

3.5. Новые положения в регламентации гражданско-правовой ответственности

Пандектный и институциональный подходы к нормативному оформлению института гражданско-правовой ответственности. В ГК РФ есть общая часть обязательственного права (раздел III), содержащая положения, которые по пандектному принципу должны относиться и ко всем отдельным видам обязательств, охваченных разделом IV, в том числе к деликтным и кондикционным обязательствам (главы 59, 60). В общей части обязательственного права имеется глава 25, озаглавленная «Ответственность за нарушение обязательств», что уже вызывает сомнение в возможности ее отнесения, например, к внедоговорным охранительным обязательствам, поскольку последние возникают в момент правонарушения (причинения вреда, неосновательного обогащения) и фактическое нарушение таких обязательств – это возмещение вреда или возврат неосновательного обогащения. Однако ответственность за такие правонарушения возникает разве что в рамках исполнительного производства, вопросы которого, конечно, главой 25 ГК РФ не регулируются.

Кроме того, исполнение обязательств за счет должника (ст. 397), просрочка должника (ст. 405), просрочка кредитора (ст. 406), понятие вины (ст. 401) и некоторые другие положения главы 25 ГК РФ сформулированы таким образом, что не позволяют применить их к договорным обязательствам.

В главах 25 и 59 ГК РФ есть правовые нормы, которые содержательно дублируются, например об ответственности должника за своих работников (ст. 402 и ст. 1068 ГК РФ), о вине кредитора (потерпевшего) (ст. 406 и ст. 1083 ГК РФ).

Глава 25 ГК РФ никогда не была приспособлена для регулирования обязательств из причинения вреда. При реформировании обязательственного права законодатель прямо указал, что к деликтным обязательствам общие положения об обязательствах применяются, если иное не предусмотрено правилами главы 59 или не вытекает из существа деликтов (п. 2 ст. 307.1). Именно сущность деликта фактически не позволяет применять к ним нормы главы 25 ГК РФ.

В целом общих положений регулирования договорной и внедоговорной ответственности не так много: преобладание отличительных

особенностей заставляет серьезно рассматривать вопрос не о пандектном, а о институциональном подходе к регламентации этого гражданско-правового института. При этом законодательное реформирование затронуло преимущественно вопросы неделиктной ответственности.

Понятие гражданско-правовой ответственности и содержание главы 25 ГК РФ. В нормативном обновлении главы 25 «Ответственность за нарушение обязательств» воплотилось большинство идей о ее совершенствовании, содержащихся в Концепции развития гражданского законодательства РФ: п. 5.1. в ст. 393.1, подп. а), в) п. 5.2. в абз. 2 п. 2 и п. 5 ст. 393; п. 5.3. в ст. 393.1; п. 5.4. в абз. 2 п. 1 ст. 393; п. 5.5. в п. 4, 5 ст. 395; п. 5.6. в п. 4 ст. 399; п. 5.7 в абз. 3 п. 1 ст. 406 ГК РФ. Законодатель не воспринял всего одно предложение авторов Концепции (подп. б) п. 5.2.): правило о том, что «должник, нарушивший договор, не должен возмещать ущерб, который он не предвидел или не должен был разумно предвидеть при заключении договора как вероятное последствие его нарушения».

Структура главы 25 ГК РФ фактически осталась неизменной, за исключением появления двух новых ст. — 393.1 и 406.1.

Однако содержательная чистота главы 25 ГК РФ по-прежнему вызывает множество нареканий, большинство из которых связаны с отсутствием единообразия в понимании природы гражданско-правовой ответственности.

Известное противоречие между нормативным и доктринальным понятием гражданско-правовой ответственности, к сожалению, сохранилось даже после внесенных законодательных изменений. Оно базируется на традиционной дискуссии о понятии гражданско-правовой ответственности как любого государственного принуждения (С.Н. Братусь¹, Н.С. Малеин², В.П. Мозолин³) или только такого, которое влечет возложение на должника дополнительной обязанности (В.П. Грибанов⁴, П.А. Варул⁵, О.С. Иоффе⁶, О.А. Красавчиков⁷). Разрешение этого

¹ Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность. М.: Юридическая литература, 1976. С. 82–121.

² Малеин Н.С. Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях. М.: Наука, 1968. С. 15.

³ Мозолин В.П. Гражданско-правовая ответственность в системе российского права // Журнал российского права. 2012. № 1. С. 34–35.

⁴ Грибанов В.П. Ответственность за нарушение гражданских прав и обязанностей // Осуществление и защита гражданских прав. М.: Статут, 2000. С. 310.

⁵ Варул П.А. Методологические проблемы исследования гражданско-правовой ответственности. Таллин: Ээсти раамат, 1986. С. 55.

⁶ Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву // Избранные труды: В 4 т. СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. Т. 1. С. 194–208.

⁷ Красавчиков О.А. Ответственность, меры защиты и санкции в советском гражданском праве // Категории науки гражданского права: избранные труды: В 2 т. М.: Статут, 2005. Т. 2. С. 255–268.

спора именно на страницах кодекса имеет принципиальное правоприменительное значение.

Современная цивилистическая доктрина склоняется ко второму (узкому) понятию ответственности, различая меры ответственности и иные меры принуждения (меры защиты, иные санкции)¹. Для применения мер ответственности необходимо наличие всех элементов состава правонарушения (и объективных и субъективных), а для реализации иных санкций достаточно только факта противоправного деяния. Таким образом, в последнем случае не должны устанавливаться время и причинно-следственная связь, не будет презюмироваться и опровергаться вина.

При этом в главе 25 ГК РФ сохранили свои позиции ст. 396 «Ответственность и исполнение обязательства в натуре», 397 «Исполнение обязательства за счет должника», 398 «Последствия неисполнения обязательства передать индивидуально-определенную вещь». И законодатель нигде не оговаривает, что в этих случаях «ответственность наступает за неполный состав, например, без вины, без причинной связи. Очевидно, что в этих статьях предусмотрены меры, не являющиеся ответственностью в теоретическом понимании. Думается, что их нахождение в главе кодекса об ответственности ошибочно.

В связи с проблемой понимания сущности гражданско-правовой ответственности не может быть оставлено без внимания и помещение в главу 25 ГК РФ ст. 406.1 о возмещении потерь, возникших в случае наступления определенных в договоре обстоятельств и не связанных с нарушением обязательства его стороной (потери, вызванные невозможностью исполнения обязательства, предъявлением требований третьими лицами или органами государственной власти к стороне или к третьему лицу, указанному в соглашении, и т.п.). Такие потери являются аналогом английского *indemnity*: «по сути, речь идет об убытках, возникающих у одной из сторон в связи с заключением, исполнением или прекращением договора, но не вытекающих из факта нарушения договорного обязательства другой стороной»².

Подобные имущественные потери не только не вытекают из правонарушения обязанного к возмещению лица (контрагента), но вообще могут быть не связаны с его поведением, в том числе правомерным. Аналогич-

¹ Хотя стоит отметить, что имеются и другие, более оригинальные представления о гражданско-правовой ответственности, в частности, как о негативной реакции государства в целях обеспечения публичных интересов, к мерам которой относятся только конфискационные санкции (Мильков А. В. Очерки теории гражданско-правовой ответственности. М.: Проспект, 2018. С. 54–55). При таком подходе глава 25 ГК РФ, конечно, совсем не о гражданско-правовой ответственности.

² Каранетов А. Г. Заверения об обстоятельствах и условия о возмещении потерь в новой редакции ГК РФ // Закон. 2015. № 6. С. 52.

ное толкование дает и ВС РФ¹. Исследователи возмещения потерь прямо указывают на то, что такое возмещение не является мерой ответственности², однако юридико-техническую ошибку нахождения статьи о потерях в главе об ответственности это не устраняет и может привести в будущем к неверному толкованию как ответственности, так и индемнити.

Хотим также отметить, что ст. 405 (просрочка должника) и ст. 406 (просрочка кредитора) по своему смыслу должны принадлежать институту исполнения обязательств, а не ответственности. Содержащиеся в этих статьях дефиниции просрочек сторон обязательства касаются срока исполнения обязательства, а не специфики гражданско-правовой ответственности.

В неизменном виде в главе 25 ГК РФ сохранилась и ст. 404 «Вина кредитора». С учетом понимания вины как отношения правонарушителя к своему поведению и его результатам использование категории «вина потерпевшего» не видится логичным. Общетеоретическому учению о юридической ответственности неизвестны категории «причинение вреда виной» или «вина потерпевшего», при этом существует лексически и логически верное понятие «поведение кредитора, способствовавшее совершению правонарушения (причинению вреда)», которое следует использовать и в гражданско-правовом материале. К такому решению подталкивает и п. 1 ст. 7.4.8 Принципов УНИДРУА, согласно которому неисполнившая сторона не отвечает за ущерб, понесенный потерпевшей стороной, в той мере, в какой ущерб мог быть уменьшен в результате разумных шагов (reasonable steps) потерпевшей стороны. Все-таки принятие разумных шагов свидетельствует об определенном поведении кредитора, а не его вине.

Глава 25 ГК РФ по-прежнему содержит упоминание только о субсидиарной ответственности, при этом находящиеся в этом же классификационном ряду долевая и солидарная ответственность отнесены к главе об исполнении обязательств (ст. 321–326 ГК РФ), что, конечно, не способствует восприятию гражданско-правовой ответственности как цельного правового института. Сама ст. 399 о субсидиарной ответственности пополнилась новым п. 4, допускающим специальные порядки привлечения к такой ответственности в случаях, предусмотренных ГК РФ и иными законами.

