



**КАРАПЕТОВ
АРТЕМ ГЕОРГИЕВИЧ**

директор Юридического
института «М-Логос»,
доктор юридических наук

ЗАВЕРЕНИЯ ОБ ОБСТОЯТЕЛЬСТВАХ И УСЛОВИЯ О ВОЗМЕЩЕНИИ ПОТЕРЬ В НОВОЙ РЕДАКЦИИ ГК РФ

С 1 июня 2015 г. в ГК РФ появились две новые статьи: ст. 431.2 о заверениях об обстоятельствах и ст. 406.1 об обязательствах возмещения потерь. Появление двух данных правовых конструкций было предопределено желанием урегулировать распространенную в сфере заключения инвестиционных, финансовых и корпоративных сделок практику. В настоящем небольшом комментарии мы постараемся проанализировать основные вопросы, возникающие при чтении данных статей.

Ключевые слова: заверения об обстоятельствах, убытки, возмещение потерь

I. Заверения об обстоятельствах

1. Текст статьи

Статья 431.2. Заверения об обстоятельствах

1. Сторона, которая при заключении договора либо до или после его заключения дала другой стороне недостоверные заверения об обстоятельствах, имеющих значение для заключения договора, его исполнения или прекращения (в том числе относящихся к предмету договора, полномочиям на его заключение, соответствию договора применимому к нему праву, наличию необходимых лицензий и разрешений, своему финансовому состоянию либо относящихся к третьему лицу), обязана возместить другой стороне по ее требованию убытки, причиненные недостоверностью таких заверений, или уплатить предусмотренную договором неустойку.



ARTEM G. KARAPETOV

Director of the M-Logos Law
Institute, LLD

REPRESENTATIONS AND PROVISIONS FOR RECOVERY OF LOSSES IN THE NEW VERSION OF THE CIVIL CODE OF THE RUSSIAN FEDERATION

The Civil Code of the Russian Federation has two new articles from the 1st of June 2015: Art. 431.2 on representations and warranties and Art. 406.1 on indemnification commitments. These legal constructions were predetermined by wish for regulation of the practice already established in the sphere of investment, financial and corporate transactions. This brief commentary presents an attempt to analyse the main questions arising from studying the articles.

Keywords: representations and warranties, losses, recovery of losses

Признание договора незаключенным или недействительным само по себе не препятствует наступлению последствий, предусмотренных абзацем первым настоящего пункта.

Предусмотренная настоящей статьей ответственность наступает, если сторона, предоставившая недостоверные заверения, исходила из того, что другая сторона будет полагаться на них, или имела разумные основания исходить из такого предположения.

2. Сторона, полагавшаяся на недостоверные заверения контрагента, имеющие для нее существенное значение, наряду с требованием о возмещении убытков или взыскании неустойки также вправе отказаться от

договора, если иное не предусмотрено соглашением сторон.

3. Сторона, заключившая договор под влиянием обмана или существенного заблуждения, вызванного недостоверными заверениями, данными другой стороной, вправе вместо отказа от договора (пункт 2 настоящей статьи) требовать признания договора недействительным (статьи 179 и 178).

4. Последствия, предусмотренные пунктами 1 и 2 настоящей статьи, применяются к стороне, давшей недостоверные заверения при осуществлении предпринимательской деятельности, а равно и в связи с корпоративным договором либо договором об отчуж-

дении акций или долей в уставном капитале хозяйственного общества, независимо от того, было ли ей известно о недостоверности таких заверений, если иное не предусмотрено соглашением сторон.

В случаях, предусмотренных абзацем первым настоящего пункта, предполагается, что сторона, предоставившая недостоверные заверения, знала, что другая сторона будет полагаться на такие заверения.

2. Комментарий

2.1. Практика предоставления договорных заверений

Потребность, которая вызвала к жизни ст. 431.2 ГК РФ, достаточно очевидна. В обороте, в особенности в практике совершения сложных инвестиционных, финансовых и корпоративных сделок (акционерных соглашений, сделок продажи акций или доли, договоров совместной деятельности, договоров в области разработки месторождений и т.п.), стороны достаточно часто фиксируют в договоре или сопроводительной документации к нему определенные заявления о тех или иных имевших место в прошлом или на момент заключения договора фактических обстоятельствах, которые важны для другой стороны и позволяют ей принять взвешенное решение о заключении договора. Во внутрироссийских контрактах такие заявления (далее — заверения) встречаются достаточно часто и включаются даже в самые обычные договоры в рамках обычной хозяйственной деятельности.

По сути, в форме заверений одна из сторон сообщает ту или иную информацию, имеющую важное значение для другой стороны и стимулирующую последнюю заключить договор на определенных условиях. В одних случаях раскрытие такой информации является обязательным с точки зрения тех или иных законодательных предписаний или общего принципа добросовестности (п. 3 ст. 307 ГК), в других — является необязательным, но осуществляется с целью повлиять на решение другой стороны заключить договор.

Соответствующая информация может предоставляться в форме заверений, данных до заключения договора (например, в инвестиционном меморандуме

или меморандуме о взаимопонимании), включаться в текст договора непосредственно или предоставляться в ходе исполнения договора. Принципиального значения это не имеет. Сообщать ложную информацию, обманывать партнера нельзя.

