

Міністерство освіти і науки України
Національний університет «Києво-Могилянська академія»
Факультет правничих наук
Кафедра приватного права

Магістерська робота
освітній ступінь – магістр

на тему: **«WARRANTIES TA INDEMNITIES В УГОДАХ ЗЛИТТЯ ТА
ПОГЛИНАННЯ»**
«WARRANTIES AND INDEMNITIES IN M&A TRANSACTIONS»

Виконав: студент 2-го року навчання,
Спеціальності
081 Право

Ярмола Роман Валерійович

Керівник

Ханик-Посполітак Роксолана Юріївна

Кандидат юридичних наук, доцент

Рецензент

Магістерська робота захищена
з оцінкою

Секретар ЕК

« ____ » _____ 2025 р.

Київ – 2025

Декларація академічної доброчесності

Я, Ярмола Роман Валерійович, студент 2-го року навчання факультету правничих наук, спеціальність 081 Право, адреса електронної пошти r.yarmola@ukma.edu.ua:

– підтверджую, що написана мною магістерська робота на тему: «Warranties та indemnities в угодах злиття та поглинання» відповідає вимогам академічної доброчесності та не містить порушень, передбачених пунктами 3.1.1-3.1.6 Положення про академічну доброчесність здобувачів НаУКМА від 07.03.2018 року, зі змістом якого ознайомлений;

– підтверджую, що надана мною електронна версія роботи є остаточною і готовою до перевірки;

– згоден на перевірку моєї роботи на відповідність критеріям академічної доброчесності, у будь-який спосіб, у тому числі порівняння змісту роботи та формування звіту подібності за допомогою електронної системи Unicheck;

– даю згоду на архівування моєї роботи в репозиторіях та базах даних університету для порівняння цієї та майбутніх робіт.

08.05.2025



Ярмола Р.В.

ЗМІСТ

ВСТУП.....	4
РОЗДІЛ 1. ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА КОНЦЕПЦІЙ WARRANTY ТА INDEMNITY.....	8
1.1. Місце warranty та indemnity в угодах злиття та поглинання	8
1.2. Правова природа warranty	10
1.3. Правова природа indemnity	19
РОЗДІЛ 2. РЕАЛІЗАЦІЯ КОНЦЕПЦІЙ WARRANTY ТА INDEMNITY В СИСТЕМІ ЗАГАЛЬНОГО ПРАВА.....	28
2.1. Різновиди warranties та їх обсяг.....	28
2.2. Концепція розкриття (disclosure).....	35
2.3. Обмеження відповідальності за концепціями warranty та indemnity	41
РОЗДІЛ 3. АНАЛОГИ КОНЦЕПЦІЙ WARRANTY ТА INDEMNITY В ПРАВІ УКРАЇНИ	55
3.1. Концепція warranty в праві України.....	55
3.2. Концепція indemnity в праві України	63
3.3. Шляхи вдосконалення правового регулювання концепцій warranty та indemnity в Україні.....	67
ВИСНОВКИ	74
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	78

ВСТУП

Актуальність теми дослідження. Після історичного спаду ринку злиттів і поглинань (M&A) в Україні у 2022 році, спричиненого повномасштабним вторгненням, спостерігається поступове відновлення інвестиційної активності. У цьому контексті надзвичайно важливим є активне залучення держави до створення сприятливого інвестиційного клімату, зокрема шляхом удосконалення правового регулювання та імплементації сучасних міжнародних підходів до організації договірних відносин.

Одним із ключових елементів ефективного договірної механізму в сфері M&A є належний розподіл ризиків між сторонами угоди. З цією метою у міжнародній правовій практиці широко застосовуються концепції warranties та indemnities, що виникли в межах системи загального права та стали невід'ємною частиною договірної структури відповідних транзакцій. Ці інструменти дозволяють сторонам попередньо узгодити обставини, які мають істотне значення для укладення угоди, а також передбачити наслідки їх порушення чи недостовірності. Особливої уваги заслуговує тенденція до дедалі ширшого застосування концепцій warranty та indemnity у транзакційній практиці з українським елементом.

На нормативному рівні актуальність дослідження зумовлена процесом реформування приватного права в Україні, зокрема в контексті підготовки до рекодифікації Цивільного кодексу України. Очевидно, що потенційні законодавчі зміни мають бути спрямовані не лише на уніфікацію та систематизацію правових інститутів, а й на інтеграцію найуспішніших моделей договірної регулювання, апробованих у міжнародній практиці. У цьому аспекті дослідження правової природи, функціонального призначення та механізмів застосування warranties та indemnities є надзвичайно актуальним.

Крім того, ці концепції становлять науковий інтерес як приклади юридичних конструкцій, що сприяють втіленню принципу добросовісності в

комерційних відносинах, а також дозволяють ефективно врегульовувати спірні ситуації у складних транзакціях.

Таким чином, актуальність теми зумовлюється сукупністю факторів: (i) зростанням практичного значення warranties та indemnities у міжнародних і внутрішніх угодах злиття та поглинання за участю українських сторін; (ii) наявністю прогалин у національному правовому регулюванні, що вимагають ґрунтовного дослідження; (iii) необхідністю запозичення найкращих підходів загального права в межах загальної реформи приватного права та з урахуванням євроінтеграційного вектора розвитку правової системи України.