¹ О применении положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств: постановление Пленума ВС РФ от 24.03.2016 № 7 (п. 15) (далее по тексту – постановление № 7) // РГ. 2016. 4 апр.

² Богданова Е.Е. Тенденции развития гражданско-правовой ответственности за нарушение обязательств: проблемы и перспективы // Lex Russica. 2017. № 5. С. 24–37; Василевская Л.Ю. Возмещение потерь по российскому и прецедентному праву // Lex Russica. 2017. № 5. С. 194–204; Санникова Л.В. Возмещение потерь в странах общего права и в России // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2016. № 4. С. 440–450.

Основание и условия гражданско-правовой ответственности. В главе 25 ГК РФ отсутствует указание на юридическое основание ответственности за нарушение обязательства, что следует отнести к ее недостаткам.

Юридическим основанием ответственности является гражданское правонарушение, и его абстрактное понятие должно быть дано в самых начальных нормах института. Если мы обратимся к главе 25 ГК РФ, регламентирующей ответственность за нарушение обязательства, то она открывается статьей, устанавливающей обязанность должника возместить убытки (ст. 393 ГК РФ). Следующие за ней три статьи регулируют возмещение убытков при прекращении договора (ст. 393.1), соотношение убытков и неустойки (ст. 394) и соотношение убытков и процентов за пользование чужими денежными средствами (ст. 395).

Возникает впечатление, будто основанием ответственности за нарушение обязательства является причинение убытков, однако наличие убытков – это лишь одно из условий ответственности и лишь за одно из многочисленных видов гражданских правонарушений – причинение убытков.

Под гражданским правонарушением мы предлагаем понимать причиняющее вред противоправное виновное поведение деликтоспособного лица, за которое на последнего законом и (или) договором возложена обязанность несения невыгодных последствий его совершения. При этом гражданское правонарушение является частью более широкого понятия – нарушения гражданских прав как причиняющего вредные последствия нарушения субъективного гражданского права, за которое на какое-либо лицо законом и (или) договором возложена обязанность несения невыгодных последствий его совершения¹.

Наряду с понятием «основание ответственности» применяется понятие «условия ответственности» (состав правонарушения) – совокупность признаков, которые определяют деяние как конкретное правонарушение.

При этом в главе 25 ГК РФ содержится ст. 401, озаглавленная «Основания ответственности за нарушение обязательства», в которой идет речь о вине должника: *«лицо, не исполнившее обязательства либо исполнившее его ненадлежащим образом, несет ответственность при наличии вины (умысла или неосторожности), кроме случаев, когда законом или договором предусмотрены иные основания ответственности»*. Буквальное толкование данной нормы дает возможность сделать следующий вывод: в гражданском праве есть такое *основание* ответственности, как

¹ Кузнецова О.А. Методологические проблемы исследования гражданского правонарушения // Методологические проблемы цивилистических исследований: сб. науч. ст.: ежегодник. М.: Статут, 2017. Вып. 2. С. 158–159.

вина, а есть иные «безвиновные» основания ответственности (случаи ответственности без вины).

Однако, подчеркнем, что основанием ответственности является не вина правонарушителя, а совершение правонарушения. Вина же является одним из условий ответственности, к другим условиям ответственности в цивилистике обоснованно относят противоправное поведение, негативные последствия правонарушения, причинно-следственную связь между ними. Однако четкого представления об этих условиях ответственности из главы 25 ГК РФ мы не получим.

Противоправность поведения должника как условие гражданско-правовой ответственности. Противоправность поведения является обязательным признаком гражданского правонарушения и образует объективную сторону его состава.

Следует различать у противоправности две стороны. С одной стороны, противоправность — это нарушение требований объективного права. С другой стороны, противоправность проявляется либо в форме активного поведения — действия, либо в форме его пассивного поведения — бездействия. При этом ответственность за бездействие наступает, только если правонарушитель мог и должен был в силу обязательных для него предписаний предотвращать наступление вредных последствий.

Согласно ГК РФ ответственность наступает за «неисполнение обязательства» либо за «исполнение обязательства ненадлежащим образом» (абз. 1 п. 1 ст. 401 ГК РФ). Однако далее в легальном определении вины используется только вторая форма противоправности: «Лицо признается невиновным, если при той степени заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по характеру обязательства и условиям оборота, оно приняло все меры для *надлежащего исполнения обязательства*» (абз. 2 п. 1 ст. 401 ГК РФ). При согласовании этих двух абзацев п. 1 ст. 401 ГК РФ с юридико-технических и логических позиций было бы правильнее указать «*для исполнения обязательства либо для исполнения обязательства надлежащим образом*». Почему же законодатель этого не делает? Думается, что ответ на этот вопрос заключается в том, что и полное «неисполнение обязательства» и «исполнение обязательства ненадлежащим образом», по сути, являются «*неисполнением обязательства надлежащим образом*».

Гражданско-правовые обязанности могут быть активными (содержатся в обязывающих нормах права и условиях договора) и пассивными (содержатся в запрещающих нормах права и условиях договора). Противоправное поведение в форме действия нарушает запрещающие предписания, а в форме бездействия — обязывающие предписания.

Однако для договорных отношений нарушение и активных («совершить определенные действия») и пассивных («воздержаться от

определенного действия» (ст. 307 ГК РФ)) обязанностей должником юридически будет представлять бездействие – неисполнение обязательства надлежащим образом. Если же должник причиняет вредные последствия контрагенту юридически значимыми активными действиями, совершаемыми в связи с договором, но не на его основании, то налицо деликтное обязательство.

В целом противоправность в неисполнение договорных обязательств надлежащим образом заключается в нарушении общей обязывающей нормы права исполнить обязательство в соответствии с условиями обязательства, требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований – правовых обычаев или иных обычно предъявляемых требований.

Конкретная противоправность поведения должника в конкретном договорном обязательстве возможна только в форме бездействия, а именно – в форме *«неисполнения обязательства надлежащим образом»*, которое охватывает и полное и частичное (по любому критерию – количество, сроки, качество и проч.) неисполнение обязательства, и неисполнение как обязывающих, так и запрещающих норм и условий договора.

Далее важен вопрос о сущности и конструкции юридически значимого бездействия. В теории права бездействие характеризуется пассивностью – неисполнением предписанного нормами объективного права: *«лицо обязано было по закону что-то сделать, но не сделало этого»*¹.

Бездействие как форма противоправного поведения имеет объективный и субъективный признаки. Первый раскрывается через словосочетание *«лицо должно было исполнить обязанность»* и означает, что правонарушитель должен был исполнить обязанность, предписанную в объективном источнике – законе, ином нормативном акте, договоре, обычае или обыкновении. Вторым признаком бездействия содержится в обороте *«лицо могло исполнить обязанность»* и предполагает реальную субъективную возможность лица исполнить предписанную обязанность.

И объективный и субъективный признаки являются равнозначными для квалификации этой формы противоправного поведения: если лицо *«должно было, но не могло исполнить обязанность»*, то бездействие отсутствует, если лицо *«могло, но не должно было исполнять обязанность»*, то бездействия также нет. При этом объективный признак бездействия первичен: сначала надлежит устанавливать объективный правовой источник, содержащий неисполненную обязанность, и только потом – наличие возможности ее исполнения. Если объективный при-

¹ Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права: учебник М.: Юрист, 2009 С. 451.

знак бездействия отсутствует (лицо не должно было исполнять обязанность), то анализ субъективного признака бездействия (могло ли оно исполнить его) не имеет юридического смысла.

Можно сказать, что объективный критерий в момент совершения правонарушения уже не зависит от должника, он предписан в нормах позитивного права. Тогда как субъективный критерий бездействия напрямую зависит от правонарушителя, от наличия у него реальных возможностей исполнить обязанность.

Возможности правонарушителя по исполнению предписанной обязанности надлежащим образом определяются исходя из тех мер, которые он предпринял для этого. Если лицо с учетом обстоятельств нарушения договора предприняло все зависящие от него и возможные меры по исполнению обязательства надлежащим образом, но все равно не смогло его исполнить, то отсутствует субъективный признак бездействия.

Таким образом, субъективный признак противоправного бездействия заключается в непринятии правонарушителем всех необходимых и зависящих от него мер, в несовершении действий, которые он мог совершить при той степени заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по характеру обязательства и условиям оборота, для исполнения обязательства надлежащим образом. Отсутствие субъективного признака бездействия характеризуется субъективной непредотвратимостью правонарушения (неисполнение обязательства надлежащим образом), т.е. лицо *не могло* исполнить обязательство, несмотря на все предпринятые и возможные меры для его исполнения, которые требовались от него по характеру обязательства и условиям оборота.

Вина как условие гражданско-правовой ответственности. Вопрос о вине справедливо относится к краеугольным проблемам юридической науки и правоприменения. По общему правилу в правовом государстве привлечение к юридической ответственности возможно только за виновное деяние. В вине, как в определенном внутреннем отношении правонарушителя к собственному поведению и к его результатам, выражается не только отрицательное или легкомысленное отношение к правам и законным интересам других лиц (кредиторов), но и к интересам общества и государства, к праву в целом. При отсутствии вины не наступает правовая ответственность. Неправильное понимание вины может привести как к необоснованному привлечению к ответственности, так и к несправедливому ее исключению.

