

ПРЕДИСЛОВИЕ

Перед читателем уже третий выпуск «Опытов цивилистического исследования». На этот раз он не представляет собой сборника выпускных квалификационных работ очередного учебного года, а является специальным – посвященным юбилею профессора **Евгения Алексеевича Суханова**, который 8 апреля 2018 г. отметил свое 70-летие.

Авторы сборника – выпускники кафедры гражданского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, работающие или работавшие в последние несколько лет под научным руководством ответственных редакторов. Некоторые из них читателю уже знакомы – их работы не раз публиковались как в первых выпусках сборника, так и в научной периодике. Все они – как продолжающие учебу, так и окончившие ее и ставшие серьезными специалистами – с готовностью и воодушевлением откликнулись на наше предложение и принялись за подготовку специальных исследований в честь юбиляра.

Это воодушевление и, смеем надеяться, уровень представленных в сборнике работ красноречиво свидетельствуют, что многолетний труд юбиляра в качестве преподавателя и заведующего кафедрой гражданского права продолжает приносить плоды и что созданная на кафедре творческая атмосфера и принятые здесь стандарты качества передаются все новым поколениям цивилистов.

Преподаватели кафедры гражданского права
юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова
доцент *А.М. Ширвиндт* и ассистент *Н.Б. Щербakov*

СПИСОК СОКРАЩЕНИЙ

ВАС РФ – Высший Арбитражный Суд Российской Федерации

Венская конвенция – Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.

ВС РФ – Верховный Суд Российской Федерации

ГГУ – Германское гражданское уложение

ГК РФ – Гражданский кодекс Российской Федерации

DCFR – Draft Common Frame of Reference (Проект Общей системы координат)

PECL – Principles of European Contract Law (Принципы европейского договорного права)

PICC – UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА)

UCC – Uniform Commercial Code (Единообразный торговый кодекс США)

СМЕШАННАЯ ВИНА И СНИЖЕНИЕ УБЫТКОВ ПРИ НАРУШЕНИИ ДОГОВОРА

Настоящая статья посвящена исследованию проблематики смешанной вины и непринятия мер по снижению договорных убытков как форм участия кредитора в возникновении убытков при нарушении договора. В частности, в сравнительно-правовом контексте рассматриваются история данных институтов и теоретические обоснования их появления. Также затрагиваются вопросы разграничения смешанной вины с просрочкой кредитора и нарушением встречного обязательства в синаллагматическом договоре.

Кроме того, на основе зарубежного опыта оцениваются подходы, выработанные отечественной доктриной и судебной практикой.

I.I. Akimova

Mutual Contributory Negligence and Mitigation of Damages for Breaching of the Contract

The article is devoted to mutual contributory negligence and failure to mitigate contractual damage as forms of creditor's participation in loss occurrence under breach of the contract. In particular, the history of the institutes and their theoretical justification are reviewed in the comparative law context. Besides, the author makes an attempt to distinguish mutual contributory negligence from a delay by the creditor and a breach of a counter obligation under a synallagmatic contract.

Approaches provided in the Russian legal doctrine and courts practice are also assessed on the basis of foreign experience.

1. Введение

Как цивилистической доктрине, так и судебной практике хорошо известно, что для взыскания договорных убытков необходим определенный юридический состав: 1) наличие самих убытков у кредитора, 2) нарушение со стороны должника, 3) причинно-следственная связь

между возникновением ущерба и нарушением¹. Похожий состав в большинстве случаев необходим и для возмещения ущерба, причиненного в результате деликта. В зависимости от субъектного состава участников договора или от вида деликта существенную роль также может играть и вина самого должника или причинителя. Однако возможны ситуации, когда значение имеет не только поведение должника, но и поведение кредитора, а именно: если убытки либо возникают в принципе, либо увеличивается их размер отчасти в результате действий (или бездействия) самого кредитора. Несмотря на то, что вина кредитора или потерпевшего учитывается не только в договорном, но и в деликтном праве, а в зарубежной доктрине – еще и в трудовом², в настоящей работе основное внимание будет уделено именно договорным отношениям.

