческие сделки, являющиеся судьбоносными для компании, требуют проведения углубленной проверки *Due diligence*, по результатам которой будут выявлены все риски, определяющие возможность дальнейшего заключения договора. Как правило, сторона будет готова заключить договор, приняв риск, если он является разумным. Данную классификацию в свое время предложил Дж. Файнберг, используя пять критериев:

- 1) степень вероятности наступления вреда;
- 2) серьезность потенциального вреда;
- 3) обоснованность риска (вероятность достижения того результата, на который рассчитывает сторона);
- 4) характер и значение цели, ради которой принимается риск;
- 5) наличие альтернативных и менее рискованных мер для достижения поставленной цели [15, р. 110].

Считается, что разумные риски в гражданском праве характерны для предпринимательской деятельности

(ст. 2 ГК РФ). В случае их наступления сторона сама несет все наступившие негативные последствия, отсюда выводится принцип ответственности без вины. Некоторые виды рисков уже распределены между сторонами законом (ст. 390 ГК РФ) или определяются существом договора, обычаями, обстоятельствами, исходя из которых риск лежит на заинтересованной стороне (ст. 451 ГК РФ). Неразумный риск сторона может принять на себя только при отсутствии полной информации о нем, когда сторона даже не подозревала, что такой риск возможен. При таких обстоятельствах сделка чаще всего признается недействительной (ст. 179 ГК РФ).

Институт возмещения потерь позволяет при наличии обещания возместить все потери или оградить контрагента от необоснованного риска заключить сделку. Возможность перераспределения законных рисков определенной стороной с помощью индемнити представляется затруднительной, если они носят императивный характер, в иных ситуациях – допустимой. Кроме того, в случае взятия такой обязанности происходит сигнализирование (*signaling*) о том, что у стороны по сделке есть реальный интерес в заключении договора, степень надежности становится выше.

Теория когнитивного диссонанса, предложенная Л. Фестингером [16, с. 46], объясняет необходимость закрепления института возмещения потерь в ГК РФ. Когнитивный диссонанс между сторонами при заключении сделки может возникать по поводу знаний о себе и знаний о реальности, если в дальнейшем происходит ситуация расхождения, появляется желание рационализировать сложившуюся ситуацию, например, компенсаторным методом. Когнитивный диссонанс является побудителем к правовому регулированию. Отсюда в силу объективной невозможности предусмотреть и рассчитать все риски может сложиться ситуация, при которой картина, сложившаяся относительно сделки у стороны договора, может подвергнуться полному разрушению в связи с наступлением обстоятельств, за которые ни одна из сторон не несет ответственности. Точка отсчета (момент возникновения данных обстоятельств) всегда должна быть до факта заключения договора. Таким образом, лицо, которое взяло на себя обязанность по возмещению потерь, является неким «компенсаторным фондом». Если данная функция не преследуется, следует говорить о наличии иных институтов. Возможность получения возмещения наступает при возникновении оговоренных обстоятельств, при этом неважна причина их наступления. Несомненным плюсом является то, что фонд связывает только стороны сделки, т. к. именно они обладают истинными знаниями об обстоятельствах, которые важны для них. Не требуется произведение затрат, которые могли бы быть понесены при привлечении, например, страховщика. Затраты рассчитываются только по принципу *Pound by pound*.

Нерациональность рынка, желание достичь поставленных целей приводит к тому, что большинство компаний в договорных отношениях готовы покупать все возможные страховые механизмы, в том числе индемнити, чтобы избежать риска. Единственное, что нельзя купить, – это страховку от нарушения договора [17, р. 1341].

Анализ статьи 406.1 ГК РФ

Можно выделить три основных ограничения в применении института возмещения потерь. В соответствии с п. 1 ст. 406.1 ГК РФ, соглашение о возмещении потерь является каузальным, т. к. только стороны уже существующего между ними обязательства могут предусмотреть условие о возмещении потерь. Кроме того, п. 15 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 (далее – ПП ВС № 7)⁹ закрепляет положение о том, что данное соглашение должно быть связано с исполнением, изменением или прекращением обязательства либо его предметом. Существующие положения ограничивают сферу применения индемнити, что не свойственно английскому праву: индемнити в Англии может быть заключен без наличия между сторонами уже действующего обязательства или в случае нарушения договора, но такое ограничение вполне объяснимо для права России. Необходимость сужения области применения института вызвана тем, что по общему правилу в гражданском обороте недопустимо принимать на себя абстрактные обязательства, если они прямо не предусмотрены законом, например вексель.

