



Сергей Будылин
**Заверения об обстоятельствах. Практика
применения**

ROCHE & DUFFAY

- С 1 июня 2015 года вступил в силу ряд изменений в Гражданский кодекс (ГК) РФ, включая новую статью, посвященную «заверениям об обстоятельствах» (ст. 431.2 ГК).
- Эта статья является частью целого пакета поправок в ГК, вводящих в российское право некоторые концепции, характерные для англо-американского договорного права (representations and warranties, indemnity, option, etc.).
- К сожалению, формулировки статьи ГК о «заверениях об обстоятельствах» оказались, как мне представляется, весьма неудачными. Важнейшая ошибка авторов нормы заключалась в том, что они, похоже, не задумывались о правовой природе вводимого ими понятия.

Правовая природа утверждения о фактах: поступок или сделка?

- Буквально во всех правовых системах мира, не исключая и российскую, правовые последствия тех или иных действий лица весьма радикально зависят от того, являются ли эти действия сделками («юридическими актами») или лишь поступками («реальными актами»).
- Разница между ними состоит в том, что в первом случае лицо действует с намерением породить своими действиями определенные правовые последствия (например, заключает договор), а во втором – без таких намерений (например, врезается на своем автомобиле в чужой).

- В англо-американской системе утверждения о фактах, ставшие частью договора, именуют «гарантиями» (warranty), а не ставшие частью договора, но сыгравшими роль при его заключении, – «заверениями» (representations).
- Последствия нарушения гарантии определяются договорным правом, а последствия предоставления недостоверных заверений – в основном деликтным правом.
- Соответственно, эти последствия довольно сильно различаются – как в части оснований ответственности (безвиновная или виновная ответственность, соответственно), так и в части исчисления убытков (возможность взыскания упущенной выгоды по договору или только реального ущерба, соответственно).
- (Впрочем, иногда утверждение о фактах считается и заверением, и гарантией одновременно, что означает предоставление пострадавшему возможности выбрать наиболее выгодное для него основание иска.)

- Между тем природа российских «заверений об обстоятельствах» в смысле данной классификации (поступок или сделка?) остается туманной. Правила, содержащиеся в новой статье (ст. 431.2 ГК), представляют собой своеобразный компот из положений, характерных для англо-американских «гарантий» и «заверений».

- Возможно, авторы статьи ГК сознательно не хотели заниматься излишним теоретизированием. Они спешили «застолбить» полезную концепцию в ГК, рассчитывая на то, что суды потом как-нибудь сами разберутся с такими «мелочами», как правила исчисления убытков и т.п.
- Однако, как известно, нет ничего практичнее хорошей теории. Ясное понимание правовой природы того или иного утверждения о фактах позволяет восполнить пробелы и дефекты законодательства, определяя последствия недостоверности этого утверждения на основании общих принципов договорного и деликтного права. При наличии такого понимания вполне возможно обойтись без специальной нормы на эту тему (как без нее обходятся, например, немцы).

- Специальная норма или специальные нормы, уточняющие применение общих принципов именно к утверждениям о фактах могут быть полезны. Однако если специальная норма вносит путаницу в вопрос правовой квалификации такого утверждения, бессистемно сочетая фрагменты правил, относящихся к сделкам и деликтам, то от нее может оказаться больше вреда, чем пользы.

Дореформенная судебная практика

- Даже до введения в ГК обсуждаемой нормы участники оборота очень часто включали в свои договоры раздел, на американский манер именуемый «Заверения и гарантии». Особенно актуальны подобные положения для договоров о купле-продаже компаний (долей в компаниях). Ведь в таких сделках очень важны именно те характеристики приобретаемой компании, которые формулируются в виде утверждений о фактах («у компании нет нераскрытой задолженности»; «никто не предъявит исков в связи с предшествующей деятельностью компании» и т.п.).
- Некоторые суды разумным образом (и в соответствии с аналогичной немецкой практикой) квалифицировали подобные утверждения как «гарантию качества товара» (в смысле п. 2 ст. 470 ГК). Таким образом, данные утверждения мыслились как имеющие сделочную природу.

