

## Проблемы расчетов убытков подрядчика в виде упущенной выгоды при отказе одной из сторон от договора строительного подряда

**И.П. Жарский**

управляющий партнер экспертной группы Veta, аспирант кафедры финансов и цен Российского экономического университета имени Г.В. Плеханова (г. Москва)

Илья Павлович Жарский, i@veta.expert

Расчет и взыскание убытков в рамках строительного подряда являются предметом постоянного интереса тех, кто подписывал подобный договор или имел какое-либо отношение к нему (поставщики, субподрядчики). При длительном контракте, которым является практически любой договор в строительстве, каждая из сторон стремится отстаивать свои права по максимуму, а при их нарушении возмещение убытков – универсальный способ подобной защиты и действенная мера гражданско-правовой ответственности (статья 12 Гражданского кодекса Российской Федерации; далее – ГК РФ). Процедура требует правовых действий и определенных расчетов, при этом суммировать ущерб не является сложной задачей, а вот с оценкой упущенной выгоды может возникнуть ряд спорных моментов. Потребность в разрешении последних всегда актуальна, но в последнее время она заметно увеличилась.

В периоды нестабильности внимание к этому вопросу всегда возрастает в разы – пропорционально ожиданиям неблагоприятных последствий. Вследствие ряда особенностей (производственный процесс по проектам, поэтапное финансирование,

особенности регулирования и прочее) строительная отрасль наиболее «отзывчива» к негативным проявлениям в экономике, и это неминуемо ведет к массовым нарушениям обязательств по договорам. Следовательно, именно в это время контрагентам чаще всего приходится вводить в действие механизмы защиты своих интересов, в том числе взыскание убытков.

Ярким примером подобной реакции рынка может служить кризис 2008–2009 годов, когда согласно данным Министерства экономического развития Российской Федерации впервые за постсоветский период наблюдалась отрицательная динамика в строительстве. За 2008 год прирост объема работ этого вида составил 12,8 процента против 18,2 процента в 2007 году, причем в IV квартале произошло замедление до 3,8 процента<sup>1</sup>. В 2009 году общее снижение объема работ составило 16 процентов, при этом за январь – сентябрь падение составило 18,4 процента, но в IV квартале отрасль начала восстанавливать докризисные объемы<sup>2</sup>.

Последствия не заставили себя ждать. По данным статистики арбитражных судов в этот период возросло количество рас-

<sup>1</sup> Мониторинг «Об итогах социально-экономического развития Российской Федерации в 2008 году» Министерства экономического развития Российской Федерации. URL: <http://old.economy.gov.ru/minec/activity/sections/macro/monitoring/>

<sup>2</sup> Мониторинг «Об итогах социально-экономического развития Российской Федерации в 2009 году» Министерства экономического развития Российской Федерации. URL: <http://old.economy.gov.ru/minec/activity/sections/macro/monitoring/>

сма­три­вае­мых споров о неис­пол­нении или о ненадле­жа­щем испол­нении обя­зательств по до­гово­рам подря­да (в от­четах дела в строи­тель­ной сфере не вы­несены от­дельно, но, как извест­но из опыта судов, они со­став­ляют основ­ную до­лю подоб­ных споров). В 2008 го­ду таких дел рас­смот­рено на 23 про­цента боль­ше, чем в 2007-м <sup>3</sup>, а в 2009-м – вы­росло в два раза (увели­чение на 111 про­центов) <sup>4</sup>. В 2010 го­ду объем со­кратился, но лишь на 1,5 про­цента <sup>5</sup>, и толь­ко с 2011 сни­жение стало замет­ным (на 21 про­цент).

В 2019–2020 го­дах тема вы­зыска­ния убыт­ков, в том числе в виде упущен­ной вы­годы, вновь вы­звала по­вышен­ный ин­терес в строи­тель­ном сек­торе. Нововве­дения в за­коно­датель­стве, пе­ре­ход на эскроу-сче­та, не­простая об­щая эконо­мическая си­туация фор­мируют не­гативные ожи­дания от­но­сительно пер­спектив вы­полнения про­ектов, по­сле­дую­щих по­терь и убыт­ков. Но в от­личие от 2008–2009 го­дов се­годня луч­ше про­ра­ботаны и обос­нованы под­ходы к рас­че­там ущер­ба и упущен­ной вы­годы, хо­тя с по­следней ре­шены е­ще не все во­просы.

Пе­ред рас­смот­рением ме­то­дов рас­че­та упущен­ной вы­годы подря­дчика сто­ит от­метить, что ее вы­зыска­ние при невы­пол­нении обя­зательств в ра­мках строи­тель­ного подря­да под­разумевает на­личие не­которых осо­бенностей, не свой­ствен­ных ана­логич­ным про­це­дурам по дру­гим до­гово­рам. Они яв­ляются след­ствием нор­мативных пра­вил, спе­циально раз­ра­ботанных для та­ких пра­воот­но­шений (§ 3 «Стро­итель­ный подря­д» гла­вы 37 «Подря­д» ГК РФ), и опыта раз­решения со­от­вет­ствующих споров, в том числе в су­де. В основ­ном они ка­саются мо­

ментов воз­никно­вения пра­ва на вы­зыска­ние убыт­ков и опре­деле­ния объ­ема вы­полнен­ных или невы­полнен­ных ра­бот. Что в ко­нечном ито­ге (осо­бенно во вто­ром слу­чае) пря­мо от­ража­ется на рас­че­тах и ре­зультате оце­нки упущен­ной вы­годы.

