

Д.И. Гравин

«ЗАВЕРЕНИЕ» И «ГАРАНТИИ» В АНГЛИЙСКОМ КРЕДИТНОМ ДОГОВОРЕ И ВОЗМОЖНОСТЬ ИХ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ В РОССИЙСКОМ ПРАВЕ

***Аннотация.** В настоящей статье рассматриваются такие концепции английского права, как заверения и гарантии, дается краткое их сравнение и анализируются различия, приводятся примеры наиболее распространенных заверений и гарантий, употребляемых в кредитном договоре, регулируемом английским правом, даются их характеристики. Помимо этого, в статье подробно рассматриваются российские правовые концепции, аналогичные по своей правовой природе английским заверениям и гарантиям, в частности, ст. 944 ГК РФ, требующей сообщения страхователем определенных сведений при заключении договора страхования. В работе также подробно анализируются последствия нарушения заверений и гарантий стороной договора, подчиненного российскому праву, рассматривается возможность применения правовых последствий в виде расторжения договора в силу изменения определенных обстоятельств. Автором также анализируется возможность применения к заверениям и гарантиям правил об условных сделках в соответствии со ст. 157 ГК РФ, рассматривается последствия нарушения заверений в свете обмана, анализируются вопросы возможного изменения российского законодательства, в частности, введением понятия «заверения об обстоятельствах».*

***Ключевые слова:** заверения и гарантии, кредитный договор, английское право, условные сделки, обман, расторжение договора.*

В последние десятилетия, в связи с произошедшими изменениями в мировой экономике и дальнейшим развитием торговли, прежде всего международной торговли, российские компании все чаще обращаются к западным банкам в поисках финансирования, особенно для реализации проектов, требующих существенных затрат, например, при строительстве производственных объектов или приобретении дорогостоящего оборудования. Этому способствует также отмена запретов для российских юридических лиц на осуществление внешнеторговых операций и снятие или значительные послабления для российских компаний валютных ограничений.

Рост обращения российских заемщиков к иностранным банкам связано, прежде всего, со стоимостью кредитования, которое на Западе значительно дешевле. Иностранные банки предоставляют заемные средства на более длительные сроки и под более низкие проценты. Банки при этом руководствуются не только чисто экономическими интересами — иной раз участие в том или ином проекте или финансирование того или иного крупного клиента является делом престижа, значительно поднимающего статус банка среди его конкурентов.

В подавляющем большинстве случаев кредитный договор по такому международному финансированию будет регулироваться именно английским правом, несмотря на национальный состав участников-кредиторов. Причина тому — достаточная раз-

витость и гибкость английского права, длительность его применения и использования для регулирования бизнеса, стабильность правоприменительной практики, а главное — уважение к этой правовой системе и ее судам, чем, порой, не могут похвастаться другие юрисдикции.

Английский кредитный договор, т.е. кредитный договор, регулируемый английским правом, хотя и имеет ту же правовую природу, что и одноименный договор в российском праве, значительно отличается от него. Отличие заключается в механизме предоставления средств, объеме обязательств заемщика, определения случаев возможного нарушения договора и ответственности за такие нарушения, а также целым рядом других положений.

Структура английского кредитного договора, стиль изложения и даже такая, казалось бы, очевидная процедура, как подписание договора, существенно разнятся с принятым в России. Достаточно сказать, что, если объем российского кредитного договора, составленного по определенным формам, разработанным банком-кредитором, в основном не превышает 10-20 страниц, то кредитные договоры, регулируемые английским правом, нередко занимают 100-200 страниц и, как правило, составляются не юристами банка, а сторонними консультантами.

Безусловно, любой договор содержит свои, только ему присущие условия, однако, практически в каждом кредитном договоре, подчиненном английскому праву, имеются так называемые заверения (representations)

и гарантии (warranties), особенностям которых посвящена данная статья¹.

Актуальность этой проблемы кроется не только в пределах исключительно компаративистики. На практике в последнее время в нашей стране стало распространено включение в кредитные договоры, заключаемые между российскими контрагентами, многих иностранных концепций, в том числе и заверения и гарантии.

Зачастую эти зарубежные правовые конструкции и понятия или совсем отсутствуют в российском праве, либо лишь приблизительно соответствуют зарубежным аналогам, и, естественно, не совпадают с соответствующими иностранными положениями, причем стороны, как показывает практика, достаточно редко понимают значение употребляемых иностранных правовых моделей. В результате получается своеобразный правовой гибрид, совмещающий в себе общепринятые российские правовые понятия и «красивые английские слова», правовой смысл которых стороны себе, как правило, представляют весьма смутно. Нет необходимости подчеркивать, что такое положение может повлечь их ошибочное толкование участниками гражданского оборота и неверное применение судебной практикой.

Заверения (representations) и гарантии (warranties) являются, как уже отмечалось, неотъемлемой частью подавляющего большинства английских кредитных договоров, если не всех из них. Они представляются признанной концепцией англо-саксонского права, касающейся утверждений сторон об определенных фактах или обстоятельствах (или их отсутствия), нарушение которых приводит к определенным правовым последствиям.

Теоретически, между двумя этими концепциями имеются определенные различия. Так, заверения (representations)² являются подтверждением существования или отсутствия определенных обстоятельств, т.е. констатацией определенных фактов. Они имеют целью побудить контрагента к заключению договора. Порой, они могут даже не быть частью договора. Нарушение заверений, т.е. сообщение недостоверных фактов, предоставляет потерпевшей стороне право на расторжение договора и взыскание убытков с виновной стороны. Однако для взыскания таких убытков требуется доказать, что потерпевшая сторона полага-

лась на достоверность таких заверений, а также, что нарушение заверений было существенным.

