Монография

А.В. Томсинов

ПОНЯТИЕ ДОГОВОРНЫХ УБЫТКОВ В ПРАВЕ АНГЛИИ, США И РОССИИ

3

Московский государственный университет
имени М. В. Ломоносова
Юридический факультет

А. В. Томсинов

ПОНЯТИЕ ДОГОВОРНЫХ УБЫТКОВ В ПРАВЕ АНГЛИИ, США И РОССИИ

Москва
Зерцало-М
2010

ББК 67.404.2
Т56

Томсинов, А.В. Понятие договорных убытков в праве Англии, США и России: Монография. М.: Зерцало-М, 2010. — 184 с.

Т56

ISBN 978-5-94373-174-7

Институт убытков в российском праве нельзя отнести к малоизученной теме. В последние годы в нашей стране вышло достаточно много работ, касающихся сущности убытков и практических проблем их взыскания. В настоящей книге предлагается взгляд на убытки с новой точки зрения, а именно: с позиции сравнительного метода. В ней предпринята попытка сравнить понятие убытков в российском праве с понятием убытков в праве Англии и США.

Опыт разработки института убытков в Англии и США очень ценен для России, поскольку помогает понять недостатки, пробелы и противоречия российского варианта аналогичного правового института. Кроме того, знание норм об убытках, применяющихся в этих странах, необходимо для более эффективного ведения внешнеторговой деятельности.

Сравнительно-правовое исследование понятия убытков, проведенное в книге, базируется на обширных материалах английской, американской и российской судебной практики и действующего законодательства. В нем также учитываются результаты разработки этой проблемы в трудах современных правоведов.

Книга предназначается для студентов, изучающих гражданское и торговое право, а также для практикующих юристов, сталкивающихся с проблемами взыскания убытков и желающих углубить свои знания в области этого правового института.

ISBN 978-5-94373-174-7

© Томсинов А.В., 2010
© Издательство «Зерцало», 2010

Введение

Институт убытков в российском праве нельзя отнести к малоизученной теме. В последние годы в России вышло достаточно много работ, касающихся в той или иной мере сущности убытков и практических проблем их взыскания. В настоящей книге предлагается взгляд на убытки с новой точки зрения, а именно: с позиции сравнительного метода. В ней предпринята попытка сравнить понятие убытков в российском праве с понятием убытков в праве Англии[1] и США.

Право, действующее в названных странах, является уникальным в мировой юриспруденции явлением в силу непрерывности своей эволюции. Изменения существующих правовых норм и возникновение новых происходили в Англии и США постепенно и постоянно, без резких масштабных реформ. Возникавшие проблемы разрешались сразу, а не ждали принятия нового нормативного акта. Даже статуты чаще всего являлись лишь фиксацией уже сложившегося в судебной практике регулирования. Таким образом, это была эволюция без революций, имевших место в праве других государств. Английское и американское право представляет собой совокупность принципов и норм, формировавшихся в ходе постепенной исторической эволюции. Они отражают мысли целых поколений юристов, а не группы авторов какого-либо кодекса или законодательного акта. В результате, изучая понятие убытков в праве Англии и США, мы изучаем понятие, сформировавшееся естественным путём в ходе по-

---

[1] Здесь и далее под правом Англии понимается именно «право Англии и Уэльса» (Law of England and Wales), а не право Великобритании (Объединённого Королевства) в целом.

исков наиболее эффективного и справедливого решения конкретных практических проблем.

Опыт разработки института убытков в Англии и США очень ценен для России, поскольку помогает понять недостатки, пробелы и противоречия российского варианта аналогичного правового института. ***Во-первых***, сравнение отечественного и иностранного права всегда даёт возможность свежего взгляда со стороны, через призму другой юридической традиции. ***Во-вторых***, в современном мире постоянно усиливается процесс унификации гражданского права, и потому изучение понятия убытков в других государствах, особенно в Англии и США, полезно не только для ведения внешнеторговой деятельности, но и для представления того, в каком направлении будет изменяться институт убытков в праве Российской Федерации.

Цель настоящей работы заключается в том, чтобы сравнить понятие убытков в Англии, США и России в том виде, как оно отражается в правовых нормах. Основным источником правовых норм об убытках в английском и американском праве являются многочисленные судебные прецеденты, а также некоторые статьи законов. В российском праве регулирование убытков сосредоточено в основном в Гражданском кодексе РФ. Практика судов Российской Федерации учитывается с оговорками: она не создаёт новых норм, а лишь толкует существующие, а кроме того, по ряду вопросов она не отличается единообразием.

В книге последовательно рассматриваются и сравниваются между собой различные элементы понятия убытков в праве Англии, США и России. При этом сначала излагаются общие, основополагающие вопросы, затем — более конкретные, частные проблемы. Такой методологический подход, с одной стороны, позволяет лучше понять особенности института убытков в указанных иностранных правовых системах. С другой стороны, он дает возможность сосредоточиться на анализе предлагаемых в праве Англии и США решений проблем, возникающих при взыскании убытков и в России.

ГЛАВА 1

Общее понятие убытков в праве Англии, США и России

§ 1. Особенности регулирования убытков в праве Англии, США и России

Институт убытков не существует сам по себе, а является важной частью правовой системы любой страны. Соответственно, основные черты этой правовой системы неизбежно влияют на понимание убытков в теории и на практике. Таким образом, чтобы выделить в праве Англии и США[1] те черты убытков, которые присутствуют и в праве РФ, необходимо учесть особенности правового регулирования убытков в этих государствах.

Интересно отметить, что самый старый из ныне действующих законов в Англии — это закон, касающийся взыскания убытков. Речь идёт о Statute of Marlborough 1267 года (также называемом Distress

---

[1] Многие российские правоведы в работах, касающихся убытков в праве Англии и США, пишут об «англо-американском праве», словно о чём-то таком же однородном и цельном, как французское или русское право (например, *Халфина Р.О.* Договор в английском гражданском праве. М., 1959. С. 257–261; *Комаров А.С.* Ответственность в коммерческом обороте. М., 1991. С. 35). На мой взгляд, данное словосочетание является слишком искусственной конструкцией, искажающей реальность. Право США существенно отличается от права Англии, поэтому использование термина «англо-американское право» всегда означает, что в работе вместо изложения конкретных положений права Англии и права США со ссылками на конкретные нормы прецедентов и мнения теоретиков, конструируются обобщения, далёкие от реальности.

Act 1267), в котором ещё действуют некоторые статьи, и в первую очередь статья, согласно которой подданные короля Англии обязаны искать компенсации за нарушение их прав путём взыскания убытков в королевских судах, а не захватывать имущество обидчика силой[1].

Особенности английской доктрины убытков определяются в первую очередь отличительными чертами английской правовой культуры в целом. В наиболее концентрированном виде эти черты воплотились в common law[2].

Значение common law в Англии настолько велико, что даже британская конституция представляет собой, по словам Э. Баренда, «конституцию, укорененную в общинном праве (the constitution is a Common Law constitution), в том смысле, что её фундаментальные принципы, такие как принципы парламентского верховенства и господства права, выражены в судебных решениях (judicial decisions). Подобно решениям (rulings) судов относительно контрактов и причинения вреда, эти решения не изложены в кодексе»[3].

Прецедентный характер common law составляет, пожалуй, самое яркое его отличие от правовых систем стран континентальной Европы, в том числе России. Данная особенность common law определяет и характер сформировавшейся в его рамках доктрины убытков. В Англии и Уэльсе основные положения, касающиеся договоров, деликтов и многих других отраслей права, выражаются не столько в за-

---

1 The Statute of Marlborough 1267. Цит. по: http://www.statutelaw.gov.uk.

2 В нашей юридической литературе это словосочетание обычно переводится как «общее право». При этом не учитываются два обстоятельства: во-первых, то, что common law не было правом, общим для всей страны, во-вторых, то, что в Великобритании помимо common law действовало jus commune, представлявшее собой сплав средневекового римского и канонического права. Оно применялось в практике церковных судов и судов справедливости (courts of equity). До второй половины XVIII в. именно jus commune преподавали в английских университетах. В буквальном переводе на русский язык термин «jus commune» означает «общее право», а словосочетание «common law» — «общинное право», поскольку common — это самоуправленческая корпорация, община. Не случайно палата парламента, формировавшаяся из представителей этих корпораций, получила в Средние века наименование Палаты Общин (House of Commons). Тем не менее, это буквальный перевод, который в наше время уже не несёт смысловой нагрузки, а потому представляется предпочтительным оставление термина common law без перевода.

3 *Barendt E.* Constitutional Fundamentals // English Public Law. Ed. *Feldman D.* Oxford, 2004. P. 7.

конодательстве, сколько в судебной практике[1]. Даже в тех случаях, когда есть специальный статут (например, в отношении продажи и поставки товаров действует Sale and Supply of Goods Act, 1994), он включает лишь краткое изложение основных принципов, а частные вопросы и толкование составляющих содержание указанной доктрины категорий раскрываются обычно именно в прецедентах. Дело в том, что большинство статутов являются кодификацией норм, сформулированных в предшествующих судебных процессах.

Как заметил У. Гелдарт, если бы все статуты исчезли, в Англии всё равно осталась бы цельная система права, пусть и не лишённая недостатков, но без common law остались бы лишь разрозненные правила, вырванные из контекста, а большинство важнейших сторон жизни оказалось бы вовсе не урегулированным[2].

В результате, даже при наличии статута, чтобы определить, какие нормы применять к конкретным обстоятельствам, всё равно надо искать прецедентные решения по существу дела. В странах с common law сами законодатели действуют, презюмируя, что статуты будут интерпретироваться с учётом существующих прецедентов, а потому сознательно обходят вниманием ряд вопросов.

США, как и Англию, тоже часто называют страной common law, но надо помнить, что под этим термином американские юристы понимают нечто иное[3]. С точки зрения британских юристов, common law — это произведение английского общества (commons — общины), возникшее в незапамятные времена и имеющее длительную историю. Это право, вобравшее в себя не только нормы обычаев, королевских указов и судебных прецедентов, но и постулаты исконно английского политического и правового сознания. Это неотъемлемая часть национальной культуры Англии. В США же common law

---

[1] Чтобы ещё больше подчеркнуть значение common law, можно заметить, что оно остается значимым не только для гражданских правоотношений: например, в Англии до сих пор нет статута (акта Парламента), который бы запрещал убийство — убийство является преступлением в силу конституционного авторитета судей и их решений. См.: *Blackstone W.* Commentaries on the Laws of England. Vol. IV. Oxford, 1769. P. 194.

[2] *Geldart W.* Introduction to English Law. Oxford, 1995. P. 2.

[3] Подробнее см.: *Woodard C.* Is the United States a Common Law Country? // Essays on English Law and the American Experience. College Station, TX, Texas, 1994. Pp. 120–135.

воспринимается исключительно как правовое явление — как право, проистекающее из судебных решений[1]. Однако метод решения правовых проблем в этих странах отличается мало. В ходе нижеследующего сравнения убытков в праве Англии и США станет очевидно, что все различия появились в результате приложения одного и того же научного подхода к разным обстоятельствам.

Общие положения договорного права США до сих пор остаются некодифицированными почти во всех штатах и на федеральном уровне. В первую очередь, контракты регулируются прецедентным правом, воплощённым в судебных решениях[2]. Нормативные акты различных уровней совсем редко устанавливают какие-то принципы, распространяющиеся вообще на все договоры — почти всегда они регулируют только частные вопросы и отдельные виды договоров. Формально в США соблюдается приоритет законодательства над прецедентным правом[3], но прецеденты, существовавшие до вступления в силу конкретного нормативного акта, всё же способны во многом определять решение суда[4]. Таким образом, регулирование убытков в США является прецедентным почти в той же степени, что и в Англии.

В силу особенностей подобного регулирования, чтобы сформулировать понятие убытков в английском и американском договорном праве, необходимо обратиться ко всему массиву прецедентов, потому что каждый из них является авторитетным только по отдельным вопросам доктрины убытков. При этом важно учитывать иерархию прецедентов и то, в какой части прецеденты являются источником правовых норм. Уяснить юридическую силу мнений судей,

---

[1] Исходя из этого, я считаю, что, в отличие от английского термина common law, американское понятие common law вполне поддаётся переводу на русский язык как «прецедентное право», тем более, что в работах американских правоведов оно по смыслу сводится исключительно к судебным решениям и противопоставляется законам (например, см.: Calamari and Perillo on Contracts. Fifth Edition. St. Paul, Minn., 2007. P. 15).

[2] Calamari and Perillo on Contracts. P. 15.

[3] См.: *Farber D. A.* Statutory interpretation and legislative supremacy // Georgetown Law Journal. 1989. Vol. 78. Pp. 281–318.

[4] См.: *Maltz E.* The Nature of Precedent // North Carolina Law Review. 1988. January. Vol. 66. Pp. 367–392; *Traynor R. J.* Statutes Revolving in Common-Law Orbits // Catholic University Law Review. 1968. Vol. 17. Pp. 401–425.

сформулированных в разных делах, важно потому, что формирование доктрины убытков в праве Англии и США происходит исключительно по пути детализации и уточнения в судебных решениях изначальных принципов, на котором основывались английские и американские юристы в прежние века.

Главным в практике применения прецедентов в англосаксонской системе права считается правило stare decisis[1]. Название его произошло от выражения «stare decisis et non quieta movere», которое можно перевести как «придерживайтесь принятых решений и не трогайте то, что уже урегулировано». Это означает, что в английском праве суды применяют принципы решения прежних дел к делам текущим.

Правилу stare decisis соответствует доктрина обязывающего прецедента (binding precedent)[2]. Она гласит, что прецедентное значение имеют решения по вопросам права, а не факта, т.е. прецедент может создать решение лишь теоретической проблемы[3].

Чтобы стать обязывающим прецедентом, решение суда обязано удовлетворять двум условиям.

Во-первых, это должно быть обобщенное правило, которое можно сформулировать в качестве нормы (ratio decidendi), а не «ремарка», случайное замечание суда по вопросу, не связанному напрямую с сущностью дела (obiter dictum)[4]. Значение этого правила было удачно объяснено одним из американских судов: «Обдумайте слово "decisis". И буквально, и в праве оно означает "решение". Доктрина называется не stare dictis — "придерживайтесь того, что сказано". Доктрина называется не stare rationibus decidendi — "придерживайтесь rationes decidendi предыдущих дел". Нет, в доктрине stare decisis судебное дело важно тем, что в нём решено — "что", а не "почему" и не "как". В отношении прецедента правило stare decisis означает только само решение, конкретные правовые последствия конкретного набора фактов»[5].

---

1 См.: *Brown L.N., Kennedy T.* The Court of Justice of the European Communities. London, 1994. P. 343.

2 См.: *McLeod I.* Legal Method. London, 1996. P. 126.

3 См.: *Atiyah P.S.* Law & Modern Society. Oxford, 1995. P. 198.

4 См.: *Cownie F., Bradney A.* English Legal System in Context. London, 1996. P. 92.

5 United States Internal Revenue Serv. v. Osborne (In re Osborne). 76 F.3d 306, 96-1 U.S. Tax Cas. (CCH) § 50, 185 (9th Cir. 1996) (цит. по: http://www.worldlii.org).

Во-вторых, важно соотношение статусов суда, который его создал, и суда, который рассматривает конкретное дело[1]. Так, в Англии решения Палаты Лордов связывают все нижестоящие суды, а также обычно и саму Палату Лордов: она имеет право оспаривать прежние свои решения, но старается не делать этого слишком часто[2]. Решениями Апелляционного Суда связаны он сам (за некоторыми исключениями) и нижестоящие по отношению к нему суды[3]. Решения апелляционного отделения королевской скамьи Высокого Суда (Queen's Bench Divisional Court) связывают все нижестоящие суды. Решения остальных судов не связывают никого, недаром их так редко публикуют.

Идея обязывающего прецедента состоит в том, что каждый судья пытается применить к новой комбинации обстоятельств те правовые нормы, которые могут быть выведены путём умозаключений из общих принципов права и судебных прецедентов. Хотя эти правовые нормы создаются судом, они могут иметь такую же силу, как и нормы, созданные законодательным органом[4]. На практике применение правовых норм английскими судами выглядит абсолютно одинаково и тогда, когда норма содержится в обязывающем прецеденте, и тогда, когда она включена в статут.

В рамках common law для определения круга правовых норм, применимых к спору, требуется несколько стадий анализа. Сначала необходимо установить факты по делу. Затем необходимо найти относящиеся к такой правовой проблеме статуты и прецеденты. Наконец, необходимо извлечь принципы, аналогии и утверждения, сделанные различными судьями в отношении того, что они считали важным изложить для последующих судов. Исходя из того, что более поздние решения и решения более высоких по иерархии судов или законодателей имеют больший вес, необходимо интегрировать всё это воедино, сформулировать набор правовых норм и, наконец, применить эти нормы к конкретным фактам.

---

1 См. *Geldart W.* Introduction to English Law. P. 6–8.

2 См.: *Atiyah P.S.* Law & Modern Society. P. 199.

3 См. *Cross R., Harris J.W.* Precedent in English Law. Oxford, 1991. P. 5; *Atiyah P.S.* Law & Modern Society. P. 199.

4 См. *Benditt T.M.* Law as rule and principle. problems of legal philosophy. Hassocks, 1978. P. 106.

Суд связан прецедентом только тогда, когда можно говорить о полном соответствии (directly in point), что означает: 1) правовой вопрос, решённый в том деле, аналогичен вопросу, который надо решить в текущем процессе; 2) решение этого вопроса было необходимо для разрешения прецедентного дела; 3) существенные факты прецедентного дела имеются и в текущем деле; 4) остальные факты в текущем деле могут считаться незначительными[1].

Если оказывается, что никаких правовых норм ниоткуда извлечь нельзя (при обилии обязывающих прецедентов это случается крайне редко), судья вправе принять решение «по первому впечатлению». При этом он может опираться на так называемые убедительные прецеденты (persuasive precedent). Убедительными прецедентами считаются решения нижестоящих судов, решения параллельных судов (военных, административных и т.п.), решения судов других стран (например, решения американских судов для английских судей и решения английских судов для американских судей), положения международного права и т.д. Фактически убедительный прецедент — это правовая норма, которую суд не обязан применять в точности, но логика которой влияет на его решение, а также правовая норма, которая так удачно решает правовую проблему, что лучше и придумать нельзя.

Важно отметить, что в США для помощи судьям и адвокатам Американский Институт Права в 1932 году издал нечто подобное кодексу — Restatement of Contracts (Свод договорного права). Этот документ был создан наиболее авторитетными юристами (главным образом, Сэмюелем Уиллистоном) на основе анализа противоречивого лабиринта судебных решений, чтобы отделить наиболее убедительные и логичные решения от менее правильных и изложить лучшие решения систематизированно. В том числе там содержались и правила, относящиеся к решению дел об убытках.

В качестве изданного частной организацией. Свод договорного права, конечно же, не имел юридической силы. Не был он и «источником» договорного права, поскольку являлся систематизацией истинных источников — прецедентов. Тем не менее, он обладал очень большим авторитетом и оказывал заметное влияние на фор-

---

[1] *Rombauer M. D.* Legal Problem Solving: Analysis, Research and Writing. St. Paul, 1978. Pp. 22–23.

мирование судейских мнений по многим вопросам, в том числе и по убыткам.

Тридцать лет спустя стало очевидно, что развитие права сделало необходимым переиздание этого сборника. Второй Свод договорного права был опубликован в 1981 году. Он отражал, главным образом, мнения профессора Артура Корбина[1], а не Уиллистона, как первый. Это потому имеет большое значение для толкования положений второго Свода, что в лице Уиллистона на Свод договорного права оказывала влияние школа позитивистов, а благодаря Корбину Второй Свод создавался в духе школы реалистов.

Как известно, позитивисты склонны полагать, что система права может быть разложена на составляющие её правила, принципы и концепции, а любая реальная ситуация может быть решена посредством тщательного распределения фактов по подходящим правовым нормам. Другими словами, с точки зрения позитивизма, если все относящиеся к делу факту точно установлены, то правильное решение может принять даже компьютер[2].

Американская школа реализма сводится к тому, что настоящее право — это решение суда относительно конкретного набора фактов, касающееся конкретных лиц[3]. Реалисты скептически смотрят на абстрактные формулировки и обобщения. Они считают, что право подвержено постоянным изменениям, а потому не может быть сведено только к статьям законов. Сами по себе положения писаного права для реалистов ничто без учёта судом при принятии решения моральных и этических норм, экономической и социальной ситуации.

Реалистичный подход к праву стал доминировать в Америке во второй половине XX века, что повлекло понятные последствия. Дело не только в том, что аргументация своей позиции одними сухими нормами законов и прецедентов без соотнесения их с социальными,

---

[1] *Braucher R.* Freedom of Contract and the Second Restatement // The Yale Law Journal. 1969. Vol. 78. № 4. Pp. 598–616. *Farnsworth E. A.* Ingredients in the Redaction of the "Restatement (Second) of Contracts" // Columbia Law Review. 1981. Vol. 81. № 1. Pp. 1–12.

[2] Основным трудом, выражающим положения позитивистской школы, является широкоизвестная «Общая теория права и государства» Ганса Кельзена. В качестве критики этого «механического» подхода к праву см.: *Pound R.* Mechanical Jurisprudence // Columbia Law Review. 1908. December. Vol. 8. № 8. Pp. 605–623.

[3] *Frank J.* Law and the Modern Mind. New York, 1930. P. 46.

экономическими и этическими обстоятельствами стала считаться уделом самых непрофессиональных адвокатов. Главное, что реалистичный подход предпочитает прецедентное право и противится его формализации. Реалистичный подход также означает совсем другое отношение к прецедентам.

Так, вышеописанный классический подход состоял в дистилляции правовой нормы из ratio decidendi судебного решения. Внутри ratio decidendi можно выделить собственно сам результат решения (outcome) и его развёрнутую мотивировку (express reasoning), содержащую мнение судьи о вопросах права, которое нередко напоминает большую научную статью. Позитивисты признавали обязывающим прецедентом даже такое решение, которое противоречило развёрнутой мотивировке, то есть прецедент для них устанавливал правило, которое лучше всего объясняло результат рассмотрения дела, даже если судья мотивировал своё решение иным образом. Реалисты же считали, что действительно авторитетен только такой прецедент, где и результат, и его развёрнутая мотивировка судьёй находятся в смысловом единстве. Дело в том, что позитивисты искали в прецедентах то, что делает будущее решение основанным на праве, а реалисты искали в прецедентах то, что делает право справедливым и обоснованным[1].

Применение методологии реалистов к анализу института убытков привело к тому, что многие правила и принципы, которые десятилетиями оставались незыблемыми, были подвергнуты сомнению, а старые авторитетные прецеденты замены новыми — это была часть общей тенденции в праве США второй половины XX века. Судьи стали всё чаще объявлять старые прецеденты не соответствующими обстоятельствам современности, придумывать причины по которым они не подходят к конкретному делу, или вообще «не замечать» их[2]. Другой стороной этой тенденции было исчезновение единодушия в коллегиальных составах высших судов, то есть решения стали на-

---

[1] См. *Kraus J.S.* From Langdell to Law and Economics: Two Conceptions of Stare Decisis in Contract Law and Theory // Virginia Law Review. 2008. March. Vol. 94. Pp. 157–195.

[2] *Friedman L.M.* A History of American Law. Third Edition. New York, London, Toronto, Sydney, 2005. P. 551.

много чаще приниматься не единогласно, а большинством и включать особые мнения остальных судей[1].

Возвращаясь ко Второму Своду договорного права, можно отметить, что, хотя его правила относительно убытков необязательны, они все равно применяются и будут применяться на практике. Значение Второго Свода состоит именно в том, что он отражает как раз те правила, по которым будут решаться дела и, в частности, определяться убытки, причём отражает с большей степенью точности, чем даже многие кодексы «классического» вида[2].

Пусть в этом документе далеко не всё является бесспорным[3], его достоинства намного превышают его недостатки. Даже те нормы Второго Свода, которые были новыми для существовавшего корпуса прецедентного права, оказались жизнеспособными за счёт вложенной в них глубины правовой мысли его создателей. На эти новеллы тоже нередко ссылаются судьи в своих решениях, причём прогнозируется, что в будущем новые нормы станут неотъемлемой частью прецедентного договорного права, не требующей отсылки ко Второму Своду[4]. Необязательность Второго Свода считается его достоинством, а не недостатком: цель обоих Сводов договорного права состояла в унификации прецедентного права между всеми пятью десятками штатов, но обязательность применения его правил означала бы в глазах американских юристов, что судьи принимают наиболее

---

1 *Friedmann L.M.* A History of American Law. Third Edition. New York, London, Toronto, Sydney, 2005. P. 551–552.

2 По вопросу значения Второго Свода договорного права см.: *Braucher R.* Interpretation and Legal Effect in the Second "Restatement of Contracts" // Columbia Law Review. 1981. December. Vol. 81. № 1. Pp. 13–18; *Perillo J.M.* Restitution in the Second "Restatement of Contracts" // Columbia Law Review. 1981. December. Vol. 81. № 1. Pp. 37–51; Contracts: Expanded Application of Promissory Estoppel in Restatement of Contracts Section 90: Hoffman v. Red Owl Stores, Inc. // Michigan Law Review. 1966. December. Vol. 65. № 2. Pp. 351–358.

3 В частности, концептуальный подход Второго Свода к регулированию убытков посредством разделения их на виды в зависимости от видов нарушенных интересов критикует Дэвид Барнс: *Barnes D.W., Zalesne D.* A Unifying Theory of Contract Damage Rules // Syracuse Law Review. 2005. Vol. 55. P. 503.

4 См. анализ этого процесса: *Maggs G.E.* Ipse Dixit: The Restatement (Second) of Contracts and the Modern Development of Contract Law // George Washington Law Review. 1998. Vol. 66. Pp. 505–555.

единообразные решения, а не наилучшие из возможных для конкретных ситуаций[1].

Для анализа института убытков в США кроме прецедентного права важно учитывать и положения Единообразного Торгового кодекса (The Uniform Commercial Code), хотя он не имеет юридической силы, в отличие от его редакций, ратифицированных штатами[2]. С 1957 по 1967 год ЕТК был принят во всех США, кроме Луизианы, где традиционно сохраняют близкую к французской систему права и потому сопротивлялись принятию ЕТК до 1990 года. Каждый штат изменил текст Кодекса, так что на самом деле в США действуют пять десятков различных торговых кодексов.

Их расхождения усилились, когда в ЕТК добавили два новых раздела, а несколько прежних разделов переработали. С ратификацией изменений возникли проблемы. Например, новая редакция второго раздела (где сосредоточено большинство норм об убытках), так и не была ратифицирована с 2003 года ни одним из штатов, новую редакцию девятого раздела в 2001 году приняли далеко не все штаты, а когда создатели ЕТК, NCCUSL, рекомендовали объявить утратившим силу шестой раздел, несколько штатов решили этого не делать. Всё это сделало «единообразие» торговых кодексов понятием, весьма далёким от своего буквального значения.

Кроме разнообразия редакций надо отметить и тот факт, что ЕТК и созданные на его основе кодексы в очень высокой степени диспозитивны, то есть подавляющее большинство их правил являются всего лишь правилами «по умолчанию» и легко могут быть изменены соглашением сторон (при этом не всегда легко определить, имеете ли вы дело с диспозитивной или императивной нормой)[3].

Почти все положения ЕТК, касающиеся основ договорного права, содержатся во втором разделе, регулирующем продажу товаров, а также, в меньшей степени, в девятом разделе, который, помимо прочего, регулирует передачу некоторых договорных прав. Важно от-

---

1 *Maggs G.E.* Op. cit. P. 539.

2 *Schnader W.A.* A Short History of the Preparation and Enactment of the Uniform Commercial Code // University of Miami Law Review. 1967. Vol. 22. Pp. 1–12.

3 См.: *Macintosh K.L.* Liberty, Trade, and the Uniform Commercial Code: When Should Default Rules Be Based on Business Practices? // William and Mary Law Review. 1997. Vol. 38. Issue 4. Pp. 1465–1543.

метить, что хотя положения второго раздела об убытках формально применимы только к продаже товаров, суды всё равно всё чаще обращаются к ним даже когда речь идёт о других видах договоров[1]. Второй раздел ЕТК в этом случае выступает как необязательный к применению источник «убедительных мнений». Как заметил судья в деле Vitex Mfg. Corp. v. Caribtex Corp., «хотя этот договор не регулируется Кодексом, Кодекс убедителен в его отношении, поскольку воплощает самую передовую правовую мысль по вопросу коммерческих сделок»[2].

То, что судьи охотно обращаются ко второму разделу ЕТК даже когда речь идёт, например, об убытках за нарушение трудовых договоров, договоров на оказание услуг или продажи недвижимости, сглаживает расхождения между правилами второго раздела ЕТК и положениями прецедентного права США[3]. Кроме того, при подготовке Второго Свода договорного права ряд его положений был приведён в соответствие с ЕТК, так что посредством Свода положения второго раздела ЕТК стали ещё более универсальными[4].

Ещё одним авторитетным актом являются официальные комментарии к ЕТК, опубликованные одновременно с кодексом его авторами — Постоянной Редколлегией. Поскольку в штатах ратифицированы только версии самого текста ЕТК, комментарии, несмотря на официальный характер, не имеют юридической силы, что не мешает судам постоянно обращаться к ним для толкования положений ЕТК[5].

---

[1] Calamari and Perillo on Contracts P. 18.

[2] Vitex Mfg. Corp. v. Caribtex Corp., 277 F.2d 795, 799 (3rd Cir.1967); см. аналогичное мнение в Deisch v. Jay, 790 P.2d 1273 (Wyo.1990). Здесь и далее, если не указано иное, прецеденты судов США цит. по правовой базе http://www.westlaw.com

[3] Сначала немало авторов критиковали созданную ЕТК ситуацию, когда в отношении одного и того же вопроса было правило для договоров продажи товаров и другое правило для всех остальных договоров. См. *Williston S.* The Law of Sales in the Proposed Uniform Commercial Code // Harvard Law Review. 1950. February. Vol. 63. № 4. Pp. 561–588. Точка зрения в защиту такой особенности ЕТК была высказана в статье: *Corbin A.L.* The Uniform Commercial Code. Sales, Should It Be Enacted? // The Yale Law Journal. 1950. April. Vol. 59. № 5. Pp. 821–836.

[4] Calamari and Perillo on Contracts P. 18–19.

[5] См.: Miller v. Preitz, 422 Pa. 383, 221 A.2d 320 (1996).

Итак, и в Англии, и в США понятие убытков содержится не в нормах какого-то одного или даже нескольких законодательных актов. Главный источник правил определения и возмещения убытков — это судебная практика, одновременно являющаяся средой их формирования. При этом надо помнить, что, помимо судебной практики, правила института убытков складывались и в результате теоретических дискуссий английских и американских учёных: как только спорящие правоведы достигали консенсуса и формулировали новые представления о должной сути того или иного субинститута, судебная практика с благодарностью воспринимала эти теории и делала их частью действующего национального права, как это произошло с правилами, впервые признанными в знаменитом деле Hadley v. Baxendale

Судебные прецеденты являются не просто короткими решениями, а обширным научным обоснованием мотивации судей, в этом-то и заключается их ценность. Квинтэссенцией английского и американского отношения к писаному праву является мнение, что абстрактные правовые нормы не могут полностью определить решение судьи относительно конкретных фактов — чтобы убедить стороны, судья должен показать всю логическую цепочку, которая привела его к окончательному выводу.

Следует также учесть, что подобный подход предполагает наличие в стране высокопрофессионального корпуса судей, приверженных жесткому принципу законности и в то же время обладающих гибким правовым мышлением, способностью глубокого юридического анализа дел.

Регулирование института убытков в Англии и США преимущественно через судебную практику позволяет отметить следующее.

Во-первых, система прецедентов в этих странах по сути является совокупностью таких же правовых норм, какие могут содержаться в традиционных кодексах и законах, но системой большей степени детализации. В этом смысле регулирование убытков в Англии и США ни в чём не уступает регулированию данного института в странах с континентальной системой права, в частности, в РФ. Более того, регулирование убытков преимущественно через прецеденты означает, что в ходе многовековой судебной практики были рассмотрены все возможные нюансы, вплоть до самых малозначительных. Количество правовых норм об убытках в Англии и США оказывает-

ся колоссальным, в то время, как в праве РФ регулирование убытков базируется на очень небольшом количестве статей ГК РФ.

То, что в Англии и США договорное право в целом и убытки в частности опираются на прецеденты, в настоящее время, когда многие другие отрасли права были кодифицированы, показывает не слепую верность традициям, а то, что прецеденты действительно намного эффективнее для регулирования определённых институтов права.

Во-вторых, доктрина обязательного прецедента в отношении убытков приводит к тому, что судебная практика более единообразна и стабильна, чем в странах с континентальной системой права. Благодаря развёрнутой мотивации прецеденты как способ регулирования отношений оказываются даже эффективнее, чем статьи или отдельные пункты статей обычных кодифицированных актов, поскольку официальный комментарий тех самых людей, которые создавали эти прецеденты, сильно уменьшает возможность их неправильного толкования и применения.

В-третьих, в Англии и США понятие убытков имеет необычайно большое значение, поскольку к нему обращаются в каждом деле. Судья применяет прежний прецедент только если уверен, что в современных условиях он не противоречит общим принципам. Иначе придётся вывести из принципов новую норму. Главное, чтобы позиция судьи была безупречно аргументирована с точки зрения теории права и опиралась на изначальное понятие убытков, изменить которое невозможно. Так, благодаря общему понятию убытков у судей остаётся возможность оперативно адаптировать нормы права под изменения в экономике и общественной жизни, не отступая от первоначальных принципов.

Понятие убытков важно и тогда, когда новой нормы создавать не нужно, но необходимо выбрать правильную норму из уже существующих. В Англии и США возможна ситуация, когда существуют два противоположных прецедента, имеющих одинаковую силу, и выбор между ними судья делает по собственному пониманию того, что будет правильным в конкретном деле. Это связано с тем, в отношении очень многих нюансов взыскания убытков абстрактной нормы на все случаи жизни создать нельзя. Судья должен изучить дело и выбрать подлежащую применению норму, руководствуясь общим понятием убытков. Так что часто важны не отдельные правила о том,

как вычислять убытки, а общее для всех английских и американских судей понимание того, что будет справедливо.

Наконец, удивительна быстрота, с которой common law реагирует на изменения в общественных отношениях. Не случайно, что наибольшее число нововведений в праве Англии приходится на период бурного экономического роста и расцвета Британской империи, а также на последние десятилетия. В континентальных системах права проблемы имеют тенденцию накапливаться, пока необходимость принятия нового законодательного акта не станет совсем очевидной, а новеллы «падают, как снег на голову», появляясь сразу в большом количестве, например, при принятии нового кодекса. В Англии и США регулирование убытков, наоборот, эволюционирует очень плавно, что повышает стабильность гражданского оборота.

§ 2. Определение убытков в праве Англии и США

Рассмотрение понятия убытков необходимо начать в первую очередь с того, как именно в праве различных стран даётся определение собственно «убыткам».

В Англии и США убытки считаются следствием из основополагающего принципа «каждое правонарушение должно влечь правовую санкцию», сформулированного в прецеденте 1703 года[1]. Ещё в XIX веке английские и американские юристы исходили из того, что если кому-то причинён вред, но никакие права при этом не нарушены, то убытки взыскать нельзя, а если права нарушены, то требование убытков должно быть возможно в любом случае, пусть даже при отсутствии вреда их взыщут в номинальном размере[2]. Применительно к нарушениям договора это означает, что убытки являются универсальными, т. е. требование об их взыскании можно предъявить всегда, когда а) существовал договор и б) этот договор был нарушен[3].

---

[1] Ashby v. White, 92 Eng.Rep. 126 (Q.B. 1703). Здесь и далее, если не указано иное, прецеденты английских судов цит. по правовой базе LexisNexis (http://www.lexis-nexis.co.uk, http://www.lexisnexis.com).

[2] *Sedgwick T.* A treatise on the measure of damages. New York, London, 1858. P. 30.

[3] *Treitel G.* The law of contract. London, 1999. P. 864.

Хочу отметить, что надо отличать возможность предъявить требование о взыскании убытков от фактической возможности взыскания. А.С. Комаров их совершенно смешивает и считает, будто нарушение договора в «англо-американском» праве является единственным основанием для взыскания убытков, в отличие от континентальной системы права, выделяющей противоправность, наличие вреда, наличие причинной связи и наличие вины[1]. Между тем, как это будет видно ниже, хотя подать иск можно всегда, когда есть нарушение договора, в суде будут учтены и причинно-следственная связь, и вина, и другие факторы. Противоположная ситуация вообще является абсурдной. При этом об универсальности требования о возмещении убытков можно говорить и в рамках права РФ[2].

Убытки никогда не существуют сами по себе — они возникают только в связи с каким-то судебным процессом[3], а отправной точкой в деле является нарушение договора[4]. В результате такого подхода чаще всего убыткам в Англии и США даётся определение без привлечения категорий вреда или ущерба. В частности, договорные убытки понимаются как денежная компенсация за тот факт, что истец не получил исполнения, ради которого вступил в сделку[5], либо как компенсация, которая должна, насколько это возможно, поставить истца в такое же положение, как если бы договор был исполнен, или (что встречается реже) в такое положение, как если бы договор никогда не заключался[6]. Отличие американского права от английского в отношении цели договорных убытков состоит лишь в том, что в США расчёт убытков по принципу восстановления положения истца до заключения договора производится не по желанию истца, а

---

[1] *Комаров А.С.* Регулирование возмещения убытков при нарушении договора в коммерческом обороте стран с развитой рыночной экономикой и международной торговле (состояние и тенденции). Автореф. дис. д.ю.н. М., 1994. С. 15.

[2] *Евтеев В.С.* Расчет суммы убытков // Законодательство. 2003. № 1. С. 49.

[3] По этой причине здесь и далее я буду называть стороны спора об убытках «ответчик» и «истец», исходя из того, кто нарушил договор и кто требует возмещения.

[4] *Treitel G.* The law of contract. P. 864.

[5] Ibid.

[6] UCC § 1-106, § 1-305; *McCormick Ch.T.* Handbook on the law of damages. St. Paul, Minn., 1935. P. 561; Calamari and Perillo on Contracts. Pp. 562, 564; *Geldart W.* Introduction to English Law. P. 146; *Elliott C., Quinn F.* Contract Law. London, 2007. P. 305; *Treitel G.* The law of contract. P. 875; Robertson v. Harman (1848) 1 Ex. 850, 855.

только тогда, когда неполученное исполнение нельзя возместить из-за недостатка доказательств или особых запретов[1].

Вышеприведённые толкования являются общепринятыми в отличие, например, от трактовки Джеймса Эдельмана, который предложил называть убытками вообще все денежные выплаты, которые получает пострадавшая сторона[2]. Подобный подход привёл бы к ненужному смешению мер защиты в праве справедливости (equity) и убытков в common law, а кроме того, свел бы в одну категорию денежные выплаты, имеющие совершенно разные цели и основания[3].

Убытки в Англии и США всегда рассматриваются в качестве альтернативы другим правам ответчика, порождаемым нарушением договора: праву на реституцию и праву на особые средства судебной защиты (special relief). Реституция применяется, когда одна сторона уже выполнила свою часть договора, но не получила надлежащего исполнения от второй стороны, и потому хочет либо вернуть своё исполнение, либо его разумную цену. Особые средства судебной защиты в основном сводятся к исполнению обязательств в натуре — ответчик должен что-то сделать или, наоборот, воздержаться от каких-либо действий. Так, в случае, когда обязательство ответчика по нарушенному договору состояло в уплате определённой суммы, используется особое средство судебной защиты в виде иска о договорной сумме (action for an agreed sum). Подобный иск следует отличать от иска о возмещении убытков — внешне они похожи, но договорная сумма не считается убытками и к ней не применяются регулирующие их принципы. Это скорее преимущество, чем недостаток: не возникает проблем с исчислением размера (он известен заранее), доказыванием причинных связей, принятия мер по уменьшению ущерба и т.д. Кроме того, поскольку такие дела не представляют сложности с правовой точки зрения, в суде они разрешаются по ускоренной процедуре (summary judgement)[4].

---

1 Calamari and Perillo on Contracts. P. 567.

2 *Edelman J.* The Meaning Of "Damages" Common Law and Equity // The Law of Obligations: Connections and Boundaries. Ed. *Robertson A.* London, 2004. P. 31.

3 *Tilbury M.* Remedies and Classification of Obligations // The Law of Obligations. Connections and Boundaries. P. 28

4 *Elliott C., Quinn F.* Contract Law. P. 327.

В каждом конкретном случае суд постарается определить сущность возникшего между сторонами спора и от этого будет зависеть, на что получит право истец. Так, в одной категории дел истцу могут быть доступны одновременно и возмещение убытков, и реституция, а в других ему придётся выбирать между двух или более альтернативных исков[1].

Возмещение убытков является наиболее типичной мерой судебной защиты. Другие разновидности санкций применяются значительно реже — скорее как экстраординарные, т.е. и реституцию, и обязывание ответчика к совершению каких-то действий стараются применять, только если иначе поступить нельзя[2]. В английском праве даже нет общего правила о реституции — только разрешение реституции в определённых ситуациях[3].

Пол Махоуни предложил универсальное экономическое объяснение такого соотношения санкций на практике как наиболее целесообразного и неизбежного[4], однако с его точкой зрения трудно согласиться. Во-первых, континентальное право допускает исполнение в натуре чаще, чем common law[5]. Во-вторых, многое определяют исторические особенности английского права: изначально суды не могли в рамках common law принуждать подданных к нужному поведению. Только действовавший по праву equity суд лорда-канцлера мог за неисполнение своих решений приговаривать к тюремному заключению. В результате правовых реформ XIX века возможности судов common law и судов equity выносить решения о возмещении убытков и особом поведении были уравнены, но тенденция к нерасположенности судов common law требовать особого поведения ответчика сохранилась[6]. Таким образом, абсолютное доминирование взы-

---

1 *Treitel G.* The law of contract. P. 864.

2 Calamari and Perillo on Contracts. P. 561.

3 См.: *McKendrick E.* The Battle of the Forms and the Law of Restitution // Oxford Journal of Legal Studies. 1988. № 2. Vol. 8. P. 200.

4 *Mahoney P.G.* Contract Remedies and Options Pricing // Journal of Legal Studies. 1995. Vol. 24. Issue 1. Pp. 139–163.

5 Calamari and Perillo on Contracts. P. 561.

6 *Furmston M.Ch.* Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract. London, 2001. P. 658.

скания убытков в англо-американском праве связано скорее с многовековой традицией, чем с требованиями рыночной экономики.

Советские исследователи отмечали, что особенностью английского и американского права является принципиальное предоставление права на возмещение убытков, но не на исполнение в натуре[1], однако с этим вряд ли можно согласиться. Сегодня уже встречается точка зрения, будто исполнение в натуре *внезапно* стало играть довольно заметную роль в современном «англо-американском праве»[2], что тоже не совсем точно отражает реальную судебную практику.

Английское и американское право всегда знало довольно много случаев, когда допускалось исполнение в натуре[3], и на самом деле отечественное гражданское право лишь немного чаще позволяет добиться в суде такого решения. Что же касается современных тенденций в этом вопросе, то никаких изменений не происходит, наоборот — недвусмысленно выражается намерение судей не допустить расширения перечня случаев, когда можно требовать исполнения в натуре[4]. Знаковым можно считать решение Палаты Лордов по делу Co-operative Insurance Society Ltd v Argyll Stores (Holdings) Ltd[5].

Отношение английских и американских юристов к требованию исполнения в натуре по сравнению с убытками нельзя описать как предпочтение возмещения убытков. Напротив, они признают исполнение в натуре безусловно предпочтительным[6]. Без возможности получить исполнение в натуре, по мнению Э. МакКендрика, нель-

---

1 *Халфина Р.О.* Договор в английском гражданском праве. М., СССР, 1959. С. 257–261; *Комаров А.С.* Ответственность в коммерческом обороте. С. 35.

2 *Васильев Е.А.* Глава XII: Обязательственное право. Общие положения // Гражданское и торговое право зарубежных государств. Том I / Под ред. Е.А. Васильева, А.С. Комарова. М., 2004. С. 466; *Витрянский В.В.* Глава VII: Ответственность за нарушение договорного обязательства // *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Книга первая. Общие положения. М., 2001. С. 653.

3 См.: *Treitel G.* The law of contract. P. 949–976; *Furmston M.* Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract. P. 698–706. Calamari and Perillo on Contracts. P. 633–662.

4 *Halson R., Pearce D.* Damages for Breach of Contract: Compensation, Restitution and Vindication // Oxford Journal of Legal Studies. 2008. Vol. 28. № 1. P. 75.

5 Co-operative Insurance Society Ltd v Argyll Stores (Holdings) Ltd [1998] AC 1.

6 *Eisenberg M.A.* Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law // California Law Review. 2005. July. Vol. 93. №. 4. P. 978.

зя сказать, что правовая система действительно гарантирует исполнение договоров, а не просто получение экономического результата договоров[1]. Однако при этом очевидно, что исполнение в натуре далеко не всегда возможно и далеко не всегда разумно. Иными словами, теоретически возмещение убытков считается менее желательным, но другие способы редко удобны на практике. А потому, хотя в английском и американском праве действительно преобладает денежная компенсация, её размер должен быть таким, чтобы помещать истца в столь же хорошее положение, как исполнение в натуре[2]. Современная тенденция признания возможности компенсации не только за экономический ущерб как раз и направлена на достижение наибольшей эквивалентности убытков и исполнения в натуре. Тем самым убытки приводятся к соответствие с изначальным определением, в силу которого их размер напрямую связан с полнотой исполнения договора, а не с понесённым ущербом

В целом можно сделать вывод, что в праве Англии и США нет единого чётко установленного *определения* убытков, но есть единое и чёткое *понимание* сущности убытков. Различные учёные и судьи определяют убытки разными словами, но смысл этих определений одинаков: формирование понятия убытков через смысл существования в праве этого института. Это не просто денежная компенсация, а компенсация, имеющая чёткую цель, которая и отличает убытки от реституции, особых мер судебной защиты и иных компенсаций. Я думаю, что практически все другие черты убытков в теории и практике применения права Англии и США обусловлены понятием убытков именно благодаря телеологическому характеру этого понятия.

§ 3. Определение убытков в российском праве

В российском законодательстве понятие убытков раскрывается в ст. 15 Гражданского кодекса Российской Федерации[3] (далее —

---

[1] *McKendrick E.* Breach of Contract and the Meaning of Loss // Current Legal Problems. Vol 52, 1999. Oxford, 2000. P. 47.

[2] *Webb C.* Performance and Compensation. An Analysis of Contract Damages and Contractual Obligation // Oxford Journal of Legal Studies. 2006. Vol 26 №. 1. P 52.

[3] Гражданский кодекс РФ от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ // Здесь и далее отечественные нормативные акты и судебная практика цит. по правовой БД «Гарант».

ГК РФ): «Под убытками понимаются расходы, которые лицо, чьё право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода)». Иными словами, понятие убытков в действующем ГК РФ связывается с понятием имущественного вреда и понимается исключительно как его денежное выражение[1].

Подобный подход является следствием того, что в отечественной теории права убытки всегда определялись и определяются в первую очередь как понесённый имущественный вред (вред имущественному интересу), включающий реальный ущерб и упущенную выгоду. Такой взгляд на убытки был характерен для российских правоведов дореволюционной эпохи[2]. Доминировал он и среди отечественных правоведов советского периода[3]. Встречалось и отрицание упущенной выгоды как бессмысленной для предприятий плановой экономики[4], либо определение убытков как денежной оценки ущерба, причинённого действиями одного лица имуществу другого[5], что не охватывало случаи, когда нарушение обязательства не причинило ущерба имуществу кредитора, но лишило его возможности получить доходы, на которые он рассчитывал[6].

---

1 *Суханов Е.А.* Глава 16. Гражданско-правовая ответственность // Гражданское право / Под ред. Е.А. Суханова. Том I. М., 2004. С. 601.

2 См.: *Кривцов А.С.* Общее учение об убытках. Юрьев, 1902. С. 9; *Победоносцев К.П.* Курс гражданского права. Том 3. М., 2003. С. 545; *Шершеневич Г.Ф.* Курс гражданского права. Тула, 2001. С. 513; *Мейер Д.И.* Русское гражданское право. Ч. I. М., 1997. С. 216.

3 См.: *Агарков М.М.* Обязательство по советскому гражданскому праву. М., 1940. С. 40; *Малеин Н.С.* Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях. М., 1968. С. 91. См. подробное сравнение используемой отечественными учёными терминологии в статье: *Савенкова О.В.* Возмещение убытков в современном гражданском праве // Убытки и практика их возмещения / Под ред. М.А. Рожковой. М., 2006. С. 7–13.

4 *Венедиктов А.В.* Договорная дисциплина в промышленности. Ленинград, 1935. С. 114.

