

**8-ая Ежегодная Конференция IVA «Слияния и поглощения в России и
странах СНГ»**

«АВТОНОМИЯ АРБИТРАЖА В ВОПРОСЕ ПРИСУЖДЕНИЯ УБЫТКОВ»

18 октября 2016 года

Арарат Парк Хаятт, Москва, Россия

Юрий Монастырский

Преимущество арбитража в материально-правовом смысле по спорам и сделкам по приобретению активов состоит прежде всего в том, что требования, удовлетворяемые государственными судами, в основном, неохотно и практически никогда в полной мере, могли бы получить бóльшее распространение и стать доминирующими. Имеется в виду такое средство правовой защиты, как взыскание убытков. Судебная юрисдикция в Российской Федерации руководствуется принципом недопущения обогащения истцов, извлечения прибыли из нарушения. Возможность такого дохода побуждает-де к чрезмерному увлечению судебными разбирательствами или сутяжничеством при невысоких размерах государственной пошлины. Мы предполагаем, что уважаемой аудитории будет трудно вспомнить, где именно в правовых нормах зафиксирован упомянутый стандарт о недопущении обогащения, и откуда берется эта судебская обязанность не производить чрезмерных взысканий. Уважаемые участники, такого фундаментального положения не существует. Ведь гражданско-правовой штраф взыскивается, даже если ущерб не наступил.

Согласно статистике и обзорам, третейские и государственные суды имеют дело, в основном, с исками об исполнении обязательств в натуре, то есть, с понуждением должников к выполнению данных ими в прошлом обещаний, где в подавляющем большинстве случаев взыскиваются непроизведенные платежи. Такие дела нельзя назвать сложными. Призвание и общественная функция арбитража, именно третейского суда, разбирать комплексные,

Россия 121099 Москва
Новинский бульвар 3 стр 1

т: (495) 231 4222
ф: (495) 231 4223
e: moscow@mzs.ru
www.mzs.ru

нестандартные требования, которые логично заключаются в правовую оболочку претензий об убытках.

Новый владелец бизнеса крупной производственной единицы, перешедшей к нему с дефектами, изъянами и рисками, не оговоренными контрагентом, в полной мере получит восстановление произошедших и предстоящих потерь и воздаяние от неисполнения своих коммерческих ожиданий посредством такого правового инструмента, как присуждение убытков, важным компонентом которых является также неполученный доход.

Статистика деятельности государственных судов показывает, что от 2 до 5% рассматриваемых дел связано с убытками. Иски в них очень редко удовлетворяются полностью. Следующие укорененной или имеющей многолетнюю традицию установке, государственные органы разрешения споров при удовлетворении исков снижают изначальные суммы требований. Но третейские суды вроде бы не связаны проблемой сутяжничества, наоборот, страдают от недостатка клиентуры. Новый взгляд на тематику убытков, особенно при разбирательстве недолжного исполнения по договорам «о слиянии и поглощении», сам по себе создал бы большое конкурентное преимущество третейских трибуналов, прогрессивно мыслящих арбитров перед государственными судами, отсталыми подходами их представителей.

Такое средство правовой защиты, как взыскание убытков, имеет следующие привлекательные преимущества. Во-первых, оно предлагает тяжущимся сторонам некое комплексное и итоговое урегулирование их взаимоотношений, в результате которого уже не нужны ни последующие иски, и не стоит проблема утраты интереса к натуральному исполнению, потому что нарушение, а так же неблагоприятные имущественные последствия материализации рисков трансформируются в конкретную денежную сумму, выраженную во всеобщем эквиваленте, интерес к которому не может утрачиваться. Во-вторых, взыскание убытков может носить не разовый, а длящийся характер. Убытки, если таковые появляются с течением времени, а дела по этому вопросу уже состоялись, могут также повторно и дополнительно взыскиваться, чего нельзя сказать о других способах защиты так называемых гражданских прав. Убытки сочетаются с любыми иными требованиями: о расторжении договора, о признании его недействительным, о натуральном исполнении, завершая коммерческое, как я уже сказал, взаимодействие сторон. Кроме того, такой юридический инструмент имеет универсальный характер, так как применяется не только

при рассмотрении договорных требований, но и пригоден для таких нарушений, как вред собственности, умаление корпоративных прав.