Поведение кредитора, влекущее возникновение или увеличение убытков, как правило, описывается двумя категориями: смешанная вина (*Mitverschulden, contributory negligence*) и нарушение обязанности по уменьшению убытков (*Schadensminderungsobliegenheit, duty to mitigate*)³. Принципиальная разница между двумя этими категориями заключается в том, что в случае со смешанной виной имеет место некое поведение кредитора, которое в совокупности с действиями или бездействием должника становится причиной возникновения спорных убытков. При непринятии мер по уменьшению убытков кредитор не влияет на наступление самого события, но после его наступления не принимает доступные ему меры для снижения убытков или, напротив, содействует их увеличению.

Прежде чем перейти к описанию и исследованию данного явления по существу, стоит отметить, что сам по себе вопрос многогранен и тесно связан с историей развития целого ряда институтов гражданского права. Кроме того, в рассматриваемой сфере на уровне как доктрины, так и судебной практики крайне распространено использование всевозможных оценочных категорий, как то: «справедливо», «разумно», «ожидаемо», «предвидимо с разумной степенью достоверности», «степень вероятности», что на практике порождает целый спектр решений, большинство из которых требуют самостоятельного изучения и написания отдельных работ. Например, в сфере купли-продажи, подряда,

¹ Садигов О.Н. Убытки в гражданском праве Российской Федерации. М.: Статут, 2009 (СПС «Консультант Плюс»).

² *Dobbs D.B. Dobbs Law of Remedies: Damages, Equity, Restitution. 2nd ed. Vol. 3. West Publishing Company, 1993. P. 133–134.*

³ *Jansen N. Contributory Negligence (Contributory Conduct or Activity) // Max Planck Encyclopedia of European Private Law. Vol. 1. Oxford University Press, 2012. P. 401–403.*

при применении строгой ответственности и т.д. В связи с чем автор настоящей статьи не ставит перед собой задачу детально исследовать все проблемы, возникающие при «участии» кредитора в возникновении и увеличении убытков, или максимально подробно описать все возможные подходы к установлению последствий. В данной работе лишь предпринимается попытка осветить основные пути решения вопроса о распределении убытков в описываемой ситуации на современном этапе через призму исторического и отчасти сравнительно-правового анализа.

Также необходимо сразу оговориться, что далее по тексту будет часто встречаться выражение «событие, повлекшее возникновение убытков» или другие, близкие ему по смыслу. В рамках настоящей работы «событие» следует понимать шире, нежели принято в отечественной доктрине при классификации юридических фактов¹. То есть данным понятием будут охватываться в том числе также действия (или бездействие) субъектов, как то: нарушение обязательства, расторжение договора и т.д.

2. Необходимость ограничения ответственности должника

В результате долгого исторического развития типичным последствием поведения кредитора, повлекшего возникновение или увеличение убытков, стало снижение размера ответственности должника пропорционально степени участия кредитора в возникновении убытков. Однако даже в европейских юрисдикциях данный подход неоднороден².

Существует несколько вариантов объяснения того, почему ограничивается или исключается ответственность должника перед кредитором, содействовавшим возникновению или увеличению убытков.

В первую очередь большинство авторов, исследовавших описываемую проблематику, во главу угла ставят идею справедливости³. Это

¹ Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. Категория науки гражданского права // Избр. тр. М.: Статут, 2005.

² Draft Common Frame of Reference: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), 2009. P. 955–957; *Ranieri F.* Europäisches Obligationenrecht: Ein Handbuch mit Texten und Materialien. Aufl: 3. Vienna: Springer. S. 704–705.