Обманщик должен нести ответственность. Этот вывод, который представляется вполне логичным и даже неизбежным, лежит в основе ст. 431.2 ГК, предписывающей возмещение убытков в случае обмана.

О чем на практике делаются заверения? Можно выделить три основные группы таких заверений.

Первая группа — это заверения в отношении актива, являющегося объектом договора купли-продажи, мены, аренды, лицензионного договора или иных подобных договоров. Когда продавец заверяет покупателя в отношении характеристик отчуждаемого объекта или предмета иных подобных договоров, в пору говорить о классической договорной ответственности за качество и чистоту титула. Например, если продавец заверяет покупателя, что отчуждаемая вещь не находится под арестом, не заложена, не обременена правами третьих лиц, приобретена на законном основании, обладает определенными качественными характеристиками, и впоследствии выясняется, что это ложь, покупатель вправе предъявить продавцу требования, вытекающие из нарушения договора. Ведь в обязанности продавца входила передача покупателю не просто вещи, но вещи, чистой от прав третьих лиц и обладающей определенными в договоре характеристиками. Если это требование не соблюдается, мы имеем классическое нарушение договорного обязательства и ответственность за чистоту титула (ст. 461 ГК), качество (ст. 475 ГК) и т.п. Иначе говоря, применительно к таким случаям нет никакой нужды во введении какой-то особой ответственности за предоставление ложных заверений; вполне достаточно норм об ответственности за нарушение обязательства.

Сложность возникает в случае отчуждения акций и доли участия в ООО. Здесь на практике заверения даются в отношении не объекта отчуждения (акций или доли), а компании (нередко и в отношении ее дочерних компаний), акции и доли которой отчуждаются. Покупателя интересуют не сами акции (доля), а акции

(доля) вполне конкретного предприятия. Соответственно, для него решающее значение имеют характеристики такого предприятия (наличие у него лицензий, отсутствие долгов, обороты, доходность и иные финансовые показатели, правильное оформление прав на недвижимость, отсутствие просрочек по полученным кредитам и т.п.). Не все эти характеристики могут быть с абсолютной достоверностью выявлены на стадии предваряющего заключение договора аудита (так называемого *due diligence*). Таким образом, покупатель настаивает на прямом закреплении таких показателей в самом договоре, рассчитывая на то, что в случае, если эти данные окажутся ложными, он сможет потребовать от продавца возмещения убытков или соразмерного снижения цены. В английском праве эту функцию выполняют как раз договорные заверения и гарантии (*representations and warranties*).

В праве российском с этой задачей в принципе могло бы справиться расширительное толкование ст. 475 ГК об ответственности продавца за качество. В ней указаны все те искомые средства защиты: взыскание убытков, снижение цены и отказ от договора. К сожалению, не все юристы и суды были готовы к такой интерпретации названной статьи, узко толкуя правила о качестве и не видя того, что при продаже акций (доли) качество непосредственного объекта отчуждения косвенно определяется зафиксированными в договоре характеристиками предприятия, акции (доля) которого отчуждаются. В принципе, эту проблему было достаточно просто решить за счет судебного толкования. На самом деле в форме классических для договоров купли-продажи акций (доли) заверений в отношении предприятия, акции (доля) которого продаются, стороны конкретизируют обязательство продавца. Продавец должен передать акции (долю) предприятия, которое, в свою очередь, на момент заключения договора обладает указанными в форме таких заверений характеристиками. Если продавец переформил на покупателя акции (долю), но выяснилось, что предприятие не обладало описанными характеристиками, то стоит говорить о нарушении продавцом своих обязательств. Так что если бы речь шла только о таких заверениях, видимо, специальная норма об ответственности за ложные заверения не понадобилась бы. Было бы достаточно общих правил о договорной ответственности (ст. 393 ГК) и ответственности продавца за качество (ст. 475 ГК). Остается только удивляться, что до сих пор высшие суды не сняли всякую неясность в данном актуальном для практики вопросе.

В контексте появления в ГК ст. 431.2 об ответственности за ложные заверения к таким заверениям в отношении компании, акции (доля) которой отчуждаются, может применяться именно она. Если впоследствии суды пойдут на расширительное толкование ст. 475 ГК, к соответствующим отношениям могут применяться ст. 431.2 и 475 в совокупности.

Как мы видим, расширительное толкование ст. 475 ГК может быть альтернативой появлению института ответственности за ложные заверения. Соответственно, если бы речь шла о таких заверениях в отношении отчуждаемого актива, в принципе потребность в появлении ст. 431.2 ГК была бы, возможно, не столь острой. Но в реальности встречаются и другие виды заверений, которые уже никак нельзя было описать на языке договорного обязательства.

Вторая группа заверений — это заверения в отношении самой стороны договора. В частности, в рамках таких заверений заемщик уверяет банк в своем финансовом положении, а также предоставляется информация о наличии у стороны необходимых лицензий, о наличии/отсутствии в составе акционеров тех или иных предприятий, о налоговом резидентстве, об использовании того или иного налогового режима или праве на применение той или иной ставки НДС и т.п. В ряде случаев ложность данных сведений может спровоцировать возникновение у контрагента, добросовестно положившегося на полученные заверения, убытков, которые он вполне обоснованно захочет возместить за счет обманщика. Например, иностранная компания может заверить российского контрагента о том, что она является налоговым резидентом страны, с которой у РФ имеется договор об избежании двойного налогообложения, и является конечным бенефициаром причитающихся ей роялти по лицензионному договору (в понятийном аппарате ст. 7 и 312 Налогового кодекса РФ «лицом, имеющим фактическое право на такие доходы»), не выступая в качестве промежуточного звена между российским контрагентом и некоей компанией в другой офшорной зоне, с которой у РФ не заключено соглашение об избежании двойного налогообложения. В этой ситуации российский контрагент в силу международного договора между РФ и соответствующей страной вправе не удерживать (или применить пониженную ставку) налог на выплачиваемые этой иностранной компанией роялти. Если эта информация окажется ложной, российские налоговые



власти могут применить к российскому контрагенту санкции, предусмотренные в НК РФ.