Ступінь наукової розробки теми. На сьогодні в українській правовій доктрині відсутні комплексні дослідження, присвячені правовій природі та практичному застосуванню концепцій warranty та indemnity у контексті угод злиття та поглинання. Ці інструменти лише побіжно аналізуються у рамках загальних досліджень договірного права, зокрема під час розгляду питань відповідальності сторін та гарантій у комерційних контрактах. Серед українських учених, які торкалися окремих аспектів відповідної проблематики, варто відзначити праці А. С. Довгерта, В. І. Теремецького, Н. В. Гуц, Т. В. Крисаня та деяких інших авторів. Натомість у зарубіжній правовій літературі, зокрема в системах загального права, питання правової природи, класифікації, функціонального призначення та меж відповідальності за warranties і indemnities знайшли значно ширше теоретичне опрацювання. Суттєвий внесок у розвиток цієї теми зробили такі науковці, як Л. Монтроз, Дж. К. Фройнд, Дж. К. Коутс, Ст. Л. Шварц, В. Б. Кортні, Л. Н. Сегалл, Д. Ейвері та інші дослідники, які розглядають ці категорії не лише з погляду договірної практики, але й у контексті більш широких економіко-правових наслідків для учасників транзакцій.

Дослідницьке питання. «Яка сутність концепцій warranty та indemnity та як вони застосовуються на практиці?»

Мета дослідження: проаналізувати теоретичні, законодавчі та практичні підходи щодо розуміння та застосування концепцій warranty та indemnity.

Завдання дослідження наступні:

1. визначити та розкрити зміст понять warranty та indemnity;
2. порівняти та співвіднести поняття warranty з representation;
3. провести співвідношення понять warranty та indemnity та виокремити головні відмінності;
4. визначити та розглянути, які обмеження можуть застосовуватися до концепцій warranty та indemnity;
5. визначити основні напрями кожної сторони у переговорах щодо формулювань warranty та indemnity;
6. розглянути законодавчі змін, які були спрямовані на впровадження концепцій warranty та indemnity в Україні;
7. проаналізувати застосування аналогів warranty та indemnity у судовій практиці України;
8. з'ясувати шляхи вдосконалення правового регулювання концепцій warranty та indemnity в Україні.

Об'єктом дослідження є правовідносини, що виникають між сторонами у зв'язку із застосуванням концепцій warranty та indemnity в угодах злиття та поглинання.

Предметом дослідження є концепції warranty та indemnity, особливості їх нормативного закріплення, а також практичні аспекти їх застосування в угодах злиття та поглинання, включаючи типові формулювання, механізми реалізації та вплив на договірну структуру угод.

Методи дослідження. Робота ґрунтується на системі загальних методів наукового пізнання та спеціальних юридичних методів дослідження.

Використання аксіологічного методу мало на меті дослідженні концепцій warranty та indemnity таким чином, щоб якомога ефективніше їх застосовувати

для захисту прав та інтересів людини та забезпечення її права на гідність, свободу та справедливість як основних цінностей.

Діалектичний метод – невід’ємна частина методології цієї роботи, оскільки концепцій warranty та indemnity розглянуто у динаміці стрімкого розвитку цивільного права. Також використання цього методу забезпечило вивчення протирічних правовідносин між продавцем та покупцем в угодах злиття та поглинання та сприяло формуванню найбільш аргументованих висновків дослідження.

Порівняльно-історичний метод та метод порівняльного правознавства використані для дослідження концепцій warranty та indemnity в національному та іноземному законодавстві, судовій практиці та поглядів науковців різних епох. Завдяки цьому методу виявлено проблеми тлумачення концепцій, а також майбутні перспективи їх розвитку.

Логіко-семантичний метод використовувався для чіткого визначення та розрізнення понять і термінів, що стосуються досліджуваних відносин в угодах злиття та поглинання.

Методи аналізу та синтезу було використано для встановлення ознак та особливостей концепцій warranty та indemnity.

Формально-логічний метод використано для виявлення недоліків законодавства України й обґрунтування напрямів його удосконалення.

РОЗДІЛ 1.

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА КОНЦЕПЦІЙ WARRANTY ТА INDEMNITY

1.1. Місце warranty та indemnity в угодах злиття та поглинання

Злиття та поглинання є ключовими інструментами корпоративної трансформації та ринкової експансії, особливо в умовах глобалізованої економіки. В Україні, як і в багатьох інших юрисдикціях, значна частина угод купівлі-продажу активів структурована таким чином, щоб регулюватися англійським правом [1]. Це пояснюється його гнучкістю, усталеною судовою практикою та передбачуваністю застосування принципу свободи договору.

Однак, незважаючи на ці переваги, англійське право не передбачає законодавчих способів захисту покупця щодо якості предмета купівлі. Під час розгляду спорів щодо дефектів придбаних часток (акцій, корпоративних прав) компаній чи будь-якого іншого майна суди, зазвичай, застосовують принцип *caveat emptor* (покупець повинен бути обережним), що передбачає покладення всіх ризиків, пов'язаних із можливими недоліками активу, на покупця, якщо інше прямо не передбачено договором або законом [2]. Так у справі *ING Bank NV v Ros Roca SA* суд зазначив:

За межами страхового контексту, загального обов'язку звертати увагу контрагента або потенційного контрагента на труднощі чи недоліки не існує. Принцип *caveat emptor* («нехай покупець буде обережним») відображає базову особливість англійського комерційного права (хоча розвиток законодавства про захист прав споживачів іде іншим шляхом). У комерційних правовідносинах також немає загального поняття обов'язку діяти добросовісно, як це є в системах континентального права, хоч окремі концепції англійського загального права, такі як поняття розумної особи (*reasonable man*), відмови від права (*waiver*) чи заборони суперечливої поведінки (*estoppel*), певною мірою й можуть відображати таку ідею. За таких обставин мовчання – золото, адже якщо немає обов'язку говорити, то й мовчання не створює ризиків. Однак, якщо сторона щось висловлює, вона може бути зобов'язаною дотримуватися сказаного; те саме стосується й випадків, коли промовчане настільки тісно пов'язане з тим,

що вже було сказано, що замовчування стає таким, що вводить в оману. Втім, загалом обов'язку розкривати інформацію не існує [3].