5 *Новицкий И.Б., Лунц Л.А.* Общее учение об обязательстве. М., 1950. С. 365.

6 *Витрянский В.В.* Договорное право. С. 637.

В последнее время также можно видеть привязку убытков к имущественному вреду: «сумма убытков в договорном праве означает отрицательную разницу не в стоимости имущества на конец и на начало определённого периода (что имеет место в экономике), а между стоимостью имущества, которое принадлежит стороне, потерпевшей от нарушения контрагентом условий договора, в реальной действительности, и предполагаемой стоимостью имущества, которая могла бы иметь место, если бы должник надлежащим образом исполнил свои договорные обязательства»[1].

Большинство авторов современных отечественных работ по теме убытков прибегают к максимально обтекаемым формулировкам. Так, С.Л. Дегтярёв пишет, что «убытки в любом из определений подразумевают под собой неблагоприятные последствия для потерпевшего, возникшие в результате неправомерного поведения правонарушителя»[2]. В.С. Евтеев отмечает, что убытки «представляют собой денежное выражение хозяйственных диспропорций, проявляющихся в уменьшении имущественных активов, увеличении пассивов (обязательств), превышении расходов над доходами»[3]. О.Н. Садиков считает, что «убытки» обозначают «разнородные имущественные потери, внешне схожие, однако различные по причинам возникновения и правовым последствиям»[4]. По мнению О.В. Савенковой, «убыток представляет собой отрицательный результат действий должника, появившийся вследствие его признаваемых правом неправомерными действий, который обязан перенести этот результат в собственную имущественную массу, "выкупить" его»[5], и возмещение убытков в таком свете оказывается способом заплатить этот «выкуп».

---

1 *Латынцев А.В., Латынцева О.В.* Расчет убытков в коммерческой деятельности. М., 2002. С. 7.

2 *Дегтярёв С.Л.* Возмещение убытков в гражданском и арбитражном процессе. М., 2003. С. 10.

3 *Евтеев В.С.* Возмещение убытков как вид ответственности в коммерческой деятельности. М., 2005. С. 9.

4 *Садиков О.Н.* Убытки в гражданском праве Российской Федерации. М., 2009. С. 12.

5 *Савенкова О.В.* Возмещение убытков в современном гражданском праве. С. 29. В цитате сохранён авторский синтаксис.

Указанные юристы словно специально уходят от конкретного определения убытков из опасения, что оно подвергнется критике. В результате они дают максимально абстрактные определения, которые не объясняют смысл института убытков. Так, определение С.Л. Дегтярёва является слишком широким: несомненно, что все убытки — это неблагоприятные последствия правонарушения для потерпевшего, но не все неблагоприятные последствия — это убытки. То же самое можно сказать и об определениях О.Н. Садикова и О.В. Савенковой. В свою очередь, определение В.С. Евтеева, по сути, является попыткой описать юридический институт терминами бухгалтерии, при том, что отражение реальных убытков и упущенной выгоды в бухгалтерском учёте происходит не так прямолинейно, а под убытком в целях налогового учёта и в целях бухгалтерского учёта понимается не то же самое, что в юридическом смысле.

Почти никто из российских юристов XX века не высказывал мнение о том, что убытки следует рассматривать в качестве самостоятельного понятия по отношению к понятию имущественного вреда. Например, даже когда ограничения, налагаемые традиционными определениями, оказываются очевидными, производятся только попытки дальнейшего расширения понятия «имущественных потерь» и «имущества»[1]. Исключениями являются работы О.С. Иоффе и В.В. Витрянского.

Однако О.С. Иоффе в итоге пришёл к тому, что убытки — это «не любые, а лишь те отрицательные имущественные последствия, которые одно лицо понесло в результате неправомерного поведения другого», то есть опять склонился к отождествлению убытков с имущественным вредом[2]. В.В. Витрянский, напротив, не ограничился указанием на ошибочность определения «убытки» через категорию вреда[3], но дал пример определения договорных убытков через их правовую функцию, подобно тому, как это делается в английском и американском праве: «Смысл возмещения убытков, — отметил он, — заключается в том, что в результате имущество кредитора должно оказаться в том положении, в каком оно находилось бы в случае, если

---

[1] *Садикова О.В.* Возмещение убытков в современном гражданском праве. С. 63.

[2] *Иоффе О.С.* Обязательственное право. М., 1975. С. 100.

[3] *Витрянский В.В.* Договорное право. С. 637.

бы должник исполнил обязательство надлежащим образом»[1]. Приведённое определение можно дополнить разве что оговоркой о возможности редких случаев, когда убытками целесообразнее поставить истца в такое положение, как если бы договор не был заключён.

Здесь важным является не просто принцип «в таком же положении», который далеко не нов, а то, что этот принцип назван смыслом возмещения убытков, то есть определение раскрывает истинную цель убытков как правового института. Мне кажется, что это более удачное и верное выражение, чем отождествление вышеуказанного принципа с принципом полного возмещения убытков другими авторами[2]. Любопытно, что критика такого взгляда, как правило, сводится лишь к тому, что он противоречит точке зрения на убытки, выраженной в действующем законодательстве РФ[3].

Очевидно, что при отсутствии соответствующей нормы в российском гражданском праве возможны два вида отступления от указанного принципа: присуждение убытков, которые не могут поставить истца в такое же положение, как если бы договор был исполнен, или присуждение убытков, которые ставят его в ещё более лучшее положение. И то, и другое одинаково нежелательно и несправедливо. Однако в последнем случае есть хотя бы возможность сослаться на положения ГК РФ о недопустимости неосновательного обогащения, а также на недопустимость злоупотребления правом[4]. Конечно, это даёт довольно слабые перспективы, и потому можно целиком согласиться с тем, что ГК РФ недостаёт соответствующей общей нормы[5], тем более, что в первом случае (присуждение размера убытков, недостаточного для настоящей замены исполнения) невозможно со-

---

[1] *Витрянский В.В.* Договорное право. С. 641.

[2] *Новицкий И.Б., Луиц Л.А.* Общее учение об обязательстве. С. 365.

[3] Так, например, А.В. Мякинина пытается доказать ошибочность точки зрения В.В. Витрянского ссылкой на то, что в терминологии ГК РФ ущерб, вред и убытки являются синонимами. По ее мнению, этого факта достаточно, чтобы признать неправильной позицию правоведа, отличающего понятие убытков от категорий вреда и ущерба (см.: *Мякинина А.В.* Ограничение размера возмещаемых убытков в гражданском праве Российской Федерации // Убытки и практика их возмещения. С. 281). Такой способ аргументации в научном споре был весьма распространен в Средние века.

[4] *Витрянский В.В.* Договорное право. С. 644.

[5] Там же.

слаться даже на какой-либо чёткий принцип, кроме туманного принципа справедливости.

Можно заметить, что мнения российских правоведов в вопросе определения общего понятия убытков нередко производят впечатление недосказанности и непоследовательности. Например, Д.И. Мейер указывал, что убытки — это уменьшение или уничтожение ценности права, после чего делил все убытки на два вида: вещественный ущерб и утрата выгоды[1]. То есть он не говорил прямо, что возмещение убытков компенсирует нарушение прав, но утверждал, что реальный ущерб и упущенная выгода одновременно являются и нарушением прав. В результате указание на то, что убытки — это уменьшение ценности права, оказывалось излишним, поскольку это никак не отменяло полного отождествления убытков с вредом (ущербом). Кроме того, Д.И. Мейер не исследовал ситуации, когда права нарушены, однако имущественный вред отсутствует.

Д.И. Мейер говорил также о «вознаграждении», которое «должно состоять в доставлении субъекту нарушенного права того предмета, которого он лишился вследствие правонарушения», и рассуждал о том, как определять это «вознаграждение», если передача этого предмета в натуре или другого такого же предмета невозможны[2]. То есть, по сути, русский правовед тоже подходил к мысли о том, что помимо ущерба и вреда в праве должна существовать ещё одна категория, напрямую с вредом не связанная и определяемая в первую очередь целью помещения субъекта в такое положение, как если бы его права не были нарушены. Данную категорию Д.И. Мейер и называл «вознаграждением». Казалось бы, он должен был прийти к выводу, что именно вознаграждение и есть настоящие убытки. Однако Дмитрий Иванович не сделал этого и тем самым не отказался от отождествления убытков с вредом.

Традиционное для российского правоведения *смешение убытков с имущественным вредом* — это первое и наиболее важное отличие, на которое нужно указать при сравнении отечественного права с английским и американским. Уже в XIX веке правовую сущность убытков юристы Англии и США видели прежде всего в том, что они явля-

---

[1] *Мейер Д.И.* Русское гражданское право. С. 216.

[2] Там же. С. 217.

ются компенсацией за нарушение законных прав[1], то есть уже тогда в их праве существовало более глубокое и последовательное понимание убытков, чем то, которое отражено в современном ГК РФ. На той же позиции твёрдо стоят и современные юристы Англии и США, например, в деле Dunlea v. Attorney-General (2000) судья Томас особо подчеркнул, что убытки по своей природе основаны не на понесённом ущербе, не на полученной нарушителем договора прибыли, а на степени нарушения прав[2].

Можно вспомнить, что согласно п. 1 ст. 15 ГК РФ лицо, право которого нарушено, может требовать возмещения причиненных ему убытков, но эта норма вовсе не равнозначна понятию убытков в американском и английском праве. Как было отмечено выше, в отечественной теории убытков традиционно отсутствует акцент на нарушении права как основании применения санкций. Если теоретики в данном вопросе следуют доминирующей точке зрения, то юристы-практики связаны положениями позитивного права. Дело в том, что п. 1 ст. 15 ГК РФ в этом смысле не вполне согласуется с другими пунктами этой статьи и другими статьями кодекса, хотя правовая норма общего характера должна или конкретизироваться в частных нормах, или иметь прямое влияние на правоотношения, иначе она может быть безболезненно исключена из текста источника права.

Например, в ст. 393 ГК РФ указано, что должник обязан возместить кредитору убытки, причиненные неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства, однако далее в той же статье делается оговорка, что убытки определяются в соответствии с правилами, предусмотренными ст. 15 ГК РФ, т.е. речь идёт не об убытках, аналогичных английским «damages», а только о предусмотренном п. 2 ст. 15 ГК РФ имущественном вреде, включающем реальный ущерб и упущенную выгоду.

Более того, если в отношении физических лиц в рамках права РФ в некоторых случаях ещё можно говорить о том, что нарушение договора причинило им моральный вред (хотя имущественные потери, возникшие из-за физических или нравственных страданий, должны

---

[1] *Bauer R.S.* Essentials of the law of damages. Chicago, 1919. P. 1, *Sedgwick T.* A treatise on the measure of damages. P. 29.

[2] Dunlea v Attorney-General [2000] 3 NZLR 136 at [68].

компенсироваться по общим правилам о возмещении имущественных убытков), то относительно юридических лиц вообще нельзя говорить о возможности причинения им каких-то «неимущественных» («нематериальных», «репутационных») убытков: речь может идти о возмещении юридическому лицу только имущественных убытков (вреда), в том числе возникших вследствие вреда, причинённого деловой репутации[1].

В итоге, можно сделать вывод, что критерий нарушенных прав на практике не имеет возможности реального применения — ничто не изменилось бы, если бы в п. 1 ст. 15 ГК РФ было просто написано, что «лицо, которому причинены убытки, имеет право требовать их возмещения» (и не упоминалось бы нарушение прав), поскольку размер договорных убытков в отечественном праве напрямую зависит от размера причинённого вреда.

§ 4. Значение понятия убытков

Разница между подходами к понятию убытков в России, с одной стороны, и в Англии и США, с другой, настолько глубока, что прочно укоренилась не только в нормативных актах, но и в самой правовой лексике. В английской и американской правовой терминологии отсутствует понятие «возмещение убытков», равно как и понятие «убыток» в единственном числе. Р.С. Бауэр отдельно замечает, что damage означает вред или убыток в бытовом смысле, а damages во множественном числе следует понимать не как синоним ущерба, а только как юридический термин, синоним компенсации за нарушение законных прав[2]. Употребление строго множественного числа (только damages, но не damage) не случайно сходно с употреблением понятий «деньги», «денежные средства», поскольку по своей сути damages — это конкретная сумма, которую получает истец, и разговор об убытках в отрыве от судебного процесса в Англии и США невозможен, в отличие от попыток российских юристов выделять некие «убытки в экономическом смысле» и «убытки в юридическом

---

[1] См.: *Козлова Н.* Проблема компенсации «нематериальности» вреда, причиненного юридическому лицу // Корпоративный юрист. 2006. № 2. С. 40–43.

[2] См.: *Bauer R.S.* Essentials of the law of damages. P. 1.

смысле»[1]. Так что упомянутая выше точка зрения Дж. Эдельмана, что убытки можно определить как любые денежные выплаты, которые получает пострадавшая сторона, имеет и лексические предпосылки.

Иными словами, в Англии и США не убытки компенсируют, а они сами понимаются в качестве компенсации. То, что убытки (damages) стали совершенно отдельным от ущерба термином, вовсе не случайно. Терминологические споры обыкновенно не имеют реального значения, но в данном случае различие в юридических терминах хорошо показывает действительное расхождение в понимании сущности убытков между российскими и иностранными правоведами. Английские и американские учёные не пишут о «возмещении убытков» именно потому, что убытки не смешиваются с вредом.

Как было указано выше, в английском и американском праве имеется общее понятие убытков как отдельной юридической категории, которая не смешивается с имущественным вредом. Важно отметить, что определения убытков даются в первую очередь с помощью указания на особую цель существования в праве подобного института. Следствием этого на практике стало то, что для расчёта убытков в Англии и США первостепенное значение имеет не размер причинённого ущерба, а определение того, что именно необходимо для постановки истца в требуемое положение. Это позволяет очень чётко оценивать обоснованность включения в состав убытков компенсации за тот или иной вид ущерба: достаточно только оценить, способствует ли он достижению цели убытков. Таким образом, определение понятия убытков в английском и американском праве имеет не только теоретическое, но и вполне практическое значение.

В отечественном праве, к сожалению, отсутствует возможность подобного анализа с опорой на имеющее юридическую силу определение смысла убытков, поскольку авторы ГК РФ включили в ст. 15 ГК РФ только перечисление видов ущерба. Такой способ описания вряд ли можно назвать оптимальным, о каком бы правовом институте ни шла речь. Перечисления часто оказываются неполными, а из-за отсутствия общего понятия эту неполноту нельзя восполнить логически. Следствием такого подхода к убыткам в ГК РФ ста-

---

[1] *Евтеев В.С.* Возмещение убытков как вид ответственности в коммерческой деятельности. С. 9.

ли многочисленные споры о возможности отнесения к убыткам (и, соответственно, компенсирования) целого ряда последствий нарушения договора, не укладывающихся в прокрустово ложе реального ущерба и упущенной выгоды.

Одни такие проблемы, вызванные отсутствием в ГК РФ настоящего определения убытков, легко разрешаются на практике. Например, в ГК РФ нет особых норм, касающихся взыскания кроме убытков суммы основного долга, но разделение суммы убытков и основного долга было проведено ВАС РФ[1], хотя некоторые проблемы соотношения этих институтов ещё остались[2].

Другие проблемы гораздо серьёзнее. Можно привести в качестве примера спор о расходах, связанных с представительством истца в суде. В 2000 г. Президиум ВАС РФ решил, что рассматриваемые расходы не признаются убытками, возмещаемыми по правилам, установленным ГК РФ, потому что являются судебными издержками и возмещаются в особом порядке, установленном процессуальным законодательством. Раз возмещение таких видов издержек Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации прямо не предусмотрено, их никак нельзя взыскать[3]. Свою точку зрения ВАС никак не обосновывал, т.е. сделал ничем не подкреплённое утверждение.

Потребовалось определение Конституционного Суда РФ от 20 февраля 2002 г. № 22-О, чтобы преодолеть этот юридический волюнтаризм и подтвердить включение расходов на представитель-

---

[1] Постановление Президиума ВАС РФ от 4 марта 1997 г. № 4620/96.

[2] См.: *Тирская Е.В.* Предпосылки разграничения категорий «основной» денежный долг и долг, возникший из обязательства по возмещению убытков, в современном гражданском законодательстве // Актуальные проблемы частноправового регулирования. Самара, 2004. С. 335–336; *Добрачев Д.В.* Взыскание основного долга как способ защиты гражданских прав // Бюллетень нотариальной практики. 2008. № 1. С. 5–9; *Он же.* Взыскание основного долга как способ защиты гражданских прав // Журнал российского права. 2008. № 4. С. 70–76; *Он же.* Вопросы применения гражданско-правовой категории основного долга // Арбитражная практика. 2007. № 6. С. 22–29; *Он же.* Иски о взыскании основного долга и убытков // Юрист. 2007. № 11. С. 55–61; *Он же.* К вопросу о начислении процентов по статье 395 ГК РФ на суммы основного денежного долга и убытков // Журнал российского права. 2009. № 3. С. 81–87.

[3] Постановление Президиума ВАС РФ от 19 сентября 2000 г. № 4144/00 // Вестник ВАС РФ. 2000. № 12.

ство в суде в состав убытков, подлежащих возмещению в порядке, установленном ГК РФ. Однако, хотя КС РФ принял правильное решение, он, к сожалению, тоже не смог в обоснование своего мнения привести что-либо, кроме натянутого нарушения конституционного принципа охраны частной собственности и гарантии права на юридическую помощь[1]. При этом, вплоть до настоящего времени, в России отсутствуют какие-либо критерии предельного размера расходов на адвоката, включаемых в состав убытков (содержащееся в п. 2 ст. 110 АПК РФ указание на «разумные пределы» для практики бесполезно)[2].

Таким образом, на протяжении многих лет (вплоть до принятия вышеуказанного определения КС РФ) лица, чьи права были нарушены, несли существенные потери, которые не могли компенсировать, а в настоящее время такая возможность имеется, но реализовать её затруднительно из-за несовершенства правовой базы. Обращает на себя внимание и тот факт, что высшие судебные органы России, от которых можно было ждать примера высокого профессионализма, оказались неспособны подробно аргументировать свою позицию, хотя это было необходимо для правильного применения их решений.

В результате в арбитражной практике далеко не все полностью восприняли позицию Конституционного Суда РФ. Например, федеральные арбитражные суды продолжают отказывать во взыска-

---

[1] Определение Конституционного Суда РФ от 20 февраля 2002 г. № 22-О «По жалобе открытого акционерного общества «Большевик» на нарушение конституционных прав и свобод положениями статей 15, 16 и 1069 Гражданского кодекса Российской Федерации» (опубликовано в «Экономика и жизнь», апрель 2002 г.).

[2] Поскольку в России нет системы судебных прецедентов, как в Англии или США, а чёткие законодательные критерии в данном случае отсутствуют, нет и единообразной судебной практики. То, как суды рассматривают вопросы о расходах на представителя, напоминает научную модель «чёрного ящика» с известными выходными и входными параметрами и неизвестным внутренним устройством. Отечественные юристы в итоге вынуждены строить догадки, угадывая хоть какие-то закономерности, но в условиях совершенно произвольной судебной практики это довольно бессмысленно. См. подробнее о возможных критериях в судебной практике и проблемах их применения: *Рожкова М.А.* Проблемы возмещения расходов на оплату услуг представителей и иных судебных убытков // Убытки и практика их возмещения. С. 589–594. *Дегтярев С.Л.* Процессуальные аспекты возмещения убытков в гражданском и арбитражном процессе // Убытки и практика их возмещения. С. 517–521.

нии расходов на адвокатов, понесённых в ходе не арбитражного, а административного производства[1], и для исправления этих решений приходится добиваться решения ВАС РФ, который вопреки своей прежней позиции заявляет, что расходы на оплату услуг адвоката являются расходами, которые лицо произвело для восстановления нарушенного права, а потому в силу ст. 15 ГК РФ относятся к реальному ущербу и возмещаются в составе убытков по требованию лица, право которого нарушено[2].

В Англии и США вопрос о включении в состав убытков расходов на судебное представительство давно является предметом самого глубокого внимания со стороны судей, учёных и политиков. Хотя анализ мнений противников и сторонников разных позиций, а также их исторических предпосылок выходит за рамки настоящей работы, отмечу, что традиционно различают «английское правило», согласно которому выигравшая сторона взыскивает с проигравшей свои расходы на представителя (хотя этот термин слишком англоцентричен, ведь подобный подход зародился вовсе не в Англии, и сегодня он применяется почти во всех развитых странах), и «американское правило», по которому каждая сторона сама оплачивает своих адвокатов независимо от исхода дела (естественно, даже в США это не аксиома, а правило, имеющее множество оговорок и исключений). Аргументы в поддержку и защиту любого варианта отталкиваются от общего теоретического определения убытков и иных основополагающих принципов. Таким образом, выбор между «английским» и «американским» правилами делается не произвольно, а с полным учётом всех возможных последствий для правовой системы страны, т.е. задача обоснования своего мнения, оказавшаяся невыполнимой для ВАС РФ и КС РФ, для английских и американских юристов труда не составляет.

При этом сторонникам «американского правила» приходится признавать его исключением, т.е. доказывать, что действительно есть необходимость исключать из состава убытков то, что по общему

---

[1] Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 26 июня 2008 г. № КА-А40/5807-08.

[2] Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 3 марта 2009 г. № 13456/08.

определению должно являться частью убытков[1]. В настоящее время дискуссия перешла на ещё более высокий научный уровень: её участники думают теперь о выработке компромиссного варианта, лишённого недостатков обеих крайностей, а на практике существуют довольно определённые критерии пределов возмещения расходов на адвокатов[2]. Таким образом, можно видеть, что общее понятие убытков, существующее в праве Англии и праве США и отсутствующее в РФ, исключает необоснованное исключение какого-либо элемента из состава убытков.

Определение убытков как компенсации, которая должна поставить истца в такое положение, как если бы договор был исполнен, влияет и на то, когда вообще возникает право требовать компенсации. Основанием взыскания договорных убытков в Англии и США является нарушение договора, то есть невыполнение первейшего договорного обязательства[3], а в праве РФ — наличие реального ущерба или упущенной выгоды. По нормам английского и американского права наличие вреда влияет только на размер компенсации, а не

---

[1] Calamari and Perillo on Contracts. P. 618. Изначально в США тоже включали расходы на адвокатов в состав вреда, возмещаемого убытками, наряду с прямыми и непрямыми денежными потерями, моральным вредом, потраченным на истребование убытков временем и оскорблением от несправедливости или намеренного нарушения. См.: *Sedgwick T.* A treatise on the measure of damages. P. 33.

[2] Поскольку данный вопрос прямо не относится к теме настоящей работы, я позволю себе указать лишь некоторые научные труды, посвященные возмещению расходов на представительство в суде. *Olson W., Bernstein D.* Loser-Pays: Where Next? // Maryland Law Review. 1996. Vol. 55. Pp. 1161–1189. *Gross M.I.* Loser-Pays: Or Whose "Fault" Is It Anyway: A Response to Hensler-Rowe's "Beyond 'It Just Ain't Worth It'" // Law and Contemporary Problems. 2001. Vol. 64. № 2/3. Pp. 163–174. *Polinsky M.A., Rubinfeld D.L.* Does the English Rule Discourage Low-Probability-of-Prevailing Plaintiffs? // The Journal of Legal Studies. 1998. Vol. 27. № 1. Pp. 141–157. *Polinsky M.A., Rubinfeld D.L.* Does the English Rule Discourage Low-Probability-of-Prevailing Plaintiffs? (continued) // The Journal of Legal Studies. 1998. Vol. 27. № 2. Pp. 518–535. *Bebchuk L.A., Chang H.F.* An Analysis of Fee Shifting Based on the Margin of Victory: On Frivolous Suits, Meritorious Suits, and the Role of Rule 11 // The Journal of Legal Studies. 1996. Vol. 25. № 2. Pp. 371–403. *Plott C.R.* Legal Fees: A Comparison of the American and English Rules // Journal of Law, Economics, & Organization. 1987. Vol. 3. № 2. Pp. 185–192. *Rowe T.D. Jr.* The Legal Theory of Attorney Fee Shifting: A Critical Overview // Duke Law Journal. 1982. № 4. Pp. 651–680. *Braeutigam R., Owen B., Panzar J.* An Economic Analysis of Alternative Fee Shifting Systems // Law and Contemporary Problems. 1984. Vol. 47. № 1. Pp. 173–185.

[3] *Webb Ch.* Performance and Compensation. P. 47.

на появление права на требование убытков. Дело в том, что, хотя английские и американские юристы иногда называют убытки компенсацией за какую-то потерю (compensation for a loss)[1], не следует понимать «loss» в буквальном смысле и считать это понятие аналогией «ущерба» в российском гражданском праве.

Во-первых, термин «loss» по сути является устоявшимся сокращением известного ещё в XIX веке определения убытков как компенсации лицу, которое понесло потери из-за нарушения договора[2]. Во-вторых, данный термин даже судьи требуют толковать не в узком, а в широком смысле, и обращать внимание не только на денежное выражение ухудшения положения истца из-за нарушения договора, но и на то, что из-за нарушения истец не получил именно того товара, работы или услуги, на которые имел право по договору[3]. Не случайно, что нарушением компенсационной природы убытков считается взыскание их истцом, *чьё положение* не было ухудшено нарушением договора[4], т.е. речь идёт о чём-то большем, нежели просто об отсутствии реального ущерба или упущенной выгоды. «Потери» в праве Англии и США следует понимать как то, что отделяет истца от такого положения, как если бы договор был исполнен.

В английской судебной практике недавно даже было высказано мнение, что само по себе нарушение договора — это уже «ущерб», который не может быть точно выражен в денежной сумме, но всё равно даёт право на возмещение убытков, причём не номинальных, а довольно существенных[5].

В теории убытков такая формулировка считается правильной в том смысле, что он подчёркивает отсутствие прямой связи между размером присуждаемых убытков и понесённым экономическим ущербом, но при этом указывается, что здесь имеет место опасное терминологическое смешение: всё же, правильным будет говорить, что нарушение договора само по себе влечёт ущерб, а не само по себе

---

1 *Geldart W.* Introduction to English Law. P. 146; *Elliott C., Quinn F.* Contract Law. P. 305.

2 Robertson v. Harman (1848) 1 Ex. 383 at 385.

3 Panatown Ltd v. Alfred McAlpine Construction Ltd [2000] 4 All ER 97 at 154.

4 *Treitel G.* The law of contract. P. 871.

5 Attorney-General v. Blake [2001] 1 AC 268 at 282.

является ущербом, хотя оно действительно даёт право на возмещение убытков[1].

Этот же вопрос стал предметом жаркого спора в деле Alfred McAlpine Construction Ltd v. Panatown Ltd[2]. Решением очень незначительного большинства в этом случае была отвергнута позиция, согласно которой любое нарушение договора автоматически означает наличие реальных убытков. Формально дело Alfred McAlpine Construction Ltd v. Panatown Ltd подтвердило одно: если истец доказал только сам факт нарушения договора, то будут признаваться лишь номинальные убытки. Фактически же в этом деле одновременно признавалось другое: то, что есть и такие договоры, нарушение которых само по себе ухудшит положение истца и даст право на возмещение настоящих, а не номинальных убытков, просто это не должно происходить автоматически. Необходим анализ этого вопроса судом в каждом конкретном деле.

Взыскание существенных убытков просто за само нарушение договора до сих пор формально считается исключением, но фактически оно стало устойчивой и постоянно расширяющейся тенденцией. Есть и точка зрения, что это не настоящая принципиальная защита интереса в получении результата договора, а просто попытка обосновать очевидную необходимость отступить от традиционных методов расчёта потерь для достижения справедливости в сложных ситуациях[3], однако вряд ли с этим можно согласиться. В данном случае одно не исключает другого: необходимость иного понимания потерь является следствием традиционных принципов английского права убытков: сами принципы не менялись, но появилось более глубокое понимание преломления этих принципов в конкретных правоотношениях.

Подтверждение этого я вижу в том, что примеры ответственности за сам факт нарушения договора можно найти и в более старой судебной практике. Например, в одном случае с ответчика хотели взыскать убытки за задержку в поставке военных кораблей испанскому

---

[1] *Webb Ch.* Performance and Compensation. P. 54.

[2] Alfred McAlpine Construction Ltd v. Panatown Ltd [2001] 1 A.C. 518.

[3] См.: *Chen-Wishart M.* Contract Law. Oxford, 2007. P. 536–537.

правительству[1]. Возражения ответчика состояли в том, что военные корабли, в отличие от капёров или торговых судов, не приносят прибыли, которую уменьшает задержка поставки. Кроме того, ответчик указывал, что если бы эти корабли были доставлены в срок, их, скорее всего, всё равно потопили бы в сражении, в котором эскадра, к которой они были приписаны, потерпела сокрушительное поражение. Более того, неудачным было не только сражение, а вообще вся кампания: в испано-американской войне 1898 г. Испания была разгромлена и лишилась практически всего военного флота. После долгой тяжбы решение было принято в пользу истца. Суд пришёл к тому, что, prima facie, сам факт неполучения истцом исполнения, о котором он договаривался, означает для него ущерб, даже если истец не понёс экономических убытков (дело особенно ярко показало этот принцип, поскольку военные корабли, не являющиеся капёрами, по своей сути и не должны приносить прибыль).

Необходимо только учесть, что есть случаи, когда считается, что нарушение договора не имело никаких реальных последствий, так что не причинило никакого ущерба в любом из пониманий этого слова (breach having no adverse effect). Отсутствие реальных последствий нарушения договора является следствием компенсационной природы убытков, поскольку отражает недопустимость получения возмещения истцом, чьё положение не было ухудшено нарушением договора, ибо «институт убытков был создан для компенсации установленного ущерба, а не для необоснованного обогащения пострадавшей стороны»[2].

Например, если продавец не исполняет обязанность по доставке товара, но покупатель ещё не заплатил за товар, а рынок падает, то нарушение договора не имеет реальных последствий, ведь покупатель может купить тот же товар в другом месте по более выгодной цене. Точно так же судовладелец не может получить возмещение убытков, если в нарушение обязательства наниматель не представил товар к погрузке на борт, но есть возможность найти другой более

---

[1] Clydebank Engineering Co v Don Jose Ramos Isquierdo y Castaneda [1905] A.C 6 // Цит. по: www.govanlc.com.

[2] *Treitel G.* The law of contract. P. 871.

выгодный контракт на перевозку[1]. Покупатель, которому доставили товары, не полностью соответствующие описанию в договоре, не может получить значительного возмещения убытков, если эти товары на самом деле более ценные, чем предусмотренные в договоре[2].

Сложная ситуация, связанная с вопросом о реальных последствиях нарушения договора, возникла в деле Ford v. White[3]. Истцы купили дом и расположенный рядом с домом участок земли за 6350 фунтов, поскольку юристы-ответчики заключили, что на этом участке строительство разрешено. Давая это заключение, юристы нарушили договор, проявив небрежность, поскольку не заметили условие договора о запрете строительства зданий на этом участке. Суд установил, что реальных последствий эта небрежность не имела. С одной стороны, если бы этого запрета не было, то дом и участок стоили бы на 1250 фунтов больше, так что истцы не переплатили. С другой стороны, хотя истцы заявили, что не стали бы заключать договор, зная о запрете, они решили оставить дом и участок себе. В случае же перепродажи все издержки и потери, понесённые истцами, были бы возмещены юристами-ответчиками[4].

Отдельно надо отметить ещё одну разновидность дел, в которых констатируется отсутствие реальных последствий: это случаи, когда истец хоть и понёс убытки из-за нарушения договора, но в отсутствие нарушения он всё равно бы понёс такой же ущерб. Они очень похожи на те случаи, когда нет причинно-следственной связи между нарушением договора и понесённым ущербом, но не тождественны им.

Таким образом, присуждение убытков в отсутствие экономического вреда не должно быть автоматическим. Более всего суды склонны прибегать к взысканию убытков за сам факт ненадлежащего исполнения договора, когда 1) иные основания приводят к явно

---

[1] Stamforth v. Lyall (1830) 7 Bing. 169 // Цит. по: *Moore J. B., Payne J.* Reports of cases argued and determined in the courts of Common Pleas and Exchequer Chamber, with tables of the names of the cases and principal matters. London, 1832. P. 829.

[2] Taylor v. Bank of Athens (1922) 27 Com. Cas. 142 // Цит. по: *Halson R.* Contract Law (Longman Law Series). Harlow: Longman, 2001. P. 466.

[3] Ford v. White [1964] W.L.R. 885.

[4] Cf. County Personnel (Employment Agency) Ltd v. Pulver [1987] 1 W.L.R. 916, Hayes v. James and Charles Dodd [1990] 2 E.R. 815.

несправедливому размеру компенсации и 2) истец может доказать интерес именно в получении результата договора, а не просто в получении экономической прибыли[1]. Кроме того, есть довольно много видов договоров, при нарушении которых вообще презюмируется право истца на убытки за сам факт их нарушения даже при отсутствии экономического ущерба[2].

Возможны и случаи, когда приоритет получения точного исполнения договора провозглашается даже несмотря на полное отсутствие личного интереса истца. Авторитетным прецедентом для такого подхода является решение по делу Radford v. De Frobcrville[3]. В нём судья признал, что истец — обычный инвестор, систематически сдающий недвижимость в аренду для получения прибыли, так что ему важна была только рыночная стоимость арендуемого участка, а не указанное в договоре возведение на нём забора. Однако, с точки зрения суда, принцип pacta sunt servanda должен безусловно применяться в любом случае[4], и потому истец имел предусмотренное договором право требовать, чтобы работа была сделана[5]. Суд также заявил, что, когда ответчик не сделал того, что обязан был сделать по договору, «непонятно, почему в принципе [истец] не должен получить компенсацию в размере, позволяющем сделать это силами третьих лиц или иным способом»[6].

Отсюда можно сделать вывод, что если защиту права на надлежащее исполнение договора справедливо будет произвести с помощью убытков, рассчитанных от стоимости его исполнения силами третьих лиц, это может быть сделано, невзирая на сущность интереса истца. В деле Farley v. Skinner суд также пояснил, что учитывать желаемый истцом неэкономический результат исполнения договора тем более справедливо, когда надежда истца на достижение такого результата «отражается в цене договора»[7] (а ведь это происходит практически всегда).

---

1 *Chen-Wishart M.* Contract Law. Oxford, 2007. P. 538–539.

2 Ibid. P. 539–541.

3 Radford v. De Froberville, [1977] 1 WLR 1285.

4 Ibid at 1270.

5 Ibid at 1285.

6 Ibid at 1270.

7 Farley v Skinner [2001] UKHL 49.

Следует заметить, что принцип взыскания убытков в случаях, когда не было экономического ущерба, и убытков за сам факт неисполнения договора в английском праве с большой пользой применяется в спорах из нарушений договоров в пользу третьих лиц. Дело в том, что по английскому праву третье лицо совершенно не имеет права требовать с должника убытков за неисполнение или ненадлежащее исполнение, поскольку не является стороной договора. В свою очередь, кредитор по такому договору хотя может требовать исполнения договора, но не мог бы требовать убытков, если бы убытки были доступны только в случаях, когда сам кредитор понёс экономический ущерб. Зато по английскому праву кредитор может подавать иск, требуя компенсации за неэкономический вред или просто за сам факт ненадлежащего исполнения договора[1].

Интересно, что по действующему российскому гражданскому праву взыскать с должника убытки за неисполнение договора в пользу третьего лица крайне затруднительно как для третьего лица (не являющегося стороной договора), так и для кредитора до отказа третьего лица от своего права по договору. Хотя изредка судьи пытаются преодолеть эту несправедливость, они вынуждены удовлетворять иск, не приводя никакого правового обоснования позиции суда по делу со ссылкой на конкретные нормы гражданского законодательства[2]. Например, суд может ограничиться просто мнением, что третьему лицу «переходит право на возмещение должником убытков в силу договора, заключенного кредитором (в данном случае экспедитором) и должником в пользу третьего лица»[3], либо суд вообще делает грубую ошибку, заявляя, что третье лицо имеет право на иск.

---

[1] Linden Gardens Trust Ltd v. Lenesta Sludge Disposals Ltd [1994] 1 AC 85, Woodar Investment Developments Ltd. v. Wimpey Construction (UK) Ltd [1980] 1 W.L.R. 277, Farley v. Skinner [2001] UKHL 49, Radford v. De Froberville, [1977] 1 WLR 1285, Panatown Ltd v. Alfred McAlpine Construction Ltd [2000] 4 All ER 97. См. также *Halson R., Pearce D.* Damages for Breach of Contract. Pp. 10–11. *Chen-Wishart M.* Contract Law. Pp. 551–555.

[2] См. *Захаров Ю., Фогельсон Ю.* Право требования кредитора в договорах в пользу третьего лица // Хозяйство и право. 2001. № 10. С. 104–113; *Захаров Ю.Ю.* Ответственность должника по договорам в пользу третьего лица // Арбитражная практика. 2002. № 2. С. 25–31.

[3] Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 15 февраля 2007 г. № Ф08-7127/06.

поскольку состоит с должником в договорных отношениях[1]. Таким образом, проблемы ответственности за нарушение договоров в пользу третьего лица являются ещё одним примером того, к чему приводит отсутствие в ГК РФ определения убытков, которое не сводило бы их только к экономическому ущербу.

Для юристов, мыслящих категориями российского гражданского права, отсутствие прямой зависимости размера убытков от размера ущерба, пожалуй, может быть наиболее сложным для понимания. Например, А. Николаева, пересказывая своими словами мнение лорда Мастилла в деле Ruxley Electronics and Construction Ltd. v. Forsyth, использует термин «убытки» как синоним ущерба (потерь) и допускает ошибку, когда пишет, что в английском праве «убытки только одни — те, которые понёс кредитор, и задача суда состоит в том, чтобы установить эту меру», а также что «суды могут определить реальную сумму возмещения, которая обеспечивает компенсацию реальных потерь, понесённых истцом»[2]. Между тем, в действительности лорд Мастилл говорил о другом: о том, что понесённые истцом потери являются мерой убытков, т.е. убытки и потери, в его понимании, — это разные вещи (в английской терминологии вообще нельзя «понести» убытки, равно как и возместить их, т.к. это денежная компенсация, которую можно взыскать и получить). Кроме того, он имел в виду вовсе не то, что называется реальными потерями (ущербом) в российском гражданском праве, а потери в том смысле, который был описан выше (т.е. потери, не сводящиеся к экономическому ущербу), — не зря он говорил о необходимости учитывать в составе потерь помимо прочего и субъективное значение результата договора для истца[3] и подчёркивал, что принцип pacta sunt servanda обязывает должника соблюдать и те спецификации, указанные кредитором, которые не имеют экономического значения[4].

---

[1] Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 19 февраля 2009 г. № КГ-А40/289-09. См. противоположный (юридически правильный) подход в постановлении Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 23 октября 2008 г. № А43-30615/2007-15-778 — третье лицо не является стороной договора.

[2] *Николаева А.* Принципы определения размера убытков: российская и зарубежная судебная практика // Хозяйство и право. 2006. № 8. С. 134.

[3] Ruxley Electronics and Construction Ltd. v. Forsyth [1996] A.C. 344.

[4] Ibid. at 360.

Фактически, речь шла о том, что потери истца — это то, что отделяет его от такого положения, как если бы договор был исполнен. Суть дела Ruxley Electronics and Construction Ltd. v. Forsyth и его значение как прецедента как раз и состоит в том, что истец не понёс никакого экономического ущерба от нарушения договора. Однако договор был нарушен, и потому суд посчитал справедливым взыскать с ответчика достаточно существенную компенсацию за нарушение права истца на надлежащее исполнение договора — судьи учли не только финансовый ущерб, но и сам факт неполучения желаемого результата договора.

В российском гражданском праве подобное решение невозможно. Смешение убытков с ущербом приводит к тому, что нарушение договора, которое не повлекло реального ущерба или упущенной выгоды, не позволяет получить хоть какое-либо возмещение убытков. Между тем, очевидно, что, например, если молодожёнам в гостинице не предоставляют заказанный специальный номер, а заселяют их в обычный, то компенсация одной только разницы в цене номеров будет явно неадекватной и несправедливой.

С точки зрения английской теории права «возмещение убытков» по российскому гражданскому праву не может считаться полным возмещением потерь, вызванных нарушением договора. Как отметил Б. Кут, простое возмещение ущерба, причинённого отсутствием надлежащего исполнения договора, ставит истца в положение *не хуже*, чем если бы договор был исполнен, однако это не что иное, как неправильная интерпретация принципа помещения истца в *такое же хорошее* положение, как если бы договор был исполнен[1]. Исходя из основного понятия убытков, английские и американские юристы считают справедливой только такую компенсацию, которая полностью учитывает интерес истца в исполнении договора[2].

Любопытно, что изначально идея недопустимости сведения ущерба от нарушения договора только к материальному вреду возникла именно среди теоретиков права, а в настоящее время посте-

---

[1] *Coote B.* Contract Damages, Ruxley, and the Performance Interest // The Cambridge Law Journal. 1997. Vol. 56. P. 540.

[2] См. *Webb Ch.* Performance and Compensation. Pp. 41–71; *Halson R., Pearce D.* Damages for Breach of Contract. Pp. 73–98.

пенно набирает популярность среди судей[1]. По сути, английские и американские правоведы сумели аргументировано изменить временный «перекос» своих правовых систем в сторону защиты только экономического интереса. Профессор английского частного права в Оксфордском университете Э. МакКендрик выразил суть современного подхода к ответственности за нарушение договора так: «договорное право — это нечто большее, чем только защита экономических интересов»[2]. Отсюда можно видеть, что совершенно неправильно мнение, будто в Англии «стороны связывают себя договором прежде всего не с целью получить исполнение, а с целью возместить потери, причиненные неисполнением, в денежной форме»[3].

Как сказано выше, есть основания считать, что текущие изменения в английском праве — это не что-то новое, а возвращение к изначальной традиции[4]. Таким образом, можно видеть, что сегодня английские и американские юристы уже полностью преодолели пагубное влияние на право теорий «либеральных» экономистов 60-х — 70-х гг. XX века (т.н. «Чикагской школы»), в первую очередь — теории «эффективного нарушения»[5], помимо прочего призывавшей полностью отказаться от присуждения исполнения в натуре и счи-

---

1 См.: *McKendrick E.* Breach of Contract and the Meaning of Loss // Current Legal Problems. 1999. Vol. 52. Oxford, 2000. P. 37–73.

2 *McKendrick E.* The Common Law at Work: the Saga of Alfred McAlpine Construction Ltd v. Panatown Ltd // Oxford University Commonwealth Law Journal. 2003. Vol. 3. № 2. P. 168.

3 *Куников А.А.* Определение размера убытков в английском праве: основные принципы и современные тенденции регулирования // Журнал российского права. 2004. № 12. С. 112. Впрочем, данное утверждение не только не имеет ничего общего с правом Англии, но и совершенно бессмысленно с точки зрения обычной логики.

4 Не случайно можно видеть возвращение к аргументации, аналогичной аргументации в таких старых прецедентах, как Clydebank Engineering Co. v. Don Jose Raimos Isquierdo y Castaneda (1905).

5 Впервые её выдвинул Р. Бирмингем (*Birmingham R.* Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency // Rutgers Law Review. 1970. Vol. 24. Pp. 273–284), однако название она получила в более поздней статье (*Goetz Ch., Scott R.* Liquidated Damages, Penalties, and the Just Compensation Principle: A Theory of Efficient Breach // Columbia Law Review. 1977. Vol. 77. Pp. 554–594), а главной апологетикой «эффективного нарушения» считается работа Ричарда Познера «Экономический анализ права» (*Posner R.A.* Economic Analysis of Law. Первое издание — Boston: Little Brown, 1972. Седьмое — Wolters Kluwer Law & Business, 2007).

тать приемлемой только денежную компенсацию экономического ущерба. Впрочем, даже в дни своей наивысшей популярности, теория «эффективного нарушения» разделялась в основном экономистами (и далеко не всеми) и подвергалась уничтожающей критике со стороны юристов[1]. Отмечавшийся советскими учёными отход от принципа *pacta sunt servanda* («если для коммерсанта более выгодным будет отказ от исполнения договора, то следует признать за ним такое право с возложением обязанности возмещения ущерба, причинённого неисполнением»[2]) был лишь временным явлением, а не тенденцией. К настоящему времени теория «эффективного нарушения» стала уделом маргиналов в силу противоречия не только изначальным принципам права Англии и США, но и вообще основополагающим правовым механизмам, о которых придумавшие теорию экономисты имели ошибочное представление[3].

В целом, можно сделать вывод, что понятие убытков в английском и американском праве по сравнению с понятием убытков в праве России позволяет более эффективно решать возникающие на практике проблемы. Такая оценка не является абстрактной, она означает, что в Англии и США судьи обладают возможностью принять во внимание намного больше значимых обстоятельств дела, а истцы могут получить более справедливую компенсацию, чем по

---

[1] См.: *Fried C.* Contract As Promise. Cambridge, 1982. Данная работа является наиболее значительным примером критики мнений «правовых экономистов» о договоре. См. также: *Friedman D.* The Efficient Breach Fallacy // The Journal of Legal Studies. 1989. Vol. 18. № 1. Pp. 1–24; *Macneil I.R.* Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky // Virginia Law Review. 1982. Vol. 68. № 5. Pp. 947–969; *Wilkinson-Ryan T.* Moral judgment and moral heuristics in breach of contract. Pennsylvania, 2008.

[2] *Кулагин М.И.* Избранные труды. М., 1997. С. 277. Данный исследователь считал, что указанная теория имеет целью только облегчение крупнейшим компаниям и монополиям погони за максимальной прибылью, но интересно, что он одновременно признавал противоречащий этому конспирологическому объяснению факт, что относительно некоторых видов договоров (с участием потребителей, по поводу недвижимого имущества и т.д.) западное законодательство и судебная практика по-прежнему (а иногда и с использованием новых средств) стремились обеспечить неукоснительное соблюдение договорных обязательств (там же).

[3] См.: *Eisenberg M.A.* Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law // California Law Review. 2005. Vol. 93. № 4. Pp. 975–1050; *McChesney F.S.* Tortuous Interference with Contract versus "Efficient" Breach: Theory and Empirical Evidence // The Journal of Legal Studies. 1999. Vol. 28. № 1. Pp. 131–186.

российскому гражданскому праву. Как можно видеть из приведённых выше примеров, теоретическое определение правового института самым прямым образом влияет на его сущность, поскольку неизбежно имеет вполне конкретные и важные для правоприменительной практики последствия.

§ 5. Некомпенсационные убытки

Общий и главнейший принцип института убытков в Англии и США состоит в том, что убытки присуждаются истцу как компенсация[1] — не для того, чтобы наказать ответчика и служить источником обогащения для истца, а только чтобы компенсировать действительно понесённый вред. Такое понимание убытков существует уже не одно столетие[2]. Другие базовые положения английской и американской доктрины убытков логично следуют из этой позиции.

Тем не менее, в Англии и США есть и такие виды убытков, которые нельзя назвать компенсационными в строгом смысле слова.

Во-первых, это номинальные убытки. Они присуждаются, если истец докажет факт нарушения договора, но не сможет подтвердить, что понёс в результате этого какой-то реальный ущерб[3]. Номинальные убытки так же, как и обычные, считаются воплощением древнего принципа «каждое правонарушение должно влечь правовую санкцию»[4]. Их могут добиваться специально в целях создания прецедента или для правоустановления, чтобы в суде были чётко установ-

---

[1] Tai Hing Cotton Mill Ltd v. Kamsing Knitting Factory [1979] A.C. 95 at 104 // Цит. по: http://www.worldlii.org.

[2] *Ibbetson D.J.* A Historical Introduction to the Law of Obligations. Oxford, 1999. P. 88; *Simpson A.W.B.* A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit. Oxford, 1987. P. 123.

[3] *Von Bar Ch., Drobnig U.* The interaction of contract law and tort and property law in Europe: a comparative study. München, 2004. P. 79; Freund v. Washington Square Press, 34 N.Y.2d 379, 357 N.Y.S.2d 857, 314 N.E.2d 419 (1974); Taylor v. Nationsbank, 365 Md. 166, 776 A.2d 645 (2001); Hydrite Chemical v. Calumet Lubricants, 47 F.3d 887 (7th Cir.1995); Evans v. Werle, 31 S.W.3d 489 (Mo.App.2000); Restatement of Contracts 2d § 346(2) // Здесь и далее Второй Свод договорного права цит. по правовой базе данных http://www.westlaw.com.

[4] Ashby v. White, 92 Eng.Rep. 126 (Q.B. 1703) // Цит. по: *Oleck H.L.* Cases on damages. Indianapolis, 1962. P. 4.

лены истинные права и обязанности участников спора (хотя для этой цели есть более ординарное средство — отдельный иск о правоустановлении, action for a declaration)[1].

