

Тезисы В.В. Байбака

к научному круглому столу

## **«ВЗЫСКАНИЕ УБЫТКОВ ЗА НАРУШЕНИЕ ДОГОВОРА: есть ли перспективы изменения судебной практики?»**

Москва, 06 ноября 2013 года (19.00-21.15)

- 1. Перспективы применения правовой позиции ВАС РФ из постановления Президиума №2929/11 в качестве инструмента разблокирования сложившейся практики разрешения споров о взыскании убытков в арбитражных судах. Насколько оправдано лишать суд возможности отказать в иске об убытках при недоказанности их размера и возлагать на суд компетенцию по самостоятельному определению размера подлежащих взысканию убытков?**

Ни для кого не секрет, что основной проблемой любого дела, связанного со взысканием убытков при нарушении договора, является бремя доказывания размера убытков. Долгие годы наши суды требовали от истцов математической точности при доказывании убытков по системе «все или ничего». В результате многие иски отклонялись именно на том основании, что истец не справился с бременем доказывания. Уже в Концепции реформы гражданского законодательства было намечено отказаться от такого подхода и закрепить разумный стандарт доказывания убытков. Эта позиция в дальнейшем получила закрепление в проект изменений в гл. 25 ГК РФ. Данный подход соответствует международным стандартам доказывания убытков и в целом заслуживает поддержки. Вызывает опасения лишь то, что в отсутствие рекомендаций высших судебных инстанций он может превратиться в инструмент ничем не контролируемого судебного усмотрения. Степень последнего в делах о взыскании убытков всегда была достаточно высока (в сравнении с другими гражданско-правовыми казусами). Однако основной вопрос состоит в том, насколько судебное сообщество окажется готово к сбалансированному подходу к стандарту доказывания убытков, не нагружая чрезмерно участников процесса, но и не допуская сверхвозмещения.

Идея разумного стандарта доказывания в международных и иностранных источниках органично дополняется правилом о том, что в ситуациях, когда наличие убытков очевидно, но невозможно доказать их размер даже с разумной степенью достоверности, суд сам определяет размер компенсации, руководствуясь требованиями разумности и справедливости. Обратной стороной этого правила является недопустимость отказа в иске только на том основании, что размер убытков не доказан даже с разумной степенью достоверности. Данное правило уже проникло в нашу арбитражную практику и предусмотрено в проекте изменений в ГК. Однако в том виде, в котором оно закреплено в проекте, оно вызывает неоднозначную реакцию. С одной стороны, его принятие может способствовать реанимации института возмещения договорных убытков. Это можно только приветствовать. С другой стороны, его применение по сути завязано на то, посчитает ли суд, что истец справился со стандартом доказывания размера убытков, т.е. насколько он продемонстрировал суду разумную степень достоверности взыскиваемых убытков. В результате из сугубо резервного метода калькуляции убытков, данное правило может стать основным, и суды смогут активно его применять даже в тех случаях, когда это необоснованно. Для того, чтобы не допустить такого развития событий, очень важны будут

опять же руководящие разъяснения высших судов. Однако в свете намеченной реформы по объединению ВАС и ВС РФ оперативного получения таких разъяснений ожидать не приходится.

**2. В каких случаях частное право может вводить сверхкомпенсационную модель возмещения убытков при нарушении договоров (взыскание выгоды, извлеченной нарушителем по ст.15 ГК; штрафные неустойки при нарушении коммерсантом потребительского договора; оценка опыта ряда зарубежных стран по использованию института карательных убытков в случае злостно-недобросовестных нарушений договора и др.)?**

Сама по себе идея сверхкомпенсации, сколь бы необычно она ни звучала в контексте российского гражданского права, не должна вызывать отторжения. Однако каждый такой случай должен осуждаться индивидуально и допустимость сверхкомпенсации должна быть продиктована особыми причинами. Так, традиционная модель возмещения компенсационных убытков зачастую не обладает достаточным стимулирующим воздействием на нарушителя и, следовательно, не выполняет превентивную функцию.