Варто зазначити, що принцип *caveat emptor* не застосовується у випадках, коли покупця було введено в оману шляхом шахрайства або обману, що було підтверджено у справі *Taylor v Hamer* [4].

Водночас, як зазначає Ст. Л. Шварц, у контексті угод злиття та поглинання, як і в будь-яких інших договорах купівлі-продажу, існує значна проблема інформаційної асиметрії, оскільки продавець володіє значно більшою обізнаністю щодо стану бізнесу та активів, ніж покупець [5, с. 17]. Це створює додаткові ризики, пов'язані з можливими прихованими зобов'язаннями, фінансовими проблемами або іншими суттєвими обставинами, які можуть вплинути на вартість та привабливість об'єкта придбання.

Цей аспект набуває особливої ваги у випадках, коли предметом угоди є юридична особа як така, разом із усіма її активами, правами та зобов'язаннями, як минулими, так і поточними. А тому, за загальним правилом, зміна власник не повинна впливати на права та обов'язки такої юридичної особи, за винятком ситуацій, коли в її договірних зобов'язаннях передбачено положення про зміну контролю.

З огляду на це, покупці зазвичай наполягають на включенні до угод механізмів договірної захисту, таких як *warranties* та *indemnities*, які дають змогу мінімізувати ризики, пов'язані з угодами злиття та поглинання.

Відповідно до загальноприйнятої ринкової практики, для забезпечення певного рівня захисту покупця від ключових ризиків, як розкритих, так і прихованих, очікується, що продавець надасть покупцеві певний погоджений перелік *warranties* та *indemnities* стосовно різних аспектів бізнесу та активів, що придбаються, включаючи покриття операційних, бухгалтерських, податкових та інших суттєво важливих питань.

Водночас, продавець має забезпечити, щоб до нього застосовувалися лише ті *warranties* та *indemnities*, які відповідають конкретній ситуації, а не загальний

перелік, який часто включається до стандартних шаблонів договорів купівлі-продажу. Наприклад, для технологічної компанії можуть бути необхідні більш детальні warranties щодо інтелектуальної власності, тоді як вимоги щодо дотримання екологічних вимог або нерухомості можуть бути значно меншими [6, с. 214].

Таким чином сторони в договірному порядку домовляються про розподіл ризиків, пов'язаних із предметом купівлі. У цьому аспекті Дж. К. Фройнд слушно зазначає, що «юристи витрачають більше часу на переговори щодо warranties продавця, ніж на будь-яку іншу статтю типової угоди злиття та поглинання» [7, с. 229].

Як поняття warranty, так і поняття indemnity є досить широкими, та детальніше кристалізуються в залежності від сфери їх застосування. Так, наприклад, Юридичний словник Блека надає поняттю warranty декілька визначень, в залежності від того, щодо чого надаються warranty: нерухомості чи договорів [8, с. 1725]. Оскільки ця робота стосується саме угод злиття та поглинання, то характеристика як warranty, так і indemnity буде надаватися саме комерційно-договірного аспекту цих конструкцій.

У науковій літературі також досі не вироблено єдиного підходу до перекладу українською мовою термінів warranty та indemnity, зокрема через їхню високу контекстуальну залежність [9, с. 276]. Відтак, з метою уникнення викривлення змісту цих понять, у цій роботі вони будуть вживатися англійською мовою.

1.2. Правова природа warranty

Дослідженням правової природи warranty займалися вчені різних епох. Так Дж. Л. Монтроз у 1937 році визначав warranty як обіцянку відшкодувати в грошовому еквіваленті шкоду, якої зазнає одержувач warranty в разі настання

певної події. На думку науковця, суть цієї конструкції полягає у страхуванні ризиків настання такої події [10, с. 327]. Зважаючи, що визначення давалося майже сто років тому, концепція warranty сильно трансформувалася. Наразі, warranty розглядають не як обов'язок відшкодувати, а скоріше як гарантію того, що визначені у договорі факти відповідають дійсності. Обов'язок відшкодувати шкоду є зазвичай результатом порушення warranty, проте сторони можуть домовитися, що у випадку порушення warranty, інша сторона набуває право розірвати договір або вимагати іншу сторону вчинити певні дії.

У цьому аспекті Ш. Дж. Гріффіт зазначає, що одержувач warranty може отримати наступні способи відновлення свого права: розірвання договору або відшкодування збитків. Однак, правник зазначає, що такий спосіб захисту як розірвання договору може бути реалізовано лише до закриття угоди (completion/closing), водночас право вимагати відшкодування збитків сторона має як до, так і після закриття угоди [11, с. 1856].