Традиционный размер номинальных убытков в США — шесть центов или один доллар[2]. Но поскольку истец считается выигравшим дело даже при присуждении номинальных убытков, он получает также возмещение своих судебных издержек. Последние составляют довольно существенную сумму, а потому номинальные убытки часто называют «гвоздём, на который можно повесить издержки»[3].

Я думаю, что номинальные убытки являются ещё одним прямым следствием из понятия убытков как отдельной юридической категории, а не синонимом ущерба, понесенного стороной, чье право было нарушено. Как уже отмечалось выше, российские юристы обычно не могут привыкнуть к мысли о различии убытков и ущерба. Так, скорее всего именно по этой причине можно встретить мнение, будто номинальные убытки присуждаются «при отсутствии самих убытков» и не являются убытками как таковыми[4].

А.С. Комаров высказал ошибочное мнение, будто бы номинальные убытки показывают существование в «англо-американском праве» различия между понятиями «ответственность» и «убытки», поскольку в одном случае выясняется, имело ли место правонарушение, и устанавливается вид причинённого ущерба, а во втором — определяется размер понесённого ущерба и юридическая возможность его возмещения, а также размер денежной компенсации этого ущерба[5]. Различие понятий ответственности и убытков в английском и американском праве, конечно, присутствует, но есть оно и в российском гражданском праве. Тем не менее, никак нельзя противопоставлять ответственность и убытки. Гражданско-правовая ответственность — это санкция за правонарушение, вызывающая для

---

1 *McCormick C.T.* Handbook on the law of damages. Pp. 95–96.

2 Nicholas v. Pennsylvania State Univ., 227 F.3d 133 (3d Cir.2000) ($1); Patel v. Howard University, 896 F.Supp. 199 (D.D.C 1995).

3 Stanton v. New York & E. Ry., 59 Conn. 272, 282, 22 A. 300, 303 (1890); Camino Real v. Wolfe, 119 N.M. 436, 891 P.2d 1190 (1995).

4 *Савенкова О.В.* Возмещение убытков в современном гражданском праве. С. 20.

5 *Комаров А.С.* Ответственность в коммерческом обороте. С. 38.

нарушителя отрицательные последствия в виде лишения субъективных гражданских прав либо возложения новых или дополнительных гражданско-правовых обязанностей[1]. Убытки же являются одной из важнейших форм (мер) ответственности, и в данном случае в английском и американском праве нет применения какой-то абстрактной ответственности, а есть чёткое применение вполне конкретного вида убытков — номинальных, которые отличаются от обычных только размером, а в остальном имеют абсолютно то же содержание и ту же цель — дать максимально полную замену исполнению в натуре.

По российскому праву взыскать номинальные убытки невозможно в принципе, поскольку они никак не могут быть отнесены к реальному ущербу или упущенной выгоде. Номинальные убытки — это чисто юридический приём, который подразумевает гораздо более сложное и развитое понятие убытков, чем сведение их к экономическому ущербу. Хотя правоустанавливающее значение номинальных убытков в большинстве случаев не так важно, они очень полезны как минимум для того, чтобы пострадавшая от нарушения договора сторона возместила свои судебные издержки: ведь в случае, если бы нарушения договора вообще не было, кредитор не обращался бы в суд и не тратил бы на это время и деньги. Номинальные убытки позволяют истцу хотя бы не бояться того, что он понесёт ещё больше ущерба, потратившись на юридическую помощь и пошлины.

Можно полностью согласиться с В.В. Витрянским, что отказ в иске в случае, когда удаётся доказать нарушение договора, но не удаётся доказать точного размера ущерба, — это решение, которое слишком упрощает ситуацию и не учитывает всего многообразия вариантов, возникающих на практике, а потому российскому гражданскому праву необходимо воспринять опыт зарубежного законодательства[2]. При этом, в случае, когда факт причинения существенного ущерба очевиден (не установлен только его точный размер), ещё можно попробовать опереться на ст. 6 ГК РФ[3], но номинальные

---

[1] *Иоффе О.С.* Обязательственное право. С. 97.

[2] *Витрянский В.В.* Договорное право. С. 647–649.

[3] Там же. С. 649.

убытки не смогут быть взысканы в рамках российского права, пока убытки будут пониматься как синоним ущерба.

Другой разновидностью некомпенсационных убытков являются штрафные убытки.

Недопущение штрафных убытков, т.е. таких, которые явно превышают ущерб истца, является одним из принципов английского права. Точнее, считается, что нельзя допускать взыскания убытков, если их цель не в компенсации ущерба истца и не в лишении ответчика прибыли, полученной от нарушения договора, а в том, чтобы выразить неодобрение суда по поводу поведения ответчика, например, неодобрение того, что он умышленно совершил правонарушение, чтобы получить прибыль[1].

По общему правилу штрафные убытки в Англии не могут быть присуждены в случае чисто договорных отношений, поскольку цель рассмотрения таких дел — дать компенсацию истцу, а не наказать ответчика. Штрафные убытки невозможны даже тогда, когда ответчик нарушил договор совершенно осознанно, понимал последствия нарушения, но рассчитывал получить благодаря этому более высокую прибыль. Тем не менее, если поведение ответчика вызывает особенно сильное возмущение судей, суд иногда может достичь результата штрафных убытков другими способами, например, назначив убытки за ущерб чувствам истца[2]. Теоретически такие убытки должны компенсировать психические страдания истца, а не наказывать ответчика, но на практике разницу трудно описать и — особенно со стороны ответчика — почувствовать.

Если же иск касается не только договорных правоотношений, но и правоотношений, проистекающих из деликта, истец может добиться штрафных убытков по деликтному праву[3]. Например, когда землевладелец незаконно выселил своего арендатора, он одновременно и нарушил договор, и совершил деликт посягательства (a tort of a tres-

---

[1] *Treitel G.* The law of contract. P. 872.

[2] Например, Chelini v. Nieri 196 P. 2d 915 (1948).

[3] Английское деликтное право (law of tort) не является полным аналогом российского деликтного права. По общему правилу оно касается деяний, являющихся правонарушениями по своей природе, а не в силу договора (хотя деяние может оказаться одновременно и деликтом, и нарушением договора). Убытки в деликтном праве определяются по иным критериям, нежели в договорном праве.

pass), а потому суд с полным правом присудил убытки в таком размере, что они имели явно штрафной характер[1].

Открытым остаётся вопрос о допустимости штрафных убытков по делам, где нарушение договора одновременно было деликтом мошенничества (deceit), но вовсе не потому, что некоторые судьи хотят уменьшить размер ответственности правонарушителя. Дело в том, что, с одной стороны, мошенничество всегда совершают с целью извлечения прибыли, так что правило применения штрафных убытков соблюдено, а с другой стороны, мошенничество влечёт также и уголовную ответственность, так что при штрафных убытках ответчик дважды понесёт наказание за одно деяние. Сэр Гюнтер Трейтель отметил, что, хотя в США в таких случаях допускают штрафные убытки, в Англии продолжают существовать противоположные точки зрения[2].

Штрафные убытки надо отличать от т.н. множественных убытков, которые нацелены на принуждение стороны договора к какому-либо деянию, а не на выражение неодобрения суда. Например, Landlord and Tenant Act 1730 предусматривает, что арендатор, который продолжает занимать недвижимость после получения уведомления о прекращении аренды, будет платить за период незаконного пользования из расчёта стоимости годовой аренды, умноженной на два[3].

Как мне кажется, в данном случае имеет место терминологическая уловка английских правоведов. Категория «множественных убытков» на практике оказывается категорией «разрешённых штрафных убытков» в том смысле, что они превышают размер понесённого истцом ущерба. Всё равно, как это называется — «принуждение», «выражение неодобрения» или «наказание», — суть остаётся одинаковой.

Можно сделать вывод, что компенсационная природа убытков в Англии вовсе не означает невозможности взыскания с ответчика большей суммы, чем сумма понесённого истцом ущерба. Не допускаются только такие убытки, которые являются актом обществен-

---

[1] Drane v Evangelou [1978] 1 W.L.R. 455 // Цит. по: *Samuel G.* Law of Obligations and Legal Remedies. Routledge, 2001. P. 206.

[2] *Treitel G.* The law of contract. P. 873

[3] Цит. по: http://www.opsi.gov.uk.

ного нарушения правонарушителя, но фактически эффект штрафных убытков иногда может быть достигнут и другими способами, как в иске по договорным правоотношениям, так и средствами деликтного права.

В намного большей степени штрафные убытки распространены в практике судов США. Там они присуждаются открыто, без использования юридических уловок и эвфемизмов, и представляют собой инструмент наказания злонамеренного, умышленного и безответственного поведения[1]. Их назначают, чтобы предостеречь нарушителя и других лиц от подобных поступков в будущем. Вопрос о штрафных убытках в США всегда был одним из существенных, особенно при рассмотрении дел из деликтов[2]. Преобладание штрафных убытков многие даже считают одной из характерных черт американского частного права, хотя тенденции к увеличению размера штрафных убытков заметны во многих странах[3]. Баснословный размер штрафных убытков США даже породил множество невероятных историй — мифов, которые американские юристы безуспешно стараются развеять[4].

Что касается величины присуждаемых сумм, то с 1970-х годов ситуация оставалась довольно стабильной, и лишь в 1990-х годах было отмечено резкое увеличение взимаемых сумм. В 2001 г. объем штрафных убытков в целом по стране достиг 162 млрд долл. США, при этом по разным спорам наблюдался весьма ощутимый разрыв: только в одном деле штрафные убытки составили 10 млрд долл[5]. Начиная с 2002 г. статистика обнаруживает заметную тенденцию роста

---

[1] *Polinsky A. M., Shavell S.* Punitive Damages: An Economic Analysis // Harvard Law Review. 1998. Vol. 111. Pp. 869–962; *McCormick C. T.* Handbook on the law of damages. Pp. 275–299.

[2] См.: *Zipursky B.C.* A Theory of Punitive Damages // Texas Law Review. 2005. November. Vol. 84. Pp. 105–171.

[3] См.: *Gotanda J.Y.* Punitive Damages: A Comparative Analysis // Columbia Journal of Transnational Law. 2003. Vol. 42. Pp. 391–444.

[4] См.: *Ryan P.S.* Revisiting the United States Application of Punitive Damages: Separating Myth from Reality // ILSA Journal of International and Comparative Law. 2003. Vol. 10. № 1. P. 69.

[5] *Chanenson S.L., Gotanda J.Y.* The Foggy Road for Evaluating Punitive Damages: Lifting the Haze from the BMW/State Farm Guideposts // University of Michigan Journal of Law Reform. 2004. Vol. 37. Issue 2. P. 441.

присуждаемых сумм штрафных убытков[1]. Компенсационные убытки всегда значительно уступали штрафным, но тенденции их увеличения и уменьшения были идентичны[2]. Правда, в начале XXI века произошло резкое увеличение компенсационных убытков – по величине они стали догонять штрафные[3]. В 2003 г. Верховный Суд США попытался ограничить верхний предел штрафных убытков в сравнении с компенсационными: должно иметь место «соотношение одноцифровых чисел», то есть размер штрафных убытков должен соотноситься с размером компенсационных убытков меньше, чем 10:1[4]. Однако, несмотря на то, что большинство судов восприняли это новшество, нередки и исключения[5].

Взлёт штрафных убытков в конце XX века критически оценивается многими специалистами. Например, Э. Себок считает, что судьи не могут внятно объяснить сторонам и их адвокатам цель штрафных убытков[6]. По мнению некоторых юристов, проблема заключается в том, что Верховный Суд США, допуская штрафные убытки в большом количестве дел, повёл судебную практику, касающуюся вопроса о штрафных убытках, в совершенно неправильном направлении[7]. Однако не подлежит сомнению, что штрафные убытки продолжат наступление и в XXI веке.

---

1 *Eisenberg Th., Hans V.P., Wells M.T.* The Relation Between Punitive and Compensatory Awards: Combining Extreme Data With the Mass of Awards // Cornell Legal Studies Research Paper No. 06-026 (September 11, 2006). Pp. 1–26.

2 Другие исследователи статистики считают, что размеры компенсационных и штрафных убытков никак не связаны см. *Eisenberg Th., Wells M.T.* The Significant Association between Punitive and Compensatory Damages in Blockbuster Cases: A Methodological Primer // Journal of Empirical Legal Studies. 2006. Vol. 3. P. 169.

3 *Eisenberg Th., Hans V.P., Wells M.T.* The Relation Between Punitive and Compensatory Awards: Combining Extreme Data With the Mass of Awards. Pp. 1–26.

4 State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell (2003) 538 U.S. 408 [123 S.Ct. 1513, 155 L.Ed.2d 585].

5 Punitive Damages: Review / Ed. *Volkmeiler Ch.* New York, 2006. P. VIII.

6 *Sebok A.J.* Punitive Damages: From Myth to Theory // Iowa Law Review. 2007. Vol. 92. Pp. 957–1036; *Sebok A.J.* What Did Punitive Damages Do? Why Misunderstanding the History of Punitive Damages Matters Today // Chicago-Kent Law Review. 2003. Vol. 78. № 1. Pp. 101–140.

7 *Krauss M.I.* Punitive Damages and the Supreme Court: A Tragedy in Five Acts // Cato Supreme Court Review. 2006–2007. Pp. 315–334; *Spencer A.B.* Due Process and Puni-

В делах из нарушения договора по общему правилу штрафные убытки присуждаться не должны, каким бы вопиющим ни было поведение ответчика[1]. За это американские суды часто подвергаются критике сторонников штрафных убытков[2]. При этом никогда не делалось попыток научно обосновать необходимость ограничения сферы применения штрафных убытков только деликтами.

В то же время штрафные убытки в США всегда присуждаются, если нарушение договора одновременно является деликтом, совершенным умышленно или по неосторожности[3]. Кроме того, они взыскиваются, когда нарушение договора сопряжено с намеренным или безответственным нарушением фидуциарной обязанности, даже если отсутствует состав деликта[4]. В некоторых штатах допускаются

---

tive Damages: The Error of Federal Excessiveness Jurisprudence // Southern California Law Review. 2006. Vol. 79. Issue 5. Pp. 1085–1154

[1] U.S. v. Meritt Meridian Constr., 95 F 3d 153 (2d Cir.1996), Berkla v. Corel, 302 F 3d 909 (9th Cir 2002); Weber v. Domel, 48 S.W.3d 435 (Tex.app.2001), Francis v. Lee Enter., 89 Hawai'I 234, 971 P 2d 707 (1999), Boros v. Baxley, 621 So. 2d 240, 245 (Ala 1993); Corson v. Universal Door Sys., Inc., 596 So. 2d 565, 572 (Ala. 1991), John Decre Indus. Equip. Co. v. Keller, 431 So. 2d 1155, 1157 (Ala. 1983), Geohagan v. General Motors Corp., 279 So. 2d 436, 438 (Ala. 1973), Freeman & Mills, Inc. v. Belcher Oil, 11 Cal. 4th 85, 900 P 2d 669, 44 Cal. Rptr. 2d 420 (1995), Brodeur & Co., CPAs, P.C. v. Charlton, 2003 Conn. Super. Lexis 2833. Universal Commercial Code (далее — UCC), § 1-106(1), § 1-305 // Здесь и далее UCC цит. по Cornell University Law School site http://www.law.cornell.edu/ucc/. Restatement of Contracts 2d § 355.

[2] *Sullivan T.J.* Punitive Damages in the Law of Contract // Minnesota Law Review. 1977. Vol. 61. Pp. 207–237.

[3] В деле Gateway Technologies v. MCI, 64 F 3d 993 доказательство того, что нарушение договора не составляло деликта, не дало взыскать штрафные убытки; в деле Klingbiel v. Commercial Credit Corporation, 439 F.2d 1303 (10th Cir.1971) было доказано незаконное присвоение имущества и потому взысканы штрафные убытки, в деле El Ranco v. The First National Bank of Nevada, 406 F.2d 1205 (9th Cir.1968) были доказаны сговор ответчиков и умышленное нарушение прав и интересов истца, что дало право на штрафные убытки, в деле General Motors v. Piskor, 281 Md. 627, 381 A 2d 16, 93 ALR3d 1097 (1977) нарушение договора было сопряжено с нападением и незаконным лишением свободы, что дало право на штрафные убытки. Отсутствие признаков деликта стало препятствием для взыскания штрафных убытков в следующих делах: New York University v. Continental Ins., 87 N.Y.2d 308, 639 N.Y.S.2d 283, 662 N.E.2d 763 (1995), Ciba-geigy v. Murphree, 653 So.2d 857 (Miss 1994).

[4] Примеры взыскания штрафных убытков: Brown v. Coates, 253 F.2d 36, 67 ALR2d 943 (D.C.Cir.1958), 33 N.Y.U. L. rev. 878 (1958) — нарушение договора броке-

штрафные убытки в случае любого нарушения договора, если оно содержит элементы мошенничества, злого умысла, крайней небрежности или принуждения[1].

На практике чаще всего штрафные убытки выплачивают страховые компании, которые умышленно отказались удовлетворить обоснованные требования клиентов — в силу особого содержания договора страхования это расценивается как деликт[2]. В Калифорнии и Монтане данное правило некоторое время распространялось, помимо страховщиков, на всех нарушителей договоров, подразумевавших «добросовестность и честность», но вскоре оба штата отказались от такого нововведения[3]. Ту же ответственность несут работодатели, нарушившие договор с работником, особенно если при этом выявлены элементы дискриминации, сексуальных домогательств, оскорблений и т.п.[4]

Таким образом, по количеству случаев присуждения штрафных убытков в делах из нарушения договора США существенно обогнали

ром недвижимости, International Brotherhood of Boilermakers, Iron Shipbuilders, Blacksmiths, Forgers and Helpers v. Braswell, 388 F.2d 193 (5th Cir.1968) — незаконное исключение из членов союза; Hoche Productions v. Jayark Films, 256 F.Supp. 291 (S.D.N.Y.1966) — распространитель фильма мошенничал при расчёте валовой прибыли; Wagman v. Lee, 457 A.2d 401 (D.C.App.1983) — адвокат выступал агентом при покупке недвижимости и использовал вверенный ему депозит покупателя, чтобы эту недвижимость купило другое лицо. В связи с этим предпринимаются и попытки обосновать расширение понятия фидуциарных отношений, см. *Scallen E.* Promises Broken vs. Promises Betrayed: Metaphor, Analogy, and the New Fiduciary Principle // University of Illinois Law Review. 1993. Vol. 45. № 4. Pp. 897–980.

1 Watson v. Johnson Mobile Homes, 284 F.3d 568 (5th Cir.2002); Public Service Co. v. Diamond D. Constr., 131 N.M. 100, 33 P.3d 651 (N.M.App.2001), Beck v. Moishe's Moving & Storage, 167 Misc.2d 960,641 N.Y.S.2d 517 (1995), Gross v. Lowder Realty Better Homes & Gardens, 494 So. 2d 590, 597 n.4 (Ala. 1986), G.K.T., Inc. v. Jackson, 2000 Del. C.P. LEXIS 32.

2 Gruenberg v. Aetna Ins., 9 Cal.3d 566, 108 Cal.Rptr. 480, 510 P.2d 1032 (1973); Miller v. Byrne, 916 P.2d 566 (Colo.App.1995).

3 Это подробно описано в решении по делу Freeman & Mills v. Belcher Oil, 11 Cal.4th 85, 900 P.2d 669, 44 Cal.Rptr.2d 420 (1995). См. также: *Cohen M. H.* Reconstructing Breach of the Implied Covenant of Good Faith and Fair Dealing as a Tort // California Law Review. 1985. Vol. 73, № 4. Pp. 1291–1331; *Bishop W.* The Contract-Tort Boundary and the Economics of Insurance // The Journal of Legal Studies. 1983. Vol. 12. № 2. Pp. 241–266.

4 Punitive Damages Review. Ed. *Volkmer Ch.* P. III.

своего «родственника» по правовой семье. Английские юристы считают американскую практику достойной подражания и утверждают, что вопрос не в том, взыскивать ли штрафные убытки за нарушение договора, а в том, *когда* это можно делать[1]. Тем не менее, надо помнить, что в действительности штрафные убытки не занимают в судебной практике США того места, которое им приписывают журналисты и обыватели. Как можно видеть из вышеприведённых примеров, взыскание штрафных убытков допустимо в случае нарушения только некоторых видов договоров.

Полагаю, американская практика назначения штрафных убытков за нарушение договоров вполне может быть признана полезной и обоснованной, и их пользу нельзя отрицать исключительно по идеологическим соображениям, поскольку признание их системой права тоже подразумевает определённую идеологию[2].

Прежде всего, штрафные убытки оказываются эффективным средством стимулирования правомерного поведения. Действительно, в них можно видеть элемент уголовного или административного права, но считать ли это недостатком[3]?

Установленные в административном праве штрафы редко бывают адекватными: чаще всего они откровенно смехотворны с точки зрения крупной организации, к тому же не всякое нарушение до-

---

[1] *Tetenborn A.M.* Punitive Damages – A View from England // San Diego Law Review. 2004. Vol. 41. Pp. 1551–1564.

[2] Хотя американское и английское право допускают различные виды штрафных убытков, никто не считает, будто эти исключения нарушают правило компенсационности санкций за нарушение договора. Приверженность английских и американских судов принципу исключительно компенсационного характера даже привела, например, А.С. Комарова к ошибочному мнению, будто в Англии и США взыскание штрафных убытков вообще невозможно (*Комаров А.С.* Указ. соч. С. 35–36).

[3] Исследование того, как бе различно нарушители могут относиться к компенсационным убыткам, смешным по сравнению с прибылями от правонарушения, было проведено на японском опыте строительства недвижимости Махито Окурой: *Okura M.* Incentives of Compensatory Damages and Disincentives of Insurance Coverage in the Case of Defective Housing // Icfai Journal of Risk & Insurance. 2007. Vol. 4. № 3. Pp. 19–31. Это исследование не может не напомнить распространённый афоризм о том, что капитализм не остановится ни перед каким преступлением, если оно даст ему возможность получить 300% прибыли. Соответственно, важная функция права состоит в том, чтобы правонарушения не могли приносить прибыль.

говора содержит состав административного правонарушения. Зато штрафные убытки всегда существенны для ответчика, поскольку рассчитываются судом индивидуально, но не произвольно, а, например, исходя из соотношения с дневной выручкой организации-нарушителя[1].

Другим преимуществом штрафных убытков является то, что они действительно стимулируют жертву нарушения договора к тому, чтобы обратиться в суд и привлечь к ответственности нарушителя. Во-первых, одно то, что штрафные убытки в отличие от административных штрафов поступают пострадавшему лицу, а не государству, повышает мотивацию истца в процессе. Во-вторых, штрафные убытки делают выгодным привлечение к ответственности за такое нарушение договора, где обычные компенсационные убытки слишком малы и делают судебный процесс нецелесообразным, если учесть издержки и затраченное время.

Анализируя то, в каких случаях в договорном праве США допускаются штрафные убытки, можно увидеть, что это всегда дела с неким дополнительным элементом, например, фидуциарным, когда нарушение договора подрывает особое доверие истца к ответчику, вызванное их отношениями или самой сутью профессии ответчика, дела, в которых поведение ответчика особенно достойно демонстративного общественного осуждения[2].

Если помнить это, то штрафные убытки на самом деле оказываются компенсацией за те нарушенные интересы, которые не учтены обычными убытками[3], а также за последствия нарушения дого-

---

[1] Исследования доказывают, что в 98% случаев установления откровенно гигантских сумм штрафных убытков это было инициативой присяжных, а не профессиональных судей, т.е. профессиональный судья в основном применяет штрафные убытки сдержанно и обоснованно: *Hersch J., Viscusi W.K.* Punitive Damages: How Judges and Juries Perform // Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 362 May 2002. Pp. 1–59.

[2] См.: *Leslie E.J.* Formulating Standards for Awards of Punitive Damages in the Borderland of Contract and Tort // California Law Review. 1986. Vol. 74. № 6. Pp. 2033–2060.

[3] В частности, Пей-Вон Ли отмечает, что штрафные убытки можно рассматривать не как кару со стороны государства, а как возмещение одной стороны другой за нарушение нематериальных прав, то есть штрафные убытки тоже служат компенсационной цели: *Lee P.-W.* Contract Damages, Corrective Justice and Punishment // Modern Law Review. 2007. Vol. 70. № 6. Pp. 887–907.

вора, неподдающиеся денежному выражению (например, необходимость несколько лет доказывать в суде своё право на получение страховки[1]). Эти черты штрафных убытков не связаны с особенностями именно американской правовой системы, а потому штрафные убытки за определённые виды нарушений договоров могли бы быть реализованы и в любой другой стране, в том числе в российском договорном праве. Особенно полезными штрафные убытки представляются в тех случаях, когда юридическое лицо или профессиональный предприниматель нарушает договор с потребителем — заведомо слабейшей стороной, за нарушение прав которой часто можно взыскать слишком незначительные компенсационные убытки. Тем более, если речь идёт о нарушении договора крупной корпорацией, которая легко может позволить себе заплатить незначительную для себя сумму в одном из миллиона случаев, когда потерпевшая сторона не только решила обратиться в суд, но и довела дело до конца, а административные штрафы, которые реально взыскать с нарушителя, явно малы[2].

Исходя из этого, я думаю, что штрафные убытки не должны «приниматься в штыки» даже теми, кто отстаивает сугубо компенсационный характер возмещения убытков в гражданском праве. Тем более, что настоящая и полная компенсация в буквальном смысле этого слова возможна только в рамках теории «эффективного нарушения договора», а современные компенсационные убытки имеют много черт, противоречащих этой теории, идущих вразрез с представлениями об истинной компенсации всем затронутым лицам[3].

---

[1] Ещё в середине XIX века необходимость компенсации за потраченное время отстаивал Теодор Седжвик, тот самый юрист, который впервые сформулировал принцип предвидимости ущерба для англосаксонского права (*Sedgwick T.* A treatise on the measure of damages. P. 33).

[2] Подобная ситуация сегодня нередка, хотя напоминает анекдот времён Древнего Рима о человеке, который после внезапной и сильной инфляции хлестал горожан по лицу и тут же выплачивал им полагающийся по закону штраф, который совершенно обесценился.

[3] См.: *Kar R.B.* Contract Law and the Second-Person Standpoint: Why Efficiency-Maximization Principles Can Neither Explain Nor Justify the Expectation Damages Remedy // Loyola of Los Angeles Law School Legal Studies Paper No. 2008-2. February 2008. Pp. 34.

Компенсационные убытки даже иногда фактически приобретают черты штрафных[1].

Таким образом, отрицание необходимости штрафных убытков логично только в том случае, если оно сочетается с отрицанием необходимости защищать принцип pacta sunt servanda. Если же этот принцип считается необходимым для стабильности гражданского оборота, то штрафные убытки следует рассматривать как дополнительное средство его защиты в исключительных случаях.

---

[1] Например, Брюс Чапман видит явные черты штрафа в компенсационных убытках, возмещающих элемент оскорбления чувств истца особо недобросовестным поведением ответчика (aggravated damages, буквально — убытки при отягчающих обстоятельствах) *Chapman B.* Punitive Damages as Aggravated Damages The Case of Contract // Canadian Business Law Journal. 1990. Vol 16. Pp. 269–280.

ГЛАВА 2

Понятие экономического ущерба в праве Англии, США и России

§ 1. Понятие и виды экономического ущерба в праве Англии, США и России

В праве РФ убытки разделяются на реальный ущерб и упущенную выгоду. Согласно п. 2 ст. 15 ГК РФ реальным ущербом считаются: 1) расходы, которые лицо, чьё право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, а также 2) утрата или повреждение имущества. Упущенной выгодой признаются 1) доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено, или 2) сумма, не меньшая, чем доходы, которые должник получил вследствие нарушения договора.

В праве Англии и США экономический ущерб включает любой вред личности или имуществу истца либо любой другой вред его «экономическому положению»[1]. При этом ущерб имуществу включает повреждение или уничтожение каких-либо вещей, а вред «экономическому положению» истца означает денежное выражение того, насколько положение истца ухудшилось по сравнению с тем, каким бы оно было в результате надлежащего исполнения договора. Например, если продавец в нарушение договора не может доставить то-

[1] *Treitel G.* The law of contract. P. 869.

вар в срок, покупатель несёт ущерб в виде отсутствия у него товара или отсутствия у него товара в установленный момент времени.

Приведённое определение ущерба имеет максимально широкий характер, что помогает применять его в любых, самых нестандартных ситуациях. Критерием для судов служит правило о том, что при определении наличия ущерба учитывается общее положение пострадавшего. Принимается во внимание, что именно он уже получил по нарушенному договору и от каких обязательств по договору он оказывается освобождён.

Например, если покупатель ещё не оплатил товар и неисполнение другой стороны освобождает его от этой обязанности, его ущерб будет равняться стоимости товара минус его цена по договору, и если он обязывался заплатить за товар его реальную стоимость, может оказаться, что покупатель вовсе не понёс ущерба. В любом случае именно ответчик обязан доказывать, что позиция истца в результате нарушения договора при учёте всех плюсов и минусов не ухудшилась по сравнению с тем, какой она была бы, если бы договор был исполнен. Данное правило сформулировано в решении по делу Featherstone v. Wilkinson[1].

Нельзя обязать ответчика заплатить такую сумму, которая поставила бы истца в лучшее положение, чем то, в котором он бы находился, если бы договор был надлежащим образом исполнен. Этот принцип хорошо прослеживается в деле Phillips v. Ward[2], из материалов которого следует, что оценщик в нарушение договора не привлёк внимание клиента к тому факту, что потолочные балки дома, который клиент намеревался купить, немного подгнили. Суд постановил, что клиент должен получить возмещение убытков, но убытки не должны рассчитываться исходя из стоимости замены испорченной древесины на качественную: такая компенсация поставила бы клиента в лучшее положение, чем то, в котором он оказался бы при соблюдении договора, поскольку новые балки стоят дороже, чем поддержание в нормальном состоянии старых. Поэтому клиент получил только разницу между ценой, которую он уплатил за дом, и на-

---

[1] Featherstone v. Wilkinson (1873) L.R. 8 Ex. 122, далее разъяснено в деле The Baleares [1993] 1 Lloyd's Rep 215 at 232–234.

[2] Phillips v. Ward [1956] 1 W.L.R. 471 // Цит. по: *Oughton D.W.* Sourcebook on contract law. London, 2000. P. 622.

стоящей стоимостью дома в момент покупки, т.е. убытки равнялись сумме, на которую снизилась бы цена дома, если бы оценщик добросовестно выполнил свою обязанность.

Указанное правило, в соответствии с которым положение истца не может стать лучше, чем оно было бы в случае надлежащего исполнения договора, имеет несколько исключений.

Во-первых, оно не препятствует возмещению убытков, которые истец понёс, ликвидируя последствия нарушения договора. Приведем характерный пример. В деле Harbutt's "Plasticine" Ltd v. Wayne Tank & Pump Co. Ltd[1] речь шла о фабрике истца, сгоревшей из-за нарушения договора ответчиком. Суд разрешил истцу взыскать с ответчика полную стоимость строительства новой фабрики, хотя это и улучшало положение истца: вместо старой фабрики он получил новую, причем стоящую дороже. На мой взгляд, такое решение объясняется тем, что никаких более справедливых вариантов разрешения спора предложить было нельзя.

Во-вторых, при решении вопроса о применении рассматриваемого правила учитывается суть нарушенного договора и характер улучшения положения истца. Например, в результате непрофессиональной консультации клиент неудачно вложил средства и в итоге потерял их. Присуждая истцу возмещение убытков в полном размере, суд решил не принимать в расчет тот факт, что перед потерей инвестиций истец получил некоторую прибыль и потратил её на своё проживание[2]. Эта трата не принесла истцу «постоянного блага», цель договора состояла в получении клиентом увеличенной прибыли, и само собой разумеющимся было то, что он потратит часть её таким образом.

В-третьих, изложенный в деле Phillips v. Ward принцип не требует принимать во внимание прибыль, полученную истцом по иному договору с ответчиком, отличному от того, который не был исполнен. Так, если между истцом и ответчиком заключены два договора, один из которых ответчик исполнил, а второй нарушил, при расчёте убытков исследуется только суть второго договора.

Иногда возникает вопрос: имеет ли истец право на возмещение убытков, если надлежащее исполнение договора ответчиком всё рав-

---

[1] Harbutt's "Plasticine" Ltd v. Wayne Tank & Pump Co. Ltd [1970] 1 Q.B. 447.

[2] R. v. Investors Compensation Scheme, ex p. Bowden [1995] 4 All E.R. 598 at 640

но не принесло бы истцу никакой экономической пользы? Судебная практика пришла к тому, что этот факт не может лишить истца права на убытки[1]. Предполагаемое использование результата исполнения договора способно повлиять только на размер убытков. Например, арендодатель может получить меньшее возмещение за нарушение арендатором обязательства, состоящего в ремонте арендуемой недвижимости, если арендатор докажет намерение арендодателя снести эту недвижимость[2].

Дальнейшая конкретизация видов ущерба в Англии и США производится через выделение следующих видов ущерба. Традиционно выделяют: 1) потерю предмета договора; 2) расходы, основанные на договоре; 3) реституционные убытки. Кроме того, имеется категория побочного и косвенного ущерба.

Потеря предмета договора является главным видом ущерба[3]. Формально защита ожидаемого предмета договора опирается на прецедент Robertson v. Harman. В этом деле судьи сформулировали традиционное для английского права определение цели возмещения убытков за нарушение договора: эта цель состоит в том, чтобы поместить пострадавшую сторону «насколько это могут сделать деньги... в такое же положение... *как если бы договор был исполнен*»[4]. Отсюда был сделан вывод, что пострадавшая сторона имеет право на компенсацию за потерю предмета сделки, на защиту ожидаемого результата договора (loss of bargain)[5]. На самом деле, возмещение убытков на основании ожиданий сторон (expectation damages) было вообще исторически первым методом их исчисления в английском праве, корни которого замечают ещё в XVI веке[6], в то время, как все осталь-

---

1 Clydebank Engineering Co v. Don Jose Ramos Isquierdo y Castaneda [1905] A.C 6 // Цит. по: www.govanlc.com.

2 Landlord and Tenant Act 1927, s. 18 (1) // Цит. по: http://www.opsi.gov.uk.

3 *Friedmann D.* The Performance Interest in Contract Damages // Law Quartely Review 1995. Vol. 111. P. 628; Calamari and Perillo on Contracts. P. 566.

4 Robertson v. Harman (1848) 1 Ex. 850, 855.

5 Если имеет место договор, заключённый в пользу третьего лица, то учитываются ожидания результата договора третьим лицом, даже если оно не участвует в деле *Stone R.* The Modern Law of Contract. Routledge, 2005. P. 139.

6 *Ibbetson D.J.* A Historical Introduction to the Law of Obligations. Oxford, 1999. P. 213.

ные основания для расчёта убытков оформились только в XIX веке[1]. Имеется в виду результат договора в целом, так что никак нельзя согласиться с А.В. Жарским, который считает, будто целью договорного права в «англо-американском праве» «является гарантировать каждой стороне получение того материального результата, который был обещан по договору»[2].

Компенсация ожиданий пострадавшей стороны — это главное отличие возмещения договорных убытков от возмещения деликтных убытков. Пострадавшая сторона по деликтному праву может получить только возмещение, имеющее целью поставить её в такое положение, *как если бы деликт вовсе не был совершён*. Как и понимание цели убытков в договорном праве, подобный подход к убыткам из деликтов характерен для английского права со Средневековья[3].

Для расчёта убытков на основе ожидаемого результата договора первым и важнейшим вопросом при споре об убытках является установление настоящей сущности нарушенного договора. Именно объём ожидаемого исполнения определяет, какой именно ущерб является убытками, подлежащими возмещению. Например, на размер убытков будет влиять тот факт, предусматривает ли договор простое предоставление информации клиенту или совет относительно ведения бизнеса. Это отличие основано на прецеденте Banque Bruxelles Lambert S.A. v. Eagle Star Insurance Co. Ltd, касающемся выдачи кредита под залог недвижимости, стоимость которой ответчик оценил ошибочно[4]. Кредит не был возвращён, а при обращении взыскания на залог выяснилось, что недвижимость мало того, что была оценена дороже, чем стоила на момент выдачи кредита, так ещё и упала в цене в связи с колебаниями рынка.

Если бы ответчик давал истцу совет согласиться на такой залог, он бы отвечал за все последствия своего совета, то есть в размере разницы между выданным кредитом и суммой, вырученной от продажи залога. Однако ответчик по договору обязан был просто оценить не-

---

1 *Ibbetson D.J.* A Historical Introduction to the Law of Obligations. Oxford, 1999. P. 213.

2 *Жарский А.В.* Возмещение убытков в международном коммерческом обороте // Журнал российского права. 2001. № 5. С. 87.

3 *Simpson A.W.B.* A History of the Common Law of Contract. The Rise of the Action of Assumpsit. P. 582.

4 Banque Bruxelles Lambert S.A. v. Eagle Star Insurance Co. Ltd [1997] A.C. 191.

движимость, а потому отвечал лишь в размере разницы между настоящей ценой дома в момент оценки и той, которую он назвал истцу, поскольку изучение колебаний рынка не входило в его обязанности по ненадлежаще исполненному договору.

Хочу подчеркнуть, что «результат договора» устанавливается только в результате анализа всей совокупности обязанностей по договору. Так, в данном случае недостаточно было узнать, что консультант должен был оценить недвижимость — имело значение и то, для чего эта оценка была нужна. Таким образом, рассматривается не только материальная, но и нематериальная сторона сделки. Анализ текста договора тоже не всегда может оказаться достаточным, ведь конечная цель суда — установить, что именно видели результатом стороны договора, а это может быть отражено в различных документах. Более того, сегодня английские юристы считают, что к возмещению ожидаемого результата договора следует подходить гибко, и потому в одних случаях истцы получают больше, чем ожидали от исполнения ответчика (как в вышеописанном случае с постройкой новой фабрики), а в других случаях — наоборот, меньше, в зависимости от того, что будет наиболее справедливым[1].

Отдельно регулируется установление результата договора в случае альтернативного обязательства. Если договор предоставлял стороне, нарушившей его, выбор из различных вариантов исполнения, то по общему правилу при расчёте убытков следует исходить из предположения, что ответчик бы действовал наименее обременительным для себя и наименее выгодным для истца образом[2]. Таким образом, например, если договор позволяет судонанимателю выбирать порт для выгрузки товара, суд будет исходить из того, что он выбрал бы самый дальний порт, уменьшая тем самым прибыль судовладельца. Точно так же, если поставщик товаров мог определять точное количество поставленного товара самостоятельно в установленных договором рамках, убытки будут рассчитываться, исходя из минимально возможного количества.

Это общее правило имеет несколько исключений. Например, если договор даёт продавцу возможность выбрать для доставки лю-

---

[1] *Owen M.* Some Aspects of the Recovery of Reliance Damages in the Law of Contract // Oxford Journal of Legal Studies. 1984. Vol. 4. № 3. P. 394.

[2] Abrahams v. Herbert Reiach Ltd [1922] 1 K.B. 477

бой день указанного месяца, то убытки будут рассчитываться, исходя из рыночной цены на товар на конец установленного периода, а не по дню этого месяца, когда рыночная цена была наименьшей[1]. Это правило, можно сказать, вызвано не теоретическими, а практическими соображениями: в противном случае расчёт убытков столкнулся бы со слишком уж большой неопределённостью. Исключением является и то правило, что если сторона, которая могла выбирать способ исполнения обязательств, до нарушения договора сообщила, как собирается действовать, убытки будут рассчитаны на этом основании, только если это сообщение имело юридическую силу и обязывало её действовать именно так[2].

Интересно, что вышеописанное правило относится только к альтернативным обязательствам и не касается факультативных обязательств, в которых должник обязан совершить в пользу кредитора конкретное действие, но вправе заменить это исполнение иным, заранее предусмотренным договором[3].

Расходы, основанные на договоре, являются вторым важным видом ущерба. Вопрос о них возникает в ситуации, когда справедливым считается применение альтериативного принципа возмещения убытков, в соответствии с которым возмещение убытков должно поместить истца в такое положение, *как если бы договор никогда не был заключён*, путём компенсирования ему расходов, которые он произвёл, основываясь на договоре (reliance loss)[4]. В теории права встречаются и мнения, что лучше вообще отказаться от исчисления убытков по ожиданиям сторон и полностью перейти на возмещение убытков, основанных на договоре[5]. Вряд ли с этим можно согласиться, и потому, как отмечено выше, главной всё же является защита предмета договора.

Чаще всего под связанными с договором расходами имеются в виду траты, которые истец обязан был понести для выполнения своей части обязательства. Примером могут служить расходы, которые несёт продавец, исполняя обязанность по доставке товара по-

---

1 Harlow & Jones Ltd v. Panex (International) Ltd [1967] 2 Lloyd's Rep. 509.

2 *Treitel G.* The law of contract. P. 893.

3 Deverill v. Burnell (1873) L.R. 8 C.P. 475.

4 *Treitel G.* The law of contract. P. 875

5 *Atiyah P.S.* An Introduction to the Law of Contract. Oxford, 1995. P. 444–448.

купателю, который затем неправомерно отказывается принимать товар. Однако иногда в качестве основанных на договоре могут быть признаны не только те расходы, которые подразумевались по договору. Например, в деле, где шла речь о повреждённом танкере, в качестве расходов, основанных на договоре, были признаны расходы на экспедицию, которая безуспешно искала место аварии: с позиции истца абсолютно разумно было попытаться уменьшить свой ущерб и найти судно[1].

Изначально в английском праве основанными на договоре признавались только такие расходы, которые были произведены после заключения договора, но во второй половине XX века этот критерий перестали применять. Теперь расходы, которые были сделаны, основываясь на соглашении, до того, как это соглашение было юридически оформлено и стало договором, также подлежат возмещению[2].

Более того, например, в деле Anglia Television Ltd. v. Reed, где ответчик разорвал договор, по которому обязался сыграть главную роль в телефильме, его обязали возместить помимо прочего и те расходы, которые истцы понесли до заключения с ним договора, готовясь к съёмкам этого фильма[3]. Суд мотивировал своё решение тем, что, хотя эти расходы были совершены до заключения договора с ответчиком и не основывались на нём, они стали напрасными только из-за нарушения контракта: полагаясь на него, истцы прекратили поиск других актёров на главную роль.

Как мне кажется, это очень логичное решение — главным должен быть не просто критерий связи расходов с договором, не их положение во времени относительно момента заключения договора, а влияние нарушения договора на невозможность предотвратить ущерб. Кроме того, ответчик, заключая договор, обычно понимает, что истец уже понёс какие-то расходы, которые могут оказаться напрасными из-за нарушения соглашения. Таким образом, это отвечает принципу возмещения только того вреда, который ответчик мог предвидеть (этот принцип будет рассмотрен в Главе 3 настоящей работы)

---

1 McRae v. Commonwealth Disposals Comission (1951) 84 C.L.R. 377 // Цит. по: *Keenan D., Riches S.* Business law. Harlow, 2005. P. 267.

2 Lloyd v. Stanbury [1971] 1 W.L.R. 535.

3 Anglia Television Ltd. v. Reed [1972] 1 Q.B. 60 // Цит. по: *Richards P.* Law of Contract. Harlow, 2006. P. 346.

Третьим видом ущерба являются реституционные убытки. Г. Трейтель отмечает, это выражение (restituition damages), по его мнению, противоречит природе реституции, поскольку её цель не возместить истцу убытки, а лишить ответчика полученного по договору, который он сам не исполнил[1]. Признавая справедливость этого замечания, можно всё же добавить, что на самом деле выражение «реституционные убытки» полезно, если под ними строго иметь в виду реституцию в денежном выражении, а не реституцию исполненного в натуре, причём реституцию после заключения договора[2]. Популярность выражения «реституционные убытки» связана также с тем, что если теоретически реституция совершенно отличается от возмещения за утрату предмета договора и возмещения расходов, основанных на договоре, то на практике их не так легко разделить.

Например, возврат исполненного истцом по договору, нарушенному ответчиком, можно рассматривать и как реституцию, и как возврат расходов, основанных на договоре. Главное отличие требования реституции в том, что реституция ставит *обе стороны* в такое положение, *как если бы договор никогда не заключался*, в то время, как компенсация за потерю предмета договора ставит *истца* в такое положение, *как если бы договор был исполнен*, а компенсация расходов, основанных на договоре, ставит *истца* в такое положение, *как если бы договор никогда не заключался*.

В США подход к понятию ущерба имеет свои особенности. В соответствии со Вторым Сводом договорного права это означает, что истцу присуждается компенсация в размере «ущерба, причинённого нарушением договора, и потерянной из-за нарушения прибыли за вычетом сбережённых расходов»[3].

Наиболее ярко применение этих правил на практике демонстрирует классический прецедент Lieberman v. Templar Motor Co[4]. Покупатель заказал особые автомобильные корпуса, а некоторое время спустя сообщил контрагенту о желании расторгнуть договор.

---

1 *Treitel G.* The law of contract. P. 876.

2 Чаще всего реституцию требуют тогда, когда стороны предполагали заключить договор, но в итоге так его и не заключили. См. *Stone R.* The Modern Law of Contract. P. 11.

3 Restatement of Contracts 2d § 347.

4 Lieberman v. Templar Motor Co. 236 N.Y. 139, 140 N.E. 222, 29 ALR 1089 (1923).

Четверть заказанной партии к этому моменту уже была произведена, продать ее кому-то другому оказалось невозможно. Суд присудил истцу возмещение в размере прибыли, которую он получил бы, продав всю партию покупателю. Прибыль определялась как разница между ценой договора и стоимостью расходов на производство. Дополнительно истцу была выплачена сумма, равная понесенному им прямому ущербу в виде затрат на зарплату рабочим и материалы во время частичного исполнения договора, поскольку эти расходы оказались напрасными и не могли быть учтены при исполнении других договоров. Кроме того, были возмещены накладные расходы на электричество, содержание завода, управленческие расходы и т.п.

Подобные решения судов соответствуют традиционному пониманию убытков, возникшему в английском common law. Но необходимо учитывать и несколько иную трактовку понятия убытков, которую предложили американские ученые Фуллер и Пердью[1]. Их идеи были восприняты многими теоретиками, хотя мало отразились на судебной практике[2].

Метод Фуллера-Пердью состоит в том, что законные права пострадавшей стороны делятся на три категории: «реституционные права», «права уверенности» и «права ожидания» (a restitution interest, a reliance interest, and an expectation interest)[3].

---

[1] *Fuller L.L., Perdue W.R.Jr.* The Reliance Interest in Contract Damages: Part I // The Yale Law Journal. 1936. Vol. 46. № 1. Pp. 52–96; *Fuller L.L., Perdue W.R.Jr.* The Reliance Interest in Contract Damages. Part II // The Yale Law Journal. 1937. Vol. 46. № 3. Pp. 373–420.

[2] Были и те, кто критиковал теорию Фуллера и Пердью. Например, см.: *Hudec R.* Restating the "Reliance Interest" // Cornell Law Review. 1982. Vol. 67. Pp. 704–734; *Friedman D.* The Performance Interest in Contract Damages // Law Quarterly Review. 1995. Vol. 111. Pp. 628–654; *Barnes D.W.* The Net Expectation Interest in Contract Damages // Emory Law Journal. 1999. Vol. 49. Pp. 1137–1208. В частности, Барнс демонстрирует методику определения убытков, которая вообще не нуждается в анализе нарушенных интересов, на котором настаивали Фуллер и Пердью. Главным образом, Барнс подвергает критике туманные критерии разделения прав на «права ожидания» и «права уверенности» (expectation and reliance interest), воспринятые в том числе во Втором Своде договорного права. См.: *Barnes D.W., Zalesne D.* A Unifying Theory of Contract Damage Rules // Syracuse Law Review. 2005. Vol. 55. P. 503.

[3] Calamari and Perillo on Contracts. P. 565.

«Реституционные права» отражают блага, полученные другой стороной; «права уверенности» — действия, предпринятые пострадавшей стороной, полагавшей, что договор будет исполнен; «права ожидания» — расчет на прибыль в результате исполнения договора. «Права ожидания» не включают денежную стоимость возможностей, от которых истец отказался ради договора (например, одно предложение работы, отвергнутое ради другого предложения)[1] — стоимость потерянной возможности охватывается «правами уверенности».

«Права уверенности» (иными словами, расходы, основанные на факте заключения договора), в свою очередь, делятся на две группы[2]. Во-первых, это расходы на выполнение своей части договора, называемые «основной уверенностью» или «стоимостью исполнения». Во-вторых, это расходы, которые не требует договор, но которые всё равно являются разумными, т.н. «случайная уверенность» или «расходы, увеличивающие прибыль». Например, договор предоставляет землю в аренду для постройки там магазина, и хотя у арендатора нет такой обязанности, он совершает расходы на рекламу будущего магазина — при нарушении договора об аренде эти расходы будут возмещены в качестве «прав уверенности».

Данная теория предполагает одинаковую защиту всех выделенных видов нарушенных интересов. Однако деление на виды проведено не вполне удачно, поскольку во многих случаях один и тот же элемент ущерба включается в две категории.

