ОСТАНИНА ЕЛЕНА АЛЕКСАНДРОВНА

доцент кафедры гражданского права и процесса Челябинского государственного университета, кандидат юридических наук

СУДЬБА ИНДЕМНИТИ ПРИ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ ДОЛЖНИКА

От того, насколько хорошо впишется новый институт компенсации потерь в существующую систему обязательственного права, зависит эффективность этого института. В частности, включается ли требование об уплате индемнити в число реестровых требований при несостоятельности должника? Автор настаивает на том, что по общему правилу это требование является реестровым, но рассматривает возможные способы противодействия злоупотреблению правом.

Ключевые слова: индемнити, злоупотребление правом, несостоятельность

Федеральный закон от 08.03.2015 № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее — Закон № 42) ввел абсолютно новый для нашего гражданского права институт индемнити.

Согласно п. 1 ст. 406.1 ГК РФ в редакции Закона № 42 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.

Институт индемнити — новый для российского правопорядка, и, как любой другой новый институт, он должен быть включен в существующую систему российского гражданского права.

Loaded: 25-04-2024 PMt 17:24:49

ELENA A. OSTANINA

Associate Professor at
the Civil Law and Process
Department of the Law Faculty
of Chelyabinsk State University

INDEMNITY IN CASE THE DEBTOR IS INSOLVENT

New rules regarding indemnity have not been associated with familiar standards yet. Its efficiency depends on its conjunction with other civil law institutes. In particular, does the right of indemnity participate in a contest in case of the debtor's insolvency? The author insists that, as a general rule, this requirement is to be included in the list of creditors' claims but describes the methods to prevent the abuse of law.

Keywords: indemnity, abuse of law, insolvency

От того, насколько эффективной будет связь индемнити со смежными институтами, во многом зависит эффективность этой новой категории.

Задачей исследования является прогноз применения ст. 406.1 ГК РФ в ситуации банкротства должника. Является ли требование о взыскании компенсации реестровым? Как конкурсным кредиторам защитить себя от возможных злоупотреблений посредством индемнити? Этим вопросам посвящена данная статья.

Хотелось бы сделать предварительную оговорку об используемом термине.

В дальнейшем термин «индемнити» будет использоваться для обозначения обязанности возместить имущественные потери, возникшие в случае наступления предусмотренного договором обстоятельства и не связанные с нарушением обязательства другой стороной, иными словами, для обозначения института, закрепленного в п. 1 ст. 406.1 ГК РФ. В отечественной литературе уже имеется опыт использования такого транслитерированного термина[1], он видится удобным и потому, что он краток, и потому, что отражает происхождение института из иностранного права.

> Рассматривая институт индемнити в иностранном гражданском праве, можно отметить его связь с требованием добросовестного поведения.

[1] См.: *Маковский А.Л.* Об уроках реформирования Гражданского кодекса России // Вестник гражданского права. 2013. № 5. С. 157–172.

Loaded: 25-04-2024 PMt 17:24:49

Как следует из литературы, суды склонны видеть условие об индемнити там, где продавец акций или долей не сообщил покупателю информацию, имеющую значение для определения действительной стоимости отчуждаемого имущества. Условие об индемнити может быть не только явным, но и подразумеваемым.

В иностранной цивилистике индемнити — это лежащее на одной стороне обязательство компенсировать, устранить последствия потерь или убытков, понесенных другой стороной. Такое обязательство может быть прямо предусмотрено в договоре, может подразумеваться несмотря на отсутствие ясных условий или возникать в силу некоторых фактических обстоятельств по праву справедливости[2]. Как правило, для возникновения обязанности выплатить компенсацию не имеет значения вина должника. Основное значение придается наступлению объективного события, указанного в условии договора о возмещении[3].

Как верно отмечает И.Г. Степанян, *indemnity* используется при наличии известного или потенциально возможного риска, такого как задолженность по налоговым платежам, потенциальная ответственность по искам, правам третьих лиц в отношении акций[4].

Размер компенсации не устанавливается произвольно, он почти всегда связан с размером фактических потерь, понесенных кредитором[5].

В целом при знакомстве с англоязычной литературой об индемнити (а такая литература весьма обширна) складывается впечатление, что число видов индемнити — прямо установленных или подразумеваемых — столь велико, что выявить их общие признаки становится уже весьма затруднительным. Это лишь компенсация, взыскиваемая со стороны в случае серьезного отклонения от правил добросовестного исполнения обязательства.

В отечественном гражданском праве условие об индемнити должно быть прямо предусмотрено договором; в случае, когда такое условие отсутствует, но сторона серьезно отклонилась от стандартов добросовестного поведения, имеется целый ряд других способов защиты от возмещения убытков до требования о признании сделки недействительной как совершенной под влиянием заблуждения, имеющего существенное значение.

