

Информация для клиентов

Опционы, заверения, indemnities и другие новеллы российского договорного права

МОСКВА

Наталья А. Дребезгина
nadrebezgina@debevoise.com

Алан В. Карташкин
avkartashkin@debevoise.com

Алена Н. Кучер
ankucher@debevoise.com

Дмитрий В. Никифоров
dvnikiforov@debevoise.com

Максим А. Кулешов
makuleshov@debevoise.com

Несмотря на принцип свободы договора, закрепленный в российском Гражданском кодексе (ГК РФ), долгие годы российское право и судебная практика занимали негативную или неоднозначную позицию по вопросу использования в российских договорах многих общепринятых в бизнес-сделках инструментов. Данная проблема встает особенно остро в ситуации, когда в силу отсутствия иностранного элемента стороны не могут подчинить свой договор иностранному праву.

8 марта 2015 года Президент России подписал новый пакет изменений в ГК РФ¹, которые должны решить часть указанных проблем и сделать российское право более удобным и гибким. С 1 июня 2015 года, когда эти изменения вступают в силу, ГК РФ прямо урегулирует такие институты, как:

- заверения об обстоятельствах;
- обязательства о возмещении потерь (аналог *indemnity*);
- опционные договоры;
- сделки под условием;
- обеспечительные платежи;
- межкредиторские соглашения;
- независимые гарантии (помимо ранее существовавших банковских гарантий);
- рамочные договоры;
- платежи за расторжение договора (*break-up fee*);
- общие положения о преддоговорной ответственности.

¹ Федеральный закон №42-ФЗ от 8 марта 2015 года “О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации”

Кроме того, многие иные положения ГК РФ об обязательствах претерпели изменения, делающие их более гибкими и ориентированными на потребности оборота, например:

- дальнейшее сужение случаев, когда неустойка может быть снижена судом;
- уточнение, что обеспечительные меры могут применяться к последствиям прекращения или недействительности обеспеченных обязательств;
- включение в ГК РФ многих правовых позиций, закрепленных в Постановлении Пленума ВАС РФ от 12.07.2012 №42 “О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством”;
- закрепление правил о примерных, абстрактных и конкретных убытках;
- закрепление возможности сложных процентов в предпринимательских отношениях; и т.п.

Ниже мы приводим краткий обзор некоторых из них.

ЗАВЕРЕНИЯ ОБ ОБСТОЯТЕЛЬСТВАХ

ГК РФ в ст.431² теперь прямо предусматривает, что одна сторона может дать другой стороне заверения об обстоятельствах, имеющих значение для заключения, исполнения или прекращения договора. В случае недостоверности таких заявлений сторона, давшая заверения, обязана возместить другой стороне убытки или уплатить предусмотренную договором неустойку. Признание договора, в связи с которым даны заверения, недействительным или незаключенным само по себе не влияет на действительность заверений.

В отличие от французского и германского права, где заверения фактически представляют собой обычные обязательства, российское право выделило заверения в отдельный институт по аналогии с английским правом. При этом российские заверения представляют собой странную комбинацию английских заверений (*representations*) и гарантий (*warranties*). Например, как в случае с заверениями (*representations*) и в отличие от гарантий (*warranties*), по общему правилу получившая недостоверное заверение сторона вправе отказаться от договора, а факт знания получателя о недостоверности выдаваемого заверения не влияет на возможность получить возмещение (причем, в ГК РФ, в отличие от английского права, значение имеет не то, полагался ли получатель заверений на их достоверность, а знала ли об этом выдавшая заверение сторона). В контексте этих различий возникает вопрос, каким образом будут рассчитываться убытки из недостоверности заверений:

- по модели договорной ответственности, т.е. восстановления стороны в положение, в котором она находилась бы, если бы заверение было достоверно (защита позитивного интереса, характерная для английских *warranties*); или
- по модели деликтной ответственности, т.е. восстановления стороны в положение, существовавшее до заключения договора (защита негативного интереса, характерная для английских *representations*).

