Возмещение имущественных потерь

26.07.2013 СТАТЬИ АНГЛИЙСКОЕ ПРАВО

Одна из новелл проекта федерального закона, направленного на реформирование Гражданского кодекса Рф, — правовой институт возмещения имущественных потерь, который, как отмечается некоторыми комментаторами, преследует цели, схожие с целями indemnity в английском праве. Какие проблемы могут возникнуть в случае принятия статьи 406.1 в существующей редакции, и каковы пути их преодоления? Может, достаточно действущего правового регулирования? на эти вопросы отвечает автор статьи.

Со времени вступления в силу части первой Гражданского кодекса РФ прошло более 18 лет. В течение этого времени в экономической и социальной жизни России происходи ли кардинальные изменения. При этом отечественное право, к сожалению, не в полной мере поспевало за ними, что обусловило стремление российских предпринимателей структурировать правоотношения с использованием иностранных юрисдикций. Необходимость преодоления существующих юридических барьеров, затрудняющих применение российского права в предпринимательской деятельности, послужила одной из причин начала реформирования гражданского законодательства. В рамках указанной реформы разработчики проекта Федерального закона № 47538–6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» использовали некоторые юридические конструкции других правовых систем.

Одну из таких конструкций, известную, в частности, английскому праву, можно кратко описать как обязанность одного лица заплатить другому в случае наступления определенного обстоятельства (indemnity) [1]. Подобные обязанности, безусловно, известны и российскому праву, например

обязанности страховщика по договору страхования. Однако допустимость принятия лицом на себя таких обязанностей в соответствии с российским законодательством видится более ограниченной, чем соответствующие возможности, предоставляемые английским правом.

В качестве распространенного примера использования института indemnity российскими предпринимателями можно привести сделки слияний и поглощений (M&A), подчиняемые английскому праву [2]: договоры, которыми оформляются такие сделки, всегда содержат обязанность продавца возместить имущественные потери при наступлении определенных обстоятельств. Причем эту обязанность продавцы, как правило, принимают в отношении не только покупателя бизнеса, но и самой приобретаемой компании, а также ее дочерних предприятий. Типичными элементами условия indemnity, включаемого в договоры, яв ляется указание на вид имущественных потерь, подлежащих возмещению (прямые и косвенные убытки, упущенная выгода, расходы на консультантов и судебные разбирательства, компенсации сотрудникам и т. д.), и на те обстоятельства, в связи с которыми оно должно быть предоставлено (как правило, определяемые на основании финансовой, налоговой и юридической экспертизы приобретаемой компании).

Анализ indemnity в английском праве был бы весьма поверхностным без привлечения специалистов в области английского права и сравнительного правоведения. Данная статья посвящена одной из новелл, содержащихся в упомянутом проекте федерального закона, на правленного на реформирование Гражданского кодекса, — правовому институту возмещения имущественных потерь , который, как от[3]мечается некоторыми комментаторами, преследует цели, схожие с целями indemnity в английском праве.

Текст ст. 406.1 в редакции, одобренной Государственной Думой РФ в первом чтении: «Статья 406.1. Возмещение потерь, возникших в связи с исполнением, изменением или прекращением обязательства:

1. Договором, исполнение которого связано с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, может быть дополнительно предусмотрена обязанность должника возместить кредитору имущественные потери, возникшие в связи с исполнением, изменением или прекращением обязательства, но не связанные с его нарушением должником (например, потери, вызванные невозможностью исполнения обязательства, предъявлением кредитору требований со стороны третьих лиц и т. п.), в пределах предусмотренной договором суммы.

2. Если иное не предусмотрено договором, при определении размера возмещаемых потерь применяются правила статей 15 и 404 настоящего Кодекса».

Необходимость дополнения ГК РФ ст. 406.1

По-видимому, разработчики проекта Федерального закона № 47538–6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» придерживаются позиции, согласно которой принятие стороной договора дополнительной обязанности по возмещению другой стороне имущественных потерь, не связанных с нарушением договора, в настоящее время по праву России является невозможным.

Во-первых, на это косвенно указывает сама инициатива по закреплению указанной нормы в Гражданском кодексе РФ (хотя ее можно рассматривать лишь как стремление разработчиков устранить имеющиеся сомнения в допустимости подобных обязательств по российскомуправу), а во-вторых, — тот факт, что ст. 406.1 допускает принятие обязанности по возмещению имущественных потерь лишь по договорам, связанным с осуществлением сторонами предпринимательской деятельности, что можно считать запретом на участие в подобных отношениях граждан, неявляющихся индивидуальными предпринимателями, и некоммерческих организаций.

