ДОНДОКОВ АЛЕКСАНДР ИГОРЕВИЧ

юрист адвокатского бюро «Линия права»

ДОКТРИНА *LOSS OF CHANCE* В АНГЛИЙСКОМ ПРАВЕ

Статья посвящена практике применения английскими судами доктрины потери шанса. Данная доктрина признает наличие убытков и возможность их взыскания в результате правонарушения, при котором потерпевшая сторона теряет только шанс получить прибыль (избежать негативные последствия). Размер компенсации определяется исходя из стоимости утраченного результата, уменьшенной пропорционально вероятности его получения при отсутствии правонарушения. Автор дает оценку характерным чертам доктрины и оценивает возможности ее применения в российской судебной практике.

Ключевые слова: доктрина потери шанса, убытки, упущенная выгода, причинно-следственная связь, стандарт доказывания

Понятие доктрины потери шанса

Интерес к данной теме возник в связи с обсуждением перспектив либерализации в российском праве подхода к доказыванию убытков. Пожалуй, наибольшая проблема здесь заключается в том, что российские суды предъявляют к вопросам доказывания убытков крайне высокие стандарты. Очевидно, что от того, насколько взвешенной будет правоприменительная практика в этой сфере, во многом зависит эффективность института взыскания убытков как способа защиты гражданских прав.

Президиум ВАС РФ в получившем широкую известность постановлении по делу «Смартс» (№ 2929/11 от 06.09.2011) указал, что при имеющихся в деле обстоятельствах невозможность с разумной степенью достоверности установить размер убытков не может быть основанием для полного отказа в иске. Объективная сложность доказывания причинно-следственной связи также не должна снижать уровень правой защищенности участников соответствующих отношений.

Появление данной правовой позиции, в свою очередь, поставило перед практикой вопрос о границах при-

Loaded: 26-04-2024 AMt 03:47:11

менения сформулированных правил. В одном из дел, сторона которого ссылалась на данное постановление, суд должен был решить, допустимо ли взыскание убытков за утрату *потенциальной возможности* на получение выгоды. Так, в результате правонарушения потерпевшая сторона может быть лишена шанса выступить одним из претендентов на прибыль, однако взыскание убытков в такой ситуации ограничивается невозможностью доказать, что именно потерпевший в итоге стал бы ее обладателем. В российском суде получить компенсацию за утрату такой возможности практически нереально.

Во многих европейских правопорядках, где получила свое развитие доктрина потери шанса *(Loss of Chance, Perte D'une Chance, Haftung für den Verlust einer Chance)*, ситуация совершенно иная. В настоящей статье предлагается анализ практики применения этой доктрины английскими судами. На основании выработанных в английском праве подходов может быть составлено общее представление о данной доктрине, ее достоинствах и недостатках, оценена ее приемлемость (необходимость) для нашей правовой системы.

В крупнейшей энциклопедии английского права *Halsbury's Laws of England* при описании доктрины *Loss of Chance* указано: если нарушение контракта лишает потерпевшую сторону шанса получить выгоду или избежать определенного риска, могут быть взысканы соответствующие убытки. Сложность доказывания или невозможность с определенностью или точностью установить размер убытков не являются основаниями для отказа в иске[1]. Полная стоимость неполученного дохода (наступивших негативных последствий) определяется пропорционально вероятности их наступления (предотвращения)[2].

Chitty on Contracts, другое авторитетное издание, посвященное английскому договорному праву, также содержит описание доктрины. Если утрата возможности заключается в том, что при отсутствии нарушения договора со стороны ответчика третье лицо поступило бы определенным образом, выгодным для истца, то обязательность наступления такого результата не доказывается. Вместо этого истец должен подтвердить наличие *существенного (но не спекулятивного)* шанса на то, что третье лицо действовало бы именно так. Суд оценивает вероятность реализации таких событий и, исходя из соответствующей пропорции, определяет размер убытков[3].

