

DOI 10.18524/2304-1587.2018.1(32).133961
УДК 347.513:340.5

Є. О. Каташинський

студент

Одеський національний університет імені І.І. Мечникова,
кафедра цивільно-правових дисциплін
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

УПУЩЕНА ВИГОДА ТА УМОВИ ЇЇ ВІДШКОДУВАННЯ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ, РОСІЙСЬКОЇ ФЕДЕРАЦІЇ ТА США¹

У статті досліджуються теоретичні та практичні питання відшкодування упущеної вигоди у цивільному праві України, Російської Федерації та США. Аналізується правова природа упущеної вигоди. Приділяється увага процедурі доказування наявності, а також правильності розрахунку розміру упущеної вигоди.

Ключові слова: упущена вигода, доказування, збитки.

Постановка проблеми. Правове регулювання відносин, що пов'язані з реалізацією особою свого права на відшкодування збитків у вигляді упущеної вигоди, практично завжди характеризувалося ускладненістю – як в нашій державі, так і в іноземних правопорядках. Відсутність чіткого нормативного регулювання, а також потенційність та імовірність як характерні ознаки упущеної вигоди зумовлюють складнощі у правозастосовній практиці. Вони полягають у тому, що суди в більшості випадків вимагають від позивача точного розрахунку суми упущеної вигоди, що саме по собі є практично неможливим. Крім того, підвищені вимоги щодо доказової бази, які ставляться для таких категорій справ, не сприяють легкому вирішенню конфлікту. Тому ми переконані, що порушена тема є актуальною та такою, що потребує додаткового вивчення з теоретичної та практичної точок зору.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання, пов'язані з проблематикою відшкодування упущеної вигоди, вивчали такі науковці та юристи-практики, як І. С. Канзафарова, Роберт М. Ллойд, В. В. Луць, Н. Мисик, Д. Мітчел МакФарланд, І. В. Розізнана, Дж. Спілкер, Т.Є. Крисань та ін. Проте спеціальні порівняльно-правові дослідження, в яких поєднувалися б теоретичні та прикладні аспекти відшкодування упущеної вигоди в Україні, Російській Федерації та США, не здійснювались.

Постановка завдання. Метою даної статті є визначення правової природи упущеної вигоди та з'ясування особливостей її відшкодування у цивільному праві України, Російської Федерації та США.

¹ Стаття підготовлена в рамках науково-дослідної теми кафедри цивільно-правових дисциплін Одеського національного університету імені І. І. Мечникова «Забезпечення прав і законних інтересів учасників правовідносин, що виникають у сфері приватного права: проблеми теорії та практики» (державний реєстраційний номер: 0118U004432). Науковий керівник теми і даного дослідження Є. О. Каташинського – І. С. Канзафарова, доктор юридичних наук, професор, Заслужений юрист України.

Вклад основного матеріалу. Частина 2 статті 22 ЦК України встановлює, що збитками у вигляді упущеної вигоди є доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене. Слід звернути увагу на те, що законодавцем поряд із терміном «упущена вигода» використовується також категорія «неодержані доходи» (ч. 4 ст. 623 ЦК України).

Заслуговує на увагу думка І. В. Розізваної, яка звертає увагу на те, що категорії «неодержані доходи» та «упущена вигода» відрізняються. Упущена вигода характеризується короткочасністю і швидкістю отримання доходу, викликаного кон'юнктурою ринку, в тому числі зміною курсів валют, ставок рефінансування Національного Банку України тощо, а неодержані доходи включають запланований прибуток, одержуваний, як правило, незалежно від зміни ситуації в цивільному обороті [1]. Однак у рамках даної статті зазначені поняття будуть вживатися як тотожні, оскільки законодавець оперує відповідними термінами як синонімами.

Як зазначається в оглядовому листі Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики застосування господарськими судами законодавства у справах, в яких заявлено вимоги про відшкодування збитків» № 01-06/20/2014 від 14.01.2014, для застосування такого заходу відповідальності, як стягнення збитків, потрібна наявність усіх елементів складу господарського правопорушення: 1) порушення зобов'язання; 2) збитки; 3) причинний зв'язок між порушенням зобов'язання та збитками; 4) вина [2].

У той же час пред'явлення вимоги про відшкодування неодержаних доходів (упущеної вигоди) покладає на кредитора обов'язок довести, що ці доходи (вигода) не є абстрактними, а дійсно були б ним отримані в разі належного виконання боржником своїх обов'язків. У вигляді упущеної вигоди відшкодовуються ті доходи, які могли б бути реально отримані при належному виконанні боржником зобов'язання за договором. Такого висновку дійшов ВСУ (постанова № 3-188гс14 від 09.12. 2014 р.) [3].

ВГСУ в оглядовому листі звертає увагу на те, що позивач повинен довести також, що він міг і повинен був отримати визначені доходи, і тільки неправомірні дії відповідача стали єдиною і достатньою причиною, яка позбавила його можливості отримати прибуток. Окрім цього, розрахунки упущеної вигоди, що базуються на визначенні можливого середньомісячного прибутку, не можуть бути належним доказом, оскільки такі розрахунки є теоретичними, побудованими на можливих очікуваннях отримання певного доходу та не підтвержені відповідними документами, що свідчили б про конкретний розмір прибутку, який міг би і повинен був отримати позивач, якщо б відповідач не здійснював протиправні дії [2].

Яскравим прикладом дійсності цього твердження є постанова Другої судової палати Касаційного цивільного суду Верховного Суду від 08 лютого 2018 року по справі № 127/8094/14-ц, де зазначається, що позивач, обґрунтовуючи суму збитків, вдався до припущення про можливість отримання нею прибутку в результаті випадкового збігу обставин, тоді як законодавець вимагає доведеності реальної можливості отримання коштів за умови належного виконання зобов'язань. Позивачем не надано доказів того, що він реально міг отримати таку вигоду від здавання придбаного ним приміщення в оренду [4].