Несмотря на указанную позицию авторов законопроекта, вопрос допустимости принятия

лицом подобной обязанности внынешнем правовом регулировании представляется, как минимум, дискуссионным. Участники гражданских правоотношений свободны в определении любых не противоречащих закону условий договора, а в действующем законодательстве вряд ли найдется прямой запрет на принятие обязанности подобной той, что предусматривается ст. 406.1.

Сомнения может вызывать возможность признания таких обязанностей подпадающими под предмет договора страхования, что делало бы невозможным их принятие лицами, не являющимися страховыми организациями. Несмотря на это, полагаем, что различие между обязательством по договору страхования и обязательством по возмещению имущественных потерь, закрепленным в ст. 406.1, все же может быть проведено и заключается в дополнительном характере обязательства по возмещению потерь, которое всегда должно быть связано с другим обязательством, которое условно можно назвать главным. Более того, в соответствии с гражданским законодательством страхование осуществляется за предусмотренную договором плату, вто время как лицо, принимающее на себя обязанность по возмещению имущественных потерь, может такую плату не получать — его имущественная выгода будет
выражаться, скорее, в самой возможности заключения договора на взаимовыгодных условиях.

Следует также отметить, что предлагая внести данную статью в Гражданский кодекс РФ, разработчики законопроекта, очевидно, исходили из необходимости предоставить участникам гражданского оборота возможность перераспределения рисков, возникающих в связи с осуществлением предпринимательской деятельности, по собственному усмотрению. Однако в настоящее время аналогичная цель может быть достигнута посредством уже существующих правовых институтов: в первую очередь путем применения договора страхования, а также с помощью некоторых других юридических механизмов. Так, в рамках сделки M&A при заключении договора купли-продажи акций покупатель может на за конных основаниях потребовать включения в договор условий, позволяющих уменьшить

покупную цену на сумму понесенных судебных расходов в случае предъявления третьими лицами требований в отношении этих акций. Подобные условия будут иметь такой же эффект, как и закрепление обязанности по возмещению имущественных потерь.

Таким образом, вопрос о том, насколько действующая редакция Гражданского кодекса РФ нуждается в дополнении, подобном предлагаемому в ст. 406.1, представляется спорным. С одной стороны, есть основания полагать, что гражданское законодательство в настоящее время и так позволяет сторонам по договору принимать на себя обязанность по возмещению имущественных потерь, не связанных с нарушением договора. С другой стороны, принимая во внимание указанные сомнения по поводу возможности принятия подобных обязанностей, а также учитывая консервативный подход правоприменительных органов, основанный на допущении лишь тех правоотношений, которые нашли прямое закрепление в законах и/или подзаконных актах, предлагаемую новеллу Гражданского кодекса РФ можно было бы рассматривать в качестве позитивного фактора. В то же время редакция ст. 406.1, одобренная в рамках Законопроекта № 47538–6, оставляет нерешенным ряд вопросов, освещенных далее.

Понятие и размер имущественных потерь

Первое, на что нужно обратить внимание в тексте ст. 406.1, — это словосочетание «имущественные потери». В настоящее время данный термин неизвестен гражданскому праву. Он также не встречается в других статьях Законопроекта № 47538–6.

Комментаторы считают, что подобная формулировка была выбрана авторами «во избежание путаницы между возмещением потерь и возмещением убытков» . Стоит также отметить [4], что при использовании в повседневном языке, а также в научной литературе термин «имущественные потери» является более широким по сравнению с термином «убытки». Помимо последних он подразумевает еще и различные потери, не вызванные противоправными действиями.

Полагаем, что определение того, что подпадает под понятие «имущественные потери», нельзя полностью отдать на откуп участникам гражданского оборота. Неопределенность указанного термина в законодательстве, а также отсутствие какого-либо правила относительно допустимой «степени отдаленности» косвенных имущественных потерь, при условии, что стороны не оговорят соответствующие положения в договоре, может привести к спорам по поводу отнесения тех или иных расходов или неполученных доходов к имущественным потерям, подлежащим возмещению.

Например, можно ли будет отнести к имущественным потерям расходы на проведение due diligence, понесенные покупателем бизнеса (акций компании), в случае если соответствующие акции будут истребованы по иску третьего лица?

С учетом того, что приобретатель понес бы расходы на due diligence независимо от истребования акций, вопрос возможности их отнесения к имущественным потерям представляется спорным.

Формулировка п. 2 ст. 406.1, указывающая, что при определении размера возмещаемых потерь применяются правила ст. 15 и 404 ГК РФ, также не проливает свет на обозначенный вопрос. Более того, ссылка на указанные статьи вызывает опасение по поводу того, что при определении размера имущественных потерь могут возникнуть те же проблемы с доказыванием, что постепенно преодолеваются, но все же существуют на практике в отношении убытков. К тому же ввиду отсутствия каких-либо указаний в законопро екте неопределенным остается вопрос допустимости заранее определенного размера возмещения.