- Однако некоторые другие суды оказались не готовы к такому высокому уровню абстракции. Они полагали, что акции не являются таким товаром, в отношении которого можно говорить о «качестве», а потому иски, основанные на нарушении договорных «заверений и гарантий» при продаже акций вообще не подлежат удовлетворению.
- По-видимому, это и было одной из причин введения в ГК нормы о «заверениях об обстоятельствах».

- Что касается внедоговорных утверждений о фактах, следует отметить, что и до реформы ничто не мешало стороне, получившей недостоверные заверения, потребовать признания договора недействительным и взыскания убытков на основании общих норм ГК (ст. 178, 179 ГК).
- Правда, деликтное право в России находится, по сути, в зачаточном состоянии, так что на взыскание серьезных убытков в подобной ситуации вряд ли стоило рассчитывать. Впрочем, неочевидно, что эта ситуация изменилась после реформы.

Пленум ВС: «Заверение об обстоятельствах» - обязательство типа praestare

- Однажды эту статью упомянул в своем постановлении Пленум Верховного Суда. Правда, никаких содержательных разъяснений нормы Пленум не дал. Он упомянул он ее лишь вскользь, рассуждая о смысле понятия «обязательство».
- По букве закона термин «обязательство» означает, что его сторона обязана «совершить определенное действие» в пользу другой стороны либо «воздержаться от определенного действия» (п. 1 ст. 307 ГК). Но Пленум счел нужным добавить к этому еще кое-что.
- Пленум указал, что «обязательство» может означать не только обязанность заплатить деньги, передать вещь и т. п., но и обязанность «ответить» за наступление (ненаступление) того или иного события.

- «В случаях, предусмотренных законом или вытекающих из существа обязательства, на сторону может быть возложена обязанность отвечать за наступление или ненаступление определенных обстоятельств, в том числе не зависящих от ее поведения, например в случае недостоверности заверения об обстоятельствах при осуществлении предпринимательской деятельности (пункт 4 статьи 431.2 ГК РФ) или при изъятии товара у покупателя третьими лицами (пункт 1 статьи 461 ГК РФ).»[\[1\]](#)
- [\[1\]](#) П. 1 постановления Пленума ВС РФ от 22.11.2016 N 54).

- По словам С.В. Сарбаша: «Обязательства, перечисленные в ст. 307 ГК: передать имущество, выполнить работы, оказать услуги, внести вклад в совместную деятельность, уплатить деньги — есть не что иное, как обязательства типа dare (дать) и facere (сделать). Но здесь не фигурирует обязательство типа praestare (гарантировать). Пленум как раз дает ему поддержку, приводя два примера. В этом смысле это разъяснение далеко не тривиальное».^[1]
- ^[1] Сарбаш С.В. Исполнение обязательств. Как Пленум ВС толкует новеллы ГК // Арбитражная практика для юристов. 2017. № 1.

- Судя по тому, что Пленум говорит об ответственности «за наступление или ненаступление определенных обстоятельств», видимо, он имеет в виду их «наступление» уже после предоставления заверений.
- То есть сторона гарантирует наступление определенного факта в будущем, причем этот факт может не зависеть от ее поведения. Если так, то по англо-американской классификации речь идет о «гарантии», но не о «заверении».
- Возможно, это аргумент в пользу того, что Пленуму природа «заверений об обстоятельствах» видится как сделочная, во всяком случае, в обсуждаемом контексте.

Практика кассационных арбитражных судов: 13 дел (по май 2017)

- По большей части никаких внятных правовых позиций в этих актах не формулируется, а новая статья ГК упоминается лишь вскользь.
- Приведу лишь один пример (остальные можно посмотреть в статье).