На наш взгляд, в случае отказа от данных ограничений, суды с еще большей настроенностью будут относиться к условиям о возмещении потерь, каждый раз требуя от сторон привести обоснования: наличие экономической заинтересованности у стороны, цели соответствующего поведения, эквивалентность встречного предоставления и т. п. Отчасти подобные ограничения вызваны публичными интересами (налоговыми, антикоррупционными и др.), например, в целях недопущения использования института возмещения потерь в качестве инструмента для необоснованного перераспределения имущественной массы. С другой стороны, указание на то, что возмещение потерь должно быть связано с основным обязательством, приводит к смешению его с иными институтами гражданского права (в частности с платой за отказ от договора) сторонами и судами. Правовая природа платы за односторонний отказ от договора (п. 3 ст. 310 ГК РФ) долгое время обсуждалась в доктрине и рассматривалась в судебной практике. В результате в отечественной цивилистике были выработаны три точки зрения на ее сущность: 1) она представляет собой неустойку (мы данный подход не разделяем, поскольку односторонний отказ нельзя признать нарушением обязательства, если такая плата установлена – налицо правомерное поведение); 2) это компенсация; 3) это цена права.

На наш взгляд, институтом возмещения потерь односторонний отказ от договора не охватывается, т. к. нет цели в перераспределении рисков, устанавливается лишь плата за реализацию права. При одностороннем отказе потерь может и не быть вовсе, тогда как наступление обстоятельства, по поводу которого предусмотрено возмещение, всегда влечет умаление имущественной массы кредитора. Например, арендатор, воспользовавшись правом на односторонний отказ

от договора, должен в соответствии с условиями договора заплатить соответствующую цену за реализацию права, даже в том случае, если арендодатель тут же сдал в аренду помещение и никаких потерь не понес, что противоречит логике ст. 406.1 ГК РФ. Хотя стоит отметить, что судебная практика идет по неправильному пути, признавая данное условие даже при отсутствии прямого указания сторон условием возмещения потерь¹⁰. Следует признать, что подобное ограничение не способно обеспечить правовое регулирование надлежащим образом, т. к. необходимость в возрастании саморегулирования коммерческих отношений (отношений из автономии воли сторон) существует.

В Германии обязанность по возмещению потерь также должна быть связана с основным договором, ее предметом, иначе сторона рискует оказаться под действием нормы параграфа 138 ГГУ – противоречие добрым нравам, обход закона. Потребность в возмещении потерь возникает при защите контрагента от коммерческих и юридических рисков. К коммерческим относятся репутационные риски, которые могут быть никак не связаны с предметом обязательства, его исполнением, изменением или прекращением.

Возмещение потерь не должно быть связано с нарушением обязательства. Подобный законодательный запрет критикуется А. Н. Кучер, поскольку в практике английского договорного права данный ограничитель отсутствует ввиду того, что возмещение потерь в большинстве случаев устанавливается именно при нарушении обязательств [13]. Тем не менее избранный подход направлен на установление четкого разграничения между мерами ответственности и возмещением потерь, что опять же поможет избежать неправомерного освобождения или снижения ответственности стороны, прикрыв индемнити.

Таким образом, стороны при заключении соглашения об индемнити значительно ограничены в сфере его применения. С одной стороны, такое положение не обеспечивает цель введения данного института в ГК РФ, потому что значительное число ситуаций, при которых условие о возмещении потерь могло бы обеспечить интересы сторон, просто выпадает из сферы правового регулирования возмещения потерь. С другой стороны, имеется определенное политико-правовое обоснование, учитывается идентичность российского гражданского права. Данные ограничения направлены на обеспечение соблюдения действительного правомерного интереса стороны по договору, а не на потенциально возможное обогащение от любых обстоятельств. Такое положение приводит к выводу, что ограничения позволяют определить в соглашении только те обстоятельства, которые каким-либо образом связаны с деятельностью должника, на которые он каким-либо образом повлиял или может повлиять.

Так сложилось, что в существующей парадигме российского права к обязательствам, исполнение которых

⁹ О применении судами некоторых положений ГК РФ об ответственности за нарушение обязательств. Постановление Пленума ВС РФ от 24.03.2016 № 7 // СПС КонсультантПлюс.

¹⁰ Апелляционное определение Новосибирского областного суда от 13.06.2017 по делу № 33-5617/2017 // СПС КонсультантПлюс.

