

Возмещение потерь: что  
прописать в договоре с  
учетом новых позиций  
судов

**VEGAS LEX**

VEGASLEX.RU

Москва, 24 сентября 2019 года

---

## Когда стороны используют возмещение потерь в сделках M&A, оказании услуг, поставке

---

Возмещение потерь: что прописать в договоре с учетом новых  
позиций судов

# Возмещение потерь по ГК

**Ст. 406.1 ГК:** *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*

- **Гибкий инструмент распределения рисков между сторонами сделки**
- **Внутреннее страхование**
- **Sui-generis, не является прямым заимствованием из английского права**

# Ключевые аспекты возмещения потерь по ст. 406.1 ГК РФ в контексте договорной практики

## Ключевые аспекты в общем

01

Должны возникать при наступлении **будущих обстоятельств** (в отличие от заверений по ст. 431.2 ГК, касающихся фактов прошлого / настоящего).  
**Открытый перечень** возможных обстоятельств.

02

Обстоятельства должны быть связаны с исполнением, прекращением, предметом обязательства ("привязка в базовому договору"), но не его нарушением (ПП ВС 2016 г. № 7)

03

Возмещаются потери **стороны** обязательства другой стороной при осуществлении **предпринимательской деятельности + по корпоративным договорам / договорам об отчуждении долей**

04

В соглашении необходимо определить **размер потерь** или порядок его определения (например, **"все потери покупателя или их часть"**, ПП ВС 2016 г. № 7). **Размер не может быть уменьшен судом.**

05

Соглашение о потерях должно быть **"явным и недвусмысленным"**, при наличии сомнений применяются положения о нарушении обязательства (убытки, неустойка)

# Конструкция возмещения потерь по ст. 406.1 ГК РФ



# Типичные сферы применения и обстоятельства возмещения

## Сделки М&А, покупки активов

- Налоговые претензии к покупателю / компании по спорным вопросам
- Претензии третьих лиц к компании в рамках её деятельности (в т.ч. штрафы по КоАП, предполагаемые обязательства)
- Дополнительные обязательства у компании ("золотые парашюты")
- Возмещение в связи с изменением полезности актива / изъятием актива
- Возмещение судебных расходов покупателя и компании в связи с обстоятельством возмещения

## Любые иные договоры

- Отказ в возмещении НДС
- Введение санкций / эмбарго
- Штрафы в связи с исполнением договора
- Вынужденный простой
- Прекращение субсидий
- Любые иные потери, которые могут быть посчитаны и определены

# Сделки M&A. Когда имеет смысл защищаться через возмещение потерь?

- Дополнительный инструмент защиты покупателя (как правило), но **эффективность в M&A не подтверждена**
- **Снижение цены будет лучшим инструментом**, но не всегда возможно (*переговорные ограничения, сделки мены активами, низкая покупная цена*)



# Сделки М&А. Проблемные вопросы.

- На текущий момент существует **значительная неопределенность** относительно следующих основных вопросов



1

**Потери компании = потери покупателя**  
При буквальном толковании ст. 406.1 ГК РФ потери продавца не равны потерям компании и могут быть выражены только в снижении рыночной стоимости доли (акций)

2

**Размер потерь при покупке доли < 100%**  
Пропорционально или "рубль на рубль"

3

**Допустимость возмещения в компанию**  
При буквальном толковании ст. 406.1 ГК РФ возмещаются только потери покупателя, нельзя возмещать потери в пользу самой компании, что сняло бы вопрос по доле < 100%

4

**Неизбежность потерь**

Могут ли выявленные у компании обязательства быть предъявлены к возмещению, если они еще не погашены / если возможен регресс / суброгация / обжалование решения?

