



**Артем Георгиевич Карапетов**  
директор Юридического института «М-Логос»,  
профессор НИУ «Высшая школа экономики»,  
доктор юридических наук

## **Условие о возмещении потерь: комментарий к статье 406.1 ГК РФ<sup>1</sup>**

Настоящая статья посвящена анализу новой нормы ГК РФ о возмещении потерь (ст. 406.1). Автор разбирает историю принятия этой нормы, цели ее принятия и дает общее описание примеров возможного использования условий о возмещении потерь. Также приводится подробный комментарий к положениям ст. 406.1 ГК РФ, разбираются опубликованные Верховным Судом разъяснения в отношении ее толкования и обозначаются основные проблемные вопросы ее применения.

*Ключевые слова: возмещение потерь, indemnity*

---

<sup>1</sup> Автор выражает благодарность С.В. Сарбашу, А.Г. Архиповой и А.В. Томсинову за ценные замечания, сделанные в отношении проекта настоящей статьи.

**Artem Karapetov**

Doctor of Laws, Director of *M-Logos* Law Institute, Professor at the Higher School of Economics

**Indemnity Clause: Commentary on Article 406.1 of the Civil Code of the Russian Federation**

The article analyses new provision of the Russian Civil Code on indemnification of losses (article 406.1). The author considers how this article was enacted and purposes of this article. The article also gives a general description of the ways in which this provision could be applied. In addition, the article provides a detailed comment on article 406.1 of the Civil Code and its recent interpretation by the Supreme Court of Russia, as well as discusses main problems of the application of this article.

*Keywords: indemnification of losses, indemnity*

1 июня 2015 г. в ГК РФ появилась интересная статья о возмещении потерь — ст. 406.1. Она признает допустимыми условия соглашения, возлагающие на одну из сторон сугубо предпринимательского договора обязательство по возмещению потерь другой стороны, которые связаны с этим договором, но не являются следствием его нарушения.

Практическая потребность во введении этой статьи состоит в том, что в коммерческой практике (особенно в практике заключения крупных инвестиционных, корпоративных, подрядных и иных такого рода сделок) достаточно часто стороны договариваются о распределении рисков возникновения сопутствующих договору потерь. По сути, речь идет об убытках, возникающих у одной из сторон в связи с заключением, исполнением или прекращением договора, но не вытекающих из факта нарушения договорного обязательства другой стороной. По общему правилу такие убытки лежат на том, кто их понес, и не перекладываются на контрагента. Опасение возникновения таких убытков может препятствовать одной из сторон решиться на заключение договора, и тогда возникающую ситуацию разблокирует согласие другой стороны принять на себя соответствующий риск. По большому счету такого рода условия мало чем отличаются от условий договора о перераспределении риска случайной гибели вещи.

В ряде случаев стороны могут застраховать риск возникновения таких потерь, обратившись к профессиональному страховщику. Но в иных ситуациях стороны считают более целесообразным осуществить «внутреннее страхование»: риск возникновения сопутствующих некоему заключенному договору потерь у одной из сторон «страхуется» другой стороной. Премия за принятие на себя риска возникновения таких потерь и предъявления их к возмещению закладывается в цену договора. Выбор в пользу «внутреннего страхования» может быть связан с тем, что из-за отсутствия достаточной статистической информации для проведения актуарных расчетов нет страховых компаний, готовых застраховать такой риск, или с тем, что премия за риск в случае «внутреннего страхования» оказывается меньше, чем премия, за которую готова принять на себя риск страхования компания. Последнее очень вероятно, так как контрагенту, специализирующемуся в соответствующей сфере бизнеса, часто намного проще адекватно оценить вероятность материализации подобного риска, чем внешнему страховщику.

В коммерческой договорной практике такие условия о возмещении потерь нередко обозначают английским термином *indemnity*. Обычно обязательства по возмещению потерь контрагент готов принять на себя в тех случаях, когда он теснее связан с соответствующим риском, обладает большей информацией о вероятности его материализации и возможных последствиях, способен в большей степени предотвратить его или застраховать в страховой компании, т.е., говоря языком экономического анализа права, является сравнительно лучшим носителем риска, чем другая сторона. Если финансовое бремя несения такого риска для этого контрагента ниже, чем для другой стороны, экономически оправданно перераспределить данный риск и возложить его на лучшего носителя. Последняя сторона, безусловно, отразит принятие на себя риска в той цене, по которой она готова будет заключать договор. Но так как несение риска для этой стороны дешевле, чем для другой, влияние на цену будет меньшим, чем в случае его размещения на контрагенте и отражения в цене более высокой премии за риск. В итоге общий экономический выигрыш сторон от контрактного взаимодействия будет большим. Иначе говоря, здесь работают все те же принципы экономически оправданного перераспределения сторонами риска, что и при случайной гибели вещи

О возмещении каких потерь идет речь? Ниже приводятся несколько примеров.

Продавец контрольного пакета акций гарантирует покупателю покрытие потерь, связанных с предъявлением к компании, акции которой он приобрел, налоговых претензий за период, предшествующий отчуждению корпоративного контроля. Такие налоговые претензии могут быть достаточно спорными. Покупатель в процессе переговоров выявляет этот налоговый риск, связанный с неоднозначным прочтением законодательства налоговыми органами и судами, и хочет иметь гарантии на случай, если все-таки такой риск материализуется. В любом случае безакцептное списание налоговой недоимки может существенно уменьшить чистые активы приобретенной компании, причинить компании иные убытки и тем самым повлечь для покупателя имущественные потери от снижения стоимости его пакета. И эти потери не исчезают, даже если компания впоследствии выиграет суд и вернет списанные средства. Опасаясь этого, покупатель хочет получить от продавца акций гарантии покрытия таких потерь, а продавец соглашается принять на себя этот риск, будучи уверен в правильности его оценки своими юристами и аудиторами.

Подрядчик опасается, что в связи с реализацией договора о выполнении сложных технических работ по бурению у него может выйти из строя техника из-за залегания необычно прочных пород грунта, и заказчик, уверенный в надежности своей геологоразведки, с целью простимулировать подрядчика решиться принять заказ, берет на себя обязательство возместить стоимость ремонта оборудования в случае его поломки по этой причине.

Продавец контрольного пакета акций компании обещает покупателю покрыть все его убытки от ведения судебных споров по искам, поданным в отношении покупаемой компании третьими лицами на основе правоотношений, возникших до смены собственника компании. Сами такие иски могут быть как обоснованными, так необоснованными, но это не освобождает покупателя от возможных убытков из-за снижения чистых активов купленной компании в случае удовлетворения та-

ких исков и несения нередко значительных расходов на ведение судебных разбирательств.

