

Трудности перевода: различия правовых инструментов, используемых при структурировании сделок M&A (российское и английское право)

Введение

- до 1 июня 2015 года - правовая неопределенность, отрицательная судебная практика.
- после 1 июня 2015 года - позитивное правовое регулирование и положительная судебная практика:
 - conditions precedent - отлагательные условия (ст. 157 ГК РФ) или обусловленное исполнение (ст. 327.1 ГК РФ);
 - warranties and representations - заверения об обстоятельствах (ст. 431.2 ГК РФ); и
 - indemnities - обязательства по возмещению потерь (ст. 406.1 ГК РФ).

Conditions precedent, отлагательные условия и обусловленное исполнение

- **Conditions precedent** – могут зависеть от действий сторон договора, обычно договор предусматривает обязательство сторон приложить разумные усилия для выполнения условий.
- **Отлагательные условия** – условия могут зависеть от действий сторон, фикция наступления условия.
- **Обусловленное исполнение** – условия могут зависеть от действий сторон, прямо предусмотрена возможность поставить под условие исполнение отдельных обязанностей.

Warranties, representations и заверения об обстоятельствах (содержание)

- **Warranties** – содержащиеся в договоре утверждения о фактах (обещания), относящихся к стороне договора, приобретаемому активу и т.д.
- **Representations** – утверждения о фактах, побуждающие покупателя заключить договор купли-продажи (могут как содержаться в договоре, так и нет).
- **Заверения об обстоятельствах** – заверения о достоверности обстоятельств (фактов), имеющих значение для заключения, исполнения или прекращения договора.

Warranties, representations и заверения об обстоятельствах (обязанные лица)

- **Warranties** – продавец или третье лицо, являющееся стороной договора купли-продажи или отдельного документа, в котором содержатся warranties (например, холдинговая компания или бенефициарный собственник продавца).
- **Representations** – продавец, третье лицо, являющееся стороной договора купли-продажи или отдельного документа, в котором содержатся representations (например, холдинговая компания или бенефициарный собственник продавца); представители продавца (в случае representations, не включенных в текст договора).
- **Заверения об обстоятельствах** – сторона, являющаяся стороной договора (продавец).

Warranties (ответственность)

- **Основания** – иск о возмещении убытков за нарушение договора (нарушение warranties); заявитель должен быть поставлен в положение, если бы warranties были верны.
- **Размер** – разница между рыночной стоимостью актива, если бы warranties были верны (как правило, цена акций), и фактической рыночной стоимостью актива при недостоверности warranties.

Representations (ответственность)

- **Основания** – есть возможность выбора:
 - иск о возмещении убытков за нарушение договора (если заверения включены в текст договора в виде warranties), то есть заявитель должен быть поставлен в положение, если бы representations были верны; или
 - иск о возмещении вреда (claim in tort), то есть заявитель должен быть поставлен в положение, если бы договор не был заключен.
- **Размер** – по общему правилу разница между фактической рыночной стоимостью актива и ценой, уплаченной за акции.
- **Иные меры ответственности** – возможно расторжение договора (rescission), стороны возвращаются в положение, предшествующее заключению договора (есть ограничения: подтверждение действительности договора, истечение времени, невозможность вернуть стороны в преддоговорное состояние, нарушение прав третьих лиц).

Заверения об обстоятельствах (ответственность)

- **Основания** – сторона, предоставившая недостоверные заверения, обязана возместить другой стороне убытки или уплатить неустойку.
- **Размер** – убытки или неустойка, отсутствует единообразная практика определения размера убытков.
- **Иные меры ответственности** – возможность отказа от договора (указанное право можно исключить) или требовать признания договора недействительным (в случае обмана или существенного заблуждения, вызванного недостоверными заверениями).
- Требование о возмещении убытков или оплате неустойки, а также о признании договора недействительным возможно, если сторона полагается на недостоверные заверения об обстоятельствах.

Indemnities и обязательства по возмещению потерь (содержание)

- **Indemnities** – обещание предоставить возмещение в отношении определенных видов ответственности (убытков, расходов), возникших в связи с наступлением определенных в договоре обстоятельств, в том числе, в связи с нарушением договора.
- **Обязательства по возмещению потерь** – обязанность одной стороны обязательства возместить имущественные потери другой стороны такого обязательства, возникшие в случае наступления определенных соглашением сторон обстоятельств, не связанных с нарушением обязательства одной из сторон.

Indemnities и обязательства по возмещению потерь (обязанные стороны)

- **Indemnities** – продавец или третье лицо, являющееся стороной договора купли-продажи или отдельного документа, в котором содержатся indemnities (например, холдинговая компания или бенефициарный собственник продавца).
- **Обязательства по возмещению потерь** – сторона обязательства (договора купли-продажи), т.е. продавец. Вопрос о возможности предоставления обязательств по возмещению потерь лицом, не являющимся продавцом, хотя и включенным в договор купли-продажи в качестве стороны с целью предоставления таких обязательств, является дискуссионным.

Indemnities (ответственность)

- **Основания** – иск о возмещении убытков или определенной денежной суммы (в последнем случае существует возможность заявить требование об оплате долга, а не о возмещении убытков).
- **Размер** – полная компенсация понесенных расходов (доллар за доллар). В договоре можно предусмотреть, что покупателю подлежат возмещению потери, понесенные приобретаемой компанией и ее дочерними обществами.

Обязательства по возмещению потерь (основания и размер возмещения)

- **Основания** – требование о возмещении потерь.
- **Размер** – все потери (или их часть), понесенные покупателем, **однако:**
 - отсутствует единообразная практика определения размера потерь (в частности, каковы будут потери покупателя в случае возникновения убытка у приобретаемой компании или ее дочерних обществ); и
 - риск фактического распространения на обязательства по возмещению потерь режима возмещения убытков.

Контактная информация



Антон Кунашов

Советник, Корпоративное право / M&A

Офис: Москва

Тел: +7 495 644 05 00

Email: anton.kunashov@dentons.com

Спасибо за внимание!