

ЧТО В ЗАВЕРЕНИЯХ ОБ ОБСТОЯТЕЛЬСТВАХ НЕ ПОНРАВИТСЯ СУДУ



Александр Гармаев

Руководитель группы корпоративных проектов юридической фирмы VEGAS LEX

Главное в статье

1

Как отнесется суд к заверениям, которые выдали по фактам будущего

2

Какую оговорку включить в заверения, если продавец в них сомневается

3

Нужно ли проверять достоверность заверений

4

Как защищаться покупателю, который выявил риск при покупке актива

5

Могут ли заверения по сделке характеризовать качество акций

6

Что говорит международная судебная практика о защите покупателя

Покупатели акций или долей, которые требуют от продавца заверения об обстоятельствах, считают, что полностью защищены статьей 431.2 ГК: если заверения окажутся ложными, суд взыщет с недобросовестного контрагента убытки или неустойку. Это не всегда так: суд вправе отказать в компенсации покупателю из-за того, что тот не проверил заверения продавца или попросил дать их на будущую дату. В статье рассказали, какие заверения об обстоятельствах кажутся судам недопустимыми и что делать покупателю, чтобы выиграть спор с продавцом.

Заверения выдали по фактам будущего

Потенциальные покупатели дорогостоящих активов настаивают, чтобы в договор купли-продажи акций или долей продавец включил свои заверения по поводу состояния компании, акции или доли которой составляют предмет сделки (далее — целевая компания). При этом заверения касаются фактов прошлого или тех, которые существовали на момент предоставления заверений, — на дату заключения договора купли-продажи акций или долей (далее — договор).

Пример: продавец заверяет покупателя, что на дату договора целевая компания — собственник оборудования. Также указывает, что в отношении оборудования обременений нет, как и нет оснований предъявить к целевой компании претензии третьих лиц в связи с их правами на оборудование.

Такое заверение нельзя распространить на будущее, поскольку после передачи актива в собственность покупателя продавец теряет контроль над активом. В частности, он не может гарантировать, что целевая компания не передаст оборудование в залог по обязательствам самого покупателя.

В судебной практике есть примеры толкования статьи 431.2 ГК, что заверения касаются фактов прошлого или настоящего. Например, суд рассматривал дело, в котором продавец гарантировал покупателю, что исчислит к оплате в бюджет НДС из цены товара.

Суд указал: заявленное обстоятельство — не заверение, поскольку не относится к событиям прошлого или настоящего. Он не применил к делу положения статьи 431.2 ГК, поскольку речь шла о событии будущего.^{А53}

В то же время продавцы часто дают заверения не только на дату договора, но и на определенную дату в будущем. В сделках с акциями или долями — это дата перехода к покупателю права собственности на акции или доли либо дата перехода к нему контроля. Например, дата регистрации в ЕГРЮЛ нового генерального

А53 Постановление Пятнадцатого ААС от 18.01.2019 по делу № А53-17096/2018

NB

В доктрине указывают, что заверения отличаются от обязательств по возмещению потерь тем, что заверения касаются фактов прошлого или настоящего, а обязательства по возмещению потерь — возникновения обстоятельств в будущем. В частности, так считают А.Г. Карапетов и В.А. Хохлов.

Закон. 2015. №6. С. 55;
Журнал российско-
го права. 2016. №2.
С. 63–71

директора компании, решение об избрании которого принимают до подписания продавцом передаточного распоряжения на акции.

При этом для крупных сделок характерен значительный временной разрыв между датами подписания договора и перехода прав на акции или доли. Как правило, это связано с тем, что обязательства сторон по договору ставят в зависимость от того, наступили ли имеющие существенное значение отлагательные условия. Например, получил ли покупатель согласие ФАС на приобретение акций или долей, заключил ли соглашение о реструктуризации кредита, получил ли лицензию.

Когда покупатель распространяет действие заверений на дату в будущем, он пытается защититься от рисков. В частности от того, что возникнут отклонения от ожидаемого состояния целевой компании в период, когда договор заключен, но она еще под контролем продавца. Тем не менее, судебная практика не подтверждает правомерность предоставлять заверения на будущее.

Поэтому при сопровождении сделок учитывайте риск, что включенные в договор заверения на будущую дату суды признают недействительными. В том числе при их квалификации в качестве обязательств по возмещению потерь.

Как снизить риск покупателя. Включите в договор обязательства продавца представить после даты перехода права собственности на акции или перехода контроля к покупателю письмо с подтверждением, что все заверения в договоре действительны также на эту дату.

Побудить продавца выполнить это обязательство можно так: предусмотрите в договоре, что предоставление такого письма — это отлагательное условие для оплаты ему части цены сделки. Тем более что сейчас сделки между сторонами чаще всего предполагают оплату в рассрочку.

