

ПРАКТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ ВЗЫСКАНИЯ УПУЩЕННОЙ ВЫГОДЫ

Игорь Вершинин

Старший юрист BGP Litigation

Владимир Ефремов

Партнер, Адвокат

рассмотрение споров о взыскании упущенной выгоды с 24.03.16 – 20.05.21

3 235

3 235

42,9%

УДОВЛЕТВОРЕНО
ПОЛНОСТЬЮ ИЛИ ЧАСТИЧНО

45,3%

ОТКАЗАНО В
УДОВЛЕТВОРЕНИИ

1000

3 235

52,1%

УДОВЛЕТВОРЕНО
ПОЛНОСТЬЮ ИЛИ ЧАСТИЧНО

30,8%

ОТКАЗАНО В
УДОВЛЕТВОРЕНИИ

«МАТЕМАТИЧЕСКАЯ» И «РАЗУМНАЯ» МОДЕЛЬ

- **Суд не может отказать** в удовлетворении требования кредитора о возмещении убытков только на том основании, что размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности
(п. 5 ст. 393 ГК (март 2015))
- **Приблизительный и вероятностный характер расчета размера УВ (п. 14 ПП ВС № 25 (июнь 2015))**
- **Размер упущенной выгоды определяется судом** с учетом всех обстоятельств дела **исходя из принципов справедливости и соразмерности** ответственности допущенному нарушению обязательства **(п. 4 ПП ВС № 7 (март 2016))**

КЛЮЧЕВЫЕ АСПЕКТЫ

- ✓ Упущенная выгода = потенциальные доходы – потенциальные расходы
(п. 2 ПП ВС № 7)
- ✓ Цель в восстановлении «позитивного интереса» – кредитор должен быть поставлен в положение, в котором он находился бы, если бы обязательство было исполнено надлежащим образом
(п. 2 ПП ВС № 7)
- ✓ Размер убытков и причинно-следственная связь доказывается с разумной степенью достоверности
(393 ГК, п. 12 ПП ВС №25, п. 5 ПП ВС № 7)
- ✓ Мера ответственности – необходимо доказать ее условия (предмет доказывания)

1. Противоправность.

Неисполнение/ненадлежащее исполнение обязательств должником. Деликт.

2. Наличие убытка и его размер.

Экспертиза.

- ✓ Возможность извлечения прибыли.
Приготовление к получению прибыли или иные доказательства возможности ее извлечения. **(п. 3 ВС № 7)**
- ✓ Митигация. **(ст. 404 ГК, п. 5 ПП ВС № 7)**

3. Причинно-следственная связь.

Доказывается с разумной степенью достоверности и презюмируется, если убытки являются обычным для оборота последствием нарушения.

(ст. 393 ГК, п. 12 ПП ВС №25, п. 5 ПП ВС № 7).

4. Вина должника.

Презумпция по п. 2 ст. 401 и ст. 1064 ГК РФ.



**УПУЩЕННАЯ ВЫГОДА
В ДОГОВОРНОЙ
РАБОТЕ**

ОГРАНИЧЕНИЕ РАЗМЕРА УПУЩЕННОЙ ВЫГОДЫ В ДОГОВОРЕ

- По общему правилу стороны обязательства вправе по своему усмотрению ограничить ответственность должника **(п. 6 ПП ВС № 7)**
- Исключение взыскания тех или иных видов убытков (например, упущенной выгоды) в договоре полностью **(п. 1 ст. 15 ГК):**

“ *«Лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков, если законом или договором не предусмотрено возмещение убытков в меньшем размере»*

- **Формулировка.** В случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств по договору одной стороной, другая сторона вправе требовать возмещения исключительно реального ущерба, упущенная выгода возмещению не подлежит.

ОГРАНИЧЕНИЕ РАЗМЕРА УПУЩЕННОЙ ВЫГОДЫ В ДОГОВОРЕ

- Установление в договоре между коммерсантами предела возмещения убытков (в т.ч. упущенной выгоды) по сумме **(ст. ст. 400, 421 ГК)**
- **Формулировка.** Убытки, причиненные исполнителем (заказчиком), подлежат возмещению в сумме, не превышающей 100 000 руб.
- Условия об ограничении ответственности не имеют силы, если:
 - ✓ нарушение договора было умышленным **(п. 4 ст. 401 ГК)**
 - ✓ они включены в потребительский договор и ограничивают ответственность коммерсанта перед потребителем **(п. 2 ст. 400 ГК)**
 - ✓ они нарушают законодательный запрет или противоречат существу законодательного регулирования соответствующего вида обязательства (например, условия договора охраны об ограничении ответственности профессионального исполнителя только случаями умышленного неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства) **(п. 6 ПП ВС № 7)**

