Степанян Ирэна Гегамовна. Заверения, гарантии, обязательства по возмещению потерь ( Indemnity ), опцион и эскроу по праву России, США, Англии в трансграничных коммерческих договорах: диссертация ... кандидата юридических наук: 12.00.03 / Степанян Ирэна Гегамовна;[Место защиты: Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина].- Москва, 2014.- 170 с.

**Содержание к диссертации**

Введение

**Глава 1. Обеспечительные правовые инструменты в трансграничных коммерческих сделках слияний и поглощений по праву Англии и США 16**

1.1. Гарантии и заверения. 19

1.2. Обязательства по возмещению потерь (indemnity). 30

1.3. Опционы 40

1.4. Эскроу 52

**Глава 2. Проблемы квалификации обеспечительных правовых инструментов при рассмотрении споров из трансграничных коммерческих договоров 62**

2.1. Квалификация российским судом юридических понятий «гарантии» и «заверения» при определении права, подлежащего применению к спору из трансграничных коммерческих договоров 64

2.2. Квалификация российским судом юридического понятия «обязательства по возмещению потерь» (“indemnity”) при определении права, подлежащего применению к спору из трансграничных коммерческих договоров 91

2.3. Квалификация российским судом юридических понятий при рассмотрении споров из трансграничных договоров об опционах 114

2.4. Квалификация российскими судами юридических понятий при рассмотрении споров из трансграничных договоров эскроу .133

Заключение 150

Список использованных источников и литературы

## Обязательства по возмещению потерь (indemnity).

Стороны трансграничного коммерческого договора могут выбрать применительно к положениям об обязательствах по возмещению потерь (indemnity) право, отличное от права, применимого к основному трансграничному коммерческому договору.

Сторонам трансграничных соглашений о возмещении потерь (act of indemnity) при выборе российского суда как компетентного для рассмотрения споров, следует учитывать следующее: а) невозможность установления содержания юридического понятия «обязательства по возмещению потерь» (indemnity) в случае, если обязательство о возмещении потерь (indemnity) подчинено российскому праву. Обязательства по возмещению потерь неизвестны российскому праву, а подобрать аналогичный из закрепленных в российском праве близких по содержанию правовых инструментов невозможно, поскольку каждый из них существенно отличается следующими характеристиками: - обязательства из поручительства: акцессорным характером; возможностью предоставления только на случай неисполнения и(или) ненадлежащего исполнения обязательств третьих лиц; - обязательства из страхования: специальным субъектом, двусторонне-обязывающим характером, алеаторным характером; риск применения судом, устанавливающим содержание иностранного права, если обязательство о возмещении потерь (indemnity) подчинено праву Англии или праву США, оговорки о публичном порядке и отказ от применения иностранного права ввиду «карательного характера» обязательств о возмещении потерь (indemnity) в праве Англии и США, поскольку это противоречит конституционным и гражданско-правовым принципам российского права (ст.15, 393 ГК РФ, ст. 46 Конституции РФ).

Трансграничный опционный договор следует квалифицировать в качестве самостоятельного вида договора, вопреки установившемуся в российской доктрине международного частного права мнению об опционном договоре как об оферте. При этом риск возврата опционной премии продавцом опциона существует только в случае неисполнения им обязательства по заключению договора, право на заключение которого было приобретено по трансграничному опционному договору.

Сформулировано понятие «трансграничный договор эскроу» как трехсторонняя сделка, согласно которой деньги, документы, ценные бумаги и(или) иное имущество передаются должником (депонентом) эскроу-агенту, которым может быть любое лицо, которое:

В случае, если стороны не выбрали право, применимое к трансграничному договору эскроу, применяется право страны эскроу-агента как стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора.

Теоретическая и практическая значимость диссертации заключается в том, что ее основные положения и выводы могут служить базой для дальнейшего исследования проблемных вопросов, возникающих в процессе квалификации российскими судами правовых инструментов заверений, гарантий, обязательств по возмещению потерь (indemnity), опционов и эскроу.