Продавец доли в обществе гарантирует покупателю покрытие всех его убытков, вызванных тем, что другие участники общества оспорят приобретение доли, ссылаясь на нарушение их преимущественного права, и потребуют перевода на них прав на купленную покупателем долю. Такие споры могут длиться продолжительное время, потребовать от покупателя значительных судебных расходов, привести к аресту доли и иным убыткам. Если продавец действительно нарушил преимущественное право, то он явным образом нарушил свое обязательство перед покупателем передать имущество, свободное от прав третьих лиц, и, соответственно, будет нести ответственность за нарушение обязательства. Но могут быть заявлены не вполне обоснованные иски, и налицо будет случай классического риска. Покупатель опасается, что даже если он в итоге выиграет спор, его убытки будет некому покрыть, и это толкает его требовать предоставления соответствующей гарантии от продавца, лучше знающего своих партнеров и способного лучше оценить риск подачи необоснованных исков.

Продавец некоего имущества гарантирует покупателю покрытие его потерь на случай подачи акционерами продавца необоснованных исков об оспаривании данного договора как крупной сделки или сделки с нарушением уставных ограничений полномочий директора продавца. Убытки покупателя, связанные с ведением таких споров, возможным арестом купленного имущества и т.д., в ряде случаев могут быть очень значительными. Продавцу же намного проще принять на себя такие риски, так как он гораздо лучше знает своих акционеров, внутрикорпоративные отношения, обстоятельства одобрения сделки и т.п. и вследствие этого нередко является оптимальным носителем соответствующего риска.

Подрядчик боится, что из-за выполнения строительных или иных работ по поручению заказчика к нему могут предъявить претензии государственные органы, ответственные за экологический контроль. Вся техническая документация представляется заказчиком, и подрядчик полагается на то, что все нужные согласования и нормативы были или будут получены и все требования при оформлении технической документации соблюдены. Если подрядчику придется заплатить штраф или столкнуться с иными финансовыми потерями в результате нарушений, допущенных при оформлении разрешений заказчиком, он хочет иметь гарантию того, что заказчик эти потери покроет.

Покупатель опасается, что из-за неуплаты НДС поставщиком к нему могут предъявить требования налоговые органы, отказав в вычете уплаченного поставщику НДС и обвинив в выборе ненадежного контрагента. Уплату налогов поставщиком покупатель не контролирует, но хочет иметь гарантию того, что в случае отказа в вычете НДС и применения штрафных санкций к нему из-за нарушений, допущенных поставщиком, тот возместит ему все убытки.

Покупатель опасается, что договор еще до наступления срока исполнения станет невозможно исполнить из-за введения каких-либо экспортных ограничений страной поставщика, запрета на свободный оборот соответствующей продукции и т.п. Такого рода препятствия обычно признаются непреодолимой силой и освобож-

дают поставщика от ответственности, а в ряде случаев могут не рассматриваться в качестве нарушения обязательства в принципе (если обязательства прекратятся еще до наступления срока исполнения). Но поставщик готов стимулировать покупателя войти с ним в договор, принимая на себя обязательство возместить российскому покупателю все возникшие в связи с таким развитием событий потери.

Примеры можно продолжать. Но, думается, и перечисленных достаточно, чтобы сформировать у читателя примерное представление о сути этой широко используемой в коммерческой практике заключения крупных и сложных сделок конструкции. Во всех подобных случаях стороны пытаются снять с одной стороны и перенести на другую риск возникновения в будущем связанных с договором потерь в ситуации, когда они не являются следствием нарушения договора и их возмещение за счет другой стороны по общим правилам договорной ответственности невозможно.

В принципе никаких серьезных аргументов против допущения такого проявления свободы договора и экономически оправданного перераспределения рисков между сторонами не существует. Конституционный по своему статусу принцип договорной свободы допускает включение в договор практически любых финансовых условий, если против этого не выдвигаются серьезные политико-правовые аргументы (защита публичных интересов, основ нравственности, интересов третьих лиц, слабой стороны договора и т.п.). Отмеченные условия договора о перераспределении рисков являются в большинстве случаев абсолютно коммерчески оправданными и допустимыми, если не нарушают публичные интересы, интересы третьих лиц, основы нравственности. Кроме того, как минимум в тех случаях, когда подобного рода условия включаются в сугубо коммерческий договор, ни одной из сторон которого не является монополист, говорить о наличии слабой стороны договора также, как правило, невозможно.

Соответственно, законность таких условий договора о распределении рисков возникновения потерь вытекает непосредственно из ст. 421 ГК РФ и не требовала бы подтверждения на уровне поправок в Кодекс, если бы в России в полной мере действовал принцип свободы договора и суды бережно относились к различным нестандартным проявлениям договорной свободы и сложным договорным конструкциям, не прописанным в ГК и учебниках гражданского права. Но в России ситуация несколько иная, и принцип свободы договора в реальной судебной практике отвоевывает свое заслуженное место в системе принципов гражданского права у элементов советской, планово-запретительной правовой идеологии с большим трудом<sup>2</sup>. В связи с этим законодатель решил прямо поименовать данную конструкцию, сняв какие-либо сомнения в отношении ее законности, и заодно урегулировать некоторые нюансы ее правового режима.

Иногда некоторые юристы, признавая свободу сторон в перераспределении связанных с договором коммерческих рисков, критикуют институт возмещения потерь со ссылкой на традиции континентально-европейского права. Заявляется, что потребность в возмещении потерь во всех указанных выше и иных подобных

---

<sup>2</sup> Подробнее о свободе договора и сложном пути утверждения этого принципа в российском праве см.: *Каранетов А.Г., Савельев А.И.* Свобода договора и ее пределы. В 2 т. М., 2012.

примерах может быть удовлетворена традиционными инструментами российского гражданского права (прежде всего ответственностью за неисполнение обязательства) и, соответственно, сторонам в контексте российского права нет особой необходимости прописывать такие условия в договоре, а законодателю нет никакой нужды вводить в ГК какое-либо их регулирование. Подобные взгляды мы отвергаем.

