

## Проблемные методические вопросы определения размера упущенной выгоды

**В.И. Лебединский**

первый вице-президент, председатель Экспертного совета Ассоциации «СРОО «Экспертный совет» (г. Москва)

Владимир Игоревич Лебединский, lebedinskiy@srosovnet.ru

В 2022 году коллективом специалистов из Ассоциации «СРОО «Экспертный совет», Союза судебных экспертов и Базовой кафедры «Экономические и правовые экспертизы» РЭУ им. Г.В. Плеханова были подготовлены методические рекомендации «Определение размера упущенной выгоды»<sup>1</sup>. Актуальность создания этого документа обусловлена увеличением с 2015 года количества судебных споров о взыскании упущенной выгоды в связи с вступлением в силу с 1 июля 2015 года изменений в статье 393 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ, Гражданский кодекс), которые были внесены Федеральным законом от 8 марта 2015 года № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации», и отсутствием должного методического обеспечения.

Рекомендации предназначены для подготовки следующих документов:

- отчеты об оценке;
- заключения экспертов и специалистов;
- экспертные заключения саморегулируемых организаций оценщиков на отчеты об оценке;
- рецензии на заключения экспертов и специалистов;
- обоснование цен исков в спорах об убытках в виде упущенной выгоды.

Также они могут быть использованы для разрешения споров и разбирательств в следующих случаях:

- изъятие или временное занятие имущества;
- нарушение договорных обязательств (в том числе договоров поставки, подряда, аренды);
- нарушение антимонопольного законодательства;
- нарушения в процедурах торгов;
- корпоративные споры;
- взыскание убытков с директоров хозяйствующих субъектов;
- неправомерное использование объектов интеллектуальной собственности;
- недобросовестное ведение переговоров;
- нанесение ущерба деловой репутации;
- деликт;
- виндикация;
- нарушения в процедурах банкротства;
- незаконные действия (бездействия) органов власти.

При подготовке рекомендаций в ходе исследования существующих методических материалов, российского и зарубежного законодательства и судебной практики были выявлены дискуссионные и проблемные методические вопросы, в отношении которых отсутствует единая позиция ведущих специалистов, занимающихся вопросами определения упущенной выгоды, и к настоящему времени еще не сложилась однозначная судебная практика.

<sup>1</sup> Методические рекомендации № МР–1/22 от 6 мая 2022 года. URL: <https://srosovnet.ru/Method/metodicheskierecommendatsionn123/1-22-6-05-22/>

### Содержание понятия «упущенная выгода»

Понятие «упущенная выгода» неоднозначно трактуется в законодательстве, судебной практике и научно-методической литературе.

Гражданский кодекс определяет упущенную выгоду в составе убытков как *неполученные доходы*, которые это лицо получило бы *при обычных условиях гражданского оборота*, если бы его право не было нарушено (п. 2 ст. 15 ГК РФ).

В постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 июня 2015 года № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» разъясняется, что по смыслу статьи 15 ГК РФ упущенной выгодой является неполученный доход, на который *увеличилась бы имущественная масса лица*, право которого нарушено, если бы нарушения не было.

В контексте договорной ответственности упущенная выгода может представлять собой не только доходы в виде неких поступлений от третьих лиц (заработка, прибыли) или плодов от использования собственного имущества, которые истец не получает в результате наступления обстоятельства, дающего право на возмещение, но и *неполучение приращения имущественной массы* в результате исполнения должником своего обязательства, на которое он был вправе рассчитывать при заключении договора<sup>2</sup>. В результате возмещения убытков кредитор должен быть поставлен в *положение*, в котором он находился бы, *если*

*бы обязательство было исполнено надлежащим образом* (ст. 15, п. 2 ст. 393 ГК РФ). Потерпевшая сторона имеет право на полную компенсацию ущерба, возникшего в результате неисполнения. Такой ущерб включает любые понесенные стороной *потери и всякую выгоду, которой она лишилась*, с учетом любой выгоды потерпевшей стороны, полученной ею в результате того, что она избежала расходов или ущерба (ст. 7.4.2 принципов УНИДРУА<sup>3</sup>).

В пункте 2 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 7 указывается, что под упущенной выгодой понимаются неполученные кредитором доходы, которые он получил *бы с учетом разумных расходов* на их получение при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено контрагентом.

Министерство экономического развития Российской Федерации в приказе, касающемся расчета убытков при изъятии<sup>4</sup>, отождествляет доход с *денежным потоком* (разницу между денежными поступлениями и денежными выплатами), определяет недополученный доход как разницу денежных потоков, а упущенную выгоду как недополученный доход, приведенный по ставке дисконтирования. Временная методика определения размера ущерба (убытков)<sup>5</sup> оперирует понятием «неполученная прибыль».

В разъяснении Президиума Федеральной антимонопольной службы по определению размера убытков при нарушении антимонопольного законодательства<sup>6</sup> указывается, что размер неполученного дохода (упущенной выгоды) должен *определяться с учетом*

<sup>2</sup> См. Асосков А.В., Байбак В.В., Бевзенко Р.С. [и др.]. Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А.Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2020.

<sup>3</sup> Принципы международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА) (1994 год).

<sup>4</sup> Приказ Министерства экономического развития Российской Федерации от 14 января 2016 года № 10 «Об утверждении методических рекомендаций по расчету размера убытков, причиненных собственникам земельных участков, землепользователям, землевладельцам и арендаторам земельных участков временным занятием земельных участков, ограничением прав собственников».

