

# УПУЩЕННАЯ ВЫГОДА: ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ПРОТИВОРЕЧИЯ ПРАКТИКИ

**А.В. ЕГОРОВ**

Егоров Андрей Владимирович

Родился 31 марта 1976 г. в г. Москве. В 1998 г. закончил юридический факультет Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова (с отличием), в 2000 г. - Российскую школу частного права (с отличием). В 2002 г. защитил кандидатскую диссертацию на тему "Понятие посредничества в гражданском праве".

С 2001 г. работает в Управлении анализа и обобщения судебной практики Высшего Арбитражного Суда РФ (в настоящее время в должности заместителя начальника управления).

Специализация - гражданское законодательство (в особенности проблемы банкротства).

С 2001 г. читает курсы лекций "Посредничество в имущественном обороте", "Сделки и представительство в гражданском праве" в Российской школе частного права, Московской высшей школе социально-экономических наук.

Член экспертного совета по проблемам банкротства при Минэкономразвития России. Автор ряда статей по проблемам банкротства, обязательственного и корпоративного права.

Электронный адрес: law\_egorov@arbitr.ru.

Анализ судебной практики свидетельствует о двух тенденциях: во-первых, о том, что иски о взыскании упущенной выгоды удовлетворяются судами крайне редко и, во-вторых, о том, что, несмотря на указанное обстоятельство предприниматели не оставляют попыток получить компенсацию понесенных потерь. Несмотря на обнадеживающий характер последней тенденции, в настоящей работе предпринимается попытка установить основные причины, которые обуславливают первую тенденцию, и предложить пути ее преодоления.

Статья состоит из двух частей: теоретической и практической. В первой приводится опыт теоретического осмысления упущенной выгоды с особым акцентом на современную германскую цивилистическую доктрину. Во второй рассматриваются подходы отечественной судебной, преимущественно арбитражной, практики и содержатся выводы о том, какой могла бы стать отечественная практика, если бы в ней применялись теоретические подходы, рассмотренные в первой главе.

Часть первая: теоретическая

В начале воспроизведем все правовые нормы, имеющие отношение к упущенной выгоде.

Согласно п. 2 ст. 15 ГК РФ под упущенной выгодой понимаются неполученные доходы, которые лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено.

Если лицо, нарушившее право, получило вследствие этого доходы, лицо, право которого нарушено, вправе требовать возмещения наряду с другими убытками упущенной выгоды в размере не меньшем, чем такие доходы.

Согласно п. 4 ст. 393 ГК РФ при определении упущенной выгоды учитываются предпринятые кредитором для ее получения меры и сделанные с этой целью приготовления.

Важное значение при применении указанных правовых норм имеют разъяснения, содержащиеся в п. 11 совместного Постановления Пленумов ВС и ВАС N 6/8: размер неполученного дохода (упущенной выгоды) должен определяться с учетом разумных затрат, которые кредитор должен был понести, если бы обязательство было исполнено. В частности, по требованию о возмещении убытков в виде неполученного дохода, причиненных недопоставкой сырья или комплектующих изделий, размер такого дохода должен определяться исходя из цены реализации готовых товаров, предусмотренной договорами с покупателями этих товаров, за вычетом стоимости недопоставленного сырья или комплектующих изделий, транспортно-заготовительских расходов и других затрат, связанных с производством готовых товаров.

В русле сравнительно-правового анализа воспроизведем норму ГГУ. "Подлежащий возмещению ущерб включает в себя также упущенную выгоду. В качестве упущенной рассматривается выгода, которую с вероятностью можно было ожидать в соответствии с обычным развитием событий или ввиду особых обстоятельств, в частности в силу предпринятых мер и приготовлений" (§ 252).

Даже текстуальное сравнение российской и немецкой норм показывает, что обычное развитие событий (обычные условия оборота) и предпринятые приготовления в Германии рассматриваются в качестве самостоятельных оснований для возмещения упущенной выгоды, в то время как в России правило, касающееся обычных условий оборота (ст. 15 ГК РФ), размещено в разных статьях с правилом о предпринятых приготовлениях (ст. 393 ГК РФ), и последние рассматриваются скорее не как самостоятельное основание для возмещения упущенной выгоды, а как необходимое условие для обычных условий оборота, перекликающееся одновременно с правилом о снижении размера убытков кредитором (потерпевшим). Подобное теоретическое расхождение, конечно, не замедлит проявиться на практических примерах.

Рассмотрим доктринальные взгляды на упущенную выгоду в Германии. То, что потерпевшим упущен какой-либо доход, который он получил бы при наступлении того события, которое стало основанием для появления обязанности к возмещению ущерба, может вытекать, например, из того, что опоздавшая поставка послужила причиной для остановки производства на его предприятии или что он мог бы перепродать товар в случае своевременной поставки по более высокой цене, чем возможно для него в

данный момент. Значение имеет то обстоятельство, что кредитор, претендующий на возмещение, получил бы спорный доход с очень большой степенью вероятности, если бы не наступило событие, влекущее ответственность причинителя. Поскольку при этом речь идет об оценке гипотетического развития событий и его нельзя установить с полной уверенностью, как происходит при оценке фактически произошедших событий, достаточной является высокая степень вероятности. Далее правомерно возникает вопрос о том, какие обстоятельства должны приниматься во внимание при оценке указанной вероятности: только имевшие место и известные в момент события, служащего основанием для привлечения к ответственности, или в том числе такие, которые наступили лишь позднее, но известны в момент, когда осуществляется оценка вероятности? Текст второго предложения § 252 ГГУ на первый взгляд говорит в пользу того, что имеет значение момент события, служащего основанием для привлечения лица к ответственности, поскольку "предпринятые приготовления" могут иметь место только на данный момент времени. В то же время считается несправедливым признавать за потерпевшим право на возмещение дохода, который изначально казался вероятным, однако в последующем совершенно точно установлено, что он не был бы получен и при отсутствии события, влекущего ответственность нарушителя. В подобном случае отсутствует гипотетическая причинно-следственная связь <\*>.

-----  
<\*> Larenz Karl. Lehrbuch des Schuldrechts. Bd. 1. Allgemeiner Teil. 14, neubearb. Aufl. Muenchen, Beck, 1987. S. 492.

Какими примерами иллюстрируется данный вывод? Если повреждена машина, на которой производилась продукция, и это привело к остановке производства, однако на следующей день на фабрике случился пожар, то остановка производства вызвана поломкой машины лишь до того момента, как произошел пожар; дальнейшие потери от невыпуска продукции наступили бы и без такой поломки. Если же, напротив, в момент повреждения машины нельзя было ожидать остановки производства и образования упущенной выгоды, поскольку данная машина не могла использоваться ввиду отсутствия заказов на производство продукции, однако на следующий день предприятие получило большой заказ, которое оно теперь ввиду поломки машины не может подтвердить, тогда точно установлено, что вследствие повреждения машины предприятием упущена выгода. Возмещения данной упущенной выгоды оно вправе потребовать.

Таким образом, несмотря на положения закона, которые могут ввести в заблуждение неподготовленного читателя, имеет значение не момент правонарушения, а момент исполнения требования о возмещении упущенной выгоды (в процессе - последнее устное слушание) <\*>.

-----  
<\*> Palandt. Buergerliches Gesetzbuch. 57, neubearb. Auflage. Verlag C.H.

Поскольку, руководствуясь изложенным, доктрина приходит к выводу о том, что значение при определении упущенной выгоды имеет не столько вероятность получения выгоды в момент нарушения, сколько последующая оценка, при которой учитывается дальнейшее развитие событий, то спрашивается, как в этом случае понимать правило второго предложения § 252 ГГУ? Полностью господствующее сегодня учение усматривает в этой норме правило о распределении бремени доказывания <\*>. Если понятно, что согласно обычному ходу вещей или благодаря совершенным заранее приготовлениям и пр. в момент причинения вреда с вероятностью можно было ожидать определенного дохода <\*>, то предполагается, что он фактически был бы получен. Обязанное к возмещению лицо может тем не менее приводить доказательства того, что выгода не была бы получена согласно фактическому развитию событий. Лицо, имеющее право на возмещение, напротив, может доказывать, что оно получило бы доход даже при условии, что изначально (в момент нарушения) нельзя было ожидать его получения <\*\*\*>.

-----  
<\*> Ibidem.

<\*> Факты, из которых следует указанная вероятность, должен доказывать истец.

<\*\*\*> Larenz K. Op. cit. S. 493.

Упущенная выгода может рассчитываться конкретно (с привязкой к конкретным сделкам, которые сорвались по вине нарушителя и т.п.) или абстрактно.

Верховный Суд ФРГ рассуждает об абстрактном способе исчисления упущенной выгоды в случаях, когда ее расчет производится не на основании особых обстоятельств, а только с учетом "обычного развития событий". В случаях с предпринимателями он усматривает "обычное развитие событий" в том, что "предприниматель совершает определенные сделки в рамках своего промысла и извлекает из этой деятельности прибыль". Относительно размера упущенной выгоды значение имеет типичная выгода, которую в среднем влекла за собой предпринимательская деятельность данного вида с совершением подобных сделок в течение спорного периода. Обстоятельства, связанные с расчетом усредненной выручки, в частности обычные доходы от видов совершенных предпринимателем в спорный период сделок, должен представить предприниматель (истец, потерпевший). Если ему это удастся, предполагается "prima facie", что полученный в среднем доход был бы получен и в данном случае. Напротив, у ответчика всегда остается возможность доказать, что данная прибыль не была получена по каким-то определенным причинам (пусть даже подобное доказательство весьма редко можно встретить на практике). Поэтому высказывается мнение, что и в данном случае речь идет скорее не об абстрактном способе исчисления

убытков, а об особом распределении бремени доказывания <\*>.

-----  
<\*> Larenz K. Op. cit. S. 512.

Причинно-следственная связь является одним из центральных вопросов проблематики возмещения упущенной выгоды. К.П. Победоносцев выразился на этот счет весьма, на наш взгляд, удачно: "...причинную связь убытка с действием легче определить в тех случаях, когда дело идет об ущербе наличном (d. Emergens), но трудно тогда, когда убыток показывается в лишении прироста: здесь много места для произвольных и гадательных выводов и предположений, так что возможное и неверное или только вероятное может смешиваться с достоверным и несомнительным. Суду предстоит сообразить не только внешние (объективные) условия предполагаемого прироста, т.е. могло ли вправду имущество в материальной и юридической своей экономии дать такой прирост, но и личные (субъективные) условия, т.е. условия деятельности самого владельца и приобретателя, - а их весьма трудно определить, когда самой деятельности налицо не было. На подобные случаи предлагается некоторыми юристами следующее благоразумное правило: прирост от известной деятельности можно предположить верным, когда эта деятельность составляет необходимое свойство доброго хозяина, без которого доброе хозяйство вообразить невозможно. Правда, что и такое предположение может быть опровергнуто по обстоятельствам дела, когда оказывается, что потерпевший решительно не был добрым хозяином. Когда прирост такого рода, что не требует от владельца положительной деятельности и хозяйственной заботы, а требует только простого наблюдения за поступлением, тогда определение его незатруднительно" <\*>.

-----  
<\*> Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Часть третья: Договоры и обязательства. М.: Статут, 2003. С. 560.

Поскольку указанные обстоятельства были подмечены не только отечественными специалистами, Верховный Суд ФРГ выработал позицию, согласно которой не разрешается предъявлять чрезмерно строгих требований к вероятности образования доходов. В соответствии с предпринятыми приготовлениями может быть вполне вероятным упущенный доход из спекуляций с акциями. До границ, диктуемых принципами адекватности, потерпевший может требовать возмещения в том числе необычно высокой упущенной выгоды, если он приведет для этого необходимые (полноценные) доказательства <\*>.

-----  
<\*> Palandt. Buergerliches Gesetzbuch. 57, neubearb. Auflage. Verlag C.H. Beck, Muenchen, 1998. S. 288.

Вопросы причинно-следственной связи являются настолько значимыми

при определении упущенной выгоды, что им требуется уделить особое внимание.

Нельзя в полной мере согласиться с мнением некоторых ученых о том, что "применительно к договорной ответственности вопрос о причинной связи имеет не столько практическое, сколько теоретическое значение. При разрешении конкретных споров о возмещении убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательств, проблема установления причинной связи, как правило, не возникает либо трансформируется в проблему доказывания размера убытков. И только в единичных случаях установление наличия или отсутствия причинной связи между нарушением обязательства и негативными последствиями становится центральным вопросом спорных правоотношений конфликтующих сторон" <\*>. К сожалению, в делах о взыскании упущенной выгоды редко в каком деле проблема причинной связи не возникает, а чаще всего она становится тем самым центральным вопросом, вокруг которого развивается спор.

-----

---

КонсультантПлюс: примечание.

Монография М.И. Брагинского, В.В. Витрянского "Договорное право. Общие положения" (Книга 1) включена в информационный банк согласно публикации - Статут, 2001 (издание 3-е, стереотипное).

---

<\*> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М.: Статут, 1998. С. 576 (автор - В.В. Витрянский).

Германская доктрина предлагает следующие подходы. В строгом естественно-научном смысле причинная связь присутствует тогда, когда некоторое событие при неизменных обстоятельствах всегда с необходимостью влечет за собой определенное следствие (изменение в положении вещей) в силу природных законов. Однако в действительности практика имеет дело не с постоянными, неизменными, а постоянно меняющимися условиями. В качестве причин для определенного события рассматриваются все те обстоятельства или действия, которые должны присутствовать для того, чтобы указанное событие могло произойти в этом месте, в это время и присущим ему способом. Как общее правило, можно сказать, что в качестве причины выступает любое обстоятельство, которое нельзя мысленно изъять из хода событий, так чтобы событие, являющееся следствием, не наступило или наступило не в данный момент (теория *conditio sine qua non*). Однако при этом речь идет, о чем нередко забывают, ни в коем случае не о точной дефиниции каузальности, а только об описании, облегчающем правоприменение, поскольку его можно достаточно легко осмыслить и оно подходит для большого числа случаев <\*>.

-----

<\*> Larenz K. Op. cit. S. 433.

Однако общее правило не работает в случае, когда событие наступает вследствие двух предпосылок, каждая из которых была способна привести к данному следствию. Например, А и Б одновременно сбрасывают сточные воды в водоем, в результате чего гибнет рыба. Если каждый из них сбрасывает только такой объем, которого по отдельности недостаточно для гибели рыбы, тогда правило *conditio sine qua non* не находит полное подтверждение. Однако, если для гибели рыбы достаточно объема каждого из них, следствие не отпало бы, если бы мы мысленно отняли сброс сточных вод поочередно одного из нарушителей. Применение правила *conditio sine qua non* привело бы в этом случае к совершенно абсурдному результату: гибель рыбы не находится в причинной связи ни с одним, ни с другим сбросом сточных вод. В таких случаях говорят о кумулятивной, или двойной, каузальности <\*>.

-----  
<\*> Ibid. S. 434.

Обычной причинной связи в изложенном смысле бывает недостаточно для того, чтобы отнести к сфере ответственности обязанного лица (нарушителя) любой ущерб, включая довольно отдаленный. Подобная причинная связь является пусть и неотъемлемым, но не всегда достаточным критерием для вменения последствий противоправного поведения нарушителю. Сегодня это общепризнанный постулат германской доктрины. Основание для такого вывода заключается в том, что причинная связь в естественно-научном понимании является безграничной, а отнесение образовавшихся последствий к ответственности определенного лица требует понимания своих границ. События выстраиваются в цепочку нескончаемых причин, уходящую из настоящего в прошлое, и каждое из них является причиной следующего. Никакой границы понятие причинной связи в себе не содержит. Если мы зададимся вопросом, насколько далеко должна распространяться ответственность нарушителя, имея в виду далекие и еще более отдаленные последствия его действий, нам придется установить какую-то границу, поскольку в противном случае любая обязанность по возмещению вреда будет бескрайней и необозримой. Таким образом, осуществляется поиск иных критериев, которые послужили бы справедливым основанием для вменения неблагоприятных последствий в вину нарушителю <\*>. Результатом стало появление во второй половине XIX в. целого ряда теорий, наибольшей поддержкой из которых в настоящее время пользуется так называемая адекватная теория.

-----  
<\*> Larenz K. Op. cit. S. 435.

Адекватная теория

Эта теория получила свое развитие в особенности благодаря трудам Рюмелина и Трэгера. По мнению авторов, только адекватная причинная связь создавала причинно-следственную связь в правовом смысле слова. Лишь впоследствии доктрина разобралась в том, что речь в данном случае должна идти не о причинности, а о проблеме вменения в вину (возложения последствий на нарушителя). Ответ на этот вопрос требует оценки, которая является чуждой для понятия причинности как таковой. Сторонники адекватной теории дают следующую оценку: только такие негативные последствия, ставшие следствием противоправного поведения, возлагаются на лицо, обязанное к возмещению убытков, наступление которых не казалось бы полностью невероятным в момент данного события с точки зрения опытного наблюдателя. Те же последствия, которые стали бы совершенно неожиданными, не могли обременять обязанное к возмещению лицо и как сугубо случайный вред возлагались бы на лицо, которое они затрагивают. Имперский Суд, а впоследствии Верховный Суд ФРГ занимают позицию, согласно которой причинная связь является адекватной, если действие или бездействие по общему правилу и не только по особо своеобразным, невероятным или выдающимся из обычного положения вещей обстоятельствам способно привести к наступлению последствий, состоявшихся в действительности <\*>.

-----  
<\*> Larenz K. Op. cit. S. 436.

Самым слабым звеном данной теории, что не скрывают германские авторы, является понятие "опытный наблюдатель" (Верховный Суд ФРГ использует оборот "оптимальный наблюдатель"). Чем больше знаний об обстоятельствах, которые присутствовали на момент наступления события, но были скрыты от взгляда обывателя, мы предоставляем умозрительному наблюдателю, тем дальше распространяется сфера последствий, которые мы оценим как "адекватные". В обиходе данную проблему обозначают поговоркой "силен задним умом". Например если человек умер от инфаркта, то адекватная теория может завести довольно далеко и послужить основанием для вывода о том, что опытный наблюдатель по внешнему виду умершего, конечно, обнаружил бы сердечное заболевание и не стал бы совершать то, что привело пострадавшего к инфаркту (например, убежать от потерпевшего).