Договорная ответственность на самом деле может стать основанием для взыскания убытков в тех многих случаях, в которых английские юристы используют конструкцию *indemnity*. Например, ответственность за убытки, вызванные эвикцией купленной вещи, в нашем праве полностью укладывается в рамки договорной ответственности за нарушение обязательств. Но случаи, когда стороны перераспределяют не последствия тех или иных нарушений договорных обязательств со стороны контрагента, а именно полноценный риск, в рамки договорной ответственности уложены быть не могут. При отсутствии в договоре соответствующих условий в российском праве не было бы оснований для взыскания таких потерь. Соответственно, здесь мы имеем действительно особый способ «внутреннего страхования», т.е. проявление договорной свободы. Если мы не видим политико-правовых аргументов против признания законности самих таких условий, то нет и принципиальных догматических возражений против появления в ГК РФ каких-либо норм, их регулирующих. В конечном итоге подавляющее число договорных конструкций и условий, которые имеются сейчас в ГК, — это порождения зарубежной договорной практики, перекочевавшие на том или ином историческом этапе вначале в российскую договорную практику, а затем и в российское право.

Изначальная редакция настоящей статьи была предметом обсуждения Рабочей группы Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства и Рабочей группы по созданию международного финансового центра в Российской Федерации при Совете при Президенте РФ по развитию финансового рынка. Данная дискуссия позволила выработать достаточно разумное и сбалансированное регулирование, позволяющее вписать этот институт в контекст российского права. Стали появляться научные публикации, анализирующие проектируемую статью и сравнивающие ее редакцию с английским режимом *indemnity*<sup>3</sup>.

Разработанная и принятая Госдумой в 2012 г. редакция ст. 406.1 ГК РФ не пыталась рецепировать английский или какой-либо иной зарубежный правовой институт *indemnity* в чистом виде. Последнее просто невозможно в силу специфики систематики национальных правовых систем. Английский институт *indemnity* вбирает в себя огромное число договорных конструкций и условий, многие из которых регулируются в российском праве в рамках различных институтов<sup>4</sup>. Перед ст. 406.1 ГК РФ ставилась задача стать адекватным отечественной правовой традиции ре-

<sup>3</sup> См.: *Архипова А.Г.* Возмещение потерь в новом ГК РФ: «за» или «против»? // Вестник гражданского права. 2012. № 4. С. 158–183.

<sup>4</sup> Подробный анализ многоликого института *indemnity* в английском праве см.: *Courtney W.* Contractual Indemnities. Oxford, 2014; *Архипова А.Г.* Указ. соч.; *Томсинов А.В.* Заверения об обстоятельствах и возмещение потерь в российском праве в сравнении с representations, warranties и indemnity в праве Англии и США // Вестник экономического правосудия РФ. 2015. № 11. 2015. С. 91–111.

гулированием существующего в коммерческой практике явления без умножения правовых сущностей и создания хаоса в систематике права. Цель разработчиков состояла лишь в том, чтобы обозначить в ГК то явление договорной практики, которое не вписывается в рамки существующих правовых институтов (не относится к договорной ответственности, классическому страхованию и т.п.). При этом в основе подхода разработчиков лежала концепция «внутреннего страхования». Иначе говоря, сам институт виделся как аналог страхования с той лишь спецификой, что риски, связанные с конкретным договором, страхуются его стороной, а не посторонним третьим лицом.

Статья 406.1 ГК РФ должна была закрыть брешь в систематике российского обязательственного права, создав, а точнее — с учетом незначительного объема предложенного в изначальном проекте регулирования — лишь наметив контуры института перераспределения риска возникновения связанных с договорным правоотношением потерь между сторонами договора. Предложенное регулирование было незначительным, так как разработчики исходили из того, что было бы неправильно подробно регулировать используемый, но пока еще новый для российского права и непривычный институт до появления детальных научных исследований и какой-либо судебной практики. По сути, планировалась лишь своего рода констатация возможности подобных договорных условий и снятие с них рисков непризнания в суде. По задумке разработчиков снятие этого риска могло бы стать еще одним маленьким шагом в сторону создания условий для заключения по российскому праву тех сложных инвестиционных, корпоративных и иных сделок, которые традиционно ранее заключались по английскому праву. Дальнейшее развитие научной мысли и судебной практики должно было наполнить этот институт более нюансированным содержанием.

Текст редакции данной статьи, принятой Госдумой в 2012 г. в первом чтении, был такой:

«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 имущественные потери кредитора, возникшие в связи с исполнением, изменением или прекращением обязательства, но не связанные с его нарушением должником (например, потери, вызванные невозможностью исполнения обязательства, предъявлением кредитором 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».

В 2015 г. в результате поправок, принятых Госдумой ко второму чтению, редакция статьи была изменена и расширена.

Некоторые поправки представляются вполне допустимыми. Например, следует признать разумным устранение указания на то, что требовать возмещения потерь может только кредитор по некоему обязательству, в связи с которым потери и воз-

ники. По большому счету такие потери возникают в связи с договорным правоотношением в целом и могут возникнуть у любой из сторон договора. Также вполне логичным выглядит указание в итоговой редакции на суброгацию в п. 4 ст. 406.1 ГК РФ. В то же время ряд принятых поправок явно неудачен. Это касается прежде всего устранения из изначального текста п. 1 ст. 406.1 ГК РФ указания на связь потерь с возникновением, изменением или прекращением некоего обязательственного отношения. Не вполне удачным считаем и исключение из окончательной редакции положения о том, что при расчете потерь применяются положения ст. 15 ГК РФ о порядке определения размера убытков. Но, пожалуй, самым неприятным сюрпризом оказалось внедрение в итоговую редакцию положения о необходимости согласования в условии о возмещении потерь их точного размера (п. 1). Наконец, некоторые изменения носят не столь очевидно неудачный, но все же дискуссионный характер. Это касается в первую очередь положения п. 3 о независимости условия о возмещении потерь от действительности основного договора.

Так что итоговая редакция ст. 406.1 ГК РФ получилась не вполне однозначной. На счастье, ряд ее проблем устранил путем толкования Верховный Суд РФ в постановлении Пленума от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» (далее — постановление Пленума от 24.03.2016 № 7).

В настоящей статье предложен комментарий основных положений принятой в 2015 г. редакции ст. 406.1 ГК, который может помочь юристам-практикам лучше сориентироваться в самой сути нового института.

