

# Включение в договоры заверений и гарантий

**Институт заверений и гарантий не знаком российскому праву. Однако в настоящее время распространена практика включения в договоры положений, устанавливающих заверения и гарантии сторон, что позволяет им обезопасить себя от возможных нарушений в ходе исполнения договора. Данный материал поможет правильно сформулировать и включить в договор заверения и гарантии, соответствующие требованиям российского законодательства**



Антон Денисов  
старший юрист Адвокатского бюро  
«Андрей Городиский и Партнеры»

**И**нститут заверений и гарантий происходит из англо-саксонской системы права. В рамках этой правовой системы под заверением (representation) традиционно понимается утверждение относительно определенного факта с целью побудить другую сторону заключить договор. Под гарантией (warranty) понимается обещание, даваемое одной из сторон договора в отношении существования и достоверности определенных фактов, на которое может полагаться другая сторона.

Между заверением и гарантией существуют определенные различия. Заверение констатирует определенный факт, в то время как гарантия представляет собой обещание, что определенный факт действителен, и в этом качестве является условием договора<sup>1</sup>. В случае несоответствия заверения сторона, которой оно предоставлено (далее — получающая сторона), будет вправе потребовать расторжения договора и возмещения убытков только в том случае, если ей удастся доказать, что при заключении договора она действительно полагалась на такое заверение. В случае же несоответствия гарантии обязанность такого доказательства отсутствует.

Однако практическое значение разграничения заверений и гарантий на современном этапе невелико. Как

правило, одни и те же положения договора одновременно обозначаются и в качестве заверений, и в качестве гарантий<sup>2</sup>.

## Формулирование заверений и гарантий сходными правовыми средствами в российском праве

В российской правовой системе заверения и гарантии в качестве самостоятельного правового института не регламентированы. Однако, применяя отдельные правовые средства, известные российскому праву, стороны могут добиться эффекта, в некоторой мере сходного с тем, какой в рамках англо-саксонской системы права стороны ожидают, включая в свои договоры заверения и гарантии. При этом сторонам следует учитывать те ограничения, которые в отношении применения данного института установлены российским законодательством или выработаны судебной практикой. Формулирование договорных положений, закрепляющих заверения и гарантии, возможно несколькими способами.

<sup>1</sup> См.: Кучер А.Н. Теория и практика преддоговорного этапа: юридический аспект. М.: «Статус», 2005. С. 69, 71–72.

<sup>2</sup> См.: Дмитриев С. Заверения, гарантии и обязательства возмещения убытков по англо-американскому и российскому праву // Право и экономика. 2004. № 4.



## Заверения и гарантии как обязательства сторон

Прежде всего, такие положения можно сформулировать в качестве обязательств сторон. Например, заверение или гарантия касательно правомерности приобретения продавцом актива, передаваемого по договору, или отсутствия в отношении данного актива каких-либо прав и притязаний третьих лиц можно сформулировать в виде обязанности продавца передать покупателю объект, который правомерно приобретен продавцом и в отношении которого отсутствуют права и притязания третьих лиц. Некоторые специалисты в этой связи полагают, что самый широкий круг заверений или гарантий может быть описан в виде обязательства предоставившей их стороны (далее — предоставившая сторона) передать актив, «качество» которого отвечает определенным требованиям, поскольку, по их мнению, понятие «качество» объекта сделки может толковаться достаточно широко и включать в себя наличие или отсутствие практически любых обстоятельств, способных тем или иным образом повлиять на объект сделки или его стоимость<sup>3</sup>.

Названный способ формулирования заверения или гарантии может быть целесообразным для получающей стороны, поскольку в случае несоответствия заверения или гарантии последняя может потребовать от предоставившей стороны возмещения убытков, причиненных неисполнением обязательства. Кроме того, стороны могут предусмотреть и конкретные штрафы, выплачиваемые предоставившей стороной за несоответствие того или иного заверения или гарантии, описав данные штрафы в качестве неустойки за неисполнение либо ненадлежащее исполнение обязательства. В случае же, если заверение или гарантия сформулированы в виде обязанности предоставившей стороны передать объект, отвечающий определенным требованиям «качества», то в случае несоответствия такого заверения или гарантии получившая сторона будет также иметь возможность на ос-

новании ст. 475 ГК РФ потребовать от контрагента соразмерного уменьшения покупной цены. При этом представляется допустимым, если стороны в своем соглашении заранее определят размер такого уменьшения или порядок его расчета.