Аналогічне положення міститься й у постанові Касаційного цивільного суду Верховного Суду по справі № 757/18979/14-ц від 28 березня 2018 року: «Зміст позовних вимог та встановлені судом обставини справи дають підстави для висновку, що позивач при розрахунку розміру упущеної вигоди виходив із вірогідності таких збитків, які ймовірно могли бути йому завдані діями відповідача, які він вважає неправомірними. Водночас, доказів реальної можливості отримувати вказаний дохід позивачем не надано, що вказує на наявність лише теоретичного обґрунтування можливості отримання доходу та не може бути підставою для його стягнення. Ураховуючи наведене та виходячи із обставин, встановлених судом, колегія суддів погоджується із висновком суду апеляційної інстанції щодо недоведеності позивачем реального завдання йому збитків у вигляді упущеної вигоди у заявленій до стягнення сумі» [5].

А відповідно до постанови Касаційного цивільного суду Верховного Суду від 14 лютого 2018 року по справі № 553/2630/15-ц, розрахунки позивача є теоретичними, побудовані на припущеннях та можливих очікуваннях отримання певного доходу та не підтвержені відповідними документами, що свідчили б про конкретний розмір прибутку, який міг би отримати позивач, якщо б відповідач не здійснював протиправні дії [6].

Із огляду на наведену позицію Верховного Суду та судову практику загалом, можна констатувати, що представники суддівського корпусу України ще й досі дотримуються положення, висловленого С. М. Братусем у 1953 році: «Неотримання очікуваних майнових благ здебільшого важко встановити з достатньою достовірністю. У той же час винесення рішень на основі всякого роду припущень неприпустимо. Звідси випливає, як це зазначено в судовій практиці, що суд не повинен виносити рішень про відшкодування такої упущеної вигоди, яка є проблематичною. У цьому відношенні судово-арбітражна практика виробила правило: для стягнення у вигляді упущеної вигоди запланованого прибутку необхідно довести, що цей прибуток був би отриманий. Одного факту, що цей прибуток було заплановано, недостатньо для його стягнення, так як невідомо, чи дійсно був би виконаний план підприємством кредитора в тому випадку, якщо б боржник не порушив своїх зобов'язань» [7, с. 707].

Н. Мисик переконана, що доказами реальності заявленого в позовних вимогах розміру упущеної вигоди слід вважати факти укладення позивачем договорів, сплати авансу, взяття на себе інших зобов'язань з метою отримання прибутку в майбутньому [8].

У той же час слід звернути увагу на той факт, що вищезазначене положення слід розглядати як загальне правило, з якого існують винятки. Так, пункт 109 постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Методики оцінки майна» від 10.12.2003 р. № 1891, що регулює визначення розміру збитків, які призвели до завдання майнової шкоди державі, територіальній громаді або суб'єкту господарювання з державною (комунальною) часткою в статутному капіталі, у разі встановлення фактів розкрадання, нестачі, знищення, псування майна, закріплює наступне. У разі об'єктивної неможливості використання майна особою, якій завдано збитків у результаті порушення її прав, або неправомірного використання її майна, що унеможливило самостійне використання майна або отримання доходу від його використання іншою особою, розмір упущеної вигоди визначається шляхом застосування: 1) оціночної процедури накопичення

чистого операційного доходу (чистого грошового прибутку), що не отримала особа, якій завдано збитки; 2) оціночної процедури дисконтування чистого операційного доходу (чистого грошового прибутку), що не отримала особа, якій завдано збитки; 3) інших процедур [9].

Тобто, враховуючи положення ЦК України та судову практику щодо відшкодування упущеної вигоди, а також вищенаведений підзаконний нормативно-правовий акт, можна констатувати наявність правової колізії: з одного боку, судові органи наполягають на тому, що слід використовувати докази, які ґрунтуються на документах, що свідчать про конкретний розмір прибутку, який могло і повинна була отримати потерпіла сторона у випадку нормального розвитку відносин; із іншого боку, Кабінет Міністрів України затверджує процедуру визначення розміру упущеної вигоди, яка ґрунтується на оціночних процедурах, результати яких базуються на потенційному розрахунку, на недопустимості застосування якого наполягає судова практика. Ми переконані, що подібні колізійні норми є неприпустимими, оскільки в такому випадку можливість ефективного захисту особою своїх прав та законних інтересів суттєво ускладнюється.

На думку Б. Шабаровського, причина того, що інститут упущеної вигоди є практично мертвим, полягає в теорії доказів. Доказування – це пізнання події минулого, події, яка вже сталася. Доказування ґрунтується на філософській діалектиці і теорії пізнання. Подія, яка сталася, завжди залишає сліди. Подію минулого можна пізнати, а, отже, – довести через пізнання слідів, які вона залишила. Через показання свідків, дослідження речових доказів, документів суд відтворює подію минулого, пізнає її такою, якою вона була. Доказування – це завжди з'ясування події минулого. Неможливо довести те, чого не сталося, те, що тільки має статися, може статися або могло статися [10].

Про невелику позитивну результативність застосування цивільно-правових норм щодо відшкодування упущеної вигоди свідчить і судова практика. Так, провівши аналіз даних Єдиного державного реєстру судових рішень України, ми дійшли висновку, що в середньому судами першої інстанції задовольняється лише третина цивільних справ, пов'язаних із відшкодуванням упущеної вигоди¹. У той же час судами апеляційної інстанції задовольняється лише 10% таких справ². Однак, враховуючи можливість касаційного оскарження рішень суду першої та апеляційної інстанцій, слід зазначити, що після проходження вказаної стадії цивільного процесу середня кількість справ, у яких було задоволено позовні вимоги у вигляді відшкодування упущеної вигоди, може бути значно меншою.