<sup>5</sup> Временная методика определения размера ущерба (убытков), причиненного нарушениями хозяйственных договоров (приложение к письму Госарбитража СССР от 28 декабря 1990 года № С-12/НА-225).

<sup>6</sup> Разъяснение Президиума Федеральной антимонопольной службы от 11 октября 2017 года № 11 «По определению размера убытков, причиненных в результате нарушения антимонопольного законодательства».

*разумных затрат*, которые кредитор должен был понести для извлечения такого дохода. Упущенная выгода исчисляется в денежном выражении как недополученная прибыль (в том числе *упущенные коммерческие возможности*, означающие в конечном итоге недополученную прибыль).

Гражданское законодательство не содержит понятия дохода, но, опираясь на нормативные правовые акты из других сфер регулирования <sup>7</sup>, а также на учебную литературу <sup>8</sup>, под доходом можно понимать *приращение имущества* какого-либо лица или иную полученную им *экономическую выгоду*, в том числе сокращение его обязательств перед третьими лицами.

Как видно из приведенных источников, понятие «упущенная выгода» часто отождествляется с целым рядом экономических категорий (доход, прибыль, денежный поток, приращение имущественной массы, сокращение обязательств и т. п.). В судебной практике также не сформирован единый подход к раскрытию содержания этого понятия, что показано в обзоре судебных решений, приведенном в методических рекомендациях «Определение размера упущенной выгоды». Авторы рекомендаций предлагают рассматривать упущенную выгоду как потерю дохода (с учетом расходов) и (или) сокращение стоимости актива (бизнеса) на основе разницы между приведенной стоимостью денежных потоков с учетом и без учета нарушения прав. Такая трактовка охватывает все виды упущенной

выгоды и дает более четкое экономическое представление об этой экономической категории. Выбор модели оценки упущенной выгоды, вида денежного потока (прибыли) осуществляется в зависимости от особенностей нарушения и актива.

Следует отметить, что изложенные признаки и содержание упущенной выгоды как недополученные доходы (денежные потоки), приведенные ставкой дисконтирования, тождественны по экономическому содержанию сокращению стоимости. Схожая позиция представлена в актуальных научных исследованиях <sup>9</sup>.

### Роль экспертизы при доказывании упущенной выгоды

В сложившейся практике экспертов привлекают, как правило, для определения размера упущенной выгоды на досудебной стадии или в рамках судебной экспертизы. Вместе с тем для доказывания упущенной выгоды специальные познания (проведение исследования) могут потребоваться в иных элементах доказывания:

- исследование причинно-следственной связи между действиями виновной стороны и возникшими убытками, то есть является ли нарушение причиной убытков и являются ли возникшие убытки обычными (предсказуемыми) последствиями нарушения;
- исследование достаточности принятых пострадавшей стороной мер

<sup>7</sup> Так, например:

в статье 41 Налогового кодекса Российской Федерации доход определяется как экономическая выгода в денежной и натуральной форме;

в пункте 1.2 Отраслевого стандарта бухгалтерского учета доходов, расходов и прочего совокупного дохода некредитных финансовых организаций (утвержден положением Центрального банка Российской Федерации от 2 сентября 2015 года № 487-П) доходами некредитной финансовой организации признается увеличение экономических выгод, приводящее к увеличению собственных средств (капитала) некредитной финансовой организации и происходящее в форме притока активов (например в виде безвозмездно полученного имущества), повышения стоимости активов в результате переоценки, уменьшения резервов под обесценение или уменьшения резервов – оценочных обязательств, увеличения активов в результате операций по поставке (реализации) активов, выполнению работ, оказанию услуг; уменьшения стоимости (списания) обязательств.

<sup>8</sup> Так, например, в учебнике Гражданское право под редакцией Ю.К. Толстого под потерей дохода понимается «несостоявшееся увеличение имущества» (см. [13, с. 648]).

<sup>9</sup> См., например, *Монастырский Ю.Э.* Возмещение убытков в гражданском праве России: дис. ... докт. юрид. наук, 2020. URL: <https://mgimo.ru/science/diss/monastyrskiy-yu-e.php>

для получения упущенной выгоды;

- исследование предпринятых пострадавшей стороной мер для минимизации убытков;
- определение размера реального ущерба, установленных договором убытков, штрафных санкций для исключения их дублирования при определении размера упущенной выгоды.

При анализе причинно-следственной связи следует учитывать, что могут иметь место множественность достаточных причин убытков (кумулятивная причинность), опережающая причинная связь, вытесняющая причинность, альтернативная причинность.

### Методика расчета упущенной выгоды

Рассмотрим отдельные элементы предлагаемой Методики расчета упущенной выгоды. Для определения размера упущенной выгоды строится эталонный (контрафактический, альтернативный, but-for<sup>10</sup>) прогноз денежных потоков (в предположении отсутствия нарушения), отражающий гипотетический нормальный ход событий.

Прогноз осуществляется на основе наиболее вероятного сценария. Прогнозируются гипотетические показатели денежного потока, которые имели бы место при отсутствии негативных факторов, возникших вследствие нарушения.

Показатели, сокращающие денежный поток:

- снижение цены продаж;
- сокращение объема продаж;
- рост расходов;
- сокращение рентабельности;
- сокращение периода получения доходов;
- увеличение рисков.