Виды нарушений заверений предусмотрены в Законе о Ложном Представительстве 1967 г.,³ который, наряду с общими принципами английского договорного права, и будет применяться, если по каким-либо труднопредставляемым причинам заверения не будут указаны в кредитном договоре.

Различаются несколько видов ложных заверений: так называемые «невиновные» (innocent) ложные заверения, при которых лицо заблуждалось относительно их достоверности; «неосмотрительные» (negligent) ложные заверения, которые лицо, действующее с разумной предосторожностью, при таких обстоятельствах не дало бы; и, наконец, «заведомо ложные заверения» (fraudulent), даваемые лицом, осознающим их недостоверность.

В зависимости от природы ложных заверений, их последствия будут различаться. Наиболее интересным для нас представляется не столько английские правовые последствия нарушения заверений, сколько такие последствия, «спроектированные» на российскую правовую почву.

Так называемые «гарантии» (warranties) также являются утверждением об определенных фактах, но в отличие от заверений (representations), они всегда являются частью договора, т.е. его условием, существенность которых презюмируется (а не доказывается в суде, как в случае с заверениями). При нарушении гарантий также не требуется доказывания того, что потерпевшая в кредитном договоре сторона — т.е. банк, на них полагалась, т.е. заключала договор, полагая, что такие гарантии правдивы. Считается, что на них полагаются всегда. Главным же отличием гарантий от заверений является невозможность расторжения потерпевшей стороной договора по причине нарушения гарантий, хотя возможность взыскания убытков имеется, при том, что при нарушении заверений возможно и взыскание убытков, и расторжение договора.

Согласно утверждению такого уважаемого издания, как Chitty on Contracts, термин «заверение» является одним из наиболее неверно используемых выражений в правовой терминологии. Ранее оно использовалось для обозначения «условия», в настоящее же время все более употребляется в смысле контрактного обязательства или обещания. Кроме того, оно используется также для обозначения условий договора, менее важных по сравнению с иными положениями⁴. Гарантии, как они понимаются в английском

¹ Английская концепция гарантии (warranties) не имеет ничего общего со способом обеспечения обязательств, предусмотренным ст. 368 ГК РФ.

² Порой вместо термина «заверения» (representation) используется его синоним — «утверждение» (statement). См.: A Dictionary of Law. Fifth Edition, Reissued with new covers. Edited by Elizabeth A. Martin. — Oxford University Press, 2003. P. 427.

³ The Misrepresentation Act 1967 (as amended by the Unfair Contracts Terms Act 1977).

⁴ Chitty on Contracts, 13-Edition, Volume 1, 2008. P. 83.

праве, следует отличать от так называемых Условий (Conditions). Условиями являются такие положения договора, любое нарушение которых ведет к прекращению обязательств сторон, т.е. к прекращению самого договора. Гарантии также являются условиями контракта, однако их нарушение не ведет к прекращению договора, а потерпевшая сторона вправе взыскивать в виновной убытки (damage) или требовать исполнения обязательства в натуре (specific performance), но никак не прекращения договора⁵. Иной раз отличить условия от гарантий достаточно сложно. Критерием отличия является природа соответствующего условия и его влияние на сам договор. В деле *Bettiti v Gye* указывалось, что для ответа на вопрос, является ли то или иное положение договора условием или гарантией, необходимо «заглянуть в «корень» договора», где нарушение условия должно быть столь существенно, что такое нарушение делает оставшуюся часть договора отличной от того, на что потерпевшая сторона могла рассчитывать при его заключении⁶. В то же время заверение — это такое положение договора «нарушение которого дает основание для взыскания убытков, но не прекращения договора»⁷. При предоставлении банком кредита существует элемент *caveat emptor*⁸ — в целом, по общему праву у заемщика нет обязанности предоставлять какую-либо информацию для принятия банком решения о кредитовании⁹.

Завершая сравнение английских заверений и гарантий, нельзя не отметить, что правовая грань между ними, будучи и так достаточно тонкой, в последнее время еще более стирается, и, зачастую, в текстах английских кредитных договоров и заверения, и гарантии, излагаются в одной и той же статье и приводят к одинаковым последствиям. Этим будем руководствоваться и мы, объединяя для целей настоящей работы заверения и гарантии в единую правовую концепцию.

В принципе, заверения и гарантии могут даваться любой стороной (или всеми сторонами) английского договора, однако, применительно к кредитному соглашению, важно подчеркнуть, что они даются (а) только заемщиком и никогда — кредитором, и (б)

предоставляют права только кредитору и никогда — заемщику.

В банковском кредитовании обычно различают так называемые «правовые» заверения и гарантии, и «коммерческие». Первые подтверждают законность заключаемого договора и обычно предусматривают подтверждения, что:

1) заемщик надлежащим образом зарегистрирован как юридическое лицо в соответствии с действующим законодательством; 2) он имеет полномочия заключать данный договор; 3) лицо, подписывающее договор, имеет право на такое подписание; 4) дается подтверждение получения необходимых согласий и одобрений для заключения договора (например, корпоративного одобрения, если оно требуется по законодательству); 5) договор не нарушает иных обязательств заемщика, например, так называемого «негативного обязательства»¹⁰; 6) заемщик подтверждает, что заключаемый кредитный договор имеет одинаковую очередность при банкротстве с иными необеспеченными обязательствами заемщика (*pari passu clause*); 7) банку не требуется лицензия на осуществление кредитования в стране регистрации заемщика. Возможны и иные правовые заверения, например, отсутствие регистрационных сборов в стране существования заемщика для заключения кредитного договора, отсутствие у заемщика государственного иммунитета от судебной защиты, и другие.

