Гарантии, заверения и обязательства о возмещении убытков в сделках слияний и поглощений

24.07.2013 СТАТЬИ АНГЛИЙСКОЕ ПРАВО

Институты заверений об обстоятельствах и обязательств о возмещении имущественных потерь предусмотрены законопроектом № 47538–6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской федерации» (далее — законопроект). Предполагается, что данные нововведения будут включены в раздел III Гражданского кодекса Российской федерации (далее — ГК)**. Институты заверений об обстоятельствах и обязательств о возмещении имущественных потерь рассматриваются в настоящей статье в контексте сделок слияний и поглощений.*

Га рантии (warranties), заверения (representations) и обязательства о возмещении убытков (indemnities) в российской практике сделок слияний и поглощений

Англо-правовые институты гарантий, заверений и обязательств о возмещении убытков

Для чего нужны гарантии, заверения и обязательства о возмещении убытков?

При продаже акций/долей участия в уставном капитале компании сторонам сделки (прежде всего покупателю) необходимы специальные защитные механизмы, главным образом на случай, если в приобретенном активе после завершения сделки будут обнаружены какие-либо дефекты (например, дефекты в титуле на недвижимое имущество, претензии

налоговых органов, обременительные для компании договоры, экологические проблемы, судебные разбирательства и т. п.). При этом даже самая детальная комплексная проверка, которая предшествует сделке, может не выявить подобные дефекты, поскольку:

- во-первых, всегда существует риск, что продавец не раскроет покупателю все имеющиеся у него материалы в отношении продаваемой компании;
- во-вторых, некоторые проблемы, в частности, судебные разбирательства, могут возникнуть в отношении приобретаемой компании уже после завершения сделки, хотя причины таких проблем могут относиться к периоду, когда собственником акций/долей участия в уставном капитале еще являлся продавец.

Таким образом, даже самый внимательный покупатель может приобрести проблемный актив, что потребует от него дополнительных инвестиций для устранения соответствующих дефектов.

На практике стороны сделок в сфере слияний чаще всего защищают себя от описанных выше рисков с помощью англо-правовых институтов гарантий, заверений и обязательств о возмещении убытков. В чем состоит суть этих институтов?

Гарантии (warranties)

Гарантия представляет собой заявление продавца о наличии определенного факта, обстоятельства, например, в отношении продаваемых акций/долей участия в уставном капитале компании. Как правило, выделяют две основные цели гарантии:

- (i) гарантия, если она была нарушена продавцом, является основанием для взыскания покупателем с продавца причиненных ему таким нарушением убытков;
- (ii) гарантия выполняет еще и информационную функцию, ее содержание раскрывает покупателю данные, например, об особенностях хозяйственной деятельности и характеристиках

приобретаемой компании.

Чтобы иск в связи с нарушением гарантии был удовлетворен, покупателю необходимо доказать, что нарушение гарантии причинило ему убытки, при этом убытки должны быть прямым результатом нарушения гарантии. Процесс доказывания убытков достаточно сложен — в общем случае, если имела место продажа акций/долей участия в уставном капитале с последующим нарушением гарантии, убытки покупателя определяются как разница между (i) стоимостью акций/долей участия без учета нарушения гарантии и (ii) стоимостью акций/долей участия с учетом факта нарушения. Возможность использования различных моделей (методик) для определения стоимости акций/долей участия в уставном капитале компании (с учетом и без учета имевших место нарушений гарантий) делает взыскание убытков покупателем в случае нарушения гарантий со стороны продавца в значительной степени сложным процессом. Вместе с тем механизм англо-правовых гарантий широко применяется на практике и присутствует в абсолютном большинстве договоров купли-продажи акций/ долей участия в уставном капитале крупных российских компаний.

Заверения (representations)

Заверение, как и гарантия, является заявлением о верности и/или существовании какого-либо факта.