Кроме об­щих по­ложений, ре­гу­лирующих во­прос убыт­ков, в ГК РФ со­дер­жатся нор­мы, уточ­няющие ус­ло­вия их вы­зыска­ния при на­рушении обя­зательств по до­гово­ру строи­тель­ного подря­да. Он может быть рас­тор­гнут по сле­дую­щим ос­но­ва­ниям:

- по со­глаше­нию сто­рон;
- по тре­бо­ва­нию одной из сто­рон в су­дебном по­ря­дке;
- по при­чине од­но­сто­рон­него от­каза од­ной из сто­рон от испол­нения до­гово­ра в слу­чае, е­сли та­кое пра­во пред­остав­лено со­от­вет­ствующей сто­роне за­коном или до­гово­ром <sup>6</sup>.

В част­ности, за­казчик может в лю­бое время от­ка­заться от испол­нения до­гово­ра (без объ­яснения при­чин), оп­латив вы­пол­ненные ра­боты и воз­местив подря­дчику по­несенные убыт­ки (ст. 717 ГК РФ).

Одна­ко е­сли у за­казчика бы­ли обос­нованные при­чины от­ка­заться от до­гово­ра, то уже он может вы­зыска­ть убыт­ки с подря­дчика <sup>7</sup>. Та­кое пра­во воз­никает в сле­дую­щих слу­чаях:

- когда подря­дчик не при­сту­пает сво­е­вре­менно к испол­нению до­гово­ра или вы­пол­няет ра­боту на­столь­ко мед­ленно, что окон­чание ее к сро­ку стано­вится явно не­воз­мож­ным (п. 2 ст. 715 ГК РФ);
- когда об­на­ру­жен­ные за­казчиком не­до­статки не бы­ли ус­транены подря­дчиком за на­значен­ный раз­ум­ный срок (от­каз или по­ру­чение вы­пол­нить эти

<sup>3</sup> Справка основ­ных по­казате­лей ра­боты ар­битраж­ных су­дов Рос­сийской Фе­дерации в 2007–2008 го­дах. URL: [http://www.arbitr.ru/arxiv/totals/index\\_ar.htm](http://www.arbitr.ru/arxiv/totals/index_ar.htm)

<sup>4</sup> Справка основ­ных по­казате­лей ра­боты ар­битраж­ных су­дов Рос­сийской Фе­дерации в 2008–2009 го­дах. URL: [http://www.arbitr.ru/arxiv/totals/index\\_ar.htm](http://www.arbitr.ru/arxiv/totals/index_ar.htm)

<sup>5</sup> Справка основ­ных по­казате­лей ра­боты ар­битраж­ных су­дов Рос­сийской Фе­дерации в 2009–2010 го­дах. URL: [http://www.arbitr.ru/arxiv/totals/index\\_ar.htm](http://www.arbitr.ru/arxiv/totals/index_ar.htm)

<sup>6</sup> Ов­диен­ко Е.Б. Пре­краще­ние по иници­ативе одной из сто­рон до­гово­ра подря­да на ка­питаль­ное строи­тель­ство.

<sup>7</sup> Джа­уба И.В. Осо­бенности рас­смот­рения споров, вы­текаю­щих из до­гово­ра строи­тель­ного подря­да.

работы другому лицу за счет подрядчика) (п. 3 ст. 715 ГК РФ);

- когда в работе есть отступления от условий договора или иные недостатки, которые не были устранены в установленный заказчиком срок либо являются существенными и неустранимыми (п. 3 ст. 723 ГК РФ).

При этом и подрядчик может отказаться от исполнения договора с правом требования возместить убытки с заказчика:

- если нарушение заказчиком своих обязанностей препятствует исполнению договора (непредставление материала, оборудования, технической документации), а также есть обстоятельства, очевидно свидетельствующие, что исполнение указанных обязанностей не будет произведено в установленный срок (п. 2 ст. 719 ГК РФ);
- если заказчик, несмотря на своевременное и обоснованное предупреждение со стороны подрядчика, в разумный срок не заменит непригодные или недоброкачественные материалы, оборудование, техническую документацию или переданную для переработки (обработки) вещь, не изменит указаний о способе выполнения работы или не примет других необходимых мер для устранения возникших обстоятельств (п. 3 ст. 716 ГК РФ).

При подобных условиях может сложиться ситуация, когда в случае конфликта каждая из сторон выслала уведомление об отказе от договора, считает себя правой в этой ситуации и рассчитывает на возмещение убытков. В итоге суд устанавливает, кто именно виноват и имеет право на возмещение затрат и упущенной выгоды. Как правило, в этом случае участники предъявляют встречные иски, а судья решает, чьи претензии наиболее обоснованы. И от этого решения зависит не только возможность взыскать убытки, но и их размер, поскольку от того, чье уведомление признает суд, зависит дата отказа от договора (являющейся

началом расчетного периода). В принципе, каждый истец исчисляет убытки с той даты, которую считает правильной, и в случае однозначного выигрыша вопросов не возникает. Но этот момент важен, когда суд удовлетворяет частично требования обеих сторон, – если даты разрыва отношений не совпадают и верна лишь одна из них, а убытки в определенной доле признали у всех, то расчеты одной из сторон будут скорректированы не только пропорционально удовлетворенным требованиям (общее правило), но и по срокам.