Нереализованные возможности представляют собой возможные альтернативные проекты и направления, которые, веро-

ятно, были бы реализованы потерпевшей стороной дополнительно к существующей экономической деятельности в ситуации отсутствия нарушений.

Для построения модели наиболее вероятного сценария используются:

- методы экономического моделирования;
- сравнительные методы.

Моделирование осуществляется с использованием классических методов оценки стоимости бизнеса, инвестиционного проектирования и эконометрики на основе ретроспективных и прогнозных показателей деятельности предприятия, отрасли и предприятий-аналогов, таких как:

- трендовый анализ;
- корреляционно-регрессионный анализ;
- скользящее среднее;
- экстраполяция;
- интерполяция.

Вид модели, набор и значения входящих в нее показателей должны быть обоснованы.

Основным методом расчета упущенной выгоды является метод дисконтированных денежных потоков. Для прогнозирования показателей в рамках эталонного прогноза могут использоваться:

- показатели деятельности рассматриваемой компании/актива до и после прекращения нарушения;
- аналоги на рассматриваемом рынке;
- аналоги на сопоставимом продуктовом рынке;
- аналоги на сопоставимом географическом рынке.

Основное требование к выбранному эталону сравнения состоит в том, что он должен обоснованно отражать ситуацию, которая гипотетически могла бы иметь место на исследуемом рынке в отсутствие нарушения. Период прогнозирования должен быть обоснован. Денежные потоки могут прогно-

<sup>10</sup> В зарубежной литературе: but-for position, but-for premise, but-for principle. Метод «but for» определяет сумму, необходимую для компенсации потерпевшей стороне посредством сравнения ее фактического положения с гипотетической ситуацией, в которой она могла бы оказаться, если бы не было противоправного деяния.

зироваться до даты окончания нарушения и (или) достижения экономических показателей уровня эталонного прогноза. При этом следует учитывать возможное изменения рыночной конъюнктуры и рациональное поведение потерпевшей стороны, направленное на сокращения убытков, например совершение замещающей сделки. В случае невозможности достижения уровня эталонного прогноза расчет должен учитывать невозполнимые потери стоимости/дохода.

В качестве источников исходной информации для моделирования могут быть использованы данные компании и рыночные данные (данные о компаниях-аналогах, отраслевые и макроэкономические прогнозы). К данным компании относятся ретроспективная информация, бизнес-планы, модели и иные прогнозные документы компании, которые рекомендуется проверять на соответствие рыночным данным<sup>11</sup>. В ситуации, когда проведенный анализ показывает наличие нескольких вероятных вариантов прогноза, может быть реализован сценарный метод. В рамках этого метода при проведении анализа выделяются возможные вероятные сценарии, проводятся расчеты и определяются несколько результатов (альтернативные выводы<sup>12</sup>), диапазон либо единый результат, полученный на основе взвешивания результатов сценариев по степени вероятности их реализации.

В связи с существенным влиянием отдельных дискуссионных показателей на величину упущенной выгоды можно выполнять анализ чувствительности построенной модели для демонстрации их влияния. Результаты анализа могут быть представлены в виде диапазонов, графика или таблицы значений.

В методе дисконтированного денежного потока вероятность получения потоков (риски), как правило, учитывается в ставке дисконтирования. Иным способом учета вероятности в расчетах является прямой расчет вероятности наступления события (при наличии такой возможности). Этот способ позволяет исключить избыточное взыскание упущенной выгоды. Например, при взыскании упущенной выгоды как упущенной возможности (утраты шанса) при неправомерном отстранении от участия в процессе торгов присуждение компенсации основано на предположении, что заявитель выиграл бы торги, а при расчете оценивается вероятность выигрыша и компенсация в соответствии с этой вероятностью.

#### Учет постоянных и переменных расходов

Одним из аспектов, на который часто не обращают должного внимания, является учет постоянных расходов предприятия. Для установления упущенной выгоды денежные потоки могут прогнозироваться как по предприятию в целом, так и применительно к отдельным проектам, договорам или иным составляющим, связанным непосредственно с элементами упущенной выгоды. Во втором случае при определении упущенной выгоды в составе расходов нужно учитывать только расходы, которые понесены или будут понесены (прогнозируются) на реализацию конкретного договора, исключая постоянные расходы предприятия, не зависящие от его реализации<sup>13</sup> (аналог маржинальной прибыли). К постоянным расходам относятся издержки, не связанные или мало связанные с объемом

<sup>11</sup> См. например, Методические разъяснения по проверке достоверности информации. URL: <https://srosovvet.ru/press/news/291019-2/>

<sup>12</sup> См. например, Методические разъяснения по формированию выводов в судебной оценочной экспертизе. URL: <https://srosovvet.ru/press/news/301121>

<sup>13</sup> См. Асосков А.В., Байбак В.В., Бевзенко Р.С. [и др.]. Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А.Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2020. С. 1315.

«При исчислении упущенной выгоды из продажной цены не вычитаются фиксированные расходы (в отличие от переменных расходов, понесенных в связи с исполнением конкретного договора)» (Сборник ЮНСИТРАЛ по прецедентному праву, касающемуся Конвенции Организации Объединенных Наций о международной купле-продаже товаров (принят в Нью-Йорке в 2008 году).

товарооборота и деловой активностью организации. К постоянным расходам относятся заработная плата по твердым окладам, арендная плата, расходы на содержание и текущий ремонт помещений и другие.