#### **Статья 406.1. Возмещение потерь, возникших в случае наступления определенных в договоре обстоятельств**

- 1. Стороны обязательства, действуя при осуществлении ими предпринимательской деятельности, могут своим соглашением предусмотреть обязанность одной стороны возместить имущественные потери другой стороны, возникшие в случае наступления определенных в таком соглашении обстоятельств и не связанные с нарушением обязательства его стороной (потери, вызванные невозможностью исполнения обязательства, предъявлением требований третьими лицами или органами государственной власти к стороне или к третьему лицу, указанному в соглашении, и т.п.). Соглашением сторон должен быть определен размер возмещения таких потерь или порядок его определения.**
- 2. Суд не может уменьшить размер возмещения потерь, предусмотренных настоящей статьей, за исключением случаев, если доказано, что сторона умышленно содействовала увеличению размера потерь.**
- 3. Потери, предусмотренные настоящей статьей, возмещаются независимо от признания договора незаключенным или недействительным, если иное не предусмотрено соглашением сторон.**
- 4. В случае, если потери возникли в связи с неправомерными действиями третьего лица, к стороне, возместившей такие потери, переходит требование кредитора к этому третьему лицу о возмещении убытков.**



**5. Правила настоящей статьи применяются также в случаях, если условие о возмещении потерь предусмотрено в корпоративном договоре либо в договоре об отчуждении акций или долей в уставном капитале хозяйственного общества, стороной которого является физическое лицо.**

*Комментарий*

1. Пункт 1 ст. 406.1 ГК РФ закрепляет общее понятие условия (соглашения) о возмещении потерь. Ключевым отличием от возмещения убытков согласно данному определению является тот факт, что предусмотренные таким условием потери могут возникать в результате наступления прямо указанных в договоре обстоятельств, но не из факта нарушения договора. Иначе говоря, возмещение потерь не является мерой ответственности, а представляет собой механизм договорного перераспределения риска между сторонами. В случае если после заключения договора для одной из сторон материализуется тот или иной прямо покрытый таким условием риск (наступает указанное в договоре обстоятельство и в результате этого у стороны возникают убытки), у другой стороны возникает обязательство по покрытию потерь.

1.1. При оформлении сделки следует очень тщательно подходить к различению договорной ответственности за нарушение договорных обязательств и возмещения потерь по правилам комментируемой статьи. Так, если речь идет о выявленных в проданном товаре скрытых дефектах или юридических пороках (например, наличие прав на данную вещь третьих лиц), то убытки, понесенные в связи с этим покупателем (например, расходы на ремонт или убытки, вызванные эвикцией вещи), возмещаются по правилам ГК РФ о договорной ответственности (ст. 461, 475 и др.). Передача качественного и свободного от прав третьих лиц товара входит в предмет обязательств продавца, а нарушение таких условий влечет договорную ответственность по правилам ст. 393 ГК. Покрывать эти убытки условием о возмещении потерь нет никакого смысла и просто невозможно, так как в силу прямого указания в ст. 406.1 ГК РФ этот институт не применяется к случаям нарушения договора. Условия о возмещении потерь включаются в договор для покрытия тех убытков, которые не покрываются общими или специальными правилами о договорной ответственности.

В п. 17 постановления № 7 на этот счет отмечается, что «в случае неясности того, что устанавливает соглашение сторон — возмещение потерь или условия ответственности за неисполнение обязательства, положения статьи 406.1 ГК РФ не подлежат применению».

1.2. В изначальной одобренной Госдумой РФ в первом чтении в 2012 г. редакции комментируемой нормы речь шла о возмещении потерь, не связанных с нарушением договора, но обусловленных заключением, исполнением и прекращением некоего договора между сторонами. Это подчеркивало, что возмещение потерь всегда сопровождает конкретный базовый договор. Должником по возмещению потерь является сторона договора купли-продажи, подряда, акционерного соглашения и т.п., а «страхуются» таким образом потери, возникающие в связи с этим договором.

В финальной редакции в результате внесения поправок ко второму чтению фраза о том, что возмещаемые потери должны быть связаны с заключением, исполнением или прекращением договора, выпала из текста статьи. В то же время сама норма сформулирована так, что вывод о связи возмещения потерь с неким заключенным между сторонами договором напрашивается сам собой. В статье закреплено, что о возмещении потерь могут договориться «стороны обязательства», а это недвусмысленно указывает на то, что между ними должно быть некое договорное правоотношение, из которого соответствующие потери и возникают.

Нарушенную поправками ко второму чтению логику статьи восстановил ВС РФ, который в п. 15 постановления Пленума от 24.03.2016 № 7 указал, что согласно положениям ст. 406.1 ГК РФ в силу условия о возмещении потерь сторона обязательства возмещает имущественные потери, возникающие в связи с исполнением, изменением или прекращением этого обязательства или иным образом связанные с его предметом. Таким образом, соглашение (условие) о возмещении потерь не самостоятелно, а всегда относится к предмету того или иного договора. Оно не может существовать само по себе, а всегда добавляется к иному (базовому) правоотношению.

- 1.3. Третье лицо, не участвующее в договоре (например, материнская компания одного из контрагентов), может взять на себя обязательства по возмещению связанных с ним потерь, приняв на себя поручительство по долгу соответствующей обязанной к возмещению потерь стороны или выдав независимую гарантию.

Подобный подход оправдан, так как если бы обязательство по возмещению потерь, связанных с тем или иным договором, изначально могло бы брать на себя любое третье лицо, было бы утрачено одно из ключевых отличий этой конструкции от классического страхования. При классическом страховании обязательство по возмещению берет на себя третье лицо (страховщик) и получает за это страховую премию. В случае же возмещения потерь по ст. 406.1 ГК РФ связанные с неким базовым договором потери возмещает другая сторона этого договора.

- 1.4. Законодатель поступил достаточно осторожно, допустив условия о возмещении потерь только в отношении договоров, заключаемых лицами, которые осуществляют предпринимательскую деятельность. В силу этого условие о возмещении потерь не может быть согласовано, если хотя бы одной из сторон договора является гражданин — не индивидуальный предприниматель. В целом с таким решением следует согласиться. Условие о возмещении потерь представляет собой достаточно сложный инструмент и может породить серьезные финансовые риски для стороны, берущей на себя обязательство по покрытию потерь. Возложение бремени подобного «внутреннего страхования», скажем, на потребителя в потребительском договоре было бы вряд ли оправданно с точки зрения баланса интересов сторон.

Но тут следует сделать три оговорки.

Во-первых, в п. 21 постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015 № 25 указано, что «на некоммерческую организацию в части осуществления приносящей доход

деятельности распространяются положения законодательства, применимые к лицам, осуществляющим предпринимательскую деятельность». Соответственно, из этого следует, что условие о возмещении потерь может быть включено в договор с участием некоммерческой организации, если он заключается в рамках реализации приносящей доход деятельности (например, оказание платных образовательных услуг).

Во-вторых, два исключения из обозначенного в п. 1 ст. 406.1 ГК РФ ограничения субъектного состава обязательств по возмещению потерь предусмотрены в п. 5 этой же статьи (см. комментарий к этому пункту ниже).