«Коммерческие» заверения и гарантии могут включать подтверждение, что к заемщику (или компаний, входящих в его группу) не предъявлено исков на согласованную сторонами сумму; что бухгалтерская отчетность заемщика достоверно отражает его финансовое состояние; нет существенных изменений в ведении коммерческой деятельности заемщика; не предвидится изменения в корпоративной структуре группы заемщика; нет нарушений обязательств заемщика по иным обязательствам и т.д.

Практика дает сторонам широкую возможность для того, чтобы предусмотреть определенные положения в виде заверений и гарантий. Чем сложнее проект, тем большее их количество употребляется в договоре. Особо следует подчеркнуть, что в некото-

⁵ Alastair Hudson. *The Law of Finance*. First Edition. Sweet and Maxwell, 2009. P. 399.

⁶ *Bettiti v Gye* (1876) 1 Q.B.D. 183, 188; *Graves v Legg* (1854) 9 Exch. 709, 716.

⁷ *Bunge Corporation v Tradax Export S.A.* [1981] 1 W.L.R. 711, 724.

⁸ *Caveat emptor* — вечно-правовая доктрина английского общего права, согласно которой покупатель не вправе взыскивать с продавца убытки за дефекты проданной вещи, делающие использование такой вещи невозможной.

⁹ David Adams. *Banking and Capital Markets*. L., 2012. P. 57.

¹⁰ В английском праве «негативным обязательством» (*negative pledge*) считается обязательство воздержаться от определенных действий. Например, заемщик, по условиям ранее заключенного кредитного договора, не имеет права на дальнейшее заимствование (что является на Западе нормальной практикой). В нашем случае получение дальнейшего кредита являлось бы нарушением условий предыдущего договора. Во избежание подобных ситуаций в «новом» кредитном договоре заемщик обычно подтверждает, что он не имеет таких «негативных обязательств» по предыдущим соглашениям.

рых случаях заемщик должен даже подтвердить, что он не участвует в коррупции в том или ином виде¹¹, что, безусловно, представляет интерес для отечественного законодателя.

Объем подтверждаемой информации всегда определяет кредитор — именно он оценивает кредитоспособность заемщика по тем или иным фактам, именно он решает, что должно быть подтверждено заемщиком, какая информация должна быть ему раскрыта, какие сведения сообщены.

Значение заверений и гарантий для английского кредитного договора трудно переоценить. Во-первых, банк выдает кредит, полагаясь на них, во-вторых, одна из задач таких заявлений — заблаговременно привлечь внимание банка к наличию условий, которые могут вести к невозврату кредита. Ну и, наконец, не следует забывать и о последствиях нарушения таких утверждений. Ложность заверений и гарантий является безусловным нарушением условий кредитного договора (Event of Default), что влечет, помимо прочего, немедленный досрочный возврат кредита и процентов по нему.

Заканчивая анализ заверений и гарантий по английскому праву, следует обратить внимание также на следующие два момента:

Во-первых, они «включаются» с самого начала кредитования. Если соблюдены все предварительные условия для получения кредита (Condition Precedent)¹², то для того, чтобы кредитные средства были предоставлены, заемщик должен подтвердить свои заверения и гарантии, данные в момент подписания кредитного договора, так как на практике между подписанием договора и фактическим получением заемщиком средств может пройти значительное время.

Во-вторых, некоторые заверения и гарантии не могут длиться продолжительное время, особенно указанные выше «правовые» заверения — ситуация у заемщика может измениться, и правдивость первоначальных заверений и гарантий будет утрачена. Для этой цели кредитный договор обычно предусматривает, что заемщик должен повторить и еще раз подтвердить свои заверения и гарантии при, например, получении второго (и каждого последующего) транша кредитования.

И последнее. Заверения и гарантии порой даются «по принципу максимальной осведомленности» (to

the best of the [borrower's] knowledge). Лицу могут быть неизвестны некоторые обстоятельства, которые ему придется подтвердить. В таком случае договор может предусматривать, что лицо дает заверения и гарантии так, как оно их представляет на момент заключения договора. Хотя нередко в тексте договоров указывается, что стороной были осуществлены все действия для подтверждения правдивости заверений и гарантий, например, проверены соответствующие данные, наведены необходимые справки для подтверждения достоверности соответствующих утверждений. Следует отметить, что такой подход, ограничивающий «объем заверений и гарантий и возможность привлечь лицо, давшее такие заверения и гарантии, к ответственности»¹³, в основном применяется при корпоративных сделках и крайне редко в банковском кредитовании.

В российской правовой литературе вопросу английских заверений и гарантий уделялось более чем скромное внимание, хотя нельзя не отметить появление в последнее время ряда публикаций на эту тему, как правило, практикующих юристов, специализирующихся на международных проектах. Некоторые из них проанализированы в настоящей работе. Однако, всесторонней оценки этот вопрос в российской правовой доктрине не получил.

Вместе с тем, нельзя и утверждать, что в заверения и гарантии совсем не знакомы российскому законодательству. Еще дореволюционные юристы рассматривали такую, присущую только России, правовую категорию, как «очистка», которая фактически представляла собой объявление продавца об отсутствии притязаний третьих лиц на продаваемую вещь и предусматривала обязанность компенсировать покупателю убытки, если заявленное объявление окажется ложным¹⁴. Очевидно, что и англо-саксонские заверения и гарантии, и русская концепция «очистки», преследовали одну и ту же цель и вели к одинаковым последствиям.