Сочетание различных интересов пострадавшей стороны и их влияние на состав убытков по методу Фуллера-Пердью можно проиллюстрировать следующим гипотетическим примером. Покупатель приобретает земельный участок у Продавца за 100 000 и платит аванс 10 000. Параллельно Покупатель заказывает оценку стоимости этой недвижимости. Оценка показала, что рыночная цена составляет 120 000. Узнав об этом, Продавец отказывается от исполнения договора. До этого Покупатель успел потратить 500 на оплату оценки земли и 500 на получение кредита в банке, плюс 1000 на покупку небольшого соседнего участка под парковку у будущего здания на купленной земле.

---

[1] Это подтверждает прецедент Grouse v. Group Health Plan 306 N.W2d 114 (Minn 1981).

[2] Calamari and Perillo on Contracts. P. 565.

Предполагаемая прибыль от использования приобретённой недвижимости составляла 20 000 — это и есть «права ожидания». «Реституционные права» составляют 10 000 аванса. «Права уверенности» равны 500+500+1000, но поскольку оценка недвижимости и банковский кредит были в любом случае необходимыми расходами для покупки, они не подлежат возмещению (поскольку иначе надо было бы отказывать в возмещении предполагаемой прибыли). Таким образом, размер убытков будет равен 31 000: ожидаемый результат договора, возврат полученного пострадавшей стороной и та часть расходов, основанных на договоре, которая не являлась необходимым условием получения результата договора (покупка дополнительной земли). Применение традиционного метода судов Англии и США повело бы суд по иному пути, но в результате получилась бы точно такая же сумма убытков.

Таким образом, в США состав убытков при нарушении договора на практике определяется составом связанных с договором прав истца, нарушенных ответчиком. Система нарушенных интересов, предложенная Фуллером и Пердью, значительно отличается от принятой в Англии. Она не идеальна и до сих пор критикуется американскими юристами, демонстрирующими ее дефекты и предлагающими альтернативные подходы[1].

Получается, что в теории метод Фуллера-Пердью воспринят, а на практике нет: судьи могут излагать свои мысли в терминологии триады нарушенных интересов, но содержание судебных решений при этом соответствует традициям англо-американского права. Полагаю, это означает, что Фуллер и Пердью предложили не новый метод расчета убытков, а новый способ рационального объяснения того, почему такой, а не иной результат суд считает правильным. Ведь в основе каждого судебного решения английских и американских судей лежит их имеющее многовековую историю представление о справедливости, краеугольный камень правовой культуры, а остальное — лишь способ формализации этого представления.

С точки зрения поиска того, что было бы полезно для развития доктрины убытков в РФ, можно сказать, что метод Фуллера-Пердью является всего лишь одной из теорий, выдвигаемых в ходе разви-

---

[1] Calamari and Perillo on Contracts. P. 567. *Craswell R.* Against Fuller and Perdue // The University of Chicago Law Review. 2000. Vol. 67. № 1. Pp. 99–161.

тия классификации различных элементов ущерба. В итоге, как это уже произошло со многими другими аспектами англо-американской доктрины убытков, будет дан окончательный ответ, который окажется актуальным для многих последующих веков, но пока что ценность теории Фуллера-Пердью только в том, что она провоцирует новые теоретические дискуссии, продвигающие науку к истине.

В связи с этим, для нас более полезным оказывается опыт английского права, где система элементов ущерба более стройная и твёрдая. Тем не менее, полезным представляется сам опыт дробления реального ущерба истца на различные элементы, что облегчает вычитание из него ущерба, не связанного с нарушением договора, либо элементов, присуждение которых противоречит цели поставить истца в положение, как если бы договор был исполнен. Также полезно и наличие чётких норм об определении сбережённых расходов.

Дополнительно выделяется побочный и косвенный ущерб. Иногда жертва нарушения договора по английскому или американскому праву может добиться возмещения убытков, связанных с таким ущербом, который не может быть отнесён ни к одному из вышеописанных видов. Во-первых, это могут быть расходы, произведённые после того, как он узнал о нарушении договора, например, расходы на покупку замены или на отправку обратно дефектного товара, а также расходы на уменьшение понесённого ущерба. Такие расходы называются побочным ущербом (incidental loss)[1]. Во-вторых, пострадавшая сторона может понести косвенный ущерб (consequential loss), под которым понимается ущерб личности или имуществу, связанный с нарушением договора[2]. Например, косвенным ущербом при покупке коровы, оказавшейся больной, будет гибель заразившегося от неё стада истца. Очевидно, что не каждое нарушение договора влечёт косвенный ущерб: например, нарушение договора купли-продажи покупателем очень редко приводит к косвенному ущербу для продавца, а вот нарушение договора продавцом, наоборот, часто сопряжено с причинением покупателю косвенного ущерба[3].

---

[1] *Treitel G.* The law of contract. P. 879.

[2] Calamari and Perillo on Contracts. P. 567.

[3] *Hellner J.* Consequential Loss and Exemption Clauses // Oxford Journal of Legal Studies. 1981. Vol. 1. № 1. P. 20

Отдельным видом убытков в Англии и США являются предполагаемые убытки (speculative damages), присуждаемые пострадавшей от нарушения договора стороне за потерю *шанса* получить некую выгоду. Если обстоятельства, от которых зависит реализация этого шанса, не поддаются контролю истца, он даже не должен доказывать, что обязательно получил бы эту выгоду, если бы договор не был нарушен. В качестве примера таких убытков могут быть названы компенсации за потерю шанса участия в конкурсе красоты, за потерю шанса получить чаевые, за потерю шанса получить пенсию, зависящую от решения государственного органа, за потерю шанса избежать уголовного преследования или доказать свою невиновность, и, наконец, за потерю шанса убедить контрагентов включить в договоры определённые условия[1].

К категории предполагаемых убытков также относятся случаи потери прибыли, которую истец предполагал получить от сделок, ещё не заключённых в момент нарушения договора. Общее правило гласит, что «лицо, нарушающее обязательство передать вещь, из которой можно извлечь прибыль, отвечает за потерю прибыли, которую другая сторона могла бы извлечь из использования этой вещи»[2].

Исчисление размера предполагаемых убытков с неизбежностью, отражённой в их названии, оказывается основанным на предположениях. Любой шанс остаётся всего лишь шансом и по определению стоит меньше реализованной возможности. Определяя подлежащие возмещению убытки, судьи исходят, во-первых, из количества непредвиденных обстоятельств, влияющих на получение выгоды: чем их больше, тем меньше ценится этот шанс; во-вторых, важно, насколько велика вероятность того, что эти обстоятельства сложились бы в пользу истца[3].

Примером слишком умозрительных убытков может служить требование истца в деле Sapwell v. Bass[4]. Ответчик нарушил договор, по которому должен был предоставить своего породистого скакуна для спаривания с кобылой истца. Истец требовал возместить убытки

---

1 *Treitel G.* The law of contract. P. 890.

2 E.g. Victoria Laundry (Windsor) Ltd v. Newman Industries Ltd [1949] 2 K.B. 528

3 Dickinson v. John Alexander & Co. [1993] 2 FLR 521.

4 Sapwell v. Bass [1910] 2 K.B. 486.

в размере потерянной прибыли от получения потомства. Судьи решили, что такие убытки носят чересчур гипотетический характер и не могут быть взысканы.

Суд обыкновенно воздерживается от присуждения предполагаемых убытков, если есть другие основания для компенсации истцу за нарушение договора ответчиком, например, если истец может предоставить доказательства точного размера выгоды, которую он бы получил в случае надлежащего исполнения договора. Таким образом, институт предполагаемых убытков в праве Англии и США имеет не слишком большое практическое значение, поскольку их суммы заведомо меньше компенсации за более точно определённые потери, но значимо само выделение предполагаемых убытков (совершенно чуждое праву РФ). Предполагаемые убытки отражают стремление английских и американских правоведов максимально детализировать принцип компенсации с помощью убытков всего, что сторона потеряла из-за нарушения договора, включая такую «мелочь», как потерянный шанс на что-то.

Сравнивая особенности вышеописанных подходов, можно выделить следующие важные различия. Прежде всего, надо обратить внимание на то, что в ГК РФ содержится предельно общее определение ущерба и упущенной выгоды, что является безусловным пробелом[1], особенно на фоне определения ущерба в Англии и США, конкретизированного в десятках норм, имеющих источником прецеденты. В.В. Витрянский отмечает, что этот пробел отчасти восполняется арбитражно-судебной практикой[2], однако, как мне кажется, это нельзя назвать наилучшим выходом. Практика всегда будет иметь определённое значение в континентальной системе права, но тот уровень неполноты в отношении регулирования убытков, который отличает ГК РФ, фактически заставляет отечественные суды действовать, как суды в условиях доктрины судебного прецедента. Поскольку эта доктрина подразумевает ряд принципов и правил, отсутствующих в российской правовой традиции, а также высокий

---

[1] О практических проблемах недостаточности норм ГК РФ см. также: *Евтеев В.С.* Методическое обеспечение возмещения убытков // Законодательство. 2002. № 1. С. 21–27.

[2] *Витрянский В.В.* Договорное право. С. 643.

профессионализм судей[1], отечественное право должно стремиться максимально полно урегулировать убытки, чтобы на усмотрение судей оставалось как можно меньше теоретических вопросов.

Так, даже на уровне российской судебной практики считается, что для взыскания понесенных убытков истец должен представить только доказательства, подтверждающие: а) нарушение ответчиком принятых по договору обязательств; б) причинную связь между понесенными убытками и неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательств; в) размер убытков (реальных и упущенной выгоды), возникших у истца в связи с нарушением ответчиком своих обязательств[2]. Как видно, суд не обязан изучать все стороны правоотношений истца и ответчика. В свою очередь, ответчик в РФ не имеет чёткой нормы законодательства, на основании которой он мог бы убедить суд уменьшить подлежащие взысканию убытки на основании того, что экономическое положение истца в результате нарушения договора не ухудшилось.

Определение ущерба в праве Англии и США, как и определение убытков, — это совершенно юридическое определение, потому что оно отличается от бытовых понятий ущерба и убытков. Приведённые выше правила определения ущерба от нарушения договора — это, по сути, выделение среди фактического ущерба той части, которая считается ущербом в праве.

В праве РФ возмещение реального ущерба в части расходов истца в итоге привязано к непосредственному восстановлению нарушенного права. В Англии и США этот элемент ущерба понимается более широко: истец может возместить абсолютно все расходы, понести которые было разумно в его положении, а также расходы, которые не были связаны с договором, но стали напрасными из-за его

---

[1] Как отмечает Я.В. Карнаков, то, что в целом российские судьи в профессиональном плане сильно уступают иностранным, при подробном анализе ситуации в судах видно невооружённым глазом (см. *Карнаков Я.В.* Особенности юридического образования в США // Закон. 2009. № 3. С. 76). Английским судьям тоже кажется невероятным большое количество наших судей, сочетающееся с их низким качеством (см. *Скловский К.И.* Комментарий судебного спора // Хозяйство и право. 2009. № 3. С. 120).

[2] Письмо Высшего Арбитражного Суда РФ от 10 сентября 1993 г. № С-13/ОП-276 «Об отдельных рекомендациях, принятых на совещаниях по судебно-арбитражной практике».

нарушения. Так, в праве РФ совершенно не урегулирована ситуация, когда расходы связаны с договором, но произведены до его вступления в силу, или ситуация, когда разумная попытка уменьшить свои расходы оказалась безуспешной и, наоборот, увеличила понесённый ущерб. Определение «восстановление нарушенного права» так узко, что, например, не включает абсолютно естественные для права Англии и США расходы на приобретение дополнительного земельного участка рядом с основным, которые стали неразумными из-за нарушения договора о продаже основного участка[1].

В результате, определение реального ущерба в ст. 15 ГК РФ на практике порождает проблемы, связанные с учётом всех изменений экономического положения истца, вызванных нарушением договора. Так, согласно п. 11 постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 размер неполученного дохода (упущенной выгоды) должен определяться с учетом разумных затрат, которые кредитор должен был понести, если бы обязательство было исполнено. Признавая это абсолютно логичным правилом, отметим, что, во-первых, оно должно было бы содержаться непосредственно в ГК РФ, а во-вторых, сбережённые кредитором расходы — это ещё не всё, что нужно вычитать из размера упущенной выгоды. Кроме сбережённых расходов важен и учёт частично полученного исполнения, если оно было, а кроме того, возможно получение многих иных благ, находящихся в причинной связи с нарушением договора. Таким образом, учёт всех «плюсов» для истца требует более глубокого анализа и детального регулирования, поскольку в ряде случаев не так легко сказать, следует ли учитывать конкретные приобретения истца и соответственно уменьшать причитающуюся ему сумму убытков.

В праве США и Англии этот вопрос урегулирован очень чётко, в теории и практике имеется достаточно способов определить, являются ли определённые блага прямым следствием нарушения договора или «сопутствующими благами», которые истец мог получить и если бы договор не был нарушен[2]. Важно и то, что не на истце, а на

---

[1] Calamari and Perillo on Contracts. P. 566.

[2] *Treitel G.* The law of contract. P. 913; *Chen-Wishart, Mindy.* Op. cit. P. 530–531; Longden v. British Coal Corpn. [1998] A.C. 653 at 662; Lavarack v. Woods of Colchester Ltd [1967] 1 Q.B. 278.

ответчике лежит бремя доказывания того, что нарушение договора не ухудшило положение истца[1].

Можно привести и другие последствия того, что ГК РФ даёт слишком общее определение реального ущерба, которое нуждается в различных уточнениях. Например, если истцом исполнение своей части договора произведено полностью, а должник не уплатил установленной в договоре суммы вознаграждения, то очевидно, что речь должна идти не об убытках, а о взыскании долга. В английском и американском праве это называется «иском о согласованной сумме» и отличается от иска об убытках[2]. Но что если обязанность по уплате денежных средств нарушена до полного исполнения истцом своих обязательств по договору, какова тогда природа иска, каков порядок возмещения расходов истца? В отличие от английского и американского права[3] в российском гражданском праве отсутствуют нормы, которые позволили бы ответить на эти вопросы с полной уверенностью.

В Главе 1 настоящей работы уже приводился пример того, как затруднительно возместить расходы на судебное представительство из-за несовершенства определения убытков и реального ущерба. Схожая ситуация сложилась и по вопросу включения в состав реального ущерба налогов, сборов и иных обязательных платежей в бюджеты различных уровней. Согласно постановлению Президиума ВАС РФ от 18 марта 1997 г. № 3787/96 эти расходы не подлежат возмещению, поскольку их несёт субъект административного права, а не гражданского[4]. Совершенно верно возражение В.С. Евтеева, что определяющим фактором в данном случае должна быть причинная связь данных платежей с нарушением договора должником[5], а не надуманное разделение между действиями в качестве субъекта административного или гражданского права. Мнение о различных правилах возмещения убытков для административного и арбитражного судопроиз-

---

1 Featherstone v. Wilkinson (1873) L.R. 8 Ex. 122, далее разъяснено в деле The Baleares [1993] 1 Lloyd's Rep 215 at 232–234.

2 *Treitel G.* The law of contract. P. 943–949.

3 Lieberman v. Templar Motor Co. 236 N.Y. 139, 140 N.E. 222, 29 ALR 1089 (1923).

4 Постановление Президиума ВАС РФ от 18 марта 1997 г. № 3787/96.

5 *Евтеев В.С.* Возмещение убытков как вид ответственности в коммерческой деятельности. С. 27.

водства совершенно не основано на нормах законодательства, но всё равно встречается в арбитражной практике[1].

Важным недостатком определения реального ущерба в ст. 15 **ГК РФ** является и отсутствие подробного урегулирования вопроса о возмещении связанных с договором расходов в той части, в которой они не являются исполнением истцом своей части обязательств по договору. Речь идёт о таких расходах, которые истец не обязан был совершать по договору, однако с его стороны вполне разумно было их совершить с учётом предполагаемого исполнения. Особенность их состоит в том, что критерием подобных расходов помимо их разумности в первую очередь является то, в какой степени их сделало напрасными нарушение договора[2], и если это доказано, то даже безразлично, что они были совершены ещё до заключения договора, о нарушении которого идёт речь. Такими расходами могут быть покупка дополнительного участка для парковки при покупке земли, рекламная кампания при заключении договора об аренде помещения под ресторан и т.д.

Дело в том, что если исходить из природы таких расходов, то они не имеют причинной связи с нарушением договора — вместо этого есть причинная связь нарушения договора и того, что эти расходы стали бесполезными. Это делает их возмещение совершенно невозможным в российских судах, которые рассматривают только вопрос о причинной связи ущерба с нарушением договора. Поэтому нельзя возместить проценты, уплаченные за пользованием кредитом до дня предполагаемой поставки товара[3]. Другой похожий случай стал предметом рассмотрения в постановлении Президиума **ВАС РФ № 206/97** от 14 апреля 1998 г. Истец при взыскании убытков за недопоставку тепловой энергии включил в сумму убытков проценты за предоставленный банком кредит для покупки товара для производства. Суд признал возмещение уплаты таких процентов необоснованным, поскольку истец не доказал причинную связь между неуплатой про-

---

[1] См.: Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 26 июня 2008 г. № КА-А40/5807-08, в котором утверждается, будто расходы на представителя в административном процессе не являются убытками в отличие от таких же расходов в арбитражном процессе.

[2] Anglia Television Ltd v. Reed [1972] 1 Q.B. 60 // Цит. по: *Paul Richards.* Law of Contract (Foundation Studies in Law). Pearson Longman, 2001. P. 346.

[3] Пункт 2 Письма ВАС РФ от 27 ноября 1992 г. № С-13/ОП-334

центов и неисполнением договора. Однако разве тут важна неуплата процентов? Истец хотел возместить не повышенные проценты, которые могут быть следствием отсутствия прибыли, ожидаемой в результате надлежащего исполнения договора — истец планировал возместить вообще все проценты, уплаченные по кредитам. Данные расходы были произведены им в расчёте на исполнение договора, а потому следует оценить то, насколько эти расходы оказались напрасными из-за нарушения договора, т.е. он должен был доказать, что закупленные в кредит материалы и сырьё из-за нарушения договора было невозможно переработать и получить прибыль, а кредит нельзя было погасить. Тогда стало бы очевидно, что для помещения истца в такое положение, как если бы договор никогда не заключался, справедливо возместить его расходы на получение кредита (а если бы сырьё было скоропортящимся, то можно было бы возместить и стоимость потерянного сырья).

Детальная классификация элементов убытков в праве Англии и США помогает полной компенсации нарушенных интересов истца. Однако английские и американские юристы осознают, что денежная компенсация далеко не всегда может покрыть действительные потери. Таким образом, полная компенсация, по их мнению, — это фикция. Р. Гудин приводит пример: люди, жившие в районе, где решили построить третий лондонский аэропорт, отказывались продавать свои дома по рыночной цене, а на вопрос о том, какая цена, по их мнению, будет справедливой, отвечали, что не согласятся ни на какую цену[1].

Теоретически, институт убытков в праве РФ тоже нацелен на полную компенсацию (п. 1 ст. 15, п. 1 ст. 1064 ГК РФ), но на практике это далеко не так. Ограничение размера убытков в случаях, предусмотренных федеральными законами или договорами (ст. 400 ГК РФ) правомерно, но таких случаев оказывается слишком много. Нередко высказывается мнение, что дальнейшее развитие норм законодательства о гражданско-правовой ответственности должно идти по пути сокращения числа случаев ограниченного возмещения убытков[2].

---

[1] *Goodin R.E.* Theories of Compensation // Oxford Journal of Legal Studies. 1989. Vol. 9. № 1. Pp. 74–75.

[2] См.: *Микашина А.В.* Ограничение размера возмещаемых убытков в гражданском праве Российской Федерации. С. 278–328; *Она же.* Ограничение размера

Подводя итог рассмотрению понятия экономического ущерба в российском праве в сравнении с английским и американским правом, можно отметить, что вопрос определения ущерба не просто проблема теории права РФ. Определение ущерба не конкретизируется в ГК РФ, а потому применяется через его толкование, что на практике оказывается недостаточным для адекватной защиты нарушенных прав. Как было показано выше, в одних случаях право РФ просто не предусматривает возмещения различных видов ущерба, давно известных праву Англии и США, а в других — оставляет слишком многое на долю судейского усмотрения, что приводит к отсутствию предсказуемости перспектив иска (поскольку, кроме общих норм, не хватает норм более частного характера, точного соблюдения которых можно требовать в суде). Отдельной проблемой является то, что по некоторым вопросам сформировалось арбитражно-судебное толкование, идущее вразрез с мнением правоведов и практикующих юристов (это особенно показательно в истории вопроса о возмещении расходов на представительство в суде).

§ 2. Соотношение цели возмещения и состава возмещаемого ущерба

Защита пострадавшего от нарушения договора по праву РФ в вопросе экономического ущерба намного уже, чем по праву Англии и США. Однако дело не только в том, что включается в понятие экономических потерь от нарушения договора. Английскому и американскому праву свойственно не только детальное урегулирование разных видов ущерба, но и учёт цели взыскания убытков.

Очевидно, что компенсация предмета договора, возврат связанных с договором расходов и реституция не всегда могут осуществляться одновременно. Различные элементы убытков не следуют автоматически из определённых видов обязательств — судье надо оценить с точки зрения права обстоятельства дела и сделать выбор самого эффективного способа балансировки разных факторов, чтобы определить, какое решение лучше всего подходит к нарушенному

убытков в гражданском праве // Журнал российского права. 2005. № 5. С. 105–112.

обязательству[1]. В связи с этим, в судебной практике Англии выработался ряд принципов, определяющих, какой именно способ следует применять в деле.

Во-первых, это зависит от выбора истца. Когда допустима квалификация разными способами, истец сам выбирает, какое требование предъявить ответчику[2]. Например, в ситуации, когда продавцу было заплачено за товары вперёд, а он не доставил их, покупатель может выбрать между возвратом уплаченных денег (т. е. реституцией) и выплатой рыночной стоимости товара в момент, когда они должны были быть доставлены (т. е. компенсацией за неполучение предмета договора). Ответчик не имеет права влиять на такой выбор, поскольку от этого зависит сущность и, таким образом, размер убытков. Если покупатель совершил плохую сделку (купил товар, цена на который потом упала, либо купил товар по завышенной цене), ему выгоднее требовать возврата уплаченной суммы, а если покупатель совершил хорошую сделку (купил товар дешевле, чем он стоил, либо цена на товар стала больше на момент доставки, чем была в момент заключения договора), ему выгоднее требовать компенсацию за неполучение предмета договора.

Во-вторых, выбор истца часто бывает ограничен самой сущностью нарушения договора, потому что не все нарушения могут быть разрешены всеми тремя способами. По общему правилу, иск о компенсации за неполучение предмета договора возможен всегда, но он требует наличия доказательств того, что цена ожидаемого результата договора была именно такой. Например, в уже упоминавшемся деле о повреждённом танкере[3] истец оценил танкер и его содержимое так высоко, что суд назвал оценку абсурдной и отказал в компенсации за утрату предмета договора, присудив только компенсацию уплаченного за танкер в порядке реституции и компенсацию расходов на экспедицию по спасению танкера.

Право истца требовать реституцию в английском праве сильно ограничено, прежде всего, правилом, что возврата уплаченных по договору денег можно требовать только в случае полного неис-

---

1 *Robertson A.* Connections and Boundaries in Common Law // The Law of Obligations Connections and Boundaries. P. 6.

2 BP Exploration Co (Libya) vs. Hunt (No. 2) [1979] 1 WLR, 783, 800.

3 McRae v Commonwealth Disposals Commission (1951) 84 C.L.R. 377.

полнения своей части обязательства второй стороной (total failure of consideration)[1]. При частичном исполнении второй стороной нельзя потребовать возврата в порядке реституции суммы денег, пропорциональной неисполненной части. Зато, с другой стороны, поскольку цель реституции заключается просто в восстановлении положения обеих сторон, в котором они были до заключения договора, при применении реституции не будут приняты возражения ответчика, что в итоге положение истца окажется лучше, чем то, в каком он оказался бы при надлежащем исполнении договора. Более того, улучшение положения истца будет результатом любой правильно проведённой реституции, применённой к невыгодному для истца договору, например, такому, где он заплатил за товар больше его рыночной стоимости. Вообще же, среди английских юристов в последнее время укрепилось мнение, что применение реституции должно происходить как можно реже, в основном в делах, где нарушено право собственности или фидуциарные отношения[2]. Считается, что она должна быть такой же нетипичной, как отступления от компенсационной природы договорных убытков[3].

Относительно компенсации расходов, основанных на договоре, Апелляционный Суд Англии постановил, что такие иски возможны всегда, когда такие расходы действительно были понесены, но одновременно с ними пострадавшая сторона не сможет получить компенсацию за потерю прибыли (неполучение ожидаемого результата договора) — приходится выбирать[4]. Вне всякого сомнения, способ исчисления убытков на основании связанных с договором трат выбирается истцами прежде всего тогда, когда они не могут доказать, какую прибыль получили бы от надлежащего исполнения договора ответчиками. Зато когда истец требует компенсации расходов, основанных на договоре, ответчик может требовать уменьшения размера убытков, если докажет, что при надлежащем исполнении договора

---

1 *Treitel G.* The law of contract. P. 877.

2 *Beale H.* Exceptional Measures of Damages in Contract // *Birks P.* ed., Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century. Oxford, 1996. P. 247.

3 *Cane P.* The Basis of Tortious Liability // Essays for Patrick Atiyah. Eds. *Cane P., Stapleton J.* Oxford, 1991. P. 366.

4 Cullinane v. British "Rema" Mfg. Co. [1954] 1 Q.B. 292 at 303.

прибыль истца была бы меньше суммы этих расходов[1]. Например, если истец требует возмещения 3000 ф. ст., потраченных на экспедицию по спасению тонущего танкера, ответчик может доказать, что весь танкер стоил 2000 ф. ст., а значит, убытки ответчика не могут превысить эту сумму (поскольку более высокие расходы не отвечают критерию разумности поведения истца). Исходя из этого, можно заключить, что реституция перекладывает на ответчика последствия невыгодного для истца договора, но компенсацией расходов, основанных на договоре, истец этого не добьётся.

В-третьих, иногда различные способы исчисления убытков могут сочетаться друг с другом. По мнению Г. Трейтеля, это нелогично — неправильно сочетать компенсацию, которая восстанавливает такое положение, как если бы договор был исполнен, с компенсацией, которая восстанавливает такое положение, как если бы договора никогда не существовало[2]. Тем не менее, в ряде случаев суды допускают такое совмещение.

Например, в деле Millar's Machinery Co. Ltd v. David Way & son рассматривался иск покупателя, который купил оборудование для завода, но вернул его, поскольку оно не соответствовало условиям договора. Присуждённые истцу убытки состояли из возврата предоплаты за оборудование (реституция), затрат на его установку (расходы, основанные на договоре), а также компенсации прибыли, которую он потерял из-за нарушения договора (потеря ожидаемого результата договора)[3].

Рассматривая вопрос о сочетании различных потерь в составе убытков, суды исходят из того принципа, что истец не должен получить двойную компенсацию за один и тот же вид ущерба[4]. Это означает, что нельзя одновременно и вернуть предоплату за товар, и получить полную стоимость товара на момент предполагавшейся доставки. Нельзя также получить и компенсацию предоплаты или стоимости предмета договора, и одновременно компенсацию расходов на получение этого предмета — нельзя требовать возмещения убытков в размере стоимости корабля одновременно с возмещением

---

1 C.C.C. (London) Films Ltd. v. Imperial Quadrant Films [1985] Q.B. 16.

2 *Treitel G.* The law of contract. P. 878.

3 Millar's Machinery Co. Ltd v. David Way & son (1935) 40 Com. Cas. 204.

4 *Treitel G.* The law of contract. P. 878.

расходов по его спасению. Если истец не получил предмет договора купли-продажи, который нужен был ему для предпринимательской деятельности (например, станок для завода), либо качество этого предмета не соответствовало договору, то истец не сможет одновременно потребовать и возврата уплаченной цены, и компенсации дохода, который был бы получен за срок эксплуатации этого предмета. Истец должен заранее подсчитать, какая из двух сумм больше, и требовать возмещения только этих убытков.

В США судьи в основном следуют тем же принципам, что и суды Англии. Традиционным является зафиксированное во Втором Своде договорного права правило «причинённых потерь и предотвращённых прибылей». Однако многие дела имеют свои особенности, и не всегда удаётся следовать указанному шаблону, а потому суды чаще всего обращаются к исконному англо-американскому определению убытков, как денежной суммы, которая должна поставить истца в такое положение, как если бы договор был исполнен[1].

Если же говорить в рамках терминологии Фуллера-Пердью, то в практике судов США считается, что главное — это защита «прав ожидания», т. е. заинтересованности в результате договора[2]. Защита остальных интересов пострадавшей стороны осуществляется только для того, чтобы наилучшим образом поместить эту сторону в такое положение, в котором она бы оказалась, если бы договор был исполнен. Однако если истец не смог обеспечить доказательственной базой свои расчёты потерянного результата договора[3] или если дело относится к категории, по которой возмещение потерянного результата не производится просто в силу судебных традиций и соображений целесообразности[4], то истец может получить возмещение убытков, основанное на двух остальных видах нарушенных прав.

Можно сделать вывод, что особенность права США заключается в том, что поместить истца с помощью убытков в такое положе-

---

1 Calamari and Perillo on Contracts P. 565.

2 *Friedman D.* The Performance Interest in Contract Damages // Law Quartely Review 1995. Vol. 111. P. 628; Calamari and Perillo on Contracts. P. 566.

3 Restatement of Contracts 2d § 349; Kvaerner, U.S v Hakim Plast. 74 F.Supp.2d 709 (E.D Mich 1999).

4 Sullivan v. O'Connor, 363 Mass. 579, 296 N E.2d 183 99 A.L.R3d 294 (1973); Restatement of Contracts 2d § 351 (3).

ние, как если бы договор никогда не заключался, в американских судах можно реже, чем в английских. Смещение акцента на защиту «прав ожидания» (expectation interest) при этом является научно обоснованной позицией: теоретические исследования показывают, что хотя в условиях идеальной защиты прав разные правила исчисления убытков работают одинаково хорошо, в условиях реальной ситуации с защитой прав (человеческий фактор, трудности доказывания и т.д.) именно защита «прав ожидания» достигает наиболее справедливого результата[1].

Всё многообразие принципов права Англии и США, касающихся сочетания видов ущерба, можно свести к одному правилу: от судей требуется учёт цели, с которой производится взыскание убытков. Целью же может быть помещение истца или в такое положение, как если бы договор был исполнен, или в такое, как если бы договор никогда не заключался. В праве РФ такого учёта цели истца не производится.

Между тем, в зависимости от цели возмещения убытков (получить аналог предполагавшегося исполнения или возместить все потери, связанные со вступлением в договор и исполнением своей части договора) существенно меняется значение тех или иных потраченных сумм. Так, если покупатель добивается результата, который ему бы принёс надлежаще исполненный договор, то очень многие расходы становятся оправданными и не подлежат возмещению, так как были необходимы для получения исполнения (например, проценты, уплаченные за взятый кредит, необходимый для оплаты приобретаемой недвижимости). И наоборот — если необходим просто возврат произведённых в связи с договором расходов, многие затраты должны возмещаться (в том числе и такие проценты), однако уже не может идти речи о компенсации потерянной из-за нарушения договора прибыли.

Для того, чтобы стало очевидно, к чему приводит отсутствие анализа судами этих факторов, обратим внимание на Письмо ВАС РФ по вопросу о праве истца требовать возмещения процентов, уплаченных банку за пользование кредитом, и о том, с какого времени истец может требовать возмещения этих процентов, если кредит взят для

---

[1] *Coloma G.* Damages for Breach of Contract, Impossibility of Performance and Legal Enforceability // Review of Law & Economics. 2008. Vol. 4. Issue 1. P. 5.

перечисления суммы должнику[1]. В этом Письме выделяются: 1) проценты, подлежащие уплате за пользование кредитом со дня истечения сроков выполнения обязательств по договору или со дня, когда суммы согласно заключенному договору должны были быть возвращены; и 2) проценты за пользование кредитом до дня, когда должник обязан был выполнить принятые по договору обязательства (далее — соответственно «последующие» и «предшествующие» проценты). При этом и те, и другие проценты могут быть взысканы при условии представления истцом документов, подтверждающих как причинную связь между понесенными убытками и невыполнением обязательств, так и принятие кредитором мер к предотвращению или уменьшению убытков. Такой подход, как мне кажется, нельзя признать полностью правильным.

Во-первых, предшествующие проценты не находятся в причинной связи с нарушением договора. Это в чистом виде расходы, связанные с исполнением договора, и они были бы понесены даже в случае получения ответного исполнения. Во-вторых, дата предполагаемого исполнения (возврата предоплаты) не может быть критерием разделения процентов за пользование кредитом на разные части. Если сторона получает исполнение, для оплаты которого брался кредит, то она всё равно платит проценты за пользование кредитом вплоть до полного его возврата.

Вопрос должен заключаться совсем в другом — прежде всего в том, *как нарушение договора повлияло на возврат кредита*. Во всех случаях истец должен представить доказательства невозможности более раннего возвращения полученного кредита: если окажется, что он вполне мог вернуть кредит и не получив исполнения, либо вообще до даты предполагаемого исполнения, то все проценты, уплаченные после установленной даты возникновения возможности возвращения кредита, суд вообще не должен учитывать, поскольку это ущерб, который истец мог предотвратить[2]. Если же истец не докажет

---

[1] Пункт 2 Письма ВАС РФ от 27 ноября 1992 г. № С-13/ОП-334. Данное письмо до сих пор сохраняет своё влияние на арбитражную практику: см.: Постановление Федерального арбитражного суда Поволжского округа от 6 сентября 2007 г. № А65-17442/06-СГ2-3.

[2] В Письме ВАС РФ от 27 ноября 1992 г. № С-13/ОП-334 о подобных доказательствах говорится только относительно случая, когда после истечения срока возврата кредита кредитор платит банку повышенный процент за пользова-

принципиальной необходимости получения кредита, то проценты будут полностью выведены за рамки расчёта суммы ущерба[1].

В английском и американском праве вопрос о процентах скорее всего будет решён в зависимости от того, каких именно убытков добивается истец. Если он хочет добиться положения, как если бы договор никогда не заключался, то он будет иметь право на возмещение предоплаты и абсолютно всех процентов за пользование кредитом, а также иных связанных с договором расходов, но о расчёте стоимости исполнения уже и речи быть не может. Если же истец хочет получить компенсацию в размере стоимости исполнения, то все проценты за пользование кредитом (со дня его получения и до даты, когда у истца появилась/появится возможность вернуть кредит) являются разумными расходами, предпринятыми для получения этого исполнения, и не могут быть дополнительно возмещены.

Исключением будут случаи, когда истец представит доказательства того, что полученное исполнение ускорило бы возврат кредита[2]. Тогда необходимо вычислить излишне уплаченные проценты, которые будут подлежать возмещению сверх компенсации за неполучение исполнения, но вычисляться они должны не с даты получения исполнения, а с более позднего момента — с даты потенциального возврата кредита. Естественно, что это означает возложение на истца дополнительного бремени доказывания. Только такой подход логически правилен, а не привязка к дате истечения сроков выполнения

ние кредитом. Тогда он кроме иных доказательств должен представить документы, объясняющие причины невозможности возвращения полученного кредита в установленный срок, чтобы получить право взыскания с должника уплаченных банку повышенных процентов. Этот подход недостаточен, поскольку должен распространяться и на проценты обычного размера, а не только на повышенные, и речь должна идти о как можно более раннем возврате кредита, а не о возврате в срок.

[1] Этот контраргумент ответчика вполне возможен и в российском праве, в том числе в случае, когда кредит берётся истцом не для предоплаты, а после неисполнения договора ответчиком, чтобы исполнить свои обязательства перед третьими лицами. См.: Постановление ФАС Московского округа от 15 октября 2000 г. по делу № КГ-А40/3358-99.

[2] Можно полностью согласиться с В.С. Евтеевым, полагающим обоснованным такое требование и в отечественных судах, хотя вышеуказанное Письмо ВАС РФ от 27 ноября 1992 г. № С-13/ОП-334 этот вопрос опустило (*Евтеев В.С.* Возмещение убытков как вид ответственности в коммерческой деятельности. С. 27).

обязательств по договору или дате, когда суммы согласно заключенному договору должны были быть возвращены, поскольку надо помнить, что сторона, получившая исполнение, всё равно остаётся обязанной вернуть кредит.

Требует некоторого уточнения мнение В.С. Евтеева, что проценты за пользование кредитом, уплаченные до нарушения договора, являются расходами, понесёнными в расчёте на то, что контрагент исполнит свои обязательства по договору, а такие расходы по российскому законодательству не возмещаются[1]. Во-первых, при условии постановки истца в такое положение, как если бы договор был исполнен, расходами в расчёте на исполнение договора являются все проценты по кредиту до той даты, когда истец предполагал вернуть кредит с учётом полученной прибыли. Во-вторых, хотя данная часть процентов по действующему законодательству действительно не может быть возмещена, в других ситуациях расходы, понесённые в расчёте на то, что контрагент исполнит свои обязательства по договору, вполне могут быть возмещены — в той части, в которой они являются исполнением истцом собственных обязательств по договору (общепринятое в англоязычной юриспруденции определение расходов, произведённых в расчёте на исполнение договора, — reliance loss — включает произведённое истцом исполнение, а также расходы, которые не требовалось предпринять по договору, однако с учётом договора они были разумны[2]).

Итак, в английском и американском праве первейшее значение имеет направленность иска: или на возмещение потерянной прибыли, или на возмещение произведённых расходов. Если же сравнить оба варианта возмещения с тем, которое возможно по праву РФ, то окажется, что раз ограничение по критерию цели взыскания отсутствует, то истец вполне может получить несправедливо большую сумму убытков либо, наоборот, несправедливо меньшую. Первый результат возможен, если рыночная цена непоставленного товара окажется больше суммы предоплаты и истец сможет убедить суд это учесть, — тогда убытки будут включать возмещение процентов поверх возмещения стоимости исполнения (поверх исполнения в на-

---

[1] *Евтеев В.С.* Возмещение убытков как вид ответственности в коммерческой деятельности. С. 27.

[2] McRae v Commonwealth Disposals Comission (1951) 84 C.L.R. 377.

туре). Второй результат возможен, когда рыночная цена непоставленного товара окажется меньше суммы предоплаты либо равна ей. Тогда истец сможет вернуть предоплату в полном объёме, но проценты — только со дня истечения сроков выполнения обязательств по договору или со дня, когда суммы согласно заключенному договору должны были быть возвращены. Проблема в том, что для взыскания процентов за пользование кредитом до дня, когда должник обязан был выполнить принятые по договору обязательства, согласно указаниям в Письме ВАС РФ от 27 ноября 1992 г. № С-13/ОП-334 требуется доказать причинную связь обязанности по их уплате с нарушением договора, а этой связи в принципе быть не может. Причин, по которым необходимо доказывание такой причинной связи, ВАС РФ, естественно, не указал.

Таким образом, отсутствие учёта цели возмещения убытков в ГК РФ приводит к ситуациям, когда суд не может принять справедливого решения, поскольку связан действующим законодательством.

Согласно Концепции развития гражданского законодательства РФ[1] предполагается включить в главу 25 ГК РФ отдельную статью «Определение размера убытков, подлежащих возмещению», в которой будет предусмотрено помещение истца в такое же хорошее положение, как если бы договор был исполнен. Однако, как показывает английская и американская судебная практика, хотя и реже, но всё же довольно часто возникает необходимость поместить истца в такое же хорошее положение, как если бы договор никогда не заключался. Кроме того, важен не только принцип, но и нормы, его конкретизирующие, так что появление в ГК РФ такой статьи — явление положительное, но далеко не достаточное для исправления текущей ситуации.

§ 3. Упущенная выгода и учёт прибыли ответчика

Статья 15 ГК РФ помимо прочего предусматривает взыскание упущенной выгоды в размере прибыли, которую ответчик получил

---

[1] Концепция развития гражданского законодательства РФ. М., 2009. С. 116.

благодаря нарушению договора. Представляется, что эта презумпция упущенной выгоды, минимально равной доходу правонарушителя[1], на самом деле выходит за рамки общих принципов убытков в ГК РФ. Как заметил К.В. Нам, этому правилу присущи скорее карательные, штрафные черты, нежели черты компенсационности[2]. Действительно, доходы, полученные стороной, нарушившей договор, далеко не всегда означают, что не меньшую прибыль получила бы и потерпевшая сторона, если бы договор нарушен не был. Тем более, в обычных обстоятельствах к доказательствам упущенной выгоды право РФ подходит с драконовой строгостью, требуя таких детальных доказательств, что чаще всего взыскать упущенную выгоду крайне нелегко[3]. Установление презумпции «минимального размера упущенной выгоды» создаёт возможности для нарушения принципа компенсационности убытков, поскольку истец сможет получить и такую сумму упущенной выгоды, которая поставит его в лучшее положение, чем такое, как если бы договор был исполнен.

Никак нельзя согласиться с мнением В.С. Евтеева, что в данном случае штрафные черты не наблюдаются, поскольку доходы нарушителя не взыскиваются, а служат основой для вычисления размера упущенной выгоды[4]. Доходы стороны, нарушившей договор, в данном случае выступают не как переменная в какой-то формуле, а как точный эквивалент размера упущенной выгоды потерпевшей стороны. Таким образом, на практике и происходит изъятие этих доходов у ответчика в пользу истца, поэтому приведённый тезис, будто до-

---

[1] Интересно, что В.А. Белов назвал эту норму принципом «заранее определённых минимальных убытков» (*Белов В.А.* Возмещение убытков // Российская юридическая энциклопедия. М., 1999. С. 462). Нельзя не отметить, что в праве существует отдельное понятие заранее определённых минимальных убытков, пришедшее из английского и американского права (liquidated damages), и оно означает нечто совершенно непохожее на этот принцип расчёта упущенной выгоды в ГК РФ.

[2] *Нам К.В.* Убытки и неустойка как формы договорной ответственности // Актуальные вопросы гражданского права / Под ред. М.И. Брагинского. М., 1998. С. 353–354.

[3] *Евтеев В.С.* Возмещение убытков как вид ответственности в коммерческой деятельности. С. 35. См. также: *Егоров А.В.* Упущенная выгода: проблемы теории и противоречия практики // Убытки и практика их возмещения. С. 68–137.

[4] *Евтеев В.С.* Возмещение убытков как вид ответственности в коммерческой деятельности. С. 38.

ходы не изымаются, а лишь служат основой для определения суммы убытков, относится к сфере софистики, а не права.

Сравним это положение ГК РФ с тем, как решается вопрос об учёте прибыли ответчика в праве Англии и США. По общему правилу объем убытков рассчитывают на основе ущерба, который понёс истец, а не прибыли, которую получил от нарушения договора ответчик. Это прекрасно иллюстрирует дело Teacher v. Calder[1]. Финансист нарушил контракт, по которому должен был вложить 15 000 ф. ст. в дело торговца лесом, и инвестировал эти деньги в винно-водочный завод. Торговец лесом подал иск, но ему были присуждены убытки в размере ущерба, который понёс его бизнес, а не намного превышающая эту сумму прибыль, полученная финансистом от помещения средств в винно-водочный завод. При условии выплаты полной компенсации нарушение договора ради получения большей прибыли считается вполне нормальным поведением[2].

В основу признания убытков не может быть положен и тот факт, что благодаря нарушению договора ответчик хотя и не получил прибыль, но зато уберёг себя от каких-то расходов. Например, если истец заплатил за дорогую доставку товара, а произведена была стандартная доставка, то расчёт убытков будет базироваться не на той сумме, которая была уплачена в превышение стоимости стандартной доставки, а на разнице в рыночной цене заказанной услуги и оказанной услуги, причём доказать наличие этой разницы должен именно истец. Если он не сможет этого сделать, ему будут присуждены только номинальные убытки (чисто символическая сумма)[3]. Указанная разница действительно часто бывает только юридической, а присуждаемая сумма убытков оказывается равной прибыли или сбережённым расходам ответчика, но в ряде дел выбор правильного критерия способен кардинально изменить размер возмещения.

Впрочем, правило исчисления убытков в зависимости от ущерба истца не абсолютно, оно имеет ряд существенных исключений. К ним относится, например, нарушение соглашения, по которому продаётся земля и продавец после исполнения договора должен бу-

---

1 Teacher v. Calder (1889) 1 F.(H L.) 39.

2 *Craswell R.* Two economic theories of enforcing promises // The theory of contract law: new essays. Ed. *Benson P.* Cambridge; New York, 2001. P. 22.

3 White Arrow Express Ltd v. Lamey's Distribution Ltd. [1995] N.L.J. 1504.

дет стать управляющим (trustee) новой собственности покупателя. При нарушении такого договора, если продавец перепродаст землю третьему лицу, первоначальный покупатель получит цену этой перепродажи, даже если она превышает его фактические убытки[1]. Как мне кажется, это исключение легко объяснить. С теоретической точки зрения оно является фикцией — истец получает в качестве убытков сумму, которую получил бы, если бы сначала купил землю у ответчика, а потом сам её и продал. Похожее исключение содержится в п. 27 и п. 28(1) Housing Act (1988), которые предусматривают исчисление убытков исходя из прибыли арендодателя, незаконно лишившего арендатора земли[2].

Кроме того, учёт дохода, полученного правонарушителем, допускается в делах о неправомерном использовании ноу-хау или иной конфиденциальной информации, в том числе если такое использование является нарушением условий трудового договора[3].

Ещё одним случаем, когда суд принимает во внимание прибыль правонарушителя, является нарушение фидуциарных обязательств, которые подразумевают более строгие стандарты добросовестности и не допускают извлечения прибыли из их исполнения[4]. Если в нарушение такого обязательства получена прибыль, то в расчёт убытков принимается именно она[5]. В эту категорию попадают и случаи, когда в нарушение фидуциарного обязательства берётся взятка[6], или когда фидуциарий обязался приобрести какое-то имущество для принципала, но продал ему своё имущество, а не другого продавца[7]. Убытки в подобных примерах как будто теряют свою компенсационную направленность и становятся то ли средством принуждения должника к соблюдению договора, то ли наказанием ответчика. Не случайно,

---

1 Lake v. Bayliss [1974] 1 W.L.R. 1073.

2 Цит. по: http://www.opsi.gov.uk.

3 Peter Pan Mfg. Corp. v. Corsets Silhouette Ltd. [1964] 1 W.L.R. 96 // *Colston C.* Principles of intellectual property law. London, 1999. P. 161.

4 См.: *Flannigan R.* The Fiduciary Obligation // Oxford Journal of Legal Studies. 1989. Vol. 9. № 3. Pp. 285–322.

5 Mathew v. T. M. Sutton Ltd. [1994] W.L.R. 1455.

6 Att.-Gen. of Hongkong v. Reid [1994] 1 A.C. 324 // Цит. по: *Connolly M.* Briefcase on Commercial Law. London, 1998. P. 40.

7 Regier v. Campbell-Stuart [1939] Ch. 766.

что все перечисленные исключения касаются договоров, имеющих особое значение для истца.

В делах, где ответчик неправомерно использовал имущество истца, не причинив имуществу никакого ущерба, судебная практика выработала следующий подход: ответчик должен заплатить истцу разумную стоимость аренды использованного имущества. Это еще одно исключение из общего правила об основании возмещения убытков. Однако, в отличие от предыдущих случаев, здесь безразлично, какую прибыль получил ответчик — больше или меньше, чем арендная плата, так как убытки будут равняться средней стоимости аренды этого имущества (именно это понимается под разумной стоимостью)[1] и называться убытками за «потерянную возможность заключить договор» (lost opportunity to bargain)[2].

Есть и пограничные ситуации, когда нельзя определённо сказать, что применимо — исключение или общее правило. Ярким примером является нарушение договорной обязанности владельца земли не возводить определённые строения, которое не влечёт никаких убытков для стороны, в пользу которой существовало ограничение. Именно такой была суть исков в двух схожих делах: Wrotham Park Estate Co. v. Parkside Homes Ltd[3] и в деле Surrey CC v. Bredero Homes Ltd[4]. Несмотря на практически одинаковые правоотношения, решения судов были совершенно разными.

В первом случае иск был удовлетворён и истец получил возмещение убытков в размере 5% прибыли, полученной ответчиком от возведения строений в нарушение договора. Истец обосновал требование 5% прибыли ответчика, заявив, что именно по такой цене он бы согласился на отмену ограничения, лежавшего на ответчике. Суд назвал это «убытками от упущенной возможности заключить сделку». Во втором случае суд присудил истцу только номинальные убытки.

В других аналогичных делах суды пошли по пути возмещения убытков, для определения которых берётся во внимание прибыль.

---

[1] *Treitel G.* The law of contract. P. 866.