По этим причинам многие рассматривают адекватную теорию как неспособную ограничить возложение негативных последствий на причинителя и предлагают иные критерии для этого. Однако судебная практика Германии придерживается данной теории (наряду с другими критериями). И конечно, не является серьезным аргументом против данной теории соображение о том, что точных данных о степени вероятности наступления того или иного последствия, при которой можно было бы утвердительно ответить на вопрос об адекватности, просто не существует ввиду их невозможности. В этом случае, как и при любом другом



неопределенном правовом понятии, у судьи остается пространство для маневра, которое может быть сужено путем сопоставления между собой близких по фабуле дел, однако в пограничных случаях требует от судьи собственной оценки.

В стремлении предоставить возмещение потерпевшему судебная практика положительно отвечает на вопрос об адекватности причинной связи в широком перечне случаев. Особенно это заметно в случаях, когда телесное повреждение производит столь серьезные последствия для потерпевшего по той причине, что еще до правонарушения он был болен или его здоровье было ослаблено. Как указывал Имперский Суд, "тот, кто незаконно действует против слабого здоровьем человека, не имеет права на то, чтобы находиться в таком положении, как если бы он причинил повреждение здоровому человеку" <\*>.

-----  
<\*> Larenz K. Op. cit. S. 437.

То обстоятельство, что границы адекватности причинной связи простираются согласно представлениям германских специалистов весьма далеко, подтверждается примерами отсутствия адекватности из судебной практики Германии (они очень редки): в результате ДТП мотоциклист пролетел около 20 м и сильно разбился о припаркованный правомерно автомобиль. В иске мотоциклиста к собственнику автомобиля о возмещении вреда отказано ввиду неадекватности причинной связи. Другой пример: по пути в аэропорт турист попал в аварию и вынужден был перенести рейс. Когда он полетел спустя несколько дней, самолет разбился. Ввиду отсутствия адекватности причинной связи в иске к виновнику ДТП было отказано (ввиду равной вероятности разбиться на любом, как на старом, так и на перенесенном рейсе).

Подводя итог предпринятого беглого анализа германской теории, отметим, что выработанные ее представителями воззрения являются крайне важными ориентирами для совершенствования отечественной доктрины и повышения уровня судебной практики. Не обязательно воспринимать иностранную доктрину в зафиксированном виде. Главное - основополагающие ее выводы, в частности о том, что при определении упущенной выгоды имеет значение вероятность ее наступления; причинная связь не должна пониматься ограничительно. Гарантией же от бесконечной причинности служат иные выводы, например такой: целесообразно остановить ответственность там, где последствия являются столь непривычными или настолько отдаленными, что считаться с ними невозможно исходя из всеобщего человеческого опыта. Подобные последствия выходят из-под подчиненности руководящей воле человека в таком масштабе, что предстают только лишь как игра "слепого случая", за который никто не может более нести ответственность <\*>.

-----  
<\*> Larenz K. Op. cit. S. 439.

Проблемам причинно-следственной связи уделяется внимание и в отечественной правовой доктрине. Однако понимание причинности в некоторых работах серьезным образом отличается от подходов германской доктрины. Так, давая сходное с германским определение причинности как "объективно существующей взаимосвязи явления, которая характеризуется тем, что в конкретной ситуации из двух взаимосвязанных явлений одно (причина) всегда предшествует другому и порождает его, а другое (следствие) всегда является результатом действия первого" <\*>, авторы популярного учебника гражданского права предлагают кардинально иное решение примера, в котором, на наш взгляд, германский цивилист однозначно усмотрел наличие причинно-следственной связи. Пример заключается в том, что у попавшего в больницу в результате наезда автомобиля человека обостряется иное, не связанное с ДТП заболевание, в результате чего он становится инвалидом. Взаимосвязь между ДТП и инвалидностью предлагается считать не причинно-следственной связью, а отношением условия и обусловленного <\*\*\*>.

-----  
<\*> Гражданское право: Учебник. В 2 т. Т. 1 / Отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: БЕК, 1998. С. 445.

<\*\*\*> Там же. С. 445.

Таким образом, налицо более жесткий подход к понятию причинно-следственной связи, чем в Германии. Возможно, результаты, к которым в итоге придут суды двух правовых систем (российской и германской), будут тождественны: в иске к виновному в ДТП лицу будет отказано, однако если российский судья не установит в данном случае причинной связи, то германский, установив причинно-следственную связь, использует дополнительные конструкции, разработанные доктриной.

Если в Германии основная цель теорий причинно-следственной связи - ограничить ее применение, то в России это совершенно излишняя задача: причинная связь и без того понимается настолько жестко, что установление ее наличия иногда бывает просто непосильным делом.

Советская доктрина гражданского права предложила следующие теории: необходимой и случайной причинной связи (Б.С. Антимонов, Л.А. Лунц, Е.А. Флейшиц); необходимой причинности (В.П. Грибанов, В.И. Кофман); прямой и косвенной причинной связи (Н.Д. Егоров); возможности и действительности (О.С. Иоффе) <\*>. Интересно, что каждая из этих доктрин исходила бы из наличия причинной связи в рассмотренном выше примере. Эта связь была бы охарактеризована как "случайная" или "косвенная", но все-таки причинно-следственная, и никакая еще.

-----

Монография М.И. Брагинского, В.В. Витрянского "Договорное право. Общие положения" (Книга 1) включена в информационный банк согласно публикации - Статут, 2001 (издание 3-е, стереотипное).

---

<\*> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 578 - 580.

Описание основных теорий причинной связи дореволюционного периода содержится в произведении М.И. Брагинского и В.В. Витрянского <\*>, в связи с чем повторение их в настоящей работе было бы излишним. Заметим только, что указанные авторы цитировали в основном работу Г.Ф. Шершеневича, относящуюся к началу XX в. С тех пор, как свидетельствуют современные учебники германского права, среди прочих теорий (равноценных условий, выделяемого (необходимого) условия) победила теория адекватного причинения, поскольку с ее помощью удается решить большинство правовых казусов.

-----

КонсультантПлюс: примечание.

Монография М.И. Брагинского, В.В. Витрянского "Договорное право. Общие положения" (Книга 1) включена в информационный банк согласно публикации - Статут, 2001 (издание 3-е, стереотипное).

---

<\*> Там же. С. 577 - 578.

По сути к данному пониманию причинно-следственной связи присоединяется и В.В. Витрянский, когда он отмечает необоснованность отрицательного отношения правовой доктрины советского периода к так называемой предвидимости последствий нарушения как к одному из важнейших аспектов понятия причинной связи. С его точки зрения, без критерия предвидимости невозможно определить, где же граница тем последствиям, на которые распространяется ответственность лица, допустившего нарушение <\*>.

-----

КонсультантПлюс: примечание.

Монография М.И. Брагинского, В.В. Витрянского "Договорное право. Общие положения" (Книга 1) включена в информационный банк согласно публикации - Статут, 2001 (издание 3-е, стереотипное).

---

<\*> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 580 - 581.

Теми же подходами руководствовался Г.Ф. Шершеневич, указывая: "...последствия незаконного действия, за которые действовавший отвечает, не могут идти дальше того, что можно было предусмотреть в момент совершения действия на основании общежитейского опыта среднему разумному человеку" <\*>.

-----  
<\*> Шершеневич Г.Ф. Общая теория права: Учебное пособие. В 2 т. Т. 2. М., 1995. С. 268.

Адекватная теория причинно-следственной связи широко представлена и, по-видимому, господствует в современном международном частном праве. В соответствии со ст. 74 Венской конвенции убытки за нарушение договора не могут превышать ущерба, который нарушившая договор сторона предвидела или должна была предвидеть в момент заключения договора как возможное последствие его нарушения, учитывая обстоятельства, о которых она в то время знала или должна была знать. В ст. 7.4.4 Принципов УНИДРУА говорится, что неисполнившая сторона отвечает только за ущерб, который она предвидела или могла разумно предвидеть при заключении договора как вероятное последствие его неисполнения. Основная идея такого подхода - неисполнившая сторона не должна быть обременена компенсацией ущерба, который она никогда не могла бы предвидеть в момент заключения договора и риск наступления которого она могла бы покрыть страхованием <\*>.

-----  
<\*> Принципы международных коммерческих договоров: Пер. с англ. А.С. Комарова. М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. С. 230 - 231.

Отметим, что унифицированные подходы в международном частном праве делают упор на том, какие последствия предвидел или должен был предвидеть нарушитель. Этим они отличаются от германского "опытного наблюдателя", хотя определенные черты усредненного субъекта все-таки присутствуют, поскольку оценка того, что должен был предвидеть нарушитель, явно производится с подставлением на его место нормального, среднего предпринимателя.

К сожалению, в отечественной судебной практике идея предвидимости последствий нарушения, в том числе под углом зрения расчета упущенной выгоды, встречается настолько редко, что рассуждать об этом признаке всерьез пока не получается.

Российская судебная практика, на наш взгляд, находится под серьезным влиянием идей, господствовавших в советское время. Основной из них было опасение, как бы потерпевший не получил больше, чем ему причитается (и для этого выводились жесткие требования к причинно-следственной связи).

В ГК РСФСР 1922 г. в ст. 117 указывалось, что под убытком (подлежащим возмещению) "разумеется как положительный ущерб в

имуществе, так и упущенная выгода, возможная при обычных условиях оборота". Как указывалось учеными, упущенная выгода - это то приращение (увеличение) в имуществе кредитора, которое "при обычных условиях" наступило бы, если бы должник выполнил свое обязательство (или если бы не было данного правонарушения). Если, например, заказанное и оплаченное оборудование на завод вовремя не поступило, то расходы, вызванные в результате этого простоем в производстве (зарплата рабочим и пр.), являются положительным ущербом в имуществе, а неполучение ожидаемой прибыли от реализации продукции является упущенной выгодой <\*>.

-----  
<\*> Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. М., 1950. С. 370 - 371.

Несмотря на декларации о том, что "наше гражданское право защищает не только наличное имущество социалистических организаций и граждан, но и то имущество, которое было бы создано и получено данной организацией, данным гражданином, если бы не было тех фактов, которые являются основанием для требований о возмещении убытков", основной упор доктрина и практика делали на слове "однако". "Однако закон может защищать лишь такой возможный прирост имущества, который является реальным в данных условиях социалистического строительства; гадательные расчеты не могут служить основанием для определения размера возмещения. Эту реальность упущенной выгоды имеет в виду статья 117 ГК, когда она говорит о возмещении того, что возможно "при обычных условиях оборота" <\*>.

-----  
<\*> Там же. С. 370 - 371.

Налицо прямо противоположное толкование термина "обычные условия оборота" по сравнению с тем, которое дается германскими судами их эквиваленту данного фразеологического выражения - "обычное развитие событий". Как мы помним, там эта фраза служит основанием для расчета абстрактных убытков.

В условиях нэпа Верховный Суд РСФСР в решении 1924 г. указал, что "толкование статьи 117 ГК губернским судом не соответствует ни смыслу, ни общим началам советского законодательства, которое преследует спекулятивный характер сделок и закрывает двери всяким сделкам просто на разницу; что статья 117 ГК имеет, конечно, в виду совершенно конкретную выгоду, при "обычных условиях оборота", а не просто по средним ценам" <\*>. Под конкретной выгодой здесь, очевидно, имелась в виду "реальная выгода" <\*\*\*>.

-----  
<\*> Определение по иску К.П. Карпа к т-ву "Гамма" // Еженедельник Советской Юстиции. 1924. N 19/20. С. 473.

<\*\*\*> Цит. по: Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Указ. соч. С. 371.

Как указывали И.Б. Новицкий и Л.А. Лунц, "наша нынешняя судебная практика весьма строго относится к доказательствам упущенной выгоды: она имеет в виду лишь такой прирост в имуществе социалистической организации, получение которого обеспечено принятыми конкретными мерами и потому представляется вполне реальным. То обстоятельство, что данная прибыль запланирована, само по себе недостаточно; необходимо, чтобы организация доказала, что она уже приняла все от нее зависящие меры к получению данного прироста в своем имуществе и что неполучение того дохода причинено поведением должника (его неисполнением или просрочкой в исполнении). Еще большую сдержанность в этом вопросе проявляет арбитражная практика, которая в ряде своих решений обнаруживает склонность вообще отрицательного отношения к присуждению упущенной выгоды".

Забегая вперед, хочется отметить ощущение того, что написано это современником, а не более 50 лет назад (в условиях плановой экономики, а не рыночного хозяйства). По-видимому, у тех, кто перечитает указанную цитату после ознакомления с частью второй настоящей работы, сложится аналогичное ощущение. Это может означать только одно: экономическая система в стране поменялась достаточно давно, а понимание права (на примере упущенной выгоды), которым руководствуются многие судьи, сохранило прежние, уже устаревшие черты.

При таком подходе содержащаяся в литературе критика того, что строгое проведение принципа договорной дисциплины требует проведения в жизнь принципа полного возмещения всех убытков, вызванных неисполнением обязательств <\*>, очевидно, тонула в массе судебных решений, как вполне могут потонуть и призывы автора настоящей работы.

-----  
<\*> Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Указ. соч. С. 370 - 371.

В завершение теоретической части работы остановимся на проблеме, нередко встречающейся в отечественной судебной практике. Бывают такие ситуации, когда совершенно понятно, что убытки, в том числе упущенная выгода, были, но истцу не удастся доказать их размер. Арбитражные суды в таком случае отказывают в иске полностью.

Однако в мире уже давно руководствуются иными подходами. В соответствии с п. 3 ст. 7.4.3 Принципов УНИДРУА, если размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности, определение их размера осуществляется по усмотрению суда.

Если установлено, что образовался значительный, но не позволяющий определить свой размер ущерб (выгода), из обстоятельств, как правило, вытекает достаточное основание для оценки минимального ущерба (Верховный Суд ФРГ) <\*>.

-----  
<\*> Palandt. Op. cit. S. 288.

Проблему видели и разработчики Гражданского уложения Российской империи: "...если установление размера вознаграждения за убытки... по свойству требования не может быть подчинено общему правилу о подтверждении иска доказательствами, то вознаграждение может быть назначено судом по справедливому усмотрению, основанному на соображении всех обстоятельств дела (ст. 1657)".

Как указывает В.В. Витрянский, конечно, лучше было бы иметь аналогичную норму и в российском гражданском законодательстве. Однако, по его мнению, отсутствие таковой не препятствует изменению судебно-арбитражной практики. В конце концов, легальным основанием для подобного изменения могут служить положения, содержащиеся в ст. 6 ГК РФ (аналогия права): суды должны решать дела на основе общих начал и смысла гражданского законодательства и требований добросовестности, разумности и справедливости <\*>.

-----

---

КонсультантПлюс: примечание.

Монография М.И. Брагинского, В.В. Витрянского "Договорное право. Общие положения" (Книга 1) включена в информационный банк согласно публикации - Статут, 2001 (издание 3-е, стереотипное).

---

<\*> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 524.

Несмотря на то что эти слова написаны более восьми лет назад и нет никакой надобности, с учетом приведенной аргументации, их специально поддерживать, позиция об определении судами справедливого размера возмещения встречается где угодно (в решениях МКАС, в отдельных публикациях), но только не в судебно-арбитражной практике.

Как мы увидим далее, российская судебная практика еще очень далека от того, чтобы воспринять данные теоретически выверенные постулаты.

#### Часть вторая: практическая

Рекомендации по определению размера упущенной выгоды, содержащиеся в п. 11 совместного Постановления Пленумов ВС и ВАС N 6/8 (о необходимости вычитания из брутто-суммы неполученного дохода различного рода сэкономленных затрат на извлечение дохода) в основном поддерживаются судами.

При рассмотрении конкретного дела Федеральный арбитражный суд Волго-Вятского округа пришел к выводу о том, что размер убытков в виде упущенной выгоды должен быть определен исходя из размера дохода, который мог получить истец, если бы его право не было нарушено, с учетом

всех произведенных затрат <\*>. Истец составил расчет без учета этих требований, поэтому суд признал недоказанным размер убытков.

-----  
<\*> Постановление Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 22 июля 2005 г. N А82-4012/2004-9.

Предметом рассмотрения по другому делу стал следующий спор <\*>. По иску банка о взыскании задолженности с ПБОЮЛ Воронина А.В. арестована линия приготовления и розлива газированных напитков, находящаяся у ответчика. Впоследствии выяснилось, что указанное имущество фактически принадлежало ПБОЮЛ Владимирову Ю.Е., а у Воронина А.В. находилось в аренде. По иску Владимирову Ю.Е. имущество исключено из описи. Впоследствии им предъявлен иск к банку о возмещении упущенной выгоды в размере неполученной арендной платы в период, пока имущество находилось под арестом.

-----  
<\*> Постановление Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 26 мая 2005 г. N А79-7985/2004-СК2-7508.

Как указал суд, при исчислении размера неполученных доходов (упущенной выгоды) первостепенное значение имеет определение достоверности (реальности) тех доходов, которые потерпевшее лицо предполагало получить при обычных условиях гражданского оборота. При расчете размера упущенной выгоды (312000 руб.) Владимиров Ю.Е. исходил из суммы, предусмотренной в договоре от 24 сентября 2002 г., ежемесячной арендной платы (26000 руб.), умноженной на 12 месяцев. Вместе с тем по общему правилу ст. 210 ГК РФ собственник несет бремя содержания принадлежащего ему имущества, а потому представленный Владимировым Ю.Е. в обоснование иска расчет не доказывает размер упущенной выгоды от невозможности использования спорного имущества.

Суд, оценив в совокупности представленные в деле доказательства, пришел к выводу об отсутствии вины ответчика в причинении истцу убытков в размере неполученной арендной платы и отказал в удовлетворении заявленного требования.

Основанием для взыскания упущенной выгоды может служить неправомерное пользование чужим имуществом, регулируемое ст. 303 ГК РФ. Однако ее применение не исключает, как полагает судебная практика, применения ст. 15 ГК РФ. Указанные аспекты нашли отражение в Постановлении Федерального арбитражного суда Московского округа по следующему делу <\*>.