И в современном российском гражданском праве можно найти определенные элементы заверений и гарантий, так широко распространенных в английском праве. Например, согласно ст. 944 ГК РФ, при заключении договора страхования страхователь обязан сообщить страховщику известные страхователю обстоятельства, имеющие существенное значение для определения вероятности наступления страхового случая и размера возможных убытков от его насту-

¹¹ International Loans, Bonds, Guarantees, Legal Opinions. 2nd edition by Philip R Wood. Sweet and Maxwell, 2007. P. 65-66.

¹² Предварительные условия в английском кредитном договоре являются такие условия, только после выполнения которых заемщиком у банка возникает обязанность предоставления денежных средств.

¹³ Кучер А.Н. Теория и практика преддоговорного этапа: юридический аспект. М.: Статут, 2005. С. 72.

¹⁴ Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Т. 1. М., 2003. С. 272.

пления (страхового риска), если эти обстоятельства не известны и не должны быть известны страховщику. При этом, Гражданский Кодекс РФ под «существенными» признает обстоятельства, определенно оговоренные страховщиком в стандартной форме договора страхования (страховом полисе) или в его письменном запросе. Более того, та же статья предусматривает последствия нарушения страхователем подобных обязательств по сообщению соответствующих фактов, в частности, признание договора недействительным и применение последствий, предусмотренных п. 2 ст. 179 ГК. Кроме того, в литературе предлагалось рассматривать нормы ст. 469 ГК РФ, касающейся качества продаваемого товара, как своего рода «подразумеваемые заверения»¹⁵.

Следует отметить, что заверения и гарантии, как уже упоминалось выше, нередко используются в договорах, заключаемых и в нашей стране. Они уже рассматриваются и в российских судах и, на их основании суды уже выносят определенные, хотя и противоречивые решения¹⁶. Таким образом, полностью игнорировать существование в России заверений и гарантий нельзя. В тоже время утверждать, что они существуют в российском праве, также было бы значительным и необоснованным преувеличением.

В Англии, как и в большинстве юрисдикций, заверения и гарантии употребляются достаточно широко и используются практически по всех видах договоров. В России же подобные вопросы в подавляющем большинстве своем возникают при рассмотрении споров, касающихся приобретения акций или долей участия российских компаний. Автору этих строк, например, не удалось найти ни одного судебного решения, относительно нарушения заверений и гарантий при рассмотрении споров, вытекающих из кредитного договора. Что касается ст. 944 ГК РФ, то она характерна исключительно для отношений страхования. Гражданский Кодекс РФ умалчивает о необходимости сообщения каких-либо сведений при заключении иного вида договоров, например, кредитного, а применение указанной правовой модели к договору кредита по аналогии едва ли возможно ввиду специфики данной нормы.

Тем не менее, практикующие российские юристы, как уже отмечалось, предпринимали попытки оценить английские заверения и гарантии с точки зрения

¹⁵ Дмитриев С. Заверения, гарантии и обязательства возмещения убытков по англо-американскому и российскому праву. Право и экономика. № 4. 2004. С. 22-30.

¹⁶ См.: Постановление ФАС Московского округа от 23.10.09. № КТ-А41/10853-09 по делу № А41-9034/09, Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 02.08.2007 по делу № А43-31826/2005-23-1071.

российского права или найти им аналог в нашем законодательстве. При этом стоит отметить, что подавляющее большинство цивилистов, высказывающихся на эту тему, рассматривают заверения и гарантии применительно к отношениям купли-продажи, как правило — отчуждения акций при слиянии и поглощении компаний¹⁷, что, естественно, несколько ограничивает объем исследования и снижает его ценность.

По поводу английских заверений и гарантий с точки зрения российского законодательства излагалось несколько точек зрения. Высказывалось даже мнение, что такие утверждения являются «квази-обеспечением»¹⁸. Представляется, что заверения и гарантии ни при каких обстоятельствах не могут считаться обеспечением, пусть и «квази», как оно понимается российским правом, так как они не обладают ни одной из характеристик, присущих российским обеспечительным мерам, как то недействительность при недействительности обеспеченного обязательства и следования за основным обязательством при перемене кредитора. Скорее всего, заверения и гарантии с этой точки зрения — это своего рода «комфорт», позволяющий кредитору занять лучшую правовую позицию, по сравнению с должником, но не обеспечение.

Рассматривалась возможность применения при нарушении гарантий и заверений также ст. 393 ГК РФ, возлагающей на должника обязанность возместить кредитору убытки¹⁹. И хотя при определенных обстоятельствах такая позиция теоретически возможна, в некоторых случаях ее применение исключается, что не оспаривается и самим автором этой точки зрения. Дело даже не в том, что такое правовое средство может иной раз не отвечать интересам потерпевшей стороны, так как в силу ст. 404 ГК РФ суд вправе снизить размер убытков, которые, кстати, еще нужно доказать и обосновать. Проблема в том, что убытки напрямую связаны с неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства должником. Таким образом, должник должен совершить определенные действия²⁰ или воздержаться от них, так как именно

¹⁷ См., например, Дубинич А.А. Заверения и гарантии в сделках М&А. Слияния и поглощения, 2007, № 3 и 4, М. Соколов. За приобретаемыми акциями стоит компания. Слияния и поглощения. А.Н. Кучер. Указ. соч.

¹⁸ Буркова А. Квази-обеспечительные обязательства: международная практика, регулирование и перспективы развития в России. Право и жизнь//www.law-n-life.ru/numbers/109_6_1.htm.