³ Яблочков Т.М. Влияние вины потерпевшего на размер возмещаемых ему убытков. Т. II. Ярославль: Тип. губернского правления, 1911. С. 20; *Jansen N.* § 254. Mitverantwortlichkeit des Geschädigten // Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Bd. II. Schuldrecht: Allgemeiner Teil. § 241–432. 2. Teilband: § 305–432. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. S. 673; Договорное и обязательное право (общая часть): постатейный коммента-

довольно абстрактное объяснение основывается на том, что несправедливо все последствия действий двух субъектов возлагать только на одного из них. Очевидно, что такая аргументация является хотя и интуитивно понятной, но явно недостаточной, поскольку через категории справедливого и несправедливого можно объяснить абсолютно все правовые явления. Помимо того, что сама категория справедливости не имеет четкого содержания, такое объяснение полностью игнорирует используемые при взыскании убытков специальные институты, выработанные на протяжении всей истории развития права.

Второе объяснение основывается на немногим менее абстрактном принципе добросовестности¹. Так, поведение кредитора, который сначала содействует возникновению или увеличению убытков, а потом пытается в полном размере взыскать их с должника, является недобросовестным и требует реакции правопорядка. Иногда указывают, что данные действия нарушают запрет противоречивого поведения (*venire contra factum proprium*)². В современных отечественных работах путем синтеза англо-американского *duty to mitigate* и принципа добросовестности выводят аналогичную обязанность по совершению действий, направленных на уменьшение убытков³.

Однако, как представляется, при ответе на данный вопрос допустим и альтернативный ход рассуждения. Так, возможно, в ситуациях, когда кредитор причастен к возникновению убытков, суд отказывает во взыскании части убытков не потому, что необходимо применить санкцию к кредитору, а потому, что взыскание убытков с должника в полном объеме будет слишком несоразмерной санкцией в отношении самого должника. Причины того, почему именно это несправедливо, для случаев смешанной вины и непринятия мер по митигации убытков несколько различны, но существуют в обеих ситуациях.

рий к статьям 307–453 Гражданского кодекса РФ / Под ред. А.Г. Карапетова. М.: Статут, 2017 (далее – Комментарий под ред. А.Г. Карапетова) (автор комментария – А.Г. Карапетов). С. 721; *Saidov D. The Law of Damages in International Sales. The CISG and other International Instruments. Oxford and Portland, Oregon, 2008. P. 127–128.*

¹ *Сарбаш С.В. Элементарная догматика обязательств: Учебное пособие. М.: Статут, 2016. С. 294; Комментарий под ред. А.Г. Карапетова (автор комментария – В.В. Байбак). С. 717; Байбак В.В. Уменьшение убытков при нарушении договора (mitigation) // Вестник ВАС РФ. 2012. № 7 (СПС «Консультант Плюс»).*

² *Vieweg K. Schadensersatzrecht // Staudingers J. von. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Berlin, 2008. S. 431; Palandt Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 76. Aufl. C.H. Beck, 2017. § 254. S. 329.*

³ Комментарий под ред. А.Г. Карапетова (автор комментария – А.Г. Карапетов). С. 722.

При смешанной вине само событие, повлекшее причинение убытков, возникло вследствие действий как должника, так и кредитора. В данной ситуации порок скрывается именно в составе, необходимом для наступления ответственности должника, — наличии причинной связи между действиями должника и возникновением убытков у кредитора¹. При этом наиболее распространенная позиция заключается в том, что без содействия кредитора убытки могли не возникнуть в принципе. Подобной логикой руководствовались те, кто отстаивал полное освобождение должника от ответственности при смешанной вине². Об эволюции и обоснованности такого решения речь пойдет далее, но здесь стоит отметить, что полное освобождение должника от возмещения убытков при смешанной вине было доминирующим подходом довольно длительное время³.

В случае же с обязанностью по митигации оценивается то, какие действия мог бы совершить кредитор для уменьшения убытков или их предотвращения. То есть кредитор сам не участвует в событии, в результате которого причиняются убытки. В первую очередь ключевым здесь называют то, что после наступления указанного события возможность сокращения причиняемых убытков находится уже в сфере контроля кредитора, а не должника⁴. В том числе поэтому снижение взыскиваемых убытков может осуществляться только тогда, когда у кредитора была объективная возможность эти убытки снизить или предотвратить.

