

А.Г. Каранетов,

д.ю.н., директор Юридического института «М-Логос» (С)

**Тезисы к научному круглому столу
«ЗАВЕРЕНИЯ ОБ ОБСТОЯТЕЛЬСТВАХ И УСЛОВИЯ О ВОЗМЕЩЕНИИ ПОТЕРЬ В
НОВОЙ РЕДАКЦИИ ГК РФ»**

I. Заверения об обстоятельствах

1. Была ли потребность в введении ст.431.2 ГК? Какую практическую проблему решает данная новелла? Могли ли аналогичную функцию выполнять нормы ст.179 ГК о недействительности сделки, совершенной под влиянием обмана, нормы нового ГК о преддоговорной ответственности (ст.434.1), общие нормы о деликтной ответственности или расширительное понимание предмета обязательства (ст.307 ГК)? Примеры использования заверений в практике договорной работы.

Потребность, которая вызвала к жизни ст.431.2 ГК, достаточно очевидна. В обороте, в особенности в практике совершения сложных инвестиционных и корпоративных сделок (акционерных соглашений, сделок продажи акций или доли, договоров совместной деятельности, договоров в области разработки месторождений и т.п.) достаточно часто стороны 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 внутрirosсийских контрактах такие заявления (далее по тексту - заверения) встречаются достаточно часто и включаются даже в самые обычные договоры в рамках обычной хозяйственной деятельности.

По сути, в форме таких заверений одна из сторон сообщает ту или иную информацию, имеющую важное значение для другой стороны и стимулирующую последнюю заключить договор на определенных условиях. В ряде случаев раскрытие такой информации является обязательным с точки зрения конкретных положений закона или общего принципа добросовестности (п.3 ст.307 ГК), в то время как в других случаях раскрытие информации 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 представляется вполне логичным и даже неизбежным.

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

Первая группа - это заверения в отношении актива, являющегося объектом купли-продажи, мены, аренды, лицензионного договора или иных подобных договоров. Когда продавец заверяет покупателя в отношении характеристик отчуждаемого объекта, или имеют места заверения в отношении предмета иных подобных договоров, следует 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 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 не в отношении непосредственного объекта отчуждения (акций или доли), а в отношении 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 сделки аудита (т.н. due diligence). Соответственно, покупатель настаивает на прямом указании таких обстоятельств 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 вполне могло справиться расширительное толкование ст.475 ГК об ответственности продавца за качество. В ней указаны искомые средства защиты: взыскание убытков, снижение цены и отказ от договора. К сожалению, не все юристы и суды были готовы к такой интерпретации ст.475 ГК, 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 отчуждается. В принципе, эту проблему можно 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 переоформил 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 бы не понадобилась. 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 отчуждается, может применяться именно данная статья. Если впоследствии суды пойдут на расширительное толкование ст.475 ГК, к соответствующим отношениям могут применяться ст.431.2 ГК и ст.475 ГК 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 о своем финансовом положении, 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 данной информации 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 соответствующей 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 ст.312 Налогового кодекса РФ - «лицом, имеющим фактическое право на такие доходы»), не выступая в качестве промежуточного звена между российским контрагентом и некой компанией в другой офшорной зоне, с которой у РФ не заключено соглашение об избежании двойного налогообложения. При таких условиях российский контрагент в силу международного договора между РФ и соответствующей страной вправе не удерживать налог (или применить пониженную ставку налога) 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, подпавшим под те или иные российские санкции как напрямую, так и через его дочерние предприятия. В этих условиях для российского контрагента принципиально важно быть уверенным в том, что в состав акционеров его контрагента не входит соответствующая иностранная компания, попавшая под российские санкции. Вполне очевидно, что российский контрагент в таких условиях, 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.

Такие заверения обычно даются тогда, когда имеется определенная угроза для действительности сделки, а контрагент не может быть абсолютно уверен в ее действительности. В таких случаях заверения нужны для того, чтобы в случае признания сделки недействительной из-за наличия соответствующих неидентифицированных 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 соответствующей страны не может быть абсолютно уверена, что сделка не нарушает те или иные местные запреты и не будет признана недействительной. В таких условиях она будет требовать предоставления ей ближневосточным партнером заверений в отношении соответствия сделки праву соответствующей страны.