Из легального определения, закрепленного в п. 1 ст. 406.1 ГК РФ, можно вывести признаки обязательства по возмещению потерь (индемнити).

Первый и основной признак индемнити, следующий из данной статьи, состоит в том, что обязательство возместить потери не является ответственностью. Оно может возникнуть при таких обстоятельствах, которые выходят далеко за пределы контроля должника.

Второй признак заключается в том, что существенными условиями соглашения являются условия о характере обстоятельств, с которыми связана обязанность возместить потери и размер возмещения потерь либо порядок их определения.

Эти два признака сближают возмещение потерь со страхованием, с разницей лишь в том, что для возмещения потерь не требуется особого субъекта; обязательство по возмещению потерь может быть предусмотрено в любом договоре, связанном с осуществлением сторонами предпринимательской деятельности.

Третий признак состоит в том, что компенсация может выплачиваться не только стороной обязательства, но и третьим лицом. Он тоже сближает индемнити со страхованием, а также побуждает сопоставить индемнити со способами обеспечения исполнения обязательства.

Итак, мы видим, что индемнити пытается войти в закрытый клуб, члены которого давно и хорошо известны друг другу: способы обеспечения исполнения обязательства, сделка, совершенная под влиянием заблуждения, страхование, наконец, просто правило о возмещении убытков стороной, не исполнившей обязательство. Эти и иные категории неизбежно повлияют на индемнити: во-первых, потому что никто не запретит стороне ссылаться на нормы об обеспечении

---

[2] Подробнее см.: *Архипова А.Г.* Возмещение потерь в новом ГК РФ: «за» или «против»? // Вестник гражданского права. 2012. № 4. С. 158–183.

[3] См. там же.

[4] *Степанян И.Г.* Заверения, гарантии, обязательства по возмещению потерь (*indemnity*), опцион и эскроу по праву России, США, Англии в трансграничных коммерческих договорах: дис. … канд. юрид. наук. М., 2014. С. 30–32.

[5] См.: *Архипова А.Г.* Указ. соч.

Loaded: 25-04-2024 PMt 17:24:49

обязательства, страховании, убытках по аналогии закона (п. 1 ст. 6 ГК РФ) в случае обнаружения пробелов в законодательном регулировании индемнити, а во-вторых, потому что человеку свойственно объяснять неизвестное, проводя параллели с известным.

Нельзя не согласиться с замечанием А.Л. Маковского о том, что обязательство по возмещению потерь, которое принимает на себя должник совершенно независимо от того, допустил ли он нарушение договора, означает совершенно новый подход к некоторым кардинальным позициям российского гражданского права. Наше обязательственное право традиционно строится на ответственности и риске, на разделении этих понятий и дополнении ими друг друга. Здесь же появляется институт, где одна сторона договора, несмотря на безупречность ее поведения, берет на себя возмездное несение риска за последствия, с ее поведением никак не связанные. То есть появляется институт, аналогичный страхованию. А значит, появляются все те вопросы, которые возникают при страховании[6].

С этим критическим замечанием сложно не согласиться хотя бы потому, что для многих договорных конструкций характерно особое распределение рисков.

Так, по договору подряда риск недостижения результата работы традиционно возлагается на подрядчика, а по договору конктрактации риск неожиданного изменения погодных условий распределяется между сторонами так, что в случае неисполнения обязательства без вины производителя сельскохозяйственной продукции он не получает вознаграждения, но и не несет ответственности.

> Включение в предпринимательское обязательство условия об индемнити чревато тем, что привычная система распределения рисков будет перевернута с ног на голову.

И если, например, сельскохозяйственная организация не сможет исполнить договор контрактации из-за крайне неблагоприятных погодных условий, она будет обязана выплатить покупателю компенсацию в размере, вдвое превышающем цену товара, в соответствии с условием об индемнити. Это условие будет полностью согласовываться со ст. 406.1 ГК РФ, поскольку обе стороны являются предпринимателями, а обязанность выплатить предусмотренную названной статьей и договором компенсацию не является формой ответственности.

Не стоит надеяться на то, что субъект малого бизнеса сможет достаточно себя защитить, не соглашаясь включать в договор условие об индемнити. Количество жалоб в Федеральную антимонопольную службу относительно ценового сговора и монопольно низких закупочных цен показывают, насколько стеснены сельскохозяйственные организации в возможности настоять на желательных для них условиях. Не выше информационная и экономическая защищенность и других субъектов малого и среднего бизнеса. Например, повсеместная практика поручительств по обязательствам юридического лица не отвечает интересам учредителей, но тем не менее такие поручительства регулярно выдаются, поскольку без них не будет предоставления кредита ни в одном коммерческом банке.