На нашу думку, для більш поглибленого вивчення категорії упущеної вигоди у цивільному праві необхідно звернутися також і до зарубіжного

¹ Було проаналізовано по 100 цивільних справ, починаючи з 2014 р. та закінчуючи 2017 р., предметом яких було відшкодування упущеної вигоди. Кількість справ, у яких були задоволені зазначені позовні вимоги, становить: 1) 2014 р. – 34; 2) 2015 р. – 32; 3) 2016 р. – 28; 4) 2017 р. – 30. Станом на 1 березня 2018 року судами першої інстанції було розглянуто 25 таких справ, серед яких лише в 7 справах судом ухвалено стягнути упущену вигоду. Шляхом визначення середнього арифметичного встановлено, що середня кількість справ щодо відшкодування упущеної вигоди, задоволених судами першої інстанції у вищевказаний період, становить 31 справу, тобто третину від загальної кількості справ.

² Було проаналізовано 100 цивільних справ про відшкодування упущеної вигоди, які були розглянуті судами апеляційної інстанції з 2014 р. по 2017 р.; лише десята частина з них була задоволена.

досвіду правового регулювання подібних відносин. Розглянемо концепцію упущеної вигоди в іноземних правопорядках. Так, частинами 1 та 2 статті 15 Цивільного кодексу Російської Федерації встановлено, що особа, право якої порушено, може вимагати повного відшкодування заподіяних їй збитків, якщо законом або договором не передбачено відшкодування збитків у меншому розмірі. Під збитками розуміються витрати, які особа, чие право порушене, зробила або повинна буде зробити для відновлення порушеного права, втрата або пошкодження її майна (реальні збитки), а також неодержані доходи, які ця особа одержала б при звичайних умовах цивільного обороту, якби її право не було порушене (упущена вигода) [11].

Необхідно звернути увагу на те, що, на думку О. А. Акатова, ще не так давно суди Російської Федерації пред'являли дуже високі вимоги щодо доказування розміру упущеної вигоди: позивач повинен був довести розмір збитків з високим ступенем точності. Найчастіше арбітражні суди відмовляли в позові з мотивуванням: «Доводи позивача про те, що він зазнав збитків у вигляді упущеної вигоди, носять імовірнісний характер і не можуть бути покладені в основу судового рішення». Такий, дійсно високий, рівень доведення розміру збитків призводив до того, що позивач повинен був доводити розмір упущеної вигоди буквально з точністю до «рубля» [12, с. 83].

Яскравою ілюстрацією достовірності цього твердження є окремі судові акти. Так, наприклад, в ухвалі Самарського обласного суду від 02 вересня 2014 року по справі № 33-4990 зазначається, що при розрахунку розміру неотриманих доходів найбільше значення має визначення достовірності (реальності) тих доходів, які потерпіла особа передбачала отримати при звичайних умовах цивільного обороту. При визначенні розміру упущеної вигоди повинні враховуватися дані, які безперечно підтверджують реальну можливість отримання доходів у вигляді грошових сум чи іншого майна з урахуванням розумних витрат, які позивач повинен був понести, якби зобов'язання було виконано, причому непідтверджені розрахунки про передбачувані доходи не можуть братися до уваги [13].

На нашу думку, у тексті цього судового рішення існують певні протиріччя, які полягають у тому, що суд вимагає визначити достовірність (реальність) упущеної вигоди. Ми переконані, що, з огляду на імовірнісний та потенційний характер упущеної вигоди, визначення її «реальності» є практично неможливим. А позиція суду щодо неможливості прийняття не підтверджених розрахунків до уваги відображає ситуацію майже у всій судовій системі Російської Федерації: суди вимагали від позивачів надати максимально точні та обґрунтовані розрахунки упущеної вигоди.

І навіть укладання договору, який засвідчував би можливість отримання прибутку, не завжди було запорукою того, що суд визнавав би цей доказ достовірним. Так, в ухвалі Тульського обласного суду від 13 березня 2014 року № 33-332 зазначається: «Вимогу про стягнення збитків у вигляді упущеної вигоди Буликіна Н.В. обґрунтувала можливим отриманням нею доходів при здійсненні пасажирських перевезень на автобусі за агентським договором, укладеним 01.01.2012 року між нею та ТОВ «Автовокзали та автостанції Тульської області». Однак сам по собі цей агентський договір не підтверджує факт виникнення збитків у вигляді упущеної вигоди в розмірі, зазначеному позивачем» [14]. Така позиція заслуговує на увагу з огляду на те, що для задоволення цих позовних вимог суду необхідно було

надати більш аргументовані докази, до яких у цьому випадку агентський договір не належить.

Однак у 2015 році ситуація у правозастосовній діяльності істотно змінилася. Так, Федеральним законом від 08.03.2015 № 42-ФЗ «Про внесення змін до частини першої Цивільного кодексу Російської Федерації» були внесені зміни до ЦК РФ: до статті 393 було додано пункт 5, який встановлював, що розмір збитків, що підлягають відшкодуванню, повинен бути встановлений із розумним ступенем достовірності. Суд не може відмовити в задоволенні вимог кредитора про відшкодування збитків, завданих невиконанням або неналежним виконанням зобов'язання, тільки на тій підставі, що розмір збитків не може бути встановлений з розумним ступенем достовірності. У цьому випадку розмір збитків, які підлягають відшкодуванню, визначається судом з урахуванням усіх обставин справи, виходячи з принципів справедливості та пропорційності відповідальності порушеному зобов'язанню [15].

Крім цього, такі законодавчі зміни були підтримані і судовою гілкою влади. Так, у пункті 14 Постанови Пленуму Верховного Суду РФ від 23.06.2015 № 25 «Про застосування судами деяких положень розділу I частини першої Цивільного кодексу Російської Федерації» зазначається, що за змістом статті 15 ЦК РФ, упущеною вигодою є неотриманий дохід, на який збільшилася би майнова маса особи, право якої порушено, якби порушення не було. Оскільки упущена вигода становить неотриманий дохід, при вирішенні спорів, пов'язаних із її подальшою компенсацією, слід брати до уваги, що її розрахунок, представлений позивачем, як правило, є приблизним і носить імовірнісний характер. Ця обставина сама по собі не може служити підставою для відмови в позові [16].