Словно отгораживаясь от толпы просителей в конторе, государственные суды выдвинули четыре условия взыскания убытков, которые на практике превратились в труднопреодолимые фильтры при рассмотрении данных требований. Суды на протяжении многих лет утверждают, что для взыскания убытков, которые есть ответственность, необходимо неправомерное действие со стороны ответчика или лица, за которое должник отвечает, без которого не создается состав правонарушения, и ответственность в виде убытков не наступает. Далее судьи говорят, что взыскание убытков в отсутствие возникновения их как таковых, осуществлено быть не может, кроме того, должна присутствовать причинная связь между действием, поведением субъекта и убытками, которую (поскольку это вопрос факта) должен доказывать заявитель, кредитор, истец. Вместе с тем по одной из альтернативных правовых точек зрения, неправомерность есть достаточное, но не необходимое условие ответственности, что она наступает по причине взятого на себя риска, непредвиденного обстоятельства, приведшего к неисполнению обязательства или потерям у истца, что связь не обязательно должна доказываться потерпевшей стороной, которая не всегда обладает возможностями для этого, и что она также может презюмироваться как и вина ответчика. В этом проявляются тенденции развития судебной практики и доктрины в европейских странах.

Могут ли третейские суды следовать этим новым веяниям? Ответ: конечно, да. Арбитры, в особенности, следующие процедуре международного коммерческого арбитража, вообще не связаны никакими доктринальными обобщениями, практикой национальных судов, и в этом главная суть этого альтернативного средства разрешения споров. Международный коммерческий арбитраж подчиняется лишь требованию соблюдения публичного порядка, и поэтому вышеперечисленные условия взыскания убытков он может игнорировать.

Арбитраж внутренних споров зависит от основополагающих принципов права. Что это такое, применительно к случаю решает компетентный государственный суд, и здесь пока существует некоторый риск невыдачи исполнительного листа для принудительного исполнения решения, если убытки взысканы без неправомерности и без доказывания причинной связи. Но правильно ли это будет с точки зрения интересов судебной системы, доступа к правосудию, укрепления и популяризации цивилизованного

третейского разбирательства? Полагаем, что нет, потому что условия, выдвигаемые государственными судами, относятся к их интересам и представляют собой защиту этой судебной системы. В третейских судах взыскание без уменьшения сумм, с другими презумпциями, с иным, более низким порогом доказательств не просто может, а должно быть предпочтением.

Таким образом, третейские суды с большим вниманием, скрупулезностью и профессионализмом должны обращаться при разборе дел на основании неисполнения или недолжного исполнения сделок, связанных с приобретением бизнесов, производственных и иных активов, торговых сетей, к институту убытков и исходить из допустимости устанавливать причинную связь между ними и так называемым неисполнением *ex officio*, по должности, не обязательно принимая роль слушателя во время судебных заседаний, исходить из того, что ответственность наступает не только за правонарушение, несоблюдение нормы, но и за риск, непредвиденное обстоятельство и т.д., где не требуется такой, на первый взгляд, фундаментальный, но на самом деле устаревший критерий, как неправомерность поведения должника, особенно если речь идет об отношениях между лицами, работающими в сфере международных предпринимательских связей. Последнее заключается в том, что арбитраж может также усилить регулирующее, балансирующее и корректирующее влияние такого института, как вина кредитора в деле установления справедливой величины убытков. И правоприменители снижают их сумму не по правовому критерию небрежности и умысла истца в деле локализации размера ущерба, а по следующему признаку: «мог бы, но не сделал», когда отношения причинителя и потерпевшего не завершились, шло исполнение, а дефекты проявились позднее.