**Положительное решение:** 7ААС от 18.10.2019 №07АП-9111/2018(1)



# Сделки M&A. Возмещение потерь и заверения об обстоятельствах: как использовать в одной сделке (1)

- Заверение – основной инструмент защиты, возмещение потерь – дополнительный по точечным рискам:
  - ▶ Обстоятельства заверений и обстоятельства возмещения необходимо **ясно и недвусмысленно разграничивать** в ДКП
  - ▶ **НО** положения по ограничению ответственности могут применяться одновременно к убыткам по заверениям и потерям
  - ▶ **Возмещение потерь защищает там, где заверение не работает**

## Заверение не всегда защищает в контексте обстоятельств будущего

- ▶ В силу ст.431.2 ГК заверение касается фактов прошлого или настоящего
- ▶ Возмещение потерь касается будущих обстоятельств

Возмещение потерь дополняет защиту покупателя **на случай будущих обстоятельств** (напр. изъятие земли у компании после сделки)

## Заверение не защищает от обнаруженных явных рисков

- ▶ В российском праве реализован подход *anti-sandbagging* – покупатель не может полагаться на заверение, зная о недостоверности

Возмещение потерь защищает от **выявленных рисков** (напр. при проверке обнаружены риски административных штрафов)

# Сделки M&A. Возмещение потерь и заверения об обстоятельствах: как использовать в одной сделке (2).

## Примеры из международных договоров по российскому праву

- **Обстоятельство возмещения 1:** *"Каждая Сторона обязуется возместить потери и оградить от потерь другую Сторону и ее филиалы, а также их сотрудников, руководителей, агентов и других представителей, возникающих в случае нарушения возмещающей Стороной любой из своих гарантий по Договору или обязательств по нему"*
- **Обстоятельство возмещения 2:** *"Продавец возместит потери и оградит от потерь другую Покупателя и его директоров, сотрудников, агентов и клиентов (каждый из которых является "Бенефициаром") в связи с любыми обязательствами, расходами, издержками, убытками (включая любые разумные юридические и иные профессиональные расходы и издержки), понесенными или причиненными Покупателем или любому Бенефициару из-за или непосредственно в связи с: (а) любым нарушением заверений, гарантий, договоров или обязательств Продавца по настоящему Соглашению и/или (b) любым действием, совершенным по небрежности, или бездействием со стороны Продавца, его работников или агентов"*
- **16ААС от 03.10.2017 по делу №А63-1976/2017:** *"Договоренности сторон в п. 5.2 договора нельзя квалифицировать как соглашение о возмещении потерь, регламентированное ст. 406.1 ГК РФ, поскольку по смыслу п. 5.2. договора стороны имели в виду отрицательные имущественные последствия, наступившие в результате предоставления недостоверных заверений об обстоятельствах"*

**! Риски покупателя: применение правил об убытках / неустойке или вовсе отказ в защите прав**

# Сделки M&A. Пример.

## Пример 1, сделка мены акциями

- **Ситуация:** В ходе проверки компании-собственника коммерческой недвижимости выявлены текущие проверки государственных органов, которые могут привести к приостановлению деятельности компании и искам от арендаторов. **Из заверения об отсутствии оснований для претензий государственных органов сделано исключение.**
- **Обстоятельство возмещения:** *"Вступление в силу решения суда о взыскании с Общества по требованию контрагента (-ов) Общества по каким-либо договорам любых сумм убытков (во избежание сомнений, включая упущенную выгоду), уплате неустоек и/или процентов в связи нарушением Обществом своих обязательств перед такими контрагентами, если неисполнение Обществом указанных обязательств вызвано приостановлением деятельности Общества по решению компетентного Государственного органа по основаниям или обстоятельствам, существовавшим до Даты перехода права"*
- **Размер потерь:** *"Все суммы убытков, неустоек и/или процентов, взысканные с Общества по каждому вступившему в силу решению суда (вне зависимости от того, были или не были данные суммы уплачены контрагентам Общества), признаются для целей настоящего Договора потерями Покупателя. Продавец возмещает данные потери Покупателю **в размере 100% от всех сумм убытков, неустоек и/или процентов**, взысканных с Общества в пользу его контрагентов в соответствии с вступившими в силу решениями суда (вне зависимости от того, были или не были данные суммы уплачены контрагентам Общества)"*

