



Тезисы выступления
А.М. Городисского
на Первой российской и стран СНГ
конференции по слияниям и
поглощениям, организованной
Международной коллегией адвокатов

отель «Ритц-Карлтон», Москва, Россия,
18-19 ноября 2009 г.

Известно, что за последние 10 лет все крупные сделки по слиянию и поглощению проводились на уровне не российских холдинговых компаний, являвшихся резидентами различных стран, в основном принадлежащих к англо-саксонской правовой системе. По очевидным юридическим и практическим причинам стороны этих сделок выбирали английское право как право, применимое к их соответствующим договорам купли-продажи акций. Очень мало значительных сделок по слиянию и поглощению регулировалось российским правом. Одной из причин этой ситуации является то, что российское право недостаточно развито и приспособлено к современным требованиям и стандартам заключения таких сделок. В России отсутствует обширная судебная практика, которая бы поддерживала и направляла развитие российской договорной практики в данной области. Тем не менее наблюдается определенная тенденция к более широкому применению в договорах купли-продажи акций, регулируемых российским правом, положений, очень похожих на «representations and warranties» по англо-саксонскому праву. В связи с этим среди российских практикующих юристов ведутся дискуссии, в которых высказываются самые различные мнения, но основным вопросом является вопрос принудительного исполнения. Господин Янков в своем выступлении отлично разъяснил нам концепцию и понятие «representations and warranties» и «indemnity». Мне хотелось бы вкратце проанализировать, могут ли эти положения договора использоваться и быть принудительно исполнимыми в России так как они есть, или их следует изменить таким образом, чтобы сделать их принудительно исполнимыми.

Для этой цели я начну с буквальной интерпретации обсуждаемых юридических терминов.

Как видно, российскому праву не известен термин «representation». Он переводится на русский язык как «заявление». Я не думаю, что в нашей юридической терминологии существует какой-либо близкий эквивалент, имеющий такое же или сходное значение. То же самое относится и к юридическому термину «warranty», который, как правило, переводится «гарантия», но в российском праве он имеет

отличное значение, в основном ассоциирующееся с банковской гарантией. Перевод юридического термина «indemnity» как «возмещение ущерба» или «освобождение от материальной ответственности» имеет совершенно другое значение с точки зрения российского права.

Хотя российское право не содержит норм, которые можно было бы интерпретировать как прямые или близкие эквиваленты «representations and warranties» по английскому праву, некоторое сходство все-таки обнаруживается, и это в основном относится к правам собственности продавца на акции, каковые права продавец должен передать покупателю свободными от прав третьих сторон (если только покупатель не согласится принять акции с обременением). Нарушение продавцом этого требования закона дает покупателю право требовать корректировки цены или отказаться от исполнения договора и требовать взыскания убытков. Это прямое указание закона.

Кроме того, российское право предусматривает, что сделка, совершенная в результате заблуждения или обмана, может быть признана недействительной по иску пострадавшей стороны, которая также имеет право на взыскание убытков.

Допустимое широкое толкование определенных положений Гражданского кодекса РФ дает твердые основания полагать, что в некоторых других областях, обычно охватываемых понятиями «representations and warranties» в английской договорной практике (как нам сообщил г-н Янков), таких как:

- права собственности приобретаемой компании на недвижимость, интеллектуальную собственность и другие активы (включая финансовые),
- ее налоговые обязательства, существенные для ее бизнеса

контракты, стороны договора купли-продажи, регулируемого российским правом, могут предусмотреть обязательство продавца продать свои акции в приобретаемой компании, которая находится в определенном состоянии, зафиксированном в договоре. Другими словами, описание состояния приобретаемой компании и ее имущества должно быть неотъемлемой частью существенных характеристик объекта договора.

В этой связи важно подчеркнуть, я полагаю, что любое изложение фактов и любое заверение, что эти факты являются достоверными, могут быть принудительно исполнимыми по российскому праву только в том случае, если их можно квалифицировать как гражданско-правовые договорные обязательства.

Поэтому определенные области, обычно охватываемые английскими статьями «representations and warranties», скорее всего не будут принудительно исполнимыми по российскому праву и будут игнорироваться судами как простые декларации, не имеющие юридической силы. Это относится, прежде всего, к заявлениям о наличии всех необходимых корпоративных одобрений на подписание договора и к заявлениям о наличии общей правоспособности заключить сделку.

В связи с тем, что по российскому праву на заключение крупных сделок и сделок с заинтересованностью требуется одобрение компетентных органов компании, возникает вопрос о действительности всего договора, стороной которого является российская компания. Важно отметить, что в таком случае договор, содержащий статьи «representations and warranties» и «indemnity», может быть признан недействительным, независимо от того, регулируется он российским правом или английским правом.

Средства правовой защиты по российскому праву

1. Нарушение продавцом обязательства передать право собственности на акции свободным от прав третьих лиц – покупатель может требовать корректировки цены или отказаться от исполнения договора и требовать возмещения убытков.
2. Нарушение одной из сторон договора своих обязательств по нему (полностью или частично) – пострадавшая стороны может требовать возмещения убытков и уплаты штрафной неустойки (если штрафная неустойка предусмотрена договором). Суд может уменьшить размер штрафной неустойки, если она очевидно несоразмерна последствиям нарушения.
3. Договор, заключенный стороной в результате заблуждения или обмана, может быть признан недействительным по иску пострадавшей стороны, которая также имеет право требовать возмещения убытков.
4. Под «убытками» российское право понимает фактические убытки (истец должен доказать наличие причинно-следственной связи между нарушением обязательства и убытком) и упущенную выгоду (также подлежащую доказыванию истцом).

Выводы

1. При международных сделках поглощения, в которых одна сторона является российской компанией, а другая сторона – иностранной компанией, рекомендуется выбирать английское право в качестве права, применимого к договору, поскольку российское право еще недостаточно развито, чтобы соответствовать международным стандартам заключения подобных сделок.
2. Особое внимание следует уделять юридической проверке российской компании относительно ее полномочий на заключение и исполнение договора купли-продажи, а также относительно наличия и действительности всех требуемых российским законодательством одобрений компетентных органов компании (в тех случаях, когда они необходимы), несмотря на содержащиеся в договоре статьи «representations and warranties» и «indemnity», поскольку любое несоответствие с законом в этом отношении может привести к признанию договора недействительным, включая и упомянутые статьи.
3. Рекомендуется заключать арбитражное соглашение в пользу одного из институтов международного коммерческого арбитража, поскольку Россия является членом Нью-Йоркской конвенции 1958 г., но не имеет международного договора о принудительном исполнении судебных решений с большинством стран.
4. Если продавец и покупатель являются российскими компаниями, и обе стороны намерены использовать в своем договоре юридические инструменты, аналогичные английским «representations and warranties», и чтобы сделать соответствующие положения договора принудительно исполнимыми, целесообразно так формулировать эти положения, чтобы их можно было несомненно квалифицировать как гражданско-правовые договорные обязательства, а не как простое изложение фактов и заверение, что эти факты достоверны.