

**Тезисы к научному круглому столу
«ОСНОВНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ ПОСТАНОВЛЕНИЯ ПЛЕНУМА ВЕРХОВНОГО СУДА РФ №7
ОТ 24 МАРТА 2016 ГОДА ОБ ОТВЕТСТВЕННОСТИ»**

1. Что нового привнесло Постановление Пленума ВС РФ №7 в отношении вопросов доказывания убытков?

1.1. Нет необходимости лишней раз подробно говорить о том, почему так трудно доказывать упущенную выгоду в российских судах. К сожалению, толкование п. 4 ст. 393 ГК изначально сложилось как ограничительное, отрицающее иные доказательства кроме доказательств предпринятых мер и сделанных приготовлений. На практике это нередко означало, что без предъявления подписанных договоров или, на крайний случай, протоколов переговоров не стоило надеяться на победу. Пункт 3 ППВС №7 делает теоретически важный шаг вперёд из этой клетки и говорит о возможности приводить и иные доказательства, но прямого практического эффекта у этой новеллы скорее всего не будет. Её стоит расценивать скорее как предоставление истцам шанса доказать упущенную выгоду посредством перевода спора на более высокий интеллектуальный уровень нежели примитивный формализм.

Скептицизм в этом отношении возникает из-за опыта американского права, в котором ранее периодически происходил переход от узкого понятия доказательств упущенной выгоды к более широкому или наоборот. С этой точки зрения можно оценить рассматриваемую новеллу всего лишь как переход от регулирования через установление правила к регулированию через принципы (стандарты). В первом случае несколько фактов наделяются определяющим значением для дела, а во втором у судей имеется свобода усмотрения в рамках заданной цели. В разных случаях может быть более удачной та или иная модель, но применительно к убыткам в целом очевидно, что хотя большая свобода в предоставлении и оценке доказательств более желательна для справедливого решения сложных дел, эта позиция имеет свои недостатки. Более того, само по себе нововведение п. 3 ППВС №7 не решит существующих проблем, за исключением очень рафинированных случаев вроде того, который приведён в рассматриваемом пункте (доказывание уменьшения прибыли через стабильную ретроспективную статистику). В настоящее время в американской практике даже в таких случаях возможны сомнения судей, что истец учёл все внешние факторы — а таких факторов в реальной жизни всегда много, поэтому ограничиться одними лишь прежними показателями прибыли не получится.¹ Но для российского права важнее всего то, чтобы в этих вопросах в принципе была возможна дискуссия, опирающаяся на самые разные способы доказывания и контраргументы.

В отношении доказывания упущенной выгоды хотелось бы обсудить отдельно многие другие вопросы, которые оказались опущены в ППВС №7, но с неизбежностью возникают на практике (и являются предметом жарких дискуссий в иностранных судах):

- какими могут быть критерии допустимости экспертных заключений;
- ограничение ретроспективного анализа для определённых видов бизнеса (например, в американском праве обычно это запрещено для развлекательных мероприятий, спортивных соревнований, концертов и фильмов и т.п. сфер, где ссылка на прежние события считается слишком спекулятивной);
- особенности доказывания прибыли, которую бы принёс новый бизнес или товар;
- смягчение стандарта доказывания при умышленном нарушении договора и препятствиях, созданных доказыванию ответчиком;
- критерий «наилучшего возможного в данной ситуации доказательства» и т.д.

При этом самым большим пробелом ППВС №7 в отношении смягчения стандартов доказывания можно назвать отсутствие запрета судьям отвергать доказательства истца без подробной мотивировки причин их недостаточности. Если судьи так и будут ограничиваться констатацией факта недоказанности, то это никак не поможет двинуть практику вперёд.

В целом же стоит заметить, что достоверность как критерий доказывания убытков в целом и особенно упущенной выгоды — это не спасательный круг. Это лишь инструмент, который может и навредить, если истец недостаточно убедителен или если ответчик активно указывает на недостатки расчётов истца. Даже в США достоверность порой не могут отделить от близких критериев причинно-следственной связи и предвидимости убытков и сливаются в нечто среднее между этими тремя понятиями. Вышеописанные колебания в строгости американских судов лишней раз показывают, что здесь неизбежно большую роль играют субъективные представления судей о том, какой стандарт доказывания окажет положительный эффект на оборот: строгий, в котором достоверность ограничивает договорные риски, и мягкий, в котором достоверность защищает истца от объективных

¹ См.: Lloyd, R. M. The Reasonable Certainty Requirement in Lost Profits Litigation: What It Really Means. // Tennessee Journal of Business Law. Vol. 12. 2010. P. 11-62; Perillo J.M., Calamari J.D. On contracts. 5th ed. St. Paul, 2003. Pp. 574-577.

сложностей доказывания, когда сам факт ущерба очевиден. В существующей сегодня российской практике, конечно же, более полезным для начала будет второй вариант.