# Примеры из других договоров. Пример 2.

## Пример 2, договор оказания услуг технического заказчика

- **Ситуация:** Заказчик опасается претензий в связи с СМР и перекладывает риски на технического заказчика.
- **Обстоятельство возмещения:** *"Помимо возмещения убытков, Технический заказчик также обязан возместить по правилам статьи 406.1 ГК РФ потери Заказчика, которые тот понес или неизбежно понесет в связи с: (i) произведенным Заказчиком исполнением требований третьих лиц о возмещении вреда, причиненного жизни, здоровью и имуществу таких лиц при реализации Проекта, в том числе при выполнении строительно-монтажных работ, и выплате компенсации сверх возмещения вреда, в том числе о взыскании с Заказчика убытков, иных сумм денежных средств; (ii) вступлением в законную силу решения суда о взыскании с Заказчика в пользу третьих лиц сумм, указанных в подпункте (i) настоящего пункта (вне зависимости от того были или не были данные суммы уплачены Заказчиком третьим лицам)"*
- **Размер потерь:** *"Размер потерь, подлежащих возмещению, определяется в размере 100 (ста) процентов всех сумм произведенного Заказчиком или установленного в решении суда размера возмещения вреда и выплаты компенсации сверх возмещения вреда, в том числе взыскиваемых убытков, иных денежных средств"*

# Примеры из других договоров. Пример 3.

## Пример 3, договор поставки в продуктовую сеть (ритейлеру)

- **М. Венедиктов,**  
[https://zakon.ru/blog/2015/05/25/pokonchit\\_li\\_indemnity\\_s\\_marketingom\\_popravki\\_v\\_gk\\_rf\\_o\\_pereraspredelenii\\_risikov\\_i\\_o\\_ramochnom\\_dogo](https://zakon.ru/blog/2015/05/25/pokonchit_li_indemnity_s_marketingom_popravki_v_gk_rf_o_pereraspredelenii_risikov_i_o_ramochnom_dogo)

**Обстоятельство и размер возмещения:** *"Поставщик обязуется возмещать имущественные потери Ритейлера, возникшие в случае того, что приобретённый товар не будет реализован им до истечения срока его годности. Размер возмещения определяется в размере стоимости такого товара указанного ТОРГ-12 или УПД"*

- **Определение ВС от 01.03.2018 №306-КГ18-13** отказало УФАС в передаче кассационной жалобы в СК ВС по экономическим спорам об обжаловании решений судов, признавших условие правомерным со ссылкой на ст.406.1 ГК

---

# Как суды толкуют условие о возмещении потерь

---

Возмещение потерь: что прописать в договоре с учетом новых позиций судов

# Судебная практика: текущий статус

- Судебная практика **разнородная**, бизнес и суды **с трудом** осваивают специфику новой конструкции возмещения потерь
  - ▶ ПП ВС 2016 г. № 7
  - ▶ 35-40 более-менее предметных постановлений АС округов и апелляционных АС

Потерями подменяют смежные конструкции, взыскивают "творчески"

**Убытки, неустойка, плата за отказ, скидка, заранее оцененные убытки и др.**

- АС СЗО от 22.05.2017 №Ф07-4208/2017
- АС УО от 04.04.2018 №Ф09-1457/18
- АС ВВО от 13.06.2017 №Ф01-2085/2017
- АС ЗСО от 28.06.2017 №Ф04-1833/2017
- АС МО от 16.05.2018 №Ф05-2752/2018

Суды углубляются в оценку необходимых элементов / условий права на возмещение

**Злоупотребление правом, митигация потерь, размер**

- *Споры по возмещению потерь в контексте схем с НДС: дела с участием ООО "Золотая семечка"*
- *Доказательство потерь искусственным договором с третьим лицом: 10ААС от 06.05.2019 №09АП-18903/2019-ГК*
- *Адекватность / соразмерность согласованного размера потерь негативным последствиям: АС ЗСО от 29.04.2019 по делу №46-8368/2018*

Споры возникают из самых разных договоров, не только по сделкам М&А

- *Акционерное соглашение: 13ААС от 14.06.2019 №13АП-10805/2019*
- *Поставка: 7ААС от 18.10.2019 №07АП-9111/2018(1)*
- *Перевозка: 17ААС от 24.01.2019 №17АП-16996/2018-ГК*
- *Эквайринг: АС МО от 16.05.2018 №Ф05-2752/2018*
- *Услуги охраны: 7ААС от 19.08.2019 №07АП-5750/19*
- *Мировое соглашение: 18ААС от 29.09.2015 №18АП-10467/2015*
- *Инвестиционный договор: АС УО от 29.11.2018 №Ф09-6598/18*
- *Потери по возмещению НДС: 8ААС от 04.06.2019 по делу № А46-11014/2018*