Постановление АС МО от 16 марта 2017 г. по делу N А40-6387/2016

- Арендатор неоднократно задерживал выплату арендной платы, что, согласно договору, давало арендодателю право на односторонний отказ от договора. По требованию арендодателя арендатор после многочисленных просрочек предоставил арендодателю «гарантийные письма», где обещал в определенные сроки погасить задолженность, а также выражал согласие на расторжение договора в противном случае. Однако и этого обещания арендатор не исполнил.
- Арендодатель уведомил арендатора о расторжении договора. Арендатор предъявил иск о признании уведомления «незаконным». Две инстанции отказали в иске. Кассация отправила дело на новое рассмотрение для изучения ряда вопросов, не имеющих отношения к заверениям (наличие дополнительного соглашения к договору и др.)
- По-видимому, суды считают «гарантийные письма» с обещанием оплаты задолженности по договору «заверениями об обстоятельствах». Это ошибка: заверение об обстоятельствах – это утверждение о фактах, а не обязательство сделать что-либо.

Кое-что из практики СОИ

- **Апелляционное определение СКГД Ленинградского областного суда от 01.09.2016 по делу № 33-5047/2016**
- Продавщица в кафе продала семнадцатилетнему подростку две банки пива. За это ее оштрафовали по статье КоАП на 30 тыс. рублей.
- Продавщица предъявила подростку гражданский иск, требуя взыскать с подростка свои убытки в размере штрафа, а также моральный вред.
- Иск был основан на статье ГК о «заверениях об обстоятельствах». По словам продавщицы, подросток предоставил ей недостоверные сведения о своем возрасте, что и стало причиной убытков.

- Суды двух инстанций отказали в иске. По словам апелляции, «продавец обязан убедиться в возрасте лица, который намерен приобрести указанный товар, независимо от сообщаемых им сведений».
- Видимо, суд полагал, что вина самой продавщицы, не проверившей паспорт, была значительно больше вины подростка, и именно поэтому в иске надо отказать. Если так, суд, видимо, мыслит иск продавщицы как деликтный, в котором при наличии грубой неосторожности самого истца размер возмещения должен быть уменьшен или в возмещении может быть отказано (п. 2 ст. 1083 ГК).
- Заметим, что продавщица, по-видимому, также придерживается теории о деликтной природе предоставления недостоверных заверений, судя хотя бы по тому, что она требует от ответчика компенсации морального вреда.

Анализ практики: прозрений не наблюдалось

- Судя по существующей практике, никаких серьезных прозрений в отношении правовой природы «заверений из обстоятельств» у судов пока не случилось.
- Пока что участники оборота, а с ними и суды, мучительно пытаются понять, что, собственно, имел в виду законодатель под «заверением об обстоятельствах».

- Во многих случаях участники оборота, по видимому, вообще не придают этому термину какого-либо конкретного смысла.
- Когда сторона после заключения договора по каким-то причинам оказывается разочарована этим договором, она нередко требует признать его недействительным ввиду «обмана» со стороны контрагента.
- Заодно сюда же «пристегивается» и аргумент о предоставлении недостоверных «заверений об обстоятельствах». При этом зачастую сторона даже не пытается сформулировать, в чем же именно состояло якобы данное ей заверение.
- По-видимому, термин «заверение об обстоятельствах» мыслится такой стороной как некий идиоматический оборот, ничего конкретно не означающий. Ту же порочную технику используют и некоторые суды. Некоторые суды, впрочем, разумным образом отвергают подобные претензии истца со ссылкой на конкретный текст договора, не содержащий никаких ложных утверждений.

- Многие участники оборота и даже некоторые суды, в том числе кассационные, полагают, что «заверение об обстоятельствах» - это некое обязательство сделать что-либо или воздержаться от чего-либо, принимаемое на себя стороной договора в дополнение к исходному договору.
- Например, обещание погасить накопившуюся задолженность по договору; скомпенсировать возникшие у контрагента по договору дополнительные расходы; воздержаться от продажи помещения, смежного с помещением контрагента.
- Это мнение ошибочно. Под «заверением об обстоятельствах» следует понимать не обещание совершить действие (или воздержаться от его совершения), а некое утверждение о фактах, за достоверность которого сторона несет ответственность перед контрагентом.