Российским законодательством упущенная выгода определяется как сумма неполученных доходов (за вычетом сопутствующих расходов), которую пострадавший получил бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его права не были нарушены (ст. 15 ГК РФ). Это очень общее определение, и отсутствие конкретизации в этом вопросе приводит к ориентации на размер сметной прибыли – это одна из наиболее спорных особенностей оценки упущенной выгоды подрядчика при расторжении договора строительного подряда. По своему предназначению (вознаграждение за выполненную по договору работу (ст. 709 ГК РФ), названию, а порой даже и сумме, она «похожа до степени смешения» на ту самую прибыль, которую получают по итогам завершения проекта или реализации товара любые другие предприятия или предприниматели (чистый доход). Поэтому для подрядчика велик соблазн в случае отказа от договора посчитать упущенную выгоду равной сметной прибыли. Некоторые так и делают – подают иск, где взыскиваемая сумма равна этому показателю, а в качестве обоснования – ссылка на смету.

Однако по определению и способу расчета сметная прибыль не является доходом в классическом понимании этого слова. Как уже отмечалось при рассмотрении методов определения расходов, ее можно использовать для расчетов расходов при оценке убытков, но считать равной сумме самой упущенной выгоды не корректно. Такое

тождество невозможно обосновать с точки зрения федеральных стандартов оценки и принципов финансового анализа.

Между тем этот вопрос остается открытым при его практическом применении, то есть в суде. Когда подрядчики подают на взыскание убытков, суд иногда принимает позицию истца о том, что сметная прибыль равна упущенной выгоде. Все же для последнего это может быть единственный «профит», который он получил бы от выполнения договора, как бы он там не рассчитывался.

Например, так определили упущенную выгоду в споре между ООО «СтройСервис» и МКУ «Управление капитального строительства Сургутского района», которые заключили контракт на строительство клуба в одном из поселков. После начала работ подрядчиком были выявлены обстоятельства, которые значительно увеличивали стоимость работ, а также могли повлиять на их качество. Он направил акт о дополнительных работах, но МКУ решило отказаться от договора подряда, так как получило документы, когда предельный срок для их подписания или направления истцу письменных возражений истек.

ООО «СтройСервис» обратилось в Арбитражный суд с иском к МКУ «Управление капитального строительства Сургутского района» и просило взыскать дополнительные расходы, понесенные в рамках исполнения договора подряда, и иные убытки. Рассмотрев материалы дела, суд не нашел оснований взыскивать дополнительные расходы, так как они не были предусмотрены договором, но счел возможным взыскать упущенную выгоду. Причем именно так, как ее рассчитал сам истец: сметная прибыль (1,9 миллиона рублей с НДС) минус частично выполненные работы по контракту (6 процентов), итого почти 1,8 миллиона рублей. Суд лишь исключил из сметной прибыли НДС, в результате истцу присуждено 1,5 миллиона рублей упущенной выгоды.

Решение устояло в апелляции, но было отменено кассационным судом (направили на рассмотрение опять в первую инстанцию) по причинам, не связанным с вопросами упущенной выгоды<sup>8</sup>.

По смете прибыль считали и в другом деле, где МУП «УКС города Иркутска» (заказчик) отказался от исполнения договора на сумму 292,2 миллиона рублей с НДС 18 процентов. ООО «Иркутстрой» (подрядчик) выполнил работы на сумму 148,3 миллиона рублей, их приняли и оплатили, но далее пришло уведомление о расторжении контракта. Он решил в суде взыскать положенную ему в этом случае упущенную прибыль, размер которой он определил как недополученный доход (7,2 миллиона рублей) минус налог на прибыль организаций (20 процентов), итого 5,7 миллиона рублей.

Суд признал обоснованными требования о взыскании, но сумму возмещения скорректировал. Во-первых, уменьшил на сумму НДС, отметив, что при определении размера упущенной выгоды нельзя исходить из норматива сметной прибыли, учтенного в стоимости работ, поскольку он не относится на себестоимость работ и включает расходы на уплату налогов, которые должны быть исключены при определении размера упущенной выгоды. Во-вторых, признал правомерным включение в состав расчета упущенной выгоды договорного коэффициента «...согласованного сторонами в представленных в материалы дела локальных сметных расчетах (кроме КЖ-1 б/с 6-1 и КЖ-1 б/с 6-3), поскольку, как следует из содержания локальных сметных расчетов, указанный коэффициент подлежал применению ко всем строкам расчета, включая сметную прибыль. Таким образом, подрядчик, выполнив работы и сдав их результат заказчику в установленном порядке, увеличил бы свою имущественную сферу на сумму сметной прибыли с учетом согласованного сторонами договорного коэффициента». В итоге размер упущенной

<sup>8</sup> Решение Арбитражного суда Ханты-Мансийского АО (АС Ханты-Мансийского АО) от 5 июня 2019 года по делу № А75-2784/2019.

выгоды был определен как 4,7 миллиона рублей<sup>9</sup>.