Значение доктрины

По общему правилу одним из обязательных условий взыскания убытков является доказанность причинно-следственной связи. При этом к доказыванию применяется обычный для гражданского права стандарт *balance of probabilities.* Если из представленных доказательств явствует, что определенное событие «скорее было, чем нет», то оно признается наступившим (см., например, дело *In re H (Minors) (1996) AC 563 at 586,* § 72). Соответственно, если суд может сказать, что событие «скорее было, чем нет», то бремя доказывания признается исполненным, однако при равных вероятностях такого сказать нельзя (см., например, дело *Miller v. Minister of Pensions (1947)*). Из этого следует вывод: в соответствии со стандартом *balance of probabilities* для взыскания убытков необходимо доказать с вероятностью 51% и более, что определенное событие произошло (имеется причинно-следственная связь)[4].

С этим связана проблема, удачно обозначенная лордом Рейдом в решении палаты лордов по одному из дел, связанных с компенсацией потери шанса: «Вы можете подтвердить, что определенное событие имело место в прошлом, но не сможете доказать, что нечто обязательно произойдет в будущем, и я не думаю, что закон настолько глуп, чтобы утверждать обратное. Все, что вам остается, это лишь оценить шанс. Иногда он равняется 100%, иногда — стремится к нулю. Но очень часто он находится где-то между. Если это так, я не вижу большой разницы между вероятностью в 51% и 49%… Я [также] не вижу никакого обоснования, почему 40% ведут к полному проигрышу, а 60% дают 100%»[5].

---

[1] *Halsbury's Laws of England. Vol. 12 (1). § 962.*
[2] *Там же. § 968.*
[3] *Chitty on Contracts. Vol. 1. § 26–044, 26–070.*
[4] *Balance of probabilities противопоставляется стандарту доказывания Beyond reasonable doubt (вне обоснованных сомнений), применяемому в уголовном праве (подробнее об этом, напр.: Roderick Munday. Evidence Core Text. § 2.19).*
[5] *Davies v. Laylor (1974) AC 207, § 213.*

Loaded: 26-04-2024 AMt 03:47:11

Действительно, в отношении события, которое не произошло, невозможно достоверно установить, что оно могло бы стать реальностью. Например, заключение контракта с потерпевшей стороной на определенных условиях, выздоровление пациента при своевременной диагностике заболевания и т.п., ретроспективно мы можем только оценить вероятность наступления таких событий. Поэтому, используя категоричный подход к взысканию убытков — «всё или ничего», суд рискует принять решение, несправедливое одновременно по отношению как к истцу, так и к ответчику (особенно если баланс вероятностей находится около 50%).

> Тот факт, что некоторые правопорядки признают возможность компенсировать потерю шанса, фактически отражает неудовлетворенность в определенных случаях подходом «всё или ничего»[6].

Другой важный аргумент в пользу этой доктрины — практика взыскания убытков в деликтном праве. В учебнике Х.-Б. Шефёра и К. Отта при оценке эффективности «вероятностной причинной связи» *(probabilistic causality)*, приводится следующий пример. Проживание по соседству с химической фабрикой повышает вероятность онкологического заболевания на 20%. Однако в каждом конкретном случае трудно доказать, именно это обстоятельство послужило причиной болезни. Получается, что потерпевший не сможет взыскать убытки, если к его требованию будет предъявляться стандарт *balance of probabilities*, так как вероятность возникновения заболевания из-за проживания вблизи фабрики не превышает 50%. Следовательно, у владельцев фабрики не будет никаких стимулов снижать уровень вредных выбросов на производстве, поскольку издержки будут существенно больше убытков, которые потенциально могут быть взысканы потерпевшими. В свою очередь, отход от принципа «всё или ничего» и признание возможности взыскать убытки пропорционально вероятности заболевания (20 / 120 = 16,7%) позволят создать соответствующие стимулы для потенциального причинителя вреда[7].

[6] *Ken O. Uncertain Factual Causation in the Third Restatement: Some Comparative Notes // William Mitchell Law Review. Vol. 37. 2011. P. 1620.*

[7] *Schäfer H.-B., Ott C. The Economic Analysis of Civil Law. § 9.3.4.*

Ключевые прецеденты

Наиболее развернутое обоснование для применения доктрины *Loss of Chance* приводится в деле *Allied Maples v. Simmons & Simmons (1995)*. Ответчик по этому спору выступал юридическим консультантом истца при заключении договора купли-продажи акций компании. Истец был заинтересован приобрести право аренды четырех объектов недвижимости, однако, поскольку договоры аренды содержали запрет на уступку, после консультаций с ответчиком истец решил приобрести стопроцентный пакет акций в уставном капитале арендатора объектов. Иное имущество арендатора, в том числе права аренды ряда других объектов недвижимости, было уступлено дочерним компаниям продавца.