Другой пример: российское законодательство может запретить российской компании сотрудничать с иностранным партнером, попавшим под те или иные российские санкции, как напрямую, так и через его дочерние предприятия. В таких условиях для российского контрагента принципиально важно быть уверенным в том, что в состав акционеров его контрагента не входит иностранная компания, попавшая под российские санкции. Вполне очевидно, что российский контрагент, не имея возможности получить доступ к текущему состоянию реестра акционеров своего партнера, потребует предоставления ему заверений на сей счет. Если они окажутся ложными и у российского контрагента возникнут проблемы с отечественными властями, он должен иметь право возместить возникшие убытки за счет обманщика. Таких примеров можно приводить достаточно много.

Третья группа заверений дается в отношении правовой судьбы самого договора. В частности, в рамках таких заверений одна из сторон заявляет другой, что директор полномочен совершать сделку в силу устава и иных внутренних документов компании; сделка не является для соответствующей стороны крупной, или она является крупной, но прошла все необходимые внутренние согласования; что на сделку получены иные необходимые согласия государственных органов или третьих лиц (например, залогодержателя на перевод долга, супруга на совершение сделки с общим имуществом, должника на уступку в нарушение договорного запрета на уступку; других участников ООО на отчуждение доли третьему лицу и т.п.); что другие участники ООО отказались от реализации своего преимущественного права; наконец, что сделка соответствует национальному праву, и т.п.

Подобные заверения обычно даются тогда, когда имеется определенная угроза для действительности сделки, а контрагент не может быть абсолютно уверен в ее действительности. Заверения нужны для того, чтобы в случае признания сделки недействительной из-за наличия не идентифицированных контрагентом при заключении договора пороков этот пострадавший контрагент был вправе взыскать со своего партнера, чей директор дал ложные заверения, возникающие убытки. Например, российская компания заключает сделку

с компанией с Ближнего Востока и в силу специфики национального права страны ее контрагента не может быть абсолютно уверена, что сделка не нарушает те или иные местные запреты и не будет признана недействительной. Поэтому она будет требовать предоставления ей ближневосточным партнером заверений в отношении соответствия сделки праву его страны.

Смысл таких заверений обычно состоит в том, чтобы позволить контрагенту направлять меньше сил и времени на перепроверку соответствующих обстоятельств. Получая гарантию того, что в случае аннуляции договора ему возместят убытки, контрагент может чуть меньше переживать по поводу тщательности проведения *due diligence*. В итоге экономятся транзакционные издержки. Приведем пример. Компания дает своему контрагенту заверения, что у нее нет внутренних регламентов, ограничивающих полномочия директора, что сделка не является крупной, или заявляет, что сделка прошла все необходимые согласования. Безусловно, в силу специальных норм российских Законов об АО и ООО¹, а также п. 1 ст. 174 ГК такую сделку можно оспорить, только если будет доказано, что контрагент знал или должен был знать об отсутствии у директора компании соответствующих полномочий на ее заключение. Контрагента беспокоит именно последнее «должен был знать». Толкование данного условия может быть как широким, так и достаточно узким. Все зависит от того, какой стандарт должной заботливости и осмотрительности применит суд при разрешении спора об оспаривании сделки. Заранее угадать это не всегда возможно, поэтому контрагент хочет подстраховаться и требует предоставления соответствующих заверений. Если в итоге суд посчитает, что контрагент с точки зрения стандартов разумной осмотрительности должен был запросить устав, баланс, другие документы и заподозрить неладное в полномочиях директора компании, и признает сделку недействительной, у контрагента при наличии в договоре таких заверений будет резервная возможность взыскать убытки с компании за ложь со стороны ее директора. Такая перспектива дает дополнительную уверенность, снижает транзакционные издержки на проверку полномочий и упрощает принятие решения о заключении договора.

¹ Федеральные законы от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» и от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью».

Как мы видим, заверения могут быть очень разными и выполнять разные бизнес-задачи. Выше мы представили лишь некоторые типы заверений. На практике могут встречаться и иные варианты. При структурировании сделок с акциями и долей в крупном бизнесе списки заверений часто занимают десятки страниц и являются предметом очень серьезных переговоров.

2.2. Санкции за предоставление ложных заверений

Основной правовой вопрос, возникающий в связи с этим, состоит в том, что происходит, если предоставленная информация на поверку оказалась ложной. Российский ГК до 1 сентября 2013 г. предусматривал санкцию в виде нормы ст. 179 о праве оспорить сделку, совершенную в результате предоставления ложной информации, т.е. в результате обмана. Эта же норма предусматривала в качестве дополнительной к оспариванию санкции взыскание с обманувшего лица реального ущерба. С 1 сентября 2013 г. ответственность обманщика расширилась, и теперь он отвечает за любые убытки жертвы, а не только за реальный ущерб².