должник проконтролировать не может, догматические учения и судебная практика относятся с весьма высокой настороженностью. Например, большинство позитивных ковенантов суды ограничивают по ст. 168 ГК РФ. Говоря условно, нельзя принять на себя обязательство – подарить звезду с неба. Хотя в литературе на данную точку зрения существует множество споров. Многие правовые порядки, в том числе Германии, данные обязательства допускают [3, с. 17]. Поэтому считается, что неограниченное применение индемнити привело бы к еще большей путанице в судебной практике, злоупотреблениям, обходу закона, возможности принятия стороной на себя слишком отдаленных обязательств – риска, уменьшить который не сможет даже суд в силу п. 2 ст. 406.1 ГК РФ.

Стороны в соглашении должны конкретно установить размер возмещения или порядок его определения в отношении потерь, которые сторона понесет в будущем, что противоречит здравому смыслу. Потери возмещаются тогда, когда сторона уже понесла их, или в случае, когда их наступление неизбежно, на что указывают разъяснения п. 15 ПП ВС № 7. Соответственно, представляется достаточно трудным заранее определить их размер, особенно в отношении тех обстоятельств, которые подлежат быстрому изменению (волатильность) по истечении определенного времени (например, изменения котировок на бирже).

Определять размер понесенных потерь целесообразно в момент их фактического наступления, а до этого может существовать возможность лишь в установлении предела, как это было изначально заложено в законопроекте при введении ст. 406.1 ГК РФ. В ПП ВС № 7 используются слова в настоящем и прошедшем времени (*возмещает, возникшие потери*), что подтверждает возможность их определения только в настоящем времени, а не на будущее. Размер возмещения не должен превышать фактически понесенные потери, поэтому стороны должны предусмотреть в договоре предельный размер возмещения, а в некоторых случаях даже нижний, чтобы избежать необоснованных и многочисленных требований со стороны контрагента. Так, в соглашениях *tern shipt and letter of intent* в вопросах коммерческо-юридического характера сделок M&A устанавливается общий принцип рубль за рубль, но продавцы чаще всего ограничивают возмещение, вводя *Soft Cap* (минимальный порог) и *Hard Cap* (максимальный порог).

На практике непродуманность законодательных положений приводит к тому, что стороны устанавливают размер возмещения, ключевое условие, совершенно формально. Цель института возмещения потерь была изначально направлена на упрощение процедуры возмещения без применения ст. 15 ГК РФ и необходимости доказывания причинной связи между поведением стороны и подлежащими возмещению потерями, вызванными наступлением определенных сторонами обстоятельств. Данный подход является господствующим и в судебной практике. Ст. 15 ГК РФ определяет

ответственность за нарушенное право. Институт возмещения потерь не является ответственностью, несмотря на то, что статья размещена в главе об ответственности за нарушение обязательств. Здесь налицо несовершенство законодательной техники. Следовательно, при определении размера возмещения потерь не будет учитываться вина должника и иные обстоятельства, которые могли бы уменьшить размер возмещения.

Формулировка п. 2 ст. 406.1 ГК РФ позволяет нам сделать вывод о возможности дальнейшего изменения установленного соглашением сторон размера возмещения потерь или порядка его определения. Если будет доказано умышленное поведение, предполагается, что возмещение подлежит увеличению, которое нужно будет определить в будущем. Получается, что единственной возможностью, допускающей изменение суммы возмещения потерь, является умышленное содействие стороны их увеличению.

В судебной практике мы столкнулись с иными возможными вариантами допустимости вмешательства суда в определение размера договорного условия. Арбитражным судом Северо-Западного округа было верно указано на ошибку суда первой инстанции, который применил ст. 10 ГК РФ для определения справедливого размера возмещения имущественных потерь Предприятия с учетом баланса интересов сторон¹¹. Применяя ст. 10 ГК РФ, суд исходил из того, что ответчик был поставлен в положение, затрудняющее согласование иного содержания условий соглашения, и был лишен возможности заключения аналогичного соглашения с иным лицом. Решение суда первой инстанции было полностью неверным. Во-первых, суд первой инстанции признал условие о неустойке договорным условием о возмещении потерь, хотя на момент согласования условий ст. 406.1 ГК РФ еще не была введена в действие (договор, из которого возникли спорные правоотношения, заключен до 1 июня 2015 г.). Во-вторых, в условиях неверного применения нормы о возмещении потерь суд первой инстанции снизил размер возмещения на основании ст. 10 ГК РФ, что нивелирует сущность института возмещения потерь. Ошибки суда первой инстанции были исправлены в апелляционной инстанции. Данное условие было признано недействительным, но уже в рамках правового регулирования неустойки.