- Вполне разумным образом, суды не возражают против квалификации утверждений о фактах, фигурирующих в тексте договора под стандартной шапкой «Заверения и гарантии» (или аналогичной), как «заверений об обстоятельствах» в смысле ГК.
- Более сложен вопрос о квалификации утверждений, не содержащихся в тексте основного договора, в том числе сделанных устно.
- В ряде дел арбитражных судов затрагиваются вопросы о том, можно ли считать «заверениями об обстоятельствах» разного рода внедоговорные утверждения. Например, предшествующее договору «коммерческое предложение», не ставшее, однако, частью текста договора.
- По-видимому, в некоторых случаях суды в принципе готовы признавать «заверениями об обстоятельствах» и утверждения, не содержащиеся в тексте основного договора. Это вполне соответствует здравому смыслу и зарубежной практике.
- Но, к сожалению, в рассмотренных делах не формулируется сколько-нибудь внятных правовых позиций по данному вопросу, так что вряд ли из них можно сделать более конкретные выводы.

- Интересен вопрос о том, можно ли дать «заверение об обстоятельствах» (в смысле ГК) в отношении будущих фактов. По англо-американской классификации, в отношении еще не совершившихся фактов можно дать лишь «гарантию» того, что они совершатся (warranty), но не «заверение» в том, что они имели место (representation).
- В одном из рассмотренных дел фигурировало такое утверждение: о том, что госорган *выдаст* необходимое разрешение на производство работ по договору. Суд, впрочем, так и не сформулировал внятной позиции в отношении того, действительно ли следует считать это утверждение «заверением об обстоятельствах».

- Пожалуй, более или менее четко суды формулируют свои позиции лишь по одному, самому простому вопросу: насчет действия статьи ГК о «заверениях об обстоятельствах» во времени. Ссылаясь на прямое указание закона, суды признают, что статья не применяется, если договор заключался и исполнялся до 1 июня 2015 года.
 - В одном из дел суд признал, что даже если договор заключался до указанной даты, то после этой даты сторона может отказаться от его исполнения со ссылкой на недостоверность представленных заверений об обстоятельствах.
- Здесь, впрочем, стоит заметить, что даже когда статья ГК о «заверениях об обстоятельствах» неприменима, сторона не лишена возможности оспорить договор, заключенный под влиянием недостоверных утверждений о фактах, со ссылкой на другие нормы закона (ст. 178, 179 ГК).

- Приведу еще два самых свежих примера из практики арбитражных судов (май-июнь 2017 г.)

Решение АС Пермского от 15.05.2017 по делу № А50-30504/2016

- Согласно договору купли-продажи доли в ООО продавец «заверяет (безусловно гарантирует)», что ООО не имеет неисполненных обязательств.
- Впоследствии оказалось, что ООО имело задолженность перед контрагентом в размере 300 тыс. руб.
- Покупатель (соблюдя претензионный порядок) предъявил продавцу иск на эту сумму, основанный на статье о заверениях.
- Суд удовлетворил иск.
- Пример правильного применения нормы.
 - (Однако, по-видимому, того же результата можно было достичь и без нее, основываясь на положениях о качестве товара.)

Должная осмотрительность и заверения об обстоятельствах

- **Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 05.06.2017 по делу № А53-22858/2016**
- Покупатель настоял на том, чтобы продавец предоставил ему «заверения и гарантии» по части того, что он, продавец, полностью соблюдает налоговое законодательство.
- И когда налоговый орган доначислил покупателю налоги со ссылкой на нарушения со стороны продавца (фиктивные сделки с поставщиком), покупатель просто взыскал доначисленную сумму с продавца!

- В 2006 году Пленум Высшего Арбитражного Суда принял знаменитое постановление о «необоснованной налоговой выгоде»,^[1] в котором явным образом указал, что требования «недобросовестных налогоплательщиков» не подлежат удовлетворению, невзирая ни на какую букву закона.
^[1] Постановление Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 N 53.
- Что касается интересующей нас темы, в постановлении Пленума ВАС было сказано, что налоговая выгода может быть признана необоснованной, «если налоговым органом будет доказано, что налогоплательщик действовал без должной осмотрительности и осторожности и ему должно было быть известно о нарушениях, допущенных контрагентом».