Еще в одном споре, где Комитет по строительству Санкт-Петербурга и ООО «СК ЦФО Лубянка» подали встречные иски друг к другу вследствие отказа от контракта одной из сторон, вопрос упущенной выгоды был лишь одной из многочисленных взаимных претензий бывших контрагентов<sup>10</sup>. О ее взыскании заявил подрядчик, и в первой инстанции ему отказали. В апелляции<sup>11</sup> решение пересмотрели и присудили в сумме, рассчитываемой по сметам и прибыли, с учетом уже выполненных работ. При этом суд отметил, что эта прибыль коммерческими организациями может быть использована также, как и любой другой доход, поэтому ее можно считать эквивалентом вознаграждения подрядчика, являющегося составной частью цены договора (что оспаривал заказчик). В кассации это решение устояло, хотя почти все остальные взаимные требования были отправлены на пересмотр в первую инстанцию.

Тем не менее все чаще суды выносят решения и определения, в которых указывают, что рассчитывать упущенную выгоду по сметной прибыли неверно. С пониманием этого, но и с отсутствием единого обоснования, каждый сам пытается проанализировать и сделать выводы по этому вопросу.

Например, когда ООО СТК «Транснабстрой» обратилось в суд с просьбой взыскать убытки с АО «Московская инженерно-строительная компания», с которым у него был заключен договор строительного подряда на выполнение работ по строительству обхода города Калуги на участке Секиотово-Анненки с мостом через реку Оку,

ООО как подрядчик не смогло выполнить свои обязательства в срок по вине заказчика (установлено судом в рамках другого дела), который все равно отказался от исполнения договора. Кроме ущерба, была заявлена упущенная выгода – сметная прибыль в размере 68 миллионов рублей (сумма сметной прибыли по каждому виду работ в текущих ценах (скорректированы) за вычетом определенных договором выплат)<sup>12</sup>.

Суд первой инстанции встал на сторону истца, а вот апелляционный суд отменил его решение и постановил отказать в иске<sup>13</sup>. Насчет упущенной выгоды суд отметил: не доказано, что были приняты все меры к ее получению, и не доказан ее размер. Эти неполученные доходы, как отмечено в постановлении, должны рассчитываться как выручка истца за вычетом необходимых для ее получения затрат, следовательно «...при взыскании убытков взамен исполнения при расторжении нарушенного договора денежный суррогат неполученного исполнения должен дисконтироваться на экономию кредитора на расходах». Кроме того, анализируя Методические указания по определению величины сметной прибыли, суд пришел к выводу, что «...размер заложенной сметной прибыли, не тождественен доходу подрядчика: доход определяется исходя из выручки, уменьшенной на сумму расходов на ее получение. ... Таким образом, сметная прибыль не отражает потенциальный доход подрядчика и превышает его». И приводит примеры дел по аналогичным спорам<sup>14</sup>. Кассационный суд позицию апелляции поддержал.

<sup>9</sup> Решение Арбитражного суда Иркутской области от 25 марта 2019 года по делу № А19-13445/2018.

<sup>10</sup> Решение Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 10 мая 2017 года по делу № А56-28085/2016.

<sup>11</sup> Постановление Тринадцатого апелляционного арбитражного суда от 10 декабря 2018 года по делу № А56-28085/2016.

<sup>12</sup> Решение Арбитражного суда города Москвы от 15 марта 2019 года по делу № А40-200548/2017.

<sup>13</sup> Постановление Девятого апелляционного арбитражного суда от 25 июня 2019 года по делу № А40-200548/2017.

<sup>14</sup> См. постановления Арбитражного суда Московского округа от 10 декабря 2018 года № А41-9431/18, Арбитражного суда Московского округа от 24 декабря 2018 года № Ф05-21425/2018 по делу № А41-9448/2018,

Практически та же мотивация была у апелляционного суда в споре между ООО «Конструктивстрой» и ГБОУ «Образовательный центр «Протон», когда подрядчик по ряду причин был вынужден отказаться от исполнения договора. Суд признал обоснованность отказа подрядчика и присудил возместить ему убытки в виде прямого ущерба, а вот во взыскании упущенной выгоды (которую тот посчитал по сметной прибыли) отказал, посчитав, что это будет неосновательным обогащением для истца<sup>15</sup>. Апелляционный суд поддержал решение, отметив, что упущенная выгода рассчитывается истцом как разница между общей суммой контракта и стоимостью выполненных и принятых работ, а сметная прибыль включает также расходы подрядчика. Она является нормативной частью стоимости строительной продукции и не относится на себестоимость работ. «При этом предполагаемая сметная прибыль рассчитывается исходя из объема работ, порученных заказчиком истцу по спорному договору. Таким образом, размер заложенной сметной прибыли не тождественен доходу подрядчика: доход определяется исходя из выручки, уменьшенной на сумму расходов на ее получение. Таким образом, сметная прибыль не отражает потенциальный доход подрядчика и превышает его» – отмечается в постановлении суда<sup>16</sup>.

Тезис о превышении сметной прибыли над суммой неполученных доходов в обоих делах не случаен. В них, как и в ряде предыдущих рассмотренных дел, суд указал, что при расчете сметной прибыли учитывается ряд статей расходов, которые не должны входить в сумму убытков, поэтому первая всегда больше второй. Но если размер упущенной выгоды надо оценивать с дока-

зательством всех расчетов, то утверждать заранее, что она явно меньше сметной прибыли, преждевременно. Выручка по договору на строительство может включать различные платежи<sup>17</sup>, не учтенные первоначально в смете.