Возмещение потерь осуществляется не только тогда, когда они уже понесены, но и в случае, если они с неизбежностью будут понесены в будущем. Подобное разъяснение содержится в п. 15 ПП ВС № 7. В судебной практике сформировался подход о возможности возмещения потерь, которые будут понесены в будущем при условии обязательного предоставления многочисленных доказательств. В Решении Арбитражного суда г. Москвы было указано, что потери, которые будут понесены с неизбежностью, – это только те потери, которые сторона не имеет возможности избежать с учетом разумной осмотрительности

¹¹ Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 25.09.2018 № Ф07-10986/2018 по делу № А56-70176/2017 // СПС КонсультантПлюс.

и презюмируемым добросовестным поведением сторон гражданского оборота¹².

При определении размера потерь стороны должны установить правильность и разумность расчетов, адекватные методы для конкретного случая, значение, полученное в результате применения метода, которое не должно приводить к неосновательному обогащению. Возможен учет мнения финансового эксперта.

Обязательство по возмещению потерь не является акцессорным, что прямо следует из п. 3 ст. 406.1 ГК РФ, и это еще одно отличие от возмещения убытков. Оно не зависит от признания договора незаключенным или недействительным, что помогает обеспечить интересы кредитора, особенно в тех случаях, когда недействительность договора связана с действиями третьих лиц. Иное бы искажало смысл и природу института возмещения потерь. В п. 17 ПП ВС № 7 указано, что соглашение о возмещении потерь может быть признано недействительным самостоятельно по основаниям ст. 168–179 ГК РФ. Анализируя немногочисленную практику, мы пришли к неутешительным выводам. Суды, признавая недействительным основной договор сторон, автоматически признают недействительность соглашения о возмещении потерь со ссылкой на п. 17 ПП ВС № 7, должным образом не мотивируя свое решение¹³. Подобные правила можно усмотреть в независимой гарантии по праву Германии (*Selbstständige Garantie*).

Особо хотелось бы уделить внимание п. 4 ст. 406.1 ГК РФ, который вызывает у нас немало вопросов и возражений. Данный пункт установил за должником право на суброгацию, т. е. переход права требования кредитора к должнику, имеющему право требовать возмещение убытков от третьего лица в связи с его неправомерными действиями в части, не превышающей размер осуществленного возмещения.

Во-первых, суброгация подразумевает собой перемену лиц в обязательстве, что не соотносится с обязанностью должника возместить потери и совершенно иным обязательством третьего лица по уплате убытков. Они могут существенно превышать размер возмещенных потерь или, наоборот, их размер может быть ниже суммы потерь, возмещенных кредитором. При этом на сумму превышения потерь над убытками лицо, возместившее потери, претендовать не может. Данное положение приводит к ограничению ответственности третьего лица, что не согласуется с принципом соразмерности ответственности.

Во-вторых, правила, описанные в п. 4 ст. 406.1 ГК РФ, имеют общий характер, что позволяет сделать вывод о субсидиарном применении норм о страховании в части суброгации.

В-третьих, на наш взгляд, в п. 4 ст. 406.1 ГК РФ следует рассматривать в качестве регрессного требование лица, возместившего потери к третьему лицу, а не суброгацию по ряду причин. При суброгации лицо, возместившее

потери, заменяет кредитора в старом требовании, а при регрессе получает новое. Исходя из этого, сумма, которую может потребовать должник с третьего лица, должна быть равна сумме убытков, причиненных кредитором, что не соотносится с разъяснением, данным в ПП ВС № 7 об ограничении суммы требования к третьему лицу суммой потерь.