В-третьих, следует обратить внимание на одно исключение, которое прямо не вытекает из текста закона и пока не признано в судебной практике, но следует из телеологического (целевого) толкования данной нормы. Нет содержательных аргументов против того, чтобы обязательство по возмещению потерь приняло на себя лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, по договору с лицом, такую деятельность не осуществляющим. В этом плане соответствующая норма п. 1 ст. 406.1 ГК РФ о субъектном составе такого обязательства должна толковаться расширительно.

- 1.5. Согласно п. 16 постановления Пленума от 24.03.2016 № 7 «права и обязанности по возмещению потерь, основанные на заключенном такими сторонами соглашении, переходят к лицу, не осуществляющему предпринимательскую деятельность, как при универсальном, так и при сингулярном правопреемстве, если иное не установлено законом или договором (статьи 387, 388, 391, 392.3 ГК РФ)». Из этого, в частности, следует, что право требовать возмещения потерь может быть уступлено третьему лицу (как и требование по обязательству возместить убытки или уплатить неустойку). Причем оно может быть уступлено как вместе с основными правами из договора, так и изолированно. Также Суд в этом разъяснении однозначно указывает на то, что долг по уплате понесенных потерь может быть переведен на нового должника по правилам о переводе долга.

ВС РФ также отмечает, что «эти права и обязанности сохраняются при утрате гражданином статуса индивидуального предпринимателя после заключения названного соглашения, если иное не предусмотрено законом или договором».

С этими разъяснениями следует согласиться.

- 1.6. Указание в п. 1 ст. 406.1 ГК РФ на то, что стороны должны договориться о размере возмещения потерь или порядке его определения, требует прояснения. Эта неудачная формулировка появилась в редакции п. 1 ст. 406.1 ГК РФ в результате поправок ко второму чтению. В изначальной редакции, принятой в первом чтении Госдумой в 2012 г., речь шла о необходимости установления в договоре предела возмещения потерь (аналога страховой суммы в страховании).

Очевидно, что договориться заранее о размере возмещения невозможно, так как неизвестно, каковы будут фактические потери. Более того, согласование заранее точного размера фактических потерь является своего рода оксюмороном. Невозможно говорить о возмещении потерь и одновременно настаивать на предвари-

тельном согласовании их суммы. Возмещение потерь по своей природе не может не носить компенсационный характер и не соответствовать принципу «рубль за рубль». Трудно представить себе имущественное страхование, при котором страховщик выплачивает страхователю в случае причинения вреда его имуществу не размер реальных убытков страхователя, а некую абстрактную и заранее определенную сумму, которая может не иметь никакого отношения к уровню реальных потерь страхователя. То же самое касается и условий о «внутреннем страховании». По нашим сведениям, на практике стороны никогда не фиксируют в договоре точный размер возмещения.

Эту неточность законодателя скорректировал ВС РФ в п. 15 постановления Пленума от 24.03.2016 № 7. Во-первых, Суд указал, что редакция ст. 406.1 ГК РФ не препятствует сторонам договориться о том, что возмещению подлежат реально возникшие потери или их определенная часть. По сути, путем указания на возмещение реально возникших потерь стороны установят порядок их определения, как того и требует действующая редакция п. 1 ст. 406.1 ГК РФ. Это означает, что ст. 406.1 ГК не препятствует сторонам структурировать свои отношения по возмещению потерь так, как это принято в практике договорной работы.

Во-вторых, Суд отметил, что по смыслу ст. 406.1 ГК РФ «возмещение потерь допускается, если будет доказано, что они уже понесены или с неизбежностью будут понесены в будущем». Из этого следует, что наличие в договоре точного размера подлежащих возмещению потерь не означает, что суд обязан присудить в пользу истца именно эту сумму. Если будет установлено, что реальный размер понесенных потерь меньше, то суд должен присудить ровно ту сумму, которая ему соответствует.

В чем же тогда смысл установления в договоре точного размера потерь? Думается, в условиях действующей не вполне удачной в данном контексте редакции п. 1 ст. 406.1 ГК РФ соответствующее указание в договоре на возможность заранее определить размер потерь следует толковать следующим образом: фиксируя в договоре сумму потерь, стороны определяют верхний предел возмещения. В целом же данный фрагмент п. 1 ст. 406.1 ГК РФ необходимо законодательно скорректировать.

При этом ничто из указанного выше не препятствует сторонам согласовать в договоре корректировку (увеличение или уменьшение) цены договора на заранее установленную величину при наступлении того или иного отлагательного условия. Например, если стороны желают указать, что в случае предъявления к приобретаемой покупателем компании нераскрытых при продаже претензий третьих лиц продавец должен уплатить покупателю фиксированную сумму или некий процент от цены договора, они имеют полное право это сделать, установив в договоре условие о снижении цены на эту величину и обязательство продавца соответствующую сумму вернуть покупателю. Принцип свободы договора в полной мере это допускает. Но подобное условие не имеет никакого отношения к сугубо компенсационному по своему смыслу институту возмещения имущественных потерь.

- 1.7. При взыскании имущественных потерь согласно соответствующему условию договора истец должен доказать как их размер, так и причинно-следственную связь

между потерями и наступлением указанных в договоре обстоятельств, обуславливающих возникновение обязательства по возмещению (аналог страхового случая). На это прямо указывает п. 5 постановления Пленума от 24.03.2016 № 7. Никаких особенностей доказывания причинно-следственной связи в отношении взыскания потерь ни закон, ни судебная практика пока не знают. В равной степени не регулируются в законе и вопросы причинно-следственной связи при взыскании обычных убытков. Возможно, в будущем будет установлено, что доказывание причинной связи в отношении потерь должно в чем-то отличаться от ситуации со взысканием убытков. Английское право такое отличие видит. Но в английском праве есть разработанная доктрина определения причинной связи по делам о взыскании убытков и некая база для проведения таких разграничений.

Российское право до сих пор не разработало четкую методологию определения причинно-следственной связи даже по классическим спорам о взыскании обычных договорных убытков. В таких условиях делать какие-то скоропалительные выводы в отношении алгоритма доказывания причинной связи по делам о возмещении потерь было бы неразумно. Пока мы исходим из того, что нет убедительных оснований видеть какие-то различия. Единственное, в чем, судя по всему, должны отличаться споры о доказывании причинной связи при взыскании убытков и возмещении потерь, так это в том, что является условием для «включения» соответствующего компенсационного механизма — факт нарушения обязательств или наступление иных обстоятельств. Возможно, в будущем этот предварительный вывод будет опровергнут или уточнен. Но сейчас до появления какой-то судебной практики и серьезных научных исследований нет оснований от него отступать.