[2] См.: *Sharpe R.J., Waddams S.M.* Damages for Lost Opportunity to Bargain // Oxford Journal of Legal Studies. 1982. Vol. 2. № 2. Pp. 290–297.

[3] Wrotham Park Estate Co. v. Parkside Homes Ltd [1974] 1 W.L.R. 798.

[4] Surrey CC v. Bredero Homes Ltd [1993] 1 W.L.R. 1361 // Цит. по: http://www.bailii.org.

полученная от нарушения запрета на строительство[1]. В целом, как мне кажется, это очень логичное решение: поскольку всё имеет свою цену, достаточно высчитать, сколько мог получить истец за отмену ограничения на использование земельного участка. Присуждение же номинальных убытков выглядит в подобном примере совершенно несправедливым.

Хотя на практике вопрос был, таким образом, решен, теоретики права оказались в затруднительном положении. Решение по делу Surrey CC v. Bredero Homes Ltd не было признано ошибочным, а значит, в качестве правильного оно обладает такими же прецедентными качествами, как и дело Wrotham Park Estate Co v. Parkside Homes Ltd, и просто закрыть на это глаза нельзя. В результате получается, что для одной и той же категории дел существует два противоположных правила. Для того, чтобы вопрос выбора между этими правилами решался единообразно, а не по личному убеждению судьи, английские юристы постарались выделить некие особенности дела Surrey CC v. Bredero Homes Ltd, благодаря которым решение по нему отличается от дела Wrotham Park Estate Co. v. Parkside Homes Ltd.

Например, они решили, что во втором деле иск не имел ни реституционной направленности, ни фидуциарного характера[2]. Временно споры утихли, пока не возникло деле Jaggard v. Sawyer[3], где указанные особенности также отсутствовали, но решение всё равно было принято, как в деле Wrotham Park Estate Co. v. Parkside Homes Ltd (в пользу истца). Английские юристы тогда выделили следующие особенности: в Surrey CC v. Bredero Homes Ltd не было требования наложить судебный запрет, решалось оно не в equity law, а по common law и т.д., но на каждую из особенностей можно найти своё возражение[4]. Можно ожидать, что если на практике окажется, что и такое объяснение отличия между рассматриваемыми прецедентами окажется неподходящим, поиск особенностей продолжится. Просто сказать, что решение в Surrey CC v. Bredero Homes Ltd больше не от-

---

1 Stoke-on-Trent City Council v. W. & J. Wass Ltd [1988] 1 W.L.R. 1406 cf., Bracewell v. Appleby [1975] Ch. 408; General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co. [1975] 1 W.L.R. 819; Sharpe, R. J., Waddams, S. M. Op. cit. P.290.

2 *Treitel G.* The law of contract. P. 867.

3 Jaggard v. Sawyer [1995] 1 W.L.R. 269.

4 *Treitel G.* The law of contract. P. 867.

вечает современным реалиям и потому не имеет значения прецедента, в английской системе права (в отличие от американской) недопустимо.

Следует особо заметить, что, хотя в делах, подобных Wrotham Park Estate Co. v. Parkside Homes Ltd, то есть в случае нарушения установленного в договоре запрета на совершение какого-либо действия, истец может получить компенсацию, рассчитанную исходя из прибыли ответчика, и это не считается исключением из общего правила. Истец получает возмещение не за нарушение договорного ограничения — ведь убытков нарушение ответчика не принесло, — а за упущенную возможность продать ответчику право на застройку. Учёт прибыли ответчика производится не сам по себе, а по предположению, что, как человек разумный, истец рассчитал бы сумму продажи права, исходя из предполагаемой выгоды ответчика.

Есть одно необычное дело, в котором суд постановил взыскать с ответчика всю прибыль, полученную им в результате преступления. Это дело Attorney-General v. Blake[1], в ходе которого генеральным атторнеем Великобритании был предъявлен иск к Джорджу Блейку. Этот человек служил в английской службе разведки (Secret Intelligence Service), но после усиления антикоммунистической деятельности английских спецслужб и под впечатлением от преступлений англо-американских войск во время Корейской войны обратился в советское посольство и изъявил желание работать на СССР. В 1961 г., после десяти лет успешной работы на КГБ, Д. Блейк был раскрыт, осуждён и приговорён к 42 годам тюремного заключения. В 1965 г. ему удалось бежать. Он поселился в Москве, в 1991 г. написал автобиографию и продал её английскому издателю за 150 000 ф.ст., из которых к началу судебного процесса получил 60 000. Английские власти обвинили Блейка в нарушении его прежнего трудового договора (включавшего условия о конфиденциальности) и Official Secrets Act 1989. Дело рассматривалось без участия Д. Блейка.

Генеральный атторней добился выдачи судебного запрета на получение ответчиком прибыли от публикации. Такая мера явно противоречила общему принципу возмещения убытков в английском праве, и следовало как-то ее обосновать. Апелляционный Суд зая-

[1] Att.-Gen. v. Blake [1998] Ch 463.

вил, что реституционные убытки, основанные на прибыли нарушителя договора, могут быть присуждены в случае, когда ответчик получил прибыль, совершив как раз то действие, которое по трудовому договору обязывался не совершать.

Затем это дело рассматривала Палата Лордов. Она признала все аргументы противников Д. Блейка несостоятельными, одновременно назвав решение нижестоящих инстанций правильным. При этом Палата Лордов не только сочла такой подход исключением, не порождающим никаких правил, но и прямо отказалась сформулировать хотя бы какие-то применимые в данном случае правила[1].

Я думаю, что объяснение Апелляционного Суда неприменимо к рассмотренному делу, поскольку иск генерального атторнея не основывался на нарушении трудового договора, а сложившаяся судебная практика по искам из нарушений запрещающих договоров не позволяет основывать убытки на прибыли ответчика, даже если совершено в точности то действие, которое запрещалось. Кроме того, неясно, почему заявленное Апелляционным Судом исключение должно касаться только договоров, в которых от ответчика требовалось воздержаться от какого-либо действия, и не относится к договорам, по которым ответчику требовалось, наоборот, совершить какое-то действие.

Одни английские правоведы уходят от ответа на вопрос о том, почему в деле Д. Блейка было принято решение, идущее вразрез с главными принципами доктрины убытков[2], другие, отстаивая мнение о более частом исчислении убытков исходя не из ущерба истца, а из прибыли ответчика, считают это дело вехой в развитии доктрины убытков[3], другие (отстаивая позицию о более частом исчислении убытков не от ущерба истца, а от прибыли ответчика) считают это дело вехой в развитии доктрины убытков, по примеру которой будет решено много дел в будущем[4].

---

1 *Edelman J.* Gain-based damages contract, tort, equity and intellectual property. Oxford, 2002. P. 152.

2 *Treitel G.* The law of contract. P. 869; *Furmston M.* Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract. P. 660.

3 Ibid

4 *Edelman J.* Gain-based damages: contract, tort, equity and intellectual property. Oxford, 2002. P. 149.

На мой взгляд, объяснение имеет неправовой характер: в данном случае решающую роль сыграла личность ответчика, которого англичане ненавидели не только за то, что он передал КГБ сведения о примерно 400 британских агентах (включая ставших предателями советских граждан), но и за то, что он работал на СССР по убеждению, отказываясь от любого вознаграждения. Поэтому английское правосудие «сняло повязку с глаз» и судило Д.Блейка не по праву. Данное дело при рассмотрении компенсационного принципа возмещения убытков требует упоминания лишь как исключительный прецедент, поскольку в будущем оно может стать отправной точкой для принятия аналогичных решений, только если ещё какой-нибудь шпион напишет мемуары о том, как он обвёл вокруг пальца британскую контрразведку[1].

Из вышеизложенного можно видеть, что в английском и американском праве по общему правилу убытки основаны на ущербе, который понёс истец, а не на прибыли, которую получил от нарушения договора ответчик. Убытки не могут основываться и на том, что благодаря нарушению договора ответчик хотя и не получил прибыль, но зато уберёг себя от каких-то расходов (к счастью, формулировка п. 2 ст. 15 ГК РФ не позволяет учитывать хотя бы это для получения упущенной выгоды). Вместе с тем существует ряд исключений, которые можно условно разделить на две группы: 1) это нарушение фидуциарных обязательств, которые подразумевают более строгие стандарты добросовестности и не допускают извлечение прибыли из их исполнения; 2) нарушение содержавшегося в договоре запрета. В первом случае очевидно, что правило изъятия прибыли у ответчика существует со штрафной целью. Во втором случае изымается не вся прибыль, а та сумма из неё, за которую истцу разумно было бы договориться с ответчиком о снятии существовавшего договорного запрета (это называется убытками за потерю шанса заключить сделку). Полностью прибыль была изъята только в деле

---

[1] Время показало ошибочность мнения исследователей, считающих, будто «решение против Джордана Блэйка имеет для английского договорного права существенное значение: применена и будет применяться в дальнейшем новая мера защиты интересов кредитора в нарушенном договоре» (*Куликов А.А.* Определение размера убытков в английском праве: основные принципы и современные тенденции регулирования. С. 118). Впрочем, даже изначально сами материалы дела не давали оснований для подобных прогнозов.

Attorney-General v. Blake, и, по сути, там было признано, что можно изымать прибыль, полученную от совершения буквально того действия, которое было строго запрещено договором, когда в силу особого значения запрета для истца не могло быть и речи о его возмездной отмене. Однако нигде ещё это обоснование не было использовано во второй раз.

Таким образом, английские и американские юристы отдают себе отчёт в том, что взыскание убытков в размере прибыли ответчика от нарушения договора носит безусловно штрафной характер, если осуществляется в полном размере. Тем более интересно отметить, что нормы английского и американского права в принципе признают возможность взыскания штрафных убытков в определённых случаях, но там исчисление убытков от прибыли ответчика возможно только в исключительных, исчерпывающе перечисленных ситуациях, — а российское право, на словах стоящее на позиции абсолютно компенсационной функции убытков, имеет правило, которое безусловно позволяет конфисковать у ответчика прибыль от правонарушения (естественно, при доказательствах её размера и причинной связи с нарушением договора). Подобная ситуация представляется в высшей степени нелогичной. Штрафной характер учёта прибыли ответчика от нарушения договора сам по себе не представляет проблемы — проблемой является недостаточная гибкость нормы п. 2 ст. 15 ГК РФ и слишком широкий круг случаев, когда она применяется.

§ 4. Принципы расчёта размера убытков в праве Англии, США и России

В судебной практике Англии и США расчёт размера убытков редко вызывает проблемы, когда истец предъявляет требования о возмещении расходов, основанных на договоре, или требование о реституции[1]. В первом случае это просто расходы, которые истец понёс, действуя на основании договора, а во втором случае это, по сути, вся выгода, которую получил от договора ответчик (которой соответствует всё, что получил от договора истец). Все трудности, возника-

[1] *Treitel G.* The law of contract. P. 880.

ющие при денежном выражении этого ущерба, носят чисто технический, а не теоретически-правовой характер, а потому могут быть опущены в рамках настоящей работы (это касается, например, учёта налогов, которые заплатил бы истец с прибыли, полученной от надлежащим образом исполненного договора).

Интереснее случаи, когда пострадавшая сторона требует возмещения, которое поставит её в такое положение, как если бы договор был полностью исполнен. В английском и американском праве для таких ситуаций используются два различных принципа исчисления размера убытков: «разница в стоимости» («difference in value») и «стоимость исправления» («cost of cure»).

Первый принцип типичен для отношений аренды. Landlord and Tenant Act 1927 прямо указывает, что в случае нарушения обязательства арендатора отремонтировать имущество арендодателя должен использоваться принцип «разницы в стоимости»[1], т.е. учитывается не то, во сколько обошлось бы проведение ремонта, а то, насколько отсутствие ремонта уменьшило стоимость недвижимости.

Надо заметить, что уменьшение стоимости предмета договора не всегда означает уменьшение рыночной цены. В английском праве существует ряд правил, согласно которым определяется цена предмета договора в конкретном деле, и она может быть как рыночной, так и «реальной»[2]. Тем не менее, эти правила представляют только практический, а не теоретический интерес и выходят за рамки темы настоящего исследования.

При купле-продаже или найме с последующим выкупом наиболее распространённым решением суда также является присуждение истцу разницы между стоимостью дефектного предмета договора и стоимостью такого предмета, который полностью бы соответствовал условиям договора[3]. Впрочем, если дефект может быть исправлен за разумную цену, ничто не препятствует возместить убытки в размере этой цены исправления.

Второй принцип, «цена исправления», применяется чаще всего в делах, где ответчик должен был провести строительные рабо-

---

[1] Landlord and Tenant Act 1927, s. 18 // Цит. по: http://www.statutelaw.gov.uk.

[2] См.: *Treitel G.* The law of contract. Pp. 883–890.

[3] Sale of Goods Act 1979, s. 53(3) // Цит. по: http://www.statutelaw.gov.uk.

ты: в деле Mertens v. Home Freeholds было сформулировано, что ответчик должен возместить стоимость исправления недостатков построенного либо стоимость доведения работ до конца[1]. Это правило, опять же, не носит императивного характера и не применяется, если стоимость исправления недостатков строительства явно не соответствует неудобствам, которые причиняют эти недостатки. Например, ответчик не был обязан возместить стоимость исправления построенного, когда для приведения здания в соответствие с договором требовалось сначала демонтировать его почти полностью[2], когда стоимость исправления недостатков была больше всей стоимости здания[3], а также когда приведение здания в соответствие с договором не дало бы истцу никакой экономической выгоды[4]. Во всех трёх случаях более справедливым признаётся возмещение убытков в размере разницы в цене построенного здания и предполагаемого по договору.

Тем не менее, в судебной практике заметны споры по этому вопросу. Некоторые судьи считают, что расчёт убытков от стоимости исправления должен допускаться даже при превышении ею разницы в цене, если только истец докажет, что уже произвёл такие траты или приготовился их произвести в будущем[5]. Исходя из этого можно сделать вывод: принцип «цены исправления» применим всегда, когда соблюдается условие разумного стремления истца уменьшить свой ущерб и отсутствует явная диспропорция между расходами на исправление недостатков выполненной работы и выгодой от исправления

Судебная практика довольно противоречива по поводу того, допустимо ли рассчитывать убытки от стоимости исправления недостатков, если цена исправления меньше разницы в цене, но истец хочет только взять компенсацию и ничего не исправлять[6]. Общее правило гласит, что намерения истца не имеют значения для суда, и к делу не относится, будет ли он действительно использовать по-

---

1 Mertens v. Home Freeholds [1921] 2 K.B. 526.

2 Jacob & Youngs v. Kent 129 N.E. 889 (1921).

3 Morris v. Redland Bricks Ltd [1970] A.C. 652.

4 James v. Hutton [1950] 1 K.B. 9

5 *Treitel G.* The law of contract. P. 881.

6 Ibid. P. 882.

лученные деньги для исправления недостатков полученного по договору. Исключением являются только случаи, где исправление недостатков было бы явно неразумным выбором, а также там, где уже ничего нельзя исправить: тогда ничего не остаётся, кроме как основываться на разнице в цене.

В делах, где консультант не смог указать клиенту на недостатки приобретаемого дома, клиент может получить с консультанта возмещение убытков, рассчитанных только по принципу разницы в цене, а не стоимости исправления, поскольку консультант не даёт гарантий по состоянию дома, а только обязывается действовать с разумной заботой и умением[1]. Но опять же, в исключительных случаях возможно получить возмещение убытков в размере стоимости исправления, если разумно было предпринять попытку исправления, а также клиент может возместить издержки выхода из невыгодной для него сделки.

Исходя из вышеописанной судебной практики, можно сделать вывод, что практически нет императивных правил относительно того, когда какой принцип исчисления убытков следует применять. Суды решают это исходя из того, что будет наиболее соответствовать справедливости в каждом конкретном случае. При этом нормы прецедентов дают достаточную базу для принятия аргументированных и единообразных решений по вопросу, возмещать ли «стоимость исправления» или «разницу в цене». Практически любая ситуация уже возникала, была всесторонне проанализирована, и современным судам остаётся только правильно классифицировать главную правовую проблему дела, а затем воспользоваться результатами предыдущего анализа такого же случая.

На самом деле, можно заметить, что два разных принципа исчисления убытков не обязательно приводят к разным результатам. Нередко сумма будет одинаковой, как бы её ни рассчитывали. Например, стоимость работ на замену протекающей крыши будет равна связанному с такой крышей уменьшению цены здания[2].

---

[1] Watts v. Morrow [1991] 1 W.L.R. 1421 at 1439 // Цит. по *Cohen N., McKendrick E.* Comparative Remedies for Breach of Contract. Oxford, 2005. P. 311.

[2] Dean v. Ainley [1987] W.L.R. 1729.

Бывают и противоположные случаи, когда несправедливо будет применить любой из двух вышеописанных принципов. Тогда убытки исчисляются по другим основаниям. Самым ярким примером этого в английской судебной практике считается известное дело Ruxley Electronics and Construction Ltd v. Forsynth[1]. Ответчик обязывался по договору построить бассейн в саду истца. Договор предусматривал, что бассейн должен быть в семь футов и шесть дюймов глубиной[2], но глубина построенного бассейна оказалась равной только шести футам и девяти дюймам[3]. Такое нарушение договора никак не повлияло на его стоимость, бассейн всё равно был безопасен для ныряния, а цена углубления бассейна до указанного в договоре уровня равнялась бы 21 560 ф. ст., в то время как цена сделки составляла 38 564 ф. ст. В результате расчёт убытков как «разницы в цене» свёл бы их к чисто номинальному размеру, а «цена исправления» была неразумно большой. Решение судьи, поддержанное Палатой Лордов, было следующим: присудить истцу компенсацию за ухудшение условий пользования недвижимостью в размере 2500 ф. ст., поскольку для договоров о производстве «улучшений дома» обычно делается исключение из общего правила, если речь идёт о компенсации за несоответствие результата ожиданиям заказчика в результате нарушения договора. При этом всё равно была сделана оговорка, что это решение не должно учитываться в большинстве дел, связанных со строительными договорами, так что оно остаётся уникальным примером гибкости английского права в нестандартных ситуациях.

Я думаю, что подход к расчёту размера убытков в Англии и США предопределён подходом английских и американских юристов к убыткам, как к денежной сумме, помещающей истца в такое же положение, как если бы договор был исполнен. Поэтому-то суды в этих странах и обращают внимание прежде всего на то, в чём заключался интерес истца в результате исполнения договора. Грубо говоря, если интерес чисто финансовый, то суд присуждает «разницу в цене» (не лишне отметить, что в данном случае имеется в виду вовсе не рыночная, а т.н. «реальная» цена), а если для истца важно было имен-

---

[1] Ruxley Electronics and Construction Ltd v. Forsynth [1996] A.C. 344.

[2] 228,6 см

[3] 205,74 см.

но само исполнение, а не прибыль от него, то суд присуждает «стоимость исправления»[1]. Величина разницы между стоимостью ремонта и ценой имущества в англо-американской практике имеет минимальное значение[2]. Это легко можно видеть из мотивировки решений в различных делах[3]. Главное — сущность интереса истца в результате договора

Исходя из этого, можно понять любое кажущееся противоречие между противоположными решениями английских и американских судов по похожим делам. Всё дело в том, что одни истцы являются предпринимателями или коммерческими организациями, которым нужен не результат договора, а прибыль от его перепродажи или использования, которую легко учесть как «разницу в цене». Другие же истцы (особенно физические лица) имеют особый интерес в точном соблюдении договора. Например, им необходимо вместо уничтоженного автомобиля получить сравнимое по характеристикам транспортное средство, а не просто такую сумму, как если бы они этот автомобиль перепродали.

Исключением будут случаи, когда ещё более приоритетным критерием суд признает защиту права на результат исполнения договора, как это произошло в деле Radford v. De Froberville[4]. В данном случае вопрос о сущности интереса был малозначимым[5], а решение суда

---

1 *Halson R., Pearce D.* Damages for Breach of Contract: Compensation, Restitution and Vindication. P. 80.

2 *Treitel G.* The law of contract. P. 881.

3 Radford v. De Froberville, [1977] 1 WLR 1262; Mertens v. Home Freeholds [1921] 2 K.B. 526; Jacob & Youngs v. Kent 129 N.E. 889 (1921); Morris v. Redland Bricks Ltd [1970] A.C. 652, James v. Hutton [1950] 1 K.B. 9.

4 Позиция судьи по этому делу была подробно изложена в § 4 Главы I настоящей работы.

5 Вызывает удивление мнение А. Николаевой, что в этом деле суд присудил «цену исправления», потому что учёл личный интерес истца (*Николаева А.* Принципы определения размера убытков: российская и зарубежная судебная практика // Хозяйство и право. 2006. № 8. С. 132). Это совершенно не соответствует позиции, которую суд недвусмысленно высказал: что личный интерес полностью отсутствует, но это не должно влиять на защиту прав истца. Возможно, это ошибка не А. Николаевой, а канадского правоведа Джейми Касселса, поскольку та часть указанной статьи, которая касается английской судебной практики, вся имеет не научный, а конспективный характер, представляя собой краткое изложение соответствующей главы «Введения в канадское право убытков» (*Cassels J.*

оказалось определено общим понятием убытков в английском праве. Надо сказать, что именно в последние годы об этом прецеденте стали часто говорить и стали часто на него ссылаться. Э. МакКендрик сформулировал суть современного подхода так: убытки «не должны больше привязываться к помещению истца в такое экономическое положение, в котором он находился бы, будь договор исполнен, но вместо этого должны иметь целью предоставление истцу подходящей замены исполнения, на которое он имел право»[1]. Исходя из этого, он сделал вывод, что присуждение «разницы в цене» не защищает интерес в результате исполнения[2].

Российские суды, естественно, тоже сталкиваются со случаями, когда возникает вопрос: компенсировать истцу только разницу в цене предполагаемого результата договора и цене ненадлежащего исполнения или компенсировать все затраты на получение точно такого результата договора, какой был ему нужен[3]. Чётких критериев в законодательстве не существует, нет и единообразия судебной практики. Нередко вопрос выбора «цены исправления» или «разницы в цене» решается исходя из права истца на выбор способа защиты своего права[4], так что суды могут взыскать расходы на ремонт повреждённой вещи до состояния новой (т.е. без учёта износа на момент повреждения), а иногда, наоборот, встречается критерий соотношения затрат на ремонт с рыночной ценой иму-

---

Remedies. The Law of Damages (Essentials of Canadian Law). Toronto, 2000. 460 p.).

[1] *McKendrick E.* The Common Law at Work: the Saga of Alfred McAlpine Construction Ltd v. Panatown Ltd // Oxford University Commonwealth Law Journal. 2003. Vol. 3. № 2. P. 172.

[2] *McKendrick E.* Contract Law: Text, Cases, and Materials. Oxford, 2005. P. 1017.

[3] Наиболее типичные ситуации — повреждение имущества, переданного в аренду или на хранение. Ещё чаще подобный вопрос возникает применительно к возмещению вреда, причинённого деликтом, например при повреждении автомобиля (необходимо решить, возмещать стоимость ремонта, которая оказывается больше стоимости нового автомобиля, или возмещать рыночную стоимость автомобиля до момента аварии, которая может быть смехотворно мала, и другое транспортное средство на неё будет не купить). См. Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 25 мая 2001 г. по делу № А79-1831/2000-СК2-1652.

[4] *Николаева А.* Принципы определения размера убытков: российская и зарубежная судебная практика // Хозяйство и право. 2006. № 8. С. 124.

шества до повреждения (т.е. с учётом износа)[1] и критерий разумности затрат[2].

В результате исход спора в российских судах плохо поддаётся прогнозированию. Никто не может сказать, какие критерии конкретный суд применит, а какие проигнорирует.

Иногда российский суд может принять аргументацию, аналогичную позиции судов Англии и США. Например, в уже упоминавшемся деле Harbutt's "Plasticine" Ltd v. Wayne Tank & Pump Co. Ltd[3] суд разрешил истцу взыскать с ответчика полную стоимость строительства новой фабрики, хотя это и улучшало положение истца, но ведь невозможно построить «старую» фабрику. В российской судебной практике есть похожий пример, касающийся возмещения вреда в результате ДТП: кассационная инстанция Московского областного суда отменила решение суда первой инстанции из-за того, что суд не учёл амортизационный износ автомобиля. Тогда в ходе нового рассмотрения истец заявил, что учёт износа нарушит его права, так как он намерен произвести ремонт, а в официальной продаже нет бывших в употреблении запчастей с сертификатом безопасности или «изношенной» автомобильной краски. Иск был удовлетворён в полном объёме[4]. Однако надо отметить, что такая аргументация была представлена истцом, а не судьёй, и суд не был обязан принимать её: с той же вероятностью в подобном случае износ всё равно мог быть учтён.

Можно видеть, что недостаточность законодательного регулирования привела к тому, что вопрос об основаниях расчёта убытков оказался в «серой зоне», где каждый суд действует по собственному разумению, а поскольку отечественные судьи не подготавливались к полному и аргументированному обоснованию своей позиции в спорной ситуации, как это делают судьи Англии и США, решения российских судов в таких случаях противоречат друг другу и основываются не на праве, а на здравом смысле. Критерии английско-

---

[1] *Николаева А.* Цель возмещения убытков — восстановление экономического положения или восстановление имущества в натуре // Хозяйство и право. 2005. № 11. С. 87.

[2] См. исследование применения этих критериев: *Николаева А.* Выбор меры возмещения убытков // Право и экономика. 2007. № 2. С. 49–53.

[3] Harbutt's "Plasticine" Ltd v. Wayne Tank & Pump Co. Ltd [1970] 1 Q B. 447.

[4] *Медведев М.* Заплатите за старый автомобиль, как за новый // Бизнес-адвокат. 1999. № 6.

го и американского права, применяемые к убыткам за ненадлежащее исполнение, разработаны детально (учитывается и вид имущества, и вид договора, и умышленность нарушения, и многие другие обстоятельства), и в результате исход дела более предсказуем, а права истцов и ответчиков защищаются более эффективно. При этом важно помнить, что эти критерии — не обособленная система, а следствие из общего понятия убытков.

ГЛАВА 3

Ограничение размера убытков

§ 1. Критерий предвидимого ущерба в праве Англии и США

Очевидно, что целью возмещения убытков не может быть компенсация пострадавшей стороне вообще всего ущерба, который проистекает из нарушения договора. Примером недопустимого объёма компенсации может служить одно дело, имевшее место в Англии в XVII веке. Один человек должен был жениться на богатой девушке. Когда он ехал на свадьбу, его конь потерял подкову. Кузнец, который её заменял, выполнил свою работу так некачественно, что конь охромел, жених не успел ко дню свадьбы, и его невеста вышла за другого. Английский суд решил, что кузнец должен возместить убытки, понесённые женихом в связи с несостоявшейся свадьбой[1].

Абсурдность такой компенсации очевидна. Абсолютная защита интересов пострадавшей стороны способна скорее отвратить другую сторону от заключения договора и породить бесконечные тяжбы, чем служить справедливости. Для того, чтобы не допустить повторения вышеописанного случая, в английском праве возник ряд правил, позволяющих определить предел убытков, подлежащих возмещению.

Прежде всего, ответчик не обязан возмещать ущерб, который носит слишком отдалённый от нарушения характер. При этом сразу

---

[1] *Treitel G.* The law of contract. P. 898.

хочу обратить внимание на то, что «отдалённость» (remoteness) — это не аналог привычного нам в российском праве понятия причинно-следственной связи. Отдалённость — это некий предел цепочки причинно-следственной связи, после которой ущерб не возмещается, хотя и имеет своей причиной нарушение договора.

Тестом на отдалённость ущерба является ответ на вопрос, был ли конкретный вид ущерба в пределах «разумного предвидения сторон» («reasonable contemplation of the parties»), т.е., если ущерб нельзя было предвидеть, он слишком отдалён от нарушения договора, чтоб компенсироваться. Применение этого теста имеет ряд нюансов.

Основным делом, в котором были сформулированы принципы «разумного предвидения сторон», является дело Hadley v. Baxendale[1]. Суть его в следующем. На мельнице истца сломалась ось и была послана в мастерскую в Гринвич, чтобы служить образцом для создания новой оси. Ответчики подрядились доставить ось в Гринвич, но сделали это позже условленного срока, так что мельнице пришлось простаивать дольше ожидаемого. Истцы требовали возместить убытки в размере 300 ф. ст., ссылаясь на потерю прибыли в момент простоя. Первая инстанция присудила истцу 50 ф. ст. убытков, но это решение было обжаловано ответчиками.

Во второй инстанции судье пришлось обосновать, почему решение первой инстанции было неверным, поэтому и было сформулировано, что же такое «разумное предвидение сторон». Судья заключил, что убытки должны честно и разумно признаваться или 1) естественно возникшими из обычного положения вещей, из самого нарушения договора, или 2) находившимися в пределах разумного предвидения обеих сторон в момент заключения договора как последствия его нарушения. Это означает, что каждый человек, во-первых, изначально обладает пониманием обычного хода вещей, а во-вторых, может иметь особую информацию, из которой может сделать вывод об особых последствиях нарушения.

В рассматриваемом деле остановка мельницы не была естественным следствием просрочки ответчика. В огромном количестве случаев владельцы мельниц прибегали к услугам перевозчиков для доставки сломанных осей в ремонт, и это не вызывало простоя. Перевозчик имел все основания полагать, что у мельников есть запасная

[1] Hadley v. Baxendale (1854) 9 Exch. 341.

ось. Не могли обе стороны предвидеть такую задержку и в момент заключения договора. Ответчикам сказали только, что этот предмет — сломанная ось мельницы, а истец — владелец этой мельницы. Им не было сообщено, что задержка доставки приведёт к простою в работе. Если бы они знали об этом, то могли бы приложить больше усилий, чтобы не допустить убытков истца, поэтому несправедливо лишать их такого преимущества. Так что истцу было отказано в возмещении убытков за простой.

Вышеуказанные принципы были переформулированы в деле Victoria Laundry (Windsor) Ltd v. Newman Industries Ltd[1]. Ответчики по этому делу продали паровой котёл (бойлер), зная, что истец будет использовать его для своей прачечной. Бойлер был доставлен на пять месяцев позже срока, так что покупатель потерял прибыль. Судьи применили тест на отдалённость, то есть поставили вопрос, можно ли было предвидеть ущерб. В данном случае ответчики знали, что истцу бойлер требуется для немедленного использования в предпринимательской деятельности, поэтому они несли ответственность за потерю прибыли, которую бы принесло использование бойлера. разумно было полагать, что они должны предвидеть потерю прибыли из-за задержки доставки. Зато они не должны были возместить убытки от потери чрезвычайно выгодных правительственных заказов, которые смогли бы заключить покупатели, если бы бойлер был доставлен в срок: ответчики ничего об этих заказах не знали, и такие убытки находились вне пределов разумного предвидения.

Может показаться, что этот «тест на отдалённость» похож на то, как определяется виновность лица, совершившего деликт: там встаёт тот же самый вопрос о предвидении. Так и есть, в этом английское договорное право сходно с деликтным, но надо сказать об одном отличии.

В деле, которое принято называть The Heron II[2], судовладелец доставил груз в указанный в договоре порт с задержкой на несколько дней. Владелец груза собирался его продать сразу же по доставке, но за время просрочки рыночная цена упала, и он получил меньше прибыли, чем предполагал. Возник вопрос: мог ли владелец корабля предвидеть, что задержка доставки нанесёт ущерб владельцу груза?

---

[1] Victoria Laundry (Windsor) Ltd v. Newman Industries Ltd [1949] 2 K.B. 528.

[2] Koufos v. Czarnikow Ltd [1969] 1 A.C. 350.

Суд решил, что в этом случае обычных знаний о рынке должно было быть достаточно, чтобы допускать вероятность падения стоимости груза. Отвергая довод защиты, что степень вероятности была слишком маленькой, а потому убытки слишком отдалены от нарушения договора, суд заявил, что ответственность за нарушение договора наступает, когда ответчик предвидел причинение ущерба с более высокой степенью вероятности, чем требуется для несения ответственности за деликт, и эта степень в данном деле наличествовала.

Пытаясь пояснить свою мысль, судьи предложили целый ряд терминов, которыми должно характеризоваться предвидение ответчиком ущерба, дающее истцу право на возмещение убытков. Эти термины можно перевести как «значительная возможность», «настоящая опасность», «очень существенная возможность ущерба», «не неожиданный или легко предвидимый ущерб» (serious possibility, real danger, very substantial possibility of loss, not unlikely or easily foreseeable that loss will occur). В результате в настоящее время при рассмотрении каждого дела, где фигурирует возмещение убытков, судьи проверяют, можно ли описать предвидение ответчиком ущерба в терминах дела The Heron II.

Можно дать объяснение такому отличию: в договорных отношениях истец легко может указать ответчику на риск, который выходит за представления ответчика об обычном ходе вещей, а в деликтных отношениях нарушителем может быть вообще любое, а не заранее определённое лицо, так что предупредить всех потенциальных нарушителей невозможно. Поэтому в рамках договора ответчик не обязан задумываться о мельчайших последствиях своего поступка, а в отношении деликтов можно предъявлять более строгие требования, тем более что причинение вреда здоровью и совершение иных деликтов обычно приводят к более серьёзным последствиям нежели чисто финансовые потери.

В деле H. Parsons (Livestock) Ltd v. Uttley Ingham & Co. Ltd[1] судьи снова подробно рассмотрели, какой степени предвидения ущерба ответчиком достаточно для возмещения убытков. Суть дела состояла в следующем. Ответчик сделал истцу контейнер для хранения корма на свиноферме. Оказалось, что контейнер плохо вентилируется, поэтому корм заплесневел, а вскоре покушавшие его свиньи поуми-

[1] H. Parsons (Livestock) Ltd v. Uttley Ingham & Co. Ltd. [1978] Q B. 791.

рали от редкой болезни. В данном случае вероятность того, что нарушенная вентиляция контейнера приведёт к смерти свиней, была достаточной для деликтов, но недостаточной для нарушений договора, если исходить из мнения судей по вышеуказанному делу The Heron II. Тем не менее, в первой инстанции судья решил, что должны быть возмещены убытки в размере стоимости умерших свиней, в размере расходов истца на лечение редкой болезни, а также в размере потери прибыли от будущего использования животных. Во второй инстанции решение было подтверждено, но на других основаниях: мнения судей разделились. Первые считали, что применять принципы дела The Heron II следует только тогда, когда потеря чисто финансовая, а не материальная. В случае материального ущерба (смерти свиней) эти судьи считали необоснованным различие в степени вероятности в зависимости от того, относит закон конкретное дело к искам из нарушения договора или искам из деликта.

Другие судьи не согласились, что должно быть отличие убытков, возмещающих финансовый ущерб, от убытков, возмещающих материальный ущерб. Зато они считали, что вероятность болезни и смерти свиней в этом деле была достаточно значительной для того, чтобы соответствовать принципам дела The Heron II.

Что же касается возмещения убытков в размере прибыли от будущего использования животных, то интересно отметить, как был решён вопрос отдалённости их от нарушения договора. Судьи имели в виду, что истец должен получить возмещение той прибыли, которую он бы извлёк из самих умерших свиней (т.е. переработав их на мясопродукты или продав целиком), но не возмещение прибыли от использования этих свиней для разведения потомства и прибыли от продажи этого потомства.

В итоге, значение дела H. Parsons (Livestock) Ltd v. Uttley Ingham & Co. Ltd для теории убытков состоит в том, что если какое-то нарушение договора одновременно является деликтом, то применяется менее строгий тест предвидения, свойственный деликтному праву, даже если истец подал иск в рамках договорного права. Если же нарушение договора не является деликтом, то к нему применяется тот строгий тест на предвидение, который сформулирован в деле The Heron II.

Необходимо также упомянуть, что судебная практика пыталась сформулировать дополнительный критерий возмещения убытков, которые нельзя было предвидеть без специальных знаний. В одном

случае судьи решили, что кроме знания ответчика об обстоятельствах, дающих основания предвидеть особый ущерб, необходимо, чтобы сообщение истца ответчику о таких обстоятельствах имело черты соглашения, по которому ответчик принимает на себя обязательства возместить дополнительный ущерб[1]. В последнее время суд требует кроме сообщения об особых обстоятельствах наличия просто «подразумеваемого согласия» ответчика нести дополнительную ответственность[2]. Однако поскольку согласие ответчика в этом случае и так подразумевается, мне кажется, это правило мало меняет принципы дела The Heron II.

Всё вышеизложенное касается предвидения особых видов ущерба, но надо помнить и о втором критерии — есть ущерб, предсказать который можно вообще без обладания специальными знаниями, то есть ущерб, логично следующий из самого обычного положения вещей и понятный любому разумному человеку просто по здравому смыслу. Например, если он задерживает ремонт вещи, приносящей заказчику прибыль, то должен понимать, что такая задержка приносит убытки; продавец испорченного корма должен понимать, что будет отвечать за падёж скота; продавец бракованных комплектующих частей будет отвечать за ущерб перед производителем, который использовал эти части и столкнулся с претензиями покупателей конечного продукта. При этом к такому естественному ущербу применяется тот же тест на отдалённость из дела The Heron II, то есть ущерб считается слишком отдалённым и не подлежит возмещению, если вероятность его наступления представлялась в момент нарушения недостаточно серьёзной[3].

Это правило имеет дополнительные следствия. Ответчик не обязан будет возмещать ущерб, который можно было предвидеть, но который в реальности не был понесён. И наоборот — он не будет отвечать за фактически понесённый ущерб, если ущерб мало связан с нарушением договора. Но что если истец фактически понёс ущерб, который мало связан с нарушением договора, в то время как ответчик имел основания предвидеть другой, меньший ущерб?

---

[1] Horne v. Midland Ry. (1873) L.R. 8 C.P. 131 at 141

[2] Robophone Facilities Ltd v. Blank [1966] 1 W.L.R. 1428 at 1448.

[3] *Treitel G.* The law of contract. P. 902.

Такая ситуация возникла в деле Cory v. Thames Ironworks Co[1]. Ответчик продал истцу плавучий подъёмный кран, но доставил его на шесть месяцев позже срока. Он полагал, что убытки истца составят 420 ф. ст., исходя из того, как обычно используют такие краны, однако истец намеревался применить ноу-хау, так что на самом деле потеряли прибыль в размере 4000 ф. ст. Истец сам понял, что нет оснований к тому, чтобы ответчик возмещал такую сумму, и ограничил свои требования тем размером ущерба, который можно было предвидеть, — 420 ф. ст. Ответчик считал, что раз фактический ущерб был непредвидимым, он вообще не должен быть компенсирован. Суд вынес решение в пользу истца. Нельзя не согласиться, что это справедливо: сущность предвиденного вреда и реального идентична (денежная оценка потерянной прибыли).

Но что если предвидимый и фактически понесённый ущерб совершенно отличаются по своей сути? Например, будет ли возмещать убытки продавец испорченного корма для скота, если его попробует не животное, а сам владелец скота в порядке непредвиденного эксперимента? На этот вопрос судебная практика ещё не дала ответа[2].

В целом, на основании судебной практики Англии можно сделать вывод, что возможность предвидеть ущерб можно считать первейшим и главным критерием оценки обстоятельств дела для ответа на вопрос, должен ли ответчик возмещать убытки. Суды подходят к этому очень тщательно, потому что недостаточно просто сказать «да, предвидеть было можно» или «нет, нельзя». Чаще всего это потребует уточнений. В каждом конкретном случае ответчик будет возмещать убытки в размере, пропорциональном размеру ущерба, который он мог предвидеть. К слову, в делах о возмещении убытков из деликтов по английскому праву требуется только возможность предвидеть вид ущерба, о его количестве и пределах вопрос вообще не ставится[3].

В одном деле, где убытки истца оказались неожиданно большими из-за резкого скачка цен на недвижимость между 1971 и 1973 годами, судьи отклонили возражения истца, что предвидеть такой размер ущерба было невозможно, и решили, что достаточно предвиде-

---

[1] Cory v. Thames Ironworks Co. (1868) L.R. 3 Q.B. 181.

[2] *Treitel G.* The law of contract. P. 903.

[3] Smith v. Leech Brain & Co. Ltd [1962] 2 Q.B. 405 at 415.

ния вида ущерба[1]. Однако в дальнейшем такую точку зрения никто не поддержал и во всех остальных случаях судьи исходили из того, что размер ущерба тоже должен поддаваться предвидению (естественно, не с точностью до фунта), и убытки рассчитывались пропорционально ему.

Например, в деле, где важно было доставить товары в город, где проводилась ярмарка, ответчик возместил истцу убытки в виде прибыли, потерянной в результате просрочки в доставке[2]. Надпись на таре «обязательно должны быть в Ньюкасле к понедельнику» суд признал достаточным основанием предвидеть, что истец хотел продать их на знаменитой ярмарке. Зато в другом деле, когда адвокат направлялся в Калькутту, перевозчик не отвечал за прибыль, потерянную в результате задержки в пути, поскольку знание того, куда едет адвокат, не давало возможности угадать, зачем он туда едет[3]. Для иллюстрации важности анализа обстоятельств дела можно придумать такой нюанс, который бы кардинально изменил решение суда: если бы перевозчик подрядился доставить адвоката не просто в Калькутту, а к зданию суда в Калькутте, тогда вполне можно было бы взыскать с него дополнительные убытки в виде потерянной прибыли (появляются основания предвидеть последствия нарушения договора).

Хочу обратить внимание на то, что для определения «возможности предвидеть» судьи исходят не из субъективных возможностей конкретного ответчика, а из стандартов разумного человека. Справедливость требует не отступать от этих абстрактных стандартов, например для уменьшения ответственности ответчика-тугодума, так что если ответчик оказывается глупее этого стандарта разумности, это только его проблема, а не истца.

Зато специальные знания могут, наоборот, увеличить ответственность ответчика. Так, профессиональный предприниматель явно может лучше предсказать последствия нарушения договора, чем обычный человек, особенно если сфера его деятельности касается предмета договора. Например, в вышеописанном деле о перевозке сломанной оси мельницы перевозчик мало разбирал-

---

[1] Wroth v Tyler [1974] Ch. 30

[2] Simpson v. L. & N W. Ry (1896) 1 Q.B.D. 274.

[3] B.C. Saw-Mill Co. Ltd v. Nettleship (1868) L.R. 3 C P. 499 at 510

ся в мельничном деле, а вот в деле о ремонте бойлера для прачечной ответчик специализировался на таком оборудовании, а потому суд требовал от него бóльшую степень ответственности. Наличие профессиональных знаний индивидуально, а потому невозможно сформулировать принципы, по которым определяется значимость ремесла ответчика для возмещения убытков (например, насколько хорошо владелец книжного магазина понимает возможность убытков издателя).

Особым случаем является ситуация, когда истец терпит дополнительный убыток, потому что его финансы в плачевном состоянии и он не может избежать ряда последствий нарушения договора. Такие дополнительные убытки могут быть взысканы только тогда, когда ответчик знал о тяжёлом положении истца[1].

Тест на отдалённость в английском праве не применяется, если нарушение договора сопряжено с мошенничеством или введением в заблуждение. Других исключений нет, хотя, например, Х. Биль считает, что можно было бы воспринять практику французского права и не требовать предвидения ответчиком убытков там, где нарушение договора было намеренным[2]. С точки зрения Биля, самая большая трудность — это доказывание, было ли нарушение умышленным. Как мне кажется, он забывает и другой фактор: если мы не применяем обычный тест на отдалённость к умышленным нарушениям договоров, то всё равно остаётся открытым вопрос, до какого предела ущерб истца подлежит возмещению.

Как и в английском договорном праве, в США вопрос о предвидимости ущерба (foreseeability) считается одним из основных вопросов в делах об убытках. В основе этой американской доктрины тоже лежит английское дело 1854 года Hadley v. Baxendale[3]. Хотя прецеденты английских судов необязательны для судов американских, принцип, согласно которому ответчик обязан возмещать только тот ущерб, который мог предвидеть любой разумный человек на его месте, выглядел в глазах американских правоведов очень убедитель-

---

1 Muhammed Issa el Sheik Ahmed v. Ali [1947] A.C. 414.

2 *Beale H.* Op. cit. P. 246.

3 *McCormick C.T.* Handbook on the law of damages. P. 562–563; Calamari and Perillo on Contracts. P. 568; Kuehl v. Freeman Bros. Agency, 521 N.W.2d 714 (Iowa 1994).

ным, и потому они начали его применять[1]. Однако судьи исходили из того, что это утверждение — лишь фикция, поскольку на самом деле, конечно, стороны вступают в договор, думая только о его исполнении, а не об ущербе[2].

К чести американской юриспруденции, правила, подобные правилам Hadley v. Baxendale, предлагались в США еще до 1854 г.[3] Тем не менее, американские суды и Своды договорного права ссылаются именно на упомянутый английский прецедент[4].

В основном детали этих принципов и практика их применения в США мало отличаются от английской практики. Однако в американском праве были и свои новеллы к Hadley v. Baxendale. Так, предметом оживлённых дискуссий был вопрос о том, учитывать ли информацию, позволяющую предвидеть особый ущерб, если ответчик получил её уже после заключения договора. Итогом споров стал утвердительный ответ[5].

Примером следования американской практики за английской может служить вопрос о том, как стороны договора должны сообщать друг другу об особых обстоятельствах и возможности особого ущерба. Во второй половине XIX века в Англии распространилась теория, в соответствии с которой если сторона возмещает лишь ущерб, который можно было предвидеть, то при наличии особых обстоятельств необходимо ясное указание на то, что эта сторона по-

---

1 Как отмечает Джон Бартон, правила этого прецедента были настолько удобны для продавцов и покупателей, что сыграли заметную роль в развитии индустриальной экономики во второй половине XIX века. *Barton J.L.* Contractual Damages and the Rise of Industry // Oxford Journal of Legal Studies. 1987. Vol. 7. № 1. Pp. 40–59.

2 Leonard v. New York, A. & B. Electro-Magnetic Tel., 41 N.Y. 544, 567, 1 Am.Rep. 446 (1870).

3 *Chipman D.* An Essay on the Law of Contracts: For the Payment of Specifick Articles. Middlebury, 1822. P. 122; *Sedgwick T.* A Treatise on the Measure of Damages. 2nd edn. New York, 1852. P. 67.

4 Restatement of Contracts 2d § 351; New Orleans & N.E.R. v. J.H. Miner Saw Mfg., 117 Miss. 646, 78 So. 577 (1918); Chapman v. Fargo, 223 N.Y. 32, 119 N.E. 76 (1918); Great Atlantic & Pac. Tea v. Atchinson, T. & S.F.Ry., 333 F.2d 705 (7th Cir.1964). Даже в деле, касающемся Международной Конвенции по продаже товаров, суд указал, что Конвенция обязывает применять принципы Hadley v. Baxendale. Delchi Carrier SpA v. Rotorex, 71 F.3d 1024 (2d Cir. 1995).

5 *Somek R.A.* The Relevant Time of Forseeability of Damage in Contract // Australian Law Journal. 1964. Vol. 125. Pp. 125–130.

нимает и принимает эту дополнительную ответственность[1]. Другими словами, если потенциально неисполнением договора из-за особых обстоятельств мог быть причинен ущерб, который обычно из таких нарушений не следует, судьи требовали чуть ли не дополнительного соглашения сторон о возмещении такого ущерба. Эта теория была одобрена Верховным Судом США и стала правилом для федеральных судов[2], но суды штатов её не восприняли[3].

Затем в Англии отказались от требования «дополнительного соглашения», а после рассмотрения дела Victoria Laundry (Windsor) Ltd v. Newman Industries Ltd[4] требования к степени предвидимости стали менее строгими. Тогда от этого подхода отказались и в США[5], зафиксировав соответствующие нормы в Единообразном Торговом кодексе и Втором Своде договорного права[6]. Однако, в отличие от Англии, в США среди судей всё ещё остаются сторонники теории дополнительного соглашения[7].

С невозможностью предвидеть ущерб связана и традиционная для американских судов практика отказа в компенсации за психическое страдание или эмоциональную травму, вызванные просто фактом нарушения договора[8]. Однако в большей степени такое объяснение — лишь предлог, главный же мотив судей, принимающих такие решения, — нежелание усиливать степень предпринимательского риска из-за чрезмерных компенсаций[9]. Полагаю, что, когда

---

1 British Columbia Saw-Mill v. Nettleship, L.R., 3 C.P. 499, 500 (1868), Horne v. Midland R.R., L.R., 7 C.P. 53 (1872), L.R., 8 C.P. 131 (1873).

2 Globe Ref. Co. v. Landa Cotton Oil Co., 190 U.S. 540 (1903); Hooks Smelting v. Planters' Compress, 72 Ark. 275, 79 S.W. 1052 (1904).

3 *McCormick C.T.* Handbook on the law of damages. Pp. 579–580; AM/PM Franchise Ass'n. v. Atlantic Richfield, 526 Pa. 110, 584 A.2d 915 (1990).