А в абзаці 3 пункту 3 Постанови Пленуму Верховного Суду РФ «Про застосування судами деяких положень Цивільного кодексу Російської Федерації про відповідальність за порушення зобов'язань» від 26.03.2016 № 7 конкретизуються способи доказування розміру упущеної вигоди: розрахунок упущеної вигоди може проводитися на основі даних про прибуток позивача за аналогічний період часу до порушення відповідачем зобов'язання та/або після того, як це порушення було припинено [17].

На наш погляд, зазначений пункт носить доволі новаторський характер: законодавець, а згодом і Верховний Суд РФ, урахували ті складнощі, які виникали при реалізації права на компенсацію упущеної вигоди, та відобразили це відповідним чином із метою вдосконалення правозастосовної практики та забезпечення більш ефективного захисту прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб.

У той же час необхідно брати до уваги, що цей крок не є гарантією задоволення абсолютно всіх позовних вимог про відшкодування упущеної вигоди. Слід пам'ятати, що іноді позивачі не надають суду жодного обґрунтування своєї позиції, або навіть зловживають своїми процесуальними правами, звертаючись до суду з проханням задовольнити завідомо безпідставні вимоги.

Традиційно у російській юридичній літературі виділяють такі умови, наявність яких необхідна для позитивного вирішення питання про відшкодування упущеної вигоди: 1) порушення зобов'язання контрагентом; 2) наявність і розмір збитків; 3) причинний зв'язок між учиненим правопорушенням і збитками; 4) заходи, вжиті кредитором для одержання

неотриманих доходів, та зроблені з цією метою приготування [18, с. 63]. Окрім цього, необхідно брати до уваги додаткові умови: 1) звичайні умови цивільного обороту; 2) розумні витрати.

Перші чотири умови є подібними до тих, які розглядаються в українських теоретичних дослідженнях та застосовуються в судовій практиці¹. Саме тому, на нашу думку, окремого розгляду потребують вищезазначені додаткові умови. Частиною 2 статті 15 ЦК РФ встановлено, що упущеною вигодою є не одержані кредитором доходи, які він одержав би з урахуванням розумних витрат на їх отримання при звичайних умовах цивільного обороту, якби його право не було порушено. Це положення також дублюється в абз. 2 п. 2 постанови Пленуму Верховного Суду РФ від 26.03.2016 № 7 «Про застосування судами деяких положень Цивільного кодексу Російської Федерації про відповідальність за порушення зобов'язань» [17].

Наведені вище акти дають змогу виокремити два критерії: розумні витрати та звичайні умови цивільного обороту. Розглянемо кожен із них.

Щодо розумних витрат. На нашу думку, правову природу цього критерію якнайкраще відображає судова практика. Зокрема, у рішенні Жовтневого районного суду м. Новосибірська у справі № 2-188/ 2018 від 28 березня 2018 року зазначається, що позивачем не доказано розмір упущеної вигоди. Позивач вважає, що розмір упущеної вигоди становить 3200 руб. на добу. Однак, орендна плата складається не тільки з чистого прибутку, вона включає амортизацію деталей ходової частини, витрати на регулярне технічне обслуговування (заміна рідин і комплектуючих), обов'язкове страхування та технічний огляд автомобіля, витрати на забезпечення збереження автомобіля, на мийку автомобіля після кожного клієнта, податки тощо» [19].

Ураховуючи таку позицію суду, ми можемо зробити висновок, що під розумними витратами слід розуміти затрати, які були б здійснені особою при нормальному користуванні річчю, якби її право не було порушено. Лише чистий прибуток сам по собі не може бути покладений в основу розрахунку.

Крім цього, в п. 3 Доповіді до Публічних обговорень правозастосовної практики Псковського УФАС Росії в 4 кварталі 2017 року зазначається, що прикладом розумних витрат можуть бути виробничі, транспортні та інші затрати. Інший підхід (без урахування цих витрат) означав би «надкомпенсацію» майнових витрат позивача, його необґрунтоване збагачення і стягнення з відповідача зайвих сум [20].

Хоча це положення суттєво ускладнює процедуру доказування достовірності розрахунку упущеної вигоди, необхідно погодитися з тим, що воно є справедливим з огляду на неприпустимість компенсації супровідних

¹ Докладніше див.: 1) Постанова Касаційного господарського суду Верховного Суду від 13 березня 2018 року по справі № 920/984/15. Джерело: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72822717>; 2) Постанова Касаційного цивільного суду Верховного Суду від 23 січня 2018 року по справі № 753/7281/15-ц. Джерело: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/71826009>; 3) Постанова Касаційного цивільного суду Верховного Суду від 04 квітня 2018 року по справі № 331/4392/16-ц. Джерело: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73369003>; 4) Цивільне право України: навч. посіб. / Ю.В. Білоусов, В.А. Ватрас, С.Д. Грицько та ін.; за ред. Р.О. Стефанчука. К.: Правова єдність, 2009. С. 424–431; 5) Цивільне право України. Особлива частина: підручник / за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, Р.А. Майданика. 4-те вид., стереотип. К.: Юрінком Інтер, 2014. С. 978–984.

витрат, пов'язаних із нормальним користуванням річчю однією особою, за рахунок іншої особи.

Щодо звичайних умов цивільного обороту. Необхідно звернути увагу на те, що само по собі це поняття має значення для встановлення та безпосереднього розрахунку розміру упущеної вигоди. У судовій практиці тлумаченню цієї категорії не приділяється значної уваги. Проаналізовані нами судові рішення свідчать про те, що суди лише посилаються на правові норми, в яких вживається словосполучення «звичайні умови», сутність якого ані положення законодавства, ані судові акти не розкривають¹. Попри це, вирішенню даної проблеми присвячені деякі наукові праці, які, по суті, є основним джерелом тлумачення та розуміння цього поняття.