- Этот тезис был с энтузиазмом принят налоговыми органами в качестве руководства к действию. Правда, в постановлении неоднократно повторяется, что бремя доказывания недобросовестности налогоплательщика лежит на налоговом органе. Однако и налоговые органы, и суды, по-видимому, восприняли это последнее утверждение как всего лишь риторическую фигуру, своего рода реверанс ВАС в сторону Конституционного Суда и ЕСПЧ.
- На практике же именно на налогоплательщика были возложены весьма обременительные обязанности по доказыванию своей добросовестности.

- Сегодня налогоплательщик должен собирать целое «досье» на любого контрагента, которому он платит деньги за что бы то ни было. Помимо формальных регистрационных сведений, необходимо получить довольно обширные «разведданные» на контрагента: действительно ли он ведет деятельность по заявленному в документах адресу; не является ли его руководитель, заявленный в документах, лишь номинальной фигурой; и т.п.
- Более того, налоговые органы, по существу, возлагают на налогоплательщика ответственность за налоговые нарушения не только его прямых контрагентов, но и контрагентов его контрагентов, а иногда и дальше по цепочке.
- Насколько это соответствует закону и Конституции – большой вопрос, но практика на сегодняшний день именно такова.

- Возникает вопрос, а что же делать добросовестному налогоплательщику?
- Он может попытаться воспользоваться предусмотренным ГК механизмом «заверений об обстоятельствах».
- Пусть контрагент даст налогоплательщику заверения, что он и его поставщики исправно платят налоги. Тогда если налоговый орган откажет налогоплательщику в вычетах со ссылкой на грехи контрагента или его поставщиков, то с контрагента можно будет взыскать убытки за предоставление недостоверных заверений!
- Таким образом, налогоплательщик окажется до некоторой степени (не учитывая возможности банкротства контрагента и т.п.) «застрахован» от претензий налоговых органов.

- В 2015 году, после реформы ГК, стороны заключили дополнительное соглашение к договору, в котором продавец предоставил целый ряд «заверений и гарантий» покупателю. Соответствующий раздел договора полностью цитируется в судебном акте – видимо, в качестве образца для других налогоплательщиков.
- Согласно договору, продавец «заверяет и гарантирует», что он является надлежащим образом зарегистрированным юридическим лицом; что его руководство действует по указанному в документах продавца адресу; что получены все необходимые для заключения договора одобрения; и т.д. Что же касается налогов, продавец «заверяет и гарантирует», что он уплачивает все налоги и сдает всю отчетность; аккуратно отражает в бухучете покупку товара у своих поставщиков; правильно отражает в учете уплаченный поставщикам НДС; и др.

- Продавец обязуется возместить покупателю убытки, вызванные нарушением указанных «гарантий и заверений». В частности, и убытки, возникшие в результате нарушения продавцом налогового законодательства! Явным образом был определен и размер таких «убытков»: это НДС, доначисленный покупателю в связи с отказом в вычете уплаченного продавцу налога, а также соответствующие пени и штрафы.
- (Последняя формулировка наводит на мысль о возможности использования другой новеллы, статьи 406.1 ГК о «возмещении потерь», но в судебном акте она не упоминается.)

- По результатам налоговой проверки налоговый орган отказал торговому дому в вычете НДС в размере 12 млн. рублей, уплаченного продавцу в составе цены товара.
- Налоговый орган сослался на взаимоотношения продавца сельхозпродукции (ООО «Агробизнес») с его поставщиком (неким ООО «Фаворит»).
- Покупатель не стал судиться с налоговым органом. Вместо этого он предъявил гражданский иск продавцу, потребовав выполнить обещание и возместить ту сумму, в вычете которой покупателю отказал налоговый орган.
- Суды разрешили спор в пользу покупателя.

- Остается, однако, еще один вопрос. Ведь, как подчеркнул продавец, его самого к налоговой ответственности никто не привлекал. Каким же образом он мог доказать свою невиновность в налоговых нарушениях и тем самым избежать ответственности перед покупателем?
- По словам кассационного суда, продавец мог предъявить документы, доказывающие его невиновность в налоговых нарушениях, непосредственно в данном процессе, где разрешался спор между продавцом и покупателем! А поскольку он этого не сделал, то, значит, и говорить не о чем: факт нарушений со стороны продавца «установлен» налоговым органом!
- Что же делать добросовестному контрагенту, ошибочно обвиненному в налоговом нарушении, после того, как с него взыскали недополученные покупателем вычеты? Неужели предъявлять иск об убытках налоговому органу покупателя? Для разрешения этого вопроса, видимо, придется подождать новых судебных решений...