¹⁹ См.: Денисов А. Включение в договоры заверений и гарантий. Корпоративный юрист. № 9. 2011. С. 50-54.

²⁰ Об этом указывал, например, Анненков К. Система русского гражданского права. Т. III. Права обязательственные.

это составляет конструкцию обязательства согласно ст. 307 ГК РФ. Заверения и гарантии по своей природе не являются действием или бездействием, т.е. обязательством²¹. Это только констатация факта, причем, сама констатация не является квинтэссенцией заверений, т.е. действием, как это понимается ГК РФ. Путем заверений и гарантий заемщик фактически говорит: «Вот как обстоит мой бизнес на определенный момент времени»²². Правдивость утверждений — вот что наиболее ценно для любого кредитора, а не сам факт наличия заверений или гарантий. Примерение ст. 393 ГК РФ возможно только в том случае, если заверения и гарантии будут сопоставимы с определенным действием должника, но в этом случае они превратятся в договорную обязанность последнего и перестанут быть голыми констатацией факта, т.е. непосредственно «утверждением». Их нарушение ничем не будет отличаться от нарушения иных условий договора, но это уже будет не ложное заверение. К слову, в английских кредитных договорах непосредственно заверения и гарантии никогда не рассматриваются в качестве обязательства.

В литературе высказывалось мнение, что нарушение заверений и гарантий в России должно вести к расторжению договора в связи с существенным изменением обстоятельств в силу ст. 451 ГК РФ. Такой вывод нам представляется более чем спорным. Возникает вопрос: как ложность заверения, например, что заемщиком получено необходимое корпоративное одобрение заключаемого кредита — а это классическое заверение, встречающееся в любом английском кредитном договоре, укладывается в понятие «существенное изменение обстоятельств»? Ответ очевиден — никак, между ними нет связи. Какие из условий, указанные в п. 2 ст. 451 ГК РФ, могут соответствовать заверениям должника? Как вообще обстоятельства, не зависящие от воли сторон, могут быть связаны с «утверждениями» одной из сторон, чем, по сути, и являются заверения и гарантии? В российском праве условия для применения ст. 451 ГК РФ должны соответствовать одновременно, четырем критериям, а именно: они должны быть заведомо непредвидимыми для сторон, непреодолимыми, чрезмерными, и исключаящими предположения возложения риска изменения обстоятельств на заинтересованную сторону²³.

Очевидно, что ответ на поставленные выше вопросы может быть только один — ложность заверений не является тем обстоятельством, а вернее обстоятельствами, существенное изменение которых позволяет расторгнуть договор на основании ст. 451 ГК РФ.

Высказывалась также точка зрения, что заверения и гарантии являются отлагательным условием кредитного договора²⁴. Согласиться с таким выводом можно, во-первых, с большой натяжкой, и во-вторых, только в строго ограниченных случаях. Начать с того, что заверения и гарантии не являются обстоятельствами, вероятность наступления которых неизвестна сторонам. И дело даже не в том, что, как пишет А. Буркова «большинство из обстоятельств, которые указаны в гарантиях и заверениях, зависит от воли должника»²⁵. Если обратиться даже к заверениям и гарантиям, приведенным выше, трудно отыскать хотя бы одно, которое бы было зависимо от воли должника. По своей правовой природе они не могут зависеть от его воли, ибо являются «фотографическим отражением» существующей ситуации на определенный момент, подтвержденной заемщиком, желает он этого или нет. Если подтверждаемые обстоятельства или факты ставятся в зависимость от воли лица, они превращаются в обязательства этого лица, и могут быть отлагательным условием, в зависимости от которого могут определяться права и обязанности сторон. Но в этом случае они потеряют свойства заверений. К примеру, если заемщик подтверждает, что у него имеется необходимая лицензия, такое подтверждение является заверением. Оно не может быть отлагательным условием, так как договор вступает в силу безотносительно к имеющейся лицензии. Однако, если стороны предусмотрели, что для вступления договора в силу (или возникновения у банка обязанности предоставить кредит), необходимо получение заемщиком соответствующей лицензии, такое обстоятельство превращается в отлагательное условие и перестает быть заверением.

И, тем не менее, в некоторых случаях, заверения и гарантии в кредитном договоре могут нести на себе «отлагательную нагрузку», но не являться отлагательным условием как таковым. Речь идет о так называемых предварительных условиях, о которых уже упоминалось. Напомним, что это условия, выполнение которых порождает обязанность банка осуществить кредитование. На практике, после выполнения предварительных условий, заемщик направляет банку требование о переводе средств, где подтверждает, что все ранее данные заверения и гарантии верны. Следова-

Второе издание, пересмотр. И дополн. СПб.: Типография М.М. Стасюлевича, 1901. С. 7.

²¹ Этот вывод разделяется и судебной практикой. См, в частности, Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 24.06. 2008 по делу № А70-8100/11-207.

²² Freud J. Anatomy of a Merger. 1975. P. 153.

²³ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. М.: Статут, 1997, С. 358.

²⁴ См.: А. Денисов. Указ соч.

²⁵ Буркова А. Заверения и гарантии по кредитным сделкам. Банковское право. № 3. 2006. С. 5-8.

тельно, их ложность делает получение кредита невозможным. Таким образом, заверения и гарантии как бы «вливаются» в предварительные условия, становясь их частью, но, не приобретая в результате этого, свойство самостоятельных отлагательных условий.