Правомерность такой структуры обязательств в договоре можно обосновать статьей 431.2 ГК, которая допускает предоставление заверений после заключения сделки. Другой вариант — указать статью 327.1 ГК. Норма разрешает обуславливать обязательства обязательствами, которые зависят от воли одной из сторон сделки.

Продавец знал о недостоверности заверения

ГК предусматривает общее правило для сделок с акциями или долями. Согласно норме, ответственность стороны, которая предоставила заверение, наступает независимо от того, знала она о ложности заверения или нет, если иное не предусмотрено соглашением сторон.^{431.2 ГК} Руководствуясь этим правилом, заверения

^{431.2 ГК} П. 4 ст. 431.2 ГК

нужно рассматривать скорее как инструмент распределения рисков в сделке, чем как инструмент для наказания обманщика.

В крупных сделках с акциями или долями часто заверения продавца в отношении целевой компании покрывают те обстоятельства, относительно которых у него нет стопроцентного знания. Изначально объем и достоверность сведений о целевой компании, которыми располагает ее акционер или участник — продавец по сделке, зависит от того, как эти сведения предоставил ему менеджмент компании.

Пример: продавец предполагал, что госорганы не предъявляли претензии к компании в связи с нарушениями правил лицензирования, хотя такие претензии были, но менеджмент ему об этом не сообщил. Тем не менее, покупатель требует от продавца заверения об отсутствии таких претензий.

Продавец скорее всего согласится на это требование, так как полагается на добросовестность менеджмента. После сделки компания может понести расходы на выполнение ранее предъявленных требований госорганов или оказаться с отозванной лицензией в связи с обстоятельствами, которые имели место до сделки.

В этом случае покупатель вправе потребовать от продавца компенсировать убытки или уплатить неустойку, если стороны согласовали ее в договоре. Это возможно, даже когда продавец не знал о соответствующих обстоятельствах.

Пункт 4 статьи 431.2 ГК диспозитивно предоставляет сторонам договора право отойти от этого общего правила. Стороны могут установить в договоре один из «квалификаторов», который ограничивает ответственность продавца.

Например, включить оговорку «насколько известно продавцу» применительно к некоторым или всем заверениям. В частности, так: «насколько известно продавцу, основания для досрочного прекращения (отзыва) лицензии отсутствуют».

Как снизить риск покупателя. Если впоследствии заверение окажется недостоверным и определенную в договоре лицензию отзовут, для эффективного предъявления претензий покупателю придется доказать, что продавец знал о проблемах в компании. Доказать это трудно, поэтому в договоре стороны обычно раскрывают содержание понятия «знание продавца» и пытаются сделать его более конкретным.

Например, к знанию продавца — юридического лица приравнивают знание топ-менеджмента этого лица и целевой компании. Иногда покупателю удастся дополнительно согласовать в договоре, что под знанием стороны понимают не только знание определенных лиц о соответствующих фактах, но и предполагаемое знание при проявлении ими должной осмотрительности.

NB

Сторона, которая полагалась на недостоверные заверения контрагента, вправе не только требовать возместить убытки или заплатить неустойку, но и отказаться от договора, если иное не предусмотрено соглашением сторон.

Пункт 2 статьи 431.2 ГК

Продавец ссылается на неосмотрительность покупателя

В судебной практике последних лет встречается подход, по которому покупатель не может полагаться на заверения продавца относительно характеристик приобретаемого актива. Он должен сам провести проверку перед сделкой.

Пример: покупатель купил акции компании с заверением продавца, что в отношении ее имущества нет обременений и арестов. На самом деле оборудование было обременено, а недвижимость арестована. Покупатель попытался взыскать с продавца предусмотренную договором неустойку за недостоверность заверений в размере 50 процентов от суммы договора.

A63 Постановление Шестнадцатого ААС от 03.10.2017 по делу № А63-1976/2017

Суды отказали в иске. Они заявили, что покупатель, который действовал добросовестно и разумно при заключении договора, как заинтересованное лицо должен был получить у контрагента сведения и документы о физическом состоянии имущества и наличии залога. Покупатель мог запросить выписку из ЕГРН, чтобы ознакомиться с информацией, обременены ли объекты недвижимости юридического лица, акции которого приобретал.^{A63}

Такой подход ставит под сомнение эффективность заверений по российскому праву для большинства сделок. Фактически покупатель, который получил от продавца заверения о важных характеристиках актива, может остаться без защиты при недостоверности заверений. Ведь суд посчитает, что покупатель должен был сам убедиться в необходимых характеристиках.

Если для крупных сделок такой риск не актуален, так как там покупатели всегда проводят глубокую юридическую и техническую проверку актива, то для сделок среднего и мелкого уровня риск чувствителен. Причина в том, что в таких сделках у сторон не всегда есть ресурсы на полномасштабный аудит.