Именно на данном примере проявляется вся несостоятельность нормы о необходимости согласовывать заранее сумму возмещения потерь, т. е. если стороны согласовали сумму в размере 100 денежных единиц, а убытки были причинены на 110, возникает вопрос о возможности кредитора взыскивать с должника сумму 110, учитывая фактические потери, вопреки согласованной сумме. Безусловно, если сумма убытков была доказана и равна 70, а сумма возмещаемых потерь – 100, то должник не может взыскать с третьего лица 100 в силу принципов относительности обязательств, восстановительного характера ответственности. При установлении механизма определения суммы возмещения потерь возникает необходимость в подсчете убытков, проистекающих из договорных или деликтных оснований, причиненных третьим лицом, что, по сути, приравнивает упрощенный механизм ст. 406.1 ГК РФ к сложному механизму определения убытков по ст. 15 ГК РФ. При таком подходе стороны согласовывают условие о порядке определения возмещения потерь, указывая на равенство убыткам, причиненным третьим лицом. Подобный механизм подтверждается и судебной практикой, например Решением Арбитражного суда Санкт-Петербурга и Ленинградской области¹⁴. В большинстве случаев суды не исследуют обоснованность взыскиваемой суммы с третьего лица, а взыскивают столько, сколько выплатило лицо, возместившее потери, со ссылкой на регрессное требование.

На наш взгляд, для лица, возместившего потери необходимо устанавливать следующую конструкцию: лицо, возместившее потери, несет денежную ответственность (сумма потерь), требование к третьему лицу – регрессное. Лицо, возместившее потери, и третье лицо являются должниками кредитора по разным обязательствам, правовая природа которых различна изначально, т. е. возмещение потерь – это не мера ответственности. Кроме того, у должника при регрессе отсутствует возможность начислять на сумму долга проценты и неустойки, предусмотренные основным обязательством, что соотносится с ограничением суммы взыскиваемых убытков. Иное привело бы к возможности должника получить большую сумму от третьего лица, нежели ту, что он возместил кредитором, приводя его к обогащению.

В деле, рассмотренном Арбитражным судом Белгородской области, при обосновании необходимости возмещения убытков третьим лицом, привлеченным во исполнение договора транспортно-экспедиционных услуг, суд без каких-либо разъяснений указал на право экспедитора

¹² Решение Арбитражного суда г. Москвы от 04.02.2019 по делу № А40-164730/18-15-1220 // СПС КонсультантПлюс.

¹³ Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 04.06.2019 № Ф08-3114/2019 по делу № А53-17092/2018 // СПС КонсультантПлюс.

¹⁴ Решение Арбитражного суда Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 26.05.2016 по делу № А56-290/2016 // СПС КонсультантПлюс.

требовать возмещение убытков с третьего лица, которым был утерян груз на основании п. 4 ст. 406.1 ГК РФ. Такая позиция суда не может считаться правильной ввиду того, что экспедитор отвечал перед клиентом на основании ст. 803 ГК РФ. Соглашение о возмещении потерь между ними предусмотрено не было, но суд применил правила ст. 406.1 ГК РФ. Таким образом, перевозчик (третье лицо) отвечает перед экспедитором в соответствии со ст. 796 ГК РФ, но ни в коем случае не по правилам ст. 406.1 ГК РФ¹⁵. В другом деле Арбитражный суд г. Москвы применил норму п. 4 ст. 406.1 ГК РФ уже после возмещения убытков третьим лицом должнику, обязанному по возмещению потерь¹⁶.

Практика судов Германии, к сожалению, недоступна по причине того, что сделки, в частности M&A, в которых стороны включают договорные условия о возмещении потерь, обладают конфиденциальностью, решения не подлежат опубликованию [18].

В российской практике одна из ключевых проблем – самостоятельная квалификация судьями условий договора, из которых явно не следует договоренность об установлении обязательства о возмещении потерь. Данный патернализм, который противоречит разъяснениям, данным в ПП ВС № 7, является необоснованным. Суды признают условие договора о возмещении потерь, руководствуясь нормами ст. 431 и ст. 406.1 ГК РФ, даже в тех случаях, когда стороны в договоре используют слова *убытки*, *полная материальная ответственность*, *штраф* и др. Иногда данные понятия смешиваются в одном пункте договора. Часто стороны прописывают условие о возмещении потерь, а в скобках упоминают слово *убытки*. Так, Арбитражным судом Западно-Сибирского округа условие о штрафе за нарушение срока отправки вагонов было квалифицировано как возмещение потерь¹⁷.