Рассмотрим описанную модель на примере сети розничных магазинов. Постоянные затраты делятся на две категории:

1) постоянные затраты конкретного магазина (конкретной торговой точки);

2) постоянные затраты юридического лица (всей сети магазинов).

Например, заработная плата директора магазина относится к постоянным затратам конкретной торговой точки, а заработная плата генерального директора относится к постоянным затратам сети, как и затраты на рекламную кампанию всей сети магазинов. При определении размера упущенной выгоды необходимо корректно идентифицировать расходы магазина в части отнесения их на рассматриваемый магазин или все предприятие в целом. Уменьшение прогнозируемой выручки конкретного магазина на постоянные расходы всего предприятия (торговой сети) может привести к существенному занижению величины упущенной выгоды. Ошибочность учета постоянных расходов всего предприятия при расчете его упущенной выгоды от приостановки работы конкретного магазина обусловлена тем, что постоянные расходы предприятия обычно имеют фиксированный характер и их размер не зависит от того, работает магазин или нет. Иными словами, уменьшение выручки магазина на долю постоянных расходов всего предприятия приведет к их двойному вычету, поскольку такие расходы и так уже фактически понесены предприятием. Проиллюстрируем это на гипотетическом примере.

Допустим, что в торговой сети 10 магазинов, каждый из которых генерирует 30 рублей прибыли (выручка – 110 рублей, расходы по магазину – 80 рублей). При этом

постоянные расходы предприятия (всей торговой сети) составляют 100 рублей.

Тогда:

- прибыль всего предприятия составит:  $10 \text{ магазинов} \times 30 \text{ р. прибыли} = 300 \text{ р.}$ ; постоянных расходов = 200 р.;
- если один магазин сети приостановит работу, то прибыль предприятия составит:  $9 \times 30 = 270 \text{ р.}$ ;
- соответственно, недополученная прибыль от приостановки работы одного магазина, рассчитанная через прибыль всего предприятия, составит:  $300 - 270 = 30 \text{ р.}$

Как видно, полученная величина (30 рублей) равна прибыли, которую генерирует этот магазин, представляя собой разницу выручки и расходов именно этого магазина без учета постоянных расходов, приходящихся на все предприятие. Очевидно, что если вычесть из этих 30 рублей долю постоянных расходов всего предприятия, то эти расходы будут учтены дважды, что приведет к ошибочному занижению величины упущенной выгоды. В указанном примере величина упущенной выгоды была бы занижена на одну треть от действительного размера недополученной прибыли:

$$30 \text{ р.} - (100 / 10) = 20 \text{ р.}$$

Указанная ошибка имеет тем больший эффект на итоговый результат, чем больше сумма постоянных расходов всего предприятия (торговой сети).

В части коммерческих и управленческих расходов нужно вычитать из прибыли конкретного магазина только те их составляющие, которые непосредственно связаны с рассматриваемым магазином.

Следует отметить, что описанная позиция поддерживается ведущими специалистами в области экономики права и убытков: «вычитать следует только сэкономленные переменные издержки, зависящие от объема выпуска»<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Асосков А.В., Байбак В.В., Бевзенко Р.С. [и др.]. Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А.Г. Карапетов. М.:

Отнесение расходов на конкретный магазин сети (всю сеть) целиком зависит от специфики учета в конкретной организации, что требует проведения соответствующего анализа в каждом конкретном случае. Годовая бухгалтерская отчетность (бухгалтерский баланс, отчет о финансовых результатах и приложения к ним) не позволяет определить, какие расходы относятся на конкретный магазин сети (всю сеть). Для этого должна быть проанализирована система бухгалтерского учета организации, в том числе, например, порядок учета затрат на конкретных счетах бухгалтерского учета, прописанный в приказе об утверждении учетной политики, и т. д.

### Учет фактора времени

Упущенная выгода может иметь ретроспективный характер и (или) предполагать потери в будущем, которые также должны быть спрогнозированы и приведены к дате оценки, что позволяет учесть риски и стоимость денег во времени, исключить неосновательное обогащение виновной или потерпевшей стороны.

Дата нарушения, как и дата оценки, часто являются дискуссионными вопросами для сторон, поэтому ее целесообразно фиксировать в постановке вопроса (задании на оценку). Дата возникновения убытков может быть установлена в процессе анализа влияния нарушения на деятельность (денежные потоки) актива на спорные даты (в спорном периоде).

По отношению к текущему моменту времени (дате присуждения возмещения упущенной выгоды) возможны следующие варианты упущенной выгоды:

- в прошлом – нарушение закончилось, право и экономическое положение лица полностью восстановлены;

- в будущем – экономические потери возникли на текущую дату и (или) предполагаются в будущем;
- в прошлом и будущем – потери были в прошлом и предполагаются в будущем.

Существуют два базовых подхода к определению упущенной выгоды в зависимости от даты ее определения (даты оценки) и, соответственно, варианта учета ретроспективных недополученных доходов *ex ante* и *ex post* (см. рисунки 1 и 2, с. 68). В обоих случаях недополученные денежные потоки в каждом периоде времени определяются как разница между денежными потоками эталонного сценария и сценария, построенного с учетом нарушения прав. Общий размер упущенной выгоды на дату оценки может определяться дисконтированием этих потерь по периодам либо как разница текущих стоимостей денежных потоков указанных сценариев.