1.2. Положения п. 5 ППВС № 7 примечательны указанием на то, что это не кредитор, а должник вправе предъявить возражения относительно размера причинённых кредитором убытков, и представить доказательства, что кредитор мог уменьшить такие убытки, но не принял для этого разумных мер. Хотя норма ст. 404 ГК о мерах по уменьшению потерь практически не применяется в текущей судебной практике (не говоря об отсутствии типичного для английского и американского права вопроса возмещения расходов на разумные, но безуспешные меры по уменьшению ущерба), эту позицию Верховного Суда хочется толковать как возложение бремени доказывания непринятия мер на должника, что было бы совершенно правильным в отличие от обязанности истца кроме прочих элементов иска об убытках ещё и обосновывать, что соответствующие меры были приняты.

Что же касается содержащейся в рассматриваемом пункте презумпции наличия причинно-следственной связи, то эта презумпция вряд ли будет иметь заметный практический эффект. В простейших случаях, когда определённые убытки являются обычным следствием нарушения договора, во-первых, проблем с недоказанностью причинно-следственной связи не возникает, а, во-вторых, нередко доступны специальные нормы, в т.ч. о выборе истцом одного из перечисленных в законе требований или об опоре на цену заменяющей сделки. Проблемы на практике обнаруживаются обычно тогда, когда для ответа на вопрос о наличии связи сначала требуется понять, что же такое эта связь. Чаще всего это дела, где у ущерба было несколько конкурирующих причин. Особенно сложным случаем является ущерб, понесённый в виде санкций по иным договорам. Представляется, что в этих случаях для заметного практического эффекта требуется либо чёткое доктринальное определение понятия причинно-следственной связи (сейчас судам не найти формального основания для выбора между принципами «если бы не» и «наиболее важной причины»), либо сочетание максимально широкого подхода к причинно-следственной связи и дальнейшего ограничения размера убытков предвидимостью и иными принципами, характерными для англо-американского права.

2. Разъяснения ВС об обязательствах возмещения потерь.

2.1. Как оценить разъяснения в отношении условия о связи потерь с базовым договором?

Необходимость связи возмещения потерь с базовым договором — это второе главное отличие этого института российского права от известного англо-американскому праву (indemnity) после указания на то, что эти потери не должны быть связаны с нарушением договора. В случае отсутствия такой связи, безусловно, велико смещение возмещения потерь с иными институтами, в т.ч. страхованием или поручительством. Тем не менее, эта позиция лишает нас возможности применять возмещение потерь во многих случаях, в которых в иностранном праве применяется индемнити.

Например, возникает вопрос, возможно ли заключить соглашение о возмещении потерь с лицом, которое не является стороной договора, с которым эти потери будут связаны? Несмотря на сходство с поручительством такая модель индемнити имеет ряд отличий и тех же преимуществ, которыми индемнити обладает перед убытками. Другой вопрос: насколько узко будет пониматься связь потерь с договором? В частности, насколько это может помешать использовать возмещение потерь для ещё одного типичного сценария применения индемнити: условия о возмещении потерь, понесённых в результате иска третьих лиц, ведь в этих случаях к индемнити прибегают именно тогда, когда эти иски не получится связать с нарушением договора лицом, которое даёт обязательство возмещения — так что тут потребуются достаточно широкое понимание связи потерь с основным договором, которое будет опираться в целом на хозяйственные цели сторон (так, условие о возмещении потерь в одном из договоров в цепочке поставки и производства может быть формально не связано именно с этим договором, но является важным для распределения рисков во всей хозяйственной схеме). Негативный опыт применения судами понятия причинно-следственной связи даёт основания беспокоиться, что подход к связи возмещения потерь с договором будет таким же узким.

2.2. Какие ещё нюансы функционирования данного института требуют разъяснения?

Основные вопросы, которые хотелось бы видеть в ППВС применительно к возмещению потерь, раз уж они не были освещены в ГК, следующие:

- допустимо ли использовать возмещение потерь аналогично индемнити для распределения риска привлечения одной из сторон договора к деликтной или административной ответственности?
- как следует толковать условия о возмещении потерь применительно к учёту небрежности стороны, чьи потери возмещаются (ведь ст. 406. 1 говорит лишь об умышленном содействии потерям)? допустимо ли прямо включать в условия возмещения и потери, понесённые из-за небрежности? (в частности, в канадской практике применяется трёхступенчатый тест для толкования условий об индемнити на предмет включения небрежности);
- можно ли говорить о том, что в отношении потерь добросовестный потерпевший должен принимать такие же разумные меры по уменьшению, какие предусмотрены в ст. 404 ГК применительно к убыткам?

- хотелось бы видеть толкование, которое смягчало бы условие, что потери не должны быть следствием нарушения договора, ведь наибольшая польза от индемнити в иностранной практике связана со случаями, когда этот институт заменяет убытки для определённых нарушений договора (sole remedy clauses). В настоящее время можно приближаться к этому лишь посредством искусственного сужения предмета в договоре, чтобы определённые обстоятельства не считались формально его нарушением.