Анализ судебной практики показывает, что при рассмотрении споров о соразмерном уменьшении покупной цены суды готовы руководствоваться подобными соглашениями сторон<sup>4</sup>.

**Заверение констатирует определенный факт, гарантия представляет собой обещание, что определенный факт действителен, и в этом качестве является условием договора. В случае несоответствия заверения сторона, которой оно предоставлено, вправе потребовать расторжения договора и возмещения убытков, если ей удастся доказать, что при заключении договора она действительно полагалась на такое заверение. В случае несоответствия гарантии обязанность такого доказывания отсутствует.**

При этом эффективность данного способа договорного закрепления заверения или гарантии, с точки зрения защиты интересов получающей стороны, на практике может оказаться недостаточной. Будучи заинтересованной в возмещении убытков в случае несоответствия заверения или гарантии, такая сторона будет нести бремя доказывания факта их возникновения и конкретного размера. Данная проблема не может быть полностью решена даже установлением конкретного размера неустойки, подлежащей выплате в случае несоответствия заверения или гарантии, поскольку в силу ст. 333 ГК РФ размер неустойки может быть

снижен судом в ситуации, когда подлежащая оплате сумма неустойки явно несоразмерна последствиям нарушения.

Подобный подход часто применяется судами на практике. В частности, они принимают решение о снижении размера неустойки в тех случаях, когда ее размер превышает размер возможных убытков потерпевшей стороны<sup>5</sup>. При этом бремя доказывания соответствия размера неустойки понесенным убыткам часто возлагается судом на потерпевшую сторону<sup>6</sup>. Таким образом, даже при наличии в договоре конкретного размера неустойки за несоответствие заверения или гарантии получившей стороне может потребоваться доказывать факт причинения убытков таким несоответствием и их размер.

Рассматриваемый способ формулирования заверений или гарантий не является универсальным. Исходя из ст. 307 ГК РФ, содержанием обязательства является совершение обязанной стороной определенного действия или воздержание от его совершения.

<sup>3</sup>Так, А.Н. Кучер отмечала, что, поскольку основная ценность пакета покупаемых акций (и соответственно их «качество») напрямую зависит от качества компании эмитента, то гарантии продавца относительно тех или иных качеств компании-эмитента продаваемых акций могут считаться установленным договором качеством акций, а нарушение таких заверений и гарантий может рассматриваться в качестве недостатков качества (см.: Кучер А.Н. Указ. соч. С. 75–76). С. Дмитриев отмечал, что информация о состоянии общества-эмитента является существенным для определения цены сделки по приобретению акций данного общества. При ее определении стороны исходили из того, что факты, к которым относятся заверения и гарантии, являются точными и достоверными. В противном случае покупная цена была бы уменьшена или Покупатель вообще отказался бы от заключения сделки. Обязательство возмещения есть сумма компенсации, заранее согласованная сторонами на случай, если условия о заверениях и гарантиях не будут соблюдены (см.: С. Дмитриев. Указ. соч.).

<sup>4</sup>См., например: Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 18.05.2009 № 15АП-3273/2009, ФАС Московского округа от 25.08.2006, 01.09.2006 № КГ-А40/7924-06 по делу № А40-57110/05-65-397, Седьмого арбитражного апелляционного суда от 03.08.2010 № 07АП-5519/10 по делу № А45-2473/2010.

<sup>5</sup>См., например, Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 02.06.1998 № А33-273/98-С1-Ф02-533/98-С2.

<sup>6</sup>См. Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 14.08.2001 № Ф04/2440-726/А46-2001, от 27.07.2006 № Ф04-4670/2006 (24873-А75-10) по делу № А75-8684/05.



Представляется, что квалифицировать некоторые заверения или гарантии в качестве действий, которые должна совершить (или от которых должна воздержаться) предоставившая сторона, непросто. Например, выглядит затруднительным квалифицировать таким образом заверение или гарантию, касающуюся совершения определенных действий обществом-эмитентом приобретаемых акций или его дочерними обществами, не являющимися сторонами сделки купли-продажи акций. Поэтому в случае несоответствия такого заверения или гарантии получившей стороне будет затруднительно ссылаться на нарушение предоставившей стороной принятых на себя обязательств, даже если в договоре такое заверение или гарантия будет сформулировано именно в виде обязательства, например, в виде обязательства передать объект, качество которого отвечает определенным требованиям.