- 1.8. Что касается доказывания размера потерь, то закон здесь молчит. В изначальной редакции, принятой в первом чтении Госдумой в 2012 г., было прямо указано, что расчет потерь осуществляется по правилам об убытках (ст. 15 ГК РФ). Это в полной мере соответствовало логике возмещения потерь как «внутреннего страхования»: ст. 929 ГК РФ об имущественном страховании говорит также о том, что страхуется риск возникновения убытков. Иными словами, речь должна была идти о взыскании реального ущерба и упущенной выгоды. Но в финальной редакции, принятой в 2015 г., это указание на ст. 15 ГК было устранено, и по вопросу о том, как считать сами потери, был оставлен пробел. Тем не менее представляется, что в условиях очевидного пробела в законе и схождения обоих компенсационных механизмов суд может применять положения ст. 15 ГК РФ в порядке аналогии закона (ст. 6 ГК). Вместе с тем ничто не препятствует при дальнейшем развитии судебной практики и научного осмысления нового института «внутреннего страхования» скорректировать этот тезис и выработать какой-либо особый подход к расчету потерь. Но до тех пор, пока мы не имеем такой доктрины, полагаться, видимо, следует на правила ст. 15 ГК РФ.

Институт возмещения потерь является сугубо компенсационным и нацелен на покрытие реальных имущественных потерь соответствующей стороны. Взыскание потерь не должно влечь неосновательное обогащение истца. Представим себе, что в договоре о продаже 70% акций компании продавец обязуется возместить покупателю потери, связанные с предъявлением к компании третьими лицами исков, связанных с основаниями, имевшими место до перехода прав на

акции к покупателю. Если такой риск материализуется и с компании взыскивается, например, 10 млн руб. по договору поручительства, заключенному ею с неким кредитором до перехода прав на контрольный пакет акций, это не значит, что покупатель вправе взыскать всю сумму с продавца. Во-первых, суд должен учесть, что к компании как к поручителю согласно закону по суброгации перейдут права на взыскание уплаченных кредитором сумм с должника, чей долг был обеспечен данным поручительством. Возможно, с учетом этого никаких реальных убытков в связи со взысканием долга по договору поручительства компания не понесет или их сумма будет намного ниже. Во-вторых, даже если в указанной ситуации должник обанкротился и шансов на возмещение уплаченных кредитором сумм за счет должника нет, потери покупателя акций не равны 10 млн руб., ведь ему принадлежит лишь 70% акций данной компании. Взыскание с компании этой суммы снижает ее чистые активы на 10 млн, но убыток ложится на всех акционеров. Соответственно, имущественные потери покупателя пропорциональны его доле в уставном капитале общества.

При этом отмеченная компенсационная природа института возмещения потерь не означает, что стороны не могут в договоре уточнить порядок подсчета соответствующих потерь. О соответствующей возможности прямо говорится и в п. 1 ст. 406.1 ГК РФ. Если этот порядок не влечет определение суммы, превышающей реальные потери истца, и является экономически и математически логичным и оправданным, суд вполне может полагаться на подобные алгоритмы расчета. Так, в описанном выше примере с приобретением 70% акций стороны, осознавая некоторые сложности, с которыми может столкнуться покупатель при доказывании своих потерь, могут подсказать друг другу и суду правильный алгоритм их определения и указать, что покупатель вправе взыскать с продавца 70% от взысканных с компании сумм, покрыть которые компания не смогла за счет страхования, суброгации или иным предусмотренным законом способом (т.е. величину, пропорциональную приобретенному покупателем корпоративному контролю).

- 1.9. Как мы видим, принятие на себя обязательств по возмещению потерь является достаточно серьезным финансовым риском для соответствующей стороны договора. Поэтому такие условия договора должны быть сформулированы максимально ясно и недвусмысленно (п. 17 постановления № 7).
- 1.10. Основное отличие условия о возмещении потерь от договорных заверений, которые предоставляются при заключении договора (ст. 431.2 ГК РФ), состоит в том, что первые распределяют риск возникновения каких-либо обстоятельств *в будущем*, т.е. после заключения договора, в то время как вторые касаются обстоятельств, имевших место до заключения договора или существующих на этот момент. Если контрагент готов покрыть потери другой стороны, которые могут возникнуть в случае возникновения в будущем каких-либо обстоятельств (в том числе изменения тех обстоятельств, наличие которых на момент заключения гарантировала другая сторона в рамках договорных заверений), то такие условия подпадут под действие ст. 406.1 ГК РФ. И наоборот, если сторона готова гарантировать покрытие потерь другой стороны в случае выявления в будущем ложности тех обстоятельств, наличие которых было подтверждено в рамках договорных заверений, то такое условие будет регулироваться ст. 431.2 ГК РФ о заверениях об обстоятельствах.

В принципе в некоторых случаях эти два типа договорных положений могут выполнять смежные функции. Например, контрагент может заверить другую сторону в том, что сделка по продаже какого-либо актива не является для продавца крупной и не подлежит одобрению другими органами управления продавца. Положившись на заверения, покупатель не стал изучать баланс продавца и перепроверять эти обстоятельства. В случае выявления впоследствии ложности этого заверения и успешного оспаривания такой сделки акционерами покупатель, если он не знал о недостоверности таких заверений и заведомо не мог об этом знать (являясь добросовестным — п. 1–2 ст. 10 ГК), вправе рассчитывать на возмещение убытков в связи с предоставлением ложных заверений по правилам ст. 431.2 ГК (в формате защиты своего негативного интереса, т.е. в первую очередь возмещения своих понесенных расходов). Примерно к тому же результату приводит и условие о возмещении продавцом потерь покупателя в случае успешного оспаривания сделки акционерами продавца. Если покупатель не знал и заведомо не мог знать о том, что сделка крупная и, соответственно, был добросовестным (т.е. не вел себя заведомо недобросовестно и нет оснований для применения п. 1 и 2 ст. 10 ГК РФ), он вправе потребовать от продавца возмещения своих потерь (опять же по модели защиты негативного интереса).

Но это пересечение сфер применения двух конструкций возможно лишь в отдельных случаях. Обычно сферы применения этих договорных условий различаются. Например, если сделка на самом деле не являлась крупной или по своему статусу относилась к сделкам, совершаемым в рамках обычной хозяйственной деятельности, но акционеры инициировали длительные и дорогостоящие процессы об оспаривании сделки, которые в итоге не привели к признанию ее недействительной, продавец не будет нести ответственность за ложные заверения по ст. 431.2 ГК РФ, так как не сообщал покупателю недостоверную информацию об отсутствии необходимости одобрения данной сделки при заключении договора. Но в такой ситуации при наличии в договоре условия о возмещении всех потерь, которые могут возникнуть у покупателя в связи с оспариванием данной сделки акционерами или третьими лицами, продавец будет обязан покрыть все потери покупателя, связанные с ведением этих судебных процессов (судебные расходы, убытки, возникающие в результате судебного ареста приобретенного актива в качестве меры обеспечения, и т.п.).