От чрезмерного патернализма, от права суда снижать размер неустойки и прекращения поручительства в случае изменения основного обязательства законодатель сейчас в ст. 406.1 ГК РФ резко шагнул в сторону абсолютизированных идей либеральной экономики. Поскольку крайности часто ошибочны, представляется, что и здесь их следует избегать.

Поэтому в случае явного неравенства переговорных возможностей сторон, серьезного дисбаланса в экономических и информационных возможностях к индемнити должно быть предъявлено несколько требований, защищающих слабую сторону обязательства.

Во-первых, следует позволить суду снижать размер индемнити. При этом можно установить нижний предел такого снижения: суд не вправе снижать размер возмещения ниже размера убытков, доказанных кредитором с учетом нормы п. 5 ст. 393 ГК РФ.

Право снижать размер индемнити сегодня отсутствует в силу прямого указания ст. 406. 1 ГК РФ, но даже при этом суд вправе применить к условию об индемнити ст. 10 Кодекса в том случае, когда размер индемнити заведомо экономически не обоснован и завышен настолько, что влечет неосновательное обогащение стороны, получающей компенсацию.

---

[6] *Маковский А.Л.* Указ. соч.

Loaded: 25-04-2024 PMt 17:24:49

Во-вторых, следует постепенно определиться с абсолютно императивными нормами, которые закрепляют единственно возможное распределение рисков, так, что иначе распределить тот же самый риск нельзя. Таких норм на самом деле немного, но они все же есть и защищают, как правило, экономически слабую сторону обязательства или публичный интерес.

Так, в договоре контрактации это норма, освобождающая поставщика от ответственности в случае доказанности отсутствия его вины (риск неблагоприятного изменения погодных условий, ст. 538 ГК РФ), в договоре поручения — норма, позволяющая доверителю отозвать доверенность без выплаты компенсации поверенному (риск утраты доверия, ст. 977).

В-третьих, представляется целесообразным установить судебный контроль за свободой согласования договорных условий в случае включения в договор условия об индемнити.

В соответствии с п. 2 ст. 429 ГК РФ (в ред. Закона № 42) присоединившаяся к договору сторона вправе потребовать расторжения или изменения договора, если договор присоединения хотя и не противоречит закону и иным правовым актам, но лишает эту сторону прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида, либо содержит другие явно обременительные для присоединившейся стороны условия, которые она, исходя из своих разумно понимаемых интересов, не приняла бы при наличии у нее возможности участвовать в определении условий договора.

Согласно п. 3 ст. 429 в ред. Закона № 42 это правило подлежит применению также в случаях, если при заключении договора, не являющегося договором присоединения, условия договора определены одной из сторон, а другая сторона в силу явного неравенства переговорных возможностей поставлена в положение, существенно затрудняющее согласование иного содержания отдельных условий договора.

Следовательно, если будет установлено, что условие об индемнити было включено в договор одной стороной, а другая сторона не имела возможности обсуждать и согласовывать это условие в силу явного неравенства переговорных возможностей, экономически слабая сторона вправе требовать изменения договора по ст. 429 ГК РФ. Такое изменение может касаться как суммы индемнити, так и исключения условия об индемнити в целом.

Безусловно, подобные патерналистские методы следует применять с крайней осторожностью, учитывая, что речь все же идет о предпринимательских обязательствах.

Вместе с тем в качестве крайних мер борьбы со злоупотреблениями они могут иметь смысл.

Таким образом, индемнити представляет собой компенсацию, не составляющую ответственности, отличную от неустойки и иных способов обеспечения обязательства и имеющую некоторое сходство со страховым возмещением. Правда, следует учесть различия, среди которых следующие.

Во-первых, компенсация (индемнити) выплачивается не сторонней страховой организацией, а стороной договора.

Во-вторых, страховое возмещение не может превышать страховой суммы, причем страховая сумма при страховании имущества или предпринимательского риска не должна превышать их действительную стоимость (страховую стоимость) (ст. 947 ГК РФ), а размер индемнити определяется сторонами произвольно (по крайней мере, законодатель в п. 1 ст. 406.1 ГК РФ не устанавливает никаких требований к размеру индемнити, кроме того что этот размер в соглашении должен быть определен).

С учетом этих наблюдений об особенностях правовой природы индемнити приступим к рассмотрению основного вопроса этой статьи, а именно: подлежит ли требование о взыскании индемнити включению в реестр при банкротстве должника?