Соглашение о возмещении потерь должно быть явным и недвусмысленным. Возмещение потерь – это условие о перераспределении рисков, используемое среди профессиональных участников. Оно требует явного волеизъявления сторон, чтобы не допустить необоснованных взысканий сумм со стороны, учитывая еще и тот факт, что к размеру суммы потерь не применяются правила митигации, а необходимость доказывания по правилам ст. 15 ГК РФ отсутствует. Соответственно, такие распорядительные действия суда могут привести к ущемлению прав и интересов сторон. Как нам видится, наиболее верным будет следующее решение. Если суд признает, что условие не является явным и однозначным, из него нельзя

сделать вывод об установлении сторонами обязательства по возмещению потерь, то его необходимо признавать неустановленным. Данное решение позволит привить большую ответственность профессиональным участникам гражданского оборота к структурированию сделок, что не менее важно, когда типизация договоров, заимствуемых с любого интернет-сайта, распространена, а это приводит к еще большим проблемам, т. к. договор не отражает действительные интересы сторон.

К счастью, подобная позиция судов отражена в ряде дел, например, в Постановлении Восьмого арбитражного апелляционного суда было указано: «применение судом к спорным отношениям сторон положений статьи 406.1 ГК РФ, на которую ссылается истец, исключается. Из материалов дела усматривается, что условие договора о возмещении расходов и условие дополнительного соглашения согласованы сторонами в один день, без применения в пункте термина о возмещении потерь и без ссылки на норму ГК РФ, предусматривающую возмещение потерь, а также без определения условий, позволяющих ограничить основания для наступления последствий, предусмотренных обоими указанными пунктами, а также без каких-либо уточнений, ограничивающих возмещение потерь, если оно согласовано, от условий гражданско-правовой ответственности»¹⁸. Аналогичная позиция прослеживается в Постановлении Арбитражного суда Западно-Сибирского округа¹⁹, Решении Арбитражного суда Омской области²⁰, где в материалах дела указано, что пункт включен сторонами в раздел договора, поименованный как «Ответственность сторон».

Учитывая, что многие юристы-практики рассчитывали на применение условия о возмещении потерь в случаях невозмещения налога на добавленную стоимость контрагенту, следовало ожидать этого, но на практике все происходит иначе. Суды признают такие условия, как обход закона, злоупотребление правом по ст. 10 ГК РФ во всех случаях, что, наш взгляд, не может не вызывать критику. Так, Арбитражным судом Волго-Вятского округа было указано, что налоговым органом была установлена недобросовестность истца при заключении договора купли-продажи и выявлены признаки схемы, направленной на ведение налоговой политики по минимизации налоговых обязательств и, как следствие, получение необоснованной налоговой выгоды, что явилось основанием для отказа в возмещении суммы НДС, заявленной к возмещению²¹. Такие действия расцениваются как недобросовестные²².

¹⁵ Решение Арбитражного суда Белгородской области от 03.02.2017 по делу № А08-8252/16 // СПС КонсультантПлюс.

¹⁶ Решение Арбитражного суда г. Москвы от 06.10.2017 по делу № А40-9251/17-31-91 // СПС КонсультантПлюс.

¹⁷ Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 23.04.2019 № Ф04-897/2019 по делу № А27-28423/17 // СПС КонсультантПлюс.

¹⁸ Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 18.12.2019 № 08АП-14596/2019 по делу № А46-8368/2018 // СПС КонсультантПлюс.

¹⁹ Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 12.12.2019 № Ф04-5564/2019 по делу № А03-21164/2017 // СПС КонсультантПлюс.

²⁰ Решение Арбитражного суда Омской области от 14.10.2019 по делу № А46-7659/2019 // СПС КонсультантПлюс.

²¹ Постановление Арбитражного Волго-Вятского округа от 07.12.2017 № Ф01-5227/2017 по делу № А43-35433/16 // СПС КонсультантПлюс.

²² Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 16.09.2019 по делу № А43-35433/16 // СПС КонсультантПлюс.

Заключение

Не вызывает сомнений, что институт возмещения потерь необходим российскому праву, но спустя пять лет после его легализации судебная практика, к сожалению, еще не выработала единообразные подходы. Существует множество ошибок от неправильной квалификации до слишком узкого толкования условий о возмещении потерь или ссылок в решениях судов на ст. 406.1 ГК РФ без каких-либо обоснований.