Нам представляется наиболее обоснованным мнение тех авторов, которые предлагают рассматривать заверения и гарантии в свете анализа воли сторон на заключение говора, в том числе и кредитного. Очевидно, что основной целью банка как кредитора, требующего в договоре определенных заверений и гарантий, является получение информации об оговоренных фактах или обстоятельствах, касающихся заемщика, так как осведомленность о таких фактах может повлиять на принятие банком решения о предоставлении средств или свидетельствовать о риске невозврата кредита. С другой стороны, очевидно, что намерением заемщика является побуждение банка, путем заверений и гарантий, к выдаче кредита, т.е. на формирование воли банка на заключение кредитного соглашения, причем в большинстве английских договоров содержится прямое указание, что банк заключает данный договор, целиком полагаясь на достоверность заверений и гарантий заемщика. Таким образом, волеизъявление банка является основной целью заверений и гарантий, даваемых заемщиком, следовательно, наиболее близкой по своей природе российской концепцией, связанной с нарушением заверений, является «порок воли», как он понимается российским правом.

В литературе поднимался вопрос о возможности применения в случае нарушения стороной заверений и гарантий ст. 178 ГК РФ²⁶. Действительно, указанная норма говорит о недействительности сделки, совершенной под влиянием заблуждения, причем заблуждения, имеющего существенное значение, например, относительно природы сделки, либо тождества или таких качеств ее предмета, которые значительно снижают возможности его использования по назначению.

Под заблуждением российское право понимает неправильное представление лица, совершающего сделку, о каких-либо обстоятельствах, имеющих значение для заключения данной сделки, причем обстоятельства настолько существенных, что они меняют представление лица о природе сделки или ее качеств. В этом случае воля лица будет сформирована в результате неправильного представления об обстоятельствах, имеющих значение для совершения сделки.

По нашему мнению, очевидно, что заключение банком кредитного договора даже при нарушении заемщиком заверений и гарантий, едва ли изменит

взгляд банка на природу сделки — она все равно останется кредитным, а не каким-либо иным договором и «качество ее предмета» не может измениться. Кроме того, сам принцип использования указанной статьи — «приобрел не то, что хотел» и презумпция «заблуждавшийся — виновен»²⁷, делают применение ст. 178 ГК РФ к последствиям нарушения заверений и гарантий, особенно по кредитным договорам, весьма небесспорным.

Нам представляется, что в российском гражданском праве наиболее близко к английской концепции заверений и гарантий, а, следовательно, и к последствиям их нарушения, подходит ст. 179 ГК РФ, регулирующая последствия сделки, совершенной под влиянием обмана. Действительно, если лицо, например, заемщик, путем дачи заверений, сознательно, с целью получения кредита, сообщает банку ложные сведения о своем финансовом состоянии или иную информацию, не соответствующую действительности, причем банк заключает кредитный договор, полагаясь на правдивость такой информации, по всей видимости, есть все основания утверждать о совершенном обмане. Характерно также и то, что уже упоминавшаяся ст. 944 ГК РФ, регулирующая обязанность страхователя сообщать страховщику необходимые сведения, также, говоря о последствиях сообщения ложных данных, отсылает к ст. 179 ГК РФ. Кстати, по мнению некоторых компаративистов, обман и заблуждения являются наиболее часто встречаемыми основаниями для признания сделок недействительными²⁸.

Однако, можно ли утверждать, что нарушение заверений и гарантий, в том числе и приведенных в настоящей статье, всегда и безоговорочно укладывается в понятие обмана, как он понимается ст. 179 ГК РФ? Представляется, что ответ на этот вопрос не может быть положительным. Российское право под обманом понимает «намеренное создание у лица ошибочного представления о существенных условиях сделки (неправильное представление о контрагенте, о предмете сделки или других ее условиях, важных для обманутой стороны) с тем, чтобы побудить его заключить сделку»²⁹. Целью обмана, для соответствующего применения ст. 179 ГК РФ, является побуждение невино-

²⁶ См., например: Соколов М. Указ. соч. С. 58-59.

²⁷ Комментарий части первой Гражданского кодекса РФ для предпринимателей. М., 1995. С. 208, автор комментария — М.И. Брагинский.

²⁸ Гражданское и торговое право зарубежных государств: Учебник / Отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. В 2-х т. Т. 1. М., 2006. С. 533.

²⁹ Рясенцев В.А. Лекции на тему «Сделки по советскому гражданскому праву» (1-я и 2-я) для студентов ВЮЗИ. М., 1951. С. 39.

вной стороны к заключению сделки. О.С. Иоффе указывал, что если определенные обстоятельства указывают на то, что при верном представлении о моментах, воспринятых из-за обмана в ложном свете, субъект не заключил бы данную сделку, то такую сделку следует считать заключенной под воздействием обмана³⁰. Однако даже беглый взгляд на перечень заверений и гарантий, приведенных в представленной работе, достаточен, чтобы сделать вывод, что нарушение английских заверений и гарантий может быть не связано с сознательным желанием лица ввести в заблуждение банк для целей получения кредита.

Неверные сведения могут быть сообщены банку в результате неведения или наличия неверной информации у самого заемщика, не случайно, напомним, английское право делит, как мы бы назвали по умыслу, ложные заверения на невиновные, неосмотрительные, и заведомо ложные заверения, причем предусматривает для них различные правовые последствия.