4 Victoria Laundry (Windsor) Ltd v. Newman Industries Ltd [1949] 2 K.B. 528.

5 L.E. Whitlock Truck Serv. V. Regal Drilling, 333 F.2d 488 (10th Cir 1964).

6 UCC § 2-175 cmt 2; Restatement of Contracts 2d § 351 cmt a.

7 Wolfe v. First Bank. 1999 WL 318034 (Ark.App.1999), Jones v. Lee, 126 N.M. 467, 971 P.2d 858 (1998).

8 Restatement of Contracts 2d § 353; Rederave v. Boston Symphony Orchestra, 855 F.2d 888 (1st Cir 1988), Erlich v. Menezes, 21 Cal.4th 543, 981 P.2d 978, 87 Cal rptr 2d 886 (1999).

9 *McCormick C.T.* Handbook on the law of damages. P. 593, Calamari and Perillo on Contracts. P. 571.

обе стороны являются предпринимателями, в использовании такого предлога нет ничего предосудительного, поскольку большинство требований о возмещении морального вреда также являются лишь предлогами для получения с ответчика дополнительных денежных сумм.

Совсем иначе в праве США регулируется нарушение договоров, сопряженных с личными интересами истца (в основном это договоры с потребителями). В этих случаях вопрос о предвидимости не ставится слишком жёстко. Так классифицируются, например, неправомерное выселение клиентов из отеля, высаживание пассажиров из поезда, препятствование обладателям билетов пройти на место развлечения и т.д.[1] В подобных случаях в состав убытков можно и нужно включать компенсацию психического страдания. Но понятие «нарушение личного интереса» остается довольно спорным, поэтому нельзя выделить общий критерий для определения того, какие категории дел допускают компенсацию эмоциональной травмы, а какие нет. Например, при нарушении договора об организации похорон суды такую компенсацию присуждают[2], а при несоблюдении условий договора о доставке свадебных платьев или трудового договора — отказывают в ней (в отличие от Англии, где такая компенсация при нарушении трудового договора обычно допускается)[3]. В целом же суды стараются, чтобы компенсация за психическое страдание от нарушения договора оставалась исключением. Непрямым способом обойти это ограничение можно считать расширение перечня дел, по которым присуждаются штрафные убытки[4].

В праве Англии вред чувствам тоже занимает особое место в системе норм о предвидимости ущерба.

В делах, которые решаются в рамках английского деликтного права, по общему правилу вполне нормальна ситуация, когда истец

---

[1] Seidenbach's v. Williams, 361 P.2d 185, 88 ALR2d 1360 (Okl 1961)

[2] Hirst v. Elgin Metal Casket, 438 F Supp. 906 (D Mont 1977), Yochim v. Mt. Hope cemetery, 163 Misc.2d 1054, 623 N.Y.S.2d 80 (1994); Lamm v. Shingleton, 231 N.C 10, 55 S.E.2d 810 (1949).

[3] Sagnia-Blythe v. Gamblin, 160 misc.2d 930, 611 N.Y.S.2d 1002 (1994); Nicholas v. Pennsylvania State Univ., 227 F.3d 133 (3d Cir. 2000)

[4] Это обсуждалось в деле Zimmerman v. Michigan Hospital Service, 96 Mich.App. 464, 292 N.W.2d 236 (1980).

получает возмещение убытков в качестве возмещения «вреда чувствам» (injured feelings), и их сумма намного превосходит его финансовый ущерб. Каноническим примером случаев такого рода является дело Hurst v. Picture Theatres Ltd, в котором истец требовал компенсации за то, что его силой согнали с места в кинотеатре. Ему возместили и цену билета (она в то время составляла 6 пенсов), и вред его чувствам, оценённый в 150 ф. ст. (в старом английском фунте было 240 пенсов)[1].

Однако это не относится к искам, поданным в рамках договорного права. Для решения вопроса о размере убытков, возмещаемых нарушителем договора, основным прецедентом является решение Палаты Лордов в деле Addis v. Gramophone Co. Ltd., содержание которого составлял спор между работодателем и бывшим работником, уволенным в «грубой и оскорбительной» манере[2]. Работник получил возмещение убытков в виде потерянного жалования и комиссионных, но не за вред его чувствам. Учитывая вышеописанный принцип определения размера убытков, по которому ответчик должен возмещать только тот вред, который мог предвидеть, логичен отказ в возмещении вреда чувствам, которые предвидеть практически невозможно.

Эта позиция небесспорна, поскольку нерешённым остаётся вопрос, надо ли предвидеть размер вреда или достаточно только предвидеть его вид. Как бы то ни было, авторитет решения по делу Addis v. Gramophone Co. Ltd продолжает определять судебные решения, запрещая включать в состав убытков возмещения за вред чувствам[3].

Невозможность получить возмещение вреда чувствам в рамках договорного права — это общий принцип, но есть ряд исключений. Прежде всего, если нарушение договора сопряжено с причинением вреда здоровью истца, то в состав убытков может быть включена

---

1 Hurst v. Picture Theatres Ltd [1915] 1 K B. 1

2 Addis v. Gramophone Co. Ltd [1909] A.C. 488.

3 Есть и точка зрения, что этот прецедент вовсе не запрещает возмещение вреда чувствам, просто должны быть доказаны причинно-следственная связь, принятие действий по уменьшению вреда, удовлетворение критерия отдалённости и т.п. См.: *Enonchong N.* Breach of Contract and Damages for Mental Distress // Oxford Journal of Legal Studies. 1996. Vol. 16. № 4. Pp. 617–640.

компенсация за страдания[1]. Вредом здоровью считается и физический и психический вред.

Второе исключение — можно взыскать убытки за вред чувствам в виде физических неудобств. Например, солиситор, который по своей вине не смог начать судебный процесс по возвращению клиенту отнятого дома, должен был возместить страдания, испытанные клиентом от необходимости два года жить в доме родителей жены[2]. Другим примером такого рода дел можно назвать возмещение убытков инспектором, который в нарушение договора не указал на недостатки дома, который приобретал клиент для проживания, из-за чего клиент в дальнейшем испытал серьёзные неудобства[3].

Третье исключение: могут быть присуждены убытки за неудобства нефизического характера или раздражение (for distress or vexation), если речь идёт о договоре, предмет которого должен был предоставлять истцу развлечение, безопасность, комфорт или блага сентиментального характера[4]. Например, такие убытки могут взыскать супруги с отеля, который нарушил обязательство предоставить им номер для молодожёнов; путешественник с тур-агента, который не организовал отдых, как обещал; клиенты перевозчика, который должен был доставить их на свадьбу; клиенты фотографа, который должен был снимать важное в их жизни событие, и т.п. Как мне кажется, это вполне справедливо — раз предмет договора имеет для истца большую ценность за счёт эмоционального компонента, логично, что размер компенсации тоже будет больше, тем более что в английском праве основой определения размера ущерба чаще всего является стоимость результата сделки для истца.

Проблематичность чёткого определения важности эмоционального компонента приводит к противоречивым судебным решениям. Очевидно, что в одних случаях «развлечение, безопасность, комфорт или блага сентиментального характера» более значимы для истца, чем материальное выражение предмета договора, и в таких случаях в состав убытков должна включаться компенсация за потерю этих благ, но в других случаях, хотя предмет договора предоставляет истцу

---

1 Godley v Perry [1960] 1 W.L.R. 9.

2 Bailey v. Bullock (1950) 66 T L.R. 791.

3 Perry v. Sydney Phillips & Son [1982] 1 W L.R. 1287.

4 Cook v. Spanish Holiday Tours Ltd, The Times, February 6, 1960.

эмоциональные блага, не они являются главной причиной заключения договора, а потому убытки должны остаться в обычных рамках.

Так, в деле Bernstein v. Pamson Motors (Golders Green) Ltd были присуждены дополнительные убытки за то, что автомобиль был продан с браком и покупатель получил из-за этого «полностью испорченный день и ничего кроме раздражения»[1], а в другом аналогичном деле (отличие которого было только в том, что речь шла не о покупке новой машины, а о некачественном ремонте) во взыскании убытков за раздражение было отказано, мол, главное для истца в договоре было получить работающую машину, а не удовольствие от езды на ней. В чём отличие этих дел и основание для противоположных решений? Только в том, что разные судьи имеют разные мнения по поводу одинаковых ситуаций и английское право вполне допускает такое многообразие.

Другой пример: убытки за «потерю удовольствия» (loss of amenity) были присуждены истцу, которому построили бассейн с меньшей глубиной, чем указана в договоре (при этом разница между проектом и воплощением была настолько маленькой, что не имела практического значения)[2], а истцу, которому не понравился составленный архитектором проект дома, в возмещении убытков было отказано, потому что, по мнению суда, доставление эстетического удовольствия жильцам — дело сугубо второстепенное, а смысл работы проектировщика совсем в другом[3].

Необходимо отметить, что в делах, где возникает вопрос о возмещении страданий или неудобств, испытанных истцом, поведение ответчика очень часто может квалифицироваться не только как нарушение договора, но и как деликт. Тогда, если истец сформулирует свой иск в рамках английского деликтного права, он будет иметь больше шансов на возмещение «вреда чувствам». Общая тенденция английского права такова, что если нарушение договора одновременно является деликтом, то применяются более благоприятные правила деликтного права независимо от того, как подан иск, но это мнение ещё не было сформулировано для всех категорий дел.

---

[1] Bernstein v. Pamson Motors (Golders Green) Ltd [1987] 2 All E.R. 220 at 231.

[2] Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth [1996] A.C. 344.

[3] Knoll v. Bolton [1995] E.G.C.S. 59

Не считается вредом чувствам и не подлежит дополнительной компенсации обычное беспокойство (anxiety), причиняемое нарушением договора, иначе говоря, обманутые ожидания. Дело не в том, что беспокойство невозможно предвидеть — наоборот. Это спутник любого нарушения договора, и именно поэтому судьи рассматривают его как риск, на который добровольно идут все стороны[1].

Вместе с вопросом о «вреде чувствам» возникает и вопрос о взыскании убытков за вред, который нарушение договора нанесло репутации пострадавшей стороны. Например, в указанном выше деле Addis v. Gramophone Co. Ltd., которое считается основным прецедентом для возмещения «вреда чувствам», возник вопрос о вычислении того, насколько неправомерное увольнение уменьшило шансы работника на получение новой работы[2]. Суд отказал истцу в требовании включить компенсацию за это в состав убытков. Однако в деле Mahmud v. B.C.C.I. Палата Лордов решила, что работники банка, лопнувшего из-за коррупции и мошенничества, должны получить возмещение убытков «за позор» — легко понять, почему в поисках справедливости судьи пришли именно к такому выводу[3].

Это привело к тому, что сейчас на практике допустимо получать компенсацию за нарушение договора, которое сильно ухудшает перспективы работника найти новую работу, но не там, где нарушение договора просто не улучшает эти перспективы (исключение — трудовые договоры, предусматривающие обязанность работодателя обучить работника чему-то и т.п.).

Похожие изменения в сторону дозволения большего размера убытков произошли и с возмещением за вред деловой репутации. На протяжении очень долгого времени считалось, что такую дополнительную компенсацию может требовать только профессиональный предприниматель, но недавно английские судьи решили, что и остальные люди не должны ограничиваться в этом праве[4].

Особой категорией являются дела, связанные с вредом репутации актёра, автора и т.п. лиц, чьи дела самым прямым образом могут пострадать от такого рода ущерба. Интересно, что они могут получить

---

1 Watts v. Morrow [1991] 1 W.L.R. 1421 at 1445.

2 Addis v. Gramophone Co. Ltd [1909] A.C. 488.

3 Mahmud v. B.C.C.I. [1998] A.C. 20

4 Kpohraror v. Woolwich Building Society [1996] 4 All E.R. 119 at 124.

дополнительную компенсацию и за такое нарушение договора, которое пусть не ухудшило их репутацию, но помешало её улучшить[1].

Требование просчитывать заранее возможный ущерб является одним из основных преимуществ английского и американского права. Тезис о предвидимости ущерба оказался жизненно необходимым для экономики индустриальной эпохи. Однако в настоящее время, в условиях многократно усложнившихся причинно-следственных связей в постиндустриальном мире, правила определения общих и особых убытков остаются актуальным способом достижения справедливости в споре о возмещении ущерба от нарушения договора. Что касается отечественного права, то в нем, к сожалению, нет даже отдаленных признаков такого подхода. По мнению В.В. Витрянского, это связано с тем, что принцип предвидимости был отброшен в советское время как чуждый учению о причинности марксистско-ленинской философии[2]. Вместо этого существовала теория «адекватного причинения» (поддаётся ли учёту с точки зрения нормального жизненного опыта (является типичной связь между противоправным действием (или упущением) и причинённым вредом), но тем не менее право основывалось на теории объективного причинения (объективности причинно-следственной связи)[3].

Более того, сегодня среди российских юристов нередки совершенно ошибочные представления о сущности доктрины отдалённости ущерба. Например, В.С. Евтеев и А.С. Комаров почему-то считают, будто требование о предвидимости убытков заменяет выявление причинной связи между нарушением договора и убытками (отметим также упорное использование российскими юристами термина «убытки» даже там, где в оригинале используется термин «ущерб» (loss)[4], хотя вопрос о предвидимости ставится только в отношении того ущерба, причинная связь которого с нарушением договора уже установлена. Более того, сама формулировка принципа

---

1 Herbert Clayton v. Jack Waller Ltd V. Oliver [1930] A.C. 209.

2 *Витрянский В.В.* Договорное право. С. 718.

3 *Нам К.В.* Основания взыскания убытков, возникших вследствие нарушения договорных обязательств (сравнительно-правовой анализ) // Убытки и практика их возмещения. С. 200.

4 *Евтеев В.С.* Возмещение убытков как вид ответственности в коммерческой деятельности. С. 95; *Комаров А.С.* Ответственность в коммерческом обороте. С. 122.

предвидимости пересказывается А.С. Комаровым очень далеко от того, как её излагают английские и американские юристы (например, не приводится чёткое различие обычных знаний и ставших известными специальных знаний, опущена роль знаний, полученных уже после заключения договора, и т.д.)[1]. В.С. Евтеев дополнительно утверждает, будто доктрина предвидимости сужает сферу применения принципа полной компенсации[2], что тоже является грубейшей ошибкой: доктрина предвидимости защищает только от недопустимо большого объёма компенсации, отсекая слишком отдалённый от нарушения договора ущерб, который лежит за рамками принципа полной компенсации.

Как отмечает Д.В. Афанасьев, принцип предвидимости ущерба предполагалось ввести в дореволюционное российское право, а в настоящее время он существует практически во всех развитых странах (Англии, США, Германии, Франции, Нидерландах, Японии и т.д.), а также в нормах международного права, и активно применяется при рассмотрении дел в МКАС при ТПП РФ[3]. На этом фоне излишне говорить, почему отсутствие соответствующих норм в ГК РФ — явный недостаток отечественного регулирования договорных убытков.

Согласно Концепции развития гражданского законодательства РФ предполагается включить в главу 25 ГК РФ отдельную статью «Определение размера убытков, подлежащих возмещению», в которой будет предусмотрено, что должник, допустивший нарушение договорного обязательства, не должен возмещать ущерб, который он не предвидел или не мог разумно предвидеть при заключении договора как вероятное последствие его неисполнения. Хотя это, безусловно, правильное начинание, следует заметить, что одного этого правила явно недостаточно и на практике оно создаст больше проблем, чем решит, если не будет сопровождаться множеством взаимосвязанных правил, регламентирующих различные вопросы, связанные с предвидимостью ущерба.

---

[1] *Комаров А.С.* Ответственность в коммерческом обороте. С. 126.

[2] *Евтеев В.С.* Возмещение убытков как вид ответственности в коммерческой деятельности. С. 95.

[3] См.: *Афанасьев Д.В.* Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ: критерий предвидимости убытков при международной купле-продаже товаров // Убытки и практика их возмещения. С. 541–560.

§ 2. Причинно-следственная связь и достоверность убытков

Вопрос об отдалённости ущерба в судах Англии и США возникает только тогда, когда между нарушением договора и ущербом есть причинно-следственная связь (causation). Отсутствие причинно-следственной связи констатируется, в основном, тогда, когда договор действительно был нарушен, но не это нарушение ухудшило положение истца. Например, консультант, который нарушил договор и не предоставил истцу свою консультацию, не отвечает за те убытки, которые истец понёс, действуя самостоятельно: да, это нарушение договора вынудило истца вести дела без консультации, но только сам истец виноват в том, что вёл их неразумно[1].

Под ту же категорию подпадают дела, в которых между нарушением договора и понесённым ущербом есть связь, но если бы нарушения договора не было, истец всё равно понёс бы этот ущерб. Например, обычно агент несёт ответственность перед третьей стороной, если заключит с ней договор от имени принципала, но без разрешения принципала на заключение такого договора. Размер убытков в этом случае равняется размеру убытков, которые заплатил бы принципал, если бы он сам заключил такой договор, но не исполнил. Однако если принципал был совершенно неплатёжеспособным в момент заключения агентом договора, он не исполнил бы и договор, на который дал согласие, поэтому в этом случае агент не обязан возмещать убытки третьей стороне[2].

Ещё одним видом дел, где констатируется отсутствие причинности, являются случаи, когда ущерб истца действительно связан с нарушением договора ответчиком, но нарушение договора не было единственной причиной ущерба. В этом случае истец, конечно, может получить возмещение убытков, но размер этого возмещения будет оцениваться судом пропорционально роли каждой из причин в общем ущербе[3]. Например, капитан корабля не отвечает за обычные опасности морского плавания, но если он в нарушение договора

---

[1] Galoo v. Bright Grahame Murray [1994] 1 W.L.R. 1360.

[2] Richardson v. Williamson (1871) L.R. 6 Q.B. 276 at 279.

[3] Heskell v. Continental Express Ltd. [1950] 1 All E.R. 598.

вышел из порта с опозданием и попал в тайфун, который иначе можно бы было обогнать, то он тоже будет нести часть ответственности.

Если ущерб помимо нарушения договора связан также с действиями третьей стороны, то ответчик несёт полную ответственность, если действия третьей стороны были предсказуемыми по общему правилу возможности предвидения, описанному выше[1]. Именно под этот принцип подпадают все случаи, когда клиент юриста поступил в строгом соответствии с полученным советом и понёс убытки. Юрист будет отвечать за то, что он не сумел указать клиенту на все риски. Из-за этого юристы в Англии и США очень внимательно следят за тем, чтобы их слова не были восприняты как правовой совет (legal advise) без их желания. Поэтому нередко можно заметить в начале или конце статьи в журнале или Интернете оговорку, что она ни в коем случае не является правовым советом. К даче консультаций соответственно подходят максимально серьёзно, стараясь указать на все риски, чтобы ограничить свою ответственность.

В целом можно сделать вывод, что проблемы определения причинно-следственной связи в праве Англии и США регулируются не просто общими принципами и правилами, но целостной системой норм, созданной судами. Таким образом, проблема причинно-следственной связи в настоящее время не вызывает больших вопросов, и ей уделяется намного меньшее внимание, чем проблеме отдалённости ущерба.

Нормы российского права также предусматривают необходимость учёта причинности (п. 1 ст. 15, п. 1 ст. 393, п. 1 ст. 1064 ГК РФ), однако дальнейшей детализации не производится. Как отмечает Е. А. Суханов, проблема причинных связей должна разрешаться на методологической базе общефилософского подхода к причинности и с учётом особенностей таких связей в правовой сфере[2]. Сразу очевидно, какие проблемы создаёт такая ситуация: в отличие от норм права, общефилософский подход и теоретическое осмысление причинно-следственной связи очень субъективны и не приводят к единообразному пониманию критериев наличия причинно-следственной связи, и, наоборот, можно выделить несколько разных подходов к этому

---

[1] The Silver Sky [1981] 2 Lloyd's rep 95 // Цит. по *Treitel G.* The law of contract P. 909.

[2] *Суханов Е.А.* Гражданское право. С. 604.

вопросу[1]. Можно полностью согласиться с В.В. Витрянским что эти теории не противостоят друг другу, а дополняют друг друга, способствуют осмыслению понятия причинной связи, поскольку каждая из них содержит своё рациональное зерно[2]. Верно и то, что все авторы в поисках подтверждения своих взглядов находят в судебной практике примеры, полностью укладывающиеся в соответствующую концепцию[3].

Тем не менее, в рамках настоящей работы важно отметить только то, что, несмотря на глубину теоретического осмысления причинно-следственной связи применительно к возмещению ущерба, она не получила детализации в норме закона и потому остаётся более размытым понятием, чем causation в праве Англии и США.

Похожая ситуация сложилась и в отношении доказывания упущенной выгоды по праву РФ. Положениям ГК РФ в этом вопросе недостаёт конкретики, и это оказывается ещё более фатально, чем в случае с реальным ущербом. Дело в том, что для взыскания упущенной выгоды основное значение имеет критерий принятия мер и производства приготовлений для получения соответствующего дохода (п. 4 ст. 393 ГК РФ). Поскольку законодательно не было пояснено, что можно считать мерами и приготовлениями, судебная практика смогла занять чрезвычайно жёсткую позицию в этом отношении: по мнению судей, необходимо доказать не наличие предпосылок, необходимых возможностей, ресурсов и т.д., а наличие конкретных договоров с контрагентами (заказчиками и потребителями), предварительные договоры, письма с предложением заключить договор и положительные ответы контрагентов на них, протоколы о намерениях и т.д.[4]

Из-за такой трактовки в большинстве случаев взыскать упущенную выгоду стало крайне проблематично (что сильно контрастирует

---

[1] См. подробный разбор различных теорий причинной связи в: *Витрянский В.В.* Договорное право. С. 712–718, *Евтеев В.С.* Возмещение убытков как вид ответственности в коммерческой деятельности. С. 78–94

[2] *Витрянский В.В.* Договорное право. С. 718.

[3] Там же; см. пример поиска таких подтверждений в: *Евтеев В.С.* Возмещение убытков как вид ответственности в коммерческой деятельности С. 97–101

[4] *Евтеев В.С.* Возмещение убытков как вид ответственности в коммерческой деятельности. С. 35. См. также: *Егоров А.В.* Упущенная выгода: проблемы теории и противоречия практики. С. 68–137.

с направленностью права Англии и США на первоочередную защиту результата договора). Несмотря на то, что целый ряд правоведов заняли позицию, согласно которой здесь необходим менее формалистичный подход[1], на практику это практически не повлияло. Нелишне отметить, что такое расхождение теории с судебной практикой в Англии и США в принципе невозможно, равно как отсутствие влияния учёных на решения судей в таких масштабных вопросах, поскольку высокопрофессиональные судьи не могут игнорировать научный анализ существующих в праве пробелов.

В праве Англии и США, естественно, нет и не может быть института упущенной выгоды, поскольку, как это указано выше, убытки составляются из совсем иных элементов. Тем не менее, можно обратить внимание, как в праве этих стран решаются вопросы доказывания принятия необходимых мер для получения доходов в будущем. В основном, в данных случаях применяется доктрина достоверности убытков (certainty), особенно хорошо разработанная в США. В рамках этой доктрины к настоящему времени разработан целый комплекс правил, позволяющих определять необходимую степень точности, которой должен достигнуть истец благодаря своим доказательствам.

Достоверность убытков в праве США настолько важна, что несоответствие стандарту достоверности является одним из двух оснований, по которым судья может не согласиться с вердиктом присяжных[2]. При попытке указать хотя бы приблизительное место в системе права РФ, соответствующее месту, которое занимает «достоверность» в американском праве, сразу возникает желание отождествить её с требованиями к доказательствам в судебном процессе, содержащимися в процессуальных кодексах. Однако хотя в американском (как и английском) праве нет такого деления на материальное и процессуальное право, как в России, с определённой долей условности можно сказать, что «достоверность», конечно, касается доказывания понесённого ущерба и потерянной выгоды, но связана больше с материальными нормами о правовой природе убытков. «Достоверность» — это один из способов установления предела возмещению

---

[1] См. об этом *Евтеев В.С.* Возмещение убытков как вид ответственности в коммерческой деятельности. С. 35–36.

[2] Calamari and Perillo on Contracts. P. 574.

убытков (имеется в виду англо-американская теория, что если следовать причинно-следственным связям до конца, то с фактом нарушения договора окажется связанным слишком много различного ущерба, а потому юристы рассматривают различные правила определения размера убытков как пределы компенсации).

Считается, что убытки «должны быть достоверными, и по своей природе, и по отношению к причинам, из коих они проистекают»[1], то есть построенная истцом из различных видов ущерба конструкция требуемого возмещения должна быть логичной и рационально обоснованной. Необходимо заметить, что достоверность частично затрагивает вопросы причинности, но, по мнению судей, не совпадает с ними[2]. При этом абсолютная достоверность не требуется: необходима «разумная» достоверность[3].

Интересно, что американские суды обычно не требуют строгой достоверности убытков, когда они отражают потерянную прибыль по иным сделкам, нежели нарушенная[4]. Например, продавец нарушил договор о поставке сахара по 60 центов за фунт, а покупатель узнал о нарушении, когда рыночная цена составляла 70 центов за фунт. Суд тогда сразу решит, что покупатель понёс ущерб по 10 центов на каждый фунт непоставленного товара, никаких других доказательств не потребуется, даже если рыночная цена на самом деле окажется спорной[5]. Это связано с тем, что такой ущерб является обычным, то есть доступным предвидению продавца независимо от иных обстоятельств, поскольку логично предполагать последующую перепродажу[6].

---

1 Griffin v.Colver, 16 N.Y. 489 (1858). Farnsworth, E. A. Legal Remedies for Breach of Contract // Columbia Law Review. 1970. Vol. 70. № 7. Pp. 1210–1215.

2 Point Productions v. Sony, 215 F.Supp.2d 336 (S.D.N.Y.2002)

3 *McCormick C.T.* Handbook on the law of damages. P. 401; Restatement of Contracts 2d § 352.

4 *McCormick C.T.* Handbook on the law of damages. Pp. 104–106. Todd Marine Enterprises v. Carter Mach., 898 F.Supp. 341 (E.D.Va.1995), Camino Real v. Wolle, 119 N.M. 436, 891 P.2d 1190 (1995).

5 Blaine Economic Dev. Auth. v. Royal Elec., 520 N.W.2d 473 (Minn.App.1994); Ballard v. Amana Soc., 526 N.W.2d 558 (Iowa, 1995).

6 Однако, доктрина «достоверности» всё же применяется к доказательствам обычного ущерба в случае нарушения некоторых договоров, например: Asibem v. Assocs. V. Rill, 264 Md. 272, 286 A.2d 160 (1972) — договор об оценке недвижи-

Достоверность становится важнейшим критерием, как только дело касается особых убытков, то есть тех, предвидеть которые разумный человек мог, только получив от контрагента информацию об особых обстоятельствах. Так, например, если поставляемый товар нужен покупателю не для перепродажи, а как сырьё в своём производстве, критерий достоверности означает, что покупатель должен будет доказать знание продавцом особых обстоятельств: 1) рода деятельности покупателя; 2) отсутствия на рынке иных поставщиков этого товара. Кроме того, покупатель должен будет доказать, что получил бы прибыль от использования этого сырья. Некоторые судьи требуют большой точности в расчёте этой прибыли, однако общая тенденция такова, что достаточно доказать факт потери прибыли, а не обязательно её точный размер[1].

Критерий «разумной достоверности» означает также, что к доказательствам убытков подходят более строго, чем к доказательствам любых других фактов. Чёткого определения «достоверности» не существует, а потому суды поступают так, как считают более справедливым. Интересно, что с течением времени среди американских судей доминировало то более строгое, то более широкое понимание «достоверности». Например, в деле 1886 года Wakeman v. Wheeler & Wilson Mfg.[2] виден «мягкий» стандарт достоверности, а судья Кардозо, самый знаменитый, наверно, из всех американских судей, демонстрировал строгий подход[3], в середине XX века опять распространился «мягкий» критерий[4], а в настоящее время судьи снова стали строже[5]. Никаких логичных объяснений такому колебанию нет, оно просто демонстрирует, насколько для англо-американской системы права важен профессионализм судейского корпуса, который и явля-

---

мости. Wenzler & Ward Plumbing & Heating v. Sellen, 53 Wn 2d 96, 330 P 2d 1068 (1958) – договор оказания услуг.

1 Typographical Service v. Itek, 721 F 2d 1317 (11th Cir 1983); Mann v. Weyerhaeuser, 703 F 2d 272 (8th cir 1983), A to Z Rental v. Wilson, 413 F.2d 899, 908 (10th Cir 1969), El Fredo Pizza v. Roto-Flex Oven, 199 Neb. 697, 261 N W 2d 358 (1978).

2 Wakeman v. Wheeler & Wilson Mfg., 101 n.Y. 205, 4 N E. 264 (1886).

3 Broadway Photoplay Co. v. World Film Corp., 225 N.Y. 104, 121 N.E. 756 (1919).

4 Duane Jones Co. v. Burke, 306 N.Y. 172, 117 N.E.2d 237 (1954), Spitz v. Lesser, 302 N.Y. 490, 99 N E 2d 540 (1951).

5 Kenford Co. v. Erie County, 67 N.Y.2d 257, 502 N.Y.S.2d 131, 493 N.E.2d 234 (1986).

ется носителем критериев разумности и справедливости, лежащих во главе всех институтов права Англии и США.

Существуют и принятые на практике особенности доказывания особых убытков в зависимости от видов договоров. Например, обычно невозможно возместить прибыль, потерянную при нарушении договора об организации спортивного мероприятия, спектакля или иного подобного развлечения, поскольку любые её доказательства считаются слишком недостоверными[1]: нельзя же здесь рассчитывать убытки по аналогии с другими подобными мероприятиями или по прибыли с этого же мероприятия, но в другом городе или в другое время

Аналогично, там, где нарушение договора создало препятствия для открытия нового бизнеса, трудно получить компенсацию потерянной прибыли, поскольку эту прибыль не установить достоверно (прибыль других подобных предприятий не является достаточным доказательством)[2]. Есть исключение: новые предприятия всегда могли получить возмещение убытков, основанных на потерянной прибыли, если судебный процесс касался нарушения антимонопольного законодательства[3]. Отличие от дел, касающихся нарушений договора, имеет не правовую основу — хорошо видно, что это следствие политики судов, направленной на уменьшение договорных рисков[4].

---

1 CSC Holdings v. New Information Techs., 148 F.Supp.2d 755 (N.D.Tex.2001), Chicago Coliseum Club v. Dempsey, 265 Ill.App. 542 (1932), Camera v. Schmeling, 236 A.D. 460, 260 N.Y.S. 82 (1932), MindGames v. Western Publ'g, 218 F.3d 652 (7th Cir.2000), Narragansett Amusement v. Riverside Park Amusment, 260 Mass. 265, 157 N.E. 532 (1927); Willis v. Branch, 94 N.C. 142 (1886); Contemporary Mission v. Famous Music, 557 F.2d 918 (2d Cir.1977).

2 Benham v. World Airways, 432 F.2d 359 (9th Cir.1970), Allard v. Arthur Andersen & Co., 924 F.Supp.488 (S.D.N.Y.1996), Thrift Wholesale v. Malkin-Illion, 50 F.Supp. 998 (E.D.Pa.1943); Marvel Light & Ice v. General Elec., 162 Ark.467, 259 S.W. 741 (1924); Evergreen Amusement v. Milstead, 206 Md. 610, 112 A.2d 901 (1955), Cramer v. Grand Rapids Show Case, 223 N.Y. 63, 119 N.E. 227, 1 ALR 154 (1918), Brenneman v. Auto-Teria, 260 Or.513, 491 P.2d 992 (1971), Barbier v. Barry, 345 S.W.2d 557 (Tex.App.1961); Country Club Assocs. V. FDIC, 918 F.Supp. 429 (D.D.C.1996).

3 William Goldman Thatres v. Loew's, 69 F.Supp. 103 (E.D.Pa.1946).

4 *McCormick C.T.* Handbook on the law of damages. P. 105; *Fuller L.L., Perdue W.R.Jr.* The Reliance Interest in Contract Damages. Part II // The Yale Law Journal. 1937. Vol. 46. № 3. Pp. 373–377. Есть мнение, что в этом случае суды просто объединили в единую доктрину «предвидимость» и «достоверность» убытков: см. Calamari

Однако сегодня на практике есть тенденция менее строгого отношения к доказательствам прибыли нового бизнеса[1].

Предприятиям, которые не только что открылись, а имеют опыт работы, легко достичь достоверности в определении потерянной прибыли от сделок, которыми обычно занимаются, поскольку есть аналоги на любой случай[2]. Суды могут не принять доказательства, если не убеждены, что они — наилучшее, что можно привести в обоснование решения[3].

Есть и особые принципы, оказывающие влияние на решения вопроса о достовериости. Так, очень распространено утверждение, что «там, где правонарушение ответчика создало трудности в представлении доказательств, он не может жаловаться на проистекающую из-за этого неопределённость»[4]. Если понимать это буквально, то тогда практичесски никогда нельзя было бы отклонить ни один вердикт на основании недостоверности убытков. На практике мно-

---

and Perillo on Contracts. P. 576; Archer-Daniels-Midland v. Paull, 293 F.2d 389 (8th Cir 1961), Witherbee v. Meyer, 155 N.Y. 446, 50 N.E. 58 (1898).

1 Humetrix v. Gemplus, 268 F.3d 910 (9th Cir.2001); Excelsior Motor Mfg. & Supply v. Sound Equip., 73 F.2d 725 (7th Cir.1934), Lacota Girl Scout Council v. Havey Fund-Raising Mgt., 519 F.2d 634 (8th Cir.1975), Upjohn v. Rachelle Labs., 661 F.2d 1105 (6th Cir 1981), La Societe Generale v. Minneapolis Community Dev.Agency, 827 F.Supp 1431 (D.Minn 1993)

2 Natural Soda Prods. v. Los Angeles, 23 Cal 2d 193, 143 P.2d 12 (1943). Те, дела, которые являются основными прецедентами по этому вопросу, были разрешены с очень мягким пониманием «стандарта достоверности», и хотя они связаны с нарушением антимонопольного права, они сильно повлияли на уменьшение строгости доктрины достоверности в делах о нарушении договоров: Bigelow v. RKO Radio Pictures, 327 U.S. 251 (1946); Eastman Kodak v. Southern Photo Materials, 273 U.S. 359 (1927). Особо надо отметить, что в очень маленьком количестве дел встречается и такая точка зрения судей, что прибыль от перепродажи является чересчур приблизительной, а потому для доказывания её не существует допустимых свидетельств Paris v. Buckner Feed Mill, 279 ala. 148, 182 So 2d 880 (1966).

3 Center Chem. V Avril, Inc., 392 F.2d 289 (5th Cir.1968); Alexander's Dep't stores v. Ohrbach's, 269 A.D. 321, 56 N.Y.S.2d 173 (1945), Allen, Heaton & McDonald v. Castle Farm Amusement, 151 Ohio St. 522, 86 N.E.2d 782, 17 ALR2d 963 (1949); Whitman's Candies v. Pet, 974 S.W.2d 519 (Mo.App 1998), Commonwealth Trust v. Hochmeister Lind, 320 Pa. 233, 181 A. 787 (1935). *McCormick, C.T.* Handbook on the law of damages. Pp. 107–110.

4 *McCormick, C.T.* Handbook on the law of damages. P. 101; Tagare v. NYNEX Network Sys. 921 FSupp 1146 (S.D.N.Y.1996).

го и случаев, когда суды следуют этому принципу[1], и случаев, когда суды ему не следуют[2]. Есть мнение, что этот принцип просто отражает тенденцию к ослаблению требований к достоверности, если нарушение договора было умышленным[3] (отметим, что и тут видно, как в праве США защищается право на исполнение договора, а не право нарушать договор, если это стало выгодно).

В результате американские юристы пришли к выводу, что не существует универсальных правил, которые могли бы чётко описать требуемый предел достоверности убытков — более того, некоторые судьи даже прямо заявили, что достоверности вообще не нужно требовать от истца[4]. Однако такие решения не выражают доминирующую точку зрения и должны восприниматься с долей скепсиса. Основной подход к доктрине достоверности сегодня исходит из того, что абстрактные правовые нормы не могут полностью определить решение судьи относительно конкретных фактов (это утверждение, хочу отметить, является практически квинтэссенцией англо-американского отношения к писаным законам), а потому необходимо руководствоваться выработанными принципами достоверности, но применять их гибко, не требуя точного расчёта убытков там, где сама сущность дела позволяет не более чем приблизительные прикидки. Именно эта позиция содержится в Единообразном Торговом кодексе[5].

Учитывая принятое в американском праве деление убытков на виды, можно сказать, что в первую очередь истец пытается достичь «достоверности» в расчёте размера потерянной прибыли от договора. Если ему это не удаётся, он может попытаться найти какую-то другую точку отсчёта. Например, возместить расходы, произведён-

---

1 Bigelow v. RKO Radio Pictures, 327 U.S. 251 (1946); Milton v. Hudson Sales, 152 Cal App.2d 418, 313 P.2d 936 (1957); Wakeman v. Wheeler & W. Mfg., 101 N.Y. 205, 4 N.E 264 (1886).

2 Broadway Photoplay v. World Film, 225 N.Y. 104, 121 N.E. 756 (1919); CSC Holdings v. New Information Techs., 148 F.Supp.2d 755 (N.D.Tex.2001); Kenford Co. v. Erie County, 67 N.Y.2d 257, 502 N.Y.S.2d 131, 493 N.E 2d 234 (1986); El Fredo Pizza v. Roto-Flex Oven, 199 Neb. 697, 261 N.W.2d 358 (1978).

3 Calamari and Perillo on Contracts. P. 577; Restatement of Contracts 2d § 352 cmt a.

4 Dominun Mgt. Serv. v. Nationwide Housing, 195 F 3d 358 (8th Cir 1999); Tobin v. Union News, 18 A.D.2d 243, 239 N.Y.S.2d 22 (1963)

5 UCC § 1-106 cmt 1.

ные в связи с договором, поскольку в судебной практике принято, что разумный человек вступает только в договоры, которые, по меньшей мере, стоят затраченных усилий и ресурсов[1]. Так, если по чьей-то вине сорвалось театральное представление, этого человека можно будет обязать как минимум возместить расходы на подготовку спектакля[2]. Второй Свод договорного права ограничивает размер таким образом доказанных расходов ценой договора[3], однако этот подход не воспринят практикой, поскольку не учитывает, что нарушение может увеличить связанные с договором расходы за счёт той части, которую можно было бы вернуть (использовать в дальнейшем)[4]. Ещё одним примером альтернативного достоверного обоснования может служить опора на стоимость аренды имущества, которого истец не смог использовать какое-то время из-за нарушения договора[5].

С точки зрения достоверности рассматривается в американском праве и вопрос компенсации за упущенный шанс, т.е. возможность, не зависящую от воли кого-либо из людей. Можно сказать, что дела такого рода американские судьи рассматривают практически аналогично английским судам[6].

Исходя из изложенного, можно постараться точнее определить значение критерия «достоверности» для института убытков. «Достоверность» нужна в тех случаях, когда судьи признают факт нарушения договора и признают факт находящихся с ним в причинной

---

1 *McCormick C T* Handbook on the law of damages. P. 586; Holt v. United Security Life Ins. and Trust, 76 N J L. 585, 72 A. 301, 21 LRA NS 691 (1909).

2 Chicago Coliseum Club v. Dempsey, 266 Ill.App. 542 (1932); Bernstein v. Meech, 130 N.Y. 354, 29 N.E. 255 (1891)

3 Restatement of Contracts 2d § 349 cmt a.

4 Security Stove & Mfg. v. American Ry. Exp., 227 Mo.App. 175, 51 S.W.2d 572 (1932) ($1000 расходов, цена договора $147).

5 Restatement of Contracts 2d § 348(1)

6 Restatement of Contracts 2d § 348(3), Mange v. Unicorn Press, 129 F.Supp 727 (S.D.N.Y.1955), Wachtel v. National Alfalfa Journal, 190 Iowa 1293, 176 NW 801 (1920), Kansas City, M & O. Ry v. Bell, 197 SW 322 (Tex. App. 1917), Phillips v. Pantages Theatie, 163 Wn. 303, 300 P 1048 (1931), Collatz v. Fox Wis. Amusement, 239 Wis. 156, 300 N.W. 162(1941), Cammetti v. Manierre, 23 Cal. 2d 94, 142 P 2d 741 (1943); Commissioner of Ins. v. Massachusetts Acc., 314 Mass. 558, 50 NE2d 801 (1943); People v. Empire Mut. Life Ins.,92 N.Y. 105 (1883).

связи убытков истца, но не видят рационального зерна в определении размера этих убытков. Очевидно, что любая назначенная в таком деле сумма компенсации имеет почти одинаковую вероятность к тому, чтобы оказаться недостаточной, правильной или чрезмерной. Раз этот выбор нельзя сделать логически, судьи предпочитают вовсе его не делать, для этого они и ссылаются на недостаточную «достоверность».

Очевидно, что в подобных случаях действительно не обойтись без критерия «достоверности» и соответствующих правил, позволяющих выбрать рациональную основу расчёта убытков, когда обычные логические методы дают сбой.

Таким образом, если попытаться найти аналоги доказывания упущенной выгоды, то окажется, что английские и американские суды в данном вопросе исходят не из метода требования подтверждающих документов, а из системы презумпций, относящихся к различным группам однотипных ситуаций, например, к сфере организации развлекательных представлений. На практике это оказалось эффективнее требования показать заключённые договоры. В целом систему презумпций можно охарактеризовать как достаточно чёткую, но при этом оставляющую достаточно места для необходимого судейского усмотрения. В итоге система «достоверности» функционирует надёжно и не вызывает критики со стороны англо-американских правоведов, поскольку удобно и адекватно решает стоящие перед ней вопросы[1], т.е. одинаково хорошо защищает права и истца, и ответчика.

Можно заключить, что российские судьи в вопросе доказывания упущенной выгоды оказались в ситуации, аналогичной той, в которой когда-то начинали разрабатывать систему достоверности английские и американские судьи. Результаты толкования норм права судебной практикой таковы, что в настоящее время англо-американское решение вопроса доказывания приготовлений к получению будущей прибыли устраивает и практиков, и теоретиков, а в России взыскание упущенной выгоды общепризнанно является чрезвычайно затруднительным, и даже сами судьи признают, что

---

[1] Calamari and Perillo on Contracts. P. 574; *McCormick C T* Handbook on the law of damages. P. 401.

сделать это порой просто нереально[1]. Это дополнительно подтверждает то, что в РФ на усмотрение и толкование судей должно оставаться как можно меньше, чтобы стороны спора могли ссылаться на конкретные нормы законов так же легко, как ссылаются на нормы прецедентов в судах Англии и США.

Согласно Концепции развития гражданского законодательства РФ предполагается включить в главу 25 ГК РФ отдельную статью «Определение размера убытков, подлежащих возмещению», в которой будет предусмотрено, что размер подлежащих возмещению убытков должен быть установлен с разумной степенью достоверности, однако суд не может отказать в удовлетворении требования кредитора о возмещении должником убытков за нарушение обязательства по основанию исключительно недоказанности размера убытков, когда по обстоятельствам дела размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности. В этом случае определение размера подлежащих возмещению должником убытков будет осуществляться судом исходя из принципов разумности, справедливости, соразмерности ответственности допущенному нарушению обязательства и с учётом всех обстоятельств дела. Прежде всего надо сказать, что одного только слова «достоверность» всё равно будет недостаточно, необходимо достаточно много правил, раскрывающих это понятие. Кроме того, необходимы такие же детальные правила и для того, чтобы на практике не возникли проблемы с реализацией второй части предлагаемой нормы. Вопрос о конкретизации положений об упущенной выгоде остаётся открытым.

§ 3. Обязанность уменьшения ущерба

Характерной особенностью американского и английского права является детально урегулированная обязанность истца в случае нарушения договора разумно стараться уменьшить причинённый ущерб,

---

[1] См. Постановление ВС РФ от 31 марта 1999 г. № 194пв-98пр, в котором признаётся практическая невозможность доказывания соответствующих убытков авторами произведений. См. также: *Евтеев В.С.* Проблема доказывания причинной связи между неисполнением договора и убытками // Законодательство. 2005 № 12. С. 15–25.

а не пассивно наблюдать за растущими убытками и затем выставлять гигантский счёт ответчику[1]. Это основано на логичном заключении, что подобные убытки уже не будут следствием одного только нарушения договора[2]. Обязанность истца уменьшить ущерб делает более понятным доктрину предвидимости ущерба: ответчик должен понимать, что своим нарушением он причинит такой вред, последствия которого полностью устранить не удастся.

Говорится, что у истца есть «обязанность уменьшения ущерба» (a duty to mitigate) — это не совсем точно, поскольку нарушение этой обязанности не влечёт юридической ответственности, а только уменьшает размер компенсации, но выражение стало традиционным и общепринятым. Строго говоря, речь идёт не об обязанности, а о потере права на возмещение убытков, то есть истец, конечно, не обязан активно действовать для уменьшения понесённого ущерба, но если он хочет получить за нарушение договора компенсацию, то действовать придётся[3]. Иногда также комплекс правил и норм, регулирующих содержание обязанности уменьшить ущерб, называют «доктриной предотвратимых последствий»[4], что выглядит более правильным, но менее удобным термином.

Общее правило уменьшения ущерба может быть применено к абсолютно любому виду договоров: к трудовым[5], купли-продажи[6], строительства[7]. Специально необходимо отметить, что вопрос об обязан-

---

1 Calamari and Perillo on Contracts. P. 584.

2 S. J. Groves & Sons v. Warner Co., 576 F.2d 524 (3d Cir.1978)

3 McClelland v. Climax Hosiery Mills 252 N.Y. 347, 358-59, 169 N.E. 605, 609 (1930), Rock v. Vandine, 106 Kan. 588, 189 P. 157 (1920); Damages. "Duty" to Mitigate Recovery of Expenses of Denial in Action for Libel // The Yale Law Journal. 1919. Vol. 28. № 8. Pp. 827–828, *W.W.C.* Does Breach of Contract Destroy Duty to Perform? // The Yale Law Journal. 1923. Vol. 32. № 4. Pp. 380–384.

4 Calamari and Perillo on Contracts. P. 584.

5 Sutherland v. Wyer, 67 Me. 64 (1877), Hollwedel v. Duffy-Mott Co., 263 N.Y. 95, 188 N.E. 266, 90 ALR 1312 (1933), Godson v. MacFadden, 162 tenn. 528, 39 S.W.2d 287 (1931), Kloss v. Honeywell 77 Wn.App. 294, 890 P.2d 480 (1995); Life Care Centers of America v. Charles Town Assocs., 79 F.3d 496 (6th Cir.1996)

6 Quality Truck Equip. v. Layman, 51 ArkApp. 195, 912 S.W.2d 18 (1996), R.K. Chevrolet v. Hayden, 253 Va. 50, 480 S.E.2d 477 (1997).

7 W.G.Cornell Co. v. Ceramic Coating, 626 F.2d 990 (D.C.Cir.1980); Downey, Inc. v. Bradley Center, 188 Wis.2d 435, 524 N.W.2d 915 (App.1994).

ности уменьшить свой ущерб ставится только тогда, когда речь идёт об эксклюзивных договорах, то есть договорах, надлежащее исполнение которых препятствует истцу заключить аналогичные договоры с иными лицами[1]. Например, это работник по трудовому договору, который обычно обязан посвящать работодателю установленное число рабочих часов, а потому не может подрабатывать где-то ещё на полную ставку.

Если же деятельность истца носит такой характер, что он может заключить и исполнить сколько угодно таких договоров (были бы клиенты), то понятно, что заключение других договоров не будет уменьшением ущерба от отказа ответчика от исполнения договора. Например, фирма, сдающая в аренду автомобили, может сдавать, а может и не сдавать конкретный автомобиль в аренду другим лицам, это не будет основанием для уменьшения причитающихся ей убытков, взыскиваемых с ответчика, не платящего арендную плату[2].

Для того, чтобы встал вопрос о мерах по уменьшению убытков, речь должна идти о чём-то уникальном, например, раритетном ретро-автомобиле или о корабле (любые суда по старой традиции правивших морями британцев считаются в высшей степени уникальными)[3]. Другой яркий пример: при нарушении рекламного договора заказчиком издатель не обязан искать другой договор на замену, если издание имеет неограниченное место для размещения рекламы[4], но ему не избавиться от необходимости искать других рекламодателей, если издание содержит ограниченное место для рекламы[5].

---

[1] Calamari and Perillo on Contracts. P. 587.

[2] Этот принцип применим ко многим профессиям, например, хирургам — Gianetti v. Norwalk Hosp., 64 Conn. App. 218, 779 A.2d 847 (2001); владельцам прачечных-автоматов — Jetz Service v. Salina Properties, 19 Kan.App.2d 144, 865 P.2d 1051 (1993), арендодателям повозок с лошадьми — Mount Pleasant Stable v. Steinberg, 238 Mass. 567, 131 N.E. 295, 15 ALR 749 (1921), и даже к владельцам музыкальных автоматов Locks v. Wade, 36 N.J.Super. 128, 114 A.2d 875 (1955).