Если покупатель акций/долей участия в уставном капитале при заключении сделки полагался на определенное заверение, которое было нарушено/оказалось ложным, он имеет право предъявить иск о нарушении заверения. В зависимости от вины продавца существуют три типа нарушения заверения: (i) умышленное, (ii) по неосторожности и (iii) небрежное. Доступные покупателю средства правовой защиты в случае нарушения заверения продавцом во многом будут зависеть от типа допущенного нарушения. При серь езном нарушении заверения (например, при умышленном нарушении заверения, содержащегося в договоре) покупатель вправе признать договор недействительным. Вместе с тем в определенных случаях покупатель может также рассчитывать на возмещение убытков в размере разницы между (i) расходами

покупателя на приобретение акций/долей участия и (ii) стоимостью акций/долей участия с учетом факта нарушения заверения.

Следует отметить, что на практике в большинстве договоров купли-продажи, подчиненных английскому праву, заверения не используются, либо их число сведено к минимуму. Заявления продавца об определенных фактах в отношении продаваемой компа нии осуществляются главным образом через механизм гарантий.

Обязательства о возмещении убытков (indemnities)

Обязательство о возмещении убытков представляет собой контрактное обязательство одной стороны (например, продавца акций/долей участия в уставном капитале) возместить другой стороне (например, покупателю акций/долей участия в уставном капитале) ее потери вследствие наступления определенных обстоятельств (в частности, начала судебного разби рательства в отношении компании, признания недействительным титула приобретаемой компании на определенное имущество, предъявления претензий компании со стороны налоговых органов и т. п.) и, таким образом, может быть и не связано с нарушением продавцом своих обязательств в рамках договора купли-продажи.

В случае получения покупателем компенсации по принятому продавцом на себя обязательству о возмещении убытков покупатель не обязан доказывать факт снижения стоимости приобретенных им акций/ долей участия в уставном капитале компании вслед ствие наступления соответствующих обстоятельств — в этом случае покупателю достаточно доказать факт своих потерь, и они будут подлежать возмещению со стороны продавца.

Другой особенностью англо-правового института обязательства о возмещении убытков является то, что он может быть сконструирован как обязательство продавца, не зависящее от действительности основного обязательства в рамках купли-продажи акций/долей участия в уставном капитале компании (на практике это обычно достигается путем подготовки отдельного документа). Соответственно, если даже основное обязательство в рамках договора купли-продажи будет признано судом недействительным, это не делает недействительным обязательство продавца о возме

щении убытков покупателю. Описанные особенности лежат в основе широкого использования института обязательств о возмещении убытков в практике сделок купли-продажи акций/долей участия в уставном капитале.

Одновременное использование правовых конструкций гарантий, заверений и обязательств о возмещении убытков в договорах купли-продажи

Как указывалось выше, в настоящее время в преобладающей части подчиненных английскому праву договоров купли-продажи акций/долей участия в уставном капитале институт заверений не используется. Вместе с тем, как правило, договоры купли-продажи одновременно предусматривают гарантии и обязательства о возмещении убытков. При этом гарантии обычно покрывают наиболее широкий перечень вопросов хозяйственной деятельности приобретаемой компании (например, договоры, экологические вопросы, трудовые отношения, банкротство, разрешения и лицензии, вопросы интеллектуальной собственности, движимое имущество и т. п.). Обязательства о возмещении убытков обычно распространяются на наиболее важные и потенциально проблемные аспекты приобретаемого бизнеса (например, право собственности на приобретаемые акции/доли участия в уставном капитале, право собственности приобретаемой компании на недвижимое имущество, возможные претензии к приобретаемой компании со стороны нало говых органов и т. п.).

Институты гарантий, заверений и обязательств о возмещении убытков в российском праве

Действующее российское законодательство не содержит специальных норм, посвященных описанным выше институтам гарантий, заверений и обязательств о возмещении убытков. Безусловно, можно попытаться сконструировать данные институты на основе принципа свободы договора. Однако развитие практики не пошло по этому пути, выбор был сделан в пользу англо-правовых конструкций, которые уже были протестированы на практике, в том числе в судах. Попытки применить к купле-продаже акций/долей участия в уставном капитале предусмотренные ГК положения о гарантии в отношении товара также нельзя назвать удачными, российские

суды не смогли однозначно подтвердить возможность использования указанной конструкции при купле-продаже компаний [1].

Подобная ситуация стала одной из причин широкого использования английского права при структурировании сделок в отношении российских активов.