-----  
<\*> Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 28 июля 2005 г. N КГ-А40/5282-05.

Собственник нежилых помещений предъявил иск к лицу, незаконно



занимавшему помещения, о взыскании упущенной выгоды в виде неполученной арендной платы за период с 1 января 2001 по 31 марта 2004 г. В обоснование исковых требований указывалось на то, что ответчик без установленных законом или сделкой оснований занимал помещения истца, что подтверждено решением Арбитражного суда г. Москвы о его выселении от 27 января 2004 г. по другому делу, в связи с чем истец был лишен возможности сдавать указанные помещения в аренду наряду с другими принадлежащими ему помещениями в указанном здании.

В кассационной жалобе ответчик просил отменить судебные акты нижестоящих судов об удовлетворении иска и направить дело на новое рассмотрение. В обоснование жалобы заявитель ссылаясь на то, что суды неправоммерно руководствовались положениями ст. 303 ГК РФ, которая предусматривает взыскание с незаконного владельца извлеченных им за время владения доходов, в то время как требования заявлены о возмещении доходов, не полученных истцом. Также заявитель указывает на отсутствие причинной связи между его действиями и нарушением права, поскольку права истца на помещения оспаривались в судебном порядке.

Суд кассационной инстанции подтвердил выводы нижестоящих судов, применив вслед за ними положения ст. 15, 303 ГК РФ. Доводы кассационной жалобы признаны ошибочными, поскольку, по мнению суда, взыскание упущенной выгоды в виде неполученных доходов не противоречит предусмотренному ст. 303 ГК РФ порядку расчетов при возврате имущества из незаконного владения. По-видимому, суд исходил из возможности применения ст. 15 ГК РФ к вопросам, не решаемым в ст. 303 ГК РФ.

Доводы заявителя об отсутствии причинной связи между его действиями и нарушением права в связи с оспариванием в судебном порядке права собственности истца на помещения не приняты во внимание, поскольку как до, так и после вынесения решения по делу о выселении ответчика из помещений у него отсутствовали правовые основания для использования помещений истца.

Учитывая, что при расчете размера упущенной выгоды истец исходил из размера арендной платы за аналогичные помещения в указанном здании, сдаваемые им в аренду, а также из писем третьих лиц, желающих заключить договоры аренды, суд кассационной инстанции счел удовлетворение иска в заявленном размере законным.

Относительно данного судебного акта можно обратить внимание на отсутствие в его тексте выводов о необходимости вычесть из суммы неполученной арендной платы расходы, связанные с этой платой. Если такое вычитание в действительности не было произведено, это не вполне соответствует разъяснениям, содержащимся в совместном Постановлении Пленумов ВС и ВАС N 6/8 (п. 11).

Вместе с тем практике известны случаи, когда не существует затрат, которые можно было бы вычесть из полученных доходов для определения размера упущенной выгоды. Так, Постановлением Федерального арбитражного суда Московского округа в пользу истца, у которого

неправомерно были списаны акции, взыскана их стоимость, а также дивиденды, начисленные на акции с 1997 по 2003 г. включительно, в качестве упущенной выгоды <\*>. Таким образом, разъяснение высших судов не может пониматься универсально, т.е. как будто во всех случаях необходимо находить какие-либо потенциальные издержки кредитора (потерпевшего).

-----  
<\*> Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 31 мая 2005 г. N КГ-А40/4548-05.

Встречаются на практике затруднения в квалификации убытков как реального ущерба или упущенной выгоды. ВС РФ в Обзоре судебной практики за второй квартал 2005 г. пришел к выводу, что утрата товарной стоимости представляет собой уменьшение стоимости транспортного средства, вызванное преждевременным ухудшением товарного (внешнего) вида автомобиля и его эксплуатационных качеств в результате снижения прочности и долговечности отдельных деталей, узлов и агрегатов, соединений и защитных покрытий вследствие дорожно-транспортного происшествия и последующего ремонта. На этом основании утрата товарной стоимости квалифицирована как реальный ущерб, а не упущенная выгода.

Сходная правовая позиция выработана Федеральным арбитражным судом Северо-Западного округа <\*>. Суд принял решение взыскать с лица, виновного в дорожно-транспортном происшествии, сумму, равную стоимости "утраты товарного вида" автомобиля. Вопрос о том, что указанная сумма взыскивается в качестве упущенной выгоды, судом не поднимался.

-----  
<\*> Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 21 декабря 2004 г. N А13-8607/04-20.

Критика указанного подхода содержится в Обзоре практики рассмотрения Федеральным арбитражным судом Северо-Западного округа споров, вытекающих из договоров имущественного страхования (ст. 929 ГК РФ), за май 2004 - январь 2005 г. <\*> Неизвестный автор полагает, что принятое решение в части взыскания с лица, виновного в ДТП, стоимости утраты товарного вида вызывает определенные сомнения, поскольку понятие "товарный вид" не имеет какого-либо ясного юридического содержания. В связи с этим у него возникает вопрос о том, к какому виду убытков в свете положений ст. 15 ГК РФ следует отнести то, что в комментируемом решении именуется утратой товарного вида? Далее последовательно рассматривается реальный ущерб и упущенная выгода. Утрата товарного вида не отнесена автором к реальному ущербу исходя из следующего. Повреждение - это нарушение конструктивной целостности автомобиля. И если под товарным видом имеется в виду внешний вид, который имел автомобиль до аварии, то, действительно, в результате ДТП внешний вид любой автомашины претерпевает изменения далеко не в лучшую сторону, и,

естественно, автомобиль теряет "товарный вид". Однако поскольку в процессе ремонта внешний вид автомобиля восстанавливается, то соответственно и восстанавливается его товарный вид. Но при таком понимании получается, что стоимость утраты товарного вида будет равна стоимости восстановительного ремонта автомобиля в той его части, которая касается восстановления его внешнего вида. Страховая компания (по оценке самого суда) уже выплатила потерпевшему сумму страхового возмещения, равную сумме восстановительных расходов (т.е. расходов на оплату приобретения необходимых деталей и оплату ремонтных работ), в которые включены и расходы на восстановление внешнего (т.е. "товарного") вида автомобиля. Таким образом, восстановление товарного вида автомобиля уже было произведено в процессе его ремонта. Следовательно, принимая решение о взыскании в пользу потерпевшего сумму убытков, превышающую сумму восстановительных расходов, суды фактически исходили из того, что стоимость утраты товарного вида неэквивалентна затратам на восстановление внешнего вида автомобиля.

-----  
<\*> Обзор размещен в СПС "КонсультантПлюс" (правообладатель ЗАО "Юринформ В", автор не указан).

Далее автор полагает следующее: если под утратой товарного вида понимается утрата автомобилем части его рыночной стоимости в результате ДТП (поскольку такой автомобиль становится менее привлекательным для возможных покупателей), то логика рассуждений становится иной. В этом случае категория стоимости товарного вида приближается к понятию упущенной выгоды, т.е. к понятию тех доходов, которые потерпевший "получил бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено". То есть, видимо, имеется в виду ситуация, при которой если бы собственник автомобиля решил его продать после аварии и последующего восстановления, то он выручил бы за автомобиль денег меньше ровно на ту сумму, которая эквивалентна стоимости "утраты товарного вида". Однако и в этом случае логика суда не слишком понятна. Дело в том, что когда ст. 15 ГК РФ говорит об упущенной выгоде, то имеются в виду доходы, которые лицо могло бы получить "при обычных условиях гражданского оборота". Гражданский же оборот - это по существу совокупность различных гражданско-правовых сделок. Однако, как видно из Постановления, пострадавший автомобиль эксплуатировался собственником и не предназначался для продажи. Поэтому никаких убытков собственнику автомобиля в виде упущенной выгоды не было причинено.

Таким образом, заключает автор Обзора, "какое бы содержание ни вкладывал суд в понятие стоимости утраты товарного вида автомобиля, решение представляется недостаточно обоснованным" <\*>.

-----  
<\*> Обзор размещен в СПС "КонсультантПлюс" (правообладатель ЗАО "Юринформ В", автор не указан).

Думается, в данном случае ошибочной является позиция критика, а не судебный акт. Из указанного дела, на наш взгляд, следует, что суд расценил утрату товарного вида как реальный ущерб. Это сумма, на которую понизилась стоимость автомобиля в результате аварии даже при условии, что он полностью восстановлен в первоначальном виде. Автомобиль теряет в цене только потому, что он побывал в аварии. Этого достаточно для того, чтобы собственнику компенсировали потери. Из таких рассуждений исходит судебная практика не только в России, но и в Германии и в иных правовых системах.

В практике Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа встретилось дело, в котором истец и суд квалифицировали сумму, на которую снизилась стоимость нового транспортного средства, которое ответчик неправомерно не передавал истцу в течение двух лет, как упущенную выгоду <\*>.

-----  
<\*> Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 17 марта 2004 г. N Ф04-1166/2005(9347-А46-10).

Истец полагал, что стоимость автомобиля составляла 140000 руб. при вынесении арбитражным судом решения от 3 октября 2003 г. о понуждении ответчика к передаче автомобиля истцу, налицо причинно-следственная связь между действиями ответчика по незаконному удержанию автомобиля в течение двух лет и невозможностью его реализации по цене нового автомобиля, поскольку автомобиль ежегодно теряет в цене. В действительности автомобиль был продан третьему лицу по цене 100000 руб. Разница в размере 40000 руб. составила, по мнению истца, его упущенную выгоду.

Согласно позиции суда доказательств, свидетельствующих о том, что истцом принимались меры к получению выгоды от продажи автомобиля в размере 140000 руб. и только по вине ответчика он лишен был возможности реализовать автотранспортное средство по указанной цене, материалы дела не содержат. В иске отказано ввиду недоказанности принятия истцом мер для получения упущенной выгоды и сделанных с этой целью приготовлений.

Однако на указанную проблему можно взглянуть и с иных позиций. Если кто-то противоправно удерживает мое имущество, которое объективно теряет в стоимости из-за морального устаревания и иных причин (особенно отчетливо это проявляется на примере автомобилей), с течением времени наступает реальное уменьшение стоимости моего имущества. Реальное уменьшение стоимости имущества образует понятие реального ущерба, а не упущенной выгоды (ст. 15 ГК РФ). Потребовать возмещения реального ущерба можно было бы, не доказывая свое намерение осуществить продажу автомобиля или иным образом извлечь из него доход.

Следовательно, квалифицировав 40000 руб. в приведенном примере как упущенную выгоду, истец избрал неправильную аргументацию, тем самым

обрекая себя на заведомые сложности в доказывании не столько размера упущенной выгоды (с этой точки зрения нет особых отличий от доказывания размера реального ущерба), сколько причинной связи между убытками и действиями ответчика. Подобная ошибка не замедлила сказаться на правовом результате - проигрыше дела.

В деле Федерального арбитражного суда Московского округа встречаем пример применения правила о том, что в качестве упущенной выгоды рассматриваются доходы, которые потерпевший должен получить при обычных условиях гражданского оборота <\*>. Акционер банка направил в банк заявку на покупку 290000 обыкновенных бездокументарных акций банка, выпущенных в рамках дополнительной эмиссии. В ответ на данную заявку банк предложил истцу в течение 1 - 2 дней представить документы, подтверждающие платежеспособность акционера и достаточность у него собственных средств для приобретения заявленного количества акций. Восприняв данное требование как фактический отказ в удовлетворении его заявки, акционер обратился в суд с иском к банку, в котором просил взыскать упущенную выгоду, вызванную изменением (ростом) курсовой стоимости акций банка и неполучением дивидендов.

-----  
<\*> Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 30 декабря 2004 г. N КГ-А40/12148-04.

Суд первой инстанции пришел к выводу о том, что требования банка о представлении акционером доказательств платежеспособности являются правомерными. Суд кассационной инстанции не дезавуировал данный вывод, сославшись на то, что он сделан на основе оценки фактических обстоятельств дела, переоценка которых не входит в компетенцию суда кассационной инстанции. Заметим, что подобный подход судов, допустивших выставление эмитентом на первый взгляд весьма произвольных требований к своему акционеру, нельзя считать бесспорным. Вместе с тем для его детальной оценки в судебном акте содержится недостаточно информации.

Интересно также, что, установив по существу правомерность действий банка (эмитента), суд приступил к исследованию размера убытков и причинной связи между действиями банка и убытками истца, в то время как это было совершенно излишним, поскольку вред, причиненный правомерными действиями, возмещается лишь в случаях, специально оговоренных законом. Рассмотренная ситуация к ним не относится.

Суды пришли к выводу о недоказанности размера упущенной выгоды и отсутствии причинно-следственной связи между действиями эмитента и убытками акционера. При этом указывалось, что при исчислении размера неполученных доходов (упущенной выгоды) существенное значение имеет определение достоверности тех доходов, которые истец, считающий свои права нарушенными ответчиком, предполагал получить при обычных условиях гражданского оборота. Под обычными условиями следует понимать

такие условия, которые не подвержены изменению вследствие непредвиденных обстоятельств. В данном случае истец обосновал размер упущенной выгоды изменением курсовой стоимости акций банка и неполучением дивидендов. Однако как рост биржевой стоимости акций, свободно обращающихся на рынке ценных бумаг, так и выплату акционерным обществом дивидендов своим акционерам в определенном размере нельзя отнести к обычным условиям гражданского оборота, поскольку наступление этих обстоятельств напрямую зависит от деятельности эмитента, являющегося коммерческой организацией, осуществляемой им на свой риск и подверженной вследствие этого воздействию непредвидимых обстоятельств, включая изменения конъюнктуры рынка.

Использованное судом понимание обычных условий гражданского оборота является, прямо скажем, неожиданным. Как видно в теоретической части работы, указание на обычное развитие событий в германской норме (§ 252 ГГУ) кладется судами в основу абстрактного исчисления убытков (в усредненном размере, без доказывания абсолютной достоверности). То есть вопрос берется совершенно в иной плоскости, чем поступил суд в затрагиваемом примере. Тем более, что выводы суда могут показаться странными даже обывателю, так как получение дивидендов и курсовые колебания стоимости акций являются обычным делом в рыночной экономике.

Каковы наиболее типичные основания для отказа в иске о взыскании упущенной выгоды? По нашему мнению, все основания могут быть сведены в три основные группы: (1) отсутствие факта нарушения, (2) недоказанность размера убытков, (3) отсутствие причинной связи между возникшими убытками и действиями причинителя. Есть смысл подробнее остановиться на каждом из них. При том, что большинство примеров отрицательные (во взыскании упущенной выгоды отказано), в рамках одной классификации будут приведены и немногочисленные позитивные решения судов.

### Отсутствие факта нарушения

Отсутствие факта неправомерного поведения (нарушения) препятствует образованию у лица, совершившего те или иные действия, обязанности по возмещению упущенной выгоды того лица, которое считает себя потерпевшим.

Федеральным арбитражным судом Московского округа рассмотрен спор между заказчиком и исполнителем возмездных услуг по установке интегрированной системы управления работой районных служб ЖКХ и информационному обслуживанию компьютерных подсистем <\*>. Заказчик отказался от договора, а исполнитель предъявил к нему иск о взыскании помимо прочего упущенной выгоды (неполученного вознаграждения за оставшийся срок действия договора период). Учитывая, что односторонний отказ ответчика от договора не является правонарушением, поскольку такое

право предоставлено заказчику в силу п. 1 ст. 782 ГК РФ и единственным последствием такого отказа является обязанность заказчика оплатить исполнителю фактически понесенные расходы, суд признал требования о взыскании упущенной выгоды не соответствующими ст. 782 ГК РФ. Такой подход вполне отвечает теоретическим подходам к составу правонарушения и к правовой природе упущенной выгоды как разновидности убытков (мер гражданско-правовой ответственности).

-----  
<\*> Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 16 июля 2004 г. N КГ-А40/5717-04-П-Б.

Проблемы последствий одностороннего отказа от договора применительно к возможности получения другой стороной упущенной выгоды возникают не только в обязательствах по оказанию услуг, подпадающих под действие гл. 39 ГК РФ. В Федеральном арбитражном суде Московского округа обжаловалось решение суда первой инстанции, которым с принципала взыскана упущенная выгода агента, отказавшегося в одностороннем порядке от исполнения своих обязательств по договору, в размере агентского вознаграждения, на которое агент мог рассчитывать в случае надлежащего исполнения принципалом своих обязательств <\*>.

-----  
<\*> Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 19 марта 2004 г. N КГ-А40/1743-04.

Использованные в исковом заявлении истца ссылки на п. 3 ст. 1004 ГК РФ позволяют предполагать, что отношения сторон в агентском договоре строились по модели договора комиссии. Согласно тексту данной нормы при отказе комиссионера от договора, если договором не предусмотрено иное, комиссионер сохраняет право на вознаграждение по заключенным до момента отказа сделкам, а также на возмещение понесенных до этого момента расходов. В тексте нормы не упоминается ни упущенная выгода, ни иные убытки. Однако это не должно служить основанием для вывода об отсутствии у комиссионера права на возмещение убытков. Норма регулирует ситуацию, когда комиссионер отказывается от договора по личным мотивам, а не в связи с ненадлежащим исполнением комитентом своих обязательств. Если же причиной решения комиссионера становится неправомерное поведение комитента, лишать комиссионера права на возмещение любых убытков, включая упущенную выгоду, было бы несправедливым. При этом ссылаться комиссионер должен, разумеется, не на п. 3 ст. 1004 ГК РФ (так как он не регулирует данную ситуацию), а на общие положения о ненадлежащем исполнении обязательств (ст. 393 ГК РФ и др.).

Рассматриваемое дело направлено судом кассационной инстанции на новое рассмотрение с указанием на необходимость исследовать наличие причинно-следственной связи между нарушениями, допущенными принципалом, и убытками агента.

## Недоказанность размера убытков

Достаточно типичной является следующая ситуация. Арендатор нежилых помещений, осуществляющий производственную или торговую деятельность на данной площади, утрачивает возможность вести указанную деятельность по причине нарушений, допущенных арендодателем, например, вследствие отключения электричества, перебоев с водоснабжением и теплоснабжением и иных аналогичных причин.