Предложенные автором результаты исследования могут быть применены для совершенствования действующих норм международного частного и отечественного гражданского права, а также для разработки и принятия новых правовых норм. Положения данной работы могут быть полезны для судебных органов, арбитражных институтов и практикующих юристов в процессе определения ими применимого права при рассмотрении споров из трансграничных договоров, связанных с гарантиями, заверениями, обязательствами по возмещению потерь, опционами и эскроу.

Основные выводы и предложения диссертации могут найти применение в учебно-педагогической практике, в частности в процессе преподавания и изучения курсов международного частного права, гражданского права и сравнительного правоведения, предпринимательского права, а также спецкурсов «Сделки по слияниям и поглощениям» в юридических вузах.

Апробация результатов исследования нашла отражение в публикациях автора, затрагивающих некоторые аспекты исследуемой проблематики, таких как «Правовые последствия использования института англо-американского права “indemnities” в сделках, регулируемых российским правом (на примере сделки купли-продажи акций», «Использование заверений и гарантий в договорах купли-продажи акций, заключаемых по российскому праву» и др. Материалы настоящего исследования были использованы в практике работы юридического отдела инвестиционной компании при совершении сделок купли-продажи акций, активов, опционных договоров, а также при участии автора исследования в проведении профессиональных семинаров «Использование правовых инструментов заверений, гарантий и indemnity в сделках, заключаемых по российскому праву», проведенных совместно с юридическими фирмами.

Структура работы построена в соответствии с целями и задачами исследования и состоит из введения, двух глав, заключения, библиографического перечня источников и литературы, использованных при написании диссертации.

## Эскроу

Одними из наиболее часто включаемых в договоры купли-продажи, а также соглашения акционеров, регулируемые правом Англии или право США, положений являются положения об опционах «пут» и «кол». Это обусловлено тем, что довольно часто сделки купли-продажи акций и заключаемые в дальнейшем акционерные соглашения совершаются под тем или иным условием: например, покупатель готов совершить сделку при условии, что по прошествии определенного времени и достижении компанией определенных результатов (например, получение определенного в договоре купли-продажи уровня прибыли) продавец выкупит все акции (или их часть) по заранее определенной цене.

Как было отмечено ранее, право Англии или право США наиболее часто избирается сторонами международных коммерческих контрактов для регулирования отношений купли-продажи и соглашений акционеров и, соответственно, опционных договоров или положений об опционах, включаемым в сделки купли-продажи и (или) акционерных соглашений (далее совместно – «опционы»).

Согласно праву Англии и праву США, любой опцион может быть предметом отдельного опционного договора, а также положения об опционе могут быть частью другого крупного соглашения (например, соглашения акционеров, предусматривающего, что в случае смерти одного из акционеров, другому акционеру предоставляется опцион на приобретение акций умершего акционера36), или договора купли-продажи, по которому продавцу может быть предоставлено право обратного выкупа продаваемого имущества37.

При этом, нет установленной формы предоставления опциона, то есть, такое намерение (одной стороны предоставить опцион другой стороне) может быть выражено различными способами. Например, стороны могут заключить соглашение о том, что сторона А обладает опционом на покупку, или преимущественным правом приобретения того или иного актива, или правом первоначального приобретения38.

Следует отметить, что, несмотря на свободу волеизъявлений, предоставленную сторонам опционного соглашения по праву Англии и США, сторонам не следует быть слишком неопределенными в формулировках опциона, так как это может привести к неисполнимости договора39.

Например, в деле Райслер Спринклер Ко. против Аутоматик Спринклер Ко. оф Ам. (Raisler Sprinkler Co. v. Automatic Sprinkler Co. of Am.) Компания Raisler Sprinkler, истец, являлась лицензиатом Automatic Sprinkler Co., ответчика, имеющим патент на выпуск дождевального аппарата для защиты против огня, а также единственным производителем такого аппарата.

Согласно договору, заключенному между сторонами, ответчик предоставил истцу право на продажу, употребление, приобретение и торговлю аппаратом в семи штатах на территории США и в округе Колумбия. Договор действовал до окончания срока действия патента. Одно из положений договора формулировалось следующим образом: «в случае и когда Лицензиат решит распространить свою деятельность на другие территории США (кроме указанных в договоре) и зарегистрирует компанию для осуществления деятельности на такой территории так, чтобы, по мнению Лицензиара, такая компания смогла бы надлежащим образом осуществлять свою деятельность, Лицензиар соглашается распространить права, предоставленные настоящим Договором Лицензиату, на территорию других штатов США после уплаты Лицензиатом определенных Лицензиаром дополнительных платежей». В дальнейшем истец заключил договор на установку большого количества таких аппаратов на территории штата Луизиана, которая не входила в список территорий, оговоренных в договоре.