В целях изменения подобного положения был подготовлен Законопроект, в котором делается попытка внедрить описанные выше институты гарантий/заверений и обязательств о возмещении убытков в российское право.

Заверения и обязательства по возмещению имущественных потерь в новой редакции ГК

Заверения об обстоятельствах

Общее описание института

Конструкция института заверений об обстоятельствах (ст. 431.2 ГК в редакции Законопроекта) коррелирует с описанными выше англо-правовыми институтами заверений и гарантий.

Согласно Законопроекту, заверения об обстоятельствах:

> (i) являются утверждениями о тех обстоятельствах, которые имеют значение для заключения или исполнения договора. Как и в английском праве, такие обстоятельства могут касаться как фактов (например, предмета договора, наличия у заверяющей стороны всех необходимых для заключения договора корпоративных одобрений, финансового состояния заверяющей стороны и т. д.), так и права (например, вопросов о необходимости получения одобрений антимонопольных органов на сделку, о соответствии договора императивным нормам права страны, в которой учреждена заверяющая сторона, и т. д.);

(ii) могут быть предоставлены как при заключении договора, так и после его заключения (в последнем случае — если заверения относятся к исполнению договора). Этим российский институт заверений напоминает англо-правовые гарантии и одновременно отличается от заверений по английскому праву (которые могут быть предоставлены только до заключения договора);

(iii) являются заверениями в понимании ст. 431.2 ГК (в редакции Законопроекта), только если пострадавшая сторона разумно полагалась на них (критерий разумности является оценочным, подлежит определению судом в каждом конкретном случае).

Ответственность за недостоверность заверений

В соответствии с Законопроектом, если заверения об обстоятельствах являются недостоверными, пострадавшая сторона вправе:

(i) в рамках судебного разбирательства требовать возмещения убытков, причиненных недостоверностью заверений [2];

(ii) в дополнение к требованиям, указанным в п. (i) выше:

1. (A) если заверения имели для пострадавшей стороны существенное значение, отказаться от исполнения договора на основании п. 3 ст. 450 ГК (если иное не предусмотрено договором) [3], или

2. (B) при наличии оснований, предусмотренных ст. 178 ГК, в рамках судебного разбирательства требовать признания договора недействительным как заключенного под влиянием заблуждения [4].

При этом в силу прямого указания п. 1 ст. 431.2 ГК (в редакции Законопроекта), признание договора недействительным или незаключенным не препятствует возмещению убытков (см. п. (i)).

Применение положений о заверениях на практике

В качестве примера можно рассмотреть договор купли-продажи акций между компанией А (покупатель) и компанией В (продавец), содержащий следующее положение:

> «Настоящим В предоставляет следующие заверения и признает, что А заключает настоящий Договор, полагаясь на данные заверения В, имеющие для А существенное значение:
>
> (i) финансовая отчетность Общества, приведенная в Приложении 2 к настоящему Договору, является достоверной и полной во всех отношениях; [...] ».

Если после заключения договора заверение В окажется недостоверным, А может взыскать с В причиненные этим убытки, если А докажет, что:

> (i) А полагалась на заверение В [5] при заключении договора;
>
> (ii) В считала или имела разумные основания считать, что А будет полагаться на заверение В[6]. В рассматриваемом примере соответствующие формулировки включены непосредственно в текст договора («... и признает, что А заключает настоящий Договор, полагаясь на данные заверения»), поэтому, вероятнее всего, А успешно докажет обстоятельства (i) и (ii) в суде. Если же указанная формулировка не будет напрямую указана в тексте договора, процедура доказывания обстоятельств (i) и (ii) выше скорее всего станет для А более сложной;
>
> (iii) заверение В оказалось недостоверным [7]. В рассматриваемой ситуации в качестве

такого доказательства может быть использовано, например, заключение аудитора, подтверждающее недостоверность финансовых показателей, отраженных в Приложении 2 к договору купли-продажи; компании А были причинены убытки, а также размер убытков. Вопрос определения размера убытков рассмотрен ниже;

(v) имеется причинно-следственная связь между недостоверностью заверений и убытками, причиненными компании А.