Проект договора купли-продажи акций изначально содержал гарантию, согласно которой у арендатора нет никаких обязательств в отношении арендуемого им имущества. В процессе переговоров данная гарантия была заменена условием, что продавец компенсирует убытки, которые возникнут в случае предъявления к компании каких-либо требований из обязательств, отраженных в ее балансе на дату закрытия сделки. Как выяснилось впоследствии, данное условие в действительности не гарантировало защиту на случай предъявления исков к компании-цели как к первоначальному арендатору по уступленным договорам аренды *(first tenant liabilities)*, так как они не отражались в бухгалтерских документах. Спустя год после закрытия сделки арендодатель подал соответствующий иск к покупателю, который в свою очередь предъявил иск об убытках к своим консультантам.

Обоснование исковых требований было таково: ответчик по небрежности не предупредил истца, что замена гарантии на условие о компенсации не защищает его от подобных исков, ответчик лишь указал, что предлагаемое условие вместо гарантии *less than perfect*. По мнению истца, если бы его вовремя предупредили о риске, он бы смог согласовать с продавцом более выгодные условия договора.

Исковые требования были удовлетворены. Судья Л.Дж. Стюарт-Смит признал в данном случае факт потери шанса. Суд отметил, что в такой ситуации истец на основании баланса возможностей должен доказать:

Loaded: 26-04-2024 AMt 03:47:11

а) наличие причинно-следственной связи между правонарушением и утратой возможности согласовать более выгодные условия сделки;

б) возможность и стремление принять меры, направленные на согласование более выгодных условий сделки;

в) наличие существенного (не спекулятивного) шанса добиться такого результата; при этом вероятность реализации этого шанса может быть менее 50%.

Если эти обстоятельства доказаны, суд оценивает размер возмещения, причитающегося за утрату такого шанса. При этом стоимость потери истца может зависеть от неопределенного события в будущем — например, возникнет ли у человека болезнь или будет ли он зарабатывать в дальнейшем столько же, сколько зарабатывает сейчас. Очевидно, что эти вопросы решаются на основе не баланса возможностей (в отличие от причинно-следственной связи между потерей шанса и правонарушением), а оценки суда, часто выражаемой как процентная вероятность.

> Хронологически первым делом, которым был открыт этот юридический ящик Пандоры[8], стал известный прецедент *Chaplin v. Hicks (1911)*.

Истица мисс Чаплин *(Chaplin)* участвовала в конкурсе красоты и вышла в финал. Однако в результате действий ответчика, который выслал ей ошибочное уведомление, она не попала на итоговую часть конкурса. Из 50 конкурсанток, принявших участие в финале, 12 стали победительницами (получили призы). Суд отметил, что утрата истцом определенной ценности очевидна и невозможность с точностью определить ее стоимость не означает, что во взыскании должно быть отказано. Суд оценил в 24% вероятность того, что мисс Чаплин стала бы победительницей, разделив их число на количество финалисток (12 : 50). Пропорционально этой вероятности суд уменьшил сумму конечного вознаграждения и взыскал в пользу истицы 100 ф. ст.

При этом суд признал, что взыскание убытков при таких обстоятельствах соответствует тесту на **предвидимость убытков**. В соответствии с соглашением сторон истец имел право участвовать в конкурсе и реализовать свой шанс на победу. По небрежности ответчика мисс Чаплин была лишена такой возможности, соответственно, возникший в результате этого ущерб нельзя назвать чрезмерно отдаленным для сторон. Подобный результат нарушения договора был для них «в пределах видимости».

Иные споры, в которых применена доктрина

Шанс на победу в судебном споре. В деле *Kitchen v. RAF Association (1958)* ответчик-юрист пропустил установленный срок на предъявление требования. Его доверитель подал иск об убытках на основании того, что в результате небрежности ответчика шанс на победу в споре был утрачен. Суд установил, что в случае победы в споре истцу было бы присуждено 3000 ф. ст., оценил шанс наступления такого варианта событий в ⅔ и взыскал с ответчика 2000 ф. ст.