ГК РФ не дает однозначного ответа на этот вопрос.

ВОЗМЕЩЕНИЕ ПОТЕРЬ ОТ НАСТУПЛЕНИЯ ОБСТОЯТЕЛЬСТВ (АНАЛОГ *INDEMNITY*)

В соответствии со ст. 406¹ ГК РФ Сторонам обязательства предоставляется право заключить соглашение, предусматривающее обязанность одной стороны возместить потери другой стороны, определенные в соглашении и не связанные с его нарушением, в случае наступления определенных обстоятельств (невозможность исполнения обязательств, предъявление требований третьих лиц и т.д.). По общему правилу такое соглашение могут заключить только предприниматели, в то время как физическое лицо-непредприниматель может взять на себя такое обязательство только в корпоративном договоре или договоре отчуждения акций или долей.

Следует отметить, что требование о возмещении потерь не является привлечением к ответственности, поэтому кредитор не должен доказывать противоправность поведения, вину должника и т.п. По этой же причине суд не может снизить сумму подлежащих возмещению потерь, кроме случая, когда кредитор умышленно содействовал увеличению размера потерь.

По сути данное положение представляет собой российский аналог английского обязательства *indemnity*. При этом, в отличие от более ранних редакций проекта ГК РФ, финальный вариант статьи оказался значительно более гибким. Возможно, основным неясным моментом остается упоминание того, что соглашение о возмещении потерь заключается «сторонами обязательства». Данное положение можно истолковать таким образом, что обязательство по возмещению потерь может принимать на себя только сторона основного обязательства – именно такое правило было в более явном виде прописано в первом проекте изменений, и финальная формулировка, к сожалению, не позволяет полностью устранить сомнения. Следует также обратить внимание, что ГК РФ не содержит какого-либо порядка расчета потерь по умолчанию и требует предусмотреть в соглашении размер или порядок расчета возмещаемых потерь, в связи с чем сторонам желательно максимально детально урегулировать данный вопрос в договоре.

СДЕЛКИ ПОД УСЛОВИЕМ

В России сложилась противоречивая практика в отношении возможности поставить сделку под условие, зависящее от воли одной из сторон. В научном сообществе основная точка зрения допускала возможность использования условий, зависящих, среди прочего (но не исключительно), от воли одной из сторон. Однако суды иногда занимали противоположную позицию, в соответствии с которой любые условия, зависящие в той или иной степени от воли сторон, признавались недействительными. Данные противоречивые позиции базировались на различном толковании статьи 157 ГК РФ, редакцию которой не стали уточнять в рамках реформы ГК РФ.

Вместе с тем, новый блок изменений (ст. 327¹ ГК РФ) теперь прямо предусматривает, что отдельные права и обязанности сторон по сделке могут быть поставлены под любые условия, в том числе полностью зависящие от воли одной из сторон. Можно ожидать, что данные положения наконец решат абсурдную проблему с формулированием условий в договорах.

Дополнительно изменения в ст. 314 ГК РФ предусматривают, что срок исполнения обязательства может быть установлен путем привязки к моменту исполнения своего обязательства второй стороной. Ранее суды зачастую считали такой срок неустановленным, так как он не представляет собой ссылки на дату или обстоятельство, которое обязательно должно наступить. Это изменение будет иметь особо важное значение для подрядных договоров и иных договоров, где срок является существенным условием договора, но стороны хотели бы привязать его к обстоятельствам зависящим от воли одной из сторон.

ОПЦИОНЫ

Так как опционный договор по своей сути подразумевает возможность реализации опциона по усмотрению одной стороны, подобные договоры сталкиваются в России с рисками, упомянутыми выше в отношении сделок под условием.