Но и суд можно понять – как считать сметную прибыль методические указания есть, а вот по упущенной выгоде нет настолько четкого и проработанного документа. И выводы порой приходится делать из общих статей ГК РФ, как в следующем примере.

В споре об отказе от договора по причине несоблюдения сроков выполнения работ ООО «Экономстрой» (заказчик) пытался взыскать с ООО «Компания Москлимат» (подрядчик) перечисленные заранее средства, проценты за их использование, неустойку и упущенную выгоду в размере около 2 миллионов рублей (80 процентов от суммы всего иска)<sup>18</sup>. Последнюю истец-заказчик рассчитал как разницу между сметной стоимостью работ по так и не выполненному договору ответчиком и их стоимостью в аналогичном договоре (где затраты больше).

Суд удовлетворил почти все требования, кроме взыскания упущенной выгоды. Он посчитал, что у истца нет доказательств возможности получения дохода в виде подобной разницы, да и рассчитать ее заранее невозможно, так как работы не окончены и возможны дополнительные затраты в связи с непредвиденными обстоятельствами. В решении суда отмечено, что «...само по себе заключение договора подряда не может в безусловном порядке гарантировать получение прибыли в указанном размере, поскольку положительный результат производственной деятельности подрядчика

Арбитражного суда Северо-Западного округа от 4 октября 2017 года по делу № А56-66359/15, Арбитражного суда Северо-Западного округа от 25 марта 2019 года № Ф07-1767/2019 по делу № А56-11663/2017, Восьмого арбитражного апелляционного суда от 7 февраля 2019 года № 08АП-16797/2018 по делу № А46-11909/2018.

<sup>15</sup> Решение Арбитражного суда города Москвы от 16 августа 2019 года по делу № А40-88781/2019.

<sup>16</sup> Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 15 ноября 2019 года по делу № А40-88781/2019.

<sup>17</sup> Семиколенова М.Н. Особенности учета доходов и расходов по договорам строительного подряда.

<sup>18</sup> Решение Арбитражного суда Иркутской области от 25 марта 2019 года по делу № А19-13445/2018.

не может быть гарантирован и зависит от множества факторов ... истцом не учтено, что возможный доход им определен только для случая полного исполнения работ по контракту. Получение сметной прибыли – вознаграждения подрядчика, поставлено в зависимость исключительно от объема выполненных работ, так как основанием оплаты работ является доказанный факт их выполнения, поэтому по смыслу статьи 15 ГК РФ сметная прибыль не может быть отнесена к упущенной выгоде подрядчика». Апелляция и кассация его поддержали.

Если разобраться более подробно, то сметную прибыль еще называют плановыми накоплениями, так как это прибыль, которую, как планируется, получит организация. Причем в случае с государственными заказами и иными формами государственного финансирования подрядчик планирует такую прибыль в соответствии со строгими правилами. Так, существуют Методические указания по определению величины сметной прибыли в строительстве, в котором содержится фактически пошаговая инструкция для подобного планирования. При этом стоит учесть, что в нем указано много нормативов, в составе которых учтены затраты не только на непосредственное исполнение подрядчиком своих обязанностей в рамках контракта (закупка строительных материалов, выплата заработных плат и прочее), но и на налоги (налог на прибыль организаций, налог на имущество и т. д.), «расширенное воспроизводство» (под этим понимается модернизация производства и реконструкция объектов основных фондов), расходы на «материальное стимулирование работников» (не связанные с оплатой основного труда) и организацию помощи, а также на оказание бесплатных услуг учебным заведениям.

В итоге получается, что при составле-

нии сметы идет ориентация не только на экономические показатели (стоимость материалов, работ и т. д.), но и на некоторые правила, прописанные в нормативах. Так, в Методических указаниях сказано, что «при определении сметной стоимости строительно-монтажных работ общепромышленной норматив сметной прибыли составляет 65 процентов к величине средств на оплату труда рабочих (строителей и механизаторов)». Это учитывается, в частности, при определении индивидуального норматива:

$$H_{и} = \Pi_{п} \times 100 / Z,$$

где  $H_{и}$  – норма индивидуальная;

$\Pi_{п}$  – прибыль в процентах;

$Z$  – затраты на оплату труда.

То есть получаемая величина сметной прибыли – это не экономически обусловленная величина, и, как и следствие, она может отличаться от фактической прибыли. Но для многих это пока единственно доступный способ расчета прибыли в строительном договоре.

Переход к более точным методам расчета упущенной выгоды подрядчика необходимо начать с общих подходов к оценке убытков. Экономисты считают, что в настоящее время отсутствует универсальная или хотя бы частично унифицированная формула расчета неполученного дохода<sup>19</sup>.

Обобщенно правило расчета упущенной выгоды описывается следующим выражением:

*Упущенная выгода = Доходы (потенциальные) – Расходы (потенциальные).*

Учитываются только доходы и расходы (потенциально возможные), относящиеся к договору, от исполнения которого отказалась одна из сторон.

<sup>19</sup> Смотри, например:

Косорукова И.В., Мирзоян Н.В. Проблемы оценки упущенной выгоды в расчете материального ущерба в современных российских условиях;

Жарский Д.П. Оценка упущенной выгоды в рамках судебной экспертизы;

Городилов М.А. Методика расчета упущенной выгоды в финансово-экономических экспертизах.