[3] Liberty Navigation & Trading v. Kinoshita & Co., 285 F.2d 343 (2d Cir.1960).

[4] Western Grain v. Barron G. Collier, 163 Ark. 369, 258 S.W. 979, 35 ALR 1534 (1924); Western Adv. v. Midwest Laundries, 61 S.W.2d 251 (Mo.App.1933); J.K. Rishel Furn. v. Stuyvesant Co., 123 Misc. 208, 204 N.Y.S. 659 (1924).

[5] Barron G. Collier v. Women's Garment Store, 152 Minn. 475, 189 N.W. 403 (1922).

Существует традиционное исключение: в делах, касающихся аренды недвижимости, не требуется принятие каких-либо мер по снижению убытков. Если арендатор покидает арендованную землю или помещения, арендодатель имеет выбор: признать договор утратившим силу и подать иск об убытках или продолжать считать договор действующим и требовать с арендатора неуплаченную арендную плату, не пытаясь искать другого съёмщика[1]. Этот подход обязан своим существованием старой концепции особых отношений между собственником земли и лицом, «купившим» у него право владения этой землёй (leasehold).

Учитывая, что такое отношение к аренде недвижимости возникло в Англии много столетий назад, неудивительно, что сегодня американские суды, в отличие от английских, обнаруживают тенденцию отхода от этого исключения, и теперь всё чаще арендодателю указывают на необходимость не сидеть сложа руки, а искать нового арендатора[2].

Существуют два взаимосвязанных принципа относительно уменьшения ущерба истца (mitigation). Во-первых, истец не может получить возмещение убытков, которых он мог бы избежать. Во-вторых, истец должен учитывать блага, полученные в результате нарушения договора: они тоже уменьшают ущерб.

Обязанность уменьшить свой ущерб означает, что истец должен предпринять разумные шаги, чтобы уменьшить нанесённый нарушением вред, а также воздержаться от неразумных шагов, этот вред увеличивающих[3]. Возникает эта обязанность, надо отметить, и тогда, когда истец узнал или получил основания предполагать, что ответчик нарушит договор, а не только тогда, когда нарушение уже совершено[4]. Единственным исключением являются редкие случаи, когда продолжение исполнения своих обязательств по договору даже после

---

1 Enoch C. Richards Co. v. Libby, 136 Me. 376, 10 A.2d 609, 126 ALR 1215 (1940); Holy Properties Ltd. v. Kenneth Cole Productions, 87 N.Y.2d 130, 661 N.E.2d 694, 637 N.Y.S.2d 964 (1995).

2 Sommer v. Kridel, 74 N.J. 446, 378 A.2d 767 (1977); Austin Hill Country Realty v. Palisades Plaza, 948 S.W.2d 293, 75 ALR5th 647 (Tex. 1997).

3 *Treitel G.* The law of contract. P. 910.

4 Royc Realty & Developing v. Arkla, Inc., 863 P.2d 1150 (Okl.1993); Trinidad Bean & Elev. V. Frosh, 1 Neb.App. 281, 494 N.W.2d 347 (1992).

извещения другой стороны об отказе от своего исполнения способствует уменьшению убытков: обычно это касается договоров на выполнение работ, когда подрядчику выгоднее закончить вещь и продать кому-то готовый результат, а не кучу неиспользованных и испорченных материалов[1].

Обычно на практике исполнение обязанности уменьшить ущерб сводится к заключению заменяющего договора, который предоставит истцу то, что должен был предоставить договор нарушенный[2]. Примеров масса: продавец, которому покупатель не заплатил, не получит дополнительного возмещения убытков за падение рыночной цены, если не попытался в разумный срок продать товар другому. Незаконно уволенный работник должен прилагать разумные усилия к поиску новой работы (убытки, возникшие при нарушении трудового договора, рассчитываются по общим правилам английского договорного права). Интересно, что по сложившейся судебной практике, например, считается, что если один банк не исполнил обязательства выдать кредит, то всегда можно воспользоваться услугами другого банка, а потому убытки будут чисто номинальными (если истец не докажет, что сложилась уникальная ситуация, когда во всех других банках условия сильно хуже)[3]. Когда фермер покупает явно дефектные семена, он не сможет увеличить размер компенсации, посадив их и потеряв урожай, потому что эти последствия он должен был предотвратить путём покупки других семян[4].

Исключением являются случаи, когда предмет договора имел какую-то особую ценность для истца, которой не имели остальные аналогичные товары на рынке, в частности, считается, что лицо, приобретающее дом для проживания, не обязано уменьшать ущерб путём покупки аналогичного дома, а вот инвестиционная компания

---

1 F. Enterprises v. Kentucky Fried Chicken, 47 Ohio St.2d 154, 351 N E 2d 121 (1976), Anchorage Centennial Dev. v. Van Wormer & Rodriques, 443 P.2d 596 (Alaska 1968), Detroit Power Screwdriver v. Ladney, 25 Mich.App 478, 181 N.W.2d 828, 42 ALR3d 173 (1970)

2 Gebruder Metelmann GmbH & Co K.G. v. N.B.R. (London) Ltd [1984] 1 Lloyd's Rep 614 // Цит. по: *Beale H.G., Tallon D.* Contract law. Oxford, Portland: Hart Pub., 2002 P. 829

3 *Cranston Ross.* Principles of Banking Law. Oxford: Clarendon Press, 1997. P. 333.

4 Wavra v. Karr, 142 Minn. 248, 172 N.W. 118 (1919).

обязана, поскольку для неё любая недвижимость имеет только спекулятивную ценность[1].

При этом заменяющий договор должен быть именно альтернативой. Истинность замены проверяется так: если истец имел возможность исполнить одновременно и нарушенный договор, и второй договор (имел для этого нужное количество товара, возможность выполнения работ или оказания услуг), — то это не альтернатива и не настоящая замена, такой договор не будет учитываться судом[2].

Можно заметить, что обязанность уменьшить ущерб в первую очередь связана с критерием разумности предпринимаемых шагов. Доктрина предотвратимых последствий не требует ничего, кроме разумных действий. По общему правилу истцу не могут быть компенсированы убытки, «которые могли быть избегнуты без неразумного риска, обременения или унижения»[3]. Это означает, что, например, никто не будет требовать действий, которые вовлекут пострадавшего в сложные судебные тяжбы, разрушат его деловую репутацию или вызовут неразумно большие расходы. Для признания разумными действия истца, например, не должны обязательно быть успешными[4], не должны влечь неразумных расходов[5], тем паче не должны приводить к нарушению договоров с третьими лицами[6] или наносить вред деловой репутации[7]. «Разумность» означает и то, что если ответчик, нарушивший договор, обещал, что в конце концов его исполнит в лучшем виде, истец имеет право не предпринимать никаких мер и ждать исполнения[8].

---

1 *Waddams S.M.* Inflation and Mitigation of Damages // Oxford Journal of Legal Studies 1981. Vol. 1. № 1. P. 136.

2 Western Web Offset Printers Ltd v. Independent Media Ltd, The Times, October 10, 1995 // Цит. по: *Treitel G.* The law of contract. P. 910.

3 Restatement of Contracts 2d § 350.

4 Ninth Ave. & Forty-Second St. v. Zimmerman, 217 A.D. 498, 217 N.Y.S. 123 (1926); Restatement of Contracts 2d § 350 (2).

5 Taylor v. Steadman, 143 Ark. 486, 220 S.W. 821 (1920), Chambers v. Belmore Land & Water, 33 Cal.App. 78, 164 P. 404 (1917).

6 Leonard v. New York, Albany and Buffalo Electro-Magnetic Tel., 41 N.Y. 544 (1870), *McCormick C.T.* Handbook on the law of damages. P. 141.

7 Audiger, Inc. v. Hamilton, 381 F.2d 24 (5th Cir.1967).

8 S.J. Groves & Sons v. Warner Co., 576 F.2d 524 (3d Cir.1978); Carolyn B. Beasley Cotton v. Ralph, 59 S.W.3d 110 (Tenn.App.2000).

Принятие разумных мер по уменьшению убытков презюмируется, и доказывать невыполнение этой «обязанности» должен ответчик[1].

«Разумность» означает и то, что, если ответчик, нарушивший договор, обещал, что в конце концов его исполнит в лучшем виде, истец имеет право не предпринимать никаких мер и ждать исполнения[2]. Но что если ответчик делает иное, противоречащее договору предложение? Иногда для уменьшения ущерба истцу потребуется, например, принять от ответчика исполнение, которое каким-то образом отличается от того, о котором они первоначально договаривались. Так, судовладелец, которому фрахтователь не передал условленный груз, обязан принять альтернативный груз, даже такой, за перевозку которого платят по более низкому тарифу[3]. Покупатель, которому продавец обещал кредит, а потом решил производить доставку только за наличку, обязан скорее согласиться на эту форму оплаты и принять доставку, чем покупать у другого продавца на растущем рынке[4]. Во всех подобных случаях убытки будут равны всего лишь разнице между стоимостью исполнения по договору и того исполнения, которое истец мог получить от ответчика взамен.

Опять-таки, тут тоже многое будет зависеть от критерия разумности — никто не считает истца обязанным принять такое альтернативное исполнение ответчика, которое существенно хуже согласованного[5]. Например, незаконно уволенный работник не обязан соглашаться на работу с более низким статусом или зарплатой, не обязан соглашаться даже на предложение прежнего работодателя взять его обратно на то же место, если увольнение было сопряжено с унижением личности или ложным обвинением в присутствии остального коллектива. Всё решают особенности конкретного спора.

Например, в одном деле ответчик обязан был снабжать истца водой в течение года, а истец обязан был в конце года заплатить ему

---

1 Webster v. Edward D. Jones & Co., 197 F.3d 815 (6th Cir.1999), Ballard v. El Dorado Tire, 512 F.2d 901 (5th Cir.1976).

2 S.J. Groves & Sons v. Warner Co., 576 F.2d 524 (3d Cir.1978); Carolyn B. Beasley Cotton v. Ralph, 59 S.W.3d 110 (Tenn.App.2000).

3 Harries v. Edmonds (1845) 1 Car. & K. 686.

4 Payzu Ltd. v. Saunders [1919] 2 K.B. 581.

5 Longden v. British Coal Corpn. [1998] A.C. 653 at 662.

58 долл. в конце года. Однако затем ответчик потребовал, чтобы ему платили периодическими платежами, а не в конце года. Истец, владелец орошаемого виноградника, отказался. Ответчик прекратил поставки, и истец потерял урожай. Суд решил, что периодические платежи в течение года с учётом существовавших процентных ставок означали, что истец заплатил бы всего на 2 долл. больше, что крайне мало по сравнению с полученным ущербом, а потому истец должен был согласиться на незаконное требование ответчика[1]. Это одна из трёх точек зрения. В делах с аналогичными обстоятельствами другие суды решали по-другому[2], а третьи вообще позволяли присяжным сказать, разумным ли было поведение истца[3].

При этом надо сказать, что такие разногласия касаются только малозначительных по сравнению с убытками требований ответчика. Когда речь идёт о чём-то существенном, все судьи твёрдо стоят на том, что истец не должен соглашаться на изменение договора, даже если это уменьшит убытки[4]. Если истец тут всё же согласится, не желая серьёзного ущерба своему бизнесу, суд может решить, что право на возмещение убытков утеряно, потому что произошла новация договора[5]. Единообразный Торговый кодекс предлагает во избежание подобного результата делать оговорку, что соглашение на требование ответчика сделано вынужденно и будет опротестовано[6]. Впрочем, даже без этого при наличии элементов принуждения, давления

---

1 Severini v. Sutter-Butte Canal, 59 Cal.App. 154, 210 P. 49 (1922)

2 Southwestern Gas & Elec. v. Stanley, 45 S.W.2d 671 (Tex.App.1931)

3 Key v. Kingwood Oil, 110 Okl. 178, 236 P. 598 (1924).

4 В деле, где точно так же поставщик воды потребовал периодических платежей, а не единовременного платежа в конце года, но речь шла о сумме более 100 долл., суд решил, что это существенное, а не малозначительное изменение, и поддержал истца: Schultz v. Lakeport, 5 Cal.2d 377, 54 P.2d 1110, 108 ALR 1168 (1936). Другие прецеденты, где требование признано существенным: Coppoh v. Marden, Orth & Hastings, 282 Ill. 281, 118 N.E. 499 (1917), Schatz Distributing v. Olivetti, 7 Kan.App.2d 676, 647 P.2d 820 (1982), Seeley v. Peabody, 139 Wn. 382, 247 P. 471 (1926), так, работник не обязан уменьшать свои убытки, соглашаясь на предложение работодателя вместо увольнения перейти на другую должность или другие условия: Billetter v. Posell 94 Cal. App.2d 858, 211 P.2d 621 (1949).

5 Stanspec v. Jelco, 464 F.2d 1184 (10th Cir.1972), в деле Dreyfuss v. Board of Ed. 76 Misc.2d 479, 350 N.Y.S.2d 590 (1973) суд занял противоположную позицию.

6 UCC § 1-207

и недобросовестности со стороны ответчика суд может признать недействительным отказ от прав по первому договору[1].

Хочу обратить внимание на то, что доктрина предотвратимых последствий является обоюдоострым мечом, то есть может не только уменьшить убытки истца, но и, наоборот, помочь истцу возместить такие виды расходов, которые обычно не компенсируются. Эта особенность лучше всего иллюстрируется в прецеденте, который уже много десятилетий является наивысшим авторитетом по таким случаям[2].

Истец был владельцем парохода, плававшего под нейтральным норвежским флагом во время Первой мировой войны. Ответчиком была газета, обвинившая его в нелегальных перевозках по заказам немецкой военной экономики. Такое обвинение, несмотря на обычную для журналистов недоказанность, было серьёзным ударом по деловой репутации, если говорить юридически, а фактически оно означало зелёный свет для английского и американского военно-морского флота, которые предпочитали не задерживать такие суда в портах (что требовало явных улик), и просто-напросто топили их «по сообщениям из заслуживающих доверия источников, не подлежащих разглашению». Поэтому истец тут же оплатил серию объявлений в других газетах, опровергающих журналистскую выдумку. В дальнейшем суд установил, что истец имеет право на компенсацию этих расходов, поскольку они были разумной мерой, и не имеет значения, насколько успешной (хотя, раз его пароход избежал неприятной встречи с торпедой подлодки, вполне вероятно, что деньги он потратил не зря).

Тот же принцип широко применяется судами и сегодня[3]. В описанном случае расходы не превышали возможные убытки. Бывают на практике и такие случаи, когда все предпринятые истцом шаги были разумными, но его ущерб только вырос. В этих случаях он всё равно может получить компенсацию за весь размер ущерба, если превы-

---

1 Austin Instrument v. Loral Corp 29 N.Y.2d 124, 324 N.Y.S.2d 22, 272 N.E.2d 533 (1971); Roth Steel Prods, v. Sharon Steel, 705 F.2d 134 (6th Cir. 1983).

2 Den Norske Amerikalinje Actiesel-skabet v. Sun Printing & Publishing Ass'n 226 N.Y. 1, 122 N.E. 463 (1919).

3 Audiger v. Hamilton, 381 F.2d 24 (5th Cir. 1967).

шающие убытки расходы были произведены с разумной целью[1]. Характерным примером является прецедент, где городские власти продали рестораторам землю, обещая, что в окружающем районе будет проведено строительство жилья и офисов, увеличивающее клиентскую базу для ресторана. Однако, поскольку избиратели референдумом обязали городские власти оставить район парковой зоной, ресторан прогорел. Его владельцы старались различными способами повысить посещаемость, истратив на это 200 000 долл., но безуспешно. Суд признал, что эти дополнительные расходы были разумны и должны быть включены в состав убытков[2]. Ещё в одном деле продавец заранее известил покупателя о невозможности произвести доставку в срок. Покупатель поступил так, как обычно требуется в этом случае: немедленно купил такой же товар у другого продавца. В это время рыночная цена выросла, но превышение её над ценой договора можно было взыскать как убытки. На размер компенсации не оказало влияния то, что к указанному в договоре моменту доставки рыночная цена упала, и если бы покупатель не следовал обязанности уменьшения ущерба, он бы вообще ничего не потерял[3].

Всё это касается действий истца, специально направленных на уменьшение размера убытков. Вторым вариантом уменьшения ущерба, как было отмечено выше, являются случаи, когда в силу различных обстоятельств ущерб истца оказывается уравновешенным какими-то благами. Как мне кажется, существование такого принципа совершенно логично. Он следует из общего правила английской доктрины убытков, согласно которому истец должен получить компенсацию, а не обогатиться. Например, если работника неправомерно уволили, а он тут же устроился на место с более высокой зарплатой, то очевидно, что нанесённый ему ущерб уменьшается практически до нуля.

В рамках этого принципа принимаются во внимание все блага, даже полученные от таких действий истца, которые он не обязан был совершать. Например, для уменьшения ущерба незаконно уволенный работник обязан искать другую работу, но от него, как я

---

1 Apex Mining v. Chicago Copper & Chem., 306 F.2d 725 (8th Cir 1962); Hogland v Klein, 49 Wn 2d 216, 298 P.2d 1099 (1956).

2 West Haven Sound Dev. v. West Haven, 201 Conn 305, 514 A 2d 734, 743 (1986).

3 Melachrino v. Nicholl & Knight [1920] 1 K.B. 693 at 697.

уже отмечал, не требуется принимать предложения вакансии с более низким статусом. Однако если он всё-таки устроится на менее высокую или менее оплачиваемую должность, его фактический заработок будет учтён и уменьшит размер убытков, который можно будет взыскать с прежнего работодателя[1].

Отдельно надо отметить, что в расчёт принимаются не все блага, полученные истцом непосредственно после нарушения договора. Суд разделяет их на те, что были прямым следствием нарушения договора, и «сопутствующие блага» (collateral benefits), которые истец мог получить и если бы договор не был нарушен (это напоминает описанный прежде критерий заменяющего (альтернативного) договора).

Например, в деле Lavarack v. Woods of Colchester Ltd. незаконно уволенный работник 1) был принят на работу в компанию X на меньшую зарплату, чем получал на прежнем месте, 2) приобрёл половину акций компании X, 3) вложил деньги в акции компании Y. Акции обеих этих компаний сильно выросли, но в целях уменьшения размера убытков, подлежащих взысканию с прежнего работодателя, учтена была только прибыль от роста акций компании X, но не компании Y. Акции первой компании суд признал замаскированным дополнительным вознаграждением за работу на новом месте, а акции второй компании были лишь сопутствующими благами[2].

В данном случае легко установить, что относится, а что не относится к делу. Однако бывают ситуации, когда трудно решить, учитывать полученную истцом выгоду или нет. В качестве примера можно привести дело, в котором истцу в нарушение договора поставили менее эффективные турбины, потребляющие гораздо больше угля, чем должны были. Истец принял их и использовал, оставив за собой право взыскать убытки. Через несколько лет, хотя эти турбины ещё не пришли в негодность, истец заменил их на более современные, которые превосходили по экономии угля даже те, которые истец изначально должен был получить по договору. Палата Лордов решила, что истец не был обязан уменьшать свой ущерб путём покупки новых турбин, но он купил их вследствие нарушения договора, а потому прибыль от модернизации должна уменьшить убытки. Но оказа-

---

[1] Longden v. British Coal Corpn. [1998] A.C. 653 at 662.

[2] Lavarack v. Woods of Colchester Ltd. [1967] 1 Q.B. 278.

лось, что истец благодаря модернизации сохранил столько угля, что его стоимость покрыла стоимость покупки новых турбин, поэтому суд решил, что истец не может взыскать с ответчика ни пенни[1].

Такое решение суда представляется очень спорным. Прежде всего, более современные турбины истец купил не просто потому, что ему в нарушение договора поставили плохие. Учитывая, что новые турбины делали глубоко устаревшими все предыдущие виды турбин, любой разумный бизнесмен провёл бы модернизацию. Кроме того, суд почему-то не учёл того ущерба, который истец понёс до модернизации — ущерба в размере превышения затрат угля на поставленные ему турбины над затратами угля, которых требовали турбины по договору.

На размер подлежащих взысканию убытков не влияют и следующие факторы:

- то, что истец имел любого вида страховку от ущерба, причинённого нарушением договора;
- блага, полученные истцом от иного договора с третьим лицом, равно как и компенсация ущерба, полученная истцом от третьего лица, которое не обязано было так поступать и действовало добровольно;
- то, что истец продал полученный от ответчика предмет, не удовлетворяющий условиям договора, дороже, чем он стоил по договору;
- то, что истец купил замену предмета договора дешевле, чем он должен был заплатить ответчику по договору[2].

Дополнительно надо остановиться на том, на какой момент времени надо рассчитывать убытки: задержка в обнаружении нарушения договора может сделать попытки исправить недостатки неразумными, если не невозможными. В практике английских судов выработано несколько принципов, по которым можно установить точку отсчёта.

По общему правилу убытки рассчитываются на время нарушения договора. Например, если покупатель неправомерно отказывается принять товар и оплатить его, убытки будут равны разнице между ценой товара по договору и рыночной ценой на день, назначенный

---

[1] British Westinghouse Co. v. Undeground Electic Rys. Co. of London. [1912] A.C. 673.

[2] *Treitel G.* The law of contract. P. 914.

для доставки товара, а если он не установлен, то на день, когда покупатель отказался принять товар[1]. Английские теоретики права объясняют это следующим образом: весь ущерб, понесённый после нарушения договора в связи с изменениями рынка, причинён не нарушением, а неспособностью истца уменьшить свой ущерб, заключив другой договор[2].

При этом возможные действия истца по уменьшению своего ущерба оцениваются с точки зрения разумности, что оставляет достаточно места усмотрению суда. Например, в деле, где ответчик нарушил обязанность доставить товар «около 21 июля», было установлено, что в этот период такого же товара не было на рынке, а потому истцу требовалось разумное время, чтобы оценить своё положение, и убытки были рассчитаны, исходя из рыночной цены на похожие товары на конец июля[3].

Расчёт убытков на время нарушения договора базируется на двух предположениях: что истец узнал о нарушении, как только оно было совершено, и что он уже с этого времени мог предпринять меры по уменьшению своего ущерба. Если факты конкретного дела опровергают эти предположения, судьи отступают от общего правила и рассчитывают убытки на такую дату, которая наиболее соответствует обстоятельствам[4]. В частности, это может быть дата, когда истец узнал или должен был узнать о нарушении договора, действуя с разумной осмотрительностью. Также будет рассматриваться вопрос, было ли возможно или разумно для пострадавшей стороны заключать другой договор взамен нарушенного сразу же после открытия нарушения.

Например, продавец может сначала указать, какие именно конкретные товары он собирается доставить во исполнение договора поставки товара, обладающего родовыми признаками, а затем уже их доставить. Если эти товары не соответствуют условиям договора, то считается, что продавец совершил нарушение договора в момент отбора конкретных товаров, но убытки должны будут рассчитываться

---

1 Sale of Goods Act 1979, ss. 50(3), 51(3) // Цит. по: http://www.statutelaw.gov.uk.

2 *Treitel G.* The law of contract. P. 894.

3 C. Sharpe & Co. Ltd v. Nosawa [1917] 2 K.B. 814 // Цит. по: *Brand R.A.* Fundamentals of International Business Transactions. The Hague; Boston: Kluwer Law International, 2000. P. 115.

4 *Treitel G.* The law of contract. P. 894.

на дату доставки[1]. Если в этом случае товары были посланы покупателю в закрытой таре или упаковке, будет взята ещё более поздняя дата, к которой разумно ожидать, чтобы вся тара была открыта и её содержимое исследовано. Аналогично, убытки со строителя, выполнившего работу с недостатками, рассчитываются на день, когда заказчик, действуя с разумной осмотрительностью, мог обнаружить эти недостатки[2].

Как уже упоминалось выше, кроме даты, когда истец узнал или должен был узнать о нарушении договора, важно, была ли у него возможность действовать, исходя из этого знания, чтобы уменьшить свой ущерб. Например, если покупатель неправомерно отказывается принять и оплатить товар, то продавец обычно не имеет возможности продать его другому лицу до момента, пока товар не вернётся обратно, и именно на момент, когда уже можно было заключить другой договор, будут рассчитываться убытки, а не на дату доставки покупателю[3].

Невозможностью действовать, исходя из знания о нарушении договора, считается также нехватка средств на покупку замены на растущем рынке. При нарушении обязательства по продаже недвижимости очевидно, что убытками будет разница между рыночной ценой аналогичного дома и ценой, указанной в договоре, а рыночная цена будет браться не на момент отказа продавца от исполнения, а на момент принятия судебного решения: в условиях растущего рынка недвижимости особенно трудно приобрести замену предмета договора[4].

Особым случаем является ситуация, когда истец не стал предпринимать никаких действий после того, как узнал о нарушении, поскольку существовала разумная вероятность ещё получить от ответчика надлежащее исполнение. В таких делах убытки рассчитываются на момент, когда эта вероятность перестала существовать[5]. Это правило касается как случаев, когда невозможность получить надлежащее исполнение возникла до момента исполнения, который преду-

---

1 Sale of Goods Act 1979, s. 53 (3) // Цит. по: http://www.opsi.gov.uk.

2 East Ham B.C. v. Bernard Sunley Ltd [1966] A.C. 406

3 *Treitel G.* The law of contract. P. 895.

4 Wroth v. Tyler [1974] Ch. 30.

5 Radford v. De Froberville [1977] 1 W.L.R.

смотрен договором, так и случаев, когда установленный договором срок давно наступил, но истец требует через суд исполнения в натуре. Считается, что, поскольку истец продолжал надеяться на исполнение договора в натуре, было бы неразумно требовать от него заключения другого договора на замену[1].

Все вышеописанные примеры можно суммировать так: убытки рассчитываются на момент, когда от истца разумно было ожидать действий, связанных с нарушением договора.

Специальное правило касается случаев, когда ответчик допустил просрочку исполнения, но всё же исполнил свои обязательства в полной мере. Убытки, причинённые истцу просрочкой, рассчитываются на дату фактического исполнения[2].

Отдельно надо рассмотреть случаи «предварительного нарушения» (anticipatory breach) — нарушения договора до наступления срока исполнения. Кредитор может узнать от таком нарушении, получив соответствующее заявление от должника об отказе от исполнения либо поняв по поведению должника, что, когда наступит срок, договор явно будет нарушен. У него тогда появляется две альтернативы: ждать до нарушения установленного в договоре срока исполнения или признать, что нарушение произошло.

В первом случае не будет никаких исключений из вышеописанных правил определения момента во времени, от которого следует отталкиваться при вычислении размера убытков. Дело в том, что кредитор не обязан «признавать» нарушение, даже если его бездействие до указанного в договоре срока исполнения увеличивает размер причинённого нарушением ущерба[3].

Во втором случае кредитор может подать иск, не дожидаясь наступления срока исполнения, однако расчёт убытков всё равно будет осуществляться относительно даты истечения этого срока. Очевидно, что в данном случае расчёт убытков будет носить предположительный характер, основываясь на прогнозах и догадках относительно будущих колебаний рынка[4]. Это, правда, не означает, что у истца в данной ситуации не будет обязанности предпринимать разумные

---

1 *Treitel G.* The law of contract. P. 896.

2 Ozalid Group (Export) Ltd v. African Continental Bank Ltd [1979] 2 Lloyd's Rep. 231.

3 Tredegar Iron & Coal Co. Ltd v. Hawthorn Bros. & Co. (1902) 18 T.L.R. 716.

4 Roper v. Johnson (1873) L.R. 8 C.P. 167.

шаги для уменьшения своего ущерба (например, заключить другой договор на замену нарушенного). Если он этого не делает, то размер убытков будет уменьшен.

В российском праве принцип уменьшения вреда истцом прямо нигде не установлен. Из п. 1 ст. 404 ГК РФ следует обязанность истца принимать меры для уменьшения размера ущерба[1], а, например, ст. 524 ГК РФ посвящена «заменяющим» сделкам, однако этого недостаточно. Обязанности уменьшать ущерб должна корреспондировать обязанность суда уменьшить размер убытков пропорционально тому, насколько истец своим бездействием не стал его уменьшать или содействовал его увеличению (в настоящее время это только право суда, который может и не воспользоваться им, поскольку иных критериев нет[2]). Заключение заменяющих сделок не должно быть правом истца — он должен быть обязан попытаться совершить такую сделку.

Суды в подтверждение обязанности истца доказать принятие мер по уменьшению ущерба могут ссылаться и на п. 4 ст. 393 ГК РФ[3], однако в данном случае они допускают серьёзную ошибку: как отмечает В.С. Евтеев, они смешивают обязанность по уменьшению ущерба с обязанностью доказать принятие необходимых мер и приготовлений для получения упущенной выгоды[4].

Главное, что нельзя просто установить в законе обязанность уменьшать ущерб: этот вопрос является довольно сложным, поскольку возникают многочисленные проблемы квалификации тех или иных действий как соответствующих этой обязанности, вопрос о том, что можно считать разумным, вопрос о компенсации в случаях, когда истец разумно старался уменьшить ущерб, но только увеличил его, и т.д. Например, в ГК РФ не установлено чёткого соотношения

---

[1] Письмо Высшего Арбитражного Суда РФ от 10 сентября 1993 г. № С-13/ОП-276 «Об отдельных рекомендациях, принятых на совещаниях по судебно-арбитражной практике» тоже требует от истца доказать, что он принял все меры к предотвращению этих убытков или уменьшению их размера.

[2] См.: *Евтеев В.С.* Возмещение убытков как вид ответственности в коммерческой деятельности. С. 113.

[3] Постановление Президиума ВАС от 23 апреля 1996 г. № 508/96

[4] *Евтеев В.С.* Возмещение убытков как вид ответственности в коммерческой деятельности. С. 36; *Он же.* Доказывание наличия и размера убытков при поставках продукции // Законодательство. 2000. № 7. С. 31.

между уменьшением размера возмещаемых убытков и непринятием разумных мер по уменьшению ущерба, и, хотя суды фактически исходят из необходимости уменьшения убытков на сумму ущерба, который мог быть уменьшен потерпевшей стороной[1], ничто не мешает им поступать иначе. В английском и американском праве вопрос уменьшения ущерба является одним из самых сложных и детально урегулированных. Современная экономика требует именно такого подробного подхода и от права РФ.

---

[1] *Евтеев В.С.* Возмещение убытков как вид ответственности в коммерческой деятельности. С. 116.

Заключение

Подводя итоги рассмотрения понятия убытков в праве Англии, США и РФ, следует прежде всего отметить, что пути развития российского права совершенно отличались от эволюции права Англии и США. Это было не постоянное плавное совершенствование, а прерывистый процесс. Многие достижения русских правоведов были утрачены в результате катастрофы 1917 года. Многие плоды трудов юристов советского периода постигла такая же участь. После распада СССР развитие российского гражданского права, в сущности, началось заново. Его история очень непродолжительна — менее двух десятилетий, а для создания совершенной правовой системы и юридической науки, как показывает опыт, должна сохраняться преемственность в развитии правовой культуры общества хотя бы в течение одного столетия. К сожалению, у российских правоведов таких условий для научной деятельности, как у английских юристов, не было. Российское государство только на протяжении одного двадцатого столетия дважды терпело крушение. Опыт законотворчества при таких условиях неизбежно утрачивался, что не могло не повлиять отрицательно на развитие института убытков в российском гражданском праве.

Судебная практика показывает, что политические и экономические проблемы продолжают оказывать свое негативное воздействие на российское право. Как отмечает В.С. Евтеев, если 1993 г. доля споров о возмещении убытков составляла 12% всех дел, то в 2001 г. — уже 0,9%, при этом реальное количество дел о взыскании убытков уменьшилось в три раза[1]. В большинстве случаев суды отка-

---

[1] *Евтеев В.С.* Возмещение убытков как вид ответственности в коммерческой деятельности. С. 6.

зывают в возмещении всех убытков или их части по причине недоказанности. Следует согласиться, что подобная статистика свидетельствует о том, что истцы предпочитают обращаться к обеспечению своих прав неустойкой или залогом[1], поскольку уверены в бесперспективности попыток взыскания убытков[2]. В ряде случаев причиной отказа от использования института убытков в качестве средства возмещения ущерба, причиненного нарушением договора, являются пробелы законодательства, о которых шла речь в настоящей работе. Но это может происходить также и от того, что стороны и суды недостаточно чётко представляют, что именно им надо доказать для успешного взыскания убытков.

Подобная ситуация представляется недопустимой. В условиях нормального правопорядка убытки должны быть основным средством возмещения ущерба, причинённого нарушением договора, а способы обеспечения исполнения обязательств (залог, неустойка, поручительство) должны иметь лишь дополнительный характер, а не заменять институт убытков в силу его неэффективности.

В отличие от многих других правовых проблем, проблемы взыскания убытков не могут быть решены просто внесением изменений в ГК РФ. Новые нормы вряд ли будут работать «в полную силу», поскольку вопросы применения существующих норм сегодня, пожалуй, стоят острее, чем проблема недостаточности действующего регулирования. Из приведённых в настоящей книге примеров можно видеть, что российские судьи в принципе не анализируют проблем возмещения убытков так же глубоко, как это делают судьи в Англии и США. Конечно, судебная практика в России формально не является источником права. Однако всё равно вызывают недоумение случаи, когда в судебном решении вообще отсутствует мотивация с опорой на конкретные нормы права или когда мотивация носит такой

---

[1] Лишь в 4–5% случаев нарушения договорных обязательств кредиторы защищают свои права путём предъявления должнику требований о возмещении причинённых убытков, предпочитая взимание неустойки или процентов годовых за пользование чужими денежными средствами (Концепция совершенствования общих положений обязательственного права России. Протокол № 66 от 26 января 2009 г. Совета при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства).

[2] *Евтеев В.С.* Возмещение убытков как вид ответственности в коммерческой деятельности. С. 6–7.

поверхностный характер, что причины принятия определённого решения не могут быть истолкованы с достаточной долей уверенности.

Российские судьи обладают возможностью восполнять некоторого рода пробелы ГК РФ за счёт обращения к принципам гражданского права, но они, к сожалению, чаще всего не умеют и не хотят подвергать сложные случаи теоретическому анализу и выводить логически справедливые решения из общих правил. Ситуация с толкованием судами правила доказывания упущенной выгоды свидетельствует и о том, что на судей не может повлиять и научное решение теоретической проблемы (в Англии и США влияние доктрины на судей очень заметно, в качестве примера можно привести появление тенденции присуждения существенных убытков и за сам факт нарушения договора).

Таким образом, совершенствование института убытков в России может быть достигнуто только в результате комплексного подхода, включающего изменения в правовой теории, нормах права и судебной практике. Исходя из этого, можно отметить ту пользу, которую для российского права может иметь опыт развития права в Англии и США.

Как было отмечено ранее, непрерывность эволюции английского права не только привела к созданию института убытков, который успешно решает любую проблему, возникающую на практике, но также определила его исключительную специфику. Данная специфика, на первый взгляд, делает затруднительным сравнение российской, английской и американской доктрины убытков. Бессмысленны любые попытки прямого переноса английского или американского способов регулирования убытков в страны континентальной Европы, в частности, в Россию, поскольку такое регулирование неминуемо окажется нежизнеспособным здесь и будет отторгнуто. Нормы common law могут действовать только в условиях соответствующей им правовой культуры и юридической инфраструктуры.

Однако, я полагаю, что принадлежность к разным «правовым семьям» значима только для юридико-технической работы по созданию конкретных норм или законов, основанных на иностранном опыте, а научно-теоретический анализ принципов и правил не стеснён этим обстоятельством. Цель такого анализа — учесть и использовать достижения иностранной юридической мысли, воспринимая их критически, с учетом особенностей правовой среды, в которой

эти правовые идеи возникли. Кроме того, если одни институты права неразрывно связаны с «почвой», на которой возникли (например, траст), то другие институты в меньшей мере зависят от национальных особенностей и носят относительно универсальный характер — именно таков, по моему мнению, институт убытков. В любой стране возмещение убытков ставит перед судом, истцом и ответчиком одни и те же вопросы, поэтому можно подвергнуть анализу правовые ответы на эти вопросы в различных странах. Достижения теоретической разработки института убытков в Англии и США вполне могут быть восприняты российским правом если не в качестве конкретных статей Гражданского кодекса — их написание требует длительной совместной работы опытных правоведов, — то в качестве векторов для дальнейшего развития института убытков в праве Российской Федерации.

Исходя из анализа английского и американского права, а также сравнения решения сходных юридических вопросов за рубежом и в России, представляется возможным отметить следующие направления такого развития.

1. Регулирование убытков в целом должно стать насколько возможно более подробным. Особенностью института убытков является то, что на практике невозможно обходиться только общими принципами взыскания убытков. Опыт показывает, что зачастую размер и состав убытков зависят в большей степени от огромного количества частных вопросов. Не случайно в Англии и США нормы об убытках не были кодифицированы и содержатся в основном в многочисленных прецедентах. При этом всё равно даже при таком детальном регулировании остаётся необходимость судейского усмотрения, но в целом широкий корпус норм об убытках на практике оказывается намного эффективнее, чем две-три статьи гражданского кодекса.

2. Праву Российской Федерации необходимо иметь общее определение договорных убытков, отражающее понятие о них как о денежной компенсации за нарушение договора. Простое перечисление видов ущерба порождает массу проблем и противоречивые толкования того, что может быть включено в один из предусмотренных видов ущерба. Вместо этого понятие убытков вообще не должно смешиваться с понятием ущерба (вреда), причинённого нарушением договора. Убытки по своей природе должны быть основаны не на понесённом ущербе, не на полученной нарушителем договора прибыли, а *на степени нарушения прав.*

3. Определение убытков как денежной компенсации должно указывать на главное отличие убытков от других мер ответственности: цель их взыскания. Целью убытков должно считаться помещение истца в такое же хорошее положение, как если бы договор был исполнен, либо, в определённых случаях, в такое же хорошее положение, как если бы договор никогда не заключался. В результате размер убытков будет определяться в зависимости от того, что именно необходимо для достижения убытками той цели, которая поставлена в конкретном случае.

4. Необходимо установить, что в результате нарушения договора причиняется не только чисто экономический вред. В частности, необходима возможность в определённых случаях получать компенсацию и за такое нарушение договора, которое не принесло экономического ущерба, если это требуется для достижения цели взыскания убытков, в том числе и путем взыскания в исключительных случаях номинальных и штрафных убытков.

5. Необходим комплекс норм, регулирующих возмещение только того ущерба, который находился в пределах разумного предвидения сторон. Для российского права серьёзным прорывом было бы даже появление в нем самого принципа предвидимости, воспринятого сегодня правом практически всех развитых государств, но сама сущность этого принципа, как я полагаю, такова, что требует подробной детализации в десятках дополнительных норм.

Библиография

Список использованной литературы:

1. *Atiyah P.S.* An Introduction to the Law of Contract. Oxford: Oxford University Press, 1995
2. *Atiyah P.S.* Law & Modern Society. Oxford: Oxford University Press, 1995
3. *Barnes D.W.* The Net Expectation Interest in Contract Damages // Emory Law Journal. 1999. Vol. 49. Pp. 1137–1208.
4. *Barnes D.W., Zalesne, D.* A Unifying Theory of Contract Damage Rules // Syracuse Law Review. 2005. Vol. 55. Pp. 495–543.
5. *Barton J.L.* Contractual Damages and the Rise of Industry // Oxford Journal of Legal Studies. 1987. Vol. 7. № 1. Pp. 40–59.
6. *Bauer R.S.* Essentials of the law of damages. Chicago: Callaghan and Company, 1919
7. *Beale H.G., Tallon D.* Contract law. Oxford; Portland, Or.: Hart Pub., 2002.
8. *Bebchuk L.A., Chang H.F.* An Analysis of Fee Shifting Based on the Margin of Victory: On Frivolous Suits, Meritorious Suits, and the Role of Rule 11 // The Journal of Legal Studies. 1996. Vol. 25. № 2. Pp. 371–403.
9. *Benditt Th.M.* Law as rule and principle: problems of legal philosophy. Hassocks: Harvester Press, 1978.
10. *Birmingham R.* Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency // Rutgers Law Review. 1970. Vol. 24. Pp. 273–292
11. *Bishop W.* The Contract-Tort Boundary and the Economics of Insurance // The Journal of Legal Studies. 1983. Vol. 12. № 2. Pp. 241–266.
12. *Blackstone W.* Commentaries on the Laws of England. Vol. IV. Oxford: Clarendon Press, 1769.

13. *Braeutigam R., Owen B., Panzar J.* An Economic Analysis of Alternative Fee Shifting Systems // Law and Contemporary Problems. 1984. Vol. 47. № 1. Pp. 173–185.

14. *Brand R.A.* Fundamentals of International Business Transactions. The Hague; Boston: Kluwer Law International, 2000.

15. *Braucher R.* Freedom of Contract and the Second Restatement // The Yale Law Journal. 1969. Vol. 78. № 4. Pp. 598–616.

16. *Braucher R.* Interpretation and Legal Effect in the Second "Restatement of Contracts" // Columbia Law Review. 1981. December. Vol. 81. № 1. Pp. 13–18.

17. *Brown L.N., Kennedy T.* The Court of Justice of the European Communities. London: Sweet & Maxwell, 1994.

18. Calamari and Perillo on Contracts. Fifth Edition. St. Paul, Minn.: West Group, 2007.

19. *Cassels J.* Remedies: The Law of Damages (Essentials of Canadian Law). Toronto: Irwin Law, 2000.

20. *Chanenson S.L., Gotanda J.Y.* The Foggy Road for Evaluating Punitive Damages: Lifting the Haze from the BMW/State Farm Guideposts // University of Michigan Journal of Law Reform. 2004. Vol. 37. Issue 2. Pp. 441–492.

21. *Chapman B.* Punitive Damages as Aggravated Damages: The Case of Contract // Canadian Business Law Journal. 1990. Vol. 16. Pp. 269–280.

22. *Chen-Wishart M.* Contract Law. Second Edition. Oxford: Oxford University Press, 2007.

23. *Chipman D.* An Essay on the Law of Contracts: For the Payment of Specifick Articles. Middlebury, 1822.

24. *Cohen M.H.* Reconstructing Breach of the Implied Covenant of Good Faith and Fair Dealing as a Tort // California Law Review. 1985. Vol. 73. № 4. Pp. 1291–1331.

25. *Cohen N., McKendrick E.* Comparative Remedies for Breach of Contract. Oxford: Hart, 2005.

26. *Coloma G.* Damages for Breach of Contract, Impossibility of Performance and Legal Enforceability // Review of Law & Economics. 2008. Vol. 4. Issue 1. Pp. 5–18.

27. *Colston C.* Principles of intellectual property law. London. Cavendish, 1999.

28. *Connolly M.* Briefcase on Commercial Law. London: Cavendish, 1998.

29. Contracts: Expanded Application of Promissory Estoppel in Restatement of Contracts Section 90: Hoffman v. Red Owl Stores, Inc. // Michigan Law Review. 1966. December. Vol. 65. № 2. Pp. 351–358.

30. *Coote B.* Contract Damages, Ruxley, and the Performance Interest // The Cambridge Law Journal. 1997. Vol. 56. Pp. 537–570.

31. *Corbin A.L.* The Uniform Commercial Code. Sales; Should It Be Enacted? // The Yale Law Journal. 1950. April. Vol. 59. № 5. Pp. 821–836.

32. *Cownie F., Bradney A.* English Legal System in Context. London: Butterworths, 1996.

33. *Cranston R.* Principles of Banking Law. Oxford: Clarendon Press, 1997.

34. *Craswell R.* Against Fuller and Perdue // The University of Chicago Law Review. 2000. Vol. 67. № 1. Pp. 99–161.

35. *Cross R., Harris J.W.* Precedent in English Law. Oxford. Clarendon, 1991.

36. Current Legal Problems. Vol. 52. 1999. Oxford: Oxford University Press, 2000.

37. Damages. "Duty" to Mitigate. Recovery of Expenses of Denial in Action for Libel // The Yale Law Journal. 1919. Vol. 28. № 8. Pp. 827–828.

38. *Edelman J.* Gain-based damages: contract, tort, equity and intellectual property. Oxford: Hart Publishing, 2002.

39. *Edelman J.* The Meaning Of "Damages": Common Law and Equity // The Law of Obligations: Connections and Boundaries. Ed. *Robertson A.* London: Cavendish Publishing, 2004. Pp. 31–58.

40. *Eisenberg M.A.* Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law // California Law Review. 2005. July. Vol. 93. № 4. Pp. 975–1050.

41. *Eisenberg Th.H., Valerie P. and Wells M.T.* The Relation Between Punitive and Compensatory Awards: Combining Extreme Data With the Mass of Awards. // Cornell Legal Studies Research Paper No. 06-026 (September 11, 2006). 21 pages.

42. *Eisenberg Th., Wells M.T.* The Significant Association between Punitive and Compensatory Damages in Blockbuster Cases. A Methodological Primer // Journal of Empirical Legal Studies. 2006. Vol. 3. Pp. 169.

43. *Elliott C., Quinn F.* Contract Law. London: Longman. 2007.

44. English Public Law. Ed. *Feldman D.* Oxford: Oxford University Press, 2004.

45. *Enonchong N.* Breach of Contract and Damages for Mental Distress // Oxford Journal of Legal Studies. 1996. Vol. 16. № 4. Pp. 617–640.

46. Essays for Patrick Atiyah. Eds. *Cane P., Stapleton J.* Oxford: Oxford University, 1991.

47. *Farber D.A.* Statutory interpretation and legislative supremacy // Georgetown Law Journal. 1989. Vol. 78. Pp. 281–318.

48. *Farnsworth E.A.* Ingredients in the Redaction of the "Restatement (Second) of Contracts" // Columbia Law Review. 1981. Vol. 81. № 1. Pp. 1–12.

49. *Farnsworth E.A.* Legal Remedies for Breach of Contract // Columbia Law Review. 1970. Vol. 70. № 7. Pp. 1145–1216.

50. *Flannigan R.* The Fiduciary Obligation // Oxford Journal of Legal Studies. 1989. Vol. 9. № 3. Pp. 285–322.

51. *Frank J.* Law and the Modern Mind. New York: Brentano's, 1930.

52. *Fried Ch.* Contract As Promise. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

53. *Friedmann D.* The Efficient Breach Fallacy // The Journal of Legal Studies. 1989. Vol. 18. № 1. Pp. 1–24.

54. *Friedmann D.* The Performance Interest in Contract Damages // Law Quartely Review. 1995. Vol. 111. Pp. 628–654.

55. *Friedmann L.M.* A History of American Law. Third Edition. New York, London, Toronto, Sydney: Simon & Schuster, 2005. 620 pages.

56. *Fuller L.L., Perdue W.R.Jr.* The Reliance Interest in Contract Damages: Part I // The Yale Law Journal. 1936. Vol. 46. № 1. Pp. 52–96.

57. *Fuller L. L., Perdue W.R.Jr.* The Reliance Interest in Contract Damages: Part II // The Yale Law Journal. 1937. Vol. 46. № 3. Pp. 373–420.

58. *Furmston M.* Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract. London: Butterworths. 2001.

59. *Geldart W.* Introduction to English Law. Oxford: Oxford University Press, 1995.

60. *Goetz Ch., Scott R.* Liquidated Damages, Penalties, and the Just Compensation Principle: A Theory of Efficient Breach // Columbia Law Review. 1977. Vol. 77. Pp. 554–594.

61. *Goodin R.E.* Theories of Compensation // Oxford Journal of Legal Studies. 1989. Vol. 9. № 1. Pp. 74–75.

62. *Gotanda J.Y.* Punitive Damages: A Comparative Analysis // Columbia Journal of Transnational Law. 2003. Vol. 42. Pp. 391–444.

63. *Gross M.L.* Loser-Pays: Or Whose "Fault" Is It Anyway: A Response to Hensler-Rowe's "Beyond 'It Just Ain't Worth It'" // Law and Contemporary

Problems. Vol. 64. № 2/3. Complex Litigation at the Millennium (Spring – Summer, 2001). Pp. 163–174.

64 *Halson R.* Contract Law. Harlow: Longman, 2001.

65. *Halson R., Pearce D.* Damages for Breach of Contract: Compensation, Restitution and Vindication // Oxford Journal of Legal Studies. 2008. Vol. 28. № 1. Pp. 73–98.

66. *Hellner J.* Consequential Loss and Exemption Clauses // Oxford Journal of Legal Studies. 1981. Vol. 1. № 1. Pp. 13–49.

67 *Helmholz R.H.* The ius commune in England: four studies. Oxford: Oxford University Press, 2001.

68. *Hersch J., Viscusi W.K.* Punitive Damages: How Judges and Juries Perform // Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 362. May 2002. 59 pages.

69. *Hudec R.* Restating the "Reliance Interest" // Cornell Law Review. 1982. Vol. 67. Pp. 704–734.