ОПРЕДЕЛЕНИЕ МЕТОДА РАСЧЕТА УПУЩЕННОЙ ВЫГОДЫ В ДОГОВОРЕ

- Договором может быть предусмотрена **формула расчета убытков**, в том числе упущенной выгоды **(ст. 421 ГК)**
- Стороны могут отступить от общего правила, определяющего **место и момент фиксации цен**, учитываемых при определении размера убытков **(п. 3 ст. 393 ГК)**
- Формула должна быть экономически оправданной и не должна противоречить закону. Например, возможно указание переменных, которые учитываются при определении потенциального дохода (цена за изделие, объем производства) или расходов (материалы для производства, аренда, заработная плата, электроэнергия, иные расходы) с учетом специфики хозяйственной детальности

ОПРЕДЕЛЕНИЕ МЕТОДА РАСЧЕТА УПУЩЕННОЙ ВЫГОДЫ В ДОГОВОРЕ

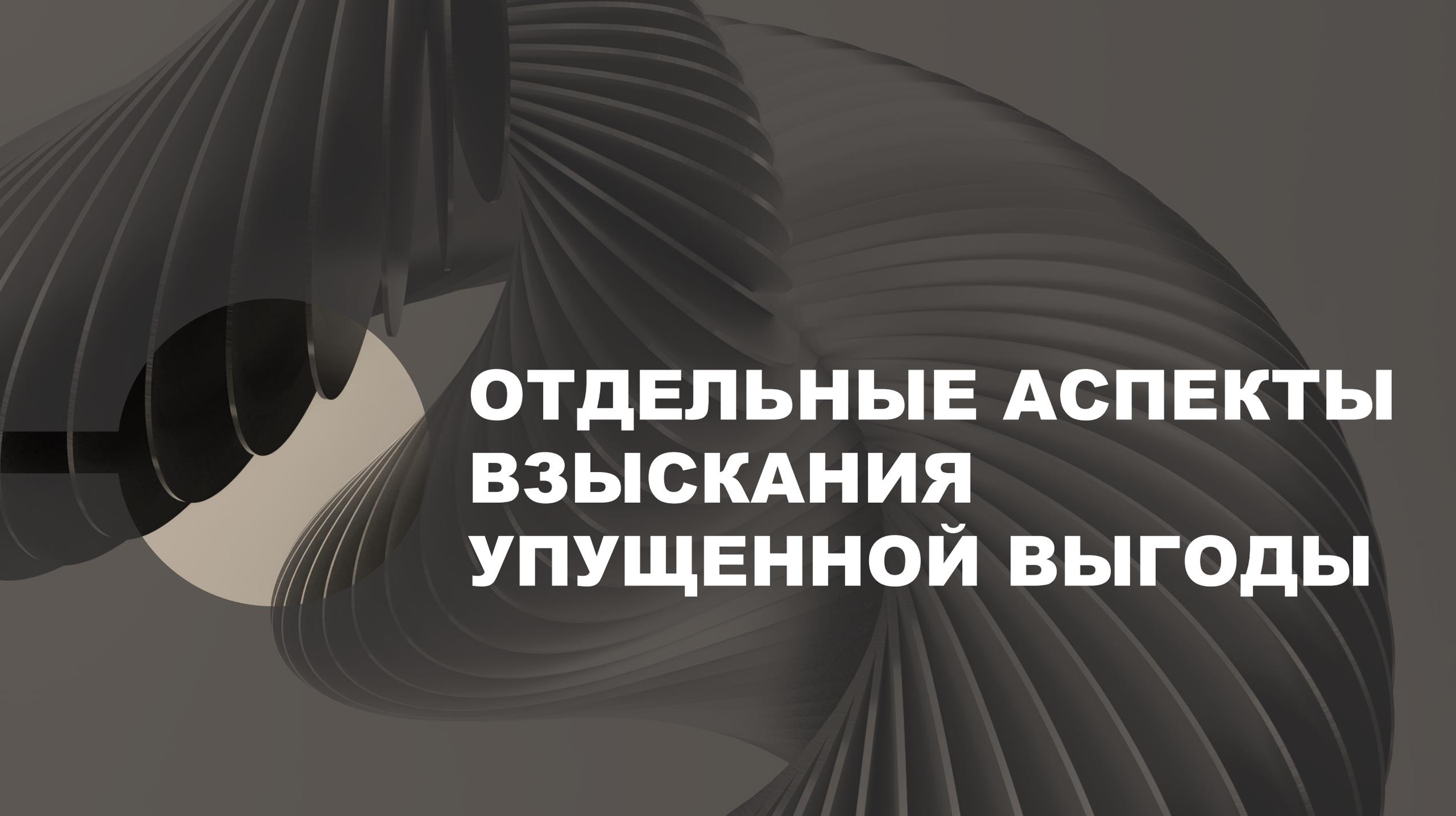
- Возможно использовать **Временную методику** определения размера ущерба (убытков), причиненного нарушениями хозяйственных договоров (приложение к Письму Госарбитража СССР от 28.12.1990 № С-12/НА-225):