Кроме того, в рассматриваемом примере, если выявленные фактические финансовые показатели приобретаемого бизнеса таковы, что приобретение и дальнейшее владение данным бизнесом становится для А нецелесообразным (и при этом договор купли-продажи еще не был полностью исполнен), А может отказаться от исполнения договора на основании того, что недостоверное заверение имеет для А существенное значение. Поскольку в рассматриваемом примере договор прямо ссылается на «существенное значение» за верений для А, то В, скорее всего, будет сложно оспорить в суде заявленный со стороны А отказ от исполнения договора.

Особенности взыскания убытков в связи с недостоверными заверениями

Законопроект не предусматривает каких-либо специальных правил для определения размера убытков, причиненных недостоверными заверениями об обстоятельствах. Следовательно, такие убытки должны определяться в соответствии с общими правилами статьи 15 ГК. Здесь следует отметить, что у российских судов отсутствует какой-либо устоявшийся подход, который мог бы быть использован при определении размера убытков в таких категориях дел — его еще предстоит выработать нашей судебной практике. Вместе с тем российская судебная практика предлагает несколько примеров интересных реше ний, которые могут быть использованы в будущем для определения размера убытков в случае нарушения заверения.

Например, в рамках одного из дел с участием акционеров общества «СМАРТС» с ответчика были взыска

ны убытки, причиненные акционеру обеспечительными мерами, в размере разницы между (A) возможной стоимостью акций на определенную дату в случае отсутствия обеспечительных мер и (B) оценочной стоимостью акций на такую дату с учетом действия обеспечительных мер [8]. Другой пример — спор в отношении акций ОАО «Екатеринбургский мукомольный завод», в рамках которого суд, в связи с отсутствием у приобретенного общества заявленного недвижимого имущества, взыскал с продавца (на основании п. 1 ст. 475 ГК) излишне уплаченную покупателем цену акций общества в размере разницы между (A) фактической ценой приобретения акций общества покупателем и (B) оценочной рыночной стоимостью акций на момент их приобретения покупателем с уче том отсутствия у общества недвижимого имущества [9].

Оба механизма, описанные в приведенных выше примерах, имеют общие черты со схемой возмещения убытков при нарушении англо-правовых гарантий.

Обязательство о возмещении имущественных потерь

Общее описание института

Ст. 406.1 ГК в редакции Законопроекта содержит институт, механизм работы которого схож с механизмом работы англо-правового обязательства о возмещении убытков. В соответствии с Законопроектом, обязательство о возмещении имущественных потерь:

> (i) предусматривает обязанность возмещающей стороны возместить «имущественные потери», возникшие у потерпевшей стороны в свя зи с исполнением/изменением/прекращением основного обязательства между возмещающей стороной и потерпевшей стороной («основное обязательство»);

> (ii) не связано (и не может быть связано) с нарушением основного обязательства возмещающей стороной, т. е. распространяется на имущественные потери, вызванные, например, действиями третьих лиц (по аналогии с обязательством о возмещении

убытков по английскому праву);

(iii) должно предусматривать определенную сумму, в пределах которой выплачивается возмещение (английское право не содержит данного ограничения).

Поскольку иное Законопроектом не предусмотрено, то обязательства о возмещении имущественных потерь утрачивают силу в случае признания основного обязательства (договора) недействительным или незаключенным. В связи с этим обязательство о возмещении имущественных потерь не может быть использовано для компенсации убытков одной стороны, вызванных признанием договора недействительным по иску другой стороны или третьего лица (для компенсации соответствующих убытков стороны могут включить в договор соответствующее заверение). Это является существенным недостатком новой нормы и может значительно сократить случаи ее применения на практике. Как указывалось выше, англо-правовое обязательство о возмещении убытков может быть сконструировано как независимое от основного обязательства.

По нашему мнению, высказываемая некоторыми российскими юристами позиция о том, что обязательство о возмещении имущественных потерь не вписывается в существующую систему ГК, поскольку подменяет собой институт страхования, является ошибочной. Лицо, которое принимает на себя обязательство о возмещении убытков, всегда заинтересо вано в основном обязательстве, в то время как страховая компания всегда ориентирована исключительно на застрахованный риск.