Подобное дело рассматривал Федеральный арбитражный суд Волго-Вятского округа <\*>. ООО (арендатор) обратилось в суд с иском к ООО (арендодателю) о взыскании убытков в связи с тем, что в период с 29 января по 20 сентября 2004 г. истец не мог использовать арендуемые помещения для деятельности, предусмотренной договором аренды, в связи с отключением электроэнергии и прекращением водоснабжения. Убытками истец просил считать сумму торговой наценки, не полученной в данный период.

-----  
<\*> Постановление Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 8 ноября 2005 г. N А29-10404/2004-2э.

Решением суда первой инстанции на основании ст. 15, 393 (п. 3 и 4), 404 (п. 1), 611 (п. 1) ГК РФ, п. 11 совместного Постановления Пленумов ВС и ВАС N 6/8 иск удовлетворен частично, размер убытков снижен с учетом вины арендатора в их возникновении и непринятия им мер к уменьшению упущенной выгоды. Постановлением апелляционной инстанции в удовлетворении иска отказано со ссылками на ст. 15 (п. 2), 393 (п. 1 и 2) ГК РФ, ст. 65 АПК РФ ввиду недоказанности истцом размера причиненного ответчиком ущерба. При этом суд исходил из того, что при расчете неполученного дохода арендатор не учел произведенные им при осуществлении обычной хозяйственной деятельности расходы.

Истец в кассационной жалобе указывал следующее. Истец являлся арендатором с 1 января 2002 г. Расчет упущенной выгоды в спорный период основан на анализе 11 месяцев нормальной деятельности предприятия (с 1 января по 31 сентября 2003 г. и с 1 октября 2003 г. по 31 января 2004 г.). При этом упущенная выгода определена за минусом фактически полученной в период нарушения права торговой наценки, представляющей собой сумму издержек обращения, а также закладываемой прибыли. Таким образом, при расчете неполученного дохода затраты предприятия, имеющие место при обычной хозяйственной деятельности, учтены в составе наценки. У арендатора было приостановлено действие лицензии на осуществление медицинской деятельности, что произошло вследствие несоблюдения арендодателем требований противопожарной безопасности. При отсутствии в помещениях водоснабжения и электроэнергии обращаться в компетентные органы по поводу возобновления действия лицензии не имело смысла. Истец оспаривал также применение судом первой инстанции ст. 404 ГК РФ,



поскольку из представленных документов видно, что истец принял все необходимые меры для уменьшения убытков. Сразу после отключения электроэнергии арендатор обратился в арбитражный суд с иском о понуждении ответчика к исполнению обязательства по договору аренды. Кроме того, истец приобрел кассовый аппарат, работающий на батарейках, и с марта 2004 г. продажа товаров проводилась в течение светового дня.

Федеральный арбитражный суд Волго-Вятского округа не согласился с доводами заявителя со следующей мотивировкой.

Торговая наценка не является чистой прибылью предприятия, поскольку включает в себя расходы и затраты, понесенные при осуществлении хозяйственной деятельности (налоги, заработную плату, коммунальные платежи, арендную плату, транспортные услуги и др.).

Первичные документы, подтверждающие расходы и затраты арендатора в период с 29 января по 20 сентября 2004 г., в материалы дела не представлены, а потому приведенные истцом в расчете суммы затрат обоснованно не приняты судом апелляционной инстанции в качестве надлежащего доказательства.

Содержащиеся в расчете истца суммы (в частности, остатка товаров в арендуемых помещениях на начало каждого месяца в спорный период, объема среднемесячных и среднедневных продаж при обычной хозяйственной деятельности предприятия) документально не подтверждены. Документы о чистой прибыли арендатора при обычных условиях гражданского оборота в деле отсутствуют.

Истец не доказал, что расходы и затраты, фактически понесенные им в спорный период и учтенные в составе полученной торговой наценки, - это именно те расходы и затраты, которые он понес бы, если бы обязательство было исполнено. В данном подходе суда, как и во многих других случаях, проявляется продемонстрированный в теоретической части работы взгляд отечественной науки на упущенную выгоду как гарантированный, безусловный и реальный, а не предполагаемый доход.

В другом деле, рассмотренном Федеральным арбитражным судом Волго-Вятского округа, предметом рассмотрения стала похожая ситуация: индивидуальный предприниматель, являвшийся арендатором, обратился с иском к ЗАО (арендодателю) о взыскании убытков в виде неполученного дохода, вызванных неправомерным ограничением доступа арендатора в арендуемое им помещение <\*>. Суд первой инстанции удовлетворил иск, размер упущенной выгоды исчислен исходя из размера дохода, указанного предпринимателем в налоговой декларации.

-----

<\*> Постановление Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 28 сентября 2005 г. N А79-1360/2005.

В кассационной жалобе ЗАО оспаривало размер упущенной выгоды, исчисленный из суммы дохода, указанной в налоговой декларации, полагая, что она является расчетной и не подтверждена конкретными документами.

Суд отклонил доводы ЗАО, указав, что ответчиком не представлено каких-либо достоверных доказательств завышения суммы упущенной выгоды, заявленной истцом. Тем самым суд фактически переложил бремя доказывания размера упущенной выгоды на ответчика.

Как видим, сопоставление данного дела с делом того же суда N А29-10404/2004-2э свидетельствует о разных подходах к доказыванию размера упущенной выгоды.

В Постановлении Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа предметом спора являлось возмещение убытков, причиненных в результате затопления помещения, арендуемого истцом <\*>. В обоснование убытков в виде упущенной выгоды истец представил расчет ущерба, акты о затоплении и контрольно-кассовые чеки. Посчитав, что расчет упущенной выгоды документально не обоснован, суд в иске отказал. Налицо типичная ситуация недоказанности достоверности (а не вероятности, как в Германии) упущенной выгоды.

-----  
<\*> Постановление Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 12 июля 2005 г. N А11-2160/2003-К1-11/88.

Если арендатор не съезжает из арендованного помещения по истечении срока аренды, налицо допущенное нарушение исполнения арендатором своих обязательств, в связи с чем неизбежно возникает вопрос о возможности взыскания упущенной выгоды.

Согласно ч. 2 ст. 622 ГК РФ, если арендатор не возвратил арендованное имущество или возвратил его несвоевременно, арендодатель вправе потребовать внесения арендной платы за все время просрочки. В случае, когда указанная плата не покрывает причиненных арендодателю убытков, он может потребовать их возмещения.

Как указал ВАС РФ в информационном письме от 11 января 2002 г. N 66 "Обзор практики разрешения споров, связанных с арендой", после прекращения договора арендная плата выплачивается в размере, согласованном в договоре (п. 38). Если указанная арендная плата превышает ставку аренды, которую мог бы получить арендодатель, если бы арендатор своевременно возвратил его имущество и оно вновь было бы передано в аренду, арендатор несет неблагоприятные последствия и не вправе требовать снижения арендной платы. Тем самым он экономически стимулируется к своевременному возврату арендованного имущества. Но и представить, что у арендодателя образуются какие-либо дополнительные убытки, довольно сложно. В то же время, если будет доказано, что ставки арендной платы на аналогичное имущество возросли после прекращения договора аренды, арендодатель вправе требовать возмещения его убытков. В виде убытков в большинстве случаев должна выступать упущенная выгода, т.е. сумма разницы между выплачиваемой арендной платой и предполагаемой платой от сдачи имущества в аренду другому лицу. Думается, законодатель подразумевал под убытками, упоминаемыми в ч. 2 ст. 622 ГК РФ, именно

упущенную выгоду.

Однако в судебной практике представлен строгий подход к доказыванию причинно-следственной связи в данном случае, что приводит к невозможности получить компенсацию упущенной выгоды. В частности, в Постановлении Федерального арбитражного суда Московского округа рассматривается похожее дело: арендатор своевременно не возвратил арендованные помещения, арендодатель предъявил к нему иск о возмещении свыше 10 млн. руб. упущенной выгоды в виде неполученного дохода от сдачи вышеназванных помещений в аренду по рыночной стоимости <\*>. В обоснование исковых требований указывалось на то, что в связи с покупкой истцом у ответчика помещений последние были предоставлены ответчику в аренду по заниженной стоимости для целей их освобождения. После истечения срока аренды помещения не были возвращены арендодателю, что повлекло возникновение у него убытков в виде разницы между установленным договором размером арендной платы и рыночным размером арендной платы, подтвержденным заключением независимого оценщика.

-----  
<\*> Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 20 сентября 2004 г. N КГ-А40/8080-04.

Решением суда в иске отказано. В части требования о взыскании упущенной выгоды решение мотивировано отсутствием доказательств намерений истца сдать помещения в аренду по цене, установленной независимым оценщиком, и доказательств получения ответчиком доходов вследствие пользования имуществом истца.

В кассационной жалобе заявитель (истец) указывал на неправильное применение судом ст. 15 ГК РФ, ссылаясь на то, что в результате неправомерного использования помещения ответчиком получен доход в виде сэкономленных денежных средств, которые он заплатил бы за аренду аналогичного помещения.

Суд кассационной инстанции поддержал выводы суда первой инстанции, во-первых, ввиду недоказанности намерений истца представить имущество кому-либо в аренду и, во-вторых, ввиду отсутствия правовых оснований для взыскания сэкономленных ответчиком денежных средств, которые последний заплатил бы за аренду аналогичного помещения.

На каждой из использованных судом мотивировок следует остановиться отдельно. Начнем со второй. В соответствии со ст. 15 ГК РФ упущенной выгодой являются неполученные доходы, которые лицо, чье право нарушено, получило бы при обычных условиях гражданского оборота, а также доходы, которые получило лицо, нарушившее право, вследствие такого нарушения.

Суд прочитал данную норму буквально: к упущенной выгоде могут относиться доходы, полученные лицом вследствие нарушения обязательства, а не его сбережения. То есть суд понимал, что ответчик сэкономил некую сумму от несвоевременной передачи арендованного имущества, но не усмотрел в законе оснований для ее уплаты.

Вопрос о толковании понятия дохода по смыслу ст. 15 ГК РФ является весьма интересным. Думается, что нельзя исключать расширительное толкование данной нормы, в результате которого в понятие дохода включались бы и сэкономленные нарушителем расходы. Подобное толкование было бы, по-видимому, более справедливым, поскольку в большей мере защищало бы потерпевшего, чем нарушителя. При использованном судом толковании ситуация прямо противоположная.

Отметим, что нередко в гражданском праве полученные доходы и сэкономленные расходы рассматриваются как дополняющие друг друга категории. В особенности это заметно на примере института неосновательного обогащения (п. 1 ст. 1102 ГК РФ упоминает "неосновательно приобретенное или сбереженное имущество").

Теперь настало время вернуться к первому доводу суда, который счел необходимым представление истцом доказательств, подтверждающих, что он обязался передать помещения в аренду другому лицу и намеревался получать арендную плату в истребуемом размере, но неправомерное поведение ответчика воспрепятствовало получению истцом указанного дохода (ввиду отсутствия названных доказательств в иске отказано).

Позиция, из которой следует, что в подобном случае истец обязательно должен был предпринять попытки, направленные на поиск нового арендатора, подписать с ним договор аренды, пока еще не имея возможности передать имущество в аренду (как мы видели на иных примерах, это неизбежно вызвало бы сомнения в разумности поведения истца), представляется небесспорной. Можно ведь предположить, что собственник помещений вообще не собирался его сдавать в аренду (в нашем случае это более чем обоснованное предположение, поскольку целью заключения договора аренды было предоставление продавцу помещения некоторого времени для сборов и спокойного переезда; этим обуславливалась и низкая арендная плата). По использованной судом логике в этом случае арендодатель вообще не может претендовать на возмещение упущенной выгоды.

Можно предложить альтернативу данной позиции. Она заключается в следующем. Все то время, пока арендатор находился в просрочке возврата помещений арендодателю, эти помещения, с точки зрения арендодателя, находились в чужом пользовании. То есть даже если бы он не желал сдавать имущество в аренду, де-факто оно находилось в аренде. Следовательно, за ним надо признать право на разумную (рыночную) арендную ставку. Факт пользования чужим имуществом со стороны арендатора в нарушение своих обязательств доказан. Предположим, что рыночная ставка арендной платы доказана. В такой ситуации решение о возмещении упущенной выгоды в виде разницы между рыночной и фактически уплачиваемой ставкой должно приниматься практически автоматически. Такой подход судов должен быть правилом, и лишь в виде исключения в каких-то особых случаях право на упущенную выгоду (в виде указанной разницы) за потерпевшим можно не признать. Но в рассмотренном примере суд не привел никаких

исключительных причин.

Иначе поступил Федеральный арбитражный суд Дальневосточного округа <\*>. По договору субаренды ответчик пользовался имуществом, которое перешло в собственность истца. После прекращения действия договора субаренды имущество не возвращено, ответчик продолжал пользоваться имуществом истца без законных на то оснований, оплачивая фактическое пользование по ставке прекращенного договора 26 руб. за 1 кв. м, чем причинил истцу ущерб в виде упущенной выгоды, поскольку он мог бы сдавать в аренду помещения за 300 руб. за 1 кв. м. Как установлено судом, договор субаренды в силу п. 3 ст. 433 ГК РФ является незаключенным как не прошедший государственную регистрацию согласно п. 2 ст. 609 ГК РФ.

-----  
<\*> Постановление Федерального арбитражного суда Дальневосточного округа от 22 марта 2004 г. N КГ-Ф03-А59/04-1/212.

В соответствии с правилами ст. 1102 ГК РФ лицо, которое без установленных законом, иными правовыми актами или сделкой оснований приобрело или сберегло имущество за счет другого лица, обязано возвратить последнему неосновательно приобретенное или сбереженное имущество, за исключением случаев, предусмотренных ст. 1109 ГК РФ.

Пунктом 2 ст. 1105 ГК РФ предусмотрено, что лицо, неосновательно временно пользовавшееся чужим имуществом, должно возместить потерпевшему то, что оно сберегло вследствие такого пользования, по цене, существовавшей во время, когда закончилось пользование, и в том месте, где оно происходило. При этом определение цены за неосновательное пользование чужим имуществом может быть произведено по правилам п. 3 ст. 424 ГК РФ о применении цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичное имущество.

Удовлетворяя требования истца о взыскании суммы неосновательного обогащения, суд исходил из применения ставки арендной платы в размере 150 руб. за 1 кв. м.

Суд сделал важный вывод, имеющий универсальный характер. Лицо, которое неосновательно временно пользовалось чужим имуществом, должно возместить потерпевшему то, что оно сберегло вследствие такого пользования, по цене, существовавшей во время, когда закончилось пользование, при этом цена может быть определена как цена, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичное имущество.

Как видим, отличие от рассмотренного выше дела Федерального арбитражного суда Московского округа заключается только в том, являлся ли договор аренды заключенным или незаключенным. Как представляется, столь незначительное отличие в фабуле двух дел не может приводить к разным выводам судов.

В Постановлении Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа рассмотрено дело по спору между арендатором земельного участка и

третьим лицом, без согласия арендатора засеявшим этот земельный участок <\*>. В качестве убытков истец (арендатор) рассматривал неполученные в 2002 г. доходы с учетом результатов, полученных истцом в 2001 г. при реализации зерна пшеницы.

-----  
<\*> Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 30 ноября 2004 г. N Ф04-8492/2004(6645-А03-30).

Решением суда первой инстанции иск удовлетворен частично. Суд исходил из того, что с указанного участка земли истец имел возможность получить 1925,5 ц зерна пшеницы 3 класса. Поскольку согласно расчету технологической карты, представленной истцом, чистое зерно в бункерном весе составляет 92 процента, суд пришел к выводу, что объем чистого зерна урожая 2001 г. в крестьянском хозяйстве составил 177,15 т. Так как согласно статистическим данным урожайность пшеницы за 2001 г. в хозяйствах всех категорий в данной местности (район в крае) с 1 га убранной площади составляла 15,5 ц, а средняя цена реализации пшеницы сельхозорганизациями - 1823 руб. за тонну, суд сделал вывод, что истец имел возможность получить доход от реализации пшеницы в 2001 г. в размере 322944,45 руб., затраты на производство зерна согласно расчету технологической карты составили 83688,90 руб., а затраты на семена - 14074,34 руб.

Постановлением апелляционной инстанции решение оставлено без изменения. Суд апелляционной инстанции отклонил довод апелляционной жалобы о том, что у истца имеется крытая площадка для хранения зерна, истец мог сохранить зерно до 2004 г. и реализовать его по 6500 руб. за тонну, поскольку данные, представленные третьим лицом и указывающие на его готовность приобрести зерно у истца по указанной цене, не являются подтверждением того, что оно приобрело бы зерно урожая 2001 г. в 2004 г. по указанной цене, а наличие крытой площадки не является прямым доказательством того, что истец имел возможность сохранить зерно до 2004 г. в том же качестве.

Ответчик пытался сослаться на недоказанность истцом сделанных им приготовлений для получения прибыли, так как истец не намеревался приобретать 27324 кг семян для засева спорного участка, а также не представил документальное подтверждение исполнения обязательств по договору поставки семян. Однако суд отклонил его доводы.

Если руководствоваться концепцией адекватной причинной связи, можно согласиться с подходом суда в данном случае, поскольку постфактум мы знаем о том, что, если бы зерно долежало до 2004 г., его можно было бы продать по внушительной цене. Однако на момент правонарушения вряд ли "опытный наблюдатель" смог бы предвидеть столь существенный рост стоимости зерна, поэтому более разумно было бы при подсчете упущенной выгоды исходить из стоимости зерна, наиболее приближенной к дате правонарушения. Как справедливо отмечала Е.А. Флейшиц, "суд,

оценивающий ex post происшедшее, должен стать на точку зрения ex ante и не предъявлять к человеку требования большей предусмотрительности, чем та, на которую рассчитывает закон" <\*>.

-----  
<\*> Флейшиц Е.А. Обязательства из причинения вреда и из неосновательного обогащения. М.: Госюриздат, 1951. С. 65.

Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа в Постановлении по другому делу признал обоснованным следующий расчет упущенной выгоды <\*>. В результате ДТП пострадал автобус, принадлежащий истцу. С 20 июня по 30 июля 2003 г. поврежденный автобус находился на восстановительном ремонте и в течение этого времени истцом не использовался в коммерческих целях. В связи с этим истец рассчитал ежедневный доход, который он получал в апреле - июне 2003 г. при перевозках пассажиров на уже поврежденном автобусе, и умножил его на количество дней простоя этого автобуса (40 дней), в течение которых транспортное средство находилось на ремонте. Полученная в результате этих расчетов сумма рассматривалась истцом в качестве упущенной выгоды, которую он мог бы получить и не получил по вине водителя ответчика из-за ДТП.

-----  
<\*> Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 12 октября 2004 г. N Ф04-7125/2004(5361-А27-8).

Суд согласился с рассуждениями истца и взыскал упущенную выгоду в заявленном размере, отклонив доводы ответчика о неправильных расчетах истца, об отсутствии причинно-следственной связи между происшедшим 9 января 2003 г. ДТП и понесенными истцом убытками, поскольку ремонт поврежденного автобуса необоснованно затягивался истцом до 20 июня 2003 г. и фактически автобус находился в ремонте и простаивал до 30 июля 2003 г.

В порядке комментария добавим, что принятое решение представляется правильным. А вот если бы суд по данному делу руководствовался подходами некоторых других судов и проверял, были ли истцом заключены договоры на перевозку пассажиров на время, пока автобус находился в ремонте, какие им приняты подготовительные меры и тому подобные обстоятельства, наверняка в иске было бы отказано за недоказанностью и причинной связи, и размера убытков.

Из этого следует вывод о том, что правила о предпринятых приготовлениях не должны абсолютизироваться: в целом ряде случаев проверять приготовления не требуется. Например, если автобус курсирует в рейсовом сообщении и можно определить усредненную выручку за день, неделю или месяц. Иной пример - гостиница, в которой в курортном городе в разгар сезона, все номера постоянно заняты. Понятно, что каких-то предварительных договоров с потенциальными постояльцами подписывать не требуется, если надо рассчитать упущенную выгоду от невозможности

эксплуатации гостиницы по вине третьих лиц.

Попытки определить упущенную выгоду посредством ссылки на данные налогового учета, в частности приравнять упущенную выгоду и сумму вмененного дохода, получают отрицательную оценку в судебной практике <\*>. Индивидуальный предприниматель, которому принадлежало помещение в обрушившемся доме, обратился с иском о взыскании упущенной выгоды к городской администрации, виновной, по его мнению, в произошедшем обрушении. Упущенная выгода рассчитана как размер вмененного дохода, облагаемого налогом, умноженного на количество месяцев простоя. Суд апелляционной инстанции признал размер упущенной выгоды доказанным и удовлетворил иск. Кассационная инстанция не согласилась с этой позицией, указав при отказе в иске следующее. Статьей 2 Закона Кемеровской области от 29 мая 1999 г. N 34-ОЗ "О едином налоге на вмененный доход для определенных видов деятельности на территории Кемеровской области" предусмотрено, что вмененный доход представляет собой потенциально возможный валовой доход плательщика единого налога за вычетом потенциально необходимых затрат, рассчитываемый с учетом совокупности факторов, непосредственно влияющих на получение такого дохода, на основе данных, полученных путем статистических исследований в ходе проверок налоговых и иных государственных органов, а также оценки независимых экспертов. Следовательно, сущность вмененного дохода не совпадает с сущностью неполученных доходов и не может учитываться в качестве упущенной выгоды. Суд же апелляционной инстанции, взыскивая убытки в размере вмененного дохода, не обосновал нормами материального права доказанность истцом размера убытков.

-----  
<\*> См.: Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 20 апреля 2004 г. N Ф04/2066-776/А27-2004.

Примером взыскания судом упущенной выгоды может служить конкретное дело, рассмотренное Федеральным арбитражным судом Волго-Вятского округа <\*>. Потерпевший в дорожно-транспортном происшествии индивидуальный предприниматель, транспортному средству которого причинен ущерб, обратился к причинителю вреда с иском о возмещении убытков, в том числе упущенной выгоды. Расчет размера упущенной выгоды составлен предпринимателем с учетом разумных затрат на бензин, масло, арендную плату, налоги и техническое обслуживание автомобиля.

-----  
<\*> Постановление Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 10 ноября 2004 г. N А79-1719/2004-СК2-1684.

Интересное дело рассматривалось Федеральным арбитражным судом Волго-Вятского округа <\*>. Банк-залогодержатель выиграл дело об обращении взыскания на заложенное имущество и передал исполнительный лист для исполнения в службу судебных приставов-исполнителей.



Имущество было продано, и выручка составила 5263000 руб. Судебный пристав-исполнитель 8 июля 2004 г. составил расчет по распределению указанной суммы и принял решение о том, что из нее должны быть вычтены затраты на услуги оценщика в размере 90000 руб., а также затраты на непосредственную реализацию имущества в размере 8262 руб. 60 коп. Платежное поручение о перечислении взыскателю оставшейся суммы (5164734 руб. 60 коп.) датировано 21 октября 2004 г.

-----  
<\*> Постановление Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 11 октября 2005 г. N А29-10546/2004-3э.

Банк-взыскатель, полагая, что неправомерными действиями пристава-исполнителя ему причинены убытки, обратился в суд с иском об их возмещении. В качестве нарушений рассматривалось неправомерное вычитание из общей суммы выручки суммы, затраченной на привлечение специалиста-оценщика, а также длительная задержка в перечислении выручки (с 8 июля по 21 октября 2004 г.). Неправомерность действий пристава-исполнителя была подтверждена по другому делу Определением Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Республики Коми от 23 сентября 2004 г. Суд указал, что судебный пристав-исполнитель в нарушение ст. 82, 84 Федерального закона "Об исполнительном производстве" возместил расходы на оплату труда привлеченного им специалиста для проведения оценки заложенного имущества (в размере 90000 руб.) из суммы, вырученной от реализации заложенного имущества. Поэтому у суда не вызвал затруднений вопрос о взыскании в качестве убытков за счет казны Российской Федерации реального ущерба банка-истца в размере 90000 руб., не перечисленных ему судебным приставом-исполнителем.

Значительно большие сложности вызвал вопрос о взыскании упущенной выгоды, в качестве которой банк рассматривал неполученные проценты с 1 июля по 21 октября 2004 г. на сумму, которую он должен был получить от судебного пристава-исполнителя. Решением, оставленным без изменения постановлением апелляционной инстанции в части взыскания упущенной выгоды, в иске отказано за недоказанностью наличия у истца упущенной выгоды.

В кассационной жалобе истец указал на следующее. Отчет о реализации заложенного имущества получен службой судебных приставов 1 июля 2004 г., что подтверждено Постановлением судебного пристава-исполнителя об утверждении расчета от 8 июля 2004 г. Денежные средства в сумме 5164734 руб. 40 коп. поступили на счет банка 21 октября 2004 г., а потому в течение 113 дней истец не мог пользоваться денежными средствами в размере 5254737 руб. 40 коп. по причине несвоевременного перечисления их судебным приставом-исполнителем. Письмо истца от 26 октября 2004 г. N 09/18-780 свидетельствует о росте кредитного портфеля банка за период с 1 июля по 1 августа 2004 г. в два раза, т.е. о наличии у банка потенциальных

заемщиков, желающих получить кредит. Таким образом, истец из-за противоправных действий ответчика лишился реальной возможности получить доход в виде процентов по средневзвешенной ставке 16,81 процента годовых в сумме 273460 руб. Доказательствами принятия банком необходимых мер для получения упущенной выгоды служат его заявления в судебные органы и принятые судебные акты по спору со службой судебных приставов.

По мнению Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа, при предъявлении требований о возмещении упущенной выгоды (неполученных доходов) истец должен доказать размер доходов, а также причинную связь между неправомерными действиями ответчика и неполученными доходами. При исчислении размера неполученных доходов первостепенное значение имеет определение достоверности (реальности) тех доходов, которые потерпевшее лицо предполагало получить при обычных условиях гражданского оборота.

Доказательства неполучения истцом доходов в размере 273460 руб., составляющих проценты за кредит за период с 1 июля по 21 октября 2004 г., по причине несвоевременного перечисления судебным приставом-исполнителем денежных средств в материалы дела не представлены. Письмо банка от 26 октября 2004 г. не подтверждает факт недостаточности у банка денежных средств для кредитования всех обратившихся к нему лиц без получения им суммы 5254737 руб. 40 коп., а потому не свидетельствует об упущенной выгоде истца в виде неполученных процентов за кредит.

Нам представляется, что неполученные истцом доходы все же подлежали возмещению. Вместе с тем возникал вопрос о размере возмещения. Известно, что при размещении одной и той же суммы процентная ставка зависит от длительности срока пользования деньгами. Из чего же исходить при определении размера упущенных процентов? Думается, нельзя уйти от какого-то усредненного показателя, в качестве которого должна выступать, по-видимому, ставка рефинансирования Центрального банка Российской Федерации. Размер упущенной выгоды в рассмотренном примере не может составлять менее ставки рефинансирования.

Федеральный арбитражный суд Дальневосточного округа отказал в иске о взыскании упущенной выгоды индивидуального предпринимателя - собственника автотранспортного средства, которое неправомерно удерживалось ответчиком <\*>. Истец рассчитал размер убытков по аналогии с тарифами на перевозку грузов, утвержденными приказом по крупной региональной транспортной компании.

-----  
<\*> Постановление Федерального арбитражного суда Дальневосточного округа от 13 июля 2004 г. N Ф03-А51/04-1/1435.

В обоснование иска указывалось, что основной деятельностью истца в качестве предпринимателя является оказание транспортных услуг по

перевозке грузов и эксплуатация автомобиля является единственным источником его дохода. При этом предприниматель сослался на тот факт, что до незаконного удержания ответчиками автомобиля им получен доход от шести международных рейсов, совершенных за один месяц, в сумме 72000 руб., предоставив в суд кассационной инстанции необходимые справки.

Основаниями к отказу в иске послужила недоказанность размера упущенной выгоды, а также отсутствие доказательств принятия истцом разумных мер к уменьшению своих убытков.

В контексте одной из основных проблем упущенной выгоды (когда упущенная выгода очевидно присутствует, но не доказан ее размер), которая решается государственными арбитражными судами более жестко по отношению к потерпевшему, чем третейскими судами (в частности, МКАС), можно упомянуть дело Федерального арбитражного суда Дальневосточного округа <\*>. Индивидуальный предприниматель, которому принадлежала алкогольная продукция, арестованная органами внутренних дел 21 февраля 2000 г., в том же году добился признания арбитражным судом незаконным постановления о привлечении его к административной ответственности за транспортировку алкогольной продукции без провозных документов. Решением Благовещенского городского суда от 13 декабря 2001 г. действия сотрудника УВД по составлению протокола об административном правонарушении от 21 февраля 2000 г. признаны незаконными. Решением арбитражного суда от 26 ноября 2002 г. УВД признано обязанным возвратить предпринимателю изъятую продукцию. В ходе исполнительного производства истцу на основании актов от 21 мая 2003 г., от 10 июня 2003 г. возвращена алкогольная продукция.

-----

<\*> Постановление Федерального арбитражного суда Дальневосточного округа от 5 июля 2005 г. N Ф03-А04/05-1/1649.

Таким образом, судебными актами подтверждена противоправность действий по аресту продукции, противоправность удержания указанной продукции в течение трех с лишним лет. После этого по иску предпринимателя о возмещении упущенной выгоды суд констатирует следующее. Бремя доказывания наличия и размера упущенной выгоды относится на истца, который должен доказать, что он мог и должен был получить определенные доходы и только неправомерные действия ответчика стали единственной причиной, лишившей его возможности получить прибыль от реализации алкогольной продукции.

В обоснование своих требований истцом представлено экспертное заключение. Оценивая указанное заключение, арбитражный суд установил, что данный расчет основан на справочных документах самого истца, носит теоретический характер, произведен расчетным путем, не подтвержден доказательствами (в нем отсутствуют ссылки на первичные бухгалтерские документы).

Таким образом, истец не доказал, исходя из представленного расчета его

дохода от реализации алкогольной продукции за период с 21 февраля 2000 г. по 10 июня 2003 г., размер упущенной выгоды в обозначенной им сумме.

Выскажем опасение, что решения судов с подобной мотивировкой могут показаться гражданам противоречащими здравому смыслу, а это в свою очередь опасно, в том числе своим потенциальным риском подрыва авторитета судебной власти. Задумаемся, что произошло в рассмотренном деле? У предпринимателя на три года незаконно изъяли товар, что не позволило ему обращать товар в деньги, закупать на них новый товар и получать прибыль по общим законам экономики. Очевидно, что он не получил доходы. Что, как не действия ответчика, стало причиной невозможности истца получить прибыль? Не мог же он реализовывать товар, которого не было в магазине, и предлагать покупателям прогуляться за товаром в отделение внутренних дел?

Третьейские суды в подобных случаях взыскивают возмещение в размере, который им представляется справедливым. Этот подход более оправдан, на наш взгляд, чем жесткая позиция арбитражных судов, отчасти вызванная нежеланием допустить малейшую ошибку и взыскать потерпевшему немного больше, чем он заслуживает. При этом упускается из виду, что полностью освобождается от ответственности нарушитель. Помимо нарушений гражданских прав потерпевших, каждое дело, не приведшее к наказанию нарушителя, вносит свою лепту в создание атмосферы безнаказанности, которая царит, к глубочайшему сожалению, в нашем обществе.

Примером заслуживающего поддержки подхода может служить конкретное дело, рассмотренное МКАС <\*>. Иск был предъявлен иранской фирмой (покупатель) к российской организации (продавец) в связи с нарушением обязательств по контрактам, заключенным 28 апреля 1995 г. и 6 мая 1995 г., а также по соглашению о сотрудничестве в строительстве в Иране завода по монтажу. МКАС признал возможным частично удовлетворить требования истца, заявленные о возмещении убытков, причиненных непоставкой ответчиком по указанным контрактам товаров (неполученные доходы). При этом были приняты во внимание следующие обстоятельства.

-----  
<\*> Решение МКАС от 22 марта 1999 г. N 227/1996 (см.: Розенберг М.Г. Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 1999 - 2000 гг. М.: Статут, 2002).

Из материалов дела следует, что 12 марта 1995 г. и 8 ноября 1995 г. по контракту от 6 мая 1995 г. на счет ответчика поступили две денежные суммы, представляющие собой авансовый платеж (справка российского банка от 2 сентября 1997 г.), после чего ответчик поставил по этому контракту часть товара, пропорциональную сумме авансового платежа (10 процентов). Согласно условиям контракта окончательная оплата партии товара (90 процентов) должна была производиться в течение 45 дней с даты поступления товара в Иран. Учитывая, что последняя отгрузка товара была

произведена лишь 20 декабря 1995 г. (при этом последняя часть товара прибыла на таможенную в Иран 15 января 1996 г.), а письмо ответчика о прекращении сотрудничества с фирмой истца, в том числе в связи с невыполнением контрактов от 28 апреля 1995 г. и от 6 мая 1995 г., было направлено истцу 1 февраля 1996 г., т.е. до истечения 45-дневного срока, МКАС пришел к выводу, что срок для исполнения истцом обязательства по оплате товара не истек и у ответчика не было оснований для одностороннего расторжения контрактов.

С этих позиций не вызывает сомнений правильность приведенных истцом расчетов исковой суммы, которые были произведены исходя из суммы прибыли (18 процентов), которую истец мог бы получить в случае реализации недополученного истцом товара с учетом предполагаемых затрат покупателя (страховых, транспортных, таможенных), включаемых в стоимость товара при поставках на условиях FCA.

Учитывая, однако, что в обоснование заявленных требований истец не представил доказательств, которые подтверждали бы соответствие размера прибыли (18 процентов) "обычному" уровню прибыли от продаж товара в Иране, на который ссылается истец (в частности, таким доказательством могли бы служить публикации данных о котировках рыночных цен на товары), а также принимая во внимание, что прекращение контрактов ответчиком было в определенной мере обусловлено поведением самого истца, просрочившего выплату авансовых платежей по контрактам и полностью не оплатившего поставленный ответчиком товар, МКАС, руководствуясь ст. 404 ГК РФ, счел, что заявленные требования истца подлежат удовлетворению лишь частично (в размере 60 процентов).

В другом деле <\*> состав арбитража удовлетворил требования о возмещении упущенной выгоды, исходя из следующего:

-----  
<\*> Решение МКАС от 17 июня 2004 г. N 186/2003 (см.: Розенберг М.Г. Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2004 г. М.: Статут, 2005).

- право истца на возмещение убытков в виде упущенной выгоды вытекает из ст. 74 Венской конвенции;

- размер убытков документально обоснован в расчете истца.

Проанализировав в ходе арбитражного разбирательства доводы представителей ответчика, выдвинутые ими против исковых требований истца о взыскании убытков, состав арбитража находит их неубедительными.

Утверждения ответчика о несоответствии методики (способа) расчета убытков, примененной истцом, обычной практике российских предприятий не могут быть приняты во внимание, во-первых, потому, что российский законодатель не связывает право истца на возмещение убытков с методом (способом) расчета последних: истец вправе использовать любую методику (способ подсчета) - необходимо лишь доказать наличие убытков и дать обоснование их размера. Во-вторых, как следует из расчета убытков и

представленных истцом в обоснование их взыскания документов, использована обычная методика расчета, а именно подсчитывается размер прибыли, которую мог бы получить истец при нормальных условиях осуществления им своей коммерческой деятельности, если бы ответчик надлежащим образом, в срок, исполнил свои обязательства по платежам. Для этой цели истцом дан расчет: а) затрат на закупку им товара, поставляемого ответчику; б) дохода, получаемого от продажи товара своим покупателям; в) размера прибыли, приходящейся на тонну реализуемого товара; г) срока оборота денежных средств (срока реализации товара); д) суммы прибыли, которую мог бы получить истец при изложенных выше факторах коммерческой деятельности. Все указанные выше факторы коммерческой деятельности истца подкреплены соответствующими доказательствами: договорами с клиентами, банковскими платежными документами и другими, достоверно подтверждающими ценообразование поставляемого и покупаемого товара, срок его реализации, сумму получаемого дохода (прибыли) на один оборот денежных средств (капитала), количество возможных оборотов капитала за период просрочки ответчика, общую сумму неполученного дохода (прибыли).