Оправданно ли оспаривание сделки, совершенной в результате обмана? Безусловно. Но всегда ли жертва заинтересована в аннуляции такого договора? Очевидно, что нет. Во многих случаях договор мог быть давно исполнен к моменту выявления ложности предоставленных заверений или возникновения у жертвы соответствующих неблагоприятных последствий. В ряде других случаев аннуляция договора просто не входит в интересы жертвы. Обман мог не быть столь

существен, чтобы подорвать интерес к сделке в целом. Аннуляция договора даст жертве лишь право на защиту негативного интереса, что может абсолютно ее не устраивать. Жертва может иметь и часто имеет сильный интерес в сохранении договора, несмотря на всплывший обман. В то же время обман мог причинить жертве, полагавшейся на полученную информацию, убытки. И здесь встает вопрос о том, что было бы справедливо и целесообразно возместить эти убытки за счет обманщика. Никто, собственно, против логичности такого решения обычно не возражает.

Ответственность обманщика за убытки, наступающая и тогда, когда сделка не аннулируется, — абсолютно необходимое правовое решение, которое будет способствовать превенции обмана при переговорах и заключении договора. Должна быть обеспечена неотвратимость наказания обманщика. Нередко обманщик понимает, что жертва вряд ли будет заинтересована в оспаривании договора, и при действовавшей до 1 июня 2015 г. редакции он мог быть уверен, что иск об убытках ему не грозит (так как по ст. 179 ГК взыскание убытков было неотъемлемым элементом оспаривания договора). При появлении же в праве возможности привлечения обманщика к ответственности за предоставление ложной информации отдельно от оспаривания сделки такой недобросовестный расчет не срабатывает.

Необходимость признания самостоятельного, не сопрягаемого с оспариванием договора права жертвы обмана требовать возмещения убытков, возникших в результате сообщения ложной информации, широко признана в зарубежном праве. Так, в Модельных правилах европейского частного права (далее — *DCFR*) помимо права на оспаривание сделки, совершенной в результате обмана, прямо предусматривается статья, дающая жертве обмана самостоятельное право на взыскание с контрагента убытков, возникших в связи с предоставлением им недостоверной информации. Такое право может быть реализовано и в случаях, когда сделка не оспаривается (ст. II.–7:204 *DCFR*). Собственно, эта норма *DCFR* и стала одним из источников вдохновения для разработки ст. 431.2 ГК РФ.

По сути, ст. 431.2 ГК РФ, вступившая в силу с 1 июня 2015 г., реализует именно задачу выделения права на взыскание убытков в случае обмана в качестве самостоятельного средства защиты, которое можно

² Принципиального значения это изменение, правда, не имеет, так как с учетом того, что сделка признается недействительной, взыскание позитивного интереса, ставящего жертву в положение, которое имело бы место, если бы договор был исполнен, невозможно. Соответственно, как это характерно для европейской правовой традиции, при недействительности сделки взыскание убытков защищает только негативный интерес, т.е. ставит жертву в то положение, в котором она находилась бы, если бы вовсе договор не заключала. В рамках же защиты негативного интереса в основном могут быть взысканы лишь понесенные расходы. Взыскание упущенной выгоды теоретически не заблокировано, но предстает в рамках парадигмы защиты негативного интереса в форме взыскания упущенных доходов, которые жертва могла бы получить, если бы вовсе не заключила договора с обманщиком. Доказать на практике столь сложный вид упущенной выгоды обычно крайне сложно.



применять и без оспаривания сделки. Этот же режим ответственности может применяться и тогда, когда сделка аннулируется по иным, нежели ст. 179 ГК, основаниям (например, крупная сделка, сделка, совершенная с нарушением ограничения полномочий директора, и т.п.).

Применение в этих целях классической формы ответственности за нарушение договорного обязательства (убытки по ст. 393 ГК) для тех заверений, которые не являются заверениями в отношении отчуждаемого актива, представлялось законодателю невозможным. И действительно, ст. 393 ГК говорит об ответственности за нарушение обязательства. А последнее есть относительное правоотношение, в котором должник обязуется делать или не делать что-то в будущем. На этот счет имеется прямо закрепленная в ст. 307 ГК дефиниция обязательства. В случаях, когда предоставляется ложная информация о фактических обстоятельствах, имевших место в прошлом или присутствовавших в момент предоставления такой информации, говорить об обязательстве в контексте российского законодательства не приходится. Исключением является описанный выше случай предоставления заверений продавца в отношении актива, являющегося объектом отчуждения, или предприятия, акции (доля) которого отчуждаются.

В принципе, функцию обоснования ответственности за предоставление ложной информации за рамками случаев с заверениями в отношении актива может выполнять и новая ст. 434.1 ГК об ответственности за недобросовестное ведение переговоров, тем более предоставление ложной информации указано в ней в качестве одного из видов недобросовестности при ведении переговоров. Тем не менее думается, что выведение самостоятельной статьи для регулирования ответственности за предоставление ложных заверений оправданно по следующим основаниям.

Во-первых, ст. 434.1 ГК все-таки напрямую регулирует отношения сторон на стадии переговоров. Ложные заверения же могли как быть, так и не быть предметом переговоров. Возможны ситуации, когда заверения включены в форму проекта некоего договора и сторона дает их лишь в момент подписания договора. В этом плане применение в этих целях статьи об ответственности за недобросовестную практику *ведения переговоров* не вполне логично.