В то же время упомянутое indemnity в английском праве характеризуется простотой определения размера возмещения, что служит одной из причин широкого использования данного правового механизма.

Права должника и обязанности кредитора

При анализе текста ст. 406.1 возникает также ряд вопросов о правах и обязанностях сторон обязательства по возмещению имущественных потерь.

Пожалуй, главным из них является вопрос последствий предоставления кредитору соответст вующей суммы возмещения. Вполне допустима ситуация, когда имущественные потери будут вызваны действиями третьих лиц. В настоящее время текст ст. 406.1 не позволяет определить, какие права возникнут у должника, исполнившего обязанность по возмещению имущественных потерь, по отношению к такому третьему лицу.

Полагаем, что оптимальным вариантом был бы переход к должнику прав, имевшихся у креди тора по отношении к третьему лицу. Подобный подход позволит кредитору по главному обязательству незамедлительно получить возмещение от должника, сохраняя при этом возможность последнего в дальнейшем требовать компенсации с того лица, чьими действиями вызваны имущественные потери. Соответствующее положение следует напрямую закрепить в тексте ст. 406.1.

Также не менее вероятной представляется ситуация, когда имущественные потери кредитора будут вызваны необходимостью компенсировать убытки третьего лица, причиненные имуществом кредитора. Полагаем, что в подобном случае должник, принявший на себя обязанность по возмещению имущественных потерь, должен иметь возможность предъявлять возражения против требований третьего лица. Данная задача может быть решена несколькими способами.

Во-первых, может быть законодательно закреплена обязанность кредитора уведомлять долж ника о любых событиях, создающих вероятность возникновения у кредитора подлежащих возмещению имущественных потерь. В таком случае должник уже на самой ранней стадии мог бы, как минимум, координировать свои действия с кредитором. В настоящее время текст ст. 406.1 в предлагаемой редакции не предусматривает каких-либо обязанностей кредитора, кроме, разве что, обязанности принятия разумных мер по снижению имущественных потерь, основан

ной на ст. 404 (применение которой, впрочем, может быть исключено соглашением сторон) [5] .

Во-вторых, может быть предусмотрен механизм, позволяющий должнику оспаривать требования третьего лица даже после их удовлетворения кредитором, но только после исполнения должником обязанности по возмещению имущественных потерь кредитора. Если должник сумеет доказать безосновательность требований третьего лица, то оно будет обязано компенсировать ему сумму возмещенных имущественных потерь.

В-третьих, возможно закрепление обязанности третьего лица предъявлять соответствующие требования непосредственно должнику, так как он больше всех заинтересован в их оспаривании как лицо, несущее имущественные риски.

Вероятно, существуют и иные решения обозначенной проблемы, имеющие те или иные преимущества по сравнению с указанными, однако не вызывает сомнения, что какой-либо механизм защиты должника, принявшего на себя обязанность по возмещению имущественных потерь, от требований третьих лиц должен быть отражен в законодательстве.

При этом целесообразно сделать соответствующие положения закона диспозитивными, ука зав, что стороны своим соглашением могут предусмотреть иное, как это сделано в п. 2 ст. 406.1.

Диспозитивный характер указанных норм с одной стороны предоставил бы сторонам свободу в определении своих взаимоотношений, а с другой — исключил бы ситуацию «правового вакуума» в случае, если стороны не достигнут соглашения по тому или иному вопросу. Полагаем, что такой подход, в принципе, должен проходить красной нитью через весь механизм возмещения имущественных потерь.

Соотношение с главным обязательством

Некоторые проблемы возникают также при определении отношения обязанности по возмеще

нию имущественных потерь с главным обязательством, в связи с исполнением, изменени ем или прекращением которого принимается соответствующая обязанность. В частности, за крепление в тексте ст. 406.1 словосочетания «дополнительно предусмотрена» в отношении указанной обязанности вызывает сомнения по поводу порождаемого ею обязательства (самостоятельное или акцессорное), что имеет значительные юридические различия. Полагаем, что отсутствие указания на прекращение действия данной обязанности в случае прекращения действия главного обязательства следует рассматривать как свидетельствующее в пользу ее самостоятельности [6].