- Это открывает новые горизонты перед налогоплательщиками, бьющимися над исполнением весьма обременительных требований по проверке контрагента в рамках так называемой «должной осмотрительности». Быть может, не стоит особо мучаться с проверками, коль скоро можно просто переложить на контрагента ответственность за доначисленные налоги, заключив с ним «правильный» договор?..

- Обратим внимание на сходство этого кейса с кейсом об оштрафованной продавщице пива.
- В обоих случаях истец основывал свои требования на утверждениях контрагента о том, что тот ведет себя правомерно, которые в итоге оказались недостоверными.
- Однако в данном кейсе истец выиграл, а в кейсе о пиве - проиграл.
- Возможно, отчасти это связано с тем, что в данном деле речь шла о договорных утверждениях (аналогичных английским «гарантиям»), а в деле о пиве – о внедоговорных (аналогичных английским «заверениям»).
 - Однако в тексте статьи ГК эта разница не прослеживается.

Выводы

- Сегодня формирование судебной практики по новой статье ГК находится на самом раннем этапе. Пока что очевидно лишь одно: суды испытывают трудности с пониманием того, что именно им хотел сказать законодатель.
- Если у авторов нормы ГК о «заверениях об обстоятельствах» была надежда на то, что суды самостоятельно решат те непростые теоретические вопросы, к которым не рискнул подступиться законодатель, то эта надежда не оправдалась. Скорее наоборот, суды порой путаются даже в тех положениях, которые изложены авторами нормы относительно внятно.

- Многие участники оборота и некоторые суды, по-видимому, даже не понимают, что «заверение об обстоятельствах» - это утверждение о фактах, за достоверность которого сторона несет ответственность, а не некое дополнительное к договору обещание (погасить долг и т.п.). Тем более дело пока что не дошло до серьезного судебного исследования вопроса о правой природе «заверений об обстоятельствах» (поступок или сделка?), хотя в некоторых рассмотренных казусах именно от этой квалификации мог зависеть исход дела.
- Будем надеяться, что еще через пару лет сформируется более внятная судебная практика по этому вопросу.

- Думается, что ближайшая задача судов, правоведов и практикующих юристов состоит в том, чтобы по возможности преодолеть недостатки новой нормы, в том числе путем ее «творческой интерпретации».
- Норму следует разобрать на компоненты и определить, какие из правил относятся к договорным утверждениям о фактах, а какие – к внедоговорным.
- При определении последствий недостоверности утверждений о фактах следует исходить не только из буквы новой нормы, но и, прежде всего, из общих принципов договорного и деликтного права.

Литература

- Карапетов А.Г. Заверения об обстоятельствах и условия о возмещении потерь в новой редакции ГК РФ // Закон. 2015. № 6. С. 43 – 56.
- Томсинов А.В. Заверения об обстоятельствах и возмещении потерь в российском праве в сравнении с representations, warranties и indemnity в праве Англии и США // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 11. С. 91 - 112.
- Будылин С.Л. Деликт или нарушение договора? Заверения и гарантии в России и за рубежом // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2016. № 3. С. 96-133 (часть 1); 2016. № 4. С. 52-111 (часть 2).
- Будылин С.Л. Заверения об обстоятельствах. 16 примеров того, как российские суды толкуют норму // Арбитражная практика для юристов. 2017. № 6. С. ____.
- Будылин С.Л. Заверения и гарантии. Компаративное исследование. М.: 2017. 160 с.
- Будылин С.Л. Должная осмотрительность и заверения об обстоятельствах: дело о гарантии на добросовестность // Roche-Duffay.ru. 25.06.2017.
<<http://www.roche-duffay.ru/articles/diligence.htm>>.