

КОНСУЛЬТАЦИИ

Слово к делу не пришьешь, а заверения «пришить» можно

Знакомьтесь: особый правовой инструмент – заверения в обстоятельствах

Вам тоже знакома ситуация, когда при заключении договора иностранный контрагент настаивает на использовании положений, нетипичных для белорусского законодательства?

Сегодня речь пойдет о так называемых «заверениях в обстоятельствах» (representations and warranties) – правовом инструменте, чаще всего применяющемся для международных сделок слияния и поглощения компаний – (M&A см. «ЭГ» от 13.08.2019 № 59, с. 16), финансовых договоров и других крупных сделок (далее – заверения).

Декрет Президента от 21.12.2017 № 8 «О развитии цифровой экономики» (далее – Декрет № 8) позволил резидентам ПВТ применять заверения, однако возможность использования этого правового механизма остальными субъектами хозяйственной деятельности пока что спорна. Как пойти навстречу контрагенту и не нарушить закон, рассказывает Алексей Вашкевич, юрист юридической фирмы «Sorainen».

Справочно: заверения в обстоятельствах – это утверждения о фактах или иных обстоятельствах, влекущие правовые последствия (например, утверждение: «Имущество не находится в залоге»).

Как применять заверения

Использование заверений в договоре во многом зависит от применимого права. Если договор регулируется иностранным правом, рекомендуется заранее проконсультироваться об особенностях применения заверений со специалистом по праву соответствующей юрисдикции.

Для договоров по белорусскому праву имеет значение, применяется ли к стороне договора специальное регулирование ПВТ. Оно прямо разрешает резиденту ПВТ, его участнику или собственнику его имущества указать в договоре на наличие заверений, а также предусмотреть последствия их недостоверности.

Если привилегий резидента ПВТ у вас нет, но хочется включить заверения в обстоятельствах в договор, подчиненный белорусскому праву, можно применить следующие подходы:

1. Использовать положения о гарантии качества товара или работы (ст.ст. 439, 440, 675 и 676 ГК);

2. Описать предоставление заверений как обязательство стороны;

3. Полагаться исключительно на свободу договора (ст. 391 ГК).

Первый подход можно использовать в договорах купли-продажи, подряда, а также иных договорах, основанных на сходном регулировании. Соответствующие положения договора рекомендуем формулировать как положения о гарантии качества, при этом отдельные заверения будут считаться требованиями к качеству.

Основным недостатком такого способа является его неприменимость к ряду договоров (например, финансовых) и невозможность предусмотреть заверения, не связанные с характеристиками товара или работы.

Кроме того, формулировки раздела такого договора о «заверениях» могут выглядеть крайне непривычно для иностранных контрагентов.

Второй подход не ограничен типом и видом договора, а также характе-



ром заверений, но он не урегулирован напрямую в законодательстве. В таком варианте стороны согласуют в договоре обязанность предоставить полную и достоверную информацию о ряде обстоятельств (например, о финансовом состоянии приобретаемой компании). Одна из сторон должна будет предоставить другой стороне перечень заверений, недостоверность которых будет считаться ненадлежащим исполнением договорных обязательств.

Третий подход основывается на праве сторон согласовать любые условия договора, которые не противоречат законодательству. Поскольку законодательство прямо не запрещает предоставлять заверения, а также согласовывать последствия их недостоверности, стороны могут использовать заверения в обстоятельствах.

Заверения не создают обязанность стороны совершить какое-либо действие или воздержаться от его совершения, т.е. не являются обязательствами, а значит, стороны не могут согласовать неустойку или иные меры обеспечения исполнения обязательства, но могут согласовать иные последствия недостоверности заверений, в т.ч. аналогичные неустойке.

Объем предоставляемых заверений

Для большинства коммерческих сделок достаточно ограниченного числа наиболее простых заверений:

>**«базовый набор»:**

– о право- и дееспособности сторон;

– об обязательной силе договора;

– о полномочиях представителей;

>**ключевые заверения** – о предмете договора (например, о наличии у продавца права собственности на отчуждаемый товар).

Полезность таких стандартных заверений значительно уменьшается, если к договору применяется белорусское право и предоставляет их сторона не подпадает под действие положений Декрета № 8.