В деле *Haithwaite v. Thomson Snell & Passmore (2009)* также был рассмотрен иск к юристам, по вине которых истец утратил возможность победить в споре, возникшем в связи с ненадлежащим оказанием медицинской помощи. Оценивая шансы истца доказать небрежность врачей и наличие причинной связи, суд привлек к делу соответствующих специалистов. С учетом их мнения суд в § 97 решения постановил: вероятность, что истец доказал бы факт небрежности врачей, составляет 40%, а вероятность доказывания причинной связи — 75%. Соответственно, шанс на победу в деле был оценен в 30% (75 x 40%).

Примерами других споров, возникших из-за небрежных действий юриста, в которых оценивается вероятность успеха потерпевшей стороны в суде, могут служить дела *Motor Crown Petroleum Ltd. v. SJ Berwin & Co and another (2000)* и *Sharpe v. Addison (2004)*.

Шанс на заключение выгодной сделки. В деле *Dennard v. PricewaterhouseCoopers (2010)* в результате ошибки ответчика принадлежащие истцу акции были недооценены. Истец продал их третьему лицу по стоимости, определенной на основании оценки, которую провел ответчик (5,5 млн ф. ст.). С учетом представ-

[8] *McGregor on Damages by Harvey McGregor. Vol. 1. § 8–032, 8–033.*

Loaded: 26-04-2024 AMt 03:47:11

ленных доказательств, в том числе заключений специалистов, суд пришел к выводу, что любой разумный и компетентный специалист оценил бы стоимость акций на уровне 8,8 млн ф. ст. При этом, по мнению суда, покупатель не согласился бы на покупку акций по цене выше 6,5 млн ф. ст.

> С учетом документов, свидетельствовавших о заинтересованности покупателя в совершении сделки, суд оценил вероятность ее заключения по цене в 6,5 млн ф. ст. на уровне 75%. Поскольку фактически было продано 57% акций, суд принял решение, что размер компенсации за потерю шанса составляет 570 тыс. ф. ст. x 75% = 427,5 тыс. ф. ст.

В другом споре с участием юристов — *Hartle v. Laceys (A Firm) (1997)* — требования были предъявлены в связи с тем, что ответчик, сопровождая сделку по приобретению активов, не уведомил истца, что имущество до регистрации установленного в его отношении ковенанта может быть продано, и в этом случае последний в соответствии с законодательством *(Land Charges Act 1972)* утратит силу. Не зная об этом, истец потерял шанс продать объект недвижимости до момента регистрации обременения (по непонятным причинам держатель ковенанта изначально не спешил этого делать). Суд признал такой шанс существенным. На основании предложений, сделанных истцу потенциальными покупателями до регистрации обременения (400 тыс., 350 тыс., 380 тыс. ф. ст.), а также с учетом заключения эксперта о стоимости недвижимости (360 тыс. ф. ст.), суд установил, что истец имел возможность продать объект за 375 тыс. ф. ст. Принимая во внимание существующие неопределенности, суд оценил шанс заключения сделки по этой цене до момента регистрации ковенанта в 60%. Поскольку после его регистрации истец продал объект за 150 тыс. ф. ст., убыток истца был оценен в 225 тыс. ф. ст. x 60%.

Утрата шанса в результате бухгалтерской ошибки. Примечателен спор *First Interstate Bank of California v. Cohen Arnold & Co (1996)*, в котором к ответственности была привлечена бухгалтерская фирма, представившая банку недостоверные сведения о заемщике. На основе этих документов банк предоставил заем и не принял своевременных мер по реализации заложенного имущества. В результате было потеряно время и заложенное имущество продано по гораздо меньшей цене. Суд оценил шансы истца своевременно реализовать залог по цене в 3 млн вместо 1,45 млн ф. ст. на уровне 66%.