Истец направил ответчику уведомление, согласно которому компания истца зарегистрировала компании для осуществления соответствующей деятельности надлежащим образом в нескольких дополнительных штатах, в том числе, в Луизиане, и, согласно опциону на распространение лицензии на дополнительные территории, предоставленному Лицензиаром в договоре, просил распространить действие лицензии на указанные штаты, а также уведомить Лицензиата о сумме необходимых дополнительных платежей.

Согласно ответу, полученному от ответчика, договорное положение, которое толковалось истцом как положение об опционе, таковым не являлось, а представляло собой право (а не обязанность) Лицензиара распространить действие лицензии на дополнительные территории при наличии определенных условий, которые Лицензиар сочтет удовлетворительными. Ответчик запросил у истца подробную информацию о новых компаниях, после получения которой отказал истцу в распространении лицензии на дополнительные штаты, так как, по мнению ответчика, данные компании не отвечали требованиям, установленным в договоре. После получения неоднократных отказов от ответчика, истец предъявил требования в судебном порядке о невыполнении условий опциона, содержащихся в договоре.

Ответчик оспаривал предъявленные требования, ссылаясь на то, что указанные положения договора опционам не являются, а согласно тексту данных положений, компании, инкорпорированные истцом на территории дополнительных штатов, должны «по мнению ответчика» являться компаниями, которые смогут надлежащим образом осуществлять свою деятельность. Таким образом, мнение ответчика в данном случае является решающим и неоспоримым. Кроме того, ответчик утверждал, что право истца на распространение лицензии на дополнительные территории являлось нечётким, так как стоимость предоставления такого права не была оговорена в договоре (стороны должны были согласиться о такой стоимости позже).

## Квалификация российским судом юридического понятия «обязательства по возмещению потерь» (“indemnity”) при определении права, подлежащего применению к спору из трансграничных коммерческих договоров

В предыдущей главе настоящей работы были исследованы такие правовые инструменты, как гарантии, заверения, эскроу и опционы по праву Англии и США. В настоящей главе диссертационного исследования мы посчитали нужным рассмотреть вопрос квалификации исследуемых правовых инструментов, который возникнет в случае рассмотрения российским судом спора, возникшего из трансграничного коммерческого договора, содержащего положения о рассматриваемых правовых инструментах.

Автор считает необходимым остановиться на исследовании вопроса о квалификации в случае возникновения споров из трансграничных договоров, одной из сторон которых является российское юридическое или физическое лицо, так как данный вопрос представляется наиболее актуальным в связи с растущим количеством трансграничных сделок по слияниям и поглощениям, в рамках которых стороны используют положения о гарантиях, заверениях, обязательств по возмещению потерь, эскроу, опционах, о которых автор упоминал во введении к настоящей работе.

В случае заключения трансграничного договора купли-продажи акций, например, российского юридического лица, стороны в большинстве случаев явно выразят волю относительно выбора права, применимого к договору. В настоящее время, на практике, трансграничные договоры, в которых стороны намереваются отразить положения о таких правовых инструментах, как гарантии, заверения, indemnity, опционы и эскроу, в основном заключаются по праву Англии или по праву США. При этом одной из тенденций юридической практики в РФ в настоящее время является распространение таких правовых инструментов, как гарантии, заверения, indemnities, эскроу, опционы на международные коммерческие контракты, применимым правом в которых является российское право. Это обусловлено ростом количества сделок с иностранным элементом, в первую очередь, сделок, в которых одной из сторон является иностранное физическое или юридическое лицо, а также заимствованием и закреплением в законодательстве РФ юридических инструментов, которые изначально получили развитие в рамках общей системы права, таких как, например, соглашение акционеров.