“*Неполученная прибыль определяется как разница между ценой и полной плановой себестоимостью единицы продукции (работ, услуг), умноженная на количество не произведенной или не реализованной по вине контрагента продукции (работ, услуг)*»
(п. 10 Методики)

- Очевидная несоразмерность создает **риск переквалификации** в механизм ограничения договорной ответственности либо, наоборот, в штраф. Это, в свою очередь, влечет применение норм, устанавливающих пределы ограничения ответственности (см. предыдущие слайды) либо предоставляющих суду возможность уменьшения ее размера
(ст. 333 ГК)

СООТНОШЕНИЕ УПУЩЕННОЙ ВЫГОДЫ И НЕУСТОЙКИ

- Соотношение зависит от того, неустойка какого вида предусмотрена за нарушение
- Общее правило – **зачетная неустойка**. Убытки могут быть взысканы только в части, не покрытой неустойкой **(п. 1 ст. 394 ГК)**
- Иные соотношения через указание на:
 - ✓ взыскание только неустойки, но не убытков (исключительная неустойка)
 - ✓ взыскание убытков в полной сумме сверх неустойки (штрафная неустойка)
 - ✓ взыскание по выбору кредитора либо неустойки, либо убытков (альтернативная неустойка)
- Согласование **исключительной неустойки** полностью блокирует право на иск об убытках. Рассматривается как ограничение ответственности со всеми вытекающими ограничениями



**ОТДЕЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ
ВЗЫСКАНИЯ
УПУЩЕННОЙ ВЫГОДЫ**

НАЛОГОВЫЙ ВОПРОС ПРИ ОПРЕДЕЛЕНИИ РАЗМЕРА УПУЩЕННОЙ ВЫГОДЫ

- Кредитор не может получить больше, чем его расходы в результате правонарушения, если его убытки были покрыты из какого-то иного источника. Поэтому в расчет **реального ущерба сумма НДС** не подлежит включению, если не доказано предъявленные ему суммы налога не были и не могут быть приняты к вычету:

“ «Судебная практика исходит из того, что наличие у потерпевшей стороны права на вычет сумм НДС, относящихся к товарам (работам, услугам), приобретаемым в целях устранения последствий ненадлежащего исполнения обязательств другой стороны сделки, исключает уменьшение имущественной сферы лица в части данных сумм и, соответственно, исключает применение статьи 15 Гражданского кодекса» **(определение СКЭС ВС РФ от 13.12.2018 № 305-ЭС18-10125, постановление Президиума ВАС РФ от 23.07.2013 № 2852/13)**

- В отношении **упущенной выгоды** ВС РФ прямо не высказывался. Представляется последовательным уменьшение суммы присуждаемых убытков в виде упущенной выгоды на величину, составляющую НДС:

“ «Повторно проверив расчет упущенной выгоды, суд апелляционной инстанции, принимая во внимание правовую позицию Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенную в постановлении Президиума от 23.07.2013 № 2852/13, **исключил из подлежащей взысканию суммы ущерба сумму НДС**» **(отказное определение ВС РФ Определение Верховного Суда РФ от 13.12.2019 № 307-ЭС19-22421)**