Дев'яте видання юридичного словника Black's Law Dictionary визначає warranty (щодо контрактів) наступним чином:

Контракти. Прямо виражена або така, що впливає з обставин, обіцянка, що певна дія, спрямована на виконання договору, гарантована однією зі сторін договору; зокрема, обіцянка продавця, що проданий товар відповідає заявленим характеристикам або домовленостям [8, с. 1725].

У Thomson Reuters Practical Law, одному з найбільш популярних інтернет ресурсів для юристів, warranty визначають як

договірні заяви або запевнення, що зазвичай містяться в угоді про придбання та стосуються різних аспектів діяльності або стану цільової компанії чи бізнесу. Зазвичай вони викладені в окремому додатку до угоди [12].

На жаль, таке визначення лише поверхово розкриває сутність warranty.

Фактично, warranties виконують дві ключові функції: (i) забезпечують покупцеві правовий механізм захисту у разі їх порушення, що дозволяє коригувати ціну угоди після її укладення, та (ii) стимулюють продавця до розкриття відомих ризиків, оскільки його відповідальність зазвичай обмежується належним розкриттям інформації [13, с. 7].

Варто чітко усвідомлювати, що надання продавцем warranties у договорі купівлі-продажу не є повноцінною альтернативою проведенню юридичного, фінансового або технічного аудиту (due diligence) об'єкта придбання. Навпаки, warranties і due diligence мають різне функціональне призначення і працюють у взаємодоповнюючому режимі, забезпечуючи більш комплексний підхід до управління ризиками, пов'язаними з угодою.

Аудит слугує інструментом попереднього виявлення фактів і потенційних проблем, пов'язаних з об'єктом придбання. На його основі покупець може сформулювати обґрунтоване уявлення про структуру бізнесу, стан активів і зобов'язань, відповідність регуляторним вимогам, наявність судових спорів, корпоративні конфлікти або інші критичні аспекти, що можуть вплинути на вартість об'єкта або навіть зробити угоду недоцільною. Таким чином, аудит надає покупцеві можливість ще до укладення угоди прийняти зважене рішення - наприклад, ініціювати перегляд ціни, змінити структуру транзакції або взагалі відмовитися від неї.

Warranties, зі свого боку, виступають механізмом договірної розподілу ризиків, який набуває значення вже після укладення угоди. Їх основна функція – захистити покупця у випадку, якщо виявиться, що фактичний стан справ компанії суперечить твердженням продавця [12].

Відомою справою в англійському праві, що містить визначення warranty, є *Idemitsu Kosan Co Ltd v Sumitomo Co Corp*. У цій справі Високий суд роз'яснив природу warranties у контексті договору купівлі-продажу наступним чином:

Коли продавець, згідно з умовами договору купівлі-продажу, «гарантує» (warrants) щось стосовно предмета продажу, він надає договірну обіцянку. Не більше й не менше. Це твердження справедливе як щодо гарантії, що стосується певного факту в теперішньому чи минулому, так і щодо гарантії, яка стосується майбутнього. Укладаючи договір із умовою, що щось гарантується, продавець не надає інформацію та не робить заяву покупцю. Він дає обіцянку, яка має зобов'язальну силу згідно з договором – тобто порушення гарантії розглядатиметься як порушення договору, з урахуванням інших умов договору та загальних принципів договірної права, наприклад, щодо засобів захисту порушеного права.

Під час слухання цієї справи я навів простий приклад: продавець укладає договір на продаж зерна зі складу з гарантією, що на момент укладення договору зерно не містить певної домішки. Було б, на мою думку, доволі новаторським і неправильним вважати, що така умова є заявою факту, зробленою продавцем покупцю, про те, що зерно на той момент дійсно не містить зазначену домішку. За відсутності додаткових обставин, не може йтися про вимогу про розірвання договору через введення в оману або про відшкодування збитків за введення в оману згідно із Законом 1967 року, навіть якщо зерно насправді містило домішку (і таким чином мало місце порушення гарантії) [14].

Таким чином у цій справі суд підтвердив, що warranty є не заявою (твердженням) про факт, а є саме договірним зобов'язанням, виконання якого забезпечується договірною відповідальністю. Порушення warranty не тягне за собою наслідків, притаманних misrepresentation (як-от право на розірвання (rescission) договору), а розглядається виключно як порушення контракту з відповідними засобами правового захисту.

Водночас, у літературі можна зустріти думку, що warranty – обіцянка або твердження про те, що певна обставина буде правдивою у майбутньому [15, с. 39]. Однак, на думку автора цієї роботи, таке тлумачення warranty є не зовсім коректним. Warranty слід розглядати як договірне запевнення, що певна обставина або подія відповідає дійсності на визначений момент часу, зокрема на дату укладення договору, дату закриття угоди (completion/closing) або протягом періоду між цими подіями. Натомість твердження про майбутній стан речей має розглядатися як covenant – зобов'язання сторони вжити певні дії або утриматися від них для забезпечення відповідності фактичного стану узгодженим умовам. У разі порушення такого зобов'язання настає договірна відповідальність. Цієї думки притримується і науковець Дж. Агаоглу, який зазначає, що warranties слід відмежовувати від covenant. На його думку, covenant – це конкретне зобов'язання, яке сторона має виконати або від якого повинна утриматися в майбутньому, починаючи з моменту підписання або закриття угоди [16, с. 103].