Анализ судебной практики показывает, что часто российские суды оказываются не готовы рассматривать те или иные заверения стороны сделки в качестве оговоренных сторонами обязательств передать объект сделки, качество которого отвечает соответствующим требованиям. К примеру, Восьмой арбитражный апелляционный суд признал необоснованными требования об уменьшении покупной цены, заявленные покупателем акций, который ссылался на недостоверность предоставленных ему сведений о размере задолженности общества-эмитента. При этом суд указал, что предметом спорного договора являлись только ценные бумаги, а не имущественный комплекс, принадлежащий обществу-эмитенту<sup>7</sup>.

ФАС Волго-Вятского округа, отказывая в удовлетворении требований покупателя о соразмерном уменьшении цены в связи с несоответствием гарантии продавца касательно размера кредиторской задолженности общества-эмитента, мотивировал свое решение в числе прочего тем, что покупателем в принципе не доказано, каким образом обстоятельства, на которые тот ссылался (т. е. выявление кредиторской задолженности, о кото-

рой он не был оповещен при приобретении акций), повлияли на качество и цену приобретаемых акций<sup>8</sup>.

Применительно к сделкам по приобретению долговых обязательств, оформленных векселями, суды неоднократно указывали, что заблуждение покупателя относительно платежеспособности векселедателя (выгодности и целесообразности сделки) является заблуждением относительно мотивов сделки, но не заблуждением в отношении качества ее предмета<sup>9</sup>.

В российской правовой системе заверения и гарантии в качестве самостоятельного правового института не регламентированы. Однако, применяя отдельные правовые средства, известные российскому праву, стороны могут добиться эффекта, в некоторой мере сходного с тем, какой в рамках англо-саксонской системы права стороны ожидают, включая в свои договоры заверения и гарантии. При этом сторонам следует учитывать те ограничения, которые в отношении применения данного института установлены российским законодательством или выработаны судебной практикой.

При этом, однако, следует отметить, что все же встречаются отдельные решения, в которых суды признают, что финансовое состояние эмитента влияет на ликвидность акций, а значит, относится к качеству предмета сделки по приобретению акций, и соответственно заблуждение относительно финансового состояния эмитента можно квалифицировать как заблуждение относительно предмета сделки по приобретению акций<sup>10</sup>. По-

этому нельзя исключить, что со временем тенденция развития судебной практики рассмотрения споров, касающихся заверений и гарантий, изменится, и суды станут чаще толковать понятие «качество» объекта сделки достаточно широко, принимая во внимание ее экономическое содержание.

### **Заверение и гарантия как обстоятельство, на которое сторона полагалась при заключении сделки**

В случае, если стороны не уверены в возможности квалификации заверений или гарантий, включаемых ими в договор, в качестве обязательства предоставившей стороны, они могут сформулировать данное заверение или гарантию как обстоятельство, на которое получившая сторона полагалась при заключении сделки. В случае несоответствия заверений или гарантий, сформулированных таким образом, получившая сторона будет иметь возможность потребовать признания

<sup>7</sup> См. Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 24.06.2008 по делу № А70-8100/11-2007. При этом, однако, следует отметить, что, мотивируя принятое решение, суд проявил определенную непоследовательность. С одной стороны, суд указал, что, поскольку предметом договора купли-продажи являлись акции, то несоответствие имущественного положения эмитента заявлениям продавца не свидетельствует о передаче товара ненадлежащего качества. Но, с другой стороны, суд отметил, что в заключенном договоре стороны не поставили цену акций в зависимость от размера кредиторской задолженности общества-эмитента. Таким образом, осуществляя толкование применимого законодательства, суд не пришел к выводу, что стороны договора в принципе лишены возможности поставить предусмотренную договором стоимость акций в зависимость от тех или иных показателей финансового состояния эмитента.

<sup>8</sup> См. Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 02.08.2007 по делу № А43-31826/2005-23-1071.

<sup>9</sup> См. Постановление ФАС Уральского округа от 14.03.2003 № Ф09-468/03-ГК по делу № А50-7123/02.