«ПОСТОЯННЫЕ» ЗАТРАТЫ ПРИ ОПРЕДЕЛЕНИИ УПУЩЕННОЙ ВЫГОДЫ

- Из потенциальных расходов должны вычитаться только не понесённые **переменные издержки**, зависящие от объема выпуска
- Но себестоимость товара включает и **постоянные издержки**. Однако на постоянные затраты не влияет объем реализации (истец несет их в любом случае), поэтому доля постоянных расходов, заложенную в себестоимости, не должна вычитаться из доходов при расчете упущенной выгоды
- Встречается обратный подход с указанием на необходимость учета расходов, которые, очевидно, относятся к постоянным затратам:

“

«Судами при рассмотрении спора не исследован полный состав расходов, которые оплачивались истцом в обычных условиях хозяйственной деятельности (например, заработная плата, налоги, расходы на энергопотребление и связь, на содержание и ремонт зданий и транспорта, тому подобные расходы), не установлен порядок налогообложения его деятельности, не проанализирована бухгалтерская и иная отчетности». **(Постановление АС Западно-Сибирского округа от 27.01.2021 по делу № А45-6168/2020)**

ВЗЫСКАНИЕ УБЫТКОВ ПО ЗАМЕЩАЮЩИМ СДЕЛКАМ

- ✓ Ранее только для нарушения договора поставки **(п. 1–3 ст. 524 ГК РФ)**. Федеральным законом от 08.03.2015 № 42-ФЗ общая часть обязательственного права дополнена **ст. 393.1** «Возмещение убытков при прекращении договора»
- ✓ Если замещающую сделку заключает тот, кто платит (арендатор, покупатель, заказчик), то ценовая разница между ценой расторгнутого договора и ценой замещающей сделки = **реальный ущерб**
- ✓ Если замещающую сделку заключает тот, кто произвести неденежное предоставление, то ценовая разница между ценой расторгнутого договора и ценой замещающей сделки = **упущенная выгода**
- ✓ **Пример упущенной выгоды.** Расторжение договора аренды из-за нарушения арендатора и заключение арендодателем замещающего договора аренды по более низкой цене **(Определение СКЭС ВС РФ от 04.10.2018 № 309-ЭС18-8924)**

1. Расторжение договора / односторонний отказ

- Основание расторжения – неисполнения другой стороной своих обязательств
- Время расторжения – как до, так и после заключения замещающей сделки **(п. 13 ПП ВС РФ № 7)**

2. Заключение замещающей сделки

- Должна быть **аналогична** основному договору (схожие неценовые условия)
- **Сопоставимый товар** – близкий (т.е. не полный аналог, допустимы отклонения) по количественным, качественным и иным характеристикам по сравнению с товаром, предусмотренным расторгнутым договором **(Определение СКЭС ВС РФ от 17.09.2019 № 305-ЭС19-7159)**
- Работы по замещающей сделке желательно сформулировать таким же образом как и в основном договоре – тот же объект, те же работы, та же проектная документация

3. Размер убытков

- **Конкретные убытки** = конкретная ценовая разница по основному договору и замещающему **(п. 1 ст. 393.1 ГК)**
- **Разумность цены** замещающей сделки предполагается, но должник вправе доказать иное **(п. 12 ПП ВС РФ № 7)**
- Должник может противопоставить кредитору ссылку на ст. 404 ГК и потребовать снижения убытков, если кредитор заключил заменяющую сделку по неразумной цене:

“ *«Должник вправе представить доказательства того, что кредитор действовал недобросовестно и/или неразумно и, заключая замещающую сделку, умышленно или по неосторожности содействовал увеличению размера убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением, либо не принял разумных мер к их уменьшению (п. 1 статьи 404 ГК)»*