В деле *University of Keele v. PricewaterhouseCoopers (a firm) (2004)* аудиторская фирма была привлечена к ответственности за ошибку, допущенную при консультировании клиента относительно возможности применять эффективную с точки зрения налогообложения схему выплаты заработной платы работникам. Когда истец использовал в своей деятельности данную рекомендацию, выяснилось, что он не соответствует обязательным критериям, при которых возможно применение рекомендованной схемы, а именно критерию количества сотрудников. В результате истец был вынужден доплатить налог, кроме того, на него был наложен штраф. Суд признал, что у истца была возможность (с 80%-ной вероятностью) увеличить штат до требуемого уровня и применить выгодную систему оплаты труда. С ответчика была взыскана сумма переплаты налога и штрафа, дисконтированная на 80%.

Шанс на успешное трудоустройство. В деле *Doyle v. Wallace (1998)* истец заявил, что в результате причиненной травмы вместо профессии, к которой он готовился *(drama teacher)*, был вынужден заниматься менее доходной работой. Суд применил доктрину потери шанса, оценив вероятность соответствующего трудоустройства и разницу в заработной плате двух профессий. В деле *Van der Garde v. Force India Formula One Team Ltd. (2010)* ответчик взял на себя обязательство обеспечить 6000 км тестовых заездов на болиде для истца, который намеревался стать гонщиком «Формулы-1». Вместо этого тот смог проехать только 2000 км. Иск был предъявлен на том основании, что в результате нарушения ответчиком своих обязательств истец был лишен шанса стать в 2008 г. гонщиком «Формулы-1» и получить соответствующий доход: заработную плату, призы, спонсорское вознаграждение, доходы от рекламы. Эксперты пришли к выводу, что шансы истца достичь такого результата удвоились бы в случае, если бы он провел тестовые заезды в соответствии с соглашением. Однако эксперты отметили, что даже если истец занял бы место в команде «Формулы-1», он стал бы только тест-пилотом, доходы которого гораздо ниже заявленных. Суд, оценив шансы истца в 20%, взыскал с ответчика 100 тыс. долл. вместо требуемых 500 тыс. долл.

Loaded: 26-04-2024 AMt 03:47:11

На основании рассмотренных прецедентов можно отметить следующие характерные черты доктрины *Loss of Chance*.

1. Эта доктрина представляет собой отступление от стандартного подхода к возмещению убытков «всё или ничего».

> В ряде ситуаций, возникающих в договорном и деликтном праве, объективно невозможно доказать, что убыток возник именно из-за совершения ответчиком определенных действий. Доктрина потери шанса в таких ситуациях выступает альтернативой полному отказу в иске либо полному его удовлетворению.

При этом суд, снижая размер заявленных убытков, исходит не из того, какая сумма в действительности доказана, а из того, какова вероятность возникновения убытков.

2. Применение доктрины дает судам широкий простор для усмотрения при определении размера убытков. Устанавливая вероятность наступления тех или иных событий, суд может полагаться на более-менее объективные критерии (количество претендентов, заключение эксперта (оценщика), условия заключения аналогичных сделок и т.д.). Однако зачастую из мотивировочных частей решений следует, что выводы основываются по большому счету на интуиции судей.

3. Признание данной доктрины, безусловно, требует применения своего рода ограничительных фильтров. Английские суды в этой связи указывают, что утраченный шанс должен носить существенный, но не спекулятивный характер. Взыскание убытков за потерю шанса также должно соответствовать общему тесту на предвидимость негативных последствий. Кроме того, истец должен доказать на основе баланса возможностей наличие причинно-следственной связи между правонарушением и самой потерей возможности.

Конечно, на данный момент преждевременно говорить о применении доктрины *Loss of Chance* в условиях российской действительности. Сейчас только наметились позитивные сдвиги в решении более очевидных проблем, связанных с возмещением убытков. Однако эти изменения (прежде всего попытки снизить стандарт доказывания размера убытков и причинно-следственной связи) неизбежно приведут к тому, что данный вопрос будет возникать снова и снова. В свете взыскания упущенной выгоды, пусть и в единичных случаях, эта проблема уже поднималась в судебной практике. На наш взгляд, данная доктрина вполне заслуживает внимания, тем более что она используется во многих европейских юрисдикциях. Изложенный в настоящей статье материал может послужить основой для дальнейших компаративных исследований и, возможно, оценки перспектив применения доктрины потери шанса в российском правопорядке.

Loaded: 26-04-2024 AMt 03:47:11