

EMPP – PRACTICAL TIPS & TRICKS

Дорогие друзья, Дорогие клиенты,

Мы запускаем серию обзоров, которые в отличие от традиционных, связанных с анализом судебной практики или новых нормативных актов, будут содержать в себе практические вопросы и возможные способы решения проблем, с которыми сталкиваемся мы и сталкиваются наши клиенты. Как уже было сказано, эти обзоры будут носить практический характер, даже несмотря на отсутствие в ряде случаев судебной практики – бизнес продолжает жить и творить процессы.

Настоящий обзор не носит характер рекомендаций и показывает лишь наши взгляды и подходы. Реализовывать ли их в рамках собственных бизнес-процессов – решать Вам.

С уважением,

Бычков Олег

Партнер, адвокат



Установление срока для предъявления требований из недоверности заверений об обстоятельствах как способ ограничения ответственности

Ограничение ответственности стороны в отношении предоставленных ею заверений / гарантий – стандартная практика в рамках сделок M&A по английскому праву.

Традиционно ключевыми инструментами ограничения ответственности в рамках английского права являются следующие:

- **Knowledge** – известность тех или иных обстоятельств покупателю актива/другой стороне по сделки;
- **Materiality** – установление порогов материальности (для одного требования или для суммы требований);
- **Types of losses** – закрепление перечня видов убытков, которые подлежат и не подлежат возмещению;
- **Limitation period** – установление срока для предъявления требований из недоверных заверений/гарантий.

В рамках данного обзора мы кратко остановимся на последнем критерии: установление срока, в течение которого могут быть предъявлены требования из недоверности предоставленных заверений об обстоятельствах по российскому праву.

Закон предусматривает², что сторона, полагавшаяся на недоверные заверения контрагента, вправе:

- Обратиться с требованием о возмещении убытков; или
- Обратиться с требованием о взыскании неустойки, а также
- Отказаться от договора, если иное не предусмотрено соглашением сторон.

При этом сроки исковой давности³ и порядок их исчисления не могут быть изменены соглашением сторон⁴.

О применении принципов публичной достоверности и добросовестности в отношении заверений об обстоятельствах смотрите в нашем case study.¹

¹ <http://empp.ru/novosti/case-study-zavereniya-ob-obstoyatelstvah-dobrosovestnost-i-publichnaya-dostovernost-nastupit-li-otvetstvennost-za-narushenie>

² п. 2 ст. 431.2 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – «ГК РФ»).

³ В соответствии со ст. 199 ГК РФ исковая давность применяется судом только по заявлению стороны в споре, сделанному до вынесения судом решения.

⁴ ст. 198 ГК РФ.

По общему правилу течение срока исковой давности начинается со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права и о том, кто является надлежащим ответчиком по иску о защите этого права⁵. Кроме того, требование о защите нарушенного права принимается к рассмотрению судом независимо от истечения срока исковой давности⁶. Таким образом, **установление соглашением сторон срока действия заверений об обстоятельствах, срока предъявления требований из их недостоверности не представляется возможным.**

Складывается ситуация, в которой в рамках M&A сделки продавец актива, иное лицо, предоставившее заверение об обстоятельствах, фактически должен смириться с наличием весьма продолжительного периода, в течение которого сторона-получатель заверений (покупатель) может обратиться с требованиями, вытекающими из их недостоверности (возмещение убытков, взыскание неустойки, отказ от договора).

В целом можно констатировать, что подход в отношении заверений об обстоятельствах, предусмотренный в рамках российского права для сделок M&A, по умолчанию, является pro-buyer's side.