Применение обязательств о возмещении имущественных потерь на практике

В качестве примера можно использовать договор купли-продажи акций между компанией А (покупатель) и компанией В (продавец), содержащий следующее положение:

> «В соответствии со ст. 406.1 ГК, В обязуется возместить А все имущественные потери А, связанные с предъявлением налоговыми органами к Обществу требований об уплате налоговых платежей, относящихся к периоду до заключения настоящего Договора, в пределах 100 000 000 рублей».

Исходя из буквального толкования ст. 406.1 ГК (в редакции Законопроекта), если после заключения договора к приобретенному обществу будут предъявлены налоговые претензии, А сможет взыскать с В причиненные этим имущественные потери, если А докажет, что:

> (i) наступили обстоятельства, дающие основания для предъявления к В требований по обязательству о возмещении имущественных потерь (например, письменное требование налоговых органов об уплате задолженности по налоговым платежам за 2011 г.);

> (ii) компания А понесла имущественные потери, а также докажет размер имущественных потерь. Вопрос определения размера имущественных потерь рассмотрен ниже;

> (iii) имеется причинно-следственная связь между обстоятельствами, упомянутыми в п. (i) выше, и имущественными потерями компании А. Кроме того, согласно п. 2 ст. 406.1 ГК в редакции

Законопроекта, компания А может быть вынуждена доказывать, что предприняла разумные меры для уменьшения размера имущественных потерь (если, как и в рассматриваемом примере, стороны не исключили применение ст. 404 ГК). Кстати, английским институтом обязательств о возмещении убытков обязанность пострадавшей стороны предпринимать шаги, направленные на уменьшение имущественных потерь, не предусматривается (но может быть согласована сторонами на договор

ном уровне).

Вместе с тем, в отличие от доказывания убытков (по общим правилам ст. 15 ГК), обязательства о возмещении имущественных потерь не требуют доказывания, что компания В нарушила основное обязательство.

Особенности взыскания имущественных потерь

Термин «имущественные потери» в ГК (в том числе, в редакции Законопроекта) не определен. Вместе с тем, согласно п. 2 ст. 406.1 ГК в редакции Законопроекта, если иное не предусмотрено договором,при определении размера имущественных потерь применяются нормы о возмещении убытков (ст. 15 и ст. 404 ГК). Таким образом, обязательство о возме щении имущественных потерь по ст. 406.1 ГК (в редакции Законопроекта), по общему правилу, предполагает компенсацию не только реального ущерба, но и упущенной выгоды.

Обязанность должника возместить имущественные потери должна быть ограничена определенной суммой возмещения [10]. Остается неясным, каким образом суды будут толковать данное ограничение (отсутствующее в английском праве): вправе ли стороны использовать для определения такой суммы формулу расчета или только твердую денежную сумму, можно ли предусмотреть обязанность должника возместить все имущественные потери потерпевшей стороны в пределах общей максимальной суммы (например, двукратной стоимости основного обязательства), или необходимо установить кон кретную твердую сумму возмещения для каждого заверения. Ответы на эти вопросы должна дать судебная практика.

В контексте сделок слияний и поглощений существенным отличием обязательств о возмещении имущественных потерь по ст. 406.1 ГК от обязательств о возмещении убытков по английскому праву является тот факт, что последнее допускает выплату покупателю компенсации затрат, возникших как у покупателя, так и у самой приобретенной компании, в то время как формулировка ст. 406.1 ГК (в редакции Законопроекта) допускает компенсацию имущественных потерь только покупателя (но не приобретенной им компании).

Представляется, что на практике доказывание наличия имущественных потерь у А вследствие причинения убытков приобретенному обществу (а не непосредственно компании А) будет наиболее сложным аспектом доказывания по обязательствам о возмещении имущественных потерь. Постановление Президиума ВАС и решение Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области по уже упоминавшемуся выше делу общества «СМАРТС» [11] допускают причинение убытков акционеру общест ва вследствие снижения рыночной стоимости принадлежащих ему акций. Вместе с тем, исходя из доступной нам информации, на данный момент такая практика не является широко распространенной.