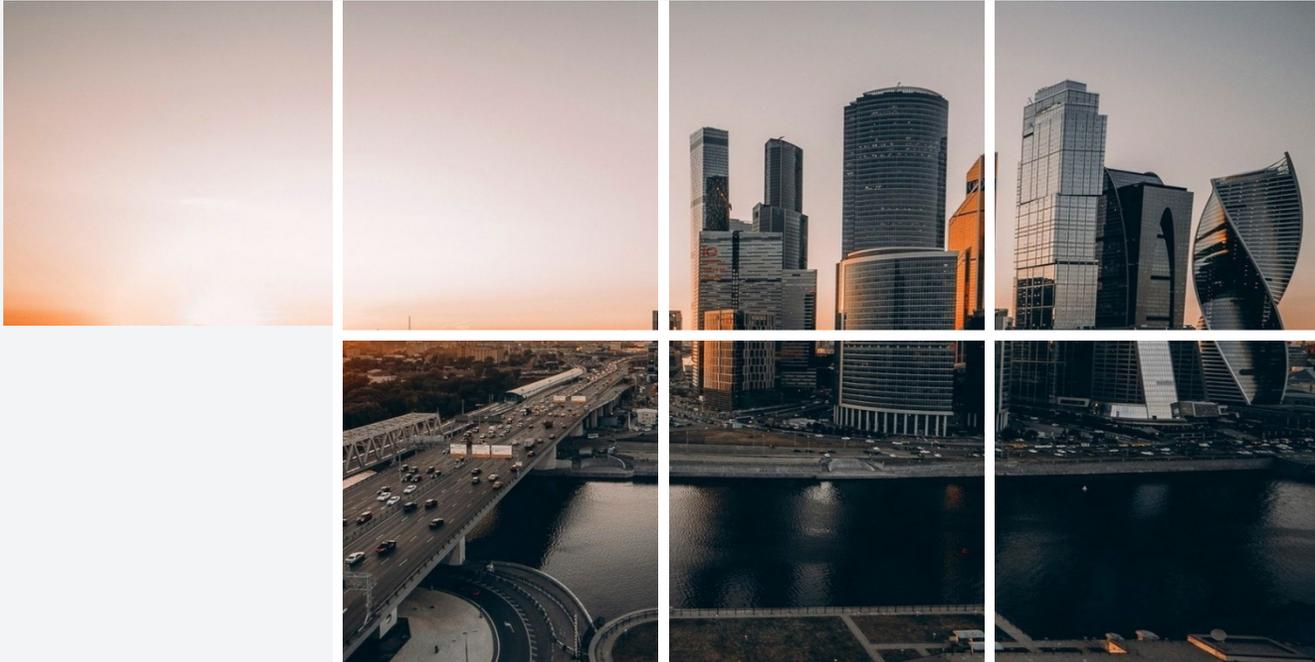
ИНЫЕ АСПЕКТЫ ВЗЫСКАНИЯ УПУЩЕННОЙ ВЫГОДЫ

- УВ может быть ограничена законом (**п. 1 ст. 547 , ст. 692, п. 1 ст. 782 ГК**)
- Банкротная субординация (**п. 3 ст. 137 Закона о банкротстве**):

“ *«Требования кредиторов третьей очереди по возмещению убытков в форме упущенной выгоды, взысканию неустоек (штрафов, пеней) и иных финансовых санкций, в том числе за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанности по уплате обязательных платежей, учитываются отдельно в реестре требований кредиторов и подлежат удовлетворению после погашения основной суммы задолженности и причитающихся процентов».*

ТРАНСФОРМАЦИЯ УПУЩЕННОЙ ВЫГОДЫ В РЕАЛЬНЫЙ УЩЕРБ

- Нарушение должника («А») по договору (первоначальный нарушитель) может вызвать возникновение у его кредитора («Б») убытков, связанных с привлечением к ответственности последнего за неисполнение своих обязательств перед иным контрагентом («В»)
- Существует практика взыскания с должника «А», допустившего нарушение договора, в качестве реального ущерба сумм неустоек, уплаченных «Б» в пользу иных контрагентов (**Определение ВС РФ от 18.12.2017 № 301-ЭС17-19815 по делу № А79-9323/2016**)
- Аналогично, если с «Б» была взыскана упущенная выгода (упущенная для «В») за нарушение обязательств, которое обусловлено неисправностью «А», то такая уплата упущенной выгоды представляет для «Б» реальный ущерб. Взыскание реального ущерба в таком случае не выходит за пределы предвидимости «А» потенциальных результатов своей договорной неисправности, убытки – универсальное средство защиты, доступное всем участникам оборота независимо от условий договора (в отличие от неустойки)
- **Способы трансформации:**
 - ✓ претензия от «В» к «Б»
 - ✓ претензия от «В» к «Б» с добровольной оплатой
 - ✓ предварительная подача иска и взыскание упущенной выгоды с «Б»



КОНТАКТЫ



Владимир Ефремов

Партнер, Адвокат
Разрешение споров и банкротство



Игорь Вершинин

Старший юрист
Разрешение споров и банкротство

г. Москва
Пресненская наб., 6, стр. 2,
(этаж 18, офис 1802)

 bgplaw.com

 +7 (495) 777-28 20

 vladimir.efremov@bgplaw.com

 igor.vershinin@bgplaw.com