Английские заверения и гарантии могут касаться не только фактов, о которых может быть известно или неизвестно заемщику, но и оценки заемщиком возможности наступления тех или иных обстоятельств или анализа определенных обстоятельств с точки зрения законодательства, что едва ли допустимо в российском праве. Например, при подтверждении того, что заключаемый кредитный договор имеет одинаковую очередность при банкротстве с иными необеспеченными обязательствами заемщика (так называемое *pari passu clause*), от должника фактически требуется высказать свое мнение относительно довольно сложного правового вопроса, которое может быть и ошибочно. Таким образом, можно сделать вывод, что английские заверения и гарантии по своему объему значительно шире того, что может являться обманом в смысле ст. 179 ГК РФ, так как объединяют в себе не только фактические данные, но и мнение должника, причем часто достаточно специфическое (например, как отмечалось, относительно правовых вопросов).

Кроме того, английские заверения и гарантии могут касаться изложения субъективного мнения должника или даже его предположения относительно тех или иных обстоятельств, например, уже упомянутых ранее утверждений об отсутствии существенных изменений в ведении коммерческой деятельности заемщика или подтверждений что, не предвидится изменения в корпоративной структуре группы заемщика. Едва ли российское право расценит субъективное мнение стороны как основание для утверждения, что ее контрагент был обманут, если подобное субъективное мнение окажется ошибочным.

Английские заверения и гарантии характеризуются такими свойствами, как известность только одной стороне и неизвестность для другой. Причем у другой стороны — в данном случае — банка, не должно быть реальной возможности проверить правдивость утверждений контрагента. Например, пусть и утрировано, если заемщик подтверждает (по тем или иным причинам), что он существует в форме акционерного общества, а из имеющихся у банка документов очевидно, что его организационно-правовая форма — общество с ограниченной ответственностью, о каком обмане можно вести речь, если несоответствие действительности заверений было изначально очевидно?

Фактические обстоятельства, из которых впоследствии можно сделать вывод об имевшем место обмане потерпевшей стороны, в России никогда не указываются в российских договорах и, по сути своей, являются обстоятельствами доказывания в суде при признании такой сделки недействительной³¹. При этом истец вправе использовать любые доказательства фактов, предусмотренные процессуальным законом. В английском же кредитном договоре весь перечень заверений и гарантий представлен в тексте соглашения. Заемщику ничего не надо доказывать кредитору, просто сам факт подписания кредитного договора является подтверждением того, что заемщик сделал соответствующие утверждения.

В нашей стране, согласно п. 2 ст. 179 ГК РФ, последствием совершения сделки, заключенной под влиянием обмана, является реституция, причем односторонняя, а также конфискационные меры в отношении виновной стороны и возмещение потерпевшему недобросовестным контрагентом реального ущерба в том случае, если исполнение такой сделки началось хотя бы одной стороной. Договор в этом случае, естественно, прекращается. Нарушение заверений и гарантий в Англии, как уже указывалось, часто не ведет к прекращению договора (но ведет к возникновению права кредитора требовать досрочного погашения долга, как это предусмотрено в любом английском кредитном договоре), а дает право на требование возмещения убытков кредитору.

Таким образом, мы полагаем, что английские заверения и гарантии и основания для применения ст. 179 ГК РФ, хотя и схожи по цели, однако, различны по своему объему и правовым последствиям. Англосаксонские заверения и гарантии в целом представляют собой особую правовую конструкцию, только внешне напоминающую основания для признания сделок

³⁰ Иоффе О.С. Советское гражданское право. М., 1967. С. 279.

³¹ Исключение, пожалуй, составляют только данные, указанные в ст. 944 ГК РФ.

недействительными ввиду порока воли, и всецело приравнять их к российским правовым реалиям нельзя. Нарушение того, что в английском праве понимается под заверениями, не может автоматически привести к применению ст. 179 ГК РФ. Представляется, что только заведомо ложные заверения (*fraudulent*) могут соответствовать понятию обмана, упомянутого в ст. 179 ГК РФ. Вопрос о применении данной нормы ГК РФ к иным видам английских ложных заверений более чем спорен.

Таким образом, проведенный анализ приводит к выводу, что правовая конструкция английских заверений и гарантий, безоговорочно не укладывается ни в одну из российских правовых концепций. И хотя при определенных обстоятельствах и в зависимости от природы нарушения, те или иные нормы российского гражданского права могут применяться при нарушении заверений и гарантий, полного аналога данной англо-саксонской модели в России не существует.

В последнее время в российских правовых кругах поднимался вопрос о введении в наше законодательство концепции заверений. Предлагалось ввести в Гражданский Кодекс РФ такое понятие, как «заверение об обстоятельствах», т.е. заверения одной из сторон договора об обстоятельствах, имеющие существенное значение для заключения договора или для его исполнения. При этом под такими обстоятельствами предлагалось понимать соответствие договора применимому праву, наличие необходимых разрешений и лицензий, обстоятельства, относящиеся к предмету договора или касающиеся финансового состояния стороны. Причем такие заверения могут даваться как при заключении договора, так и после этого. Недостоверность заверений влечет возмещение потерпевшему убытков, если будет доказано, что последний разумно полагался на такие заверения. Кроме того, помимо возмещения убытков, потерпевшей стороне предлагается на выбор или отказаться от исполнения

договора в силу п. 3 ст. 450 ГК РФ, если соглашение не предусматривает иное, или требовать признания договора недействительным в силу существенного заблуждения на основании ст. 178 ГК РФ. При этом признание договора недействительным или незаконным не является препятствием для возмещения убытков. Важно отметить, что при осуществлении предпринимательской деятельности указанные выше последствия применяются к стороне, давшей заверения об обстоятельствах, независимо от того, было ли ей известно о недостоверности таких заверений³².