- **Дело № А45-20032/2018: Новосибирское карьероуправление vs Торговый дом Нерудные строительные материалы**
- *Фабула*
  - ▷ НК (поставщик) и ТД (покупатель) заключили договор поставки щебня самовывозом с условием о возмещении потерь НК в случае штрафов в связи с нарушением правил перевозки
  - ▷ В связи с перегрузом НК оштрафовано на 250 000 руб.
  - ▷ НК обратилось в АС Новосибирской области с иском к ТД о взыскании имущественных потерь сумме 250 000 руб., иск удовлетворен
- ▶ *Текущий статус*
  - ▷ **Требование удовлетворено**
  - ▷ Последний судебный акт: Постановление 7ААС от 18.10.2018 №07АП-9111/2018(1)



- *Возмещение потерь по договору поставки*
  - ▶ *"ТД обязуется возместить НК имущественные потери, возникшие в результате привлечения поставщика к ответственности в связи с осуществлением, покупателем и/или привлеченными им контрагентами, перевозки продукции на условиях самовывоза с нарушением действующих норм и правил. Размер возмещения таких потерь определяется следующим образом: (i) в случае привлечения поставщика к административной ответственности в размере штрафа, установленного уполномоченным органом; (ii) в случае привлечения поставщика к гражданско-правовой ответственности в размере денежных средств, взысканных с поставщика судом; (iii) в случае привлечения к административной ответственности контрагента, с которым у поставщика заключен договор, в размере претензии, предъявленной контрагентом к поставщику, но не более вынесенного в отношении третьего лица штрафа.*
  - ▶ *Возмещение потерь осуществляется покупателем на основании письменного требования поставщика (к которому прилагаются вышеуказанные документы, обосновывающие потери) в течение 3 рабочих дней с момента получения такого требования"*
  
- *Ключевые подходы*
  - ▶ Для удовлетворения требования **достаточно**: (i) привлечение НК к ответственности в виде штрафа (наступления обстоятельства возмещения), (ii) факта оплаты штрафа (факт несения потерь)
  - ▶ У НК отсутствовала обязанность уведомить ТД о расследовании правонарушения и/или обеспечить ТД возможность снижения штрафа

- **Дело № А56-71620/2018: Мебельная фабрика СВ vs Северная верфь**
- *Фабула*
  - ▷ Фабрика и Верфь заключили акционерное соглашение о порядке голосования по согласованию сделок с заинтересованностью (продажа Верфи недвижимости компании) и распределению чистой прибыли компании с сумме не менее 66 млн руб.
  - ▷ Дополнительно в соглашении Верфь обязалась компенсировать упущенную выгоду, если сумма распределения ниже согласованной
  - ▷ Итоговая сумма оказалась ниже, Фабрика обратилась в АС СПб с иском к Верфи о денежных средств
- ▶ *Текущий статус*
  - ▷ **Требование удовлетворено**
  - ▷ Последний судебный акт: Постановление 13ААС от 14.06.2019 №13АП-10805/2019

## Примеры недавних дел. Мебельная фабрика СВ (2)

- *Возмещение потерь по акционерному соглашению*
  - ▶ *"В случае не поступления дивидендов на расчетные счета Фабрики в указанные в пункте 2.1.4 настоящего соглашения срок и/или в указанном размере, Верфь, как заинтересованная сторона в приобретении объекта и участка, обязуется **компенсировать упущенную выгоду** в размере 6600000 руб. (в случае полной невыплаты дивидендов, и разницу между этой суммой и суммой фактически выплаченных дивидендов - при неполной выплате) по требованию Фабрике пропорционально её доле участия в уставном капитале Общества, в трехдневный срок с даты получения такого требования. Данное условие настоящего соглашения является существенным. В расчете по настоящему пункту не учтены подлежащие удержанию обязательные (налоговые) платежи, если таковые подлежат удержанию Обществом с акционеров в соответствии с требованиями налогового законодательства. В последнем случае вышеуказанная сумма уменьшается на сумму удержанных Обществом как налоговым агентом платежей (налогов) (пункт 5.2)"*
  