ВС 49 П. 35 постановления Пленума ВС от 25.12.2018 № 49

Верховный суд частично исправил ситуацию относительно ложных заверений. Он указал: лицо, которое предоставило заведомо недостоверное заверение, не может ссылаться, что полагавшаяся на заверение сторона была неосмотрительной и сама не выявила недостоверность.^{ВС 49} При этом в отношении заверений, о ложности которых продавец не знал, остается риск, что суды будут применять к покупателю повышенный стандарт должной осмотрительности.

Как снизить риск покупателя. Перед покупкой актива проверяйте его, а не просто полагайтесь на заверения продавца для сокращения транзакционных издержек. При проверке как минимум запросите ключевые документы об активе у продавца и проанализируйте данные из публичных источников.

Покупатель знал о недостоверности заверения

Ответственность за недостоверность заверения наступает, если заверившая сторона исходила из того, что другая сторона будет полагаться на заверения.^{431.2 ГК-1} ГК также устанавливает презумпцию знания продавца акций или долей о соответствующем отношении к такому заверению покупателя.^{431.2 ГК-2}

Если же покупатель знал до заключения сделки, что заверение не соответствует действительности независимо от того, знал ли об этом продавец, он не вправе привлечь продавца к ответственности. Вряд ли можно утверждать, что покупатель будет полагаться на действительность заведомо для него ложного заверения. Этот подход есть и в судебной практике.

Пример: суд отмечал, что осведомленность покупателя о недостоверности заверения — основание отказать ему в удовлетворении требования. Покупатель же, который был еще и разработчиком проекта договора и включил в него такое заверение, о пороках которого знал изначально еще до заключения договора, — злоупотребил правом.^{A63-1}

В другом деле суд также указывал, что, если покупатель сомневается в достоверности заверения и не информирует об этом продавца, он злоупотребляет правом. Кроме того, что покупатель ставил под сомнения заверения, он еще включил в договор ответственность за подобное недостоверное заверение в виде неустойки. Суд указал, что взыскание неустойки не может быть целью при совершении сделки.^{A14}

Как снизить риск покупателя. Сведения о выявленных при проверке рисках актива суд может рассмотреть как знание покупателя о недостоверности заверений, которые отрицают эти риски. Такой подход предполагает серьезное изменение отношения некоторых контрагентов к процедуре due diligence.

Например, некоторые покупатели при проверке стремятся выявить и отразить в отчете как можно больше рисков, в том числе по ситуациям, когда такие риски низкие. Подобный отчет при возникновении судебного спора продавец может с высокой степенью эффективности использовать против покупателя. В некоторых ситуациях целесообразнее проверить только ключевые аспекты деятельности компании без преувеличения или искусственного констатирования рисков.

Если риски выявлены, покупателю лучше защищаться от них с помощью механизма возмещения потерь,^{406.1ГК} а не через заверения. В этом случае продавец не констатирует, что на дату договора нет оснований наложить на компанию штрафы за нарушение законодательства.

431.2 ГК-1 П. 1 ст. 431.2 ГК

431.2 ГК-2 П. 4 ст. 431.2 ГК

A63-1 Постановление Шестнадцатого ААС от 03.10.2017 по делу № А63-1976/2017

A14 Постановление Девятнадцатого ААС от 17.04.2017 по делу № А14-8248/2016

406.1 ГК П. 1 ст. 406.1 ГК

Продавец принимает обязательство возместить покупателю потери в связи с выплатой компанией штрафов по основаниям, которые существовали до заключения договора, в размере всей суммы этих штрафов. В этом примере предполагается, что предмет сделки — 100 процентов акций или долей в капитале целевой компании.

Иногда альтернативой может быть механизм корректировки покупной цены по статье 485 ГК, которая допускает возможность предусмотреть в договоре не только нефиксированную цену, но и порядок ее определения. В этом случае цену акции или доли определяют как некую сумму, которая уменьшится автоматически, если выявятся поддающиеся оцифровке отклонения от обещанного состояния целевой компании.

На практике продавцы часто возражают против этого механизма. Например, если цену сделки бенефициары сторон изначально согласовали как фиксированную.