При применении подхода *Ex ante* предполагается, что датаоценки соответствует *дате нарушения (дате в прошлом)*. Прогноз строится только с использованием информации, доступной на эту дату<sup>15</sup>. Денежные потоки сначала дисконтируются на дату оценки, а потом наращиваются (накапливаются) к дате присуждения возмещения упущенной выгоды (см. рис. 1).

При определении размера убытков допустим подход, когда расчет проводится с использованием *всей информации, доступной на момент проведения расчетов* (подход *ex post*)<sup>16</sup>. При определении потерь денежного потока используются *фактические* данные о деятельности и денежных потоках с даты возникновения нарушения до даты оценки. Такая модель может применяться только в отношении прошлых денежных потоков. Денежные потоки *будущих периодов* прогнозируются и дисконтируются к текущей

М-Логос, 2020. С. 1315.

<sup>15</sup> Классический подход в оценочной деятельности (см., например, пункт 8 ФСО № 1).

<sup>16</sup> Смотри:

Practical guide «Quantifying harm in actions for damages based on breaches of article 101 or 102 of the treaty on the functioning of the EU»;

GAR The Guide to Damages in International Arbitration. Fourth Edition. 2021.

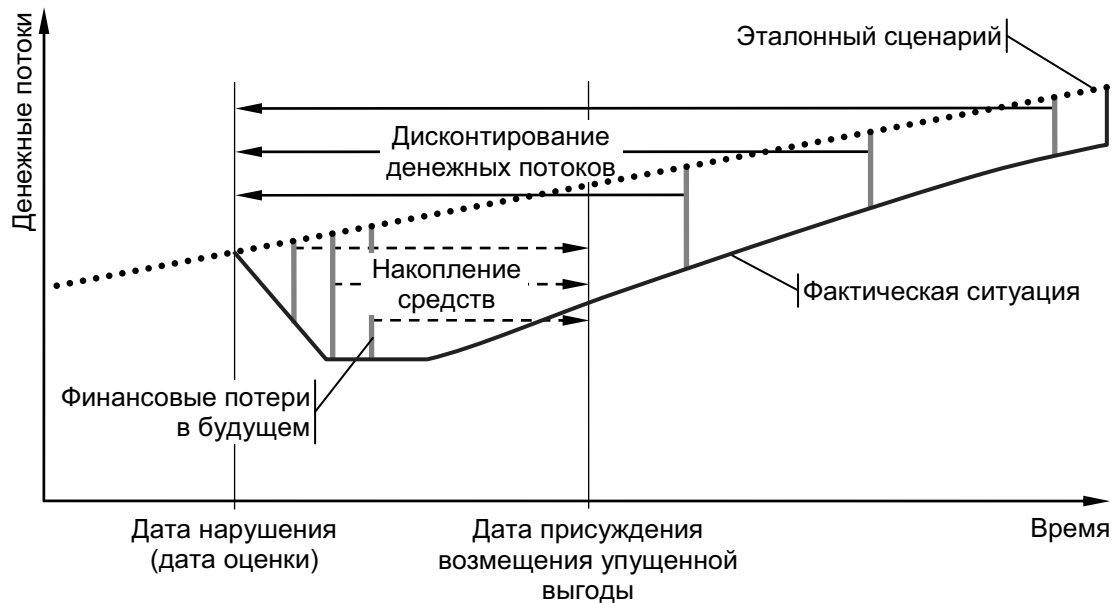


Рис. 1. Подход ex ante к определению упущенной выгоды

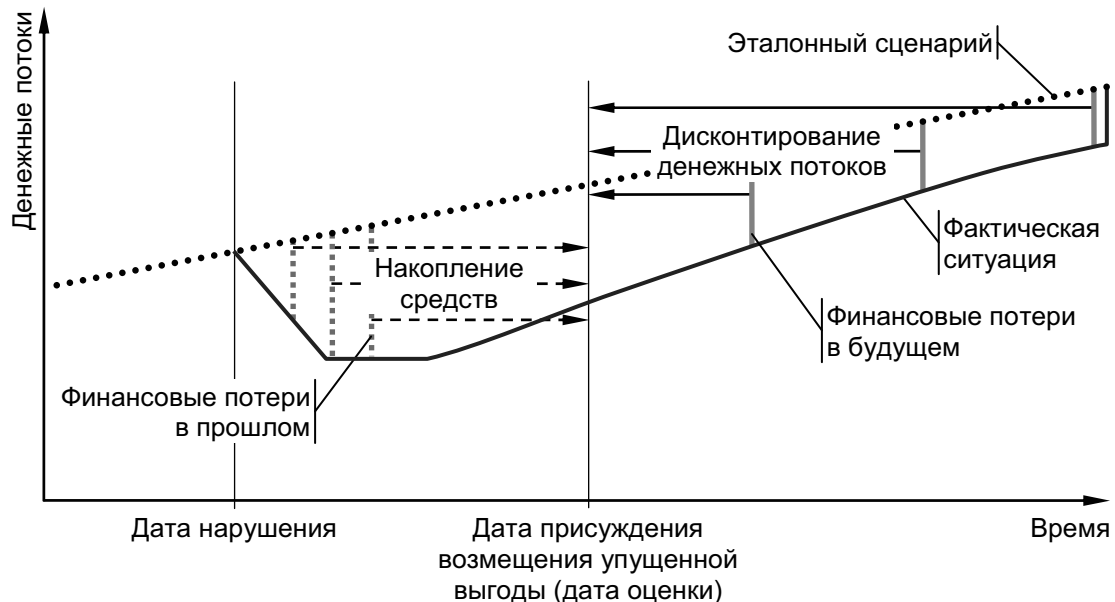


Рис. 2. Подход ex post к определению упущенной выгоды

дате аналогично подходу ex ante. Фактические денежные потоки *прошлых периодов* приводятся к текущей дате ставкой накопления. Затем упущенная выгода в прошлом и упущенная выгода в будущем складываются.