- *Ключевые подходы*
  - ▶ Потери взысканы при отсутствии в соглашении ссылки на ст.406.1 ГК
  - ▶ Под потерями понимается **неполученный доход**

# Примеры недавних дел. EUROCEMENT Holding AG (1)

## ▪ Дело № А39-8046/2016: EUROCEMENT Holding AG vs Сиушов

### ▶ Фабула

- ▶ Гр-н Сиушов продал свои акции в российском АО в пользу Евроцемент Групп
- ▶ Гр-н Сиушов заключил с австрийским акционером (EUROCEMENT Holding AG) покупателя *deed of warranty and indemnity* по английскому праву, подсудность МКАС (**стандартная практика для M&A в России**)
- ▶ Гр-н Сиушов банкротится, EUROCEMENT Holding AG заявляет в АС требование о включении в реестр (порядка 1 млрд руб.) на основании *deed of warranty and indemnity*
- ▶ Определением АС Мордовии от 09.10.2017 заявление EUROCEMENT Holding AG отклонено, (i) *deed of warranty and indemnity* признан **"искусственно созданной конструкцией на территории РФ"**, (ii) покупатель купил актив **"как есть"** в рамках предпринимательского риска.

### ▶ Текущий статус

- ▶ **Требование включено в реестр** (третья очередь)
- ▶ Определение АС Мордовии от 09.10.2017 отменено Постановлением 1ААС от 29.10.2018 №01АП-7570/2017
- ▶ **Дело рассмотрено АС Мордовии по английскому праву**

# Примеры недавних дел. EUROCEMENT Holding AG (2)

- Цитаты из определения АС Мордовии от 09.10.2017 **(отменено)**
  - ▶ "Покупатель приобретает контроль за деятельностью предприятия *"как есть"*, исходя из рыночной стоимости акций и согласования указанной цены с продавцом. В указанном случае *финансово-экономическое состояние контролируемого предприятия является предпринимательским риском покупателя"*
  - ▶ "Ссылка кредитора на то обстоятельство, что компания EUROCEMENT Holding AG является акционером ЗАО "ЕВРОЦЕМЕНТ групп", а договором о заверениях, возмещении имущественных потерь и обязательствах ... стороны определили, что финансовые потери ЗАО "ЕВРОЦЕМЕНТ групп" являются финансовыми потерями компании EUROCEMENT Holding AG, противоречит существу гражданских правоотношений с участием юридических лиц как *самостоятельных* участников гражданских правоотношений..."
  - ▶ "Ссылки кредитора на избрание английского права как регулятора правоотношений "покупки бизнеса" в отсутствие соответствующих правовых норм в российском законодательстве судом признаны несостоятельными"
  - ▶ "Заключение договора о заверениях, возмещении имущественных потерь и обязательствах, регулируемого английским правом и заключенное между EUROCEMENT Holding AG и продавцами акций, является *искусственно созданной на территории Российской Федерации конструкцией*, ограничивающей предпринимательские риски иностранного инвестора, в то время как ответственность этого инвестора в гражданских правоотношениях ограничена стоимостью принадлежащих ему акций ЗАО "ЕВРОЦЕМЕНТ групп" в соответствии с российским законодательством"

---

# Возмещение потерь и типовые инструменты ограничения ответственности

---

Возмещение потерь: что прописать в договоре с учетом новых  
позиций судов

# Типовые ограничения ответственности



- Как правило, размер, порядок, условия возмещения потерь ограничивают **в том же порядке, что и ответственность по убыткам при недостоверности заверений**:
  - ▶ по сумме
  - ▶ по сроку предъявления
  - ▶ путем обязанности кредитора митигировать потери