Большая часть обстоятельств, в отношении которых предоставляются стандартные заверения, касается оснований признания сделки недействительной или установления факта ее ничтожности. Даже если эти заверения предусмотрены в договоре, сторона не сможет применить договорные последствия их недостоверности, так как весь договор, включая сами заверения, будет недействительным. Это значит, что **в договорах, заключаемых по белорусскому праву, имеет смысл использовать заверения, только если они касаются обстоятельств, недостоверность которых не может повлечь недействительность договора.** Во всех остальных случаях заверения будут носить исключительно декларативный характер.

Заверения и гарантия качества

Заверения используются либо как средство убеждения контрагента заключить договор, либо в качестве условий договора. В первом случае заверения предоставляются до заключения договора, а последствия их недостоверности напоминают признание недействительной сделки, совершенной под влиянием заблуждения (ст. 179 ГК). Во втором случае заверения используются для перераспределения рисков между сторонами и во многом похожи на гарантию качества товара в белорусском праве.

Так, продавец предоставляет заверение покупателю, что станок сможет выполнить определенное количество циклов работы. Если станок выйдет из строя раньше, покупатель получит право требовать компенсацию.

Однако между заверениями и гарантией качества есть и отличия.

Гарантия качества применяется только к характеристикам товара или результата работы, описывающим его качество, в то время как **заверения** могут предоставляться в отношении значительно большего числа различных обстоятельств, например, таких как намерения стороны договора и действия третьих лиц. Также, в отличие от гарантии качества, применение заверений не ограничено договорами купли-продажи и поставки.

Практические рекомендации

1. **Оценивайте риски, связанные с использованием заверений.**

В случае применения иностранного права необходимо внимательно изучить его особенности. Если же договор регулируется белорусским правом, следует принять во внимание риски, связанные с отсутствием прямого правового регулирования и практики применения заверений.

2. **Учитывайте обстоятельства сделки.**

Договорные заверения используются для перераспределения рисков между сторонами. В связи с этим необходимость использования заверений, их количество и детализация будут зависеть от готовности каждой из сторон договора принять на себя такие риски, связанные с конкретными обстоятельствами сделки.

3. **Компаниям, которым часто приходится заключать договоры по иностранному праву, лучше разработать шаблоны простейших заверений и включать их в каждый договор.**

То же самое может относиться и к резидентам ПВТ, однако следует учитывать, что Декрет № 8 ничего не говорит о возможности предоставления заверений иными лицами, кроме как резидентами ПВТ, их учредителями (участниками) и собственниками их имущества. Таким образом, в случае заключения договора по белорусскому праву между резидентом и нерезидентом ПВТ нерезиденту не стоит предоставлять заверения, полагаясь на специальный режим ПВТ.

4. **Резидентам ПВТ при разработке договора с использованием заверений следует учитывать особенности Декрета № 8.**

– **Определение имущественных потерь.**

Стандартным последствием недостоверности заверений по Декрету № 8 является обязанность возместить имущественные потери. Концепция имущественных потерь является непривычной для белорусского права, поэтому в договоре лучше конкретно описать, что считается имущественными потерями и как они рассчитываются.

– **Неустойка.**

В дополнение к возмещению имущественных потерь стороны могут предусмотреть обязанность выплатить неустойку как последствие недостоверности заверений.

– **Отказ от договора.**

Сторона может отказаться от договора в случае недостоверности заверений, имеющих для нее существенное значение, поэтому в договоре следует определить, какие заверения являются существенными, а также описать порядок и последствия отказа от таких заверений.

5. **В договоре следует предусмотреть последствия недостоверности предоставленных заверений, например, взыскание убытков, отказ от договора.**

При согласовании отказа от договора рекомендуем предусмотреть процедуру отказа и его последствия (возможность требовать возврат исполненного по договору).

Выводы

Белорусское право содержит достаточные предпосылки для использования в договорах заверений в обстоятельствах, в т.ч. нерезидентами ПВТ. В то же время сторонам следует вдумчиво подходить к согласованию перечня заверений, а также механизму их закрепления в договоре.

К сожалению, в Беларуси нередки ситуации, когда свобода договора толкуется ограничительно, что создает риски недействительности или неисполнимости положений о заверениях.

Алексей ВАШКЕВИЧ,
помощник адвоката
Адвокатского бюро «Sorainen»

(Продолжение темы в ближайших выпусках газеты).