Во-вторых, сама ст. 434.1 ГК предназначена в первую очередь для обоснования ответственности за недобросовестное ведение переговоров в ситуации, когда договор так и не состоялся. Здесь надо видеть разграничение между ответственностью за убытки при предоставлении ложной информации, упомянутой в ст. 434.1 ГК, и ответственностью за ложные заверения по ст. 431.2 ГК. В первом случае речь идет о сообщении ложной информации, возникновении убытков у другой стороны и взыскании их в ситуации, когда из-за раскрытия этой лжи договор так и не был заключен. Например, в начале переговоров в инвестиционном меморандуме потенциальному покупателю были сообщены определенные показатели работы продаваемой компании. Покупатель заинтересовался и начал углубленные переговоры, нанял команду юристов и аудиторов для проведения *due diligence* и успел потратить несколько миллионов рублей, прежде чем узнал, что сообщенная ему изначально информация была ложной. Он выходит из переговоров и обращается в суд с иском о взыскании своих расходов с обманщика по ст. 434.1 по правилам о преддоговорной ответственности. Иная ситуация возникает тогда, когда договор был в итоге заключен. Здесь применение правил о *преддоговорной ответственности* представляется не вполне логичным.

В-третьих, в ряде случаев ложные заверения могут быть предоставлены и после заключения договора. Когда реализуются те или иные права по договору, это нередко происходит на основе какой-либо информации, поступающей от другой стороны. Если в ходе исполнения договора поступила ложная информация, в результате чего другая сторона приняла на себя те или иные расходы, было бы справедливо, чтобы лгун понес наказание и возместил убытки. Например, арендатор, пытаясь склонить арендодателя к расторжению договора, сообщает ему о постоянных сбоях в работе арендованного транспортного средства. Арендодатель тратит средства на проведение экспертизы, которая не выявляет дефектов и подтверждает, что никаких сбоев в работе оборудования на самом деле не было. В итоге рассерженный арендодатель требует от арендатора покрытия его расходов. Статья 431.2 ГК в полной мере эту ситуацию покрывает. В подобных ситуациях в принципе невозможно говорить о преддоговорной ответственности.

Так что логично предположить следующее разграничение ст. 434.1 и 431.2 ГК. Если ложная информация

предоставляется в ходе переговоров и договор в итоге так и не был заключен, применяется режим преддоговорной ответственности за недобросовестное ведение переговоров по ст. 434.1. Если же договор был заключен, то, независимо от того, предоставлялись ли ложные заверения до, в момент или после его заключения, применяется специальная норма ст. 431.2 ГК о заверениях об обстоятельствах.

В принципе, в отсутствие специальной нормы об ответственности за ложные заверения такой иск можно было бы опереть на общие правила деликтной ответственности. В то же время такая форма обоснования усложнена отсутствием в нашем праве какой-либо ясности в вопросе о возможности взыскания в рамках деликтной ответственности чистых экономических убытков (*pure economic loss*), т.е. убытков, возникающих у жертвы непосредственно в виде тех или иных финансовых потерь в результате поведения делинквента, а не в качестве следствия первичного причинения вреда личности или имуществу жертвы. Классический деликт, который держит в уме любой российский судья, имеет место тогда, когда вред причиняется жизни, здоровью, имуществу или иным абсолютным правам жертвы. Так, в определении деликта ст. 1064 ГК говорит о вреде, причиняемом личности или имуществу жертвы. В случае же предоставления ложных заверений объективная сторона правонарушения состоит не в причинении вреда личности или имуществу, а в предоставлении недостоверной информации, провоцирующем возникновение у жертвы определенных финансовых потерь. В целом разработка проблематики чистых экономических убытков могла бы подтолкнуть наше право к расширению охвата нормы главы 59 ГК о возмещении вреда, и тогда предоставление ложных заверений могло бы спокойно караться на основании нормы деликтной ответственности. Но законодатель решил ввести специальные нормы об ответственности за предоставление ложной информации и не полагаться на эту туманную перспективу расширения охвата норм о деликте. Туманную потому, что какой-либо научной активности в вопросах деликтного права в России не наблюдается уже достаточно давно, а вопрос о легализации доктрины чистых экономических убытков является слишком сложным и глобальным, чтобы решать его между делом в рамках реализации столь узкой задачи, как институционализация договорных заверений в российском праве.

Такое решение законодателя, по нашему мнению, достаточно мудрое, так как оно никоим образом не определяет правовую природу такой ответственности, оставляя этот вопрос для будущих научных разработок. Ничто не мешает нам признать эту ответственность частным случаем деликтной ответственности. В равной степени существует возможность разработки и какой-либо альтернативной теории. По такому же осторожному пути законодатель пошел и в вопросе об ответственности преддоговорной, закрепив ее в специальной норме ст. 434.1 и воздержавшись от ответа на теоретический вопрос о ее деликтной, договорной или гибридной природе.