# Ограничения по сумме: de minimis

- **De minimis** – минимальный размер убытка / потерь, достаточный для предъявления требования
  - ▶ стандартный размер, процент от цены договора:
    - ▷ статистика сделок в США\*: может достигать до 41%
    - ▷ российские сделки: 0.1% - 1% или 500 тыс. руб. – 5 млн руб.
  - ▶ пример: "Продавец несет ответственность, если совокупный размер имущественных потерь и (или) убытков Покупателя на дату предъявления соответствующего требования или нескольких требований, вместе взятых, в отношении **одного или нескольких связанных** Обстоятельств возмещения, указанных в Приложении [●], превышает **1 млн руб.**, и в этом случае вся сумма (а не только величина превышения установленного предела) подлежит взысканию Покупателем"



# Ограничения по сумме: basket

- **Basket / Bucket** – "корзина" / "ведро" требований, которые могут быть предъявлены в совокупности
  - ▶ стандартный размер, процент от цены договора:
    - ▷ статистика сделок в США: по большинству сделок 0,5% - 1%
    - ▷ российские сделки: 1,6% - 3%
  - ▶ Пример first dollar basket: *"Продавец несет ответственность, если совокупный размер имущественных потерь и (или) убытков Покупателя в отношении **всех требований** по Договору превысит сумму, равную **10 млн руб.**, и в таком случае Продавец будет нести ответственность в размере всех таких требований, а не только в размере суммы превышения"*

# Ограничения по сумме: cap

- **Cap** – максимальный размер убытков / потерь, которые возмещает продавец
  - ▶ стандартный размер, процент от цены договора:
    - ▷ статистика сделок в США: по большинству сделок 10% - 15%
    - ▷ российские сделки: 20% - 100%
  - ▶ пример: *"Максимальный размер ответственности Продавца по Договору или в связи с ним, в том числе по любым требованиям Покупателя, не будет превышать Цену приобретения"*

# Ограничения по времени

- В английском праве стороны могут согласовать в договоре срок исковой давности, отличный от общего правила
- В российском праве **срок исковой давности не может изменяться соглашениями сторон** (ст. 198 ГК)
- Пример из практики: *"Продавец возмещает потери Покупателя при условии, что соответствующее требование предъявлено не позднее 2 (двух) лет с даты возникновения Обстоятельства возмещения"*
- **Риск:** положение соглашения с таким сроком может быть признано недействительным, можно будет обратиться за возмещением после истечения срока
- **Решение:** предусмотреть в соглашении, что после определенного срока размер возмещаемых потерь будет, напр., 1 тыс. руб.

# Дополнительные ограничения. Митигация потерь.

- Прямо предусмотреть в соглашении обязанность покупателя по **митигации потерь**
- **Пример:** *"Если Покупателю становится известно о любом факте или обстоятельстве, которое может привести к тому, что Покупатель будет вправе предъявить требование Продавцу, Покупатель должен уведомить о таком факте или обстоятельстве Продавца в возможно кратчайшие разумные сроки, и предпринять все такие правомерные действия, которые могут разумно требоваться для того, чтобы уменьшить размер потерь Покупателя"*

---

# Рекомендации к применению и структурированию

---

Возмещение потерь: что прописать в договоре с учетом новых  
позиций судов

# Практические рекомендации

- Возмещение потерь применять по назначению, т.е. если иные конструкции не работают (*плата за отказ, изменение условий по ст.327.1 ГК, неустойка, корректировка цены сделки, убытки при недостоверности заверений и др.*)
  - ▶ Не ставить на то, что размер потерь не подлежит снижению
- Ссылаться на ст.406.1 ГК, избегать индикаторов нарушения обязательства или иных конструкций, смешения с иными конструкциями (*вина должника, плата при расторжении договора, предоставление и прекращение скидки и др.*)
- Формулировать обстоятельство возмещения и размер потерь с учётом необходимости доказывать причинную связь
- Предусматривать четкий порядок определения размера потерь, не ограничиваться указанием суммы
- Предусматривать порядок митигации потерь по следующим вопросам
  - ▶ Уведомление должника о возникновении обстоятельства возмещения
  - ▶ Предоставление кредитору возможности оспорить претензию / иным образом нивелировать последствия обстоятельства возмещения
  - ▶ Период для права должника вмешаться и последствия его истечения

Александр Гармаев

Руководитель  
Группы корпоративных проектов  
VEGAS LEX  
Garmaev@vegaslex.ru

**VEGAS LEX**

VEGASLEX.RU