Может применяться комбинация подходов ex ante и ex post: информация ex post используется для оценки части упущенной выгоды с момента нарушения до текущей даты, а информация ex ante используется для оценки части упущенной выгоды, кото-

рая, как ожидается, возникнет после даты оценки (присуждения компенсации). При определении упущенной выгоды на дату нарушения денежные потоки эталонного сценария и сценария с учетом нарушения могут быть определены на основе информации, доступной на дату оценки, а также с учетом информации, имеющейся на текущую дату.

Преимуществом подхода ex ante является учет единого понимания сторонами рисков и неопределенности на дату оценки,



а недостатком – неучет значимых событий, которые могли существенно поменять общеэкономическую ситуацию или ситуацию в отрасли и регионе, тем самым изменив доходность рассматриваемого актива. Преимущества и недостатки подхода *ex post* во многом противоположны имеющимся в подходе *ex ante*. Подход *ex post* позволяет скорректировать расчеты и сделать их более реалистичными<sup>17</sup>, получать более обоснованные результаты, например когда нарушитель извлекал неправомерные доходы вследствие нарушения права. При этом недостатком подхода является то, что при моделировании он превращает бизнес, имеющий определенную рискованность, в полностью предсказуемый.

Выбор и приоритетность описанных подходов являются дискуссионными вопросами в современной научно-методической литературе. Оба подхода широко распространены, при этом их результаты могут существенно отличаться, поэтому выбор подхода осуществляется с учетом анализа фактов и обстоятельств конкретного дела, а также на основе позиции суда.

### Ставка накопления

Для приведения недополученных доходов с дат в прошлом к дате присуждения используется ставка накопления. В отношении определения такой ставки существуют два концептуальных подхода, которые активно дискутируются в международной практике:

- 1) теория безрисковой компенсации;
- 2) теория принудительной ссуды.

Теория безрисковой компенсации основана на том, что недополученные денежные потоки при присуждении будут гарантировано получены кредитором, поэтому кредитор не может претендовать на дополнительную денежную компенсацию риска.

<sup>17</sup> Подход иногда описывают как основанный на применении концепции «Книги мудрости»: «опыт ... доступен для исправления неопределенного пророчества. Это книга мудрости, которой суды не должны пренебрегать. Мы не находим нормы закона, которые ставили бы замок на ее страницах и запрещали бы нам заглядывать внутрь» (Sinclair Ref. Co. против Jenkins Petroleum Co., 289 US 689, 698-99, 53 S. Ct. 736, 77 L. Ed. 1449 (1933)).

Лишив кредитора актива, должник также снял с него риски, связанные с инвестициями в этот актив. Таким образом, истец имеет право на компенсацию процентов, основанную на временной стоимости денег, но не имеет права на компенсацию за риски, которые он не несет.

Применительно к упущенной выгоде часто действует иной подход, основанный на том, что потерпевшая сторона могла вкладывать деньги в бизнес с соответствующей доходностью и получить такие доходы. Кроме того, потерпевшую сторону поставили в положение принудительной ссуды, когда у нее были изъяты (не поступили) денежные потоки, как если бы потерпевшая сторона одолжила виновной стороне эти деньги в качестве займа, оставшись без источников финансирования собственных проектов. Таким образом, ставка накопления должна быть не ниже ставки кредита, доступной для виновной либо потерпевшей стороны.

Теория принудительной ссуды также имеет стимулирующую превентивную функцию, чтобы у стороны не было стимула использовать чужие активы как дешевый источник финансирования.

При неправомерном удержании денежных средств, уклонении от их возврата, иной просрочки в их уплате размер процентов определяется ключевой ставкой Центрального банка Российской Федерации, действовавшей в соответствующие периоды. При этом если убытки превышают указанную сумму процентов, то кредитор вправе требовать от должника возмещения убытков в части, *превышающей эту сумму* (ст. 395 ГК РФ). В этом случае ключевая ставка отражает безрисковую компенсацию, при этом российское законодательство позволяет взыскивать возмещение и в большем объеме.

Возможны следующие варианты процентных ставок:

- договорная ставка – процентная ставка, указанная в договоре, регламентирующем отношения истца и ответчика;
- межбанковские ставки;
- стоимость долга контрагента – стоимость капитала, по которой ответчик может получить финансовый ресурс;
- процентные ставки по банковским депозитам;
- средневзвешенная стоимость капитала (WACC).

Ставка накопления также может быть указана в вопросе эксперту (специалисту) или в задании на оценку.

### Учет налогов

Нельзя включить в состав убытков расходы, понесенные потерпевшим в результате правонарушения, если они компенсируются ему в полном объеме за счет иных источников (например возмещение налогов). В противном случае происходит двойной учет сумм возмещения и извлечения потерпевшим имущественной выгоды (неосновательного обогащения).