Согласно абз. 2 п. 1 ст. 401 ГК РФ непринятие должником всех мер для надлежащего исполнения обязательства при той степени заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по характеру обязательства и условиям оборота, является не характеристикой юридически значимого бездействия, а понятием вины. Фактически вина в граждан-

ском законодательстве определена через субъективный признак бездействия, через субъективную непредотвратимость правонарушения.

Такой подход к вине получил название поведенческого (объективистского) – это привело к тому, что вину в гражданском праве стали называть не субъективным, а объективным условием ответственности. Так, Е.А. Суханов пишет: «...вина в гражданском праве по общему правилу рассматривается не как субъективное, психическое отношение лица к своему поведению, а как непринятие им объективно возможных мер по устранению или недопущению отрицательных результатов своих действий, диктуемых обстоятельствами конкретной ситуации»¹.

Значимыми недостатками поведенческого подхода к вине является невозможность определения умысла и неосторожности и подмена субъективной стороны правонарушения объективной из-за совпадения легального понятия невиновности с субъективным признаком противоправного бездействия. Сторонники поведенческого подхода к вине при столкновении, например, с вопросом об определении умысла и неосторожности, смело используют психологические признаки вины (действует намеренно, желает, не желает, не предвидит и т.п.)², хотя, конечно, никаких нормативных предпосылок к такому герменевтическому приему нет.

При объективистском подходе к вине мы сталкиваемся с серьезной логической ошибкой формирования правовых понятий: одно и то же явление называется разными терминами. *Непредотвратимость* как невозможность для субъекта исполнить обязательство надлежащим образом, невзирая на принятие всех возможных мер, является и субъективным признаком бездействия, и невиновностью. Поэтому неслучайно, что эти понятия в правоприменительной практике смешиваются до полного «неразличения»³.

Поведенческой теории противостоит психологическое понимание вины: «...в основании гражданского правонарушения лежит *вина*, все равно умышленная или неосторожная. Если лицо, причинившее вред, не желало бы такого последствия, не могло и не должно было предвидеть возможности его наступления, то нет вины с его стороны, а есть только один случай»⁴.

¹ Российское гражданское право: учебник: В 2 т. Т. 1: Общая часть: Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Статут, 2010. С. 463.

² Шевченко Г.Н. Вина как условие гражданско-правовой ответственности в российском гражданском праве // Современное право. 2017. № 3. С. 67–74.

³ Кузнецова О.А. Соотношение противоправности, вины и непреодолимой силы на примере ответственности сельхозпроизводителя // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2013. № 2 (20). С. 127–139.

⁴ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М.: Статут, 2005. Т. 2. С. 205–206.

Доктрина советского гражданского права активно использовала психологическое понятие вины, разработанное в дореволюционной теории права и отраслевых правовых науках. В.П. Грибанов писал: «...под виной в гражданском праве понимается психическое отношение лица к своему противоправному поведению и к его результату, основанное на возможности предвидения и предотвращения последствий этого поведения»¹. Г.К. Матвеев определял вину как психическое отношение нарушителя гражданского правопорядка в форме умысла или неосторожности к совершенному им противоправному действию и его последствиям². Н.С. Малеин отмечал: «Вина как психическое отношение к действиям и их последствиям представляет собой субъективный момент, связываемый обычно с поведением отдельного конкретного лица...»³. Психологический подход к цивилистической вине не отрицается и в современных исследованиях. Так, А.П. Сергеев пишет о вине следующее: «В этом субъективном условии ответственности находит свое выражение психическое отношение лица к совершенному им противоправному поведению и наступившим в результате этого последствиям»⁴. Таким образом, в цивилистике противостояние между поведенческим и психологическим подходами к вине сохраняется.

Несмотря на подтверждение законодателем поведенческой концепции вины (ст. 401 ГК РФ не подверглась никаким изменениям), в результате реформирования ГК РФ в нормативный материал стали проникать и психологические характеристики вины. Так, например, ответственность за предоставление заверений наступает при *знании* должником об их недостоверности (ст. 431.2), а знание — это принадлежность психики, а не поведения. Использование одновременно двух теорий вины способно привести к еще большим трудностям в практике.

Безусловно, вопрос о необходимости вины как условия договорной гражданско-правовой ответственности требует дальнейшего научного анализа, который должен учитывать дефекты поведенческой трактовки вины.

Фактически страх отказа от вины как обязательного элемента состава договорного правонарушения во многом обусловлен угрозой объективного вменения. Однако понимание вины как непринятия мер по исполнению обязательства фактически и так характеризует договорную ответственность как объективное вменение, поскольку учитывает

¹ Грибанов В.П. Ответственность за нарушение гражданских прав и обязанностей // Осуществление и защита гражданских прав. М.: Статут, 2001. С. 338—339.

² Матвеев Г.К. Вина в советском гражданском праве. Киев: Изд-во Киев. ун-та, 1955. С. 178.

³ Малеин Н.С. Указ. соч. С. 48.

⁴ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая: учебно-практический комментарий (постатейный) / под ред. А.П. Сергеева. М.: Проспект, 2010. С. 821.

только его противоправное поведение лица, а не его субъективное отношение к неисполнению обязательства.

Напротив, в деликтных отношениях должна применяться психологическая теория вины, поскольку конструкция деликтного гражданско-правового нарушения близка к публично-правовым нарушениям, а зачастую деликты являются следствием уголовных и административных правонарушений. В этих случаях неодинаковое понимание вины способно привести к правовой неопределенности: за одно и то же нарушение лицо может признаваться виновным в публичном праве и не виновным в частном праве¹.

Подчеркнем, что поведенческий подход к вине как к неприятию мер для исполнения обязательства в принципе не применим к деликтным обязательствам (п. 2 ст. 307.1 ГК РФ), в связи с этим деликтная гражданско-правовая ответственность на сегодняшний день вообще осталась без легального понятия вины, что, конечно, нельзя признать допустимым. На наш взгляд, при привлечении к гражданско-правовой ответственности за причинение вреда вина должна пониматься так же, как в публичных отраслях права.

Причинно-следственная связь и вредные последствия как условия гражданско-правовой ответственности. Цивилистическое учение о причинно-следственной связи относится к числу наименее разработанных; ее применение в российской судебной практике в большей степени зависит от «здорового смысла и жизненного опыта судьи»², чем от научно обоснованных критериев или законодательных подходов.

Безусловно, вопрос о юридически значимой причинной связи носит больше доктринальный характер, чем правотворческий. Какие-либо попытки законодательного реформирования причинно-следственной связи в процессе модернизации ГК РФ не предпринимались. Хотя стоит отметить, что в новой ст. 406.1 ГК РФ прямо предусмотрена обязанность возмещения потерь, возникших не в связи с поведением обязанного лица, т.е. потерь, не находящихся в причинно-следственной связи с его деянием.

Главная проблема трактовки причинно-следственной связи в гражданском праве – это ее постоянное и тотальное смешение с категорией вины. Так, например, абз.2 п. 1 ст. 1022 ГК РФ предусматривает, что доверительный управляющий несет ответственность за причиненные убытки, если не докажет, что эти убытки произошли вследствие непреодолимой силы либо действий выгодоприобретателя или учредителя управления; в научной литературе это правило относят к примерам «ви-

¹ См., напр. об этом: *Аганов А.Б.* Корреляция публичных и цивилистических форм вины // Административное и муниципальное право. 2016. № 9. С. 791–798.

² *Байбак В.В.* Причинная связь как условие договорной ответственности: сравнительно-правовой очерк // Вестник ВАС РФ. 2014. № 6. С. 21.

новой» ответственности предпринимателей¹. Однако, если будет доказано причинение убытков «в результате действий выгодоприобретателя или учредителя управления», то это будет свидетельствовать о том, что убытки находятся в причинно-следственной связи с их действиями, а не о том, что доверительный управляющий невиновен. Невиновность — это отсутствие вины, а не наличие действий третьих лиц, явившихся причиной вредных последствий.

Отсутствие психологического понимания вины в гражданском праве привело к тому, что причинно-следственную связь определяют через категорию «предвидения». Так, Президиум ВАС РФ по одному из дел указал на следующее: «Заключение договора на перепродажу ранее заключения государственного контракта не является определяющим при оценке факта наличия причинно-следственной связи между убытками, возникшими у кредитора, и неисполнением обязательств по поставке товара должником. В предпринимательской деятельности товар, как правило, приобретает с целью дальнейшей перепродажи и договор на перепродажу товара может быть заключен позднее. При таких условиях любой разумный продавец товара должен *предвидеть* (выделено мной — О.К.), что неисполнение им своих обязательств по поставке товара может, в свою очередь, повлечь неисполнение обязательств покупателя перед другим лицом и возникновение у него ущерба»².

Предвидение вредных последствий — это все-таки характеристика субъективной, а не объективной стороны поведения, к элементам которой и относится причинно-следственная связь. Хотя, безусловно, объективные и субъективные элементы в поведении, в том числе противоправном, очень тесно переплетены: «...причинно-следственная связь в известной мере «очеловечивается», тем не менее она, развиваясь в сложившейся правовой среде, остается объективной категорией»³.