Як зазначає Н. І. Клейн, звичайними умовами цивільного обороту є типові умови функціонування ринку, на які не впливають непередбачені обставини або обставини, які тлумачаться як непереборна сила [21, с. 56].

На думку М. Ф. Лук'яненка, звичайні правила носять характер загального правила і детермінуються ознаками звичайної поведінки з коригуванням на певні життєві обставини [22, с. 263].

Крім цього, існує дещо інша точка зору щодо визначення звичайних умов обороту, яка представляється доволі цікавою з точки зору практичного застосування. Так, А. В. Латинцев переконаний, що при розрахунку упущеної вигоди не можна брати до уваги сезонні коливання цін і обсягів випуску продукції, надзвичайні обставини (у тому числі й у разі, коли вони не могли вплинути на виконання зобов'язань боржником, але призвели до зниження прибутку кредитора) [23, с. 30–31].

Тобто, слід презюмувати, що вищенаведена категорія, не відображаючись у конкретних судових актах, знайшла своє віддзеркалення у доктрині цивільного права. Визначаючи розмір упущеної вигоди, особа повинна враховувати особливі аспекти, пов'язані із цією категорією, та здійснювати розрахунок своїх збитків у вигляді упущеної вигоди максимально точно.

Отже, на підставі аналізу розглянутої концепції упущеної вигоди в російському цивільному праві, можна констатувати, що чинні законодавчі акти, а також приписи вищих судових органів дозволяють здійснити захист своїх цивільних прав та обов'язків. Однак вважаємо за доцільне зазначити, що подібне правове закріплення компенсації упущеної вигоди не є стовідсотковою гарантією задоволення вимог позивача про стягнення упущеної вигоди. Представники Феміди й надалі з великим ступенем скептицизму ставляться до теоретичних розрахунків розміру упущеної вигоди, відмовляючи у стягненні упущеної вигоди з мотивуванням, що «доводи позивача носять імовірнісний, гіпотетичний характер і не можуть бути доказами упущеної позивачем вигоди»². У той же час нещодавні законодавчі

¹ Докладніше див.: 1) Постанова Президії Хабаровського крайового суду від 26 червня 2016 року по справі № 44-г-64/2016. Джерело: <http://судебныерешения.рф/16573800/extended>; 2) Постанова Президії Липецького обласного суду від 19 січня 2018 року по справі № 44-г-4/2018. Джерело: <http://судебныерешения.рф/32065385/extended>; 3) Ухвала Волгоградського обласного суду від 19 червня 2014 року по справі № 33-6423/2014. Джерело: <http://судебныерешения.рф/19403201/extended>.

² Докладніше див.: 1) Рішення Ленінського районного суду м. Ярославля від 23.03.2018 року по справі № 2-80/2018. Джерело: <http://судебныерешения.рф/33318415/extended>; 2) Рішення Вознесенського районного суду м. Вознесенська від 20.03.2018 року по справі № №2-175/2018. Джерело: <http://судебныерешения.рф/33367830/extended>

зміни у ЦК РФ є, певною мірою, прогресивними та такими, що заслуговують на увагу з боку вітчизняних цивілістів.

Крім цього, ми переконані, що для повноцінного аналізу категорії «упущена вигода» необхідно звернутися і до правового досвіду країн англо-американського права, а саме – США.

Беззаперечним є твердження про те, що у США відшкодування шкоди у вигляді упущеної вигоди у кожному штаті врегульовано по-різному. Окрім цього, слід зазначити, що законодавчі акти відповідних штатів регулюють цю процедуру доволі поверхнево. У той же час, аналіз законодавства та судової практики США дозволяє констатувати, що правова природа упущеної вигоди в рамках американського законодавства є подібною до правової природи упущеної вигоди в українському законодавстві.

Американські юристи Д. Мітчел МакФарланд та Дж. Спілкер переконані, що упущена вигода являє собою ті доходи, які б особа могла дійсно отримати при нормальному розвитку відносин [24]. Така позиція підтверджується відповідним американським законодавством. Так, наприклад, у секції 321.104. Бізнес та Комерційного кодексу штату Техас закріплено, що особа, яка зазнала шкоди внаслідок порушення цього розділу, має право на відшкодування фактичних збитків, включаючи упущену вигоду [25].

Однак у нормативних актах не всіх штатів прямо закріплене таке положення. Так, відповідно до § 8.01-221 Цивільного кодексу штату Вірджинія, будь-яка особа, яка постраждала внаслідок порушення будь-якого положення цього Кодексу, може вимагати від правопорушника відшкодування завданої шкоди. А § 8.01-221.1 Цивільного кодексу штату Вірджинія закріплює положення про те, що збитки у вигляді упущеної вигоди при завданні шкоди новому бізнесу можуть бути відшкодовані при належному підтвердженні [26]. Тобто, із цього положення зрозуміло, що вектор законодавчого врегулювання питання, що розглядається в цій роботі, відповідає твердженню “it is not directly asserted, but it seems to be implied” – про це прямо не говориться, однак це має на увазі: цивільне законодавство штату Вірджинія опосередковано встановлює, що упущена вигода є різновидом збитків, шляхом закріплення норми про відшкодування упущеної вигоди від нового бізнесу.

Крім цього, подібна ситуація спостерігається також і в законодавстві штату Каліфорнія. Відповідно до пункту А секції 1714 Цивільного кодексу штату Каліфорнія, кожен несе відповідальність не тільки за результат його вчинків, але і за шкоду, заподіяну іншій особі своїми вчинками [27]. Фактично зміст цієї норми прямо не вказує на наявність інституту упущеної вигоди в каліфорнійському цивільному законодавстві. Однак слід звернути увагу на окремі судові рішення, що свідчать про зворотне. Так, Верховний Суд Каліфорнії у справі *J'aire Corporation v. Craig Gregory* від 13 серпня 1979 року дійшов висновку, що збитки у вигляді упущеної вигоди можуть бути відшкодовані у випадку заподіяння шкоди іншій особі або її майну [28]. Таким чином, це положення дозволяє нам констатувати наявність такої форми збитків, як упущена вигода також і у праві штату Каліфорнія.