2.3. Добросовестность жертвы обмана

Правом на иск о взыскании убытков, вызванных ложными заверениями, обладает только добросовестный контрагент, который не знал и не мог заведомо знать об их ложности, т.е. полагался на заверения разумно и добросовестно. Если такой контрагент мог знать о ложности заверений лишь в случае, если бы он проявил принятый в обороте стандарт должной заботливости и осмотрительности, этого, на наш взгляд, недостаточно для блокирования иска об убытках, так как иначе важная функция заверений по снижению транзакционных издержек не будет выполняться. Заверения, собственно говоря, и берутся во многом именно для того, чтобы положиться на них вместо проведения собственного дорогостоящего *due diligence*. Но если будет доказано, что контрагент точно знал о ложности заверений и заведомо не мог не знать об этом, то вряд ли можно признать его разумно полагающимся на такие заверения и добросовестным. Соответственно, в подобной ситуации иск об убытках должен отклоняться.

2.4. Неустойка и объем взыскиваемых убытков

Что касается объема взыскиваемых убытков, то, как представляется, вопрос этот должен решаться в зависимости от типа заверений. Если заверения давались в отношении действительности договора, то признание его недействительным исключает возможность взыскания позитивного интереса. Всё, что может жертва взыскать в таком случае, это реальный ущерб, возникший у нее в связи с тем, что она полагалась на договор.



В остальных случаях у нас нет возражений против взыскания всех убытков по модели защиты позитивного интереса. Это, безусловно, касается заверений в отношении актива, так как здесь мы имеем разновидность договорной ответственности. Но это же, вероятнее всего, касается и заверений в отношении контрагента. Если, например, выясняется, что вопреки заверениям на контрагента распространяются санкции и это блокирует дальнейшее исполнение сделки, то жертва обмана вправе взыскать все убытки (включая упущенную выгоду), которые должны поставить ее в то положение, которое бы имело место, если бы заверения были правдивы.

Насчет установления в договоре неустойки, уплачиваемой на случай выявления ложности заверений, у нас имеются определенные сомнения. Этой нормы не было в тексте проекта, одобренного Государственной Думой в 2012 г. в первом чтении. Она появилась в результате правок ко второму чтению достаточно неожиданно. Безусловно, наличие неустойки упрощает положение жертвы обмана в плане снятия необходимости доказывания убытков. В то же время решение это несколько необычное и в договорной практике нами не встречалось.

2.5. Независимость договорных заверений

Что касается вопроса об оправданности нормы абз. 2 п. 1 ст. 431.2 ГК, которая выводит, что признание договора недействительным или незаключенным само по себе не порочит данные при его заключении заверения, то такое решение стоит поддержать, но с одним важным уточнением. Как уже отмечалось, заверения могут даваться в отношении правовой судьбы договора, его действительности. Соответственно, было бы логично исходить из того, что если договор признается недействительным (например, в рамках применения правил о крупных сделках) и это вскрывает ложность заверений, то это само по себе не препятствует жертве обмана опереться на включенные в договор заверения о наличии внутренних согласований или отсутствии крупного характера сделки. В то же время в отношении других заверений, не касающихся отсутствия оснований для аннуляции договора (например, заверения в отношении отчуждаемого актива), признание договора недействительным должно исключать ответственность за ложные заверения. В этом

смысле норма абз. 2 п. 1 ст. 431.2 ГК должна толковаться ограничительно.

2.6. Ответственность за неумышленную ложность заверений

Согласно п. 4 ст. 431.2 ГК в случае предоставления ложных заверений лицом, осуществляющим предпринимательскую деятельность, а также заверений, данных любым лицом при заключении корпоративных договоров и договоров, связанных с отчуждением акций или доли, ответственность за ложные заверения наступает независимо от того, знал ли обманщик о том, что он сообщает ложную информацию.

Нам кажется, что это решение абсолютно оправдано. В части договорной ответственности коммерсант отвечает даже при отсутствии вины (п. 3 ст. 401 ГК). В этих условиях с позиции системной согласованности правового материала было бы логично, чтобы коммерсант нес аналогичную строгую ответственность и тогда, когда у другой стороны возникают убытки из-за неумышленной лжи (т.е. в ситуации, когда лицо, предоставившее заверения, само не знало, что они не соответствуют действительности). Договором стороны могут исключить ответственность за неумышленную ложь, но общим правилом должна являться строгая ответственность. Коммерсант должен тщательно проверять ту информацию, которую он сообщает о себе и иных связанных с ним обстоятельствах контрагенту с целью простимулировать того войти в договор. Милосердие здесь неуместно, так как оборотной его стороной будет оставление жертвы один на один с собственными убытками. Милосердное решение, освобождающее от ответственности при неумышленной лжи, поставило бы реципиента заверений в сложное и ненадежное положение. Он не мог бы заранее исключить отсутствие умысла у другой стороны. Поэтому логично ввести строгую ответственность и тем самым простимулировать лицо, раскрывающее информацию, тщательнее подходить к своим словам, а также защитить разумные ожидания реципиента заверений.

Те же аргументы работают и при предоставлении ложных заверений стороной корпоративного договора (например, акционерного соглашения) или договора об отчуждении акций или доли. Сама специфика таких

договоров требует применения жесткого стандарта ответственности, принятого в отношении сугубо коммерческой деятельности, даже если стороной договора является лицо, не являющееся профессиональным предпринимателем с формальной точки зрения. Акционер, пошедший на заключение акционерного соглашения или отчуждающий свои акции, в большинстве случаев не заслуживает какой-то особой патерналистской опеки и ведет себя как предприниматель.