Важно также отметить, что все гражданские правонарушения в качестве обязательного признака имеют негативные, вредные последствия. Однако, как справедливо заметил еще В.И. Кофман, гражданские правонарушения могут иметь или не иметь конкретный негативный *результат*⁴. Например, при применении таких мер ответственности, как уплата

¹ Михайлова И.А. Ответственность предпринимателей за нарушение обязательств: без вины виноватые // Предпринимательское право. Приложение «Право и Бизнес». 2014. № 2. С. 38.

² Постановление ВС РФ от 26.03.2013 № 15078/12 // Вестник ВАС РФ. 2013. № 8.

³ Богданов Е.В., Богданова Е.Е., Богданов Д.Е. Особенности развития причинно-следственных связей в договорных отношениях // Законодательство и экономика. 2016. № 7. С. 13–21.

⁴ Кофман В.И. Причинная связь как основание ответственности по советскому гражданскому праву // Избранные труды по гражданскому и хозяйственному праву. Екатеринбург: Бизнес, менеджмент и право, 2011. С. 62.

неустойки, уплата двойной суммы задатка, потеря задатка, выплата компенсации за нарушение исключительного права, конкретного юридического результата правонарушения нет, поэтому ни причинно-следственная связь, ни вид и размер вреда не устанавливаются. Как бы сказали представители науки уголовного права, состав таких правонарушений является формальным. К материальным составам гражданско-правового нарушения относятся возмещение убытков и возмещение вреда (как материального, так и морального) — и только при их применении подлежат установлению причинно-следственная связь и вредные последствия как обязательные элементы состава и необходимые условия ответственности.

Следует также обратить внимание, что в российском гражданском праве появились случаи презюмирования причинно-следственной связи. Так, согласно п. 4 ст. 10 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» пока не доказано иное, предполагается, что должник признан несостоятельным (банкротом) *вследствие действий и (или) бездействия* контролирующих должника лиц при наличии одного из указанных в данном пункте обстоятельств¹.

ВС РФ сформулировал общую конструкцию презумпции причинно-следственной связи: «Если возникновение убытков, возмещения которых требует кредитор, является обычным последствием допущенного должником нарушения обязательства, то наличие причинной связи между нарушением и доказанными кредитором убытками предполагается» (п. 5 постановления № 7). *Обычность* последствия нарушения обязательства в настоящее время определяется исключительно судебным усмотрением².

Презумпция причинно-следственной связи опровержима: должник, опровергающий доводы кредитора относительно причинной связи между своим поведением и убытками кредитора, не лишен возможности представить доказательства существования иной причины возникновения этих убытков (абз. 3 п. 5 постановления № 7.). Так, по одному из дел ответчик доказал, что убытки истца в виде пятикратного размера платы за негативное воздействие на окружающую среду вызваны не просрочкой представления проекта нормативов образования отходов и лимитов на их размещение, а другой причиной — уклонением истца от исполнения своих обязательств по получению необходимого публично-правового разрешения для санкционированного размещения отходов³.

¹ Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ (ред. от 18.06.2017) «О несостоятельности (банкротстве)» // СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190.

² См., напр.: постановление Арбитражного суда Уральского округа от 15.05.2017 № Ф09-1830/17 по делу № А60-50502/2015; постановление Арбитражного суда Уральского округа от 05.09.2016 № Ф09-8275/16 по делу № А47-1593/2015; постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 27.01.2017 по делу № А39-2789/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 03.10.2016 № Ф07-7845/2016 по делу № А56-50121/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

Освобождение от гражданско-правовой ответственности, ее исключение и ограничение. С учетом постулатов теории права при применении любого вида юридической ответственности подлежат выяснению основания, освобождающие от ответственности.

Сущность освобождения от юридической ответственности заключается в том, что лицо нецелесообразно привлекать к ответственности при утрате общественной вредности содеянного или самого правонарушителя, при этом состав (условия ответственности) правонарушения в его действиях полностью присутствует. Общеправовыми основаниями освобождения от юридической ответственности являются истечение сроков давности, его малозначительность, а также примирение с потерпевшим. Фактически это определенный акт гуманизма, прощения по отношению к правонарушителю, но последний остается правонарушителем, поскольку запрещенное нормами права деяние он все-таки совершил.

При этом отметим, что в цивилистической теории понимание освобождения от гражданско-правовой ответственности диаметрально противоположно общеправовому подходу. Лицо освобождается от гражданско-правовой ответственности, если в его поведении вообще отсутствует необходимый набор условий ответственности (состав правонарушения), т.е. если он и не является правонарушителем. В цивилистической доктрине к числу оснований освобождения от ответственности относят непреодолимую силу, случай, умысел кредитора (потерпевшего).

Для того чтобы освободить от ответственности, необходимо сначала иметь нормативную и фактическую возможность к ответственности привлечь, причем привлечь к ответственности можно только правонарушителя. В случае отсутствия какого-либо элемента состава гражданского правонарушения необходимо ставить вопрос об исключении ответственности, а не об освобождении от нее.

Непреодолимую силу цивилисты традиционно относят к обстоятельствам, освобождающим от ответственности: «Если должник несет ответственность за нарушение обязательства или за причинение вреда независимо от вины, то на него возлагается бремя доказывания обстоятельств, являющихся *основанием для освобождения* от такой ответственности, например, обстоятельств непреодолимой силы» (п. 5 постановления № 7)¹. Непреодолимая сила устраняет противоправность поведения и тем самым исключает гражданско-правовую ответственность, а не освобождает от нее. При этом в судебной практике обстоятельства не-

¹ См. также: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» (п. 12) // БВС РФ. 2015. № 8.

преодолимой силы зачастую оценивают как доказательство отсутствия вины должника, что, по справедливому замечанию Д.В. Дождева, «неоправданно привносит в проблему идею вины»¹. Доказательством отсутствия вины следует считать невиновность нарушителя права — случай, который является самостоятельным основанием для исключения гражданско-правовой ответственности. Невиновное противоправное поведение характеризуется субъективной непредотвратимостью обстоятельств, которые «нельзя предвидеть, но если бы их можно было предвидеть, их можно было бы предотвратить»².

На наш взгляд, к основаниям освобождения от гражданско-правовой ответственности — в порядке постановки вопроса — можно отнести истечение срока давности при соответствующем заявлении стороны в споре, малозначительность правонарушения (в случаях, предусмотренных законом), отказ кредитора от привлечения правонарушителя к ответственности (прощение долга). А непреодолимая сила, невиновность, отсутствие причинной связи между поведением и вредом являются основаниями для исключения гражданско-правовой ответственности.

ГК РФ содержит норму-дефиницию ограниченной ответственности, под которой следует понимать *предусмотренное законом* ограничение права на полное возмещение *убытков* (п. 1 ст. 400 ГК РФ). Исходя из буквального толкования этой нормы, такая ответственность может быть только законной. Однако системное толкование ГК РФ приводит нас к другому выводу.

Согласно п. 4 ст. 421 ГК РФ условия договора определяются по усмотрению сторон, кроме случаев, когда содержание соответствующего условия предписано законом или иными правовыми актами. П. 4 ст. 401 ГК, предусматривающий, что «заключенное заранее соглашение об устранении или ограничении ответственности за умышленное нарушение обязательства ничтожно», позволяет заключать соглашения об ограничении ответственности за неосторожное нарушение. П. 2 ст. 400 ГК РФ устанавливает правила заключения соглашения об ограничении ответственности, в которых кредитором является потребитель. ВС РФ также подтвердил, что «по общему правилу стороны обязательства вправе по своему усмотрению ограничить ответственность должника» (п. 6 постановления № 7).

Кроме того, уменьшение размера ответственности может касаться не только убытков. Так, может быть уменьшен размер неустойки (ст. 333

¹ Дождев Д.В. Объективные критерии освобождения от ответственности в гражданском праве // Гражданское право. 2017. № 2. С. 14.

² Байбак В.В. Общие условия ответственности за нарушение обязательств в ст. 401 ГК РФ: старые правила в новом контексте // Закон. 2016. № 10. С. 135.

ГК РФ), процентов за пользование чужими денежными средствами (ст. 395 ГК РФ), взыскиваемой суммы задатка (п. 8 постановления Пленума ВАС РФ от 22.12.2011 № 81¹), размер деликтного вреда.

С учетом изложенного под ограничением гражданско-правовой ответственности следует понимать установленную законом или договором возможность уменьшения размера ответственности. Следует также отметить, что мы разделяем высказанное в литературе мнение о необходимости специального указания в законе на возможность ограничения размера применительно к конкретной мере ответственности², в том числе к задатку. Предлагаемое понятие ограничения гражданско-правовой ответственности в качестве общей нормы-дефиниции может стать первым шагом к надлежащему нормативному оформлению таких случаев.

Изменения в правовой регламентации мер гражданско-правовой ответственности

Возмещение убытков. Эта общая мера гражданско-правовой ответственности в результате реформирования ГК РФ была приведена в соответствие с международно-правовыми стандартами.

Во-первых, в п. 1 ст. 393 ГК РФ появилось правило об универсальности убытков как меры ответственности — кредитор имеет право требовать возмещения убытков даже при использовании иных способов защиты, если иное не установлено законом. Как верно заметил В.А. Хохлов, «в принципе, такое понимание в доктрине преобладало и ранее, но теперь оно получило и нормативное закрепление (что весьма важно для правоприменительной практики)»³.

Эта новая норма корреспондирует п. 2 ст. 45 Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров и ст. 7.4.1. Принципов УНИДРУА. Однако такое право кредитора не безгранично, важно учитывать правила сочетаемости различных мер защиты⁴.