70. *Ibbetson D.J.* A Historical Introduction to the Law of Obligations. Oxford: Oxford University Press, 1999.

71. *Kar R. B.* Contract Law and the Second-Person Standpoint: Why Efficiency-Maximization Principles Can Neither Explain Nor Justify the Expectation Damages Remedy // Loyola of Los Angeles Law School Legal Studies Paper No. 2008-2, February 2008. 34 pages.

72. *Keenan D., Riches S.* Business law. Harlow: Pearson/Longman. 2005.

73. *Kraus J.S.* From Langdell to Law and Economics: Two Conceptions of Stare Decisis in Contract Law and Theory // Virginia Law Review. Vol. 94 (March 2008) Pp. 157–195.

74 *Krauss M.I.* Punitive Damages and the Supreme Court: A Tragedy in Five Acts // Cato Supreme Court Review: 2006–2007. Pp. 315–334.

75 *Lee P.-W.* Contract Damages, Corrective Justice and Punishment // Modern Law Review. 2007. Vol. 70. № 6. Pp. 887–907.

76. *Leslie E.J.* Formulating Standards for Awards of Punitive Damages in the Borderland of Contract and Tort // California Law Review. 1986. Vol. 74. № 6. Pp. 2033–2060.

77. *Macinnosh K.L.* Liberty, Trade, and the Uniform Commercial Code: When Should Default Rules Be Based on Business Practices? // William and Mary Law Review. 1997. Vol. 38. Issue 4. Pp. 1465–1543.

78. *Maggs G.E.* Ipse Dixit: The Restatement (Second) of Contracts and the Modern Development of Contract Law // George Washington Law Review. 1998. Vol. 66. Pp. 508–555.

79. *Mahoney P.G.* Contract Remedies and Options Pricing // Journal of Legal Studies. 1995. Vol. 24. Issue 1. Pp. 139–163.

80. *Maltz E.* The Nature of Precedent // North Carolina Law Review. 1988. January. Vol. 66. Pp. 367–392.

81. *McChesney F.S.* Tortuous Interference with Contract versus "Efficient" Breach: Theory and Empirical Evidence // The Journal of Legal Studies. 1999. Vol. 28. № 1. Pp. 131–186.

82. *McCormick Ch.T.* Handbook on the law of damages. St. Paul, Minn.: West Pub. Co. 1935.

83. *McKendrick E.* Breach of Contract and the Meaning of Loss // Current Legal Problems. Vol. 52. 1999. Oxford: Oxford University Press. 2000. Pp. 37–73.

84. *McKendrick E.* Contract Law. Text, Cases, and Materials. Oxford: Oxford University Press, 2005.

85. *McKendrick E.* The Battle of the Forms and the Law of Restitution // Oxford Journal of Legal Studies. Vol. 8. № 2 (Summer, 1988). Pp. 197–221.

86. *McKendrick E.* The Common Law at Work: the Saga of Alfred McAlpine Construction Ltd v Panatown Ltd // Oxford University Commonwealth Law Journal. 2003. Vol. 3. № 2. Pp. 145–180.

87. *Macneil I.R.* Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky // Virginia Law Review. 1982. Vol. 68. № 5. Pp. 947–969.

88. *McLeod I.* Legal Method. London: McMillan Press Ltd., 1996.

89. *Moore J.B., Payne J.* Reports of cases argued and determined in the courts of Common Pleas and Exchequer Chamber with tables of the names of the cases and principal matters. London: S. Sweet. 1832. 933 pages.

90. *Okura M.* Incentives of Compensatory Damages and Disincentives of Insurance Coverage in the Case of Defective Housing // Icfai Journal of Risk & Insurance. 2007. Vol. 4. № 3. Pp. 19–31.

91. *Oleck H.L.* Cases on damages. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

92. *Olson W., Bernstein D.* Loser-Pays: Where Next? // Maryland Law Review. 1996. Vol. 55. Pp. 1161–1189.

93. *Oughton D.W.* Sourcebook on contract law. London: Cavendish, 2000.

94. *Owen M.* Some Aspects of the Recovery of Reliance Damages in the Law of Contract // Oxford Journal of Legal Studies. 1984. Vol. 4. № 3. Pp. 393–420.

95. *Perillo J.M.* Restitution in the Second "Restatement of Contracts" // Columbia Law Review. 1981. December. Vol. 81. № 1. Pp. 37–51.

96. *Plott Ch.R.* Legal Fees: A Comparison of the American and English Rules // Journal of Law, Economics, & Organization. 1987. Vol. 3. № 2. Pp. 185–192.

97. *Polinsky M.A., Shavell S.* Punitive Damages: An Economic Analysis. 1998. Vol. 111. Pp. 869–962.

98. *Polinsky M.A., Rubinfeld D.L.* Does the English Rule Discourage Low-Probability-of-Prevailing Plaintiffs? // The Journal of Legal Studies. 1998. Vol. 27. № 1. Pp. 141–157.

99. *Polinsky, M.A., Rubinfeld D.L.* Does the English Rule Discourage Low-Probability-of-Prevailing Plaintiffs? (continued) // The Journal of Legal Studies. 1998. Vol. 27. № 2. Pp. 518–535.

100. *Posner R.A.* Economic analysis of law. Boston: Little Brown, 1972. 415 p.

101. *Posner R.A.* Economic analysis of law. Wolters Kluwer Law & Business, 2007. XXII, 787 p.

102. *Pound R.* Mechanical Jurisprudence // Columbia Law Review. 1908. December. Vol. 8. № 8. Pp. 605–623.

103. Punitive Damages Review. Ed. *Vollweiler Ch.* New York: Wilson Elser Moskowitz Edelman & Dicker LLP, 2006.

104. *Richards P.* Law of Contract (Foundation Studies in Law). Harlow: Pearson Longman, 2006.

105. *Rombauer M.D.* Legal Problem Solving: Analysis, Research and Writing. St. Paul: West Publishing Co., 1978.

106. *Rowe T.D.Jr.* The Legal Theory of Attorney Fee Shifting: A Critical Overview // Duke Law Journal. 1982. № 4. Pp. 651–680.

107. *Ryan P.S.* Revisiting the United States Application of Punitive Damages: Separating Myth from Reality // ILSA Journal of International and Comparative Law. 2003. Vol. 10. № 1. Pp. 69–93.

108. *Samek R.A.* The Relevant Time of Forseeability of Damage in Contract // Australian Law Journal. 1964. Vol. 125. Pp. 125–130.

109. *Samuel G.* Law of Obligations and Legal Remedies. London: Routledge Cavendish, 2001.

110. *Scallen E.* Promises Broken vs Promises Betrayed: Metaphor, Analogy, and the New Fiduciary Principle // University of Illinois Law Review. 1993. Vol. 45. № 4. Pp. 897–980.

111. *Schnader W.A.* A Short History of the Preparation and Enactment of the Uniform Commercial Code // University of Miami Law Review. 1967. Vol. 22. Pp. 1–12.

112. *Sebok A.J.* Punitive Damages: From Myth to Theory // Iowa Law Review. 2007. Vol. 92. Pp. 957–1036.

113. *Sebok A.J.* What Did Punitive Damages Do? Why Misunderstanding the History of Punitive Damages Matters Today // Chicago-Kent Law Review. 2003. Vol. 78. № 1. Pp. 101–140.

114. *Sedgwick Th.* A treatise on the measure of damages. New York: John S. Vorhies, Law Bookseller & Publisher; London: Sampson Low Son & Co. 1858. LXXVI + 689 pages.

115. *Sharpe R.J., Waddams S. M.* Damages for Lost Opportunity to Bargain // Oxford Journal of Legal Studies. 1982. Vol. 2. № 2. Pp. 290–297.

116. *Simpson A.W.B.* A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit. Oxford: Oxford University Press, 1987. 646 pages.

117. *Spencer A.B.* Due Process and Punitive Damages: The Error of Federal Excessiveness Jurisprudence // Southern California Law Review. 2006. Vol. 79. Issue 5. Pp. 1085–1154.

118. *Stone R.* The Modern Law of Contract. London: Routledge Cavendish, 2005.

119. *Sullivan T. J.* Punitive Damages in the Law of Contract // Minnesota Law Review. 1977. Vol. 61. Pp. 207–237.

120. *Tettenborn A.M.* Punitive Damages – A View from England // San Diego Law Review. 2004. Vol. 41. Pp. 1551–1564.

121. The Law of Obligations: Connections and Boundaries. Ed. *Robertson A.* London: UCL Press, 2004.

122. The Theory of Contract Law. New Essays. Ed. *Benson P.* Cambridge [England], New York: Cambridge University Press, 2001.

123. *Tilbury M.* Remedies and Classification of Obligations // The Law of Obligations: Connections and Boundaries. Ed. *Robertson A.* London, 2004. Pp. 11–30.

124. *Traynor R.J.* Statutes Revolving in Common-Law Orbits // Catholic University Law Review. 1968. Vol. 17. Pp. 401–425.

125. *Treitel G.* The law of contract. London: Sweet & Maxwell, 1999.

126. *Von Bar Ch., Drobnig U., Alpa G.* European Commission. Directorate-General for Health and Consumer Protection.; et al. The interaction of contract law and tort and property law in Europe: a comparative study. München: Sellier, 2004.

127. *W.W.C.* Does Breach of Contract Destroy Duty to Perform? // The Yale Law Journal. 1923. Vol. 32. № 4. Pp. 380–384.

128. *Waddams S.M.* Inflation and Mitigation of Damages // Oxford Journal of Legal Studies. 1981. Vol. 1. № 1. Pp. 134–136.

129. *Webb Ch.* Performance and Compensation: An Analysis of Contract Damages and Contractual Obligation // Oxford Journal of Legal Studies. 2006. Vol. 26. № 1. Pp. 41–71.

130. *Wilkinson-Ryan T.* Moral judgment and moral heuristics in breach of contract. University of Pennsylvania, 2008.

131. *Williston S.* The Law of Sales in the Proposed Uniform Commercial Code // Harvard Law Review. 1950. February. Vol. 63. № 4. Pp. 561–588.

132. *Woodard C.* Is the United States a Common Law Country? // Essays on English Law and the American Experience. Eds.: *Cawthon E.A., Narrett D.E.* College Station, TX, Texas: A&M University Press, 1994. Pp. 120–135.

133. Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century. Ed. *Birks P.* Oxford: Clarendon Press, 1996.

134. *Zipursky B.C.* A Theory of Punitive Damages // Texas Law Review. 2005. November. Vol. 84. Pp. 105–171.

135. *Агарков М.М.* Обязательство по советскому гражданскому праву. М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1940.

136. *Афанасьев Д.В.* Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ: критерий предвидимости убытков при международной купле-продаже товаров // Убытки и практика их возмещения / Под ред. М.А. Рожковой. М.: Статут, 2006. С. 541–560.

137. *Белов В.А.* Возмещение убытков // Российская юридическая энциклопедия. М.: Инфра-М, 1999. С. 462.

138. *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Книга первая. Общие положения. М.: Статут, 2001.

139. *Венедиктов А.В.* Договорная дисциплина в промышленности. Ленинград: Изд-во Леноблисполкома и Ленсовета, 1935.

140. Гражданское и торговое право зарубежных государств. Том I / Под ред. Е.А. Васильева, А.С. Комарова. М. : Международные отношения, 2004

141. Гражданское право / Под ред. Е.А. Суханова. Том I. М.: Волтерс Клувер, 2004.

142. *Дегтярёв С.Л.* Возмещение убытков в гражданском и арбитражном процессе. 2-е издание. М : Волтерс Клувер, 2003.

143. *Дегтярёв С.Л.* Процессуальные аспекты возмещения убытков в гражданском и арбитражном процессе // Убытки и практика их возмещения / Под ред. М.А. Рожковой. М.: Статут, 2006. С. 489–521.

144. *Добрачев Д. В.* Взыскание основного долга как способ защиты гражданских прав // Бюллетень нотариальной практики. 2008. № 1. С. 5–9.

145. *Добрачев Д. В.* Взыскание основного долга как способ защиты гражданских прав // Журнал российского права. 2008. № 4. С. 70–76.

146. *Добрачев Д. В.* Вопросы применения гражданско-правовой категории основного долга // Арбитражная практика. 2007. № 6. С. 22–29.

147. *Добрачев Д. В.* Иски о взыскании основного долга и убытков // Юрист. 2007. №11. С. 55–61.

148. *Добрачев Д. В.* К вопросу о начислении процентов по статье 395 ГК РФ на суммы основного денежного долга и убытков // Журнал российского права. 2009. № 3. С. 81–87.

149. *Евтеев В.С.* Возмещение убытков как вид ответственности в коммерческой деятельности. М.: Зерцало-М, 2005.

150. *Евтеев В.С.* Доказывание наличия и размера убытков при поставках продукции // Законодательство. 2000. № 7. С. 25–31.

151. *Евтеев В.С.* Методическое обеспечение возмещения убытков // Законодательство. 2002. № 1. С. 21–27.

152. *Евтеев В.С.* Проблема доказывания причинной связи между неисполнением договора и убытками // Законодательство. 2005. № 12. С. 15–25.

153. *Евтеев В.С.* Расчет суммы убытков // Законодательство. 2003. № 1. С. 49–54.

154. *Егоров А.В.* Упущенная выгода: проблемы теории и противоречия практики // Убытки и практика их возмещения / Под ред. М.А. Рожковой. М.: Статут, 2006. С. 68–137.

155. *Жарский А.В.* Возмещение убытков в международном коммерческом обороте // Журнал российского права. 2001. № 5. С. 87–95.

156. *Захаров Ю., Фогельсон Ю.* Право требования кредитора в договорах в пользу третьего лица // Хозяйство и право. 2001. № 10. С. 104–113.

157. *Захаров Ю.Ю.* Ответственность должника по договорам в пользу третьего лица // Арбитражная практика. 2002. № 2. С. 25–31.

158. *Иоффе О.С.* Обязательственное право. М.: Юридическая литература, 1975.

159. *Карнаков Я.В.* Особенности юридического образования в США // Закон. 2009. № 3. С. 73–84.

160. *Козлова Н.* Проблема компенсации «нематериального» вреда, причиненного юридическому лицу // Корпоративный юрист. 2006. № 2. С. 40–43.

161. *Комаров А.С.* Ответственность в коммерческом обороте. М.: Юридическая литература, 1991.

162. *Комаров А.С.* Регулирование возмещения убытков при нарушении договора в коммерческом обороте стран с развитой рыночной экономикой и международной торговле (состояние и тенденции). Автореф. дис. д.ю.н. М., 1994. 60 с.

163. Концепция развития гражданского законодательства РФ. М.: Статут, 2009.

164. Концепция совершенствования общих положений обязательственного права России. Протокол № 66 от 26 января 2009 г. Совета при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства. (http://privlaw.ru/index.php?section_id=24).

165. *Кривцов А.С.* Общее учение об убытках. Юрьев: Типография К. Маттисена, 1902.

166. *Кулагин М.И.* Избранные труды. М.: Статут, 1997.

167. *Кушков А.А.* Определение размера убытков в английском праве: основные принципы и современные тенденции регулирования // Журнал российского права. 2004. № 12. С. 112–119.

168. *Латынцев А.В., Латынцева О.В.* Расчет убытков в коммерческой деятельности. М.: Лекс-Книга, 2002.

169. *Малеин Н.С.* Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях. М.: Наука, 1968.

170. *Медведев М.* Заплатите за старый автомобиль, как за новый // Бизнес-адвокат. 1999. № 6.

171. *Мякинина А.В.* Ограничение размера возмещаемых убытков в гражданском праве Российской Федерации // Убытки и практика их возмещения / Под ред. М А. Рожковой. М.: Статут. 2006. С. 278–328.

172. *Мякинина А.В.* Ограничение размера убытков в гражданском праве // Журнал российского права. 2005. № 5. С. 105–112.

173. *Нам К.В.* Основания взыскания убытков, возникших вследствие нарушения договорных обязательств (сравнительно-правовой анализ) // Убытки и практика их возмещения / Под ред. М.А. Рожковой. М.: Статут, 2006. С. 169–201.

174. *Нам К.В.* Убытки и неустойка как формы договорной ответственности // Актуальные вопросы гражданского права / Под ред. М.И. Брагинского. М.: Статут, 1998. С. 331–380.

175. *Николаева А.* Выбор меры возмещения убытков // Право и экономика, 2007. № 2. С. 49–53.

176. *Николаева А.* Принципы определения размера убытков: российская и зарубежная судебная практика // Хозяйство и право. 2006. № 8. С. 124–134.

177. *Николаева А.* Цель возмещения убытков — восстановление экономического положения или восстановление имущества в натуре // Хозяйство и право. 2005. № 11. С. 87–92.

178. *Новицкий И.Б., Лунц Л.А.* Общее учение об обязательстве. М.: Госюриздат, 1950.

179. *Победоносцев К.П.* Курс гражданского права. Том 3. М.: Зерцало, 2003.

180. *Рожкова М.А.* Проблемы возмещения расходов на оплату услуг представителей и иных судебных убытков // Убытки и практика их возмещения / Под ред. М А. Рожковой. М.: Статут, 2006. С. 561–607.

181. *Савенкова О.В.* Возмещение убытков в современном гражданском праве //Убытки и практика их возмещения / Под ред. М.А. Рожковой. М.: Статут, 2006. С. 6–67.

182. *Садиков О.Н.* Убытки в гражданском праве Российской Федерации. М.: Статут, 2009.

183. *Скловский К.И.* Комментарий судебного спора // Хозяйство и право. 2009. № 3. С. 119–124.

184. *Тирская Е.В.* Предпосылки разграничения категории «основной» денежный долг и долг, возникший из обязательства по возмещению убытков, в современном гражданском законодательстве // Актуальные

проблемы частноправового регулирования. Самара: Самарский университет, 2004. С. 335–336.

185. *Хамфина Р.О.* Договор в английском гражданском праве. М.: Изд-во Академии наук СССР, 1959.

186. *Шершеневич Г.Ф.* Курс гражданского права. Тула: Автограф, 2001.

Список использованных прецедентов:

1. A to Z Rental v. Wilson, 413 F.2d 899, 908 (10th Cir.1969).
2. Abrahams v. Herbert Reiach Ltd [1922] 1 K.B. 477.
3. Addis v. Gramophone Co. Ltd. [1909] A.C. 488.
4. Alexander's Dep't stores v. Ohrbach's, 269 A.D. 321. 56 N.Y.S.2d 173 (1945).
5. Alfred McAlpine Construction Ltd v. Panatown Ltd [2001] 1 A.C. 518.
6. Allard v. Arthur Andersen & Co., 924 F.Supp.488 (S.D N.Y.1996)
7. Allen, Heaton & McDonald v. Castle Farm Amusement, 151 Ohio St. 522, 86 N.E.2d 782, 17 ALR2d 963 (1949).
8. AM/PM Franchise Ass'n. v. Atlantic Richfield, 526 Pa. 110, 584 A.2d 915 (1990).
9. Anchorage Centennial Dev. v. Van Wormer & Rodriques, 443 P.2d 596 (Alaska 1968).
10. Anglia Television Ltd. v. Reed [1972] 1 Q.B. 60.
11. Apex Mining v. Chicago Copper & Chem., 306 F 2d 725 (8th Cir.1962)
12. Archer-Daniels-Midland v. Paull, 293 F.2d 389 (8th Cir.1961).
13. Ashby v. White, 92 Eng.Rep. 126 (Q.B. 1703)
14. Att.-Gen. of Hongkong v. Reid [1994] 1 A.C. 324.
15. Att.-Gen. v. Blake [1998] Ch. 463.
16. Audiger v. Hamilton, 381 F.2d 24 (5th Cir,1967).
17. Audiger, Inc. v. Hamilton, 381 F.2d 24 (5th Cir.1967).
18. Austin Hill Country Realty v. Palisades Plaza, 948 S.W.2d 293, 75 ALR5th 647 (Tex. 1997).
19. Austin Instrument v. Loral Corp 29 N.Y.2d 124, 324 N.Y.S.2d 22, 272 N.E.2d 533 (1971).

20. B.C. Saw-Mill Co. Ltd v. Nettleship (1868) L.R. 3 C.P. 499 at 510.
21. Bailey v. Bullock (1950) 66 T.L.R. 791.
22. Ballard v. Amana Soc., 526 N.W.2d 558 (Iowa, 1995).
23. Ballard v. El Dorado Tire, 512 F.2d 901 (5th Cir.1976).
24. Banque Bruxelles Lambert S.A. v. Eagle Star Insurance Co. Ltd. [1997] A.C. 191.
25. Barbier v. Barry, 345 S.W.2d 557 (Tex.App.1961).
26. Barron G. Collier v. Women's Garment Store, 152 Minn. 475, 189 N.W. 403 (1922).
27. Beck v. Moishe's Moving & Storage, 167 Misc.2d 960,641 N.Y.S.2d 517 (1995).
28. Benham v. World Airways, 432 F.2d 359 (9th Cir.1970).
29. Berkla v. Corel, 302 F.3d 909 (9th Cir.2002).
30. Bernstein v. Meech, 130 N.Y. 354, 29 N.E. 255 (1891).
31. Bernstein v. Pamson Motors (Golders Green) Ltd [1987] 2 All E.R. 220 at 231.
32. Bigelow v. RKO Radio Pictures, 327 U.S. 251 (1946).
33. Billetter v. Posell 94 Cal. App.2d 858, 211 P.2d 621 (1949).
34. Boros v. Baxley, 621 So. 2d 240, 245 (Ala. 1993).
35. BP Exploration Co (Libya) vs. hunt (No. 2) [1979] 1 WLR, 783, 800.
36. Bracewell v. Appleby [1975] Ch. 408.
37. Brenneman v. Auto-Teria, 260 Or.513, 491 P.2d 992 (1971).
38. British Columbia Saw-Mill v. Nettleship, L.R., 3 C.P. 499, 500 (1868).
39. British Westinghouse Co. v. Undeground Electic Rys. Co. of London. [1912] A.C. 673.
40. Broadway Photoplay Co. v. World Film Corp., 225 N.Y. 104, 121 N.E. 756 (1919).
41. Broadway Photoplay v. World Film, 225 N.Y. 104, 121 N.E. 756 (1919).
42. Brodeur & Co., CPAs, P.C. v. Charlton, 2003 Conn. Super. Lexis 2833.
43. Brown v. Coates, 253 F.2d 36, 67 ALR2d 943 (D.C.Cir.1958), 33 N.Y.U. L. rev. 878 (1958).
44. C. Sharpe & Co. Ltd v. Nosawa [1917] 2 K.B. 814.

45. C.C C. (London) Films Ltd. v. Imperial Quadrant Films [1985[Q.B. 16.

46. Camino Real v. Wolfe, 119 N.M. 436, 891 P.2d 1190 (1995).

47. Cammetti v. Manierre, 23 Cal 2d 94, 142 P 2d 741 (1943)

48. Carnera v. Schmeling, 236 A.D. 460, 260 N.YS. 82 (1932).

49. Carolyn B. Beasley Cotton v. Ralph, 59 S.W.3d 110 (Tenn App.2000).

50. Center Chem. v. Avril, Inc., 392 F.2d 289 (5th Cir.1968).

51. Cf County Personnel (Employment Agency) Ltd v. Pulver [1987[1 W.L.R. 916.

52. Chambers v. Belmore Land & Water, 33 Cal.App. 78, 164 P. 404 (1917)

53. Chelini v. Nieri 196 P. 2d 915 (1948).

54 Chicago Coliseum Club v. Dempsey, 265 Ill.App. 542 (1932).

55. Chicago Coliseum Club v. Dempsey, 266 Ill.App. 542 (1932).

56. Ciba-Geigy v. Murphree, 653 So.2d 857 (Miss.1994)

57. Clydebank Engineering Co. v. Don Jose Raimos Isquierdo y Castaneda [1905[A.C. 6.

58. Collatz v. Fox Wis. Amusement, 239 Wis. 156, 300 N.W. 162(1941).

59 Commissioner of Ins. v. Massachusetts Acc., 314 Mass. 558, 50 NE2d 801 (1943).

60 Commonwealth Trust v. Hachmeister Lind, 320 Pa. 233, 181 A. 787 (1935).

61. Contemporary Mission v. Famous Music, 557 F 2d 918 (2d Cir.1977).

62. Co-operative Insurance Society Ltd v. Argyll Stores (Holdings) Ltd [1998[AC 1.

63. Cook v. Spanish Holiday Tours Ltd, The Times, February 6, 1960.

64 Coppola v. Marden, Orth & Hastings, 282 Ill. 281, 118 N.E. 499 (1917)

65. Corson v. Universal Door Sys.. Inc.. 596 So. 2d 565. 572 (Ala. 1991).

66. Cory v. Thames Ironworks Co. (1868) L.R. 3 Q.B. 181.

67. Country Club Assocs. v. FDIC, 918 F.Supp. 429 (D.D C.1996)

68. Cramer v. Grand Rapids Show Case, 223 N.Y. 63, 119 N E. 227, 1 ALR 154 (1918).

69. CSC Holdings v. New Information Techs., 148 F.Supp.2d 755 (N.D Tex.2001).

70. Cullinane v. British "Rema" Mfg. Co. [1954[1 Q.B. 292 at 303.

71. Dean v. Ainley [1987] W.L.R. 1729.

72. Deisch v. Jay, 790 P.2d 1273 (Wyo.1990)

73. Delchi Carrier SpA v. Rotorex, 71 F 3d 1024 (2d Cir. 1995).

74. Den Norske Ameriekalinje Actiessel-skabet v. Sun Printing & Publishing Ass'n 226 N.Y. 1, 122 N.E. 463 (1919).

75. Detroit Power Screwdriver v. Ladney, 25 Mich.App. 478, 181 N.W.2d 828, 42 ALR3d 173 (1970).

76. Devenll v. Burnell (1873) L.R. 8 C.P. 475.

77. Dickinson v. John Alexander & Co. [1993] 2 FLR 521.

78. Downey, Inc. v. Bradley Center, 188 Wis 2d 435, 524 N.W.2d 915 (App.1994).

79. Drane v. Evangelou [1978] 1 W.L.R. 455.

80. Dreyfuss v. Board of Ed 76 Misc.2d 479, 350 N.Y.S.2d 590 (1973).

81. Duane Jones Co. v. Burke, 306 N.Y. 172, 117 N.E.2d 237 (1954).

82. Dunlea v. Attorney-General [2000] 3 NZLR.

83. East Ham B.C. v. Bernard Sunley Ltd [1966] A.C. 406.

84. Eastman Kodak v. Southern Photo Materials, 273 U.S. 359 (1927)

85. El Fredo Pizza v. Roto-Flex Oven, 199 Neb. 697, 261 N.W.2d 358 (1978).

86. El Ranco v. The First National Bank Of Nevada, 406 F.2d 1205 (9th Cir.1968).

87. Enoch C. Richards Co v. Libby, 136 Me. 376, 10 A.2d 609, 126 ALR 1215 (1940).

88. Enterprises v. Kentucky Fried Chicken, 47 Ohio St.2d 154, 351 N.E.2d 121 (1976).

89. Erlich v. Menezes, 21 Cal.4th 543, 981 P.2d 978, 87 Cal.rptr.2d 886 (1999).

90. Evans v. Werle, 31 S.W.3d 489 (Mo.App.2000)

91. Evergreen Amusement v. Milstead, 206 Md. 610, 112 A.2d 901 (1955).

92. Excelsior Motor Mfg. & Supply v. Sound Equip., 73 F.2d 725 (7th Cir.1934).

93. Farley v. Skinner [2001] UKHL 49.

94. Featherstone v. Wilkinson (1873) L.R. 8 Ex. 122.

95. Ford v. White [1964] W.L.R. 885.

96. Francis v. Lee Enter., 89 Hawai'i 234, 971 P.2d 707 (1999)

97. Freeman & Mills v. Belcher Oil, 11 Cal.4th 85, 900 P.2d 669, 44 Cal Rptr.2d 420 (1995).

98. Freund v. Washington Square Press, 34 N.Y.2d 379, 357 N.Y.S.2d 857, 314 N.E 2d 419 (1974).

99. G.K.T., Inc. v. Jackson, 2000 Del. C.P. LEXIS 32.

100. Galoo v. Bright Grahame Murray [1994] 1 W.L.R. 1360.

101. Gateway Technologies v. MCI, 64 F 3d 993.

102. Gebruder Metelmann GmbH & Co. K.G. v. N.B.R. (London) Ltd [1984[1 Lloyd's Rep. 614.

103. General Motors v. Piskor, 281 Md. 627, 381 A.2d 16, 93 ALR3d 1097 (1977).

104. General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co. [1975[1 W.L.R. 819.

105. Geohagan v. General Motors Corp., 279 So. 2d 436, 438 (Ala. 1973).

106. Gianetti v. Norwalk Hosp., 64 Conn. App. 218, 779 A.2d 847 (2001).

107. Globe Ref. Co. v. Landa Cotton Oil Co., 190 U.S. 540 (1903).

108. Godley v. Perry [1960] 1 W.L.R. 9.

109. Godson v. MacFadden, 162 tenn. 528, 39 S.W.2d 287 (1931); Kloss v. Honeywell 77 Wn.App. 294, 890 P 2d 480 (1995).

110. Griffin v. Colver, 16 N.Y. 489 (1858).

111. Gross v. Lowder Realty Better Homes & Gardens, 494 So. 2d 590, 597 n.4 (Ala. 1986).

112. Grouse v. Group Health Plan 306 N.W.2d 114 (Minn.1981).

113. Gruenberg v. Aetna Ins., 9 Cal.3d 566, 108 Cal.Rptr. 480, 510 P.2d 1032 (1973).

114. H. Parsons (Livestock) Ltd v. Uttley Ingham & Co. Ltd [1978[Q.B. 791.

115. Hadley v. Baxendale (1854) 9 Exch. 341.

116. Harbutt's "Plasticine" Ltd v. Wayne Tank & Pump Co. Ltd [1970[1 Q.B. 447.

117. Harlow & Jones Ltd v. Panex (International) Ltd [1967[2 Lloyd's Rep. 509.

118. Harnes v. Edmonds (1845) 1 Car. & K. 686.

119. Hayes v. James and Charles Dodd [1990[2 E.R. 815.

120. Herbert Clayton v. Jack Waller Ltd. V. Oliver [1930] A.C. 209.

121. Heskell v. Continental Express Ltd. [1950] 1 All E R. 598.

122. Hirst v. Elgin Metal Casket, 438 F.Supp. 906 (D.Mont.1977).

123. Hoche Productions v. Jayark Films, 256 F.Supp. 291 (S.D.N.Y.1966).

124. Hogland v. Klein, 49 Wn.2d 216, 298 P.2d 1099 (1956).

125. Hollwedel v. Duffy-Mott Co., 263 N.Y. 95, 188 N.E. 266, 90 ALR 1312 (1933).

126. Holt v. United Security Life Ins. and Trust, 76 N.J.L. 585, 72 A. 301, 21 LRA NS 691 (1909).

127. Holy Properties Ltd. v. Kenneth Cole Productions, 87 N.Y.2d 130, 661 N.E 2d 694, 637 N.Y.S.2d 964 (1995).

128. Hooks Smelting v. Planters' Compress, 72 Ark. 275, 79 S.W. 1052 (1904).

129. Horne v. Midland R R., L.R., 7 C.P. 53 (1872), L.R., 8 C.P. 131 (1873).

130. Horne v. Midland Ry. (1873) L.R. 8 C.P. 131 at 141.

131. Humetrix v. Gemplus, 268 F 3d 910 (9th Cir.2001).

132. Hurst v. Picture Theatres Ltd. [1915] 1 K.B. 1.

133 Hydrite Chemical v. Calumet Lubricants, 47 F.3d 887 (7th Cir.1995).

134. International Brotherhood of Boilermakers, Iron Shipbuilders, Blacksmiths, Forgers and Helpers v. Braswell, 388 F.2d 193 (5th Cir.1968).

135. J.K. Rishel Furn. v. Stuyvesant Co., 123 Misc. 208, 204 N.Y.S. 659 (1924).

136. Jacob & Youngs v. Kent 129 N E. 889 (1921).

137. Jaggard v. Sawyer [1995] 1 W.L.R. 269.

138. James v. Hutton [1950] 1 K.B. 9.

139. Jetz Service v. Salina Properties, 19 Kan App.2d 144, 865 P 2d 1051 (1993).

140. John Deere Indus. Equip. Co. v. Keller, 431 So. 2d 1155, 1157 (Ala. 1983).

141. Jones v. Lee, 126 N.M. 467, 971 P.2d 858 (1998).

142. Kansas City, M & O. Ry v. Bell, 197 SW 322 (Tex App 1917).

143. Kenford Co. v. Erie County, 67 N.Y.2d 257, 502 N Y.S.2d 131, 493 N.E.2d 234 (1986).

144. Key v. Kingwood Oil, 110 Okl. 178. 236 P. 598 (1924).

145. Klingbiel v. Commercial Credit Corporation, 439 F 2d 1303 (10th Cir.1971).

146. Knott v. Bolton [1995] E.G.C.S. 59.

147. Koufos v. Czarnikow Ltd [1969] 1 A.C. 350.

148 Kpohraror v. Woolwich Building Society [1996] 4 All E.R. 119 at 124.

149. Kuehl v. Freeman Bros. Agency, 521 N.W.2d 714 (Iowa 1994).

150. Kvaerner, U.S. v. Hakim Plast, 74 F Supp.2d 709 (E.D.Mich.1999).

151. L.E. Whitlock Truck Serv. v. Regal Drilling, 333 F.2d 488 (10th Cir.1964).

153. La Societe Generale v. Minneapolis Community Dev.Agency, 827 F.Supp. 1431 (D.Minn.1993).

153. Lacota Girl Scout Council v. Havey Fund-Raising Mgt., 519 F.2d 634 (8th Cir.1975).

154. Lake v. Bayliss [1974]1 W.L.R. 1073.

155. Lambert v. Lewis [1982] A.C. 225.

156. Lamm v. Shingleton, 231 N.C. 10, 55 S.E.2d 810 (1949).

157. Landlord and Tenant Act 1927, s. 18 (1).

158. Lavarack v. Woods of Colchester Ltd. [1967[1 Q.B. 278.

159. Leonard v. New York, A. & B. Electro-Magnetic Tel., 41 N.Y. 544, 567, 1 Am.Rep. 446 (1870).

160. Leonard v. New York, Albany and Buffalo Electro-Magnetic Tel., 41 N.Y. 544 (1870).

161. Liberty Navigation & Trading v. Kinoshita & Co., 285 F.2d 343 (2d Cir.1960).

162. Lieberman v. Templar Motor Co. 236 N.Y. 139, 140 N.E. 222, 29 ALR 1089 (1923).

163. Life Care Centers of America v. Charles Town Assocs., 79 F.3d 496 (6th Cir.1996).

164. Linden Gardens Trust Ltd v. Lenesta Sludge Disposals Ltd [1994[1 AC 85.

165. Lloyd v. Stanbury [1971[1 W.L.R. 535.

166. Locks v. Wade, 36 N.J.Super. 128, 114 A.2d 875 (1955).

167. Longden v. British Coal Corpn. [1998] A.C. 653 at 662.

168. Mahmud v. B.C.C.I. [1998[A.C. 20.

169. Mange v. Unicorn Press, 129 F.Supp 727 (S.D.N.Y.1955).

170. Mann v. Weyerhaeuser, 703 F.2d 272 (8th cir.1983).

171. Marvel Light & Ice v. General Elec., 162 Ark.467, 259 S.W. 741 (1924).

172. Mathew v. T. M. Sutton Ltd. [1994[W.L.R. 1455.

173. McRae v. Commonwealth Disposals Comission (1951) 84 C.L.R. 377.

174. Melachrino v. Nicholl & Knight [1920[1 K.B. 693 at 697.

175. Mertens v. Home Freeholds [1921[2 K.B. 526.

176. Millar's Machinery Co. Ltd v. David Way & son (1935) 40 Com. Cas. 204.

177. Miller v. Byrne. 916 P.2d 566 (Colo.App.1995).

178. Miller v. Preitz, 422 Pa. 383, 221 A.2d 320 (1996).

179. MindGames v. Western Publ'g, 218 F.3d 652 (7th Cir.2000).

180. Morris v. Redland Bricks Ltd [1970[A.C. 652.

181. Mount Pleasant Stable v. Steinberg, 238 Mass. 567, 131 N.E. 295, 15 ALR 749 (1921).

182. Muhammed Issa el Sheik Ahmed v. Ali [1947] A.C. 414.

183. Narragansett Amusement v. Riverside Park Amusment, 260 Mass. 265, 157 N.E. 532 (1927).

184. Natural Soda Prods. v. Los Angeles, 23 Cal.2d 193, 143 P.2d 12 (1943).

185. New York University v. Continental Ins., 87 N.Y.2d 308, 639 N Y.S.2d 283, 662 N E 2d 763 (1995).

186. Nicholas v. Pennsylvania State Univ., 227 F.3d 133 (3d Cir. 2000).

187. Ninth Ave. & Forty-Second St. v. Zimmerman, 217 A.D. 498, 217 N Y.S. 123 (1926).

188. O'Connor v. B.D. Kirby & Co. [1972[1 Q.B. 90

189. Ozalid Group (Export) Ltd v. African Continental Bank Ltd [1979] 2 Lloyd's Rep. 231.

190. Panatown Ltd v. Alfred McAlpine Construction Ltd [2000] 4 All ER.

191. Paris v. Buckner Feed Mill, 279 ala. 148, 182 So.2d 880 (1966).

192. Patel v. Howard University, 896 F.Supp. 199 (D.D.C.1995).

193. Payzu Ltd. v. Saunders [1919] 2 K.B. 581.

194. People v. Empire Mut. Life Ins.,92 N.Y. 105 (1883).

195. Perry v. Sydney Phillips & Son [1982] 1 W.L.R. 1287.

196. Peter Pan Mfg. Corp. v. Corsets Silhouette Ltd. [1964[1 W.L.R. 96.

197. Phillips v. Pantages Theatre, 163 Wn. 303, 300 P 1048 (1931).

198. Phillips v. Ward [1956[1 W.L.R. 471.

199. Point Productions v. Sony, 215 F.Supp.2d 336 (S.D.N.Y.2002).

200. Public Service Co. v. Diamond D. Constr., 131 N.M 100, 33 P.3d 651 (N.M.App.2001).

201. Quality Truck Equip v. Layman, 51 ArkApp. 195, 912 S.W.2d 18 (1996).

202. R. v. Investors Compensation Scheme, ex p. Bowden [1995] 4 All E R. 598 at 640.

203. R.K. Chevrolet v. Hayden, 253 Va. 50, 480 S.E.2d 477 (1997).

204. Radford v. De Froberville [1977] 1 W.L.R.

205. Redgrave v. Boston Symphony Orchestra, 855 F.2d 888 (1st Cir.1988).

206. Regier v. Campbell-Stuart [1939[Ch. 766.

207. Richardson v. Williamson (1871) L.R. 6 Q B.

208. Robertson v. Harman (1848) 1 Ex. 850, 855.

209. Robophone Facilities Ltd v. Blank [1966[1 W.L.R. 1428 at 1448.

210. Roper v. Johnson (1873) L.R. 8 C.P. 167.

211. Roth Steel Prods, v. Sharon Steel, 705 F.2d 134 (6th Cir. 1983)

212. Roye Realty & Developing v. Arkla, Inc , 863 P.2d 1150 (Okl.1993).

213. Ruxley Electronics and Construction Ltd v. Forsynth [1996] A.C. 344.

214. S.J. Groves & Sons v. Warner Co., 576 F.2d 524 (3d Cir.1978).

215. Sagnia-Blythe v. Gamblin, 160 misc.2d 930, 611 N.Y S.2d 1002 (1994).

216. Sapwell v. Bass [1910[2 K B. 486.

217. Schatz Distributing v. Olivetti, 7 Kan. App.2d 676, 647 P 2d 820 (1982).

218. Schultz v. Lakeport, 5 Cal.2d 377, 54 P.2d 1110, 108 ALR 1168 (1936).

219. Security Stove & Mfg. v. American Ry. Exp.. 227 Mo.App. 175. 51 S.W 2d 572 (1932).

220. Seeley v. Peabody, 139 Wn. 382, 247 P. 471 (1926).

221. Seidenbach's v. Williams, 361 P.2d 185, 88 ALR2d 1360 (Okl.1961).

222. Severini v. Sutter-Butte Canal, 59 Cal.App. 154, 210 P. 49 (1922).

223. Sharpe and Waddams, 1 O.J.L.S.

224. Simpson v. L. & N.W. Ry (1896) 1 Q.B.D. 274.

225. Smith v. Leech Brain & Co. Ltd [1962[2 Q.B. 405 at 415.

226. Sole v. W.J. Hallt [1973] Q.B. 574.

227. Sommer v. Kridel, 74 N.J. 446, 378 A.2d 767 (1977).

228. Southwestern Gas & Elec v. Stanley, 45 S.W 2d 671 (Tex.App 1931).

229. Spitz v. Lesser, 302 N.Y. 490, 99 N.E.2d 540 (1951).

230. Staniforth v. Lyall (1830) 7 Bing. 169.

231. Stanspec v. Jelco, 464 F.2d 1184 (10th Cir.1972).

232. Stanton v. New York & E. Ry., 59 Conn. 272, 282, 22 A. 300, 303 (1890).

233. State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell (2003) 538 U.S. 408 [123 S.Ct. 1513, 155 L.Ed.2d 585[.

234. Stoke-on-Trent City Council v. W. & J. Wass Ltd [1988[1 W.L.R. 1406 cf.

235. Sullivan v. O'Connor. 363 Mass. 579. 296 N.E.2d 183 99 ALR3d 294 (1973).

236. Surrey CC v. Bredero Homes Ltd [1993[1 W.L.R. 1361.

237. Sutherland v. Wyer, 67 Me. 64 (1877).

238. Tagare v. NYNEX Network Sys. 921 F.Supp 1146 (S.D.N.Y.1996).

239. Tai Hing Cotton Mill Ltd v. Kamsing Knitting Factory [1979[A.C.

240. Taylor v. Bank of Athens (1922) 27 Com. Cas. 142

241. Taylor v. Nationsbank, 365 Md. 166, 776 A.2d 645 (2001)

242. Taylor v. Steadman, 143 Ark. 486, 220 S.W. 821 (1920).

243. Teacher v. Calder (1889) 1 F.(H.L.) 39.

244. The Baleares [1993] 1 Lloyd's Rep.

245. The Shinjitsu Maru (No. 5) [1985[1 W.L.R. 1288.

246. The Silver Sky [1981[2 Lloyd's rep. 95.

247. Thrift Wholesale v. Malkin-Illion, 50 F.Supp. 998 (E.D.Pa.1943).

248. Todd Marine Enterprises v. Carter Mach., 898 F.Supp. 341 (E.D.Va.1995).

249. Tredegar Iron & Coal Co. Ltd v. Hawthorn Bros. & Co. (1902) 18 T.L.R. 716.

250. Trinidad Bean & Elev. v. Frosh, 1 Neb.App. 281, 494 N.W 2d 347 (1992).

251. Typographical Service v. Itek, 721 F.2d 1317 (11th Cir.1983).

252. U.S. v. Meritt Meridian Constr., 95 F.3d 153 (2d Cir.1996).

253. United States Internal Revenue Serv. v. Osborne (In re Osborne), 76 F.3d 306, 96-1 U.S. Tax Cas. (CCH) paragr. 50,185 (9th Cir. 1996).

254. Upjohn v. Rachelle Labs., 661 F.2d 1105 (6th Cir.1981).

255. Victoria Laundry (Windsor) Ltd v. Newman Industries Ltd [1949] 2 K.B. 528.

256. Vitex Mfg. Corp. v. Caribtex Corp., 277 F.2d 795, 799 (3rd Cir.1967)

257. W.G.Cornell Co. v. Ceramic Coating, 626 F.2d 990 (D.C.Cir.1980).

258. Wachtel v. National Alfalfa Journal, 190 Iowa 1293, 176 NW 801 (1920).

259. Wagman v. Lee, 457 A.2d 401 (D.C.App.1983).

260. Wakeman v. Wheeler & Wilson Mfg., 101 N.Y. 205, 4 N.E. 264 (1886).

261. Watson v. Johnson Mobile Homes, 284 F.3d 568 (5th Cir.2002).

262. Watts v. Morrow [1991] 1 W.L.R. 1421 at 1439.

263. Wavra v. Karr, 142 Minn. 248, 172 N.W. 118 (1919).

264. Weber v. Domel, 48 S.W.3d 435 (Tex.app.2001).

265. Webster v. Edward D. Jones & Co., 197 F.3d 815 (6th Cir.1999).

266 West Haven Sound Dev. v. West Haven, 201 Conn. 305, 514 A.2d 734, 743 (1986)

267. Western Adv. v. Midwest Laundries, 61 S.W.2d 251 (Mo.App.1933).

268. Western Grain v. Barron G. Collier, 163 Ark. 369, 258 S.W. 979, 35 ALR 1534 (1924).

269. Western Web Offset Printers Ltd v. Independent Media Ltd, The Times, October 10, 1995.

270. White Arrow Express Ltd v. Lamey's Distribution Ltd. [1995] N.L.J. 1504.

271. Whitman's Candies v. Pet, 974 S.W.2d 519 (Mo.App.1998).

272. William Goldman Thatres v. Loew's, 69 F.Supp. 103 (E.D.Pa.1946).

273. Willis v. Branch, 94 N.C. 142 (1886).

274. Witherbee v. Meyer, 155 N.Y. 446, 50 N.E. 58 (1898)

275. Wolfe v. First Bank. 1999 WL 318034 (Ark.App.1999).

276. Woodar Investment Developments Ltd. v. Wimpey Construction (UK) Ltd. [1980] 1 W.L.R.

277. Wroth v. Tyler [1974] Ch. 30

278. Wrotham Park Estate Co. v. Parkside Homes Ltd [1974] 1 W.L.R. 798

279. Yochim v. Mt. Hope cemetery, 163 Misc.2d 1054, 623 N.Y.S.2d 80 (1994).

280. Zimmerman v. Michigan Hospital Service, 96 Mich.App. 464, 292 N.W.2d 236 (1980).

Статуты Англии:

1. Housing Act 1988.
2. Landlord and Tenant Act 1730
3. Landlord and Tenant Act 1927.
4. The Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945.
5. Sale and Supply of Goods Act 1994.

Унифицирующие акты США:

1. Uniform Commercial Code.
2. Second Restatement of Contracts

Нормативные акты и судебная практика РФ:

1. Гражданский кодекс РФ от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ.
2. Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8.
3. Письмо Высшего Арбитражного Суда РФ от 10 сентября 1993 г. № С-13/ОП-276 «Об отдельных рекомендациях, принятых на совещаниях по судебно-арбитражной практике».
4. Письмо ВАС РФ от 27 ноября 1992 г. № С-13/ОП-334.
5. Постановление Президиума ВАС от 23 апреля 1996 г. № 508/96.
6. Постановление Президиума ВАС РФ от 14 апреля 1998 г. № 206/97.
7. Постановление Президиума ВАС РФ от 18 марта 1997 г. № 3787/96.
8. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 3 марта 2009 г. № 13456/08
9. Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 15 февраля 2007 г. № Ф08-7127/06.
10. Постановление Федерального арбитражного суда Поволжского округа от 6 сентября 2007 г. № А65-17442/06-СГ2-3.
11. Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 19 февраля 2009 г. № КГ-А40/289-09.

12. Постановление Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 23 октября 2008 г. № А43-30615/2007-15-778.

13. Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 24 ноября 1999 г. № КА-А40/3461-99.

Оглавление

Введение 1

Глава 1. Общее понятие убытков в праве Англии, США и России 3

§ 1. Особенности регулирования убытков в праве Англии, США и России 3

§ 2. Определение убытков в праве Англии и США 17

§ 3. Определение убытков в российском праве 22

§ 4. Значение понятия убытков 29

§ 5. Некомпенсационные убытки 45

Глава 2. Понятие экономического ущерба в праве Англии, США и России 58

§ 1. Понятие и виды экономического ущерба в праве Англии, США и России 58

§ 2. Соотношение цели возмещения и состава возмещаемого ущерба 78

§ 3. Упущенная выгода и учёт прибыли ответчика 87

§ 4. Принципы расчёта размера убытков в праве Англии, США и России 96

Глава 3. Ограничение размера убытков 105

§ 1. Критерий предвидимого ущерба в праве Англии и США 105

§ 2. Причинно-следственная связь
и достоверность убытков 123

§ 3. Обязанность уменьшения ущерба 134

Заключение 151

Библиография 156

Томсинов Антон Владимирович

Понятие договорных убытков в праве Англии, США и России

Монография

ИКД «Зерцало-М»
Подписано в печать 22.01.2010.
Формат 60×90/16 Усл. печ. л. 11,5.
Тираж 500 экз.
Заказ № 1380

Отпечатано с готовых диапозитивов в типографии ООО «ЕВСТИ»