Для расчета упущенной выгоды используются два метода – оценка на основе ретроспективных данных и с помощью моделирования деятельности в перспективе. В первом случае используются информация о работе предприятия за прошлые периоды. Этот метод во многом проще, но обычно его можно использовать только для существующего какое-то время бизнеса, так как в этом случае есть данные о том, как этот бизнес функционирует (какая прибыль, как формируются доходы и расходы и т. д.).

Если же упущенную выгоду нужно определить для нового, только что созданного предприятия или направления бизнеса, то ретроспектива здесь не поможет – не будет нужной информации. В этом случае применяется метод экономического моделирования будущих расходов и доходов. Составляемая модель индивидуальна и учитывает множество факторов, но есть общие принципы ее построения.

Сложность расчета упущенной выгоды в строительстве в том, что эта отрасль отличается уникальной процедурой проведения работ и получения конечного результата. Именно здесь был заложен принцип проектной работы (в противовес повторяющимся процессам на производстве), который потом перекочевал во многие другие сферы экономики. Согласно ГК РФ договор подряда введен именно для таких «конечных заданий», его предметом является изготовление или переработка (обработка) вещи либо иная работа, имеющая осязаемый результат (п. 1 ст. 702 ГК РФ). Подрядчик обязан по заданию заказчика выполнить определенную работу и сдать то, что получилось в итоге, а заказчик должен его принять и оплатить. Комплексность и долгосрочность проектов, потребность в значительном количестве инвестиций для строительства являются источниками риска для участвующих сторон<sup>20</sup>.

Проектная работа осложняет возмож-

ность использовать ретроспективную оценку доходов и расходов для оценки упущенной выгоды. Работы, которые уже сделаны по договору, не тождественны тем, которые оставалось сделать, а сам проект не аналогичен тем, которые контрагент выполнял до этого (похожие проекты у подрядчиков в принципе не так просто найти, а у заказчиков, за редким исключением, их почти не бывает). В связи с этим профессиональные эксперты в основном используют метод экономического моделирования будущих доходов и расходов. Он не является простым, но когда речь идет о договоре строительного подряда, при его применении можно использовать не только смету и другую проектно-техническую документацию, но и данные строительно-технической экспертизы (если проводится) по проекту, особенно если такая экспертиза проводится параллельно с оценкой упущенной выгоды (комплексная экспертиза нередко проводится в спорах по строительным договорам).

При применении метода моделирования порой возникает вопрос о том, как посчитать сумму всех предполагаемых затрат, чтобы использовать в общей формуле (сумма предполагаемого дохода известна, поскольку, как правило, известна цена контракта). Это основная особенность строительных проектов – при расчете упущенной выгоды возникает необходимость смоделировать именно расходы (или посчитать их каким-то определенным способом), поскольку, как уже отмечалось, строительство – это проектное производство, как правило, уникальных объектов (если не за счет самого проекта и объекта, то за счет условий работы).

В принципе, для расчета расходов упущенной выгоды по конкретному договору могут быть использованы четыре метода (см. табл. 1). У каждого из них своя специфика, свои плюсы и минусы.

В результате рассмотрения всех четырех методов можно сделать вывод о том,

<sup>20</sup> Секина О.И. Строительный подряд: риски и страхование.

Методы расчета расходов и их использование для строительных проектов

Метод расчета	Описание метода	Особенности применения
По сметным нормативам	Сметные нормативы – это обобщенные регламентированные данные, используемые для определения минимальной нормативной потребности в ресурсах для проведения работ	Результаты расчетов расходов и прибыли могут сильно различаться
По данным завершённых проектов подрядчика	Расчет строится на основании аналогичных проектов, выполненных подрядчиком	Чаще всего портфолио подрядчика содержит разные проекты, которые несравнимы между собой и с оцениваемым контрактом Выполненные проекты могут быть другой специфики или даже вида деятельности, реализованы в уникальных условиях, включая временной фактор, а потому не актуальны для расчетов почти в каждом случае
На основании рыночной стоимости работ и материалов на момент исполнения контракта	Расчет строится на основании рыночных данных по всем материалам и работам	Учитывая, что обычно в строительных проектах указаны от несколько десятков до десятков тысяч позиций, задача мало реализуема или реальна лишь с большой степенью допущений (требуется слишком большие ресурсы, прежде всего временные)
С использованием данных о рентабельности продаж для конкретного вида деятельности	Расчет расходов проводится по формуле, обратной формуле рентабельности продаж, – через показатели выручки и с использованием рыночных данных о непосредственно самой рентабельности продаж для вида деятельности	Один из возможно подходящих вариантов для строительной отрасли (выручка известна, рентабельность реально определить с разумной степенью достоверности), но результаты получаются «слишком средними» для конкретного проекта

что в большинстве случаев наиболее подходящим для расчетов расходов будет метод с использованием данных о рентабельности. Нужно только скорректировать его недостаток – усредненные результаты. А это может быть очень значимым минусом в строительной отрасли, где расходы на строительство зависят от местоположения объекта и локальных условий его обслуживания. По этой причине для корректировки необходимо учесть местную специфику и особенности локации, а показатели рентабельности взять точно по региону (району). Наилучший способ применения этого метода в строительной отрасли с необходи-

мой корректировкой – рассмотреть компании, которые занимаются в соответствующем экономическом регионе аналогичным бизнесом (по ОКВЭДу), определить рентабельность их продаж и по ее обратной формуле рассчитать расходы.