Возражения представителей ответчика относительно недоказанности истцом потребностей его покупателей в том количестве товара, которое было заложено в расчете истца, были опровергнуты истцом, представившим в заседании арбитража переписку с его покупателем (письмо от 16 апреля 2001 г. и ответ истца от 18 апреля 2004 г.), свидетельствующую о наличии спроса на реализуемый истцом товар.

Нарушая свои обязательства, ответчик не мог не предвидеть уже при заключении контракта (а тем более при его исполнении) возможные последствия его нарушения. Ответчик достоверно знал, что поскольку в силу бартерного характера контракта исполнение обязательств по платежам осуществляется путем встречных отгрузок товаров в адрес контрагентов истца (о чем свидетельствует, в частности, условие, предусмотренное п. 2.21 контракта), то нарушение обязательств по платежам неизбежно приведет к неисполнению истцом его обязательств перед контрагентами и к невозможности получения истцом вследствие этого запланированного дохода. Таким образом, требование истца о взыскании убытков соответствует положениям ст. 74 Венской конвенции о предвидимости ответчиком последствий нарушения своих обязательств.

Хотелось бы надеяться на то, что подобная тщательность правовой аргументации, а также подходы, продемонстрированные третейскими судьями и не вызывающие сомнений в своей обоснованности, войдут в практику государственных арбитражных судов Российской Федерации.

В другом деле МКАС <\*>, рассматривая требование истца о взыскании с ответчика упущенной выгоды, арбитры установили следующее: согласно п. 4.1 контракта цена на товар должна быть равной цене на этот товар согласно публикациям в указанном в контракте источнике на дату коносамента минус 5 долл. США за метрическую тонну. Согласно п. 6.1 контракта первая партия

должна была быть поставлена в течение 10 - 15 дней с момента поступления средств на расчетный счет продавца. Исходя из условий контракта, поставка могла бы иметь место через 21 день после подписания, т.е. 11 марта 2002 г. Как следует из объяснений представителя истца, планов в отношении периодичности поставок следующих партий товара не было. Пунктом 1 ст. 457 ГК РФ предусмотрено, что срок исполнения продавцом обязанности передать товар покупателю определяется договором купли-продажи, а если договор не позволяет определить этот срок - в соответствии с правилами, предусмотренными ст. 314 ГК РФ. Согласно абз. 2 п. 2 ст. 314 ГК РФ обязательство, не исполненное в разумный срок, а равно обязательство, срок исполнения которого определен моментом востребования, должник обязан исполнить в семидневный срок со дня предъявления кредитором требования о его исполнении, если обязанность исполнения в другой срок не вытекает из закона, иных правовых актов, условий обязательства, обычаев делового оборота или существа обязательства. Контракт был подписан 20 февраля 2001 г. Срок поставки стороны определили только в отношении первой партии товара - с момента поступления денежных средств, т.е. поставка должна была состояться 11 марта 2001 г. По данным, представленным истцом, по договору от 6 марта 2001 г. им был продан товар по цене данного товара согласно публикациям в источнике, указанном в контракте с ответчиком, минус 2,75 долл. США. Других сведений в материалах дела нет. В то же время представленные истцом справочные данные свидетельствуют о тенденции повышения цен на рынке данного товара, что подтверждается предъявленными им отчетами.

-----  
<\*> Решение МКАС от 17 февраля 2003 г. N 167/2001 (см.: Розенберг М.Г. Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2003 г. М.: Статут, 2004).

При таких обстоятельствах МКАС пришел к выводу о возможности при расчете размера убытков принять во внимание данные, представленные истцом по состоянию на 6 марта 2001 г., и считать доказанным размер упущенной выгоды от каждой непоставленной метрической тонны товара, равный разнице 5 долл. США и 2,75 долл. США, т.е. 2,25 долл. США. При этом состав арбитража принял во внимание, что в соответствии с условиями контракта расчеты между сторонами должны были осуществляться по текущим ценам, определенным в порядке, предусмотренном контрактом, а ст. 524 ГК РФ (п. 3) устанавливает метод исчисления убытков для случаев, когда покупателем не совершена сделка взамен необоснованно расторгнутой. Имея в виду доказанную истцом тенденцию повышения цен на товар, являвшийся предметом контракта, не вызывает сомнений, что упущенная выгода истца по последующим партиям была бы не меньшей, чем по первой партии.

Размер подлежащих возмещению убытков определен путем умножения общего количества товара, подлежавшего поставке по контракту, на 2,25

долл. США.

### Отсутствие причинной связи между возникшими убытками и действиями причинителя

В деле Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа заказчик по договору подряда предпринял попытку взыскать упущенную выгоду в виде неполученных доходов от торговой деятельности с подрядчика, который допустил просрочку в выполнении работ по монтажу электроосвещения, электрооборудования, пожарной сигнализации магазина <\*>. Решением суда первой инстанции, оставленным без изменения постановлением кассации, в удовлетворении исковых требований отказано, поскольку истец не доказал наличие причинно-следственной связи между просрочкой в исполнении работ по договору подряда и возникшими убытками, а также размер убытков и факт принятия необходимых мер и приготовлений для получения прибыли в период с 10 мая 2004 г. по 14 июля 2004 г. По договору подряда, заключенному 24 февраля 2004 г., срок исполнения обязательств подрядчика был определен с 1 марта 2004 г. по 25 апреля 2004 г. Суд установил, что подрядные работы ответчик выполнил с нарушением срока, указанного в договоре, что явилось основанием для обращения истца с иском о взыскании убытков в виде упущенной выгоды. Между тем в ходе судебного разбирательства установлено, что в период после 25 апреля 2004 г. в магазине выполнялись общестроительные работы другими подрядчиками, которые препятствовали как выполнению пусконаладочных работ, так и открытию торговой точки. Заказчик, зная об этом обстоятельстве, в письме от 17 июля 2004 г. определил ответчику новый срок выполнения работ - 20 июля 2004 г. Изложенное свидетельствовало об отсутствии причинно-следственной связи между просрочкой в выполнении работ и возникновением убытков у истца.

-----  
<\*> Постановление Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 22 сентября 2005 г. N А43-33867/2004-25-1004.

Ввиду отсутствия причинно-следственной связи между заявленными убытками и незаконными действиями налогового органа было отказано в иске Федеральным арбитражным судом Волго-Вятского округа <\*>. В данном споре налоговый орган наложил арест на принадлежащее ООО (истцу) здание ресторана при том, что у истца, как он полагал, имелось иное имущество, на которое мог быть наложен арест. Арест был снят лишь после того, как ООО погасило задолженность по налогам и сборам в 2002 г.

-----  
<\*> Постановление Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 11 апреля 2005 г. N А29-1504/2004-4э.

ООО, посчитав, что в результате действий налогового органа по



необоснованному аресту здания ресторана был расторгнут предварительный договор купли-продажи от 25 июля 2001 г. ЗАО о покупке данного здания за 35000000 руб. и этот объект продан 19 апреля 2002 г. индивидуальному предпринимателю по цене 19000000 руб., в связи с чем у ООО возникли убытки в сумме 15000000 руб. в виде упущенной выгоды, представляющие собой разницу между ценой здания, предложенной покупателем по предварительному договору, и ценой, по которой здание было продано после снятия ареста, обратилось в арбитражный суд с иском о взыскании убытков.

Отказывая в иске, суд принял во внимание обстоятельства, при которых был заключен предварительный договор от 24 июля 2001 г.: частичный арест на здание ресторана был наложен в ноябре 2000 г., а 30 июля 2001 г. арест был наложен на все здание. В предварительный договор было включено положение о том, что условием заключения основного договора является снятие ареста и иных обременений в срок до 1 сентября 2001 г. Прямо в постановлении суда об этом не указывалось, но есть основания полагать, что суд исходил из неразумности действий истца, заключавшего предварительный договор купли-продажи объекта, находящегося под арестом.

Надо отметить, что в данном деле суд пришел к выводу об отсутствии противоправности в действиях налогового органа, а это само по себе должно было бы являться достаточным основанием для отказа в удовлетворении требований о возмещении убытков без обращения к вопросам причинно-следственной связи.

Кроме того, неразумность действий истца не свидетельствует об отсутствии причинно-следственной связи, а должна служить самостоятельным основанием для отказа в иске о взыскании упущенной выгоды. При этом необходимо исследовать, не был ли предварительный договор заключен задним числом (тогда основанием к отказу являлось бы непринятие кредитором мер по снижению размера убытков).

Ввиду отсутствия причинно-следственной связи Федеральный арбитражный суд Волго-Вятского округа отказал истцу в удовлетворении иска и по другому делу <\*>. По договору поставки поставщик обязался поставить товар (витраж, гипсокартон, брус и прочие вещи для оборудования торгового павильона) не позднее 16 октября 2003 г., а реально поставка была произведена лишь 17 ноября 2003 г. Данное обстоятельство послужило основанием для обращения покупателя с иском о взыскании убытков - упущенной выгоды, связанной с неполучением соответствующего дохода вследствие простоя в работе торговой точки. Истец полагал, что из имеющихся в деле доказательств явствует наличие прямой причинно-следственной связи между просрочкой в поставке оборудования и понесенными убытками в виде упущенной выгоды. С целью создания условий для приемки товара по договору предприниматель освободил торговую точку от находившегося там имущества и прекратил торговую деятельность. В связи с тем, что ответчик несвоевременно поставил витраж и комплектующий материал, истец понес убытки ввиду простоя работы в

данной точке. Если бы право покупателя не было нарушено, то он смог бы открыть секцию раньше и получить фиксированную прибыль за 17 календарных дней. Возможные доходы в течение периода простоя отражены в расчете с приложением подтверждающих документов (кассовые чеки за сентябрь, налоговая декларация за 4-й квартал 2003 г.).

-----  
<\*> Постановление Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 23 декабря 2004 г. N А11-1638/2004-К1-2/54.

По мнению суда, из материалов дела не следует, что просрочка поставки оборудования ответчиком повлекла за собой приостановление работы торговой точки истца и недополучение выручки. Истец не доказал, что им принимались все меры к предотвращению убытков.

Весьма интересным примером правовых проблем определения причинно-следственной связи между допущенным нарушением и наступившими неблагоприятными последствиями служит следующее дело Федерального арбитражного суда Московского округа <\*>. Акционер ОАО заключил 13 января 2005 г. договор купли-продажи своих акций с компанией "К", по которому принял на себя обязательство не позднее 18 февраля 2005 г. передать покупателю обыкновенные акции в количестве 31084 шт. и привилегированные в количестве 25487 шт., а покупатель - не позднее 19 января 2005 г. оплатить акции по цене, равной цене покупки акций по состоянию на 18 января 2005 г. на фондовой бирже "РТС".

-----  
<\*> Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 7 сентября 2005 г. N КГ-А40/8488-05.

14 января 2005 г. произошло резкое падение курса акций ОАО. Компания "К" исполнила обязательство, принятое на себя по указанному договору, оплатив акции суммой меньшей, чем стоимость пакета акций на день заключения договора на 1946557 долл. США.

Истец, посчитав вследствие резкого и значительного падения курса акций продажу указанного пакета акций по сложившейся на фондовой бирже цене нецелесообразной, был вынужден отказаться от исполнения договора, в связи с чем понес расходы, уплатив компании "К" штраф в размере 2486699 долл. США.

Указанные суммы предъявлены продавцом акций ко взысканию с крупной аудиторской фирмы, поскольку истец полагал, что убытки (1946557 долл. как упущенная выгода и 2486699 долл. как реальный ущерб) понесены им в результате неправомерных действий ответчика, выразившихся в недостоверной оценке стоимости акционерного капитала ОАО. Информация об отчете ответчика была размещена в сети Интернет и привела к реальному снижению стоимости акций. Эти обстоятельства истец подтверждал данными об итогах торгов с ценными бумагами нескольких эмитентов в рассматриваемый период времени.

Оценив доводы истца, суд пришел к выводу об отсутствии обязательного характера отчета ответчика об оценке акционерного капитала для истца, поскольку отчет подготовлен не для него, о недоказанности факта опубликования спорного отчета, а также доступности отчета неопределенному кругу третьих лиц по вине ответчика. Кроме того, истец не доказал, что акции ОАО имелись у него по состоянию на дату заключения договора - 13 января 2005 г. Совокупность указанных обстоятельств свидетельствовала, по мнению суда, об отсутствии причинно-следственной связи между действиями ответчика и убытками.

Отдельно следует оценить факт добровольной уплаты истцом значительной суммы штрафа своему контрагенту, превышающей размер упущенной им выгоды. Указанные действия выглядят неразумными и порождают серьезные сомнения в добросовестности истца, поскольку, если он был готов пойти на добровольное покрытие убытков контрагента, он мог не допускать их возникновения, исполнив ставший для себя невыгодным контракт. В любом случае экономия составила бы для него порядка 500 тыс. долл. Впоследствии, доказав размер упущенной выгоды, он мог бы предпринять попытку по взысканию только 1946577 долл. Выплатив же штраф, истец увеличил собственные убытки более чем в два раза. Представляется, что даже в случае доказанности факта нарушения со стороны ответчика и причинно-следственной связи между нарушением и убытками истца суд должен был отказать во взыскании реального ущерба (в виде добровольно уплаченной неустойки покупателю акций) ввиду непринятия истцом мер по предотвращению убытков и снижению их размера.

Не была установлена причинная связь между просрочкой поставки автомобиля и неполучением покупателем дохода по договору лизинга, который был им заключен в качестве лизингодателя, в деле Федерального арбитражного суда Московского округа <\*>. Суд апелляционной инстанции указал на то, что на момент заключения договора лизинга от 5 марта 2004 г. в распоряжении истца автомобиль не находился и, подписывая договор лизинга, истец принял на себя риск предпринимательской деятельности. Суд кассационной инстанции поддержал данный вывод. Возможно, иные обстоятельства дела дополнительно свидетельствовали в его пользу, но приведенное обоснование вполне способно вызвать критическую оценку, поскольку, заключая договор лизинга, по общему правилу лизингодатель не имеет в собственности предмет лизинга, а должен его приобрести, часто согласовывая с покупателем даже кандидатуру продавца. Следовательно, усматривать отсутствие причинной связи между просрочкой поставки и неполученными доходами по договору лизинга можно в чем-то еще, но не в заключении договора лизинга в отношении имущества, находившегося во владении лизингодателя.

-----  
<\*> Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 19 апреля 2005 г. N КГ-А40/1942-05.

Обоснованный подход к определению причинно-следственной связи продемонстрирован Федеральным арбитражным судом Московского округа в другом деле <\*>. В данном деле истец, являвшийся акционером ответчика и заключивший договор купли-продажи принадлежащих ему акций, требовал возместить убытки, образовавшиеся у него вследствие отказа ответчика предоставить документы о хозяйственной деятельности ответчика в нарушение ст. 3, 88, 89, 91 Федерального закона "Об акционерных обществах". В результате отказа от предоставления документов истец допустил нарушение своих договорных обязательств перед покупателем, поскольку в силу договора должен был ознакомить последнего с указанными документами. В качестве убытков названа двойная сумма задатка, которую истец уплатил своему контрагенту, и упущенная выгода - денежная сумма, которую истец должен был получить в результате продажи акций. Суд кассационной инстанции согласился с выводом апелляционного суда об отсутствии причинно-следственной связи между действиями ответчика и причинением истцу убытков, приняв во внимание следующие обстоятельства.

-----  
<\*> Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 20 января 2005 г. N КГ-А40/12799-04.

В договоре купли-продажи истец согласовал с покупателем обязанность предоставить широкий перечень разнообразных документов о деятельности акционерного общества, включая правоустанавливающие документы на недвижимость, должностные инструкции генерального директора, его заместителей и главного бухгалтера, отчет о выплаченных им суммах в течение последних трех лет, все договоры на консультационные услуги за этот же период и множество иных документов. Заключая сделку купли-продажи, истец самостоятельно принял такое обязательство, тем самым возложив на себя риск ответственности, связанной с неисполнением условий этого договора. При этом необходимые документы о деятельности ОАО (ответчика) на момент подписания договора у истца отсутствовали.

Кроме того, в договоре купли-продажи стороны предусмотрели право покупателя отказаться от покупки ценных бумаг после окончания срока проведенного анализа финансового состояния, юридической экспертизы и оценки бизнеса ОАО. Тем самым стороны поставили покупку акций под условие результатов проведенного анализа деятельности ОАО, что не свидетельствует об однозначном получении истцом денежной суммы от продажи акций.

Истец как акционер ОАО вправе был обжаловать действия общества по неисполнению им обязанности по предоставлению необходимых документов в установленном порядке, однако он таким правом не воспользовался. Помимо этого, как следует из материалов дела, расторжение договора купли-продажи акций было осуществлено не в судебном порядке, а по

добровольному соглашению продавца и покупателя.

Наличие причинной связи установлено Федеральным арбитражным судом Московского округа в следующем деле <\*>. Клиент по договору транспортной экспедиции направил экспедитору, который в силу договора обязался представлять вагоны для перевозки сжиженного газа, заявку на предоставление 268 вагонов в ноябре 2003 г. Указанная заявка не была выполнена полностью, и часть газа оказалась реализованной не на экспорт (по цене 315 долл. за т), а на внутреннем рынке (цена составила 1350 руб. за т). Разница в цене взыскана судом с экспедитора в качестве упущенной выгоды клиента по договору транспортной экспедиции, вызванной ненадлежащим исполнением экспедитором своих обязательств. Согласно выводам суда вследствие того, что ответчиком были предоставлены вагоны в меньшем количестве, истец был вынужден реализовать недопоставленный на экспорт сжиженный газ на внутреннем рынке. Таким образом, истец доказал размер доходов, которые он не получил из-за нарушения ответчиком обязательства по договору транспортной экспедиции, а также причинную связь между неисполнением обязательства и неполученными доходами.

-----

<\*> Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 14 января 2005 г. N КГ-А40/11986-04.