II. Обязательство по возмещению потерь

1. Текст статьи

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.

2. Комментарий³

2.1. Практика согласования возмещения потерь

Практическая потребность во введении в ГК РФ ст. 406.1 о возмещении потерь состоит в том, что в коммерческой практике (особенно в практике заключения крупных инвестиционных, корпоративных, подрядных договоров) 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.

В ряде случаев стороны могут застраховать риск возникновения таких потерь, обратившись к профессиональному страховщику. Но в иных случаях стороны считают более целесообразным осуществить внутреннее страхование, когда риск возникновения сопутствующих заключенному договору потерь у одной из сторон страхуется другой стороной. Премия за принятие на себя риска 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

³ Один из первых глубоких комментариев к изначально принятому Госдумой в первом чтении проекту ст. 406.1 ГК см.: Архипова А.Г. Возмещение потерь в новом ГК РФ: «за» или «против»? // Вестник гражданского права. 2012. № 4. С. 158–183.



страхования компания. Последнее очень вероятно, так как контрагенту, специализирующемуся в какой-либо сфере бизнеса, часто намного проще адекватно оценить вероятность материализации подобного риска, чем внешнему страховщику.

О каких потерях идет речь?

Например, подрядчик опасается, что в связи с исполнением договора по выполнению сложных технических работ по техзаданию заказчика у него может выйти из строя техника, и заказчик, чтобы простимулировать подрядчика решиться принять заказ, берет на себя обязательство возместить стоимость оборудования в случае его поломки.

Продавец доли может взять на себя обязательство возместить покупателю все литигационные издержки в случае предъявления другими участниками ООО, посчитавшими, что их преимущественное право на приобретение доли было нарушено, исков о переводе прав на доли. Похожий пример: 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 и необоснованными, но это не освобождает покупателя от несения нередко значительных расходов на ведение судебных разбирательств.

Другой пример: 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 нести расходы на судебное разбирательство с соответствующими органами, он хочет иметь гарантию того, что заказчик эти потери покроет.

Еще один пример: покупатель опасается, что из-за неуплаты НДС поставщиком к нему могут предъявить требования налоговые органы (отказав в вычете упла-

ченного поставщику НДС), 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 к нему штрафных санкций из-за нарушений, допущенных поставщиком, тот возместит ему все убытки.

Можно привести и такой пример: 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. Препятствия такого рода обычно признаются непреодолимой силой и освобождают поставщика от ответственности. 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.

Или, скажем, одна из сторон готова возместить другой стороне потери, которые могут возникнуть в результате неожиданного повышения таможенных пошлин или связанных с исполнением данного договора налогов.

В подобных случаях предоставление одной из сторон гарантий возмещения потерь другой стороны стимулирует последнюю решиться на заключение договора и потому носит взаимовыгодный характер. Премия за принятие риска учитывается в цене, и обе стороны выигрывают от такого договорного условия.

В коммерческой договорной практике такие условия о возмещении потерь нередко обозначают английским термином *indemnity*.

Обосновать право на возмещение потерь ссылкой на общие правила о договорной ответственности за убытки (ст. 393 ГК) сложно, так как в подобных случаях речь не идет о нарушении одной из сторон каких-либо своих обязательств.

Видимо, чтобы еще раз подчеркнуть, что применительно к обсуждаемому условию договора речь не идет о возмещении убытков в связи с правонарушением, законодатель использовал эвфемизм «потери».

В принципе, законность таких условий договора вытекает непосредственно из принципа свободы до-

говора. В то же время с учетом российских реалий, где данный принцип ценится, к сожалению, невысоко, законодатель решил прямо поименовать эту распространенную в обороте конструкцию, сняв какие-либо сомнения в отношении ее законности. Это может позволить российским компаниям более уверенно использовать данную проверенную международной практикой структурирования инвестиционных, финансовых, корпоративных и иных сделок конструкцию в рамках российского права. Если бы законодатель всегда воздерживался от введения норм о возможности тех или иных договорных конструкций в ситуации, когда это и так вытекает из принципа свободы договора, то не было бы смысла в подавляющем числе норм ГК о договорах и обязательствах. Иногда для упрочения какой-либо договорной практики имеет смысл прямо фиксировать в законе какие-то распространенные в обороте конструкции и наполнять их определенным регулированием. Ту же ситуацию мы имеем и со ст. 406.1 ГК о возмещении потерь.

При этом законодатель поступил достаточно осторожно, допустив такие условия только для договоров, заключаемых между коммерсантами, а также корпоративных договоров и договоров об отчуждении акций (доли), независимо от статуса сторон. Этот взвешенный подход следует поддержать. Возложение бремени внутреннего страхования на потребителя в потребительском договоре было бы вряд ли оправданно с точки зрения баланса интересов сторон, принимая во внимание ограниченную рациональность потребителя.

2.2. Связь возмещаемых потерь с конкретным договором

В изначально одобренной Государственной Думой в первом чтении в 2012 г. редакции данной нормы речь шла о возмещении потерь, не связанных с нарушением, заключенного между сторонами договора, но при этом связанных с его заключением, исполнением и прекращением. Это подчеркивало, что возмещение потерь всегда сопровождается конкретным базовым договором между сторонами. 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. Третье лицо могло войти в эти отношения, лишь приняв на себя пору-

чительство по долгу соответствующей обязанной к возмещению стороны.