В этом отношении наиболее удачными видятся правила о границах универсальности мер защиты, сформулированные в ст. III.-3:102 Модельных правил европейского частного права: «нельзя сочетать только несовместимые между собой средства защиты» — и в п. 3 ст. 171 Кодекса европейского договорного права, устанавливающего, что «различные правовые

¹ Постановление Пленума ВАС РФ от 22.12.2011 № 81 (ред. от 24.03.2016) «О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации» // Вестник ВАС РФ. 2012. № 2.

² Микрюков В.А. О возможности уменьшения судом размера задатка по аналогии с неустойкой // Законодательство и экономика. 2015. № 12. С. 31.

³ Хохлов В.А. Общие положения об обязательствах: учеб. пособие. М.: Статут, 2015 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Жученко С.П. Убытки: зарубежные подходы и отечественная практика // Защита гражданских прав: избранные аспекты: сб. ст. / отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2017. С. 104–161.

средства защиты являются кумулятивными в той мере, в какой они позволяют возмещению полностью достичь своей цели, и при условии, что кумуляция не ведет к обогащению потерпевшего сверх суммы понесенного им вреда и не возлагает на должника больше, чем то, к чему он обязан».

Конкретные правила сочетания убытков и иных способов защиты не выглядели бы лишними и в российском ГК, особенно с учетом того, что суды абз. 2 п. 1 ст. 393 кодекса толкуют как альтернативное¹, а не кумулятивное взаимодействие убытков и иных мер защиты. Хотим также обратить внимание на то, что пока в большинстве случаев использование абз. 2 п. 1 ст. 393 ГК РФ в судебных решениях не вполне обоснованно. Ссылку на этот абзац мы видим при разрешении споров, в которых истец не применяет разные способы защиты, а просто взыскивает убытки.

Во-вторых, в ГК РФ появилась новая норма-дефиниция – возмещение убытков в полном размере. Это возмещение, в результате которого кредитор должен быть поставлен в положение, в котором он находился бы, если бы обязательство было исполнено надлежащим образом. Данная норма-дефиниция в целом соответствует определению полной компенсации, содержащемуся в ст. 7.4.2 Принципов УНИДРУА, а также ст. III.-3:702 Модельных правил европейского частного права, устанавливающей, что «общий объем возмещения убытков, причиненных неисполнением обязанности, составляет сумму, которая достаточна для того, чтобы кредитор оказался насколько возможно в том положении, в котором он находился бы, если бы обязательство было исполнено надлежащим образом. Такое возмещение покрывает ущерб, который понес кредитор, а также выгоду, которой кредитор лишился».

В-третьих, в ст. 393 ГК РФ появился новый п. 5, который направлен на решение проблемы сложности подсчета точной суммы убытков путем установления пониженного стандарта доказывания размера убытков. По общему правилу, размер убытков устанавливается с разумной степенью достоверности. Если это невозможно, то суд: а) не может отказать в возмещении убытков по этому основанию, и б) определяет размер убытков исходя из принципов справедливости и соразмерности ответственности. ВС РФ также сформулировал цель определения размера убытков при невозможности установить их точный размер: для «устранения последствий допущенного нарушения»².

Следует отметить, что в цивилистической литературе уже высказаны различные оценки введения рассматриваемого права суда. Одни по-

¹ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 21.12.2016 № Ф05-19110/2016 по делу № А40-247554/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

² Обзор практики рассмотрения судами дел по спорам о защите чести, достоинства и деловой репутации (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 16.03.2016) (п. 19) // БВС РФ. 2016. № 10.

лагают, что «суду следует предоставить право в случае необходимости определять размер причиненных убытков гражданам в отношениях между ними и юридическими лицами. Однако данное правило не следует распространять на юридические лица, поскольку при создании юридических лиц должна действовать презумпция надлежащей подготовки его персонала для участия в гражданском обороте»¹. Другие настаивают, что «цель комментируемой нормы одна, но высшая правовая: создание адекватных правовых условий, позволяющих наиболее полно защитить нарушенное право»².

Пункт 5 ст. 393 ГК РФ соответствует ст. 7.4.3. Принципов УНИ-ДРУА. Кроме того, сама правовая идея, изложенная в п. 5 ст. 393 ГК РФ, была сформулирована в российской правоприменительной практике еще в 2011 г.³. Отметим также, что расчет размера упущенной выгоды априори предполагается приблизительным, вероятностным, примерным⁴.

В-четвертых, ст. 393 ГК РФ пополнилась новым п. 6, согласно которому при нарушении негативного обязательства или угрозе его нарушения кредитор вправе помимо убытков требовать пресечения соответствующего (запрещенного) действия, если это не противоречит существу обязательства. Мы разделяем уже высказанные в специальной литературе мнения о том, что такое требование не является мерой ответственности⁵, а само правило должно находиться не в главе 25 ГК, а в ст. 308.3, определяющей способы защиты прав кредитора по обязательству⁶.

В-пятых, ГК РФ пополнился новой ст. 393.1, устанавливающий конкретный и абстрактный способ подсчета убытков при досрочном прекращении договора по причине его неисполнения или ненадлежащего исполнения должником. Содержательно эта статья корреспондирует

¹ *Богданова Е.Е.* Актуальные проблемы возмещения убытков в договорных обязательствах // *Гражданское право.* 2015. № 3. С. 8.

² *Скуратовский М.Л.* Процессуальная функция гражданского права (на примере общих положений об обязательствах) // *Частное право. Преодолевая испытания.* К 60-летию Б.М. Гонгало. М.: Статут, 2016. С. 97.

³ Постановление Президиума ВАС РФ от 06.09.2011 № 2929/11 по делу № А56-44387/2006 // *Вестник ВАС РФ.* 2012. № 3.

⁴ Определение Конституционного Суда РФ от 15.01.2016 № 4-О «По жалобе гражданина Шефлера Юрия Викторовича на нарушение его конституционных прав п. 5 постановления Государственной Думы от 02.07.2013 № 2559-6 ГД «Об объявлении амнистии» // *Вестник Конституционного Суда РФ.* 2016. № 3; постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // *БВС РФ.* 2105. № 8.

⁵ *Василевская Л.Ю.* Институты иностранного права в Гражданском кодексе Российской Федерации: новое регулирование – новые проблемы // *Судья.* 2016. № 10. С. 12.

⁶ *Байбак В.В.* Новая редакция ст. 393 ГК РФ: общие правила о возмещении убытков, причиненных нарушением обязательства // *Закон.* 2016. № 8. С. 130.

ст. 75, 76 Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров, ст. 7.4.5, 7.4.6 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА, III.-3:706: Модельные правила европейского частного права; ст. 9:506 и 9:507 Принципов европейского договорного права.

В соответствии со ст. 393.1 ГК РФ подсчет убытков в случае досрочного прекращения договора будет зависеть от двух вариантов поведения кредитора:

1. Кредитор заключает заменяющий договор взамен расторгнутого договора. В этом случае размер убытков равен разнице между ценой расторгнутого и заменяющего договоров (конкретный прием подсчета убытков).

2. Кредитор не заключает заменяющий договор. В этом случае размер убытков равен разнице между ценой прекращенного договора и текущей ценой (цена, взимаемая в момент прекращения договора за сопоставимые товары, работы или услуги в месте, где должен был быть исполнен договор, а при отсутствии текущей цены в указанном месте — цена, которая применялась в другом месте и может служить разумной заменой с учетом транспортных и иных дополнительных расходов). Это абстрактный метод подсчета убытков.

Следует отметить, что до появления ст. 393.1 в общей главе об ответственности за нарушение обязательств такие убытки могли быть взысканы только в рамках исполнения договора поставки (ст. 524 ГК РФ). Нормативное закрепление в общих положениях обязательственного права возможности взыскания таких убытков направлено на облегчение установления их размера, снижение стандарта доказывания и содействует «восстановлению работоспособности института убытков»¹.

Уплата процентов за просрочку в уплате денежных средств (за неисполнение денежного обязательства). Во-первых, в ходе реформирования ГК РФ размер таких процентов изменялся дважды. В 2015 г. размер процентов определялся средними ставками банковского процента по вкладам физических лиц², в 2016 г. — ключевой ставкой Банка России, действовавшей в соответствующие периоды³. С 30 октября 2017 г. ключевая ставка составляет 8,25%⁴. Это правило диспозитивное — иной размер может быть установлен законом или договором.

¹ Овсянникова А.О. Абстрактный и конкретный методы исчисления убытков // Вестник гражданского права. 2015. № 5. С. 57.

² Федеральный закон от 08.03.2015 № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2015. № 10. Ст. 1412.

³ Федеральный закон от 03.07.2016 № 315-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (п. 5 ст. 1) // СЗ РФ. 2016. № 27 (ч. II). Ст. 4248.

⁴ Информация Банка России от 27.10.2017. Банк России принял решение снизить ключевую ставку на 25 б.п., до 8,25% годовых // Вестник Банка России. 2017. № 92.