Вообще, удобнее перейти к другой формуле упущенной выгоды (*УВ*), которая является следствием классического подхода *Доходы – Расходы*<sup>21</sup>. Если в ней (классической формуле) расходы представить как *Расходы = Выручка × (1 – Рентабельность)*, то упущенная выгода будет равна:

$$УВ = Рентабельность \times Выручка.$$

<sup>21</sup> Жарский И.П., Жарский Д.П. Взыскание упущенной выгоды: практика применения и особенности расчетов.

Хороший пример того, как используется метод расчета упущенной выгоды на основании рентабельности аналогичных компаний с использованием локального и отраслевого факторов, демонстрируют экспертные заключения, подготовленные для ряда споров между ООО «Даль-Регион» и ФКУ «Управление автомобильной дороги общего пользования федерального значения «Вилкой»<sup>22</sup>. Иски были поданы ООО на возмещение упущенной выгоды вследствие незаконного отказа управления от заключения контракта по обслуживанию шести участков дороги. В состав каждого контракта входил комплекс мероприятий по осмотру и очистке дорожного полотна, сезонные и профилактические работы (более 30 позиций), которые должен выполнить подрядчик, причем в зависимости от погодных условий и прочих факторов.

Расчет проводился по общей формуле упущенной выгоды, где доходы (стоимость контракта) составили 16,4 миллиона рублей, а расходы определялись через рентабельность продаж. По результатам анализа было установлено, что в 2014–2015 годах ООО «Даль-Регион» находилось в отличном финансовом состоянии, рентабельность его продаж составляла 15,6 процента (за 2015 год). У организации были основания ожидать прибыли и в 2016 году, но после расторжения контрактов она стала убыточной. В связи с этим для определения упущенной выгоды использовалась рентабельность не ООО, а ее среднерыночный показатель. С этой целью было найдено 32 конкурента по основному виду деятельности (эксплуатация автомобильных дорог и автомагистралей) в регионе. Из них отобрали 12, имеющих стабильные доходы в этом виде деятельности. На основании их финансовых результатов рассчитали среднюю рентабельность деятельности за 2016 год, которая составила 17 процентов. Данные были подставлены в формулу, приведенную выше, получилась сумма расходов

в 13,9 миллиона рублей, упущенная выгода – 2,8 миллиона рублей.

Поскольку для расчета мы берем выбранные по подходящему виду деятельности и месту ведения бизнеса компании, то рентабельность здесь не общероссийская, а наиболее приближенная к возможной рентабельности при работе в конкретной сфере на конкретной локации. То есть она определена с разумной степенью достоверности.

Например, в приведенном примере рентабельность продаж составила 15,6 процента, средняя рентабельность деятельности (всех операций по прибыли) за 2016 год – 17 процентов. Если сравнить эти показатели со среднероссийскими, то очевидно, насколько последние являются усредненными и какая разница будет в итоге у расчетов.

Так, согласно данным Федеральной службы государственной статистики средняя рентабельность строительных проектов в Российской Федерации невысока, за 2016–2018 годы ее показатели находились на минимально достаточном уровне для обеспечения деятельности предприятий. Рентабельность продаж составляет 2–3 процента (см. табл. 2).

Для расчета упущенной выгоды подрядчика, которая отражает результат по основному виду деятельности (в данном случае – строительства), необходимо использовать показатели рентабельности продаж. Чистая же прибыль отражает итоговый результат деятельности с учетом прочих доходов и расходов, которые могут не иметь отношения к реализации строительных проектов. Соответственно, чем точнее можно подобрать компании, которые реализуют проекты в той же локации и на похожих условиях, тем точнее будет расчет. Но далеко не всегда применим подобный подход – подходящих компаний в регионе может просто не оказаться.

В целом, есть возможность определить прибыль в строительстве иным путем, хотя

<sup>22</sup> См. дела № А58-2290/2019, А58-2288/2019, А58-2278/2019, А58-2276/2019, А58-2279/2019, А58-2277/2019 Арбитражного суда Республики Саха (Якутия).

Таблица 2

Основные показатели рентабельности и отчетов о финансовых результатах компаний строительной отрасли Российской Федерации за 2016–2018 годы <sup>23</sup>

Год	2016	2017	2018
<b>Количество компаний</b>	114 844	119 612	114 398
<b>Сумма выручки и внереализационных доходов, тыс. р.</b>	2 869	3 029,5	3 185
<b>Выручка, тыс. р.</b>	2 483	2 637	2 747,5
<b>Валовая прибыль, тыс. р.</b>	66	76	84
<b>Прибыль до налогообложения, тыс. р.</b>	17	20	25
<b>Чистая прибыль, тыс. р.</b>	9	11	13
<b>Рентабельность всех операций по чистой прибыли, %</b>	0,91	1,06	1,24
<b>Рентабельность продаж, %</b>	2,33	2,67	3,04

этот вопрос и является достаточно дискуссионным в профессиональной среде. Так, у оценщиков, например, есть понятие «прибыль предпринимателя» при оценке объектов недвижимости затратным способом, но возможность использования этого метода для расчета упущенной выгоды нужно исследовать отдельно.