При данных обстоятельствах считаем необходимым внести некоторые разъяснения при применении ст. 406.1 ГК РФ. Условие о возмещении потерь, как указано в п. 17 ПП ВС № 7, не подлежит применению, если стороны явно не сформулировали его, судам не следует перекалцинировать установление условий о возмещении убытков в условие о возмещении потерь, что происходит на практике. В развитие ст. 406.1 ГК РФ необходимо предусмотреть возможность сторон возмещать не только потери, которые будут понесены, но и условие об ограждении от таких потерь (*hold harmless*). В практике Германии *hold harmless* используется сторонами достаточно активно, если обстоятельство,

по поводу наступления которого наступает обязанность по возмещению потерь, касается комплаенс-системы организации. В американской практике *hold harmless* является самостоятельным отдельным соглашением. В английской практике подобное условие включается автоматически, поэтому в ряде работ можно встретить мнение, что *hold harmless* как таковой отсутствует в Англии, потому что является неотъемлемой частью *indemnity*. Вместо установления размера и порядка возмещения потерь следует дать сторонам возможность предусматривать лишь пределы таких возмещений или устанавливая по факту их наступления.

Таким образом, возмещение потерь – это не способ защиты права, не способ защиты от правонарушений, т. к. оно не связано с виновными действиями. Сфера применения условия о возмещении потерь достаточно широкая, особый спрос существует у юридических лиц, обладающих сложной корпоративной структурой. Чем выше их риски (репутационные, внешнеэкономические, стратегические, состояние рынка и др.), тем нуждается в установлении условий о возмещении потерь больше.

Литература

1. Егоров А. В. Структура обязательственного отношения: наработки германской доктрины и их применимость в России // Вестник гражданского права. 2011. Т. 11. № 3. С. 241–274.
2. Лиотар Ж.-Ф. Состояние постмодерна / пер. с фр. Н. А. Шматко. М.: Ин-т эксперим. социологии; СПб.: Алетейя, 1998. 159 с.
3. Нерсесянц В. С. Философия права. М.: Норма, 2005. 656 с.
4. Честнов И. Л. Постклассическая теория права. СПб.: АЛЕФ-Пресс, 2012. 649 с.
5. Арановский К. В. Право существует в человеке // Закон. 2019. № 12. С. 8–18.
6. Бодрийяр Ж. Город и ненависть // Логос. 1997. № 9. С. 107–117.
7. Шапф Я. Система германского гражданского права. М.: Международные отношения, 2006. 357 с.
8. Карапетов А. Г. Условие о возмещении потерь: комментарий к статье 406.1 ГК РФ // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2016. № 5. С. 80–98.
9. Кетц Х., Лорман Ф. Введение в обязательственное право // Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии / пер. с нем. Р. И. Каримуллина, А. А. Лизунова, К. Нама, Е. В. Степановой; под общ. ред. Т. Ф. Яковлевой. М.: БЕК, 2001. С. 37–74.
10. Wieacker F. Die forderung als mittel und gegenstand der vermögenszuordnung // Kleine juristische schriften. Eine sammlung zivilrechtlicher beitrage aus den jahren 1932 bis 1986. Göttingen: O. Schwartz, 1988. S. 255
11. Markesinis B. S., Unberath H., Johnston A. Ch. The German law of contract: A comparative treatise. 2nd ed. Oxford, UK: Hart Publishing, 2006. 1040 p.
12. Миль Дж. С. О свободе / пер. с англ. А. Фридмана // Наука и жизнь. 1993. № 11. С. 10–15.
13. Дернбург Г. Обязательственное право / пер. П. Соколовского. 3-е изд. М.: Печатня А. Снегиревой, 1911. XVI, 396 с.
14. Карапетов А. Г. Заверения об обстоятельствах и условия о возмещении потерь в новой редакции ГК РФ // Закон. 2015. № 6. С. 43–56.
15. Feinberg J. Legal paternalism // Canadian Journal of Philosophy. 1971. Vol. 1. Iss. 1. P. 105–124.
16. Фестингер Л. Теория когнитивного диссонанса / пер. с англ. А. А. Анистратенко, И. Знаешевой. М.: Эксмо, 2018. 251 с.
17. Ben-Shahar O., Porat A. Foreword: Fault in American contract law // Mich. L. Rev. 2009. Vol. 107. Iss. 8. P. 1341–1348.
18. Mellert C. R. Selbstständige garantien beim unternehmens-kauf – auslegungs- und abstimmungsprobleme // Betriebs-Berater. 2011. B. 66. № 27. S. 1667.

Legal Understanding of the Institution of Indemnity

Angelina A. Sevostyanova^{a, @}

^a National Research University Higher School of Economics, Russia, Moscow

@ sevostyanovaw@mail.ru

Received 01.09.2020. Accepted 21.09.2020.