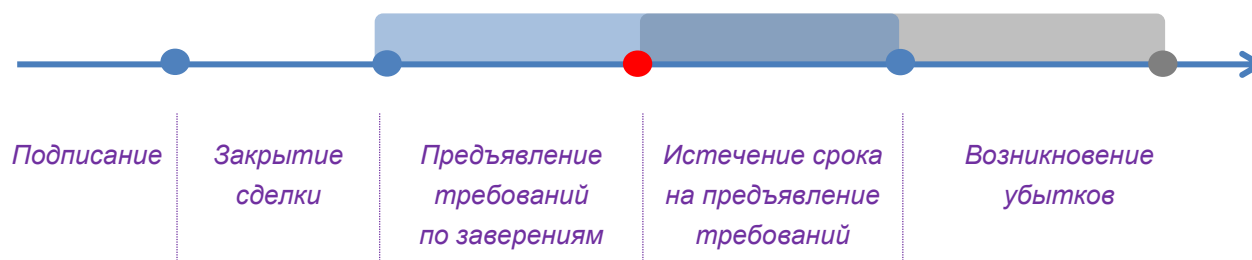
Представим себе следующую ситуацию:

- **Сделка** – приобретение инвестором доли в уставном капитале уже существующей компании;
- **Заверения** – продавцами по сделке и компанией предоставлены следующие заверения об обстоятельствах:
 - у компании отсутствуют неисполненные обязательства перед третьими лицами;
 - компанией не предоставлялись опционы на продажу долей в ее уставном капитале;
 - в отношении компании отсутствуют иные права требования участников и третьих лиц;
- **Ограничения в части срока предъявления требований** – соглашением установлено, что срок, в течение которого инвестор может обратиться с требованиями относительно недостоверности данных заверений составляет 1,5 года с даты закрытия сделки (вхождения инвестора в капитал компании).

⁵ п. 1 ст. 200 ГК РФ.

⁶ п. 1 ст. 199 ГК РФ.

Схематично ситуацию можно представить следующим образом:



Последующее развитие ситуации: за 1 месяц до истечения установленного соглашением срока для предъявления требований из недостоверности заверений, инвестор узнает о предъявлении претензии третьих лиц к компании, ее участникам: в рамках данных требований может возникнуть ситуация, когда предоставленные ранее заверения будут нарушены.

В данном случае, исходя из документации по сделке, инвестор может заявить требования из недостоверности заверений в течение оставшегося 1 месяца. При этом на дату заявления требований:

- убытков у инвестора пока нет;
- факт нарушения соответствующих заверений можно будет констатировать только после завершения соответствующего судебного разбирательства – принятия решения судом о признании требований третьих лиц.

В связи с этим возникает несколько вопросов:

- будет ли являться срок, предусмотренный для направления требований другой стороне – претензионным сроком?
- если «да», то будет ли являться несоблюдение данного срока основанием для отказа в судебной защите права?
- в какой момент суд сочтет, что инвестор узнал или должен был узнать о недостоверности заверений: с момента, когда он узнал о требовании третьего лица или с момента, когда суд/иной уполномоченный орган признает, что требования третьего лица законны, и заверения недостоверны?

Нами не была найдена соответствующая судебная практика, вероятно, позиция по этому вопросу еще не сформирована. Однако, можно выделить ряд рисков и возможных способов их решения уже сегодня.

Могут быть выделены следующие ключевые риски:

Для лица, предоставившего заверения (*Seller's side*)

Ключевой риск: срок действия заверений не может быть ограничен соглашением сторон и фактически составляет 3 года с момента, когда другая сторона узнала или должна была узнать о недостоверности предоставленных заверений.

Возможные способы минимизации риска:

(1) Специальный претензионный порядок для предъявления требований

Закрепление в документации по сделке претензионного порядка, в рамках которого ограничен срок предъявления требований, вытекающих из недостоверности заверений об обстоятельствах.

Риск: суд, при рассмотрении спора, может прийти к выводу о том, что предусмотренный договором претензионный порядок и его несоблюдение не препятствует рассмотрению дела по существу в части привлечения к ответственности за недостоверность предоставленных заверений, например, сославшись, что в течение установленного договора срока для предъявления претензий было невозможно выявить, что соответствующие заверения были недостоверны.

(2) Условие о штрафной неустойке (вместо убытков)

Включение в договор заранее оцененных убытков (liquidated damages) по модели штрафной неустойки в определенном сторонами размере в качестве компенсации за соответствующее недостоверное заверение в течение определенного периода времени (например, 1 года, иного периода).

Риск: снижение судом предусмотренного сторонами размера неустойки.