Во-вторых, установлено нормативное соотношение договорной неустойки и процентов за просрочку в уплате денежных средств — неустойка взыскивается как исключительная, проценты взысканию не подлежат (п. 4 ст. 395 ГК РФ). Это правило также диспозитивное — иное соотношение неустойки и процентов может быть предусмотрено законом или договором. ВС РФ этому правилу дал, на наш взгляд, не обоснованное его буквальным содержанием толкование. Прежде всего, ВС РФ распространил указанное правило как на договорную, так и на законную неустойку, хотя в п. 4 ст. 395 ГК РФ, очевидно, речь идет о соотношении процентов и договорной неустойки. Кроме того, ВС РФ полагает, что п. 4 ст. 395 ГК РФ должен распространяться только на соотношение процентов и зачетной неустойки («неустойка за нарушение денежного обязательства, на которую распространяется правило абзаца первого п. 1 ст. 394 ГК РФ»), хотя п. 4 ст. 395 ГК РФ такого ограничения не содержит. В связи с этим в научной литературе был сделан вывод о том, что исключительная, альтернативная и штрафная неустойка могут взыскиваться одновременно с процентами¹. Однако, на наш взгляд², такое судебное и доктринальное толкование противоречат буквальному содержанию п. 4 ст. 395 ГК РФ.

В-третьих, новый п. 5 ст. 395 ГК РФ регламентирует отношения по начислению процентов по ст. 395 ГК РФ на просроченную сумму процентов. Установлен запрет на сложные проценты, который может быть снят либо законом (для всех субъектов гражданских отношений), либо договором (только для лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность).

В-четвертых, возможно уменьшение размеров процентов в случае несоразмерности их последствиям нарушения при соблюдении двух условий: а) наличие заявления должника; б) уменьшенный размер процентов не может быть менее суммы, определенной исходя из ключевой ставки Банка России. Если должник подсчитал размер процентов по правилам п. 1 ст. 395, то п. 6 ст. 395 в принципе не действует³. ВС РФ указывает, что к уменьшению размера процентов ст. 333 ГК РФ, *по общему правилу*, не применяется (п. 48 постановления № 7). Однако, на наш взгляд, эта статья в данном случае не «по общему правилу» не

¹ Витрянский В. В. Судебное толкование некоторых новелл об исполнении обязательств и ответственности за их нарушение // *Хозяйство и право*. 2017. № 3 (Приложение). С. 3–48 // СПС «КонсультантПлюс».

² См. аналогичную позицию по этому вопросу: Гаврилов Э. О неустойке и процентах за неисполнение денежного обязательства после принятия изменений в общую часть обязательственного права // *Хозяйство и право*. 2015. № 6. С. 3–13; Рассказова Н. Ю. О процентах за пользование денежными средствами // *Арбитражные споры*. 2016. № 1. С. 84–89.

³ См., напр.: Определение Верховного Суда РФ от 19.09.2017 № 14-КГ17-20 // СПС «КонсультантПлюс».

применяется, а вообще не применяется, поскольку для уменьшения размера процентов по причине их несоразмерности законодатель установил специальное регулирование – п. 6 ст. 395 ГК РФ.

Уплата неустойки. Основные новеллы в регламентации неустойки связаны прежде всего с уменьшением судом ее размера для должников, осуществляющих предпринимательскую деятельность: а) для такого уменьшения требуется заявление должника; б) уменьшение договорной неустойки возможно только в исключительных случаях, ведущих к получению кредитором необоснованной выгоды. ВС РФ распространил это правило и на некоммерческие организации, нарушившие обязательство при осуществлении ими приносящей доход деятельности (п. 71 постановления № 7).

Кроме того, следует отметить появление в ГК РФ нового вида неустойки – судебной неустойки, под которой законодатель понимает денежную сумму, присуждаемую судом по требованию кредитора в случае неисполнения судебного акта об исполнении обязательства в натуре в размере, определяемом судом на основе принципов справедливости, соразмерности и недопустимости извлечения выгоды из незаконного или недобросовестного поведения (п. 1 ст. 308.3 ГК РФ). ВС РФ распространил право на взыскание судебной неустойки и на исполнение негаторных требований (п. 28 постановления № 7). По мнению В.В. Витрянского, сфера применения судебной неустойки будет расширяться «для стимулирования ответчика к исполнению и некоторых других видов судебных актов, по которым от ответчика требуется совершение определенных действий или воздержание от каких-либо действий»¹.

Новые основания гражданско-правовой ответственности. В результате реформы обязательственного права ГК РФ пополнился двумя новыми составами гражданских правонарушений.

I. Предоставление недостоверных заверений об обстоятельствах, имеющих значение для заключения договора, его исполнения или прекращения

Основание возникновения ответственности за предоставление недостоверных заверений. В.В. Витрянский охарактеризовал цель введения этого состава гражданского правонарушения как «улучшение инвестиционного климата в нашей стране и в целом ... оздоровление имущественного оборота»². Кроме того, отмечается, «что использование данного института позволит сократить риски, связанные с приобретением

¹ Витрянский В.В. Судебное толкование некоторых новелл об исполнении обязательств и ответственности за их нарушение.

² Витрянский В.В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. М.: Статут, 2016. С. 49.

крупных активов и компаний, сэкономить на проведении детального due diligence (юридической проверки), дабы выявить слабые места и потребовать соразмерного уменьшения покупной цены, а успехи сторон в суде в ходе защиты заверений, на которые полагается добросовестная сторона, укрепят доверие к российскому правопорядку»¹. Л.Ю. Василевская рассматривает ст. 431.2 ГК «как своеобразный способ защиты от вранья в договорных отношениях»².

Концепция развития гражданского законодательства о таком составе информации не содержала. Ст. 431.2 дополнила раздел договорного права, а именно главу 27 «Понятие и условия договора», из чего можно сделать вывод, что по общему правилу основанием ответственности за предоставление недостоверных сведений является договор. Однако ответственность за предоставление недостоверных заверений наступит и при признании договора незаключенным или недействительным (абз. 2 п. 1), в этом случае она будет деликтной.

Не является секретом, что конструкция этого состава правонарушения позаимствована российским законодателем из зарубежных правопорядков, хотя и отличается известной оригинальностью. Прежде всего, англосаксонскому праву известно деление утверждений на заверения (representations) и гарантии (warranties) с определением для них различных понятий и правовых последствий. При этом, как заметил С.Л. Будылин, в российском праве все утверждения в связи с договором «без разбора именуется “заверения об обстоятельствах”»³. В комментаторской литературе обращается внимание на стирание границ между заверениями и гарантиями и на то, что рассматриваемый российский «институт имеет черты и тех и других, выступая в качестве их своеобразного упрощенного гибрида»⁴. Однако научные оценки такого гибрида далеко не лестные, «поскольку в праве, как и в живописи, подлинник всегда ценнее, чем его посредственная копия»⁵.

¹ Харитонова Ю.С. Заверения об обстоятельствах как новелла российского права // Актуальные проблемы предпринимательского и корпоративного права в России и за рубежом: сб. науч. ст. / под общ. ред. С.Д. Могилевского, М.А. Егоровой. М.: РАНХиГС при Президенте РФ; юрид. ф-т им. М.М. Сперанского Ин-та права и нац. безопасности; Юстициформ, 2016 // СПС «КонсультантПлюс».

² Василевская Л.Ю. Указ. соч. С. 12.

³ Будылин С.Л. Деликт или нарушение договора? Заверения и гарантии в России и за рубежом (начало) // Вестник ВАС РФ. 2016. № 3. С. 98. См. также: Дмитриев С. Заверения, гарантии и обязательства по возмещению убытков по англо-американскому и российскому праву // Право и экономика. 2004. № 4.

⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации. Общие положения о договоре. Постатейный комментарий к главам 27–29 / под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2016. С. 102.

⁵ Богданов Д.Е. Новеллы Гражданского кодекса РФ с позиции концепции добросовестной последовательности в действиях и заявлениях // Законодательство и экономика. 2016. № 2. С. 47.

Мы используем исключительно юридико-догматический метод исследования этого состава правонарушения как нового основания гражданско-правовой ответственности (без сравнительно-правового анализа).

Противоправное поведение заключается в предоставлении недостоверных заверений об обстоятельствах, имеющих значение для заключения договора, его исполнения или прекращения. Такие заверения могут относиться:

а) к предмету договора, например: «продавец гарантировал, что на земельном участке ... отсутствуют другие объекты движимого и недвижимого имущества, принадлежащие продавцу либо иным лицам, за исключением отчуждаемого объекта незавершенного строительства»¹;

б) полномочиям на заключение договора;

в) соответствию договора применимому к нему праву;

г) наличию необходимых лицензий и разрешений; так, суд указал что «на момент заключения лицензионного договора у ответчика отсутствовали какие-либо права на товарный знак»²;

д) финансовому состоянию заверителя;

е) третьему лицу, например: заверения продавца жилого помещения о том, что проживающее в помещении третье лицо прекратит свои права (снимется с регистрационного учета, выедет и т.п.);

ж) иным обстоятельствам. Так, по одному из дел суд установил, что «ответчик заверил покупателя и гарантировал ему, что все операции продавца по покупке товара у своих поставщиков полностью отражены в первичной документации продавца, в бухгалтерской, налоговой, статистической и любой иной отчетности, обязанность по ведению которой возлагается на продавца»³.

Установлены и квалифицирующие составы этого правонарушения:

1) предоставление недостоверных заверений, имеющих *существенное* значение для контрагента, — дополнительная санкция — отказ от договора (п. 2 ст. 431.2)

2) предоставление недостоверных заверений, имеющих *существенное* значение и обусловивших заключение договора под влиянием обмана или существенного заблуждения⁴, — дополнительная санкция —

¹ Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 27.06.2017 № 08АП-7056/2017 по делу № А70-15988/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

² Постановление Двадцать первого арбитражного апелляционного суда от 24.10.2016 № 21АП-1331/2016 по делу № А84-581/2016.

³ Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 05.06.2017 № Ф08-2428/2017 по делу № А53-22858/2016.

⁴ В п. 3 во фразе «Сторона, заключившая договор под влиянием обмана или существенного заблуждения, вызванного недостоверными заверениями», вероятно, грамматическая ошибка. Следует: «Сторона, заключившая договор под влиянием обмана или существенного

признание договора недействительным (ст. 179 и 178) вместо отказа от договора (п. 3 ст. 431.2).

3) предоставление недостоверных заверений при осуществлении предпринимательской деятельности, а равно и в связи с корпоративным договором либо договором об отчуждении акций или долей в уставном капитале хозяйственного общества (п. 4 ст. 431.2).

Вредные последствия – убытки. Если кредитор предпочтет взыскание неустойки (не убытков), то, как следствие, убытки и причинно-следственная связь устанавливаться не будут.

Причинно-следственная связь между убытками и недостоверными заверениями. Как верно отметил В.А. Хохлов, «в случае с заверениями дефект развития отношений связан не с недостатками предоставляемых вещей или плохо выполненной работой, а с пороком поведения заверителя в виде предоставления ложной информации»¹.

Вина в составе данного правонарушения сформулирована крайне запутанно. Системное толкование абз. 1 п. 3 ст. 431.2 «Предусмотренная настоящей статьей ответственность наступает, если сторона, предоставившая недостоверные заверения, исходила из того, что другая сторона будет полагаться на них, или имела разумные основания исходить из такого предположения» и абз. 2 п. 4 «В случаях, предусмотренных абзацем первым настоящего пункта, предполагается, что сторона, предоставившая недостоверные заверения, знала, что другая сторона будет полагаться на такие заверения», приводит к следующим выводам.

Во-первых, законодатель напрямую использует психологическое понимание вины (знал, не знал, должен был знать). Оборот «исходил или имел основания исходить» фактически тождественен широко известному психологическому пониманию вины «правонарушитель знал или должен был знать». Здесь важно отметить, что психологический подход к вине на нормативном уровне в гражданское право вводится впервые, что прошло практически незамеченным широкой юридической общественностью.

Объективистское понимание вины в этих составах не применимо. Однако следует отметить, что ВС РФ указывает на применимость поведенческого конструкта вины в п. 4 ст. 431.2 ГК РФ: «...на сторону может быть возложена обязанность отвечать за наступление или ненаступление определенных обстоятельств, в том числе не зависящих от ее поведения, например в случае недостоверности заверения об обстоятельствах при осуществлении предпринимательской деятельности

заблуждения, вызванных недостоверными заверениями», поскольку обусловленность недостоверными заверениями относится и к обману.

¹ Хохлов В.А. Юридически значимые заверения в гражданском праве России // Журнал российского права. 2016. № 2. С. 68.

(п. 4 ст. 431.2 ГК РФ)...»¹. Хотя в самом п. 4 ст. 432.1 ГК РФ установлено, что ответственность предпринимателей за недостоверные заверения возникает независимо не от поведения, а от знания.

Во-вторых, подобное правонарушение можно совершить только умышленно. Следует отметить, что в научной литературе отстаивается позиция и о возможности неосторожного предоставления недостоверных заверений². Однако в ст. 431.2 ГК РФ для характеристики вины используется категория «знания», а знание об определенных обстоятельствах охватывается только умыслом. Зарубежной нормативной практике известны как умышленные, так и неосторожные и случайные недостоверные заверения³.

В-третьих, вина охватывает два момента:

1. Знание о недостоверности заверений. Исходя из того что санкции при осуществлении предпринимательской деятельности за недостоверные заверения возникают независимо от того, было ли правонарушителю известно о недостоверности таких заверений (абз. 1 п. 4), т.е. без вины, в непредпринимательских отношениях знание правонарушителя о недостоверности заверений является обязательным элементом состава. Однако с учетом того, что речь идет о гражданско-правовых отношениях, такое знание презюмируется.

2. Знание о том, что другая сторона будет полагаться на заверения. В предпринимательских отношениях презюмируется, что правонарушитель (сторона, предоставившая заверения) знал, что другая сторона будет полагаться на заверения (абз. 2 п. 4). Из этого следует, что в непредпринимательских отношениях будет действовать обратная презумпция: предположение о том, что правонарушитель не знал, что другая сторона будет полагаться на заверения. Фактически законодатель, на наш взгляд, без достаточных оснований, здесь вводит презумпцию невиновности правонарушителя, возлагая на потерпевшую сторону необходимость опровергать презумпцию незнания правонарушителя, доказывая его знание о том, что потерпевший «будет полагаться на заверения». Для лица, предоставившего недостоверные заверения, во всех случаях должна действовать презумпция знания или долженствования знания им того, что другая сторона полагалась на эти заверения.

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении» (п. 1) // БВС РФ. 2017. № 1.

² Будылин С.Л. Деликт или нарушение договора? Заверения и гарантии в России и за рубежом (окончание) // Вестник ВАС РФ. 2016. № 4. С. 104–105.

³ Томсинов А.В. Заверения об обстоятельствах и возмещение потерь в российском праве в сравнении с representations, warranties и indemnity в праве Англии и США // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 11. С. 91–111.

В-четвертых, в п. 1 и п. 4 законодатель использует разный объем интеллектуального элемента вины. В п. 2 правонарушитель «исходил или имел разумные основания исходить» (т.е. знал или должен был знать), а в п. 4 только – «знал». Для такой дифференциации, на наш взгляд, нет никаких оснований. В обоих случаях следует толковать признак вины как «знал или должен был знать», особенно с учетом того, что «знание» лица о чем-либо крайне трудно доказуемо в принципе.

Меры ответственности. Убытки или договорная неустойка. Неустойка за данное правонарушение является альтернативной (т.е. взыскиваются либо убытки, либо договорная неустойка). Считать эту неустойку исключительной ошибочно¹. Признание договора недействительным и отказ от договора за отдельные квалифицирующие составы этого правонарушения не относятся к мерам гражданско-правовой ответственности, являются иными санкциями.

II. Недобросовестное поведение при проведении переговоров

Основание возникновения гражданско-правовой ответственности за недобросовестное поведение при проведении переговоров. Появление в ГК РФ ответственности за недобросовестное переговорное поведение обусловлено п. 7.7. Концепции развития гражданского законодательства, согласно которому «в целях предотвращения недобросовестного поведения на стадии переговоров о заключении договора в ГК следует для отношений, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, предусмотреть специальные правила о так называемой преддоговорной ответственности (*culpa in contrahendo*), ориентируясь на соответствующие правила ряда иностранных правопорядков».

В правовой доктрине существует три основных подхода к юридическому факту, лежащему в основе ответственности за недобросовестное ведение переговоров: деликт, нарушение договора, нарушения особого преддоговорного обязательства². Формально-догматический анализ ст. 434.1 ГК позволяет заключить, что таким основанием может быть как деликт, так и договор. П. 5 предусматривает возможность заключения соглашения о порядке ведения переговоров, конкретизирующего требования к добросовестному ведению переговоров, устанавливающего порядок распределения расходов на ведение переговоров и иные подобные права и обязанности, а также предусматривающего неустойку за нарушение указанных в нем положений. Данное соглашение является

¹ Рудоквас А.Д. Нарушение обязанностей информирования: преддоговорная ответственность, заверения и гарантии возмещения потерь // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2016. № 11. С. 67.

² Демкина А.В. Ведение переговоров как основание возникновения обязательства // Юридический мир. 2016. № 5. С. 54–58; Егорова М.А. Переговоры о заключении договора (комментарий к ст. 434.1 ГК РФ) // Право и экономика. 2015. № 12. С. 20–28.

разновидностью организационного договора¹. Нарушение такого соглашения влечет возникновение договорной ответственности. Законодатель и ВС РФ хотя и в разных формулировках² указывали, что к данным отношениям применяются правила гл. 59 ГК РФ (п. 8 ст. 434.1 и п. 19 постановления № 7). Заметим также, что в п. 2 ст. 446 ГК РФ установлен шестимесячный срок исковой давности для привлечения к этому виду ответственности.

Противоправное деяние заключается в недобросовестном поведении при проведении переговоров, к которому, в частности, относятся:

1. Вступление в переговоры о заключении договора или их продолжение при заведомом отсутствии намерения достичь соглашения с другой стороной (п. 2 ст. 434.1). Так, суд подтвердил довод ответчика о том, что «истец вступил в переговоры об изменении условий Договора аренды при заведомом отсутствии намерения изменить условия Договоров, что свидетельствует о его недобросовестности»³.

2. Предоставление стороне неполной или недостоверной информации, в том числе умолчание об обстоятельствах, которые в силу характера договора должны быть доведены до сведения другой стороны (пп. 1 п. 2 ст. 434.1).