Смысл таких заверений обычно состоит в том, чтобы позволить контрагенту меньше сил и времени направлять на перепроверку соответствующих обстоятельств в рамках due diligence. Получая гарантию того, что в случае чего ему возместят убытки, такой контрагент может чуть меньше переживать по поводу тщательности проведения due diligence. В итоге экономятся транзакционные издержки. Приведем такой 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 ООО, 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 трансакционные издержки на проверку полномочий и упрощает принятие решения о заключении договора.

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

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 года предусматривал санкцию в виде нормы ст.179 ГК о праве оспорить сделку, совершенную в результате предоставления ложной информации, на основании обмана. Эта же норма предусматривала в качестве дополнительной к оспариванию санкции взыскание с обманувшего лица реального ущерба. С 1 сентября 2013 года ответственность обманщика расширилась и теперь он отвечает за любые убытки жертвы, а не только реальный ущерб.¹

Оправдано 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 выяснения ложности предоставленных заверений и возникновения у жертвы соответствующих неблагоприятных последствий. В ряде других случаев аннуляция договора просто не входит в интересы жертвы. Обман мог не быть столь существенен, чтобы подорвать интерес к сделке в целом. Жертва может 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 года редакции мог быть уверен, что иск об убытках ему не грозит (так как по ст.179 ГК взыскание убытков было неотъемлемым элементом

¹ 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 и характерно для европейской правовой традиции при недействительности сделки взыскание убытков защищает только негативный интерес, то есть 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.

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 (DCFR) помимо права на оспаривание сделки, совершенной в результате обмана, прямо предусматривается отдельная статья, дающая жертве обмана самостоятельное право на взыскание с контрагента убытков, возникших в связи с предоставлением им недостоверной информации при ведении переговоров. Такое право может быть согласно этим Правилам реализовано и в случаях, когда сделка не оспаривается (ст. II.-7:204 DCFR). Собственно говоря, эта норма DCFR и стала своего рода источником вдохновения для разработки ст. 431.2 ГК РФ.

По сути, ст. 431.2 ГК РФ, вступившая в силу с 1 июня 2015 года, реализует именно эту задачу выделения права на взыскание убытков в случае обмана в качестве самостоятельного средства защиты, которое можно 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 ограничением 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, представлялась законодателю невозможной. И, действительно, ст. 393 ГК говорит об ответственности за нарушение обязательства. А последнее есть относительное правоотношение, в котором должник обязуется делать что-то в будущем или не делать. На этот счет имеется прямо закрепленная в ГК дефиниция обязательства (ст. 307 ГК). В случаях, когда предоставляется ложная информация о фактических обстоятельствах, имевших место в прошлом или присутствующих 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, паче в ст. 434.1 ГК предоставление ложной информации указано в качестве одного из видов недобросовестности при ведении переговоров. Тем не менее, думается, что выведение самостоятельной статьи для регулирования ответственности за предоставление ложных заверений оправдано 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. Могут быть ситуации, когда заверения включены в форму проекта некоего договора и сторона дает такие заверения 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. В этом плане 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 взыскания таких убытков в ситуации, когда из-за вскрытия 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 договор был в итоге заключен. Здесь не вполне логичным представляется применение правил о *преддоговорной ответственности*.

В-третьих, в ряде случаев ложные заверения могут быть предоставлены и после заключения договора. Когда реализуются те или иные права по договору, это происходит нередко на основе той или иной информации, поступающей от другой стороны. Если в ходе исполнения договора поступила ложная информация, в результате чего другая сторона приняла на себе 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 выявляется каких-либо дефектов и подтверждает, что никаких сбоев в работе оборудования, на самом деле, не было. В итоге рассерженный арендодатель требует от арендатора покрытия его расходов. Ст.431.2 ГК в полной мере эту ситуацию покрывает. В подобного рода ситуациях в принципе невозможно говорить о преддоговорной ответственности.

Так что думается логично предположить следующее разграничение ст.434.1 и ст.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 в итоге был заключен, то, независимо от того, предоставлялись ли ложные заверения до, в момент или после заключения договора, применяется специальная норма ст.431.2 ГК о заверениях об обстоятельствах.

В принципе в отсутствии 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*), то есть 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 принципе 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 вопросом слишком сложным и глобальным, чтобы между делом решать его в рамках реализации столь узкой задачи как институционализация договорных заверений в российском праве.