К сделке не применили нормы о качестве товара

469 ГК Ст. 469 ГК

A40 Постановление ФАС Московского округа от 11.06.2013 по делу № А40-54975/12-22-529

A70 Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 05.09.2013 по делу № А70-11153/2012

ВС 49-1 П. 34 постановления Пленума ВС от 25.12.2018 № 49

A40-1 Постановление АС Московского округа от 17.05.2018 по делу № А40-234897/16

Институт заверений включили в ГК с оговорками для сделок с акциями или долями компаний из-за того, что в России сложилась одиозная судебная практика по вопросу о применимости к ним норм о качестве товара.⁴⁶⁹ ГК Изредка отдельные суды допускали такой вывод, что характеристики целевой компании касаются качества ее акций или долей.^{A40}

Большинство судов считали иначе. Они полагали, что качество акций или долей состоит только в их номинальных характеристиках: стоимости, номерах выпуска или в предоставляемых правах. Например, права участвовать в управлении, получать часть прибыли и ликвидационную квоту.^{A70}

Верховный суд, хоть и с опозданием, но признал такую практику нижестоящих инстанций ошибочной. Он указал, что заверения в отношении предмета сделки могут характеризовать качество акций или долей общества.^{ВС 49-1}

Соответственно, наряду с мерами ответственности за недостоверность заверений — взыскания убытков^{A40-1} и неустойки — покупатель может защищаться с помощью статьи 475 ГК. Например, потребовать уменьшить цену, устранить недостатки или возместить расходы на их устранение.

На практике такой подход не всегда приведет к тому результату, о котором предполагает продавец. Согласно международному опыту сделок, который распространен и в России, продавец крупного актива предоставит заверения по целевой компании, но при этом будет стремиться к следующему.

Во-первых, он ограничит свою ответственность квалификаторами материальности иска, знаниями покупателя о недостоверности заверения, установлением максимальной суммы ответственности. Во-вторых, установит порядок и условия предъявления к нему требований со стороны покупателя.

Пока не ясно, как эта практика соотносится с новым подходом Верховного суда. Даже если в договоре указать, что ограничения и условия ответственности по заверениям применяются и к требованиям о качестве товара, или исключить применение норм о качестве товара, есть вероятность, что суды все равно предоставят защиту покупателю по правилам статей 469–477 ГК.

С учетом того, что ВАС статью 475 ГК о качестве товара назвал диспозитивной,^{ВАС 16} вероятность такого сценария снижена, но не исключена. Поскольку ВАС говорил о праве сторон дополнить права покупателя по сравнению с ГК, а не ограничить их, для судов это может иметь значение.

В этом случае продавцу целесообразно включать в договор купли-продажи оговорки об ограничении применения норм о качестве. В ситуации правовой неопределенности у него при таких обстоятельствах будут аргументы для эффективной защиты в случае судебного спора ♦

ВАС 16 П. 4 постановления Пленума ВАС от 14.03.2014 № 16

Как в других странах защищают покупателя, который знал о недостоверности заверений

Даже среди стран, которые отличаются передовой практикой сделок M&A, нет единых принципов, как решать проблему предоставления защиты покупателю, который знал о недостоверности заверения. Например, в Канаде суды ранее поддерживали оговорку, что знание покупателя о ложности заверения не освобождает продавца от ответственности.

Тем не менее, юристы сомневаются, что в будущем канадские суды продолжат практиковать такой подход. Причина: решение Верховного суда Канады по делу *Bhasin v. Hrynew*, которое признало действие генерального принципа добросовестности и честного исполнения обязательств в договорном праве Канады.

В США практика разнится от штата к штату — в Делавэре суды считают: если заверение включили в договор купли-продажи, покупатель вправе привлечь продавца к ответственности, даже если покупателю было известно о ложности такого заверения.

В Калифорнии покупателю необходимо доказать, что он полагался на действительность заверений. Суды также смотрят и на источник знания покупателя об обстоятельствах, которые были предметом заверения: эту информацию он получил от продавца или узнал самостоятельно.

Практика разных стран подсказывает возможные направления развития российского права. Возможно, что

в будущем суды сформулируют исключения для пограничных ситуаций.

Например, покупатель узнал о нарушении заверения непосредственно перед подписанием договора и не мог продолжить переговоры: было нецелесообразно.

Другая пограничная ситуация — сведения об обстоятельствах, которые свидетельствовали о ложности заверения, были доступны покупателю, но среди множества других документов, что выложил продавец в *data room* — хранилище конфиденциальных корпоративных документов.

Еще один вариант — покупатель сомневается в достоверности заверения, но не знает наверняка.

Источники: *Eagle Resources Ltd. v. MacDonald*, 2001 ABCA 264, *Transamerica Life Canada Inc. v. ING Canada Inc.*, [2003] 68 O.R. (3d) 457 (C.A.). *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494. Ключевые кейсы в Делавэре: *Interim Healthcare, Inc. v. Spherion Corp.*, 884 A.2d 513 (Del. Super. Ct. 2005), *Cobalt Operating LLC v. James Crystal Enterprises, LLC*, 2007 WL 2142926. *Galli v. Metz*, 973 F.2d 145 (2d Cir. 1992), *Rogath v. Siebenman*, 129 F.3d 261 (2d Cir. 1997), *Coastal Power International, Ltd. v. Transcontinental Capital Corporation*, 10 F. Supp. 2d (S.D.N.Y. 1998)