3. Внезапное и неоправданное прекращение переговоров о заключении договора при таких обстоятельствах, при которых другая сторона переговоров не могла разумно этого ожидать (пп. 2 п. 2 ст. 434.1). Так, по одному из дел суд установил, что истец и ответчик (потенциальный арендатор) в течение 7 месяцев находились в процессе переговоров о заключении договора аренды склада; ответчик согласовал с истцом в окончательной редакции итоговый текст договора аренды, передал его истцу, контролировал ход подписания истцом договора; ответчик при получении подписанных истцом экземпляров договоров «прекратил деловой контакт с истцом». Довод ответчика о том, что он не получил согласие на одобрение договора со стороны наблюдательного совета суд признал необоснованным, поскольку ответчик при проведении переговоров не извещал истца о необходимости такого одобрения, а также в связи с отсутствием в учредительных документах ответчика упоминаемого органа управления⁴.

¹ *Малеина М.Н.* Соглашение о процедуре переговоров (переговорных процедурах) // *Законы России: опыт, анализ, практика.* 2011. № 5. С. 22, 24; *Семякин М.Н.* Проблемы определения предмета цивилистического правоведения // *Российский юридический журнал.* 2017. № 1. С. 40–44.

² См. об этом: *Тололаева Н.В.* Ответственность за недобросовестное ведение переговоров // *Судья.* 2016. № 10. С. 22–26.

³ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 02.06.2017 № 09АП-21107/2017 по делу № А40-176224/16 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 19.09.2017 № 10АП-7521/2017 по делу № А41-90214/16 // СПС «КонсультантПлюс».

4. Раскрытие полученной в ходе переговоров конфиденциальной информации или ненадлежащего использования ее для целей получателя информации (п. 4 ст. 434.1).

5. Иные недобросовестные действия («преднамеренное затягивание переговоров, намеренный срыв переговоров (например, при навязывании контрагенту заведомо неприемлемого для него условия договора)»)¹.

Следует отметить, что законодатель в п. 2 и п. 3 использует различную терминологию для характеристики противоправных действий стороны в преддоговорном процессе: «недобросовестные действия при проведении переговоров (п. 2) и «ведет или прерывает переговоры о заключении договора недобросовестно» (п. 3), — применяя близкие, но не тождественные слова «проведение», «ведение», «прерывание», «прекращение» в различном соотношении. Такой подход не соответствует лингвистическим требованиям юридической техники. Кроме того, использование в п. 2 ст. 434 ГК термина «действие» не является правильным. Поскольку умолчание об обстоятельствах, прекращение переговоров — это акты противоправного бездействия.

В связи с этим в ст. 434.1 правильнее вести речь о недобросовестном поведении, а не недобросовестных действиях, а абз. 1 п. 3 следовало бы изложить в редакции: «Недобросовестная сторона обязана возместить другой стороне причиненные убытки».

Вредными последствиями являются убытки, определяемые как «расходы, понесенные другой стороной в связи с ведением переговоров о заключении договора, а также в связи с утратой возможности заключить договор с третьим лицом» (абз. 2 п. 3 ст. 434.1). Попытку законодателя дефинировать убытки применительно к рассматриваемому правонарушению, нельзя признать удачной. Во-первых, такая формулировка без очевидных причин значительно сужена по сравнению с формулировкой, приведенной в ст. 15 ГК РФ; во-вторых, фраза «расходы в связи с утратой возможности заключить договор с третьим лицом» вообще лишена экономического смысла. Скорее всего, здесь законодатель имел в виду упущенную выгоду, к которой понятие «расходы» не применяется. Законодателя поправил ВС РФ, дав расширительное толкование абз. 2 п. 3 ст. 434.1: «Например, ему могут быть возмещены расходы, понесенные в связи с ведением переговоров, расходы по приготовлению к заключению договора, а также *убытки*, понесенные в связи с утратой возможности заключить договор с третьим лицом (ст. 15, п. 2 ст. 393, п. 3 ст. 434.1, абз. первый п. 1 ст. 1064 ГК РФ)» (п. 20).

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий к разделу III «Общая часть обязательного права» / под ред. Л.В. Санниковой. М.: Статут, 2016 // СПС «КонсультантПлюс».

Однако и такая перечневая дефиниция убытков не решает всех правоприменительных проблем. Например, в ранее приведенном споре между потенциальными арендатором и арендодателем склада, было установлено, что арендодатель в целом не утратил возможности заключить договоры с третьим лицом, поскольку такие договоры после недобросовестного прекращения переговоров были заключены. Однако в течение 2 месяцев до заключения новых договоров склады в аренду не сдавались, и за этот период упущенная выгода была взыскана судом на основании того, что «п. 20 постановления Пленума ВС РФ от 24.03.16 № 7 разъяснено, что в результате возмещения убытков, причиненных недобросовестным поведением при проведении переговоров, потерпевший должен быть поставлен в положение, в котором он находился бы, если бы не вступал в переговоры с недобросовестным контрагентом».

Несмотря на то что в литературе утверждается об ограничении законодателем размера убытков¹, в том числе о невозможности взыскания неполученного дохода², по этому составу правонарушения фактически судебное толкование расширило содержание п. 3 ст. 434.1 до содержания ст. 15 ГК – и с этих позиций нормативное описание убытков за недобросовестное ведение переговоров не нуждалось в особой дефиниции в ст. 434.1 и в настоящее время ничем не отличается от общегражданского понимания убытков.

Такое толкование соответствует и международным подходам. Так, п. 2 ст. 2.1.15 Принципов УНИДРУА предусмотрено, что сторона, которая ведет или прерывает переговоры недобросовестно, является ответственной за потери, причиненные другой стороне. Комментаторы этого пункта указывают на право потерпевшей стороны получить как возмещение расходов, понесенных при переговорах, так и компенсацию за утрату возможности заключить другой договор с третьим лицом (отрицательный договорный интерес)³. Однако она по общему правилу не может получить возмещение выгоды, которую имела бы, если бы первоначальный договор был все-таки заключен (ожидаемый договорный интерес).

¹ Демкина А.В. О преддоговорной ответственности в гражданском праве // Гражданское право. 2016. № 1. С. 31–34; Егорова М.А. Переговоры о заключении договора (комментарий к ст. 434.1 ГК РФ) // Право и экономика. 2015. № 12. С. 20–28.

² Демкина А.В. К вопросу об объеме возмещения при преддоговорной ответственности // Российская юстиция. 2015. № 11. С. 14–17; Малеина М.Н. Переговоры о заключении договора (понятие, правовое регулирование, правила) // Журнал российского права. 2016. № 10. С. 36–46; Казаченок О.П., Витвицкая В.Р. Значение законодательного закрепления стадии преддоговорных переговоров в гражданском законодательстве: ретроспективный анализ // Арбитражный и гражданский процесс. 2017. № 3. С. 55. С. 52–56.

³ Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 / пер. с англ. А.С. Комарова. М.: Статут, 2013. С. 60.

Здесь также следует отметить, что в п. 4 ст. 434.1 за совершение такого правонарушения, как раскрытие конфиденциальной информации или использование ее для своих целей, устанавливается общегражданская ответственность — возмещение убытков, без их специального определения.

Причинно-следственная связь между недобросовестным поведением и убытками. В рассматриваемом составе правонарушения причинная связь лишена каких-либо особенностей (п. 5 постановления № 7). Следует лишь отметить, что в п. 4 ст. 434.1 при характеристике причинной связи указано, что получившая информацию сторона переговоров «должна возместить другой стороне убытки, причиненные в результате раскрытия конфиденциальной информации или использования ее для своих целей». Очевидно, что причиной взыскания убытков в данном случае может служить только *ненадлежащее* использование информации, указание на которое в санкции статьи отсутствует.

Вина поглощается недобросовестностью, поскольку недобросовестное поведение случайным (невиновным) быть не может. ВС РФ прямо указал, что в данных составах правило п. 2 ст. 1064 ГК РФ, которое позволяет ответчику доказывать невиновность, не применяется (п. 19).

Субъект правонарушения. Ответственность за недобросовестное ведение переговоров не несут граждане, признаваемые потребителями (п. 6 ст. 434.1), поскольку «при традиционно существующем неравенстве переговорных возможностей в потребительской сфере крайне сложно представить такую ситуацию, когда именно поведение потребителя нарушает доверие контрагента к успешному завершению переговоров»¹. Однако вряд ли такое ограничение субъектного состава этого правонарушения имеет правоприменительное значение, поскольку п. 4 ст. 1 ГК РФ во всех случаях запрещает недобросовестное поведение².

Меры ответственности. По общему правилу за недобросовестное ведение переговоров предусмотрено возмещение убытков, в соглашении о проведении переговоров может быть предусмотрена неустойка. Судебная практика напоминает, что условие о неустойке всегда должно быть в письменной форме, в том числе в соглашении о проведении переговоров³. Следует отметить, что в других правопорядках за этот состав правонарушения предусмотрены и иные санкции, например по-

¹ Мазур О.В., Сергеев А.П., Терещенко Т.А. Ответственность за недобросовестные переговоры как ограничение свободы договора (на примере положений ст. 434.1 ГК РФ) // Свобода договора: сб. ст. / отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2016. С. 396.

² Сергеев А.П., Терещенко Т.А. Реформа Гражданского кодекса Российской Федерации: общий комментарий новелл обязательственного права // Арбитражные споры. 2015. № 3. С. 164.

³ Решение Арбитражного суда Свердловской области от 03.10.2016 по делу № А60-25506/2016.

нуждение к продолжению переговоров¹. В заключении отметим, что реформирование института гражданско-правовой ответственности нельзя признать завершённым, прежде всего из-за отсутствия единообразия в понимании ее сущности, оснований и условий применения, мер реализации.