Прежде всего, следует отметить, что ничто не мешает считать требование об уплате индемнити денежным требованием.

Согласно ст. 2 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ (с изм. от 29.12.2014) «О несостоятельности (банкротстве)» (далее — Закон о банкротстве) денежное обязательство — это обязанность должника уплатить кредитору определенную денежную сумму по гражданско-правовой сделке и (или) иному преду-

Loaded: 25-04-2024 PMt 17:24:49

смотренному Гражданским кодексом Российской Федерации, бюджетным законодательством Российской Федерации основанию; согласно ст. 4 того же Закона подлежащие применению за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства неустойки (штрафы, пени), а также иные имущественные и (или) финансовые санкции не учитываются при определении наличия признаков банкротства должника.

> Индемнити не является мерой ответственности, а потому эта компенсация не может быть отнесена и к числу санкций. Следовательно, сумма компенсации (индемнити) подлежит включению в реестр.

В отношении требования кредитора о возмещении убытков ст. 4 Закона о банкротстве содержит ограничение. Не учитываются при определении наличия признаков банкротства должника убытки в виде упущенной выгоды.

В составе индемнити сложно или даже невозможно различить ту часть компенсации, которая направлена на покрытие реального ущерба, и ту, что служит компенсацией упущенной выгоды.

Сумма индемнити, заранее определенная сторонами, может и превосходить размер убытков, причиненных кредитору.

Как быть в том случае, если стороны в своем соглашении установили, что при наступлении определенных обстоятельств кредитору выплачивается компенсация в размере убытков? Статья 406.1 ГК РФ обязывает стороны определить своим соглашением размер компенсации или механизм его установления, поэтому условие, связывающее размер индемнити с размером убытков, не слишком выгодно для кредитора, но все же возможно.

Для решения этого вопроса обратим внимание на опыт взыскания качественно иной компенсации — компенсации за нарушение исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации (ст. 1301, 1515 ГК РФ).

Несмотря на то, что и в ст. 406.1, и в ст. 1301, 1515 Кодекса речь идет о компенсации, эти требования существенно различаются. Компенсация за нарушение исключительного права представляет собой форму ответственности. Компенсация при наступлении установленных договором обстоятельств (индемнити) ответственностью не является.

Применительно к компенсации за нарушение исключительного права в судебной практике выработаны следующие позиции.

По делу № А76-12502/2010 требование было включено в реестр, но ключевое значение имеет тот факт, что должник не просто нарушил право кредитора на товарный знак, но и заключил с ним соглашение о новации. Внедоговорное обязательство по уплате компенсации было новировано в заемное обязательство[7].

Постановлением Четвертого арбитражного апелляционного суда от 13.06.2013 по делу № А19-18194/2012 требование о взыскании компенсации за незаконное использование товарного знака включено в третью очередь. Суд сослался на вступившее в силу решение, которым взыскана компенсация за нарушение права на товарный знак. «При наличии решения суда, подтверждающего состав и размер требований кредитора, арбитражный суд определяет возможность их предъявления в процессе несостоятельности и очередность удовлетворения, не рассматривая спор по существу».

Следовательно, требование о взыскании компенсации за нарушение исключительного права на товарный знак включается в реестр требований кредиторов без попытки разграничить реальный ущерб и упущенную выгоду. Такое разграничение тем более не потребуется при включении в реестр требования такой компенсации, которая не является формой ответственности.

> Поскольку сумма индемнити не всегда соответствует размеру причиненных кредитору убытков и снизить сумму компенсации суд не вправе, за исключением случаев, если доказано, что сторона умышленно содействовала увеличению размера потерь (п. 2 ст. 406.1 ГК РФ), норма ст. 406.1 открывает множество возможностей для злоупотреблений.

[7] Постановление ФАС Уральского округа от 16.08.2011 № Ф09-4290/11.

Loaded: 25-04-2024 PMt 17:24:49

Можно дать должнику «вредный совет» (почти по Г. Остеру): если перед банкротством стало жаль имущества, то заключай договор с условием о возмещении потерь и напиши там компенсацию побольше. Поскольку в предмет доказывания по иску о взыскании индемнити, согласно буквальному значению ст. 406.1 ГК РФ, входят только предпринимательский характер обязательства и наступление предусмотренного условием об индемнити обстоятельства, то взыскать сумму компенсации будет несложно, а впоследствии требование о взыскании индемнити позволит кредитору как инициировать процедуру банкротства должника (при наличии иных признаков банкротства), так и требовать включения в реестр.

Спорить с таким злоупотреблением непросто. Как возражать против требований заведомо фиктивного кредитора, если эти требования подкреплены судебным решением?