В случае выбора сторонами российского права как права, применимого к трансграничному договору, представляется, что, в случае возникновения какого-либо спора из такого договора, российский суд столкнется с большим количеством трудностей при квалификации исследуемых правовых инструментов, положения о которых закреплены в тексте такого трансграничного договора, то есть оценить соответствующие факты с точки зрения их значения для права в отношении тех последствий, которые наступают в силу имеющихся правовых требований

Квалификация понятий является одной из граней процесса толкования права, так как она тесно связана с установлением содержания и сферы действия юридических норм. Поскольку в силу объективных причин не может быть создан нормативно-правовой акт, в котором были бы исчерпывающим образом описаны все реально возможные в действительности ситуации, в законах закрепляются лишь достаточно общие формулы, применимость которых к конкретным жизненным ситуациям и определятся судом и иным правоприменительным органом с помощью такого инструмента, как квалификация. Сутью квалификации является соотнесение основных признаков и элементов состава конкретного общественно отношения с признаками, отраженными в соответствующей норме права, а также принятие на этой основе вывода о соответствии вида конкретного правоотношения закреплённому в формулировке конкретной нормы. Именно в силу квалификации обосновывается применение тех или иных правовых норм к конкретному общественному отношению65.

В настоящей главе будут рассмотрены вопросы квалификации исследуемых правовых инструментов при рассмотрении споров, возникающих из трансграничных договоров купли-продажи акций (долей), одной из сторон которых являются российские юридические или физические лица, а другой – английское или американское юридическое или физическое лицо66, то есть, «иностранное физическое или юридическое лицо» в контексте настоящего диссертационного исследования будет означать «английское или американское юридическое или физическое лицо».

В случае возникновения спора из трансграничного контакта, содержащего положения о гарантиях и заверениях, при заключении которого стороны не выбрали право, подлежащее применению к контракту, в соответствии со статьей 1187 ГК РФ, российский суд столкнется с необходимостью при определении права, подлежащего применению к такому трансграничному договору, осуществить толкование юридических понятий в соответствии с правом РФ (ч.1 ст. 1187 ГК РФ) при определении права, подлежащего применению, толкование юридических понятий осуществляется в соответствии с российским правом, если иное не предусмотрено законом.

Например, спор возник из трансграничного контракта купли-продажи акций российского юридического лица. Компания, акции которой продаются, является собственником нескольких заводов по производству строительных материалов на территории нескольких субъектов РФ. Компания покупатель – английское юридическое лицо. Истец (покупатель) требует взыскания убытков, основываясь на нарушении продавцом гарантий и заверений, предоставленных в рамках договора. При этом, учитывая предмет договора купли-продажи – акции российского юридического лица, остальные положения договора купли-продажи, в том числе, положения об ответственности сторон, соответствуют требованиям российского права.

Как было упомянуто ранее, в соответствии с ч. 1 ст. 1187 ГК РФ предусматривается, что, при квалификации юридических понятий при определении права, подлежащего применению, суд осуществляет квалификацию по отечественному праву (квалификация по lex fori), которая является наиболее реальным и чаще всего используемым в практике подходом67. Представляется, что суд, действуя в соответствии с ч. 1 ст. 1187 ГК РФ, и квалифицируя такие понятия, как гарантии и заверения в соответствии с коллизионным подходом lex fori, столкнется с определенными трудностями.

## Квалификация российскими судами юридических понятий при рассмотрении споров из трансграничных договоров эскроу

Отсюда обязанность эскроу-агента всесторонне исследовать предъявленные документы, запросить необходимое профессиональное мнение (например, если представляемыми для осуществления платежа документы носят технический характер, требующий профессиональных знаний) и т.д. Кроме того, большинство эскроу-агентов занимаются данной деятельностью на профессиональной основе и рискуют своей профессиональной репутацией. Поэтому доверительный характер взаимоотношений между сторонами в рамках договора эскроу является одной из его основных особенностей.