В стремлении решить эту проблему изменения в ГК РФ ввели целых два (во многом дублирующих друг друга) инструмента – опцион на заключение договора по ст.429² (предметом опциона является право заключить договор) и опционный договор по ст.429³ (предметом опциона является право потребовать совершения отдельных действий в рамках более широкого договора). В обоих случаях договор может предусматривать плату за предоставление опциона.

НОВЫЕ СПОСОБЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

Предусмотренная в настоящее время банковская гарантия заменяется «независимой гарантией», которую могут выдавать как кредитные организации, так и любые другие коммерческие организации. Независимая гарантия представляется собой гарантию по требованию, независимую от основного обязательства. ГК РФ теперь также прямо предусматривает, что независимая гарантия может содержать условие об увеличении или уменьшении ее размера при наступлении определенного срока или определенного события. Кроме того, гарант получает право приостановить платеж по гарантии на срок до семи дней в случае наличия у него разумных сомнений относительно действительности основного обязательства, достоверности представленных документов или факта неисполнения основного обязательства.

Вводится также еще один новый способ обеспечения обязательств – обеспечительный платеж, передаваемый в обеспечение денежных обязательств, в том числе связанных с возмещением убытков или любых будущих обязательств (ст. 381¹ ГК РФ). Помимо возможности обеспечения еще не существующих обязательств, важное отличие обеспечительного платежа от задатка состоит в отсутствии для кредитора риска возврата двойной суммы платежа в случае нарушения обязательства не должником, а кредитором.

ПРАВИЛА ВЕДЕНИЯ ПЕРЕГОВОРОВ

В развитие ранее принятого общего принципа добросовестности, вступившего в силу с 1 марта 2013 года, уточняется порядок добросовестного ведения переговоров о заключении договора. В частности, запрещаются вступление в переговоры или их продолжение при заведомом отсутствии намерения достичь соглашения, умолчание о существенных обстоятельствах, внезапное и неоправданное прекращение переговоров, ненадлежащее использование информации, предоставленной другой стороной переговоров (ст. 434¹ ГК РФ).

Требование о добросовестном ведении переговоров не применялось до 1 марта 2013 года и не предусмотрено английским правом, часто используемым для сделок в отношении российских активов, поэтому в России переговоры традиционно рассматривались как стадия, не влекущая для сторон никаких юридических последствий, однако с введением новых правил теперь следует особенно внимательно относиться к поведению на преддоговорной стадии.

ПРОЦЕНТЫ ПО ДЕНЕЖНОМУ ОБЯЗАТЕЛЬСТВУ

В отношениях между коммерческими организациями ст. 317¹ ГК РФ вводит обязанность должника уплачивать проценты по любому денежному обязательству по ставке рефинансирования Банка России, если только стороны не исключили эту обязанность в соглашении. В отличие от ст. 395 ГК РФ новое требование применяется даже в случае отсутствия просрочки или иных нарушений со стороны должника, т.е. проценты по сути представляют собой обязательную плату за коммерческий кредит. Так как такая плата часто уже заложена в цену, при составлении договоров сторонам следует учитывать новое положение ГК РФ и при необходимости исключить его действие в договоре.

ПЛАТА ЗА ОТКАЗ ОТ ДОГОВОРА

ГК РФ теперь прямо допускает установление в договоре определенной суммы (аналог *break-up fee*), уплата которой является условием одностороннего изменения обязательства или одностороннего отказа от исполнения обязательства (п.3 ст. 310 ГК РФ).

ИЗМЕНЕНИЕ ИЛИ УСТУПКА ДОГОВОРА, ЗАКЛЮЧЕННОГО НА ТОРГАХ

В отношении договоров, заключение которых допускается только путем проведения торгов, в пп. 7 и 8 ст. 448 ГК РФ установлено новое правило, согласно которому победитель торгов не вправе уступать права или осуществлять перевод долга по таким договорам, а изменение таких договоров не может затрагивать условия договора, имевшие существенное значение для определения цены на торгах.

* * *

Мы будем рады помочь, если у Вас возникнут какие-либо вопросы в связи с изложенным выше.