Визначення суб'єкта, який надає warranties, є ключовим елементом структурування угоди злиття та поглинання. Це питання має як юридичне, так і практичне значення, оскільки від нього залежить не лише обсяг відповідальності,

але й реальна можливість покупця отримати компенсацію у разі порушення warranties.

У типових випадках warranties надаються продавцем. Це може бути як фізична особа (наприклад, засновник або приватний акціонер), так і юридична особа (наприклад, компанія-продавець).

Однак у складніших структурах, коли продавцем є юридична особа, яка входить до складу корпоративної групи (наприклад, дочірня компанія), виникають додаткові ризики для покупця. Такі юридичні особи можуть мати обмежені активи або бути спеціально створеними для цілей транзакції (special purpose vehicles). У разі порушення warranties, навіть якщо покупець отримає юридичне рішення на свою користь, він може зіштовхнутися з труднощами у стягненні компенсації, якщо у продавця не буде відповідних ресурсів або активів.

З цієї причини, у практиці M&A угод часто вимагається, щоб warranties надавалися або забезпечувалися не лише безпосереднім продавцем, але й більш фінансово спроможною стороною, наприклад, материнською компанією групи або кінцевими бенефіціарними власниками.

Ситуація з наданням warranties суттєво ускладнюється у випадках, коли в угоді злиття та поглинання беруть участь кілька продавців, кожен з яких володіє часткою в компанії, яка продається. Особливо це стосується випадків, коли серед таких продавців є інституційні інвестори, трасти або міноритарні акціонери, які, як правило, не брали активної участі в оперативному управлінні бізнесом. Такі продавці, як правило, не мають повної інформації про повсякденну діяльність компанії та, відповідно, не готові нести відповідальність за достовірність тверджень, які виходять за межі їхньої обізнаності. Через це вони обґрунтовано намагаються обмежити свою відповідальність та надавати warranties лише щодо права власності на свої частки (акції, корпоративні права) та на повноважень на укладення відповідної угоди. У деяких випадках такі продавці можуть

погодитися на надання warranties щодо окремих критичних аспектів діяльності компанії [17].

Крім того, продавці зазвичай не погоджуються нести відповідальність за дії або заяви інших співпродавців, вважаючи солідарну відповідальність за надані колективно warranties необґрунтованою. З цієї причини вони, як правило, наполягають на встановленні пропорційної відповідальності (*pro rata liability*) відповідно до їх частки в об'єкті продажу та виключенні будь-якої спільної (*joint*) відповідальності за warranties, надані іншими продавцями [17].

Також warranties зазвичай не вимагаються від директорів компанії, що продається, за умови, що вони не є продавцями [18]. Це пов'язано з тим, що покупці прагнуть забезпечити, щоб менеджмент компанії, який залишається після завершення угоди, не несе відповідальності за порушення warranties. Такий підхід дозволяє зосередити відповідальність на продавцях, які безпосередньо зацікавлені в угоді, і виключає можливість для менеджменту, який не є частиною угоди, нести юридичну відповідальність за дії, що відбулися до її укладення.

Поняття warranty є дуже схожим до поняття representation. Так у багатьох договорах та наукових роботах [19, с. 3] вони розглядаються як одне й теж, не розмежовуючи їх.

Хоч ці конструкції і дійсно багато в чому схожі, однак мають декілька критичних відмінностей. Так, Юридичний словник Блека зазначає, що warranty відрізняється від representation наступним чином:

Хоча суд може розглядати введення в оману (*misrepresentation*) як неявну гарантію (*implied warranty*), загалом гарантія (*warranty*) відрізняється від заяви (*representation*) чотирма основними ознаками: (1) гарантія безумовно вважається суттєвою, тоді як тягар доведення суттєвості заяви лежить на стороні, яка заявляє про порушення; (2) гарантія підлягає суворому виконанню, тоді як для заяви достатньо, щоб вона була по суті правдивою; (3) гарантія є істотною частиною договору, тоді як заява, як правило, є лише супутнім мотивом для укладення угоди; і (4) пряма (*express*) гарантія зазвичай викладена письмово у самому договорі, тоді як заява може бути як письмовою, так і усною [8, с. 1725].

У одній з судових справ штату Нью-Йорк (США) суд вказав, що юридична відмінність полягає в тому, що representation, як проста заява, не може

спричинити відповідальність, окрім випадків, коли інша сторона обґрунтовано покладається на істинність такої заяви, в той час як warranty, як частина договору, може [20]. Тобто суд постановив, що у випадку, якщо representation виявиться неправдивим, то відповідна сторона несе відповідальність не за та, що надала неправдиву інформацію, а за порушення відповідної warranty.

Дж. К. Коутс стверджує, що representation - це «констатація факту, включаючи конклюдентні дії, які можуть бути так витлумачені, тоді як warranty - це обіцянка, що representation є правдивою та надійною». Науковець наголошує, що, як правило, у угодах злиття та поглинання не розрізняють ці поняття, а включають їх разом, не розмежовуючи [21, с. 8]. Такої ж думки притримується і Ст. Л. Шварц, який зазначає, що у Великій Британії ця плутанина зберігається (принаймні частково) через переконання, що існує різниця між representation та warranty, водночас американські юристи, навпаки, зазвичай розглядають representation та warranty як майже синоніми [5, с. 21]. Однак такий підхід є суттєвою помилкою, оскільки це впливає на правові наслідки порушення кожного з них.