Д. Мітчел МакФарланд переконаний, що процедура доказування розміру упущеної вигоди полягає у тому, що позивачу необхідно доказати те, чого ніколи не було [29]. Саме тому така процедура є доволі складною [30], однак вона можлива. Хоча в багатьох випадках законодавство штатів

відрізняється одне від одного, певні стандарти доказування наявності та розміру упущеної вигоди є тотожними.

Будь-яка процедура доказування упущеної вигоди повинна відповідати та ґрунтуватися на принципі «розумної впевненості». Усі юрисдикції США застосовують так звану вимогу «розумної впевненості» при розрахунку суми упущеної вигоди – на це звертає увагу Апеляційний суд сьомого округу США у справі *TAS Distributing Company v. Cummins Engine Company* від 14 червня 2007 року [31].

Однак сьогодні легальне визначення терміну «розумна впевненість» відсутнє. І, як зазначає Роберт М. Ллойд, навіть у суддів відсутнє чітке розуміння цієї категорії [33, с. 15]. На думку науковця, з огляду на позицію Апеляційного суду дев'ятого округу США по справі *Continental Insurance Company v. Ursin Seafoods Inc* від 6 жовтня 1992 року [33], така ситуація зумовлена тим, що в самому понятті «розумна впевненість» закладена спроба балансу між двома гострими проблемами: запобігання ухиленню правопорушника від відповідальності тільки через те, що упущена вигода не може бути доведена з розумною впевненістю, та захист самих правопорушників від їхнього становища як гарантів безумовного та повного відшкодування збитків.

Крім цього, слід зауважити, що в американському праві на противагу розумній впевненості існує так зване правило порушника (*wrongdoer rule*), яке полягає у тому, що правопорушник не вправі наполягати на визначенні розміру збитків із розумною впевненістю. На нашу думку, таким чином в американській правовій системі було ефективно збалансовано колізійні положення, які потенційно допускали можливість зловживання тією чи іншою особою своїм правом шляхом вимагання визначення розміру збитків із розумною впевненістю, що, з огляду на природу таких збитків, є дійсно складним завданням.

Роберт М. Ллойд переконаний, що вищезазначені положення є справедливими, оскільки встановлення занадто «високих» стандартів доказування буде негативно впливати на бізнес та створюватиме ще більші проблеми, оскільки недобросовісні підприємці, знаючи, що їхній контрагент не зможе довести наявність збитків, свідомо порушуватимуть положення договорів, права інтелектуальної власності тощо [32, с. 16].

Разом із цим постає логічне питання щодо того, яким чином слід доводити наявність та розмір упущеної вигоди. Дж. Спілкер звертає увагу на те, що в такому випадку в якості зазначених доказів можуть розглядатися документи фінансової звітності, звіти про прибутки та збитки, контракти тощо [29, с. 24]. Крім цього, неможливо не погодитися із думкою Р. Сіболта, який звертає увагу на нагальну необхідність залучення експерта для встановлення розміру упущеної вигоди [34, с. 5-6].

Попри це ми можемо резюмувати, що як в українській, так і в російській та американській системах права застосовуються однакові способи доказування обґрунтованості розрахунку упущеної вигоди – надання суду договорів, звітності тощо. Із іншого боку, необхідно визнати, що зазначені докази можуть бути не прийняті судом, а тому вони не є абсолютною запорукою задоволення вимог щодо відшкодування упущеної вигоди.

Висновки. Отже, беручи все вищевикладене до уваги, слід констатувати, що правове регулювання відшкодування упущеної вигоди в усіх розглянутих правопорядках має спільні риси. Так, проаналізувавши

законодавчі положення та судову практику вищезазначених держав, можна зробити висновок, що висувуються однаково високі вимоги щодо доказування наявності факту упущеної вигоди та правильності й точності її розрахунку.

Саме тому, з метою забезпечення сталого регулювання цих відносин, уніфікації підходів до визначення упущеної вигоди, а також задля забезпечення більш якісної доказової бази по справі та можливості ефективного захисту порушених, невизнаних чи оскаржуваних прав особи, ми вважаємо за потрібне внести певні зміни в уже існуюче законодавство, а також прийняти відповідний нормативно-правовий акт, який би допоміг більш якісно регулювати ці відносини.

По-перше, необхідно внести зміни до ст. 22 ЦК України та додати до неї частину 2¹, яка буде викладена в такій редакції: «У справах про відшкодування шкоди у вигляді упущеної вигоди належними доказами, що підтверджують факт наявності упущеної вигоди та її розмір, є середній розмір прибутку, який було отримано за попередні періоди особою, право якої було порушено. Така інформація відображається у бухгалтерських документах».

По-друге, необхідно розробити та прийняти Закон України «Про судово-експертні комісії». Важливість прийняття цього Закону полягає у тому, що, на наше глибоке переконання, він допоможе вивести відносини, що складаються між особами при вирішенні питання про наявність та розмір збитків у формі упущеної вигоди, на новий рівень. Запровадження уніфікованого способу визначення розміру упущеної вигоди буде тим чинником, який зумовлюватиме формування більш позитивної судової практики у цій сфері, а значить допомагатиме особам дієво захищати свої права та законні інтереси. На нашу думку, основні положення Закону повинні полягати в наступному.

1. У межах державних спеціалізованих установ створюються судово-експертні комісії. Судово-експертна комісія (далі – комісія) – це орган, створений в межах державних спеціалізованих установ, який здійснює експертно-оціночну діяльність щодо встановлення факту наявності (відсутності) та визначення розміру упущеної вигоди.