Таким образом, если предложенная редакция изменений в ГК РФ будет принята, в российском праве появится своего рода аналог английской концепции гарантий, причем предоставляющий потерпевшей стороне права не только на возмещение убытков, но и на определение судьбы самого договора — или признание его недействительным с применением последствий, указанных в ст. 178 ГК РФ, или отказ от исполнения договора, причем вина за недостоверность заверений при осуществлении предпринимательской деятельности презюмируется. Право на добросовестное заблуждение в этом случае исключается.

Трудно предсказать будут ли приняты такие поправки в ГК РФ, а если будут, то когда. Пока же российским предпринимателям можно рекомендовать включать конструкции заверений и гарантий в тексты договоров. При этом желательно четко изложить (и это главное) последствия нарушения таких заверений и гарантий, чем может быть, например, прекращение договора на основании той же ст. 450 ГК РФ³³ и, в частности, досрочный возврат полученного кредита в случае кредитного договора, снижение покупной цены при договоре купли-продажи, возврата арендованного оборудования при договоре аренды и т.д. По нашему мнению, в действующем российском праве запреты для подобного моделирования договорных отношений отсутствуют.

Библиографический список:

1. Анненков К. Система русского гражданского права. Т. III. Права обязательственные. Второе Издание, пересмотр. И дополн. СПб.: Типография М.М. Стасюлевича, 1901.
2. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. М.: Статут, 1997.
3. Буркова А. Заверения и гарантии по кредитным сделкам. Банковское право. № 3. 2006.

³² Проект федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского Кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации», п. 222. Ст. 431.2.

³³ На такую возможность указывают многие авторы, занимающиеся анализом природы заверений и гарантий. См. например, А. Буркова. Заверения и гарантии по кредитным сделкам.

4. Буркова А. Квази-обеспечительные обязательства: международная практика, регулирование и перспективы развития в России. Право и жизнь//www.law-n-life.ru/numbers/109_6_1.htm.
5. Гражданское и торговое право зарубежных государств: Учебник / Отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. В 2-х т. Т. 1. М., 2006.
6. Денисов А. Включение в договоры заверений и гарантий. Корпоративный юрист. № 9. 2011.
7. Дмитриев С. Заверения, гарантии и обязательства возмещения убытков по англо-американскому и российскому праву. Право и экономика. № 4. 2004.
8. Дубинич А.А. Заверения и гарантии в сделках М&А. Слияния и поглощения. 2007. № 3 и 4.
9. Иоффе О.С. Советское гражданское право. М., 1967.
10. Комментарий части первой Гражданского кодекса РФ для предпринимателей. М., 1995.
11. Кучер А.Н. Теория и практика преддоговорного этапа: юридический аспект. М.: Статут, 2005.
12. Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Т. 1. М., 2003.
13. Рясенцев В.А. Лекции на тему «Сделки по советскому гражданскому праву» (1-я и 2-я) для студентов ВЮЗИ. М., 1951.
14. Alastair Hudson. The Law of Finance. First Edition. Sweet and Maxwell, 2009.
15. David Adams. Banking and Capital Markets. L., 2012.
16. Chitty on Contracts, 13-Edition, Volume 1, 2008.
17. Dictionary of Law. Fifth Edition, Reissued with new covers. Edited by Elizabeth A. Martin. — Oxford University Press, 2003.
18. International Loans, Bonds, Guarantees, Legal Opinions. 2nd edition by Philip R Wood. Sweet and Maxwell, 2007.

References (transliteration):

1. Annenkov K. Sistema russkogo grazhdanskogo prava. Tom III. Prava obyazatel'stvennyye. Vtoroe Izdanie, peersmotr. I dopoln. SPb.: Tipografiya M.M. Stasyulevicha, 1901.
2. Braginskiy M.I., Vitryanskiy V.V. Dogovornoe pravo. Obshchie polozheniya. M.: Statut, 1997.
3. Burkova A. Zavereniya i garantii po kreditnym sdelkam. Bankovskoe pravo. № 3. 2006.
4. Burkova A. Kvazi-obespechitel'nye obyazatel'stva: mezhdunarodnaya praktika, regulirovanie i perspektivy razvitiya v Rossii. Pravo i zhizn'//www.law-n-life.ru/numbers/109_6_1.htm.
5. Grazhdanskoe i torgovoe pravo zarubezhnykh gosudarstv: Uchebnik / Otv. red. E.A. Vasil'ev, A.S. Komarov. V 2-kh t. T. 1. M., 2006.
6. Denisov A. Vkluyuchenie v dogovory zavereniy i garantiy. Korporativnyy yurist. № 9. 2011.
7. Dmitriev S. Zavereniya, garantii i obyazatel'stva vozmeshcheniya ubytkov po anglo-amerikanskomu i rossiyskomu pravu. Pravo i ekonomika. № 4. 2004.
8. Dubinich A.A. Zavereniya i garantii v sdelkakh M&A. Sliyaniya i pogloshcheniya. 2007. № 3 i 4.
9. Ioffe O.S. Sovetskoe grazhdanskoe pravo. M., 1967.
10. Kommentariy chasti pervoy Grazhdanskogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii dlya predprinimateley. M., 1995.
11. Kucher A.N. Teoriya i praktika preddogovornogo etapa: yuridicheskiy aspekt. M.: Statut, 2005.
12. Pobedonostsev K.P. Kurs grazhdanskogo prava. T. 1. M., 2003.
13. Ryasentsev V.A. Lektzii na temu «Sdelki po sovetskomu grazhdanskomu pravu» (1-ya i 2-ya) dlya studentov VYuZI. M., 1951.