Representation є заявою або твердженням сторони, яке спонукає іншу сторону укласти договір. В залежності від того, чи факт або обставина є represented або warranted (або одночасно і тим, і іншим), інша сторона має різні способи правового захисту. Якщо факт є і represented, і warranted, сторона, що постраждала, може вибрати між поданням позову за порушення warranty як договірного зобов'язання або позовом за введення в оману (misrepresentation) як делікт, що зокрема було підтверджено у справі *Karim and another v Wemyss* [22].

Отже, різниця між цими двома інструмента впливає на доступні засоби правового захисту, спосіб оцінки збитків та момент, на який ці збитки повинні оцінюватися.

Так, оскільки warranties є договірними положеннями, то у випадку, якщо вони порушені, покупець має право подати позов проти продавця за порушення

договору, та вимагати відшкодування збитків, спричинених цим порушенням. Як зазначено у фундаментальному рішенні англійських судів *Robinson v Harman*.

Згідно з правилом загального права, якщо сторона зазнає збитків унаслідок порушення договору, вона має бути – наскільки це можливо за допомогою грошової компенсації – відшкодована таким чином, щоб опинитися у тому ж становищі, в якому вона перебувала б, якби договір було належним чином виконано [23].

Як правило, компенсація збитків у разі порушення *warranty* в договорі купівлі-продажу дорівнює різниці між реальною вартістю предмета купівлі та їхньою вартістю, якби *warranty* була дотримана – саме такий принцип було сформульовано у справі *Ageas (UK) Ltd v Kwik-Fit (GB) Ltd* [24].

Якщо інше прямо не передбачено договором, позов про порушення *warranties* не дає покупцю права розірвати (*terminate*) або скасувати (*rescind*) договір.

Щодо засобів правового захисту у випадку введення в оману (*misrepresentation*), то вони включають скасування договору (як засіб справедливості) та/або відшкодування збитків, розрахованих за деліктним принципом. Розмір відшкодування залежить від того, чи було введення в оману шахрайським, недбалим або невинним.

Також для подання позову введення в оману (*misrepresentation*), позивач має довести, що він покладався на відповідну обставину, яку надав відповідач, в той же час сторона може позиватися щодо порушення *warranties* незалежно від того, чи покладався він на ці *warranties* при укладенні угоди. Як зазначено у справі *Harlingdon and Leinster Enterprises Ltd v Christopher Hull Fine Art Ltd*:

Якщо сторона договору бажає вимагати відшкодування у зв'язку з введенням в оману (*misrepresentation*) щодо питання, яке не становило положення договору, її вимога не буде задоволена, якщо вона не зможе довести, що покладалася на таку заяву (*representation*) при укладенні договору; проте, загалом, якщо сторона бажає вимагати відшкодування у зв'язку з порушенням будь-якого положення договору (незалежно від того, чи є це умовою (*condition*) чи гарантією (*warranty*)), їй не потрібно доводити, що вона фактично покладалася на нього [25].

У разі наявності права на відшкодування збитків за договірними та деліктними нормами покупець може вибрати той підхід, який забезпечує кращий результат. Це було підтверджено і судом у справі *Karim and another v Wemyss*, де було чітко розмежовано наслідки порушення *representations* та *warranties* в контексті правового захисту на наведеному прикладі нижче:

Припустимо, що А володіє картиною, про яку він говорить Б, що її намалював відомий художник. Якби це справді було так, картина коштувала б 10 000 фунтів стерлінгів. Б платить за неї 8 000 фунтів стерлінгів. Насправді її написав не відомий художник, і її вартість складає лише 100 фунтів стерлінгів. Якщо Б зможе довести, що те, що сказав А, було договірною гарантією (*contractual warranty*), то він має право на відшкодування у розмірі 10 000 фунтів стерлінгів - 100 фунтів стерлінгів = 9 900 фунтів стерлінгів. Але якщо він зможе довести лише, що заява була оманною, що підлягає оскарженню в судовому порядку (*actionable misrepresentation*), то він має право на 8 000 фунтів стерлінгів - 100 фунтів стерлінгів = 7 900 фунтів стерлінгів, хоча, якщо омана була (або вважається) шахрайською, він також може мати право на відшкодування непрямих збитків. Змінюючи факти, можливо, нереалістично, якщо картина, як гарантовано, справді б мала вартість 10 000 фунтів стерлінгів, але насправді коштує 8 000 фунтів стерлінгів, то за договірним способом захисту покупець, який заплатив 8 000 фунтів стерлінгів, отримає 2 000 фунтів стерлінгів; але за деліктним способом захисту він не отримає нічого [22].

Однак слід враховувати, що для того, щоб договірна *warranty* могла також слугувати підставою для відповідальності за введення в оману (*misrepresentation*), необхідно чітке формулювання в договорі. Так, наприклад, у справі *Sycamore Bidco Ltd v Breslin* суд розглядав, чи можуть *warranties* підтвердити позов про введення в оману (*misrepresentation*) і дійшов до такого висновку:

Чому ж положення про гарантії (*warranties*) були включені до цього договору? Відповідь криється в пункті 5 у кожному конкретному випадку – вони там, бо вони є гарантованими. Немає жодних підстав вважати їх заявами (*representations*). Не думаю, що на ситуацію впливає той факт, що в даному випадку, як і у справі судді Арнольда, сторони (особливо ті, що надають гарантії) були обізнані з тим, що наближається, оскільки проєкти документів обмінювалися, а умови договору узгоджувалися. Те, що сторони, що надають гарантії, знали, що вони зобов'язуються надати, було чітко сформульовано як гарантії, а не як заяви (*representations*) [26].