2. Комісія складається з чотирьох експертів, що здійснюють свою діяльність на засадах законності, повноти та об'єктивності дослідження, професійної незалежності та професійної неупередженості.

3. Цілями діяльності комісії є забезпечення здійснення правосуддя в Україні, а також формування єдиного підходу щодо встановлення факту наявності (відсутності) та визначення розміру упущеної вигоди.

4. Експертом судово-експертної комісії можуть бути фахівці, які мають вищу юридичну та/або економічну освіту за освітнім рівнем «Магістр» та прирівняними до нього рівнями, стаж роботи в експертній галузі не менше 10 років та отримали кваліфікацію судового експерта з права/або економіки.

5. Висновок судово-експертної комісії оформлюється в письмовому вигляді з обов'язковим власноручним підписом голови судово-експертної комісії та інших експертів, які є її членами. Висновок судово-експертної комісії є доказом по справі, на який сторони можуть посилатися для обґрунтування своєї правової позиції. Висновок судово-експертної комісії не може мати попередньо встановленої для суду сили.

6. Висновок судово-експертної комісії може бути оскаржений шляхом подання заяви про перегляд висновку. Перегляд здійснюється шляхом проведення повторної та/або додаткової експертизи Великою судово-експертною комісією, що складається з сімох експертів – голови судово-експертної комісії та шістьох її членів.

Ми переконані, що запровадження вищезазначених законодавчих змін та цивільстичних новел виступатиме каталізатором у сфері поліпшення процедури доказування факту наявності та розміру упущеної вигоди, що допоможе, таким чином, забезпечити належну охорону і захист прав та законних інтересів особи.

Список літератури

1. Розізнана І. В. Поняття та ознаки упущеної вигоди в цивільному праві / Юридичний науковий електронний журнал. URL: http://lsej.org.ua/2_2014/8.pdf (дата звернення: 15.04.2018).
2. «Про деякі питання практики застосування господарськими судами законодавства у справах, в яких заявлено вимоги про відшкодування збитків»: оглядовий лист Вищого господарського суду України від 14.01.2014 № 01-06/20/2014. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0020600-14> (дата звернення: 15.04.2018).
3. Постанова судової палати у господарських справах Верховного Суду України № 3-188гс14 від 09.12.2014 р. URL: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/%28documents%29/8BCA66F52559C867C2257DB0002180C7> (дата звернення: 15.04.2018).
4. Постанова Касаційного цивільного суду Верховного Суду № 127/8094/14-ц від 08 лютого 2018 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72199261> (дата звернення: 15.04.2018).
5. Постанова Касаційного цивільного суду Верховного Суду № 757/18979/14-ц від 28 березня 2018 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73124687> (дата звернення 15.04.2018).
6. Постанова Касаційного цивільного суду Верховного Суду № 553/2630/15-ц, від 14 лютого 2018 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72243780> (дата звернення: 15.04.2018).
7. Братусь С. И. Кечекьян С. Ф., Кожевников Ф. И. Юридический словарь. М.: Гос. изд-во юрид. лит., 1953. URL: <https://www.twirpx.com/file/1645668/> (дата обращения: 15.04.2018).
8. Мисик Н. Для компенсації упущеної вигоди тепер необхідно довести її реальність / URL: <http://blog.ubr.ua/pravo/dlia-kompensacii-upushenoj-vigodi-teper-neobhidno-dovesti-ii-realnist-9588> (дата звернення: 15.04.2018).
9. Про затвердження Методики оцінки майна: постанова Кабінету Міністрів України № 1891 від 10.12.2003 р. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1891-2003-%D0%BF> (дата звернення: 15.04.2018).
10. Шабаровський Б. Чому неможливо довести упущену вигоду? / Б. Шабаровський. 2017. URL: http://jurliga.ligazakon.ua/blogs_article/760.htm. (дата звернення: 15.04.2018).
11. Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть I. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/4734407fbf4d5eec5306840f8b75b994e5d57090/ (дата обращения: 15.04.2018).
12. Акатов А.А. Возмещение упущенной выгоды во внедоговорных обязательствах. Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2017. С. 81-84.
13. Определение Самарского областного суда от 02 сентября 2014 года по делу № 33-4990. URL: <http://судебныерешения.рф/19488159/extended> (дата обращения: 15.04.2018).