Однако не все случаи отступления от строго компенсационного начала договорной ответственности можно безоговорочно приветствовать. Так, ст. 15 ГК РФ предлагает основывать требование о возмещении убытков на том, какие доходы получил нарушитель в результате нарушения права. Такой подход, как представляется, не имеет ничего общего с договорной ответственностью. Прежде всего, отсутствует причинная связь между нарушением и получением дохода. Далеко не всегда можно утверждать, что если бы право не было нарушено, потерпевший сам смог бы извлечь такие же доходы.

Такая компенсация, на первый взгляд, ближе к кондикционной модели, которая предполагает, что нарушитель получил выгоду за счет потерпевшего. Однако и с применением кондикционных правил тоже не все обстоит гладко. Дело в том, что кондикция также предполагает наличие связи между увеличением (несостоявшимся уменьшением) имущественной сферы обогатившегося лица и уменьшением (несостоявшимся увеличением) имущественной сферы потерпевшего. Взыскание дохода нарушителя следует обсуждать в контексте несостоявшегося увеличения имущественной сферы потерпевшего. Однако для этого последнему придется доказать, что это увеличение произошло бы, если бы данная выгода не попала к нарушителю. Это также выглядит проблематично в очень многих случаях. Таким образом, правило ст. 15 ГК, несомненно, облегчает бремя доказывания убытков и в этом смысле полезно для практики. По сути же оно не имеет с убытками ничего общего и больше напоминает «законную неустойку» *sui generis* - сумму, произвольно установленную законодателем и довольно слабо связанную с фактическими убытками.

**3. Проблема определения причинно-следственной связи между нарушением договора и возникающими убытками. Перспективы рецепции в российском праве критерия предвидимости убытков.**

Причинная связь является одним из наиболее загадочных и туманных вопросов, который решается при рассмотрении требований о возмещении убытков. Это особенно наглядно проявляется в российской доктрине и правоприменительной практике.

Если обратиться к нашей литературе, можно найти немало изощренных умопостроений, направленных на создание единственно истинной теории причинной связи, пригодной для

разрешения любых казусов. Однако практически каждая теория как довольно убедительна сама по себе, так и весьма убедительно опровергается оппонентами на конкретных примерах. Причем «решающим доводом» в таких дискуссиях обычно является демонстрация того, как та или иная критикуемая теория приводит к несправедливому результату. Если согласиться с таким подходом в принципе, то смысла в построении такой теории нет вообще. Ведь, найдя справедливое решение, судья всегда сможет подобрать аргументы в его пользу, в том числе сточки зрения причинной связи. Неслучайно в зарубежной доктрине и практике зачастую прямо декларируется отказ от использования общефилософских категорий и концепций причинной связи именно со ссылкой на то, что они абсолютно неэффективны для судебной практики.

Если оценивать нашу правоприменительную практику, можно прийти к неутешительному выводу о том, что в подавляющем большинстве случаев все «обоснование» наличия / отсутствия причинной связи в судебных актах сводится к банальной констатации – истец доказал / не доказал причинную связь. Представляется, что причина этого состоит в том, что в нашем праве и практике не закреплены стандарты доказывания причинной связи. Как минимум, необходимо установить, что наличие причинной связи должно быть доказано истцом с разумной степенью достоверности. Учитывая то, что при взыскании договорных убытков проблема причинной связи стоит не столь остро, возможно установление презумпций на те случаи, когда наличие причинной связи не вызывает сомнений. Наконец, для неординарных ситуаций необходимы критерии, позволяющие суду проявить достаточную степень гибкости.