- 1.11. Обязательство по возмещению потерь является договорным денежным обязательством, к которому по общему правилу применяются все правила ГК РФ об исполнении, обеспечении и прекращении обязательств. Как уже отмечалось, такие права и обязанности могут быть уступлены или переведены по правилам главы 24 ГК РФ. Например, за неисполнение обязательства по возмещению потерь могут начисляться проценты годовые по ст. 395 ГК РФ, такое обязательство может быть обеспечено обеспечительным платежом, залогом, поручительством или независимой гарантией, может быть прекращено новацией, предоставлением отступного или прощением долга. Сторона, принявшая на себя обязательство по возмещению потерь, может также внести некую сумму на счет-эскроу или просто перечислить ее эскроу-агенту, не являющемуся банком, в качестве обеспечения на случай возникновения в будущем таких потерь. Нет причин возражать и против применения к такому обязательству правил главы 24 ГК РФ о перемене лиц в обязательстве. В частности, право из обязательства по возмещению потерь

может быть уступлено третьему лицу, а корреспондирующий такому праву долг может быть переведен с согласия кредитора на нового должника.

2. Положение п. 2 ст. 406.1 ГК РФ блокирует право суда снижать размер подлежащих взысканию потерь, делая исключение только для случаев, когда кредитор по обязательству по возмещению потерь умышленно способствовал их увеличению. Такое решение в целом вполне оправданно. Если точный размер реально возникших потерь доказан и доказана причинно-следственная связь между наступлением соответствующих обстоятельств и возникшими потерями, суд не может произвольно снизить их размер.

При этом следует напомнить, что наличие этого пункта не означает, что суд обязан взыскивать с ответчика ту точную сумму потерь, которую стороны заранее определили в соглашении, пользуясь возможностью, не очень корректно упомянутой законодателем в п. 1 комментируемой статьи. В такого рода случаях суд не снижает размер имущественных потерь, а просто присуждает понесенные потери (не больше и не меньше), как того и требует логика п. 1 ст. 406.1 ГК РФ и самого исследуемого института. Соответственно, отказ суда присуждать в пользу истца точную сумму заранее определенного размера возмещения, если она выше реально возникших потерь истца, не будет противоречить п. 2 ст. 406.1 ГК РФ.

- 2.1. Смушает только упоминание в комментируемом пункте ссылки на умысел. Как указано в норме, суд вправе уменьшить размер возмещения, если истец умышленно содействовал увеличению своих потерь. В изначальной редакции ст. 406.1 ГК, принятой в первом чтении в 2012 г., речь шла о праве суда снизить размер потерь по правилам ст. 404 ГК. Как известно, ст. 404 ГК позволяет суду снизить размер взыскиваемых убытков, если истец своим поведением умышленно или по неосторожности содействовал увеличению своих убытков.

Устранение ссылки на ст. 404 ГК и упоминание лишь умышленного непринятия мер по минимизации потерь вызывает определенные сомнения. Очевидно, что авторы этой нормы в качестве источника вдохновения имели п. 1 и 3 ст. 962 ГК РФ о страховании, согласно которым суд вправе уменьшить размер страхового возмещения, если страхователь умышленно способствовал увеличению своих убытков. У нас в связи с этим вызывают некоторые сомнения как сама норма п. 3 ст. 962 ГК, так и перенесение этого подхода в комментируемое положение п. 2 ст. 406.1. Как минимум странно, что грубая неосторожность лица, несущего потери (убытки) и не принимающего в силу беспечности и безразличия даже самые минимальные и признанные в обороте в качестве разумных меры по их минимизации, остается за кадром и без какой-либо адекватной реакции со стороны права.

Право должно исходить из того, что застрахованное лицо, столкнувшееся с возникновением застрахованного риска, должно вести себя примерно таким же образом, как если бы оно не было застраховано, и принимать разумные меры по минимизации своих потерь. Это необходимо для решения проблемы морального риска (*moral hazard*) на стадии после материализации риска.

Из логики же действующей редакции вытекает, что сторона, несущая потери, может позволить себе беспечное поведение, способствующее увеличению своих по-



теперь, зная о том, что все реально возникшие потери она сможет покрыть за счет контрагента.

Некоторые юристы приветствуют такое решение законодателя. Нам же оно кажется дискуссионным. Думается, что в случаях отсутствия умысла, но наличия очевидной беспечности и откровенного безразличия к увеличению своих потерь (своего рода грубой неосторожности) стороне, обратившейся в суд, может быть отказано в возмещении соответствующей части ее потерь по правилам п. 3 и 4 ст. 1, п. 1 и 2 ст. 10 и п. 3 ст. 307 ГК РФ. Но с точки зрения системной согласованности таких решений аналогичное расширительное толкование должно, видимо, в будущем утвердиться и в отношении обычного страхования.

Данное решение тем более представляется разумным с учетом того, что на практике отличить умысел и грубую неосторожность крайне затруднительно.

При этом стоит добавить, что, если доказано непринятие соответствующей стороной обычных для оборота и разумных мер по минимизации своих потерь, умысел должен предполагаться, а обратное должно быть доказано истцом. Этот же презюмирующий умысел подход недавно был закреплен Верховным Судом применительно ко взысканию убытков за нарушение договора (п. 7 постановления Пленума от 24.03.2016 № 7).

- 2.2. Следует также обратить внимание на важное разъяснение ВС РФ (п. 15 постановления Пленума от 24.03.2016 № 7): «Если сторона, в пользу которой должно быть осуществлено возмещение потерь, недобросовестно содействовала наступлению обстоятельства, на случай которого установлено это возмещение, для целей применения статьи 406.1 ГК РФ такое обстоятельство считается ненаступившим (пункт 4 статьи 1, пункт 2 статьи 10 ГК РФ)». Это вполне разумное положение, помимо упомянутых Судом положений п. 4 ст. 1 и п. 2 ст. 10 ГК РФ, в полной мере соответствует и норме п. 3 ст. 157 ГК РФ, так как наступление соответствующего обстоятельства, влекущего возникновение потерь, является факто отлагательным условием, наступление которого формирует обязательство по их возмещению.
3. Из п. 3 ст. 406.1 ГК РФ вытекает, что действительность условия о возмещении потерь не зависит от действительности договора, возникающие в связи с которым потери подлежат возмещению. Иначе говоря, признание недействительным договора само по себе не аннулирует условие о возмещении потерь. Эта норма превращает обязательство по возмещению потерь в еще одно (наряду с третьей оговоркой, оговоркой о применимом праве, договорными заверениями о действительности договора и т.п.) независимое условие договора и отрывает его действительность от судьбы того договора, из которого возникают возмещаемые потери. Конечно же, если условие о возмещении потерь включено в текст договора и соответствующий порок поражает и само это условие (например, договор в целом вместе с условием о возмещении потерь заключен в силу обмана, насилия или при ином пороке воли), то и оно будет недействительным.