Abstract: Indemnity is considered in three aspects: the philosophy of law, the principles of civil law, and the legislative establishment in the Civil Code of the Russian Federation. This study focuses on this ambiguous institution that was introduced on June 1, 2015, in order to maintain the practice of parties applying contractual terms that are not part of the counterparty's mandatory program. The article analyzes the controversial issues of the need to introduce the institution of indemnity, for instance, the decision to narrow its scope of application in comparison with the Anglo-Saxon law countries. The scope of application of indemnity is limited by its subject composition. Legal entities with a complex corporate structure are especially interested in this institution: the higher their risks connected with reputation, foreign economy, market conditions, strategy, etc., the greater the need for establishing indemnity. The present research does not cover all scientific publications on this subject, as most of them demonstrate a critical view of the fact that the institute of indemnity was borrowed from the English law. Similarly, the paper does not describe the indemnity formation process in the contract law of England, as scientific literature on this matter is abundant. This work is aimed at analyzing the causes of legislative establishment, identifying problems in the practice of application, and forming models of effective legal understanding of indemnity.

Keywords: circumstances defined in the contract, indemnity, obligation relations, contractual terms, indemnifying

For citation: Sevostyanova A. A. Legal Understanding of the Institution of Indemnity. *Vestnik Kemerovskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya: Gumanitarnye i obshchestvennye nauki*, 2020, 4(4): 365–375. (In Russ.) DOI: <https://doi.org/10.21603/2542-1840-2020-4-4-365-375>

References

1. Egorov A. V. The structure of commitment: developments in German doctrine and their applicability in Russia. *Civil Law Review*, 2011, 11(3): 241–274. (In Russ.)
2. Lyotard J.-F. *La condition postmoderne*, tr. Shmatko N. A. Moscow: In-t eksperim. sotsiologii; St. Petersburg: Aleteia, 1998, 159. (In Russ.)
3. Nersesians V. S. *Philosophy of law*. Moscow: Norma, 2005, 656. (In Russ.)
4. Chestnov I. L. *Postclassical theory of law*. St. Petersburg: ALEF-Press, 2012, 649. (In Russ.)
5. Aranovsky K. V. Right exists in a person. *Zakon*, 2019, (12): 8–18. (In Russ.)
6. Baudrillard J. City and hate. *Logos*, 1997, (9): 107–117. (In Russ.)
7. Schapp J. *Einführung in das bürgerliche recht*, trs. Korolev S. V., Arslanov K. M. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniia, 2006, 357. (In Russ.)
8. Karapetov A. G. Indemnity clause: commentary on article 406.1 of the Civil Code of the Russian Federation. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiia Rossiiskoi Federatsii*, 2016, (5): 80–98. (In Russ.)
9. Kötz H., Lormann F. Introduction to the law of obligations. *Problems of civil and business law in Germany*, trs. Karimullin R. I., Lizunov A. A., Nam K., Stepanova E. V.; ed. Iakovleva T. F. Moscow: BEK, 2001, 37–74. (In Russ.)
10. Wieacker F. Die forderung als mittel und gegenstand der vermögenszuordnung. *Kleine juristische schriften. Eine sammlung zivilrechtlicher beitrage aus den jahren 1932 bis 1986*. Göttingen: O. Schwartz, 1988, 255.
11. Markesinis B. S., Unberath H., Johnston A. Ch. *The German law of contract: A comparative treatise*, 2nd ed. Oxford, UK: Hart Publishing, 2006, 1040.
12. Mill J. S. On liberty, tr. Fridman A. *Nauka i zhizn*, 1993, (11): 10–15. (In Russ.)
13. Dernburg H. *Law of obligations*, tr. Sokolovskii P., 3rd ed. Moscow: Pechatnia A. Snegirevoi, 1911, XVI, 396. (In Russ.)
14. Karapetov A. G. Representations and provisions for recovery of losses in the new version of the civil code of the Russian Federation. *Zakon*, 2015, (6): 43–56. (In Russ.)
15. Feinberg J. Legal paternalism. *Canadian Journal of Philosophy*, 1971, 1(1): 105–124.
16. Festinger L. *A theory of cognitive dissonance*, trs. Anistratenko A. A., Znaesheva I. Moscow: Eksmo, 2018, 251. (In Russ.)
17. Ben-Shahar O., Porat A. Foreword: Fault in American contract law. *Mich. L. Rev.*, 2009, 107(8): 1341–1348.
18. Mellert C. R. Selbstständige garantien beim unternehmens-kauf – auslegungs- und abstimmungsprobleme. *Betriebs-Berater*, 2011, 66(27): 1667.