Необходимо понимать, что каждый метод расчета прибыли актуален для определенной ситуации, особенно когда невозможно найти другие показатели. Однако для определения суммы упущенной выгоды все же наиболее оптимален расчет расходов по рентабельности на основании рыночных данных. В этом случае показатели отражают состояние бизнеса и реальное положение дел в избранной сфере деятельности в регионе.

В заключение стоит отметить, что основная проблема при расчете упущенной выгоды при отказе от договора строительного подряда – отсутствие единой методики и практики ее оценки. Самый первый вывод, который напрашивается, – это рациональность передачи расчетов профессиональным оценщикам и судебным экспертам. Они и сумму обоснуют, и частично могут параллельно привести доказательства наличия факта убытка и того, какие действия

были выполнены для сокращения суммы упущенной выгоды (обязательное условие для ее возмещения). Однако это не отменяет потребности в наличии определенных методических рекомендаций или разъяснениях (профильных министерств, Верховного Суда и т. д.), профильного федерального стандарта оценки упущенной выгоды.

Более конкретно можно предложить следующие действия:

- 1) разработать методические рекомендации определения упущенной выгоды при различных случаях в строительстве, с учетом накопленного опыта и судебной практики;
- 2) инициировать в профильных профессиональных сообществах разработку методик оценки упущенной выгоды с привлечением экономистов, строителей, экспертов-практиков.

При разработке методических рекомендаций следует учесть:

- потери (какие из них и в каких случаях могут быть упущенной выгодой отдельно для заказчика и подрядчика);
- налоги (какие не включаются в расчет сумм упущенной выгоды, а какие включаются, так по НДС уже сложилась единая позиция – его не учитывают, а в отношении остальных есть варианты);

<sup>23</sup> В таблице представлены собственные расчеты автора на основании общих статистических данных Росстата (Раздел «Строительство» URL: <https://rosstat.gov.ru/folder/14458>).

- доходы и расходы (какие именно статьи учитываются, какие случаи являются исключением; сейчас доказательство этого индивидуально);
- сметную прибыль (признать, что она не тождественна упущенной прибыли, этот показатель можно (а порой и нужно) использовать в расчетах, но равенства здесь нет).

По итогам анализа методик расчета упущенной выгоды стоит отметить, что в большинстве случаев ее оценка при отказе от договора строительного подряда сводится к определению суммы расходов ввиду известности суммы доходов, которая равна цене контракта. А расходы для расчета УВ в строительстве определяются четырьмя способами (в зависимости от целей и исходных данных), но наиболее оптимальным и отражающим ситуацию на рынке является использование данных о рентабельности продаж для определенного вида деятельности. Именно такой подход и целесообразно закрепить как базовый для расчета упущенной выгоды в строительстве (и в методологическом, и в нормативном ключе). К тому же текущий год для этого очень подходит – как показывает опыт, нормативная и расчетная базы по убыткам обычно пополняются после очередного «непростого экономического периода».

#### ИНФОРМАЦИОННЫЕ ИСТОЧНИКИ \*

1. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) : Федеральный закон от 30 ноября 1994 года № 51-ФЗ : в редакции от 16 декабря 2019 года. URL: <http://pravo.gov.ru/>

2. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) : Федеральный закон от 26 января 1996 года № 14-ФЗ : в редакции от 16 декабря 2019 года. URL: <http://pravo.gov.ru/>

3. *Овдиенко Е. Б.* Прекращение по инициативе одной из сторон договора подряда на капитальное строительство // Теория и практика общественного развития. 2012. № 4. 5 с.

4. *Джауба И. В.* Особенности рассмотрения споров, вытекающих из договора строительного подряда // Вестник Московского университета МВД России. 2012. № 4. 4 с.

5. *Семиколенова М. Н.* Особенности учета доходов и расходов по договорам строительного подряда // Известия АлтГУ. 2011. № 2-2. 4 с.

6. Об утверждении Методических указаний по определению величины сметной прибыли в строительстве (вместе с МДС 81-25.2001) : постановление Государственного комитета Российской Федерации по строительству и жилищно-коммунальному комплексу от 28 февраля 2001 года № 15. URL: <https://minstroyrf.gov.ru/docs/10468/>

7. *Косорукова И. В., Мирзоян Н. В.* Проблемы оценки упущенной выгоды в расчете материального ущерба в современных российских условиях // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2018. № 12 (207). 8 с.

8. *Жарский Д. П.* Оценка упущенной выгоды в рамках судебной экспертизы // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина. 2016. № 7 (23). 7 с.

9. *Городилов М. А.* Методика расчета упущенной выгоды в финансово-экономических экспертизах // Аудиторские ведомости. 2016. № 10. 4 с.

10. *Секина О. И.* Строительный подряд: риски и страхование // Юридическая наука. 2018. № 6. 5 с.

11. *Жарский И. П., Жарский Д. П.* Взыскание упущенной выгоды: практика применения и особенности расчетов. М. : Экспертная группа VETA. 2017. 99 с.

\* Также автором статьи, в том числе в соответствующих постраничных сносках, приведены решения и постановления судов высших и региональных инстанций. URL: <https://ras.arbitr.ru/>