14. Определение Тульского областного суда от 13 марта 2014 года по делу № 33-332. URL: <http://судебныерешения.рф/20521413/extended> (дата обращения: 15.04.2018).
15. Федеральный закон «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» № 42-ФЗ от 08.03.2015. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_cons_doc_LAW_176165/ (дата обращения: 15.04.2018).
16. Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» от 23.07.2015. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_cons_doc_LAW_181602/#dst100033 (дата обращения: 15.04.2018).
17. Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» от 26 марта 2016 года № 7. URL: <http://base.garant.ru/71360358/> (дата обращения: 15.04.2018).
18. Садилов О.Н. Убытки в гражданском праве Российской Федерации. М., 2009. 221 с.
19. Решение Октябрьского районного суда г. Новосибирска по делу № 2-188/ 2018 от 28 марта 2018 года. URL: <http://судебныерешения.рф/33433148/extended> (дата обращения: 15.04.2018).
20. Доклад для Публичных обсуждений правоприменительной практики Псковского УФАС России в 4 квартале 2017 года. URL: <https://fas.gov.ru/documents/612616> (дата обращения: 15.04.2018).
21. Клейн Н. И. Споры о возмещении убытков, причиненных нарушением договора поставки: Научно-практический комментарий арбитражной практики. М., 1969. Вып. 2. С. 50–82.
22. Лукьяненко М. Ф. Оценочные понятия гражданского права: разумность, добросовестность, существенность. М., 2010. 423 с.
23. Латынцев А. В., Латынцева О. В. Расчет убытков в коммерческой деятельности. М., 2002. 232 с.
24. Mitchell McFarland D. The Standard of «Reasonable Certainty» Proves Lost Profits. URL: https://apps.americanbar.org/litigation/litigationnews/trial_skills/tips-proving-lost-profits.html (date of access: 15.04.2018).
25. Business and Commerce Code of Texas. URL: <http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/SDocs/BUSINESSANDCOMMERCECODE.pdf> (date of access: 15.04.2018).
26. Virginia Civil Code. Virginia Law. URL: <https://law.lis.virginia.gov/library/cov/Title8.01.pdf> (date of access: 15.04.2018).
27. California Civil Code. California Legislative Information. URL: https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=CIV&division=3.&title=&part=3.&chapter=&article (date of access: 15.04.2018).
28. California Supreme Court. Case: J'aire Corporation v. Craig A. Gregory. Decided – August 13, 1979. URL: <https://www.courtlistener.com/opinion/1218182/jaire-corp-v-gregory/> (date of access: 15.04.2018).
29. Mitchell McFarland D., Spilker Jeff W. Lost Profits in Commercial Litigation: Proving and Defending Damages. URL: https://www.munsch.com/portalresource/lookup/wosid/cp-base-4-3345/overrideFile.name=/McFarland_Strafford_Jan2017_Program%20Slides%20-%20Animated%20January%202017.pdf (date of access: 15.04.2018).
30. Lost Profits – a Measure of Damages Law and Legal Definition. URL: <https://definitions.uslegal.com/1/lost-profits-a-measure-of-damages/> (date of access: 15.04.2018).
31. United States Court of Appeal, Seventh Circuit. Case: TAS Distributing Company v. Cummins Engine Company. Decided – June 14, 2007. URL: <https://www.ravellaw.com/opinions/913b8d3e24a9e6c8201f2abef81d948d> (date of access: 15.04.2018).
32. Robert M. Lloyd. The Reasonable Certainty Requirement in Lost Profits Litigation: What It Really Means. URL: <http://trace.tennessee.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1190&context=transactions> (date of access: 15.04.2018).
33. United States Court of Appeal, Ninth Circuit. Case: Continental Insurance Company v. Ursin Seafoods Inc. Decided – October 6, 1992. URL: <https://openjurist.org/977/>

f2d/587/ continental-insurance-company-v-ursin-seafoods-inc (date of access: 15.04.2018).

34. Seabolt Richard L. Lost Profits Damages: From Expert Testimony Through Jury Instructions. URL: <https://www.duanemorris.com/articles/static/seaboltcalit052003.pdf> (date of access: 15.04.2018).

Стаття надійшла до редакції 19.05.2018

Е. А. Каташинский

Одесский национальный университет имени И.И. Мечникова,
кафедра гражданско-правовых дисциплин
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

УПУЩЕННАЯ ВЫГОДА И УСЛОВИЯ ЕЕ ВОЗМЕЩЕНИЯ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ УКРАИНЫ, РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И США

Резюме

В рамках исследуемой темы автор пришел к заключению о том, что на сегодняшний день гражданское законодательство Украины характеризуется неполнотой регулирования вопросов, связанных с возмещением упущенной выгоды. В работе была проанализирована правовая природа упущенной выгоды. Кроме этого, уделено внимание процедуре доказывания наличия, а также правильности расчета размера упущенной выгоды, рассмотренного сквозь призму как украинского и российского, так и американского законодательства.

В ходе исследования автор описывает некоторые причины сопряженности процедуры доказывания упущенной выгоды с определенными сложностями. В работе также уделяется определенное внимание законодательному регулированию исследуемого вопроса в рамках российского гражданского законодательства, а также констатируются существенные нормативные изменения последних лет в сфере возмещения упущенной выгоды, которые позволили лицам более качественно и эффективно защищать свои нарушенные права.

Также автор рассматривает данный вопрос сквозь призму законодательства таких американских штатов, как Калифорния, Техас и Вирджиния, а также американской судебной практики. Посредством анализа акцентируется внимание на отличиях в правовом закреплении упущенной выгоды, а также на общности средств доказывания ее размера.

Автор предлагает внести изменения в некоторые законодательные акты Украины, а также принять соответствующий закон с целью усовершенствования правового регулирования проблемных вопросов рассматриваемой темы. Автор считает целесообразным создание в рамках государственных специализированных учреждений судебно-экспертных комиссий, в сферу деятельности которых входила бы выдача заключений относительно наличия упущенной выгоды, а также правильности расчета её суммы

Ключевые слова: упущенная выгода, доказывание, убытки.

Ye. O. Katashynskyi

Odessa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Civil Law Disciplines
Franzuzskiy Boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

**THE LOST PROFITS AND CONDITIONS OF ITS COMPENSATION
IN THE CIVIL LAW OF UKRAINE, THE RUSSIAN FEDERATION
AND THE USA**

Summary

The author concludes that the civil legislation of Ukraine is characterized by incomplete regulation of issues related to compensation for lost profits today. The legal nature of the lost profits was analyzed. In addition, the author paid attention to the procedure of proving the existence, as well as the correctness of calculating the amount of lost profits, considered through the prism of both Ukrainian, Russian and American legislation.

In the article of the work the author describes the reasons for the connectivity contumacy of the procedure for proving the loss of profits with some difficulties. The article also pays some attention to the legislative regulation of the question under consideration in the framework of Russian civil law, and also notes significant regulatory changes in the field of compensation for lost profits, which allowed individuals to protect their violated rights more effectively.

The author also considers this issue through the prism of the laws of such American states as California, Texas and Virginia, as well as American judicial practice. Through analysis, attention is focused on the differences in the legal securing of lost profits, as well as on the commonality of the means of proving its amount.

The author proposes to amend some of the legislative acts of Ukraine, as well as to adopt a corresponding law, with the aim of improving the legal regulation of problematic issues of the topic under consideration. The author considers it expedient to establish forensic expert commissions within the framework of state specialized agencies, whose scope of activity would include giving conclusions on the existence of lost profits, as well as the correctness of calculating its amount.

Key words: lost profits, proving, damages.