Такое решение законодателя, по-моему, достаточно мудрое, так как оно ни коим 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 деликтной, договорной или гибридной природе такой ответственности.

Остается только добавить, что правом на иск о взыскании убытков, вызванных ложными заверениями, обладает только добросовестный контрагент, который не знал и не мог заведомо

знать об их ложности. Если такой контрагент лишь мог знать о ложности заверений 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 трансакционных 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 такой ситуации иск об убытках должен отклоняться.

2. Какова природа предоставления заверений? Это сделка? Или предоставление ложных заверений является видом деликта? Оправдано ли признание независимости заверений от действительности договора?

Как уже отмечалось, вопрос о деликтной или гибридной природе ответственности за предоставление ложных договорных заверений, равно как и аналогичный вопрос о природе ответственности преддоговорной по ст.434.1 ГК может вызывать споры. Вопрос требует дополнительного изучения. Хотелось бы только отметить, что в российском праве значительных различий между деликтной и договорной ответственностью в отличие от права ряда зарубежных стран не наблюдается (нет расхождений в расчете давности, в распределении бремени доказывания и т.п.).

Что касается вопроса о том, является ли предоставление заверений сделкой, то этот вопрос требует дополнительного обсуждения. С одной стороны, если, например, заверения получены в результате обмана, насилия или угрозы, то есть все основания признавать их недействительными, как если бы они были сделками. С другой стороны, нам кажется несколько необычным признание в качестве сделки простого сообщения другой стороне какой-либо информации на стадии переговоров или в ходе исполнения договора.

Наконец, в отношении вопроса об оправданности нормы ст.431.2 ГК, которая выводит, что признание договора недействительным само по себе не порочит данные при его заключении заверения, то данное 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 исключает ответственность за ложные заверения.

3. Какие убытки подлежат взысканию при предоставлении ложных заверений? Защищаются ли посредством ответственности за ложные заверения негативный или позитивный интерес? Насколько логично предоставление сторонам права установить договорную неустойку за выявленную ложность заверений?

Насчет установления в договоре неустойки, уплачиваемой на случай выявления ложности заверений, у нас имеются определенные сомнения. Этой нормы не было в тексте проекта, одобренного Госдумой в 2012 году 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.

Что же 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 договора недействительным исключает возможность взыскания позитивного интереса (включая упущенную выгоду от невозможности реализовать задуманное). Все что может жертва в таком случае взыскать, 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 в принципе 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.

4. Оправдано ли решение законодателя, предусмотревшего для коммерсантов ответственность и за неумышленную ложность заверений?

Мне 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 точки зрения 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 (то есть 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 ее стороной будет оставление жертвы один на один с собственными убытками. Такое милосердное решение, освобождавшее бы 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 и защитить разумные ожидания реципиента таких заверений.

Также логично, что тот же строгий формат ответственности за ложные заверения распространен законом и на те случаи, когда заверения предоставляются пусть и стороной, не являющейся предпринимателем формально, но заключающей корпоративный договор (например, акционерное соглашение) или договор, связанный с отчуждением акций или доли в ООО. В подобных случаях предпринимательский характер договора определяется его предметом, а не статусом стороны.

5. Отграничение ответственности за ложные заверения от договорной ответственности за ненадлежащее качество и пороки в титуле.

Ответ на этот вопрос дан выше (см. п.1)

II. Обязательство по возмещению потерь

1. Была ли потребность во введении ст.406.1 ГК? Какую практическую проблему решает данная новелла? Могли ли аналогичную функцию выполнять какие-то иные правовые институты? Примеры использования условий о возмещении потерь в практике договорной работы.

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 и иных такого рода сделок) достаточно часто стороны договариваются о распределении рисков возникновения сопутствующих договору потерь. По сути, речь идет об убытках, возникающих у одной из сторон в связи с заключением, исполнением или прекращением договора, но не вытекающих из факта нарушения договорного обязательства другой стороной. По общему правилу такие убытки лежат на том, кто их понес, и не перекладываются на контрагента.

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». В последнем случае риск возникновения сопутствующих некому заключенному договору потерь у одной из сторон страхуется другой стороной. Премия за принятия 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 страхования компания. Последнее очень вероятно, так как контрагенту, специализирующемуся в соответствующей сфере бизнеса, часто намного проще адекватно оценить вероятность материализации подобного риска, чем внешнему страховщику.