<sup>10</sup> См. Постановление ФАС Уральского округа от 10.05.2006 № Ф09-3534/06-С5 по делу № А07-19069/04. Следует оговориться, что данное судебное решение представляет относительно меньший интерес с точки зрения вопроса о возможности уменьшения покупной цены в случае несоответствия заверения или гарантии, поскольку предметом исковых требований в рассматриваемом случае было не уменьшение покупной цены, а признание договора купли-продажи акций недействительным как заключенного под влиянием заблуждения.



сделки недействительной как заключенной под влиянием заблуждения или обмана. Однако данный способ формулирования заверения или гарантии также имеет ряд недостатков.

Во-первых, в случае несоответствия сформулированного подобным образом заверения или гарантии возможности получившей стороны сводятся в основном к заявлению требования о признании сделки недействительной, последствием удовлетворения которого станет реституция (в случае заблуждения — двусторонняя, а в случае обмана — односторонняя в пользу потерпевшей стороны, полученное же или причитающееся потерпевшей стороне подлежит обращению в доход государства). На практике такая реституция может не вполне отвечать интересам получившей стороны, поскольку ее реальный интерес часто заключается не в возврате в первоначальное положение, а лишь в определенной корректировке финансовых условий заключенной сделки. Таким образом, в случае несоответствия сформулированного подобным образом заверения или гарантии получившая сторона не сможет достаточно гибко подойти к выбору правовых средств защиты своих интересов и фактически будет поставлена перед дилеммой: «уничтожить» правовые последствия сделки, заявив требования о ее недействительности, либо отказаться от защиты своего права.

Во-вторых, получившая сторона ограничена в возможности заявить наряду с требованием о признании сделки недействительной требование о возмещении убытков. В случае, если удастся доказать, что со стороны контрагента имел место обман или что заблуждение получившей стороны возникло по вине контрагента, получившая сторона будет вправе требовать возмещения реального вреда.

Однако при этом на получившую сторону ложится бремя доказывания наличия убытков и их размера. Предусмотреть же при таком способе формулирования заверения или гарантии какой-либо конкретный размер штрафа за их несоответствие (в виде неустойки) не представляется возможным.

Во-первых, неустойка выплачивается в случае нарушения обязательства — обман или заблуждение вряд ли можно квалифицировать в качестве такого нарушения. Во-вторых, признание сделки недействительной повлечет, в т. ч., признание недействительным и соглашения о неустойке.

В случае же, если доказать обман или вину контрагента в возникновении заблуждения не удастся, то в силу ст. 178 ГК РФ получившая сторона, инициировавшая признание сделки недействительной, сама будет обязана возместить контрагенту убытки, возникшие у него в связи с таким признанием.

Наконец, следует отметить, что далеко не во всех случаях суды готовы признать, что заблуждение стороны касалось именно качеств предмета сделки, а не ее мотивов, и тем самым поддержать требование о признании сделки недействительной<sup>11</sup>.

### **Заверение и гарантия как обстоятельство, в зависимости от которого стороны поставили возникновение или прекращение прав и обязанностей**

Другой способ формулирования заверений и гарантий — формулирование их в качестве обстоятельства, в зависимости от которого стороны поставили возникновение или прекращение прав и обязанностей, а также относительно которого неизвестно, наступит оно или нет (т. е. в виде отлагательного или отменительного условия сделки). Например, возможно включить в договор положение о том, что несоответствие того или иного заверения или гарантии продавца признается отменительным условием, с наступлением которого прекращается обязанность покупателя по уплате покупной цены в определенной части. Или, напротив, можно сформулировать такое несоответствие в качестве отлагательного условия, с наступлением которого у продавца возникает обязанность выкупить у покупателя объект сделки по какой-либо заранее определенной цене.

Представляется, что таким способом можно сформулировать заверения или гарантии, в отношении которых стороны не уверены в возможности их квалификации в качестве обязательства предоставляющей стороны (например, достижение обществом — эмитентом приобретаемых акций предусмотренных договором показателей прибыли в течение согласованного срока). Другим достоинством такого способа формулирования заверения или гарантии является возможность сторон в определенной степени самостоятельно установить правовые последствия наступления или ненаступления определенного условия (иными словами, последствия несоответствия заверения или гарантии).