Самым типичным примером необходимой и доступной меры по снижению убытков является совершение кредитором замещающей сделки после нарушения должником его обязательства⁵. Очевидно, что должник не может вместо кредитора совершить такую сделку, тем не менее оперативное ее совершение кредитором может значительно сократить, если не исключить, его убытки вовсе.

В качестве второго аргумента, вытекающего из первого, используют то, что уже после нарушения причинная связь между нарушением должника и убытками разрывается или, по крайней мере, становится более отдаленной⁶.

¹ *Ranieri F.* Op. cit. S. 701.

² *Jansen N.* Contributory Negligence. P. 402.

³ Ibid.

⁴ *Jansen N.* § 254. Mitverantwortlichkeit des Geschädigten. S. 662.

⁵ *Kötz H.* European Contract Law. 2nd ed. Oxford University Press, 2017. P. 262; *Capbau C.B.* Указ. соч. С. 293; *Dobbs D.B.* Op. cit. P. 133; *Saidov D.* Op. cit. P. 133; Chitty on Contracts. Vol. I. General principles. London, 2008. P. 1957.

⁶ *Saidov D.* Op. cit. P. 130–131; *McKendrick E.* Contract Law: Text, Cases, and Materials. 5th ed. Oxford University Press, 2012. P. 414; *Байбак В.В.* Указ. соч.

Наконец, еще одно объяснение дается с точки зрения, скорее, экономики, чем права, и затрагивает оно в большей степени обязанность по митигации, чем смешанную вину. Так, обязанность кредитора по принятию мер для предотвращения или снижения убытков объясняется тем, что таким образом он не тратит впустую и без того ограниченные экономические ресурсы¹. Исполнение данной обязанности кредиторами ведет к сохранению и увеличению общественного благосостояния в целом². Недостаток такого подхода, на что указывают и в отечественных работах³, в том, что при принятии мер по митигации убытков кредитор также может затратить немалые ресурсы. В то же время большинство авторов указывают, что на кредитора не может возлагаться принятие чрезмерно обременительных мер, и эти затраты в любом случае должны быть меньше, чем предотвращаемые убытки. В связи с чем в этой части критика данного объяснения представляется не вполне оправданной.

Таким образом, все существующие объяснения по отдельности не раскрывают в полной мере цели, задачи и причины появления описываемых институтов, однако в совокупности дают представление о том, почему такой подход возник и получил распространение среди национальных право порядков и международных инструментов.

3. Разделение на смешанную вину и принятие мер по уменьшению убытков

Вопрос о том, насколько обосновано разделение на смешанную вину и принятие кредитором мер по уменьшению убытков, не имеет однозначного ответа. Примечательно, что довольно четкое разграничение *contributory negligence* и *failure to mitigate*, проводимое в системах англо-американского права, подвержено критике в англоязычной литературе как необоснованное и по большому счету бессмысленное⁴.

Критики разделения указывают, что данные явления практически идентичны и проведение между ними границы излишне⁵. Как смешанная вина, так и принятие мер по уменьшению убытков представляют

¹ *McKendrick E.* Op. cit. P. 414.

² *McCormick C.T.* Handbook on the Law of Damages. St. Paul; Minn., 1935. P. 127; *Saidov D.* Op. cit. P. 124–126; *McKendrick E.* Op. cit. P. 413–414; *Сарбау С.В.* Указ. соч. С. 294.

³ *Байбак В.В.* Указ. соч.

⁴ *McCormick C.T.* Op. cit. P. 129–130. *Kötz H.* Op. cit. P. 262.

⁵ *Kötz H.* Op. cit. P. 262.

собой формы участия как должника, так и кредитора в возникновении этих самых убытков. Кроме того, оба явления в большинстве случаев влекут одинаковые последствия – пропорциональное снижение ответственности должника в зависимости от «вклада» кредитора¹.

С другой стороны, между смешанной виной и непринятием мер по уменьшению убытков можно найти ряд отличий.