Учет НДС в расчетах должен осуществляться в зависимости от того были ли могут ли суммы налога быть принятыми к вычету на основе информации, предоставленной потерпевшей стороной, которая должна доказать, что НДС не подлежит вычету<sup>18</sup>. Аналогичная позиция изложена и в постановлении Президиума Верховного Суда Российской Федерации от 23 июля 2013 года № 2852/13 по делу № А56-4550/2012<sup>19</sup>.

Исключение составляют следующие ситуации:

- условие о включении в сумму убытков

НДС указано в договоре;

- пострадавшее лицо применяет специальные налоговые режимы либо общий режим, но расходы на устранение недостатков связаны с необлагаемыми НДС операциями.

Расчет, как правило, проводится на основе денежного потока до уплаты налога на прибыль по следующим причинам:

- налоговая база возникает лишь в случае получения средств после положительного решения суда по делу, что в момент проведения экспертизы неизвестно;
- организация может и не получить прибыль по итогам налогового периода.

Для денежного потока до уплаты налогов используется ставка дисконтирования после налогообложения. Налог на прибыль следует включать в расчет только при указании на это в вопросе эксперту (в задании на оценку). В этом случае если в течение исследуемого периода ставки налога изменялись, то необходимо последовательно учитывать корректные ставки в течение периода. Порядок учета иных налогов (налог на имущество, транспортный налог и т. п.) аналогичен порядку, который применим для других статей расходов.

При формулировке вопросов (задания на оценку) рекомендуется указывать, какие налоги и каким образом должны учитываться. При отсутствии в вопросах (задании на оценку) указаний на способ учета налогов необходимо самостоятельно проанализировать необходимость учета отдельных налогов. При однозначных выводах по результатам такого анализа необходимо включить его в состав проведенного исследования.

Если проведенный анализ показывает недостаточность данных для однозначного

<sup>18</sup> «Определяя размер убытков исходя из рыночной стоимости товаров с учетом НДС, истец не доказал, что при приобретении данных товаров налог не подлежал бы вычету, и не подтвердил корректировку ранее принятых к вычету сумм налога» (определение Верховного Суда Российской Федерации от 13 декабря 2018 года по делу № 305-ЭС18-10125).

<sup>19</sup> Именно потерпевший должен доказать, что предъявленные ему суммы НДС не были и не могут быть приняты к вычету, то есть представляют собой его некомпенсируемые потери (убытки). Таким образом, наличие права на вычет сумм налога исключает уменьшение имущественной сферы лица и, соответственно, применение статьи 15 ГК РФ.

вывода об учете налогов, то рекомендуется запросить у заказчика (суда) необходимую информацию, а при сохранении неоднородности – рассчитать упущенную выгоду с учетом и без учета соответствующих налогов.

### Оформление результатов

В рамках судебного процесса эксперт или специалист готовит соответствующее заключение. В рамках внесудебных процедур определение размера упущенной выгоды может быть оформлено в виде отчета об оценке либо внесудебного заключения специалиста.

В соответствии с положениями статьи 5 Федерального закона от 29 июля 1998 года № 135-ФЗ «Об оценочной деятельности в Российской Федерации» (далее – Закон об оценке) в отчете об оценке объект оценки для целей определения размера упущенной выгоды может быть сформулирован как «права требования возмещения убытков в виде упущенной выгоды вследствие нарушения...». Возможность рыночного оборота прав требования упущенной выгоды установлена в статье 388 ГК РФ. Упущенная выгода может быть определена в отчете об оценке в качестве иной расчетной величины по результатам дополнительных исследований наряду с оценкой стоимости какого-либо объекта оценки<sup>20</sup>. Для определения размера упущенной выгоды рекомендуется использовать отчет об оценке, когда есть достаточно исходной информации и документов для его подготовки с учетом требований законодательства об оценочной деятельности и отсутствует необходимость иных исследований, которые не могут быть элементами отчета об оценке.

Для определения размера упущенной выгоды в рамках внесудебных процедур

рекомендуется использовать внесудебное (досудебное) заключение специалиста с следующих случаях:

- исходных данных недостаточно для подготовки отчета об оценке с учетом требований законодательства об оценочной деятельности;
- в заключении необходимо ответить на вопросы, выходящие за рамки оценочной деятельности.

При формулировании вопросов специалисту (эксперту) или предпосылок (допущений) оценки для подготовки отчета об оценке следует указать следующие существенные составляющие:

- дата оценки (дата определения размера упущенной выгоды);
- необходимость учета фактической информации с даты нарушения до текущей даты;
- учет НДС и налога на прибыль.

Также может быть указано, какую ставку дисконтирования и (или) накопления необходимо использовать для приведения денежных потоков.

### Двойной учет – типичная ошибка

Многолетний опыт проведения экспертиз отчетов об оценке и проверки заключений экспертов, включавших расчеты убытков, показал, что самой распространенной и грубой ошибкой является двойной учет стоимости актива – сначала в виде реального ущерба, затем в виде упущенной выгоды. Это может быть, например, правомерное изъятие актива для государственных нужд или неправомерное лишение собственника актива. В этом случае при определении размера убытков при совершении такой ошибки сначала рассчитывается стоимость актива (она идентифицируется как реальный ущерб), а затем прогнозируются и дисконтируются все будущие потоки от объек-

<sup>20</sup> «В отчет об оценке могут включаться расчетные величины и выводы по результатам дополнительных исследований, предусмотренные заданием на оценку, которые не рассматриваются как результат оценки» (приказ Министерства экономического развития Российской Федерации от 20 мая 2015 года № 299 «Об утверждении Федерального стандарта оценки «Требования к отчету об оценке (ФСО 3)» в редакции от 6 декабря 2016 года).