В зарубежной практике и доктрине достаточно успешно используется критерий адекватности причинной связи, который предполагает, что убытки являются предсказуемым результатом нарушения договора с точки зрения любого здравомыслящего человека. В таком контексте фактор причинной связи оказывается весьма схожим с еще одним известным фактором возложения договорной ответственности – предвидимостью убытков. Традиционно их разграничивают следующим образом. Предвидимость оценивается на момент заключения договора, причинная связь – на момент нарушения. Предвидимость используется для определения размера убытков, причинная связь является условием возникновения договорной ответственности вообще. Очевидно, что эти границы довольно условны. Неслучайно, большинство исследователей проблематики договорных убытков на почве англо-американского права сходятся в том, что в отсутствие предвидимости убытков обычно невозможно обнаружить и достаточную юридически значимую причинную связь.

Осуждая критерий предвидимости в контексте российского права, необходимо ответить на вопрос о том, необходим ли он нам. Напомню, что в Концепции реформы гражданского законодательства планировалось его ввести, однако в проекте изменений в ГК его нет. С одной стороны, критерий предвидимости может еще больше усложнить возможность взыскания убытков, если суды начнут переоценивать все заявляемые суммы убытков с точки зрения того, предвидел ли их должник да еще и в момент заключения договора. С другой стороны, вынужден повториться, при наличии адекватных рекомендаций высших судебных инстанций, данный фактор способен сыграть весьма позитивную роль. Во-первых, он позволяет унифицировать внутренние и международные споры, т.к. и Венская конвенция и Принципы УНИДРУА предусматривают необходимость оценки предвидимости. Трудно объяснить, например, почему при нарушении договора поставки между российскими компаниями предвидимость не должна иметь значения, а если поставка выполняется, например, итальянской компанией в адрес российской компании (даже при применении российского права), это будет оцениваться судом. Во-вторых, критерий предвидимости способен усложнить процесс доказывания убытков только в неординарных ситуациях, когда взыскиваются нетипичные убытки. В стандартных случаях предвидимость любого

здравомыслящего должника охватывает типичные убытки, которые могут возникнуть в результате его нарушения договора. В-третьих, критерий предвидимости (правда в сочетании с эффективной системой страхования рисков договорной ответственности) позволяет контрагентам адекватно управлять своими рисками и оценивать свои силы.

**4. Институт абстрактных убытков в российском праве и перспективы его применения как универсального способа защиты прав кредитора. Являются ли абстрактные убытки убытками в традиционном смысле этого понятия или уникальным инструментом возмещения гипотетических потерь?**

Проблема абстрактных убытков тесно связана с проблемой уменьшения убытков (митигации) кредитором. Сама по себе идея возмещения абстрактных убытков предполагает, что у кредитора имеется возможность приобрести обещанное исполнение на рынке. Соответственно, ему предоставляется общее право требовать возмещения разницы между договорной и рыночной ценой. В литературе зачастую ставится вопрос о том, можно ли вообще считать гипотетические потери кредитора убытками. Как представляется, на это вопрос нужно дать утвердительный ответ. Если мы исходим из того, что кредитор, столкнувшийся с нарушением договора контрагентом, должен принять разумные меры для того, чтобы минимизировать негативные последствия, то первой из таких разумных мер, несомненно, является поиск заменяющей сделки. Если заменяющая сделка объективно доступна, исходя из рынка, то независимо от того, заключил ли ее кредитор, ему должна быть предоставлена возможность взыскать свои расходы, которые он должен был бы понести при выполнении обязанности по митигации. Такой подход соответствует и общим правилам убытков, закрепленным в ГК РФ, которые охватывают не только те расходы, которые кредитор уже понес, но и те, которые он должен будет понести для восстановления нарушенного права. Кроме того, абстрактные убытки как раз позволяют реализовать общую компенсационную идею договорной ответственности: поставить кредитора в такое положение, в котором он находился бы, если бы его право не было нарушено. С точки зрения политики права общую норму об абстрактных убытках можно лишь приветствовать как существенное облегчение бремени доказывания в делах о взыскании договорных убытков.