В уже упоминавшемся ранее деле Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа N Ф04/2066-776/А27-2004 недоказанность причинной связи между допущенным нарушением со стороны ответчика и потерями доходов истца послужила дополнительным основанием для отказа в иске. Индивидуальный предприниматель, которому принадлежало помещение в обрушившемся доме, обратился с иском о возмещении упущенной выгоды к городской администрации, виновной, по его мнению, в произошедшем обрушении. Судом установлено, что супруги, один из которых являлся индивидуальным предпринимателем, оказывающим юридические услуги, приобрели две квартиры в одном доме (N 1 и N 10). Потеря несущей способности кирпичной кладки столбов в подвальном помещении стала причиной частичного обрушения дома, в результате которого пострадала квартира N 1 (вину городской администрации в произошедшем обрушении суд также посчитал недоказанной, однако для целей рассматриваемых проблем причинной связи этот аспект не имеет принципиального значения). Немедленно после обрушения дома истец прекратил предпринимательскую деятельность, которую он осуществлял в квартире N 1, что истец указал в свидетельстве о доходах в качестве юридического адреса. Причиной снятия с учета в налоговом органе в качестве индивидуального предпринимателя истец назвал обрушение соответствующего дома. Эти соображения положены судом апелляционной инстанции в основу Постановления об удовлетворении иска.

По мнению суда кассационной инстанции, делая упомянутый вывод, суд апелляционной инстанции неправильно применил нормы ст. 15, 1064 ГК РФ,

так как увязал бездействие городской администрации с прекращением истцом предпринимательской деятельности при отсутствии причинной связи между названными событиями.

Суд счел, что истец не доказал использование им квартиры № 1 для предпринимательской деятельности по оказанию юридических услуг. Имеющиеся в материалах дела доказательства свидетельствуют об обратном. В частности, в свидетельстве о регистрации предпринимательской деятельности, в свидетельстве об уплате единого налога на вмененный доход, договорах на оказание юридических услуг и трудовых соглашениях, заключенных истцом с юридическими и физическими лицами, в качестве адреса предпринимателя указана квартира № 10, а не квартира № 1. Следовательно, в связи с обрушением квартиры № 1 предприниматель мог продолжать использовать в своей предпринимательской деятельности квартиру № 10. Поэтому отсутствует причинная связь между тем, что обрушилась квартира № 1, и тем, что истец подал заявление о прекращении предпринимательской деятельности.

Однако нельзя исключать, что в другом случае в подобных фактических обстоятельствах подход может быть иным. Предположим, что в договорах предприниматель указывал адрес своего жительства (на втором, третьем или ином этаже), в то время как реальная деятельность по приему граждан и оказанию им консультационных услуг осуществлялась в квартире на первом этаже здания (то, что квартира при этом использовалась для целей, не связанных с проживанием в ней граждан, и подлежала ли она переводу в нежилые помещения, - вопросы, требующие отдельного рассмотрения и выходящие за рамки настоящей статьи). Если это в действительности было так, как мы предполагаем, причинную связь между обрушением квартиры № 1 и прекращением деятельности на базе этой квартиры можно усматривать. Требовать перемещения предпринимательской деятельности юриста в квартиру, где он проживает, не вполне разумно.

Другое дело, что в рассматриваемом примере суд применил также п. 4 ст. 393 ГК РФ, согласно которому при определении упущенной выгоды учитываются предпринятые кредитором для ее получения меры и сделанные с этой целью приготовления. Предпринимателем не представлены доказательства, подтверждающие наличие реальных условий для получения предъявленных убытков от предпринимательской деятельности в период с 5 декабря 2000 (дата обрушения) по 4 ноября 2002 г. (дата, к которой дом был восстановлен усилиями администрации города), если бы квартира № 1 не обрушилась. Более того, истец не доказал, что предпринимал какие-либо меры по отысканию, в том числе с помощью городской администрации, иного помещения для осуществления предпринимательской деятельности.

Изложенные соображения в совокупности позволяют согласиться с судебными актами о необоснованности предъявленных требований.

Вопросы причинной связи, несмотря на возражения ответчика, не вызвали у Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа затруднений по другому делу <\*> (Постановление от 24 марта 2004 г.). В

данном деле покупатель семян подсолнечника настоял на включении в договор положений о более высоких требованиях к качеству товара (сниженный процент кислотности - не более 3,5 мг КОН) по сравнению с требованиями соответствующего ГОСТа и осуществил полную предоплату товара. Однако ввиду поставки подсолнечника ненадлежащего качества (с более высоким кислотным числом) в результате его переработки получено подсолнечное масло не высшего, а второго сорта. Разница в стоимости реализации подсолнечного масла высшего сорта и второго сорта составила упущенную выгоду истца по данному делу, которая была взыскана судами всех инстанций с ответчика (поставщика).

-----  
<\*> Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 24 марта 2004 г. N Ф04/1464-297/А03-2004.

Федеральный арбитражный суд Дальневосточного округа отказал в иске о взыскании убытков, возникших вследствие применения судом по ходатайству лица ареста на имущество и денежные средства, поскольку истцом не доказана вина указанного лица в причинении убытков, а также их размер и наличие причинно-следственной связи между действиями ответчика и убытками истца <\*>. По иску физического лица К. рассматривалось дело, в котором применены обеспечительные меры в виде ареста принадлежащей ООО и готовой к отправке древесины. Арест действовал с 22 апреля 2002 г. по 11 июня 2002 г. По мнению ООО, предъявившего самостоятельный иск к гражданину К., в результате незаконных требований К., по которым принимались обеспечительные меры, деятельность ООО с 22 апреля 2002 г. по август 2002 г. фактически была прекращена и обществу причинены убытки, выразившиеся в снижении качества лесопродукции на сумму 30946 руб. 45 коп., снижении экспортных цен на лес на сумму 274036 руб. 87 коп., а также в неполученных доходах в связи с остановкой процесса заготовки древесины на сумму 578356 руб. 06 коп.

-----  
<\*> Постановление Федерального арбитражного суда Дальневосточного округа от 22 февраля 2005 г. N Ф03-А73/04-1/4503.

Заявляя о том, что за время нахождения под арестом готовой лесопродукции произошло снижение экспортных цен на мировом рынке леса, что повлекло причинение ущерба в размере 274036 руб. 87 коп., истец не представил доказательств, свидетельствующих о наличии контрактов истца с контрагентами на поставку леса, исполнение обязательств по которым стало невозможным в связи с арестом продукции. Также истцом не подтвержден документально ущерб в сумме 578356 руб. 06 коп. в связи с остановкой процесса заготовки древесины вследствие ареста имущества общества.

Таким образом, наличие заключенных контрактов с контрагентами могло бы свидетельствовать о достоверности упущенной выгоды в глазах

суда. Попутно обратим внимание на то, что в целом ряде споров, о которых идет речь в настоящей статье, упущенная выгода не взыскивалась и в условиях, когда истцом заключались договоры с третьими лицами. Суды указывали на то, что истец поступает неразумно, заключая подобные договоры, не имея возможности их исполнить. В результате получается, как нетрудно догадаться, замкнутый круг, а и без того пострадавшее лицо становится вдвойне пострадавшим, поскольку остается без судебной защиты.

Более того, достоверность упущенной выгоды сама по себе не может вытекать из факта заключения потерпевшим (кредитором) контрактов, взаимосвязанных с нарушенным обязательством опосредованным образом (т.е. в которых должен использоваться предмет нарушенного обязательства). На это высшие судебные инстанции ориентировали нижестоящие суды в п. 28 Постановления Пленума ВС РФ N 33, Пленума ВАС РФ N 14 от 4 декабря 2000 г. "О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с обращением векселей": "Наличие убытков, их размер, а также причинная связь между нарушением вексельного обязательства и возникшими убытками являются обстоятельствами, подлежащими доказыванию взыскателем. При этом следует учитывать, что само по себе заключение договора, предусматривающего использование средств, которые предполагается получить в оплату векселя, не доказывает причинной связи между неполучением вексельных сумм и убытками в виде упущенной выгоды".

Наличие причинно-следственной связи между действиями нарушителя и убытками потерпевшего признано доказанным по делу Федерального арбитражного суда Уральского округа <\*>. Между индивидуальным предпринимателем и МУП заключен муниципальный контракт на поставку материалов по капитальному ремонту и текущему содержанию муниципального жилого фонда. По условиям контракта истец продает, а ответчик приобретает стекло оконное на общую сумму 1028675 руб. Пунктом 2.1 контракта предусмотрена обязанность продавца поставить покупателю товар надлежащего качества, в количестве и сроки, указанные в заявке покупателя. Срок действия контракта определен до 31 декабря 2004 г.

-----  
<\*> Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 28 ноября 2005 г. N Ф09-3881/05-С3.

Возникновение убытков в виде неполученной прибыли в сумме 80000 руб. истец обосновал нарушением со стороны ответчика условий контракта о подаче заявки на поставку стекла.

Разрешая спор на основании ст. 15, 393 ГК РФ, суд исходил из того, что прибыль в размере 80000 руб., которую бы получил истец при надлежащем исполнении ответчиком своих обязательств по контракту, составляет его убытки и подлежит взысканию в заявленной сумме с ответчика.

Вопросы причинно-следственной связи исследовались Федеральным арбитражным судом Западно-Сибирского округа в следующем деле <\*>. ООО обратилось в суд с иском к ЗАО о возмещении упущенной выгоды,



образовавшейся вследствие снижения объемов продаж, которое в свою очередь было вызвано недобросовестной рекламой ответчика. По мнению истца, снижение объемов продаж повлекло увеличение его складских расходов, связанных с хранением нереализованной продукции (реальный ущерб), и отвлечение оборотных средств (упущенная выгода).

-----  
<\*> Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 15 ноября 2005 г. N Ф04-8196/2005(16941-А70-36).

Как следует из материалов дела, в ноябре 2004 г. в нескольких печатных изданиях и в видеосюжете были размещены материалы, касающиеся автомобильных подогревателей, производимых ответчиком. Решением Комиссии Управления Федеральной антимонопольной службы указанные материалы были расценены как недобросовестная и недостоверная реклама, ответчик признан нарушившим положения ст. 6, 7 Федерального закона "О рекламе". Полагая, что в период с ноября 2004 г. у истца произошло резкое снижение продаж в результате недобросовестной рекламы ответчика, истец обратился в суд с данным иском.

Обосновывая размер упущенной выгоды, истец сослался на увеличение остатка продукции на складе в 2004 г. по сравнению с аналогичным периодом прошлого года, вызванное снижением объемов продаж. Размер убытков был определен исходя из величины остатка продукции и за вычетом ее себестоимости.

Решением арбитражного суда в удовлетворении требований отказано вследствие недоказанности причинной связи между убытками в виде расходов на хранение нереализованной продукции, упущенной выгоды в связи с отвлечением оборотных средств и действиями ответчика.

Суд первой инстанции, отказывая в удовлетворении требований, исходил из недоказанности наличия причинной связи между действиями ответчика по размещению недобросовестной рекламы и уменьшением объемов продаж, поскольку договоры на реализацию продукции истца, заключенные с другими организациями, не расторгнуты и продолжают действовать. Согласно представленным истцом накладным реализация подогревателей возросла в 2004 г. на 1892 шт., что противоречит доводам истца об уменьшении продаж. Кроме того, суд признал недоказанным размер убытков.

Кассационная инстанция согласилась с выводами суда нижестоящей инстанции.

#### Упущенная выгода и уступка права требования

В деле Федерального арбитражного суда Дальневосточного округа встречается очень интересная правовая ситуация <\*>. Дело в основном касается проблем исчисления срока исковой давности по требованиям о взыскании упущенной выгоды. Но наибольший интерес в этом деле вызывает

другое обстоятельство, не ставшее предметом судебной оценки. Некое лицо (далее - цессионарий) приобретает право требования к должнику о взыскании денежной суммы за поставленный цедентом должнику товар. Должник находится в просрочке на момент уступки и в дальнейшем производит оплату со значительным опозданием. Цессионарий предъявляет должнику иск о взыскании упущенной выгоды, образовавшейся, по его мнению, в результате просрочки, поскольку ввиду непоступления денежных средств он не смог закупить какой-то другой товар. Правовая проблема заключается в том, может ли цессионарий в принципе обращаться с таким иском. Ведь должник ориентируется на своего контрагента, с которым вступает в сделку, т.е. на цедента. Должник среди прочего может предполагать, какие убытки возникнут у цедента вследствие нарушений, допущенных должником. О предвидимых должником убытках говорит и иностранный опыт, и международные документы, например Венская конвенция.

-----

<\*> Постановление Федерального арбитражного суда Дальневосточного округа от 28 октября 2005 г. № Ф03-А51/05-1/3142.

Предположим, должник обязуется поставить какой-то редкий товар мелкой фирме-посреднику, а та в свою очередь уступает право требования какому-нибудь крупному предприятию, которое вынуждено будет простаивать, если должник нарушит сроки поставки хотя бы на один день, и понесет колоссальные убытки от простоя не только в форме упущенной выгоды, но и в виде реального ущерба. В результате уступки может получиться так, что убытки цедента (первоначального кредитора должника) были бы малы, а убытки цессионария чрезмерно велики. За счет чего образуется разница? Причиной ее появления является уступка права. Однако доктрина говорит о том, что уступка не должна ухудшать правовое положение должника <\*>.

-----

<\*> См.: Почуйкин В.В. Уступка права требования: основные проблемы применения в современном гражданском праве России. М.: Статут, 2005. С. 56 - 61.

Совокупность приведенных рассуждений заставляет серьезно усомниться в возможности цессионария получить собственную упущенную выгоду от должника.

С другой стороны, должник также не может выигрывать в результате уступки. Если уступка состоялась после нарушения, допущенного должником, убытки, включая упущенную выгоду, образовались у цедента. Если одновременно с уступкой права требования по основному обязательству (поставить товар, заплатить денежную сумму и т.п.) он не уступает цессионарию право на компенсацию убытков, оно сохраняется у цедента и может быть им реализовано в самостоятельном порядке.

Если цедент мог бы рассчитывать на компенсацию упущенной выгоды

на случай ненадлежащего исполнения должником своих обязательств, но в результате уступки, которая состоялась до наступления срока исполнения, его интерес к исполнению должника утрачивается, должник не должен фактически освобождаться от ответственности, поскольку утрачивается не только компенсационная, но и превентивная функции ответственности. Следовательно, при нарушении должником его обязательства, допущенном после уступки, убытки понесет только цессионарий. Эти убытки необходимо возмещать цессионарию. При определении их размера требуется соблюдение баланса интересов должника (с учетом проблем, затронутых выше) и кредитора (цессионария). По-видимому, сумма убытков должна ограничиваться максимальным размером убытков, которые гипотетически мог понести cedent, и в пределах этой суммы подлежат возмещению убытки цессионария. Однако более точное оформление данной идеи может выработать только судебная практика в рамках рассмотрения конкретных споров. К сожалению, объем практики по данному вопросу пока крайне незначителен, что не позволяет усматривать какие-либо закономерности.

#### Непринятие кредитором мер по уменьшению убытков

Непринятие мер, направленных на снижение убытков, послужило основанием в Постановлении Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа для отказа в иске о возмещении упущенной выгоды собственника транспортного средства в условиях, когда ДТП произошло по вине ответчика 21 декабря 2003 г., автомашина сдана истцом в ремонт 26 декабря 2003 г., а 29 декабря 2003 г. истец подписал договор на оказание транспортных услуг по перевозке и сопровождению грузов автомобильным транспортом, по которому обязался оказывать указанные услуги с 1 января 2004 г. <\*>

-----  
<\*> Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 3 февраля 2005 г. N Ф04-9109/2004(7413-А75-8).

Суд указал, что, с одной стороны, из названного договора не вытекало, что истец собирался оказывать соответствующие услуги именно на том автомобиле, который находился в ремонте. Подразумевалось здесь, думается, следующее: если истец предполагал оказывать услуги на другом автомобиле, отсутствует причинно-следственная связь между повреждением спорной автомашины и неоказанием услуг.

С другой стороны, если истец, зная о неисправности своего автомобиля, тем не менее 29 декабря 2003 г. (т.е. через неделю после ДТП) заключил договор на оказание транспортных услуг с использованием не отремонтированного еще автомобиля, им проявлена явная неосмотрительность, за которую ответчик не может отвечать. Доказательств наличия у истца иных обязательств, образовавшихся ранее ДТП, истцом суду не представлено.

При таких обстоятельствах суд кассационной инстанции не нашел оснований считать доказанным то, что упущенная выгода от простоя поврежденного автомобиля на ремонте не получена истцом по вине ответчика.

Федеральный арбитражный суд Дальневосточного округа в Постановлении от 13 июля 2004 г. отказал в иске о взыскании упущенной выгоды индивидуального предпринимателя - собственника автотранспортного средства, которое неправомерно удерживалось ответчиком <\*>. Истец рассчитал размер убытков по аналогии с тарифами на перевозку грузов, утвержденными приказом по крупной региональной транспортной компании.

-----  
<\*> Постановление Федерального арбитражного суда Дальневосточного округа от 13 июля 2004 г. N Ф03-А51/04-1/1435.

В обоснование иска указывалось, что основной деятельностью истца в качестве предпринимателя является оказание транспортных услуг по перевозке грузов и эксплуатация автомобиля является единственным источником его дохода. При этом предприниматель сослался на тот факт, что до незаконного удержания ответчиками автомобиля им получен доход от шести международных рейсов, совершенных за один месяц, в сумме 72000 руб., предоставив в суд кассационной инстанции необходимые справки.

Основаниями к отказу в иске послужила недоказанность размера упущенной выгоды, а также отсутствие доказательств принятия истцом разумных мер к уменьшению своих убытков.

Указанное Постановление Федерального арбитражного суда Дальневосточного округа наводит на размышления о следующем: на истца ли должно возлагаться бремя представления доказательств принятия им разумных мер к уменьшению своих убытков? Думается, это не так. Можно согласиться с подходом германской доктрины (К. Ларенц), согласно которой непринятие мер по снижению убытков свидетельствует не об отсутствии причинной связи, а является самостоятельным основанием для отказа в выплате возмещения <\*>. Если это не вопрос причинной связи, доказывание которой возлагается на истца, то это скорее всего возражение, которое предоставляет ответчику возможность опровергнуть утверждения истца. Следовательно, бремя доказывания непринятия истцом необходимых мер по уменьшению своих убытков должно возлагаться на ответчика.