та (они идентифицируются как упущенная выгода) и складываются как общий размер убытков. Как было отмечено, один из ключевых принципов определения размера убытков заключается в том, что потерпевшее лицо должно быть поставлено в такое же имущественное положение, как если бы негативного события не было. В этом случае собственник мог либо продать актив, либо продолжать получать доход от него, который, по сути, и отражает его полезность и стоимость. При этом важно понимать, что двойным учетом является включение дохода, непосредственно генерируемого активом (например потенциальная арендная плата за объект недвижимости). В случае когда у собственника был бизнес, который пострадал в результате изъятия актива, такие дополнительные потери должны быть учтены отдельно, но также с исключением доли дохода, относящейся непосредственно к активу.

#### ИНФОРМАЦИОННЫЕ ИСТОЧНИКИ

1. Методические рекомендации № МР–1/22 от 6 мая 2022 года. URL: [https://srosovet.ru/Method/metodicheskie\\_recommen\\_ravn123/1-22-6-05-22/](https://srosovet.ru/Method/metodicheskie_recommen_ravn123/1-22-6-05-22/)

2. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) : Федеральный закон от 30 ноября 1994 года № 51-ФЗ. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

3. О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации : Федеральный закон от 8 марта 2015 года № 42-ФЗ. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

4. О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса РФ об ответственности за нарушение обязательств : постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 марта 2016 года № 7. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

5. О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации :

постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 июня 2015 года № 25. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

6. Асосков А. В., Байбак В. В., Бевзенко Р. С. [и др.]. Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А. Г. Карапетов. М. : М-Логос, 2020. 1469 с.

7. Принципы международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА) (1994 год). URL: <https://docs.cntd.ru/document/901784163>

8. Об утверждении методических рекомендаций по расчету размера убытков, причиненных собственникам земельных участков, землепользователям, землевладельцам и арендаторам земельных участков временным занятием земельных участков, ограничением прав собственников : приказ Министерства экономического развития Российской Федерации от 14 января 2016 года № 10. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

9. Временная методика определения размера ущерба (убытков), причиненного нарушениями хозяйственных договоров (приложение к Письму Госарбитража СССР от 28.12.1990 № С-12/НА-225). Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

10. По определению размера убытков, причиненных в результате нарушения антимонопольного законодательства : разъяснение Президиума Федеральной антимонопольной службы от 11 октября 2017 года № 11. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

11. Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая) : Федеральный закон от 31 июля 1998 года № 146-ФЗ. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

12. Отраслевой стандарт бухгалтерского учета доходов, расходов и прочего совокупного дохода некредитных финансовых организаций : положение Центрального банка

Российской Федерации от 2 сентября 2015 года № 487-П. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

13. Гражданское право : учебник: в 3 т. 7-е изд. / под ред. Ю. К. Толстого. М. : Проспект, 2009. Т. 1. 784 с.

14. Монастырский Ю. Э. Возмещение убытков в гражданском праве России : дис. ... докт. юрид. наук, 2020. URL: <https://mgimo.ru/science/diss/monastyrskiy-yu-e.php>

15. Методические разъяснения по проверке достоверности информации. URL: <https://srosovet.ru/press/news/291019-2/>

16. Методические разъяснения по формированию выводов в судебной оценочной экспертизе. URL: <https://srosovet.ru/press/news/301121>

17. Сборник ЮНСИТРАЛ по прецедентному праву, касающемуся Конвенции Организации Объединенных Наций о международной купле-продаже товаров : принят в Нью-Йорке в 2008 году. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

18. Practical guide «Quantifying harm in actions for damages based on breaches of article 101 or 102 of the treaty on the functioning of the EU». URL: [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification\\_guide\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_en.pdf) Strasbourg

19. GAR The Guide to Damages in Interna-

tional Arbitration. Fourth Edition. Law Business Research Ltd. London. 2021.

20. Sinclair Ref. Co. против Jenkins Petroleum Co., 289 US 689, 698-99, 53 S. Ct. 736, 77 L. Ed. 1449 (1933). URL: <https://casetext.com/case/sinclair-ref-co-v-jenkins-petroleum-process>

21. Определение Верховного Суда Российской Федерации от 13 декабря 2018 года по делу № 305-ЭС18-10125. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

22. Постановление Президиума Верховного Суда Российской Федерации от 23 июля 2013 года № 2852/13 по делу № А56-4550/2012. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

23. Об оценочной деятельности в Российской Федерации : Федеральный закон от 29 июля 1998 года № 135-ФЗ. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

24. Об утверждении Федерального стандарта оценки «Требования к отчету об оценке (ФСО № 3)» : приказ Министерства экономического развития Российской Федерации от 20 мая 2015 года № 299 : в редакции от 6 декабря 2016 года. Доступ из справочной правовой системы «КонсультантПлюс».

**Агентство «RWAY» является организацией, специализирующейся на сборе, обработке и анализе информации о рынке недвижимости**

**Успешно работает с апреля 1995 г.**



Бюлетень RWAY

Интернет-портал

Интернет-ресурс

● ЗАСЛУЖЕННОЕ ДОВЕРИЕ СРЕДИ ПРОФЕССИОНАЛОВ ●