Кроме того, определение факта снижения стоимости акций, в особенности акций непубличной компании, является очень сложной процедурой — выводы привлекаемых для этого оценщиков могут существенно различаться.

Согласно п. 2 ст. 406.1 ГК (в редакции Законопроекта), стороны вправе договориться об иных правилах определения размера имущественных потерь, подлежащих возмещению. Например: «В соответствии со ст. 406.1 ГК, В обязуется возместить А в полном объеме имущественные потери А, возникшие в связи с предъявлением налоговыми органами к Обществу требования об уплате налоговых платежей, в размере фактической суммы требования налоговых органов». Однако российские суды могут быть не готовы применять установленные сторонами правила. Вероятнее всего, потребуется время, чтобы судебная практика могла определить границы свободы сторон в установлении правил расчета имущественных потерь.

Выводы

На наш взгляд, предусмотренные Законопроектом нормы о заверениях об обстоятельствах сформулированы достаточно удачно, и имеются все основания для широкого применения института заверений в практике российских компаний в сфере слияний. Вместе с тем, возможность использования данного института на практике будет во многом зависеть от подхода российских судов к толкованию соответствующих норм (в особенности в части определения размера убытков, причиненных недостоверными заверениями, в рамках сделок купли-продажи акций/долей участия). До выработки такого единого подхода представляется маловероятным, что англо-правовые заверения и гарантии будут вытеснены из российской практики за счет использования российского института заверений об обстоятельствах.

Предусмотренное Законопроектом регулирование обязательств о возмещении имущественных потерь, по нашему мнению, является не столь удачным по сравнению с английским институтом обязательств о возмещении убытков. В частности, существенным недостатком обязательств о возмещении имущественных потерь является тот факт, что они (в отличие от английского аналога) утрачивают силу в случае признания основ ного обязательства недействительным/незаключенным. Это, вероятнее всего, существенно ограничит случаи использования данного института на практике.

Кроме того, требование об указании определенной суммы, в пределах которой возможно взыскание по обязательствам о возмещении убытков, в зависимости от толкования данного ограничения в практике российских судов, также может ограничить применение обязательств о возмещении имущественных потерь. Вместе с тем, можно предположить, что более широкое использование на практике института заверений об обязательствах может частично компенсировать описанные выше недостатки норм Законопроекта об обязательствах о возмещении имущественных потерь.

---

[1] См. Постановление ФАС Северо-Западного округа от 23 ноября 2010 г. по делу № А56–78909/2009; Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 20 августа 2012 г. по делу № А75–5480/2011; Постановление ФАС Уральского округа от 6 мая 2010 г. № Ф09–2540/10-С4 по делу № А60–48826/2009- СР; Постановление ФАС Уральского округ

[2] См. абз. 1 п. 1 ст. 431.2 ГК в редакции Законопроекта.

[3] См. п. 2 ст. 431.2 ГК в редакции Законопроекта.

[4] См. п. 4 ст. 431.2 ГК в редакции Законопроекта.

[5] См. абз. 1 п. 1 ст. 431.2 ГК в редакции Законопроекта.

[6] См. абз. 3 п. 1 ст. 431.2 ГК в редакции Законопроекта.

[7] См. абз. 1 п. 1 ст. 431.2 ГК в редакции Законопроекта.

[8] См. Решение Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленин-градской области от 3 июня 2013 г. по делу № А56–44387/2006.

[9] См. Постановление ФАС Уральского округа от 6 мая 2010 г. № Ф09–2540/10-С4 по делу №

А60–48826/2009-СР.

[10] См. п. 1 ст. 406.1 ГК в редакции Законопроекта.

[11] Постановление Президиума ВАС от 6 сентября 2011 г. № 2929/11 и решение Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 3 июня 2013 г. по делу № А56–44387/2006, ожидается рассмотрение дела в апелляционной инстанции.

Евгений Глухов — старший юрист «фрешфилдс брукхаус дерингер ЛЛП», доктор права (Венский университет), кандидат экономических наук

Инна Штрайхер — юрист «фрешфилдс брукхаус дерингер ЛЛП»

СТАТЬИ

АНГЛИЙСКОЕ ПРАВО