-----  
<\*> Larenz K. Op. cit. S. 449.

В деле Федерального арбитражного суда Московского округа N КГ-А40/12148-04, о котором уже шла речь выше (акционеру банка отказали в приобретении им акций банка со ссылкой на надуманные основания), суд также установил, что истец не воспользовался возможностью обратиться к ответчику с новой заявкой на приобретение акций в последующие дни до

окончания приема заявок с приложением требуемых документов, а также возможностью купить акции банка того же выпуска на вторичном рынке в апреле - июне 2001 г. Таким образом, действия ответчика, по мнению суда, не стали причиной невозможности покупки истцом спорных акций.

Названные обстоятельства имеют значение для правильного разрешения спора, поскольку в силу п. 4 ст. 393 ГК РФ при определении упущенной выгоды учитываются предпринятые кредитором для ее получения меры и сделанные с этой целью приготовления.

Согласно п. 1 ст. 404 ГК РФ суд вправе уменьшить размер ответственности должника, если кредитор умышленно или по неосторожности способствовал увеличению размера убытков либо не принял разумных мер к их уменьшению.

Таким образом, суд не проводил различия между причинной связью и неприятием акционером разумных мер, направленных на уменьшение размера убытков, в то время как теоретически такой подход был бы более оправдан. Также не бесспорен подход, приравнивающий п. 4 ст. 393 и п. 1 ст. 404 ГК РФ. Заслуживает внимания и та явно выраженная позиция германской доктрины, упомянутая в части первой работы, согласно которой предпринятые меры и приготовления относятся только к моменту до нарушения обязательства. Неразумное поведение кредитора после нарушения должно оцениваться как неприятие мер, направленных на уменьшение ущерба. При таком толковании п. 4 ст. 393 и п. 1 ст. 404 ГК РФ никогда не могут применяться одновременно.

### Исковая давность

Президиум ВАС РФ рассмотрел достаточно много дел, касающихся взыскания упущенной выгоды. Так получилось, что не было ни одного дела, где бы Президиум ВАС РФ явно подтвердил выводы суда о наличии причинной связи или отменил акты нижестоящих судов, не усмотревших наличие причинной связи. Как правило, нижестоящие суды усматривали наличие причинной связи, а высшая судебная инстанция направляла дело на новое рассмотрение, указывая на необходимость подойти к вопросу о причинной связи более внимательно <\*>.

-----  
<\*> См., например, Постановления Президиума ВАС РФ от 27 ноября 2001 г. N 2193/98; от 8 мая 2001 г. N 7287/00; от 4 ноября 1997 г. N 3924/97; от 24 сентября 1996 г. N 1611/96; от 23 апреля 1996 г. N 508/96.

Однако два дела Президиума ВАС РФ, объединенные общей правовой проблемой и участвующими сторонами, заслуживают специального рассмотрения. Наиболее значимой в них, на наш взгляд, является проблема исковой давности, однако имеются и иные проблемы, о которых целесообразно упомянуть. Спор возник между поставщиком газа (далее - ОАО "Н" или поставщик) и организацией, осуществляющей транспортировку

газа (ООО "Т" или владелец трубопровода). Поставщик заключил договоры поставки газа с покупателями на 1998 - 2003 гг., однако в конце 1998 г. владелец трубопровода уклонился от заключения с ним договора на транспортировку газа. Это было совершено в том числе потому, что головная (материнская) организация, отвечающая за транспортировку газа по всей стране (ОАО "Г" или материнская организация), не выдала разрешение на допуск поставщика к газотранспортной системе. Поскольку допуск не был получен, покупатели расторгли договоры с поставщиком (истцом). Поставщик впоследствии заключил договор о совместной деятельности с ОАО "Э", по которому обязался внести в качестве вклада объем газа, сопоставимый с объемом по всем пятилетним контрактам вместе взятым. В процессе переписки, которая шла между сторонами в момент, когда поставщик предпринимал усилия для преодоления адресованного ему отказа, третье лицо (ОАО "Г-т", распространитель сведений) направило в июне 1999 г. многим потенциальным контрагентам поставщика письмо, в котором негативно отзывалось о его деловых качествах и ставило под сомнение возможность исполнения им принятых на себя обязательств.

Поставщик обратился с иском в Арбитражный суд г. Москвы к ОАО "Г", ООО "Т" и ОАО "Г-т" о взыскании с ответчиков солидарно 213 млн. руб. упущенной в 1999 г. выгоды, рассчитанной простым образом - в виде разницы между себестоимостью газа для поставщика и ценой газа, определенной в договорах с покупателями. Суды всех инстанций поддержали исковые требования, руководствуясь следующим. Исковые требования заявлены на основании ст. 1064, 1080 ГК РФ о взыскании упущенной выгоды в связи с воспрепятствованием ответчиками осуществлению истцом хозяйственной деятельности по транспортировке газа контрагентам. Факты нарушения ответчиками антимонопольного законодательства и воспрепятствования в связи с этим деятельности поставщика по транспортировке газа контрагентам подтверждены материалами дела.

Так, решением от 25 марта 1999 г. комиссии МАП России по рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства деятельность ОАО "Г" (первого ответчика), занимающего доминирующее положение на рынке услуг по транспортировке газа по магистральным трубопроводам, признана противоречащей ч. 1 ст. 5 Закона "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках" (далее - Закон о конкуренции), что выразилось в препятствии к доступу на рынок другим хозяйствующим субъектам, в частности поставщику, т.е. в ограничении конкуренции и ущемлении интересов последнего.

Решением той же комиссии от 15 октября 1999 г. признаны незаконными действия ООО "Т" (второго ответчика), занимающего доминирующее положение на соответствующем региональном рынке, выразившиеся в необоснованном отказе от заключения договора с поставщиком на транспортировку газа при наличии возможности оказания данной услуги.

Решением комиссии от 25 февраля 2000 г. признаны нарушающими ст. 10 Закона о конкуренции действия ОАО "Г-т", выразившиеся в направлении

письма в адреса поставщиков, переработчиков и потребителей газа по договорам, заключенным с истцом, содержащего не соответствующие действительности, компрометирующие поставщика сведения.

Президиум ВАС РФ направил дело на новое рассмотрение, но по мотивам, не связанным с переоценкой выводов нижестоящих судов по поводу факта причинения вреда и возникновения убытков у истца <\*>. Это позволило судам в последующем полагать, что Президиумом ВАС РФ поддержана позиция нижестоящих судов в этой части.

-----  
<\*> Постановление от 24 апреля 2002 г. N 6695/01 // Вестник ВАС РФ. 2002. N 8.

После этого поставщик обратился к тем же лицам с аналогичным исковым заявлением, изменив период, за который он предполагал взыскать упущенную выгоду, с 1999 г. на 2000 г. Сумма иска также возросла до 726 млн. руб.

Поскольку дело проходило дважды через каждую судебную инстанцию, за исключением надзорной, считаем оправданным для простоты изложения ввести подразделение на первое и второе рассмотрение. Президиум ВАС РФ отменил Постановление кассации от 22 октября 2003 г. (повторное рассмотрение) и оставил в силе иные принятые по делу судебные акты первой и апелляционной инстанций об отказе в иске <\*>.

-----  
<\*> Постановление от 16 марта 2004 г. N 6065/03 // Вестник ВАС РФ. 2004. N 8.

Согласно п. 1 ст. 200 ГК РФ течение срока исковой давности начинается со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права. Иными словами, с момента появления права на иск. Закономерен вопрос, когда возникает право на иск у лица, в отношении которого совершены неправомерные действия (деликт): в момент совершения деликта или в момент, когда начинают наступать неблагоприятные последствия? Иными словами, когда потерпевшего (истца по данному делу) противоправно не допускают к газотранспортной системе или когда наступают его убытки?

Если признать, что право на иск возникает в момент совершения деликта (позиция суда первой инстанции при повторном рассмотрении), то истцом по данному делу пропущен давностный срок, поскольку он не получил разрешение к установленному сроку (13 января 1999 г.), и это можно считать датой совершения деликта (кем совершен этот деликт - отдельный вопрос), иск же был подан только в июле 2002 г. Однако этот подход неверен, поскольку, не установив, что потерпевшему причинены убытки, нельзя говорить о том, что у него возникло какое-либо право по отношению к причинителю вреда.

Другой крайностью является позиция кассационной инстанции (при повторном рассмотрении), с которой не согласилась высшая судебная

инстанция, - о неполучении прибыли по итогам каждого месяца, начиная с января 2000 г., истец мог узнать только по истечении этого и последующих месяцев года. Таким образом, по-видимому, суд полагал, что убытки в виде упущенной выгоды у истца возникают не на будущее время, а за отдельные периоды.

Эта позиция вряд ли заслуживает поддержки, поскольку она практически исключает возможность применения исковой давности по делам о взыскании упущенной выгоды. Если бы были заключены не пятилетние, а пятидесятилетние договоры и упущенная выгода определялась по итогам каждого из этих пятидесяти лет, это явно противоречило бы идее законодателя, закрепленной в ст. 15 ГК РФ. Упущенная выгода - неполученные доходы, которые лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено. Когда законодатель сделал указание на "обычные условия гражданского оборота", он подразумевал, что эти условия определяются в тот момент, когда причинен вред, т.е. заранее на будущее время. Если бы имелось в виду, что упущенную выгоду следует подсчитывать непосредственно по итогам определенного периода, следовало бы делать указание не на обычные условия оборота, а на конкретные условия, в которых находился потерпевший в том отрезке времени, за который подсчитывается упущенная выгода.

Наиболее приемлемым представляется следующий подход.

В теории гражданского права выделяется несколько безусловных оснований для возникновения права потерпевшего на возмещение вреда: а) противоправное деяние (доказано по данному делу); б) наступление вреда у потерпевшего; в) причинная связь между деянием и вредом.

Иногда последствия деликта (вред) наступают лишь спустя некоторое время после того, как совершено противоправное деяние. По данному делу таким последствием стало расторжение пятилетних контрактов на поставку и переработку. Следовательно, если бы после недопуска истца к газотранспортной системе 13 января 1999 г. указанные контракты не были расторгнуты (дата их расторжения не нашла отражения ни в одном судебном акте, принятом по данному делу, хотя в Постановлении апелляционной инстанции указано, что к 13 января 1999 г. уже не было заключенных договоров на поставку в 2000 г.) и исполнялись, то вредоносные последствия для истца не наступили бы, а значит, не возникло бы и его право на иск. По данному делу истец узнал, что у него образуется значительная упущенная выгода после того, как оказались расторгнуты контракты.

Потом у истца было три года на то, чтобы принять решение об обращении в суд, в том числе для того, чтобы оценить свои убытки. В подобном ожидании истца нет ничего предосудительного, поскольку с ним (ожиданием) связаны как благоприятные, так и неблагоприятные для истца обстоятельства. С одной стороны, сделанная предварительно (на будущее время) оценка упущенной выгоды могла оказаться неточной (заниженной), а значит, есть смысл подождать, пока пройдет время и можно будет реально



рассчитать упущенную выгоду исходя не из приблизительного, а действительного уровня цен (включая цены на предполагаемые собственные издержки). По сути это имеется в виду в п. 3 ст. 393 ГК РФ. В условиях постоянного повышения цен (вызванного инфляцией и т.п.) это может быть актуальным. С другой стороны, чем больше времени потерпевший ждал, тем более детально он должен доказывать, какие меры он предпринял для получения выгоды и какие приготовления он совершил (п. 4 ст. 393 ГК РФ). Причинитель может доказать, что кредитор умышленно или по неосторожности содействовал увеличению размера убытков либо не предпринял разумных мер к их уменьшению. Например не направил высвободившиеся средства на другие цели, связанные с извлечением прибыли. Чем больше период времени, тем причинителю проще это доказать.

Итак, установлено, что в пределах давностного срока истец мог отложить обращение с иском на некоторое время, но главное для целей исковой давности заключается в том, что он мог обратиться с иском о взыскании упущенной выгоды за 2000, 2001, 2002 и последующие годы сразу же в 1999 г. Это является безусловным подтверждением того, что право на иск у него возникло уже тогда, после расторжения пятилетних договоров на поставку и переработку газа. По-видимому, это произошло не ранее (т.е. не обязательно сразу же 13 января 1999 г., как установил суд первой инстанции при повторном рассмотрении), но и не значительно позднее (как полагал суд кассационной инстанции при повторном рассмотрении).

Изложенные соображения позволяют прийти к выводу, что по данному делу был пропущен срок исковой давности (иск подан в июле 2002 г.) и Постановление кассационной инстанции от 22 октября 2003 г. следовало пересмотреть, поскольку в нем неправильно применена норма материального права.

Вот цитаты из Постановления Президиума ВАС РФ от 16 марта 2004 г. N 6065/03, поставившего точку в этом деле: "Последствия деликта 1998 - 1999 годов, связанные с невозможностью получения доходов из-за неисполнения пятилетних договоров на поставку нефтепродуктов, истец имел возможность оценить и восстановить нарушенное право путем предъявления одного иска, а не посредством периодического взыскания убытков. Нельзя также признать обоснованным вывод суда кассационной инстанции о начале течения срока исковой давности по окончании каждого месяца 2000 года, поскольку о нарушенном праве, т.е. невозможности исполнения заключенных договоров, истец узнал непосредственно после совершения ответчиками противоправных деяний. Следовательно, судами первой и апелляционной инстанций сделан правильный вывод о пропуске истцом срока исковой давности, о применении которой... было заявлено до принятия решения по делу".

Совокупность обстоятельств дела свидетельствовала не в пользу добросовестности истца, и это послужило дополнительным основанием для отказа Президиума ВАС РФ поддержать его требования.

Ссылка истца на договор о совместной деятельности с ЗАО "Э" признана

необоснованной, так как он не может быть отнесен ни к приготовлениям для извлечения прибыли, ни к мерам, направленным на уменьшение убытков. Договор о совместной деятельности был заключен истцом после того, как его право было нарушено и не было восстановлено, что свидетельствует о неосмотрительности самого истца. Договор о совместной деятельности на 2000 г. был заключен 16 сентября 1999 г., когда истец знал о прекращении с ним договорных обязательств на поставку газа и его переработку и после того, как нарушение прав истца было констатировано решением МАП РФ от 25 марта 1999 г. Таким образом, истец знал об отсутствии у него объективной возможности внесения вклада по договору о совместной деятельности и получения прибыли в этой части, однако заключил указанный договор, обусловив его исполнение действиями третьих лиц.

Судами первой и апелляционной инстанций (при повторном рассмотрении) установлена вина истца в непринятии необходимых мер, направленных на снижение убытков. С учетом целого ряда косвенных доказательств этот вывод представляется оправданным. В частности, по доводам заявителя, обратившего с надзорной жалобой в ВАС РФ, организация-истец не располагала имуществом и не вела хозяйственной деятельности; ранее истец ходатайствовал об отсрочке уплаты государственной пошлины, представляя доказательства отсутствия у него средств на расчетном счете. Заявитель представил также материалы, свидетельствующие о прекращении судебным приставом-исполнителем взыскания по иску, обращенному к ОАО "Н" (истцу по данному делу), ввиду отсутствия у истца имущества (при истребуемой сумме, эквивалентной всего 500 долл. США). Это весьма странно, если учесть следующие соображения. Во-первых, истец, который в силу заключенных договоров был обязан оплатить купленный попутный газ в значительной сумме, но в результате разрушения договорных связей освободился от обязанности по оплате, не направил ни сэкономленные суммы, ни то, что было взыскано в его пользу прежним решением судов за 1999 г., для извлечения прибыли иным способом, а, напротив, непонятным образом растерял все свое имущество. Во-вторых, с учетом размера исчисленной истцом упущенной выгоды эта организация должна была в прежние годы за один год деятельности получать чистой прибыли сотни миллионов рублей (или десятки миллионов долларов), а теперь она не могла оплатить незначительный долг.

С политико-правовой точки зрения нельзя стимулировать участников оборота к тому, чтобы потерпевший переставал предпринимать усилия для извлечения прибыли, а пытался существовать в последующем за счет нарушителя.

Таким образом, выводы судов первой и апелляционной инстанций о недоказанности истцом своих требований признаны Президиумом ВАС РФ обоснованными.

Из занятой Президиумом ВАС РФ позиции следует, что свою упущенную выгоду потерпевший должен подсчитывать непосредственно в момент наступления вредоносных последствий правонарушения. С этого

момента должен исчисляться срок исковой давности. Чем больше времени пройдет между указанным моментом и предъявлением иска, тем более сложным для потерпевшего станет доказывание заявленных требований. Это оправданное и справедливое решение, позволяющее избежать злоупотреблений со стороны потерпевших. Желание "поживиться" за счет нарушителя в праве поддержки не находит, поскольку противоречит основополагающим его принципам.

В качестве заключения хотелось бы выразить надежду на то, что постепенно отношение судебной практики и доктрины гражданского права к упущенной выгоде будет меняться в направлении, в котором движется современная иностранная правовая мысль. Лица, пострадавшие от неправомерных действий, от этого только выиграют. Восприятие иностранного опыта обогатит отечественную юридическую науку.

Перед практикой стоят задачи по установлению справедливого баланса между интересами пострадавших (их интерес в том, чтобы получить возмещение собственных потерь) и нарушителей (их интерес в том, чтобы не возмещать больше того, чем требуется).

Совместными усилиями науки и практики необходимо прийти к тому, чтобы в судебных актах открытым текстом больше не звучали пессимистичные оценки в адрес убытков (и упущенной выгоды в их числе), которые истцам нереально было бы доказать <\*>.

-----  
<\*> Например, Постановление Президиума ВС РФ от 31 марта 1999 г. N 194пв-98пр: "...данное положение (статьи 49 Закона об авторском праве и смежных правах. - А.Е.) не связывает истцов бременем доказывания убытков, так как авторам сделать это практически невозможно...".