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 п. 1 статьи указано: «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...» Получается, что договориться о возмещении потерь могут *стороны обязательства*, а это недвусмысленно указывает на то, что между сторонами должно быть некое договорное правоотношение, из которого соответствующие потери и возникают.

В этом состоит важное отличие условия о возмещении потерь 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 связанные с неким базовым договором потери возмещает другая сторона этого договора. Как уже отмечалось, здесь мы имеем дело с внутренним страхованием, попыткой стороной перераспределить между собой связанные с договором риски.

2.3. Как толковать норму ст. 406.1 ГК о необходимости согласования в договоре размера возмещения потерь?

Указание в п. 1 ст. 406.1 ГК на то, что стороны должны договориться о размере возмещения потерь или порядке его определения, является явным недоразумением. В редакции, принятой в первом чтении в 2012 г., речь шла об установлении в договоре *предела* возмещения. И именно так, видимо, и нужно толковать появившуюся



в финальной редакции фразу про «размер возмещения». 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 предварительном согласовании их суммы. На практике стороны никогда не фиксируют в договоре точный размер возмещения и очень удивятся, если кто-то будет настаивать на таком странном решении. Если понимать данную норму буквально, то возмещение потерь превращается в уплату абстрактной суммы, размер которой никак не связан с фактически возникшими убытками. Думаем, этого никто не имел в виду, и мы столкнулись просто с редакционной неточностью.

Соответственно, подлежащий согласованию в договоре размер возмещения надо понимать как предел возмещения. Именно к такой интерпретации стоит призывать судебную практику.

До прояснения данного вопроса сторонам стоит посоветовать предусматривать в договоре пункт о порядке возмещения потерь и в нем определять, что возмещению подлежат все фактически возникшие потери в пределах такой-то суммы. Законность такого условия не вызывает сомнений, так как в п. 1 ст. 406.1 ГК прямо написано, что стороны могут согласовать порядок определения размера потерь.

2.4. Чем обязательство по возмещению потерь отличается от договорных заверений?

Основное отличие обязательств по возмещению потерь от договорных заверений состоит в том, что заверения даются в отношении фактов, имеющих место на момент предоставления заверений или имевших место в прошлом (о чем недвусмысленно говорит ст. 431.2 ГК), в то время как обязательства по возмещению потерь нацелены на покрытие потерь от возникновения тех или иных обстоятельств в будущем (что прямо следует из п. 1 ст. 406.1 ГК). В большинстве случаев это позволяет без труда отличить заверения от условия о возмещении потерь.

Но иногда граница между двумя этими условиями может быть достаточно тонкой. Например, сторона дает

заверения в отношении того, что сделка не является крупной, т.е. заверяет о тех или иных фактических обстоятельствах. Но фактические потери могут возникнуть в случае, если такая сделка будет оспорена, а это уже некое будущее обстоятельство. Если бы возникновение потерь в результате оспаривания сделки было бы predetermined следствием ложности заверений об отсутствии крупного характера сделки, то мы бы имели чистое заверение и ответственность за его ложность. Но здесь возникновение у контрагента убытков обуславливается не только тем фактом, что он заключил договор, не прошедший необходимых внутренних согласований в компании партнера, но и тем, что он будет в принципе оспорен в течение срока давности. Ведь он вполне мог быть и не оспорен. Оспаривание договора есть в чистом виде то будущее обстоятельство, риск возникновения которого может быть предметом соглашения о возмещении потерь по ст. 406.1 ГК.

Иначе говоря, в своем чистом виде заверения об имеющих место фактических обстоятельствах и условия о возмещении потерь, возникающих в связи с наступлением в будущем определенных обстоятельств, различаются принципиально.

Но в некоторых случаях происходит наложение двух этих конструкций. В таких ситуациях, как нам кажется, можно говорить об одновременном применении двух указанных статей. В ст. 431.2 и 406.1 нет каких-то несовместимых положений, которые могли бы вызвать серьезные проблемы при таком наложении.

2.5. Независимость условия о возмещении потерь от действительности договора

Что касается независимости условия о возмещении потерь, следует заметить следующее. Положение п. 3 ст. 406.1 ГК является достаточно неожиданным. В редакции, принятой в первом чтении, нормы о том, что обязательство по возмещению потерь не зависит от действительности и заключенности основного договора, не было. Очевидно, что 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 от-

рывает его действительность от судьбы того договора, из которого возникают возмещаемые потери.

Оправданно ли такое решение? Независимость договорных заверений, как мы показали выше, решение вполне разумное как минимум в тех случаях, когда заверения касаются судьбы самого договора и даются в отношении его действительности. Говоря же об условиях возмещения потерь, нам кажется, что здесь логично применять тот же подход. В тех случаях, когда условие о возмещении потерь страховало риск оспаривания договора и было нацелено на покрытие убытков, возникающих в связи с аннулированием договора, независимость условия о возмещения потерь от действительности договора вполне логична. В остальных случаях в этом, вероятно, нет особой логики. Соответственно, с учетом этих замечаний и стоит толковать положения п. 3 ст. 406.1 ГК.

References

Arkhipova A.G. “Recovery of Losses 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.

Information about the author

Artem G. Karapetov

Director of the M-Logos Law Institute, LLD (1/2 Leninsky Avenue, bld.1, off. 405, 119049 Moscow; e-mail: postmaster@m-logos.ru).