Эта проблема была однажды рассмотрена Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ (дело Самарского мукомольного завода № 2), но тот спор упрощался в связи с тем, что требование было удовлетворено решением третейского суда, по которому исполнительный лист еще не был выдан. Это позволило Президиуму отметить, что «требование кредитора, подтвержденное решением третейского суда, исполнительный лист по которому в установленном порядке не выдавался, не может по смыслу законодательства о банкротстве считаться безусловно установленным»[8].

Комментируя это Постановление, А.В. Егоров отметил, что если требование установлено судебным актом, то оно устанавливается в деле о банкротстве почти автоматически[9].

В постановлении ФАС Уральского округа от 31.07.2014 № Ф09-790/14 по делу № А60-4877/2013 был сделан вывод о недействительности сделок, совершенных аффилированными лицами. Сделки были признаны недействительными со ссылкой на ст. 10 ГК РФ. Однако особенность данного акта заключается не в применении ст. 10 ГК РФ, а в том, что ранее по одной из сделок уже был вынесен судебный акт, которым было отказано в иске о признании сделки недействительной.

Это постановление примечательно своей формулировкой: «Не покушаясь на преюдициальность судебного акта, судам следовало установить истинную цель совершаемых сделок».

Если установлено, что условие об индемнити предусмотрено в договоре между аффилированными лицами с целью вывести активы должника — стороны такого обязательства, то даже наличие судебного акта о взыскании суммы индемнити не должно препятствовать рассмотрению вопроса о действительности условия об индемнити. Тем не менее в этом отношении ст. 406.1 ГК РФ создает опасные перспективы злоупотребления.

> Учитывая, что требование об уплате компенсации может быть обеспечено залогом, преимущества кредитора с требованием об индемнити могут стать весьма значительными.

В целом норму ст. 406.1 ГК РФ можно оценить как существенное изменение законодательства, которое может стать довольно опасным правилом в ситуации недобросовестного подготовленного банкротства должника.

References

Arkhipova A.G. “Indemnity in the New Civil Code of the Russian Federation: Pro or Contra?” [*Vozmeshchenie poter’ v novom GK RF: “za” ili “protiv”?*] (in Russian). Civil Law Review [*Vestnik grazhdanskogo prava*]. 2012. No. 4. P. 158–183.

Egorov A.V. “Case ‘Competition of Creditors in the Case on Bankruptcy of the Company Samarskiy mukomol’nyy zavod No. 2’” [*Delo «Spor kreditorov v dele o bankrotstve obshchestva Samarskiy mukomol’nyy zavod № 2»*] (in Russian), in: Ivanov A.A. (ed.). Legal Positions of the Presidium of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation. Selected Resolutions for 2005 with Commentary [*Pravovye pozitsii Prezidiuma VAS RF: Izbrannye pos-*

[8] Постановление Президиума ВАС РФ от 22.11.2005 № 10161/05 по делу № А55-13072/04-38.

[9] *Егоров А.В.* Дело «Спор кредиторов в деле о банкротстве общества Самарский мукомольный завод № 2» // Правовые позиции Президиума ВАС РФ: Избранные постановления за 2005 год с комментариями / под ред. А.А. Иванова. М., 2010; СПС «КонсультантПлюс».

Loaded: 25-04-2024 PMt 17:24:49

tanovleniya za 2005 god s kommentariyami]. Moscow, 2010. 583 p.

Makovskiy A.L. "On the Lessons of the Reform of the Russian Civil Code" [*Ob urokakh reformirovaniya Grazhdanskogo kodeksa Rossii*] (in Russian). Civil Law Review [*Vestnik grazhdanskogo prava*]. 2013. No. 5. P. 157–172.

Stepanyan I.G. Assurances, Guarantees, Obligations on Indemnity, Option and Escrow according to the Law of Russia, of the USA and Great Britain in Cross-Border Commercial Contracts: a PhD Thesis in Law [*Zavereniya, garantii, obyazatel'stva po vozmeshcheniyu poter' (indemnity), optsion i eskrou po pravu Rossii, SShA, Anglii v transgranichnykh kommercheskikh dogovorakh: dis. na soiskanie uchenoi stepeni kand. yurid. nauk*]. Moscow, 2014. 170 p.

Information about the author

Elena A. Ostanina

Associate Professor at the Civil Law and Process Department of the Law Faculty of Chelyabinsk State University, PhD in Law (129 Brat'ev Kashirinykh str., room 315, 454001 Chelyabinsk, e-mail: elenaostanina@mail.ru).

Loaded: 25-04-2024 PMt 17:24:49