Банк, при рассмотрении документов, предоставляемых сторонами по договору, скорее всего, подойдет к рассмотрению документов с формальной точки зрения, то есть – проверит их только по внешним признакам. Принимая во внимание, что в соответствии с отечественным правом эскроу-агентом может быть только банк, представляется, что в намерения сторон трансграничного договора эскроу, заключивших договор, в рамках которого эскроу-агентом является банк, не могло входить закрепление за эскроу-агентом обязанности всесторонне исследовать документы либо привлечение эскроу-агентом лиц, обладающих определенными специальными знаниями для всестороннего изучения документов, предоставление которых депонентом и бенефициаром эскроу-агенту будет являться условием перечисления денег с эскроу счета бенефициару.

Например, при заключении договора купли-продажи недвижимости между иностранным контрагентом (покупателем) и российской компанией (продавцом), учитывая характер предмета договора купли-продажи, условием, по которому эскроу-агент сможет перевести деньги со счета эскроу в адрес продавца может являться предоставление продавцом документов, подтверждающих государственную регистрацию договора купли-продажи и перехода права собственности на покупателя. Думается, что в отношении подобных сделок, то есть, в случаях, когда проверка документов несет технический характер (в данном случае – предоставление говора купли-продажи недвижимости, зарегистрированного в установленном законодательством РФ порядке), в намерение сторон при заключении трансграничного договора эскроу, в отношении которого они не выбрали применимое право, не входит такая всесторонняя проверка документов. Поэтому, в случае, если суд рассматривает спор из такого трансграничного договора эскроу, суду целесообразно квалифицировать юридические понятия «эскроу счет», «эскроу-агент», «бенефициар» в соответствии с содержанием данных юридических понятий, закрепленных в ст. 860.7-860.10 ГК РФ.

С другой стороны, на наш взгляд, стороны трансграничного договора эскроу могут в договоре закрепить обязательства банка как эскроу-агента всесторонне исследовать предоставляемые банку как эскроу-агенту документы и определить объем такой проверки.

Например, в случае если договор трансграничный договор эскроу счета заключен между продавцом и покупателем акций по трансграничному договору купли-продажи акций, стороны могут закрепить в договоре обязанность банка, например, привлечь юридических консультантов для проверки предоставляемых эскроу-агенту по условиям договора эскроу документов, например, документов, подтверждающих переход права собственности на акции от бенефициара к депоненту, так как условием раскрытия счета эскроу в пользу бенефициара было предоставление соответствующих выписок с лицевых счетов бенефициара и депонента в реестре акционеров, подтверждающих списание акций с лицевого счета бенефициара на лицевой счет депонента. В статьях ГК РФ, регулирующих договор эскроу счета (860.7-860.10), не содержатся правила, запрещающие сторонам предусмотреть подобную обязанность банка. На наш взгляд, соответствующие положения в трансграничном счете эскроу будут являться правомерным результатом коммерческих договоренностей сторон, достигнутых в результате переговоров.

При этом, в случае, если согласно трансграничному договору эскроу, в отношении которого стороны не выбрали применимое право, эскроу-агентом назначен не банк, а физическое лицо (например, юридическая фирма), а предметом эскроу договора являются не деньги, а, например, документы, суд, квалифицируя данные юридические понятия (договор эскроу, эскроу-агент) по российскому праву на стадии первичной квалификации, может столкнуться с трудностями.

Согласно ст. 860.7 ГК РФ эскроу-агентом по договору эскроу счета может быть только банк, а предметом договора – только деньги. Согласно п. 2 ст. 1187 ГК РФ, суд может обратиться к иностранному праву, толкуя юридические понятия на стадии определения права, подлежащего применению к спорному правоотношению, в случае, если юридические понятия, подлежащие толкованию, неизвестны российскому праву, но известны с другим содержанием или известны в ином словесном обозначении.

В том случае, если в рамках трансграничного договора эскроу в отношении которого возник спор, предметом договора являются не деньги, а, например, ценные бумаги, а эскроу-агентом – не банк, а иное (физическое или юридическое) лицо, на наш взгляд, возникнет ситуация, когда юридическое понятие «договор эскроу» невозможно толковать в рамках российского права, так как в соответствии с российским правом договор эскроу – это разновидность договора банковского счета, а понятие эскроу-агент сводится к понятию «банк». В таком случае, на наш взгляд, суду целесообразно обратиться к иностранному праву для толкования искомых юридических понятий на стадии первичной квалификации.