В то же время, связь с главным обязательством имеет существенное значение для обязаннос ти по возмещению имущественных потерь. Так, представляется сомнительной возможность принятия этой обязанности лицом, не являющимся стороной главного обязательства, — в таком случае практически стиралось бы различие между институтом возмещения имущественных потерь и страхованием. Хотя, на наш взгляд, такая возможность была бы востребована участниками гражданского оборота. Легко представить ситуацию, когда соответствующая обязанность принималась бы не стороной по главному обязатель ству, а ее аффилированным лицом (например, материнской компанией юридического лица, выступающего продавцом по сделке M&A) или деловым партнером (например, остающимся акционером приобретаемой компании). Полагаем, что в такой ситуации элемент рисковости соответствующей обязанности не будет создавать каких-либо угроз стабильности гражданского оборота. Однако для этого необходимо законодательно установить «китайскую стену» между обязательством по возмещению имущественных потерь и обязательством из договора страхования. Такое разделение может основываться на том, что деятельность страховых компаний заключается в постоянном извлечении прибыли из принятия на себя соответствующих рисков, в то время как для третьих лиц принятие обязанности по возмещению имущественных потерь не должно составлять их основной бизнес.

В качестве еще одного аспекта связи с главным обязательством следует отметить, что чересчур отдаленное отношение имущественных потерь к исполнению, изменению или прекращению

главного обязательства могло бы служить основанием для отказа в удовлетворении требования кредитора. Например, если стороны сделки M&A договорятся о том, что продавец обязуется возместить покупателю имущественные потери, связанные с приобретением покупателем какого-либо товара не у продавца по сделке M&A (например, обязанность возместить потери, вызванные гибелью производственного оборудования, приобретенного у третьего лица), соответствующее требование кредитора может быть признано несоответствующим ст. 406.1 как не связанное с главным обязательством. В то же время на практике возможны ситуации, когда сторонам договора будет выгодно структурировать риски именно таким образом. Представляется, что при условии разграничения обязанности по возмещению имущественных потерь и обязанностей по договору страхования (как было указано ранее) каких-либо объективных препятствий для этого нет.

Таким образом, указание в тексте ст. 406.1 на необходимость связи имущественных потерь с главным обязательством, на наш взгляд, является ненужным ограничением, которое в значительной степени снижает возможности применения предусмотренного данной статьей правового механизма. Вместо указания на такую связь целесообразно сделать акцент на разграничение обязанности по возмещению имущественных потерь и обязанностей по договору страхования, основанному на том, что для страховых организаций принятие на себя рисков является основным источником получения прибыли.

Другие вопросы

Очевидно, что проблемы, которые могут возникнуть в правоприменительной практике с внесением в Гражданский кодекс РФ ст. 406.1, не исчерпываются обозначенными вопросами, которые, однако, представляются наиболее существенными. В частности, некоторые трудности могут возникнуть в отношении закрепления в договоре предельной суммы возмещения имущественных потерь (допустимо ли указание гигантских сумм, которые ни при каких обстоятельствах не будут превышены); определения момента возникновения обязанности предоставления возмещения (сможет ли кредитор требовать возмещения потерь, если они еще не понесены им, но с уверенностью можно определить, что такие потери

будут понесены); возмещения имущественных потерь, вызванных умышленными действиями самого кредитора путем исключения применения положений ст. 15 и 404 ГК РФ (на наш взгляд, в удовлетворении подобного требования должно быть отказано, а соответствующие действия следует рассматривать в качестве злоупотребления правом), и др.

---

[1] Подробнее об indemnity см.: Чумак Н. Гарантия (guarantee) и гарантия возмещения (indemnity) // Legal Insight. 2012. № 5 (11). С. 60–63; Дубинчина С. Банковские гарантии: практика разрешения споров. Подробный обзор мастер-класса ICC Russia // Legal Insight. 2012. № 4(10). С.38. – Прим. ред.

[2] Подробнее об этом см.: Дубинчина С. Развитие инструментов защиты прав покупателя в российской практике M&A // Legal Insight. 2012. № 2 (8). С. 6–13. – Прим. ред.

[3] Ст. 406.1 ГК РФ в редакции, предлагаемой проектом Федерального закона № 47538–6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации», принятым Государственной Думой РФ в первом чтении 27 апреля 2012 г.

[4] Архипова А. Г. Возмещение потерь в новом ГК РФ: «за» или «против»? // Вестник гражданского права. 2012, № 4 (цитируется по материалам справочной правовой системы «Консультант плюс»).

[5] Стоит отметить, что в английском праве отсутствие у кредитора (indemnitee) обязанности по снижению имущественных потерь (duty to mitigate loss) является одним из аспектов, отличающих механизм indemnity от механизма возмещения убытков.

[6] Указанный вывод также соответствует подходу к indemnity, существующему в английском праве.

Андрей Широкинский юрист EY

СТАТЬИ АНГЛИЙСКОЕ ПРАВО