Так, в п. 17 постановления Пленума от 24.03.2016 № 7 указывается: «Если соглашение о возмещении потерь включено в виде условия в договор купли-продажи,

недействительность или незаключенность этого договора купли-продажи сама по себе не влечет недействительность или незаключенность соглашения о возмещении потерь». Но при этом здесь же Суд благоразумно уточняет, что «отдельное соглашение или включенное в текст договора условие о возмещении потерь может быть признано недействительным самостоятельно, например, по основаниям, предусмотренным статьями 168–179 ГК РФ».

В целом данная норма, внесенная в текст законопроекта во втором чтении и отсутствовавшая в изначальной редакции ст. 406.1 ГК РФ, может вызывать некоторые сомнения. По этому вопросу остается положиться на развитие научной доктрины и судебной практики, которое может помочь сформулировать однозначную (насколько это возможно) оценку комментируемой новеллы.

4. Пункт 4 ст. 406.1 ГК РФ предусматривает на случай, когда возмещаются потери, возникшие у стороны договора в связи с неправомерными действиями третьих лиц, суброгацию прав на взыскание с таких лиц убытков в пользу лица, возместившего потери. Тем самым исключается неосновательное обогащение лица, у которого возникли потери: он не сможет возместить потери за счет своего контрагента, обязанного к возмещению в силу положений договора, и одновременно взыскать убытки с лица, виновного в их возникновении.

В целом здесь мы имеем норму, которая, хотя и появилась в результате правок изначального текста законопроекта ко второму чтению, достаточно удачна и в полной мере вписывается в концепцию «внутреннего страхования». Более того, если бы эта норма в ГК отсутствовала, к такому же результату с учетом сходства правоотношений можно было бы прийти, применяя положения норм ГК РФ о суброгации по договору страхования по аналогии закона.

При этом согласно п. 18 постановления Пленума от 24.03.2016 № 7 «соглашение о возмещении потерь, заключенное в соответствии со статьей 406.1 ГК РФ, не создает обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон, а потому, если размер осуществленного возмещения потерь превышает размер убытков, которые подлежат возмещению третьим лицом по правилам статьи 15 ГК РФ, статей 393 или 1064 ГК РФ, соответствующая разница не подлежит взысканию с такого третьего лица (пункт 3 статьи 308 ГК РФ)». Например, если арендатор помещения в офисном центре согласился покрыть ущерб зданию, который могут причинить своими неправомерными действиями клиенты арендатора, и при этом согласился выплатить арендодателю некую сумму ущерба, то при взыскании этой суммы с соответствующего делинквента последний вправе выдвигать возражения по размеру своей ответственности и не соглашаться с величиной убытков. Впрочем, это разъяснение достаточно очевидно и вытекает из самой логики суброгации.

5. В силу п. 5 ст. 406.1 ГК РФ при заключении корпоративного договора (акционерного соглашения) или договора об отчуждении акций (доли в ООО) стороны могут согласовать обязательство о возмещении потерь, несмотря на то что одной из сторон или обеими сторонами такого договора являются лица, не осуществляющие предпринимательскую деятельность. Это положение связано с тем, что под лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, в ГК РФ традиционно понимаются коммерческие организации и индивидуальные пред-

приниматели, т.е. лица, имеющие формальный коммерческий статус. Владение акциями или долями в ООО, а также заключение сделок, связанных с таким корпоративным контролем, само по себе не рассматривается в ГК в качестве предпринимательской деятельности. В то же время, по сути, речь идет, конечно же, о предпринимательском поведении. Лица, обладающие корпоративным контролем, заключающие сделки по продаже акций, акционерные соглашения и т.п., в подавляющем числе случаев достаточно профессиональны и компетентны для того, чтобы согласовывать сложные условия о возмещении потерь и принимать на себя соответствующие риски.

Эта норма, отсутствовавшая в изначальном проекте ст. 406.1 ГК РФ и внесенная ко второму чтению, в целом может быть поддержана. Стоит только предложить судам толковать ее ограничительно и блокировать условия о возмещении потерь, когда гражданин, не являющийся предпринимателем ни по форме, ни по сути и действующий, скорее, как обыватель, заключает сделку продажи пакета акций или доли в ООО (например, в случаях, когда член семьи, получивший долю в ООО или акции в порядке наследования, продает эти акции или долю третьему лицу). Иначе говоря, применяя правила о предпринимательских договорах к корпоративным сделкам граждан, судам следует выяснять истинную фактическую природу деятельности этого контрагента. Если гражданин де-факто выступает как предприниматель, владеющий и управляющий бизнесом, то отсутствие у него формальной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя не должно препятствовать применению к нему норм о сугубо предпринимательских договорах и обязательствах, включая положения и ст. 406.1 ГК РФ. В иных случаях суд должен исключать такую возможность.

## References

- Arkhipova A.G.* Indemnity in the New Civil Code of the Russian Federation: Pros and Cons [*Vozmeschenie poter' v novom GK: «za» ili «protiv»?]. Civil Law Review [Vestnik grazhdanskogo prava]. 2012. No. 4. P. 158–183.*
- Courtney W.* Contractual Indemnities. Oxford, Hart Publishing, 2014. 362 p.
- Karapetov A.G., Saveliev A.I.* Freedom of Contract and Its Limits [*Svoboda dogovora i ee predely]. 2 vols. Moscow, Statut, 2012. Vol. 1: 452 p. Vol. 2: 453 p.*
- Tomsinov A.V.* Assurance of Facts and Reimbursement of Losses under Russian Law in Comparison with Representations, Warranties and Indemnity under English and American Law [*Zaverenija ob obstojatel'stvah i vozmeshhenie poter' v rossijskom prave v sravnenii s representations, warranties i indemnity v prave Anglii i SShA]. The Herald of Economic Justice of the Russian Federation [Vestnik ekonomicheskogo pravosudija Rossijskoj Federatsii]. 2015. No. 11. P. 91–111.*

## Information about the author

*Artem Karapetov* — Doctor of Laws, Director of *M-Logos* Law Institute, Professor at the Higher School of Economics (119049 Russia, Moscow, Post Box 14; e-mail: postmaster@m-logos.ru).