Іншими словами, суд досліджував намір сторін, відображений у договорі, і встановив, що оскільки в договорі прямо зазначено, що відповідні положення є *warranted*, але відсутнє посилення на *represented*, немає підстав трактувати їх як

заяви про факти (representations). Таким чином, суд не розширював сферу їхньої дії та не змінював початковий намір сторін.

Отже, warranty у угодах злиття та поглинання можна визначити як договірне запевнення, що певна обставина або подія відповідає дійсності на визначений момент часу, зокрема на дату укладення договору, дату закриття угоди (completion/closing) або протягом періоду між цими подіями.

1.3. Правова природа indemnity

Ще однією важливою конструкцією для розподілу ризиків в угодах злиття та поглинання є indemnity. Юридичний словник Блека визначає indemnity наступним чином:

1. Обов'язок відшкодувати будь-які збитки, шкоду або відповідальність, понесені іншою особою.
2. Право потерпілої сторони вимагати відшкодування своїх збитків, шкоди або відповідальності від особи, яка має такий обов'язок.
3. Відшкодування або компенсація збитків, шкоди або відповідальності в деліктному праві; особливо, право сторони, яка несе вторинну відповідальність, вимагати відшкодування від сторони, яка несе первинну відповідальність за відшкодування витрат, сплачених третій стороні за шкоду, завдану внаслідок порушення обов'язку загального права. [8, с. 837].

У Thomson Reuters Practical Law indemnity визначають як обіцянку відшкодувати покупцеві певний вид збитків, якщо вони виникнуть. Метою indemnity в контексті угод злиття та поглинання є передача ризику щодо збитків, які настануть у випадку певної події, та надання можливості стороні, що зазнає збитків, отримати компенсацію долар за долар у зв'язку з цією подією [12].

Найчастіше indemnity використовується для покриття окремих ризиків, які викликають у покупця найбільшу стурбованість. Наприклад, якщо під час комплексної юридичної перевірки покупець виявить поточний судовий процес або ризик потенційного судового спору щодо майна компанії, частку якої набуває покупець, то покупець може вимагати від продавця надання indemnity –

тобто продавець буде зобов'язаний відшкодувати всі збитки, які понесе покупець у зв'язку з таким судовим спором.

Досить поширеною є ситуація, коли продавець зобов'язується відшкодувати збитки, пов'язані з певними податковими питаннями [27, с. 166].

П. Дж. Бут зазначає, що indemnity це договірна конструкція, згідно з якою одна сторона зобов'язується убезпечити іншу сторону від потенційних збитків [28, с. 2]. З цією позицією погоджується і З. Хлаінг, який стверджує, що концепція indemnity ґрунтується на договорі, що укладений між двома сторонами, в якій одна сторона зобов'язується компенсувати потенційні збитки, завдані іншої стороною [29, с. 221].

У своїй праці У. Кортні доходить до висновку, що indemnity, незалежно від її конструкції, є просто юридичним механізмом покладання на одну сторону точної відповідальності за збитки іншої сторони [30, с. 17].

У справі Codemasters Software v Automobile Club de L'Ouest суд зазначив, що вимога за indemnity є вимогою про конкретну суму, належну у зв'язку з настанням визначеної події [31].

Р. Да Сілва наголошує, що indemnity це «обіцянка продавця відшкодувати потенційні збитки, які ще не були визнані. Це особливо корисно, коли покупцеві відомо про певну проблему, яка має фінансові наслідки. Замість того, щоб обговорювати ціну з урахуванням додаткового ризику, продавець може взяти його на себе, надавши indemnity» [32, с. 35].

Отже, indemnity в угодах злиття та поглинання можна визначити як безумовне зобов'язання сторони відшкодувати іншій стороні будь-які збитки, витрати або шкоду, які така сторона може понести у майбутньому у зв'язку з настанням певної події або обставини.

Аналізуючи правову природу indemnity, варто звернути особливу увагу на принципи тлумачення відповідних договірних положень. Традиційним був підхід, згідно з яким положення про indemnity підлягають суворому тлумаченню на користь сторони, яка його надає. Зокрема, відповідальність не може

покладатися на таку сторону, якщо відповідне зобов'язання не викладене в договорі у чіткій та однозначній формі.

Причини застосування такого підходу полягали, по-перше, у безоплатному характері indemnity для сторони, яка його надає, оскільки вона не отримує прямої вигоди від відповідного положення; по-друге, у тому, що відповідні положення, як правило, готуються стороною, яка отримує indemnity, тому у разі наявності двозначностей діє принцип *contra proferentem* – у разі виникнення сумнівів, положення повинне тлумачитися проти сторони, яка його запропонувала [33].