Однако сторонам, принимающим решение оформить свои договоренности относительно заверений и гарантий в виде отлагательных или отменительных условий, т. е. обстоятельств, в зависимость от которых поставлено возникновение или прекращение прав и обязанностей сторон, следует учитывать, что практика правоприменения, существующая в отношении сделок, заключенных под условием, является достаточно противоречивой. Так, является неоднозначной позиция судов по вопросу о допустимости определения в качестве условия обстоятельства, наступление которого в той или иной мере зависит от действий стороны по сделке, а также обстоятельства, наступление которого зависит исключительно от действий третьего лица.

Так, во многих случаях суды отказывают в признании допустимыми условий, наступление которых в той или иной мере зависит от воли стороны сделки<sup>12</sup>. Также в судебной практике имеются примеры признания недопустимыми условий, наступление которых зависит от совокупности действий стороны сделки и третьего лица (например, получение стороной сделки

<sup>11</sup> См. Постановление ФАС Уральского округа от 14.03.2003 № Ф09-468/03-ГК по делу № А50-7123/02.

<sup>12</sup> См., например, Постановление ФАС Уральского округа от 05.09.2002 № Ф09-831/02-Л.



заемных средств)<sup>13</sup>. Наконец, в практике можно встретить и решения, в которых суды признают в качестве недопустимых условия, наступление которых зависит от действий третьего лица<sup>14</sup>.

И хотя, как указывают специалисты<sup>15</sup>, судебные решения, исходящие из недействительности подобных условий, не имеют под собой адекватной нормативной основы, достаточно велик риск того, что при рассмотрении спора между сторонами сделки суд, следуя сложившейся традиции правоприменения, откажется признать действительным положением договора заверение или гарантию, сформулированную в качестве условия, с которым стороны связывают возникновение или прекращение определенных прав или обязанностей по сделке (например, в случае, если установит, что наступление такого условия фактически зависит от действий одной из сторон сделки).

### **Заверение и гарантия как обстоятельство, из которого стороны исходили при заключении договора**

Наконец, еще одним способом формулирования договорных положений, содержащих заверения и га-

рантии, является определение их в качестве обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении договора. Таким образом, в случае, если заверение или гарантия перестанет соответствовать действительности, получившая сторона будет иметь возможность потребовать изменения или расторжения договора в связи с существенным изменением обстоятельств, из которых она исходила при его заключении.

Представляется, что такой способ формулирования приемлем в отношении тех заверений и гарантий, содержанием которых является сохранение определенного состояния дел в течение определенного периода времени (например, сохранение обществом — эмитентом приобретаемых акций определенных показателей прибыли в течение согласованного срока). Что касается заверений и гарантий касательно положения дел, существующего на момент заключения сделки, то формулирование их подобным образом вряд ли целесообразно, поскольку существует вероятность, что суд откажет в удовлетворении исковых требований, если установит, что обстоятельства, на которые ссылается истец, имели место до заключения договора<sup>16</sup>. Также, оценивая приемлемость такого способа формулирования заверения или гаран-

тии, сторонам следует учитывать отсутствие единообразной судебной практики рассмотрения споров, связанных с изменением или расторжением договоров в связи с существенным изменением обстоятельств<sup>17</sup>.

В заключение необходимо еще раз обратить внимание на то, что термины «заверение» и «гарантия» не знакомы действующему ГК РФ. Не сложилась и практика толкования и применения установленных договором заверений и гарантий в качестве самостоятельных правовых категорий. Поэтому сторонам, избравшим один из рассмотренных выше способов формулирования заверений и гарантий, целесообразно придерживаться формулировок и терминологии, принятых для соответствующего российского правового института.

<sup>13</sup> См., например, Постановление ФАС Северо-Западного округа от 02.07.1997 № А56-14344/96.

<sup>14</sup> См., например, Постановление ФАС Московского округа от 11.05.2006 № КГ-А40/3650-06 по делу № А40-33020/05-60-294.

<sup>15</sup> См., например: Практика применения Гражданского кодекса РФ, части первой / Под общ. ред. Белова В.А. М.: «Юрайт», 2010; Существует ли проблема условных сделок? // Корпоративный юрист. 2010. № 6.

<sup>16</sup> См. Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 14.05.1998 № Ф08-695/98.

<sup>17</sup> См., например: Практика применения Гражданского кодекса РФ, части первой / Под общ. ред. Белова В.А. М.: «Юрайт», 2010.