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, посчитавших, 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 не обоснованными, 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, 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 уплаченного 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 штрафных санкций к нему 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. Такого рода препятствия 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, например, одна из сторон готова возместить другой стороне потери, которые могут возникнуть в связи с неожиданным повышением таможенных пошлин или связанных с исполнением данного договора налогов.

В подобных случаях предоставление одной из сторон гарантий возмещения потерь другой стороны стимулирует последнюю сторону решиться на заключение договора, и поэтому 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 такого рода 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 такого рода условий договора вытекает непосредственно из принципа свободы договора. В то же время с учетом российских реалий, где данный принцип ценится, к сожалению, невысоко, законодатель решил прямо поименовать данную 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 бы 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 той или иной договорной практики имеет смысл какие-то распространенные в обороте конструкции прямо фиксировать в законе и наполнять определенным регулированием. Ту же ситуацию мы имеем и со ст.406.1 ГК о возмещении потерь.

При этом законодатель поступил достаточно осторожно, допустив такого рода 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 такого рода «внутреннего страхования» на потребителя в потребительском договоре было бы вряд ли оправдано с точки зрения баланса интересов сторон, принимая во внимание ограниченную рациональность потребителя.

2. Требуется ли привязка условия о возмещении потерь к конкретному договору между должником и кредитором, в связи с которым и возникают потери, подлежащие возмещению? Или сторона может взять на себя обязательства возмещения любых потерь другой стороны, не связанных с каким-то базовым договором между ними?

В изначальной одобренной Госдумой РФ в первом чтении в 2012 году редакции данной нормы речь шла о возмещении потерь, не связанных с нарушением договора, но связанных с заключением, исполнением и прекращением некоего договора между сторонами. Это подчеркивало, что возмещение потерь всегда сопровождает конкретный базовый договор 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 таким договором.

В финальной редакции в результате внесения поправок ко второму чтению эта фраза о том, что возмещаемые потери должны быть связаны с заключением, исполнением или прекращением договора, выпала из текста статьи. В то же время сама норма сформулирована так, что вывод о связи возмещения потерь с неким заключенным между сторонами договором напрашивается сам собой. В статье 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.

Третье лицо (например, материнская компания одного из контрагентов) может взять на себя обязательства по возмещению потерь, лишь приняв на себя поручительство по долгу соответствующей обязанной к возмещению стороны или выдав независимую гарантию.

Такой подход представляется оправданным, так как если бы обязательство по возмещению потерь, связанных с тем или иным договором, изначально могло бы брать на себя любое третье лицо, то мы бы потеряли одно из ключевых отличий этой конструкции от классического страхования.

3. В чем отличие возмещения потерь от классического страхования?

Отличие состоит в том, что 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 со своего рода «внутренним страхованием», попыткой стороной перераспределить между собой связанные с договором риски.

4. 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 году Госдумой, 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. Думаю, это никто не имел в виду, и мы имеем дело просто с редакционной неточностью.

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

До прояснения данного вопроса сторонам стоит посоветовать в договоре указывать пункт о порядке возмещения потерь и в нем указывать, 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 возмещаемых потерь.

5. В чем обязательство по возмещению потерь отличается от договорных заверений? Оправдана ли норма ст.406.1 ГК о независимости условия о возмещении потерь от действительности договора, потери из которого возмещаются?

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 в ряде случаев граница между двумя этими условиями может быть достаточно тонкой. Например, сторона дает заверения в отношении того, что сделка не является крупной, то есть 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 таких потерь в результате оспаривания сделки было бы предопределенным следствием ложности заверений об отсутствии крупного характера сделки, то мы бы имели чистое заверение и ответственность за его ложность. Но в данном случае возникновение у контрагента убытков обуславливается не только тем фактом, что он заключил договор, положившись на ложные заверения, но и тем, что такой договор 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 ст.406.1 нет каких-то несовместимых положений, которые могли бы вызвать серьезные проблемы при таком наложении.

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

Оправдано 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. Что же до условий о возмещении потерь, то 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 возмещении потерь от действительности договора вполне логична. В остальных случаях в этом нет особой логики. Соответственно, с учетом этих замечаний и стоит толковать положения п.3 ст.406.1 ГК.