Однак сучасна судова практика відходить від традиційного суворого підходу до тлумачення indemnity. Так, у справі *Bank of Scotland v Euclidian*, суддя Філд висловив таку позицію. Він зазначив:

адвокат відповідачів, стверджував, що старі канони судочинства, згідно з якими indemnity має тлумачитися суворо проти отримувача indemnity, продовжують застосовуватися, незважаючи на справу *Investors Compensation Scheme*. Я не згоден. На мою думку, принципи тлумачення лорда Гофмана [маються на увазі принципи тлумачення договорів, які лорд Гофман сформулював у згаданій справі *Investors Compensation Scheme Ltd. v West Bromwich Building Society*] застосовуються до будь-якого типу договорів, що підлягають тлумаченню. Однак це не означає, що в окремих контекстах суд не вимагатиме дуже чітких формулювань, перш ніж надати положенню певного значення. Так, більшість членів Палати лордів у справі *Bank of Credit and Commerce International SA v Ali* [2002] 1 AC 251 підтримали підхід лорда Гофмана під час тлумачення угоди про звільнення від зобов'язань, незважаючи на старі правила тлумачення, які традиційно застосовувалися до таких контрактів протягом століть [34].

Таким чином, сучасна судова практика англійських судів демонструє, що намір сторін, відображений у договорі, є визначальним для виконання та тлумачення його положень.

Водночас для повного розуміння концепції indemnity варто звернути увагу на особливості її практичного застосування. Зокрема, в англійському праві не існує загального правила, яке забороняє примусове стягнення несправедливого indemnity. Сторони можуть вільно визначати підстави для компенсації та її розмір. Однак, найімовірніше, положення про indemnity не діятиме, якщо сторона навмисно сприяла настанню події, яка стала підставою для виплати компенсації.

Так, наприклад, у справі *Beresford v Royal Insurance* лорд Аткін зазначив:

Згідно зі звичайними принципами страхового права, страхувальник не може своєю навмисною дією спричинити подію, за якою виплачуються страхові кошти. Страховики не погоджувалися платити за таку подію. Страхувальник майна не може отримати відшкодування, якщо він навмисно спалить свій будинок, страхувальник морського судна – якщо він затопить своє судно, а страхувальник життя – якщо він навмисно позбавить себе життя. Це є результатом не публічної політики, а правильного тлумачення договору [35].

Аналогічне тлумачення може застосовуватися до інших договорів indemnity, зокрема в угодах злиття та поглинання.

Відшкодування збитків, спричинених власним шахрайством або навмисним злочином сторони, суперечить публічному порядку. Положення договору, яке передбачає таку компенсацію, зазвичай визнається недійсним або тлумачиться як таке, що не поширюється на збитки, завдані злочинними діями чи шахрайством, водночас залишаючись чинним щодо інших правопорушень.

Наприклад, у справі *Askey v Golden Wine Co Ltd* позивач, Askey, вимагав від компанії Golden Wine Co Ltd відшкодування витрат, пов'язаних зі штрафами, накладеними на нього через продаж коктейлів, що містили метиловий спирт. Суд відхилив позов Askey, встановивши, що угода про компенсацію штрафів, накладених за кримінальні правопорушення, є недійсною з міркувань публічної політики [36]. Зокрема, суддя Деннінг у своєму рішенні підкреслив принцип, згідно з яким покарання, призначене кримінальним судом, є особистим для правопорушника, і цивільні суди не можуть дозволяти відшкодування наслідків цього покарання [37].

Також indemnity варто розмежовувати із зобов'язанням щодо сплати певних коштів. Фундаментальним у цьому контексті є рішення у справі *AXA SA v Genworth Financial International Holdings Inc.*

За обставинами цієї справи, договір купівлі-продажу акцій між сторонами містив зобов'язання продавця сплатити покупцеві на вимогу 90% платежів, що були виплачені клієнтам як компенсація за неправомірний продаж страхових

продуктів захисту платежів. Суд мав вирішити, чи слід тлумачити цей пункт як indemnity.

Суд зазначив, що не існує загального принципу, за яким будь-яке договірне положення автоматично відноситься до однієї з усталених правових категорій. Відправною точкою для аналізу є тлумачення конкретного положення з урахуванням його формулювання, інших умов договору та контексту, застосовуючи загальновизнані принципи договірного тлумачення. Лише після такого аналізу можна зробити висновки щодо характеру створеного зобов'язання.

На підставі цього підходу суд встановив, що відповідний пункт договору не був indemnity, а скоріше обіцянкою сплатити певну суму на вимогу, та зазначив:

Якби сторони мали намір зробити це договірним зобов'язанням щодо компенсації (contractual obligation to indemnify), вони б це так і сформулювали. Сторони добре усвідомлювали можливість компенсації. Насправді, є щонайменше дев'ять випадків, коли у договорі купівлі-продажу акцій використовується термінологія компенсації, у пунктах 8.6, 8.9, 8.11, 8.15, 9.2, 10.5, 10.6 та 15.1 (два з цих випадків знаходяться в самому пункті 10), але ця термінологія не використовується в пункті 10.8, і якби сторони мали такий намір, вони б, безсумнівно, використали таку термінологію – але вони цього не зробили. Вони використали формулювання "зобов'язання сплатити...на вимогу (covenant to pay...on demand)" [38].

Ця справа ще раз підтверджує, що кожне слово у договорі має значення. Використовуючи ті чи інші терміни, сторони закріплюють у тексті договору свій намір, і суди будуть керуватися саме цим при тлумаченні положень угоди.

Визначення сторони, яка надає indemnities, є ключовим аспектом угод зі злиття та поглинання. Загалом, ситуація подібна до визначення сторони, яка надає warranties, – зазвичай це продавець. Однак, якщо продавців кілька, це питання набуває особливої ваги, оскільки сторони мають домовитися не лише про те, хто саме надає indemnities, але й про обсяг та характер відповідальності кожного з