(3) Установление зависимости размера возмещаемых убытков от срока, в который поступили требования

Например, договор может содержать следующее положение: в случае недостоверности предоставленных заверений об обстоятельствах продавец обязуется выплатить инвестору цену договора при условии предъявления соответствующих требований

инвестором в течение 1 (одного) года с даты закрытия сделки. В случае, если такое требование будет заявлено после истечения 1 (одного) года с даты закрытия сделки – продавец обязуется выплатить $\frac{1}{2}$ от цены договора.

Риск: указанный размер ответственности может быть снижен/увеличен судом в зависимости от размера понесенных инвестором убытков.

Важные оговорки:

- **Умысел в причинении вреда** – в отношении умышленного причинения вреда положения соглашения в части ограничения ответственности будут ничтожны⁷;
- **«Заранее оцененные убытки»** – не признаются существующей практикой в качестве допустимой концепции, однако остается возможность установить верхний порог ответственности⁸.
- **Неоднозначность формулировок закона и прецедентов судебной практики в отношении ограничения ответственности**
 - Гражданским законодательством прямо предусмотрена возможность установить договором размер убытков меньше фактического⁹.
 - Уменьшение неустойки, определенной договором и подлежащей уплате предпринимателем, допускается в исключительных случаях, если будет доказано, что взыскание неустойки в предусмотренном договором размере может привести к получению кредитором необоснованной выгоды¹⁰ (может выражаться, в частности, в том, что размер убытков кредитора, которые могли возникнуть вследствие нарушения обязательства, значительно ниже начисленной неустойки¹¹).

⁷ п. 4 ст. 401 ГК РФ.

⁸ Определение Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.08.2012 № ВАС-9002/12 по делу А14-5965/2011; Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 22.12.2009 № 09АП-24142/2009-ГК, 09АП-24973/2009-ГК по делу № А40-76547/09-41-697.

⁹ п. 1 ст. 15 ГК РФ.

¹⁰ п. 2 ст. 333 ГК РФ.

¹¹ п. 73 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств».

- При рассмотрении спора о взыскании убытков, причиненных нарушением договора, суд может с учетом конкретных обстоятельств заключения договора и его условий не применить условие договора об ограничении ответственности должника-предпринимателя только случаями умышленного нарушения положений договора с его стороны¹².

При этом,

- Условия договора о максимальном или минимальном размере (верхнем или нижнем пределе) неустойки не являются препятствием для снижения ее судом¹³.

Для лица, полагающегося на заверения (*Buyer's side*)

Ключевой риск: пропуск установленного законом срока исковой давности, в связи с неопределенностью даты, когда «лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права».

Возможные способы минимизации риска:

(1) Установление договором даты, когда стороны-получатель заверений считается узнавшей об их недостоверности

Например, в договоре может быть закреплено, что сторона считается узнавшей о недостоверности заверений об обстоятельствах с даты принятия решения правоприменительным органом, об установлении факта, свидетельствующего о недостоверности заверений;

(2) Закрепление обязанности / права продавца уведомить инвестора о возможном нарушении заверения

Например, договор может предусматривать обязанность/право продавца уведомить инвестора о недостоверности заверения об отсутствии у третьих лиц требований в отношении компании в дату, когда такие требования будут признаны судом.

¹² абз. 4 п. 9 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах».

¹³ п. 70 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств».

Мы будем продолжать делать подобные практические обзоры и надеемся, что они будут полезны для вас и вашего бизнеса.

Содержащаяся в настоящем обзоре информация предназначена исключительно для ознакомления и не может служить основанием для осуществления каких-либо действий или отказа от действий. Применение нормативных правовых актов, а также позиций судов может отличаться в зависимости от конкретных обстоятельств, а сами такие акты и / или позиции могут быть изменены. По всем вопросам применения информации из настоящего обзора следует обращаться за консультацией к соответствующему специалисту АБ ЕМПП. АБ ЕМПП не несет ответственности, в том числе связанной с профессиональной небрежностью, за ущерб, причиненный каким-либо лицам в результате действий или, напротив, отказа от действий на основании сведений, содержащихся в настоящем обзоре.