Одним из них является момент «участия» обеих сторон в возникновении или увеличении убытков². В случае со смешанной виной и должник, и кредитор умышленно или по неосторожности содействовали наступлению самого события, в результате которого возникли убытки³. Если и должник, и кредитор содействовали наступлению самого события, то определить, в какой части поведение каждого из них повлекло возникновение убытков, и установить пропорцию бывает крайне затруднительно. В качестве одного из критериев предлагается учитывать формы вины⁴.

Кроме того, в отдельных правопорядках смешанная вина и непринятие мер по уменьшению убытков могут повлечь различные последствия. Например, исключение ответственности должника при смешанной вине и снижение его ответственности при непринятии кредитором мер по митигации⁵. Более того, в некоторых правовых системах последствия непринятия кредитором мер по снижению убытков могут отсутствовать вовсе. Тем не менее такие подходы скорее исключения, чем правило⁶.

При рассмотрении конкретных дел, в которых имеет место смешанная вина, перед правоприменителем встают два вопроса.

1. Достаточно ли было бы действий только должника для возникновения у кредитора вообще каких бы то ни было убытков?

2. Если нет, то в какой мере кредитор содействовал их возникновению и увеличению?

Ключевым здесь является первый вопрос. При отрицательном ответе на него существует вероятность, что ответственность должника

¹ *Kötz H.* Op. cit. P. 262.

² *Brüggeheimer G.* Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich. Springer Science & Business Media, 2006. S. 602.

³ *Jansen N.* Contributory Negligence. P. 401.

⁴ Определение ВС РФ от 29.08.2014 № 310-ЭС14-870 по делу № А56-73805/2013.

⁵ Draft Common Frame of Reference: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), 2009. P. 955–957; *Ranieri F.* Op. cit. P. 704–705.

⁶ Draft Common Frame of Reference: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. P. 956.

будет не просто снижена, но и исключена вовсе. Примечательно, что по пути полного исключения ответственности должника в такой ситуации долгое время шли многие правовые системы (*all-or-nothing rule*)¹. Объяснялось это довольно простой логикой: в результате только тех действий, которые произвел должник, убытки наступить не могли, поэтому возлагать на него ответственность неоправданно. Иными словами, необходимый для взыскания убытков состав в данном случае полностью не выполнен.

Однако такой подход подвергается справедливой критике². Если полностью освободить должника от ответственности, то все бремя автоматически возлагается на кредитора, самих по себе действий которого также могло быть недостаточно для возникновения спорных убытков. В то время как должник хотя и не стал единственной причиной их возникновения, но создал определенные предпосылки для этого.

Помимо ряда национальных правовых систем, разделение данных категорий проводится и на уровне международных унификаций частного права (ст. 9:504 и 9:505 Принципов европейского договорного права; ст. III.—3:704 и III.—3:705 Модельных правил европейского частного права; ст. 7.4.7 и 7.4.8 Принципов УНИДРУА), включая Венскую конвенцию о международной купле-продаже товаров 1980 г.³ (ст. 77 и 80).

В то же время необходимо учитывать, что в английском праве именно в сфере договорных отношений вопрос о наличии *contributory negligence* (вины потерпевшего) ставится крайне редко и, скорее, в виде исключения, хотя данная правовая категория широко используется в деликтном праве⁴. В сфере договорных отношений указанная доктрина применяется в ситуациях, когда между сторонами существуют договорные отношения и в рамках этих отношений причиняется ущерб здоровью или имуществу одной из сторон⁵.

Исследователи континентальных правовых систем рассматривают смешанную вину как в договорных, так и в деликтных отношениях в едином контексте⁶.

¹ *Jansen N.* Contributory Negligence. P. 401–402.

² *Ibid.*

³ Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (заключена в г. Вене 11 апреля 1980 г.).

⁴ *Chitty on Contracts*. P. 1948; *Treitel G.* The law of contract. London, 2003. P. 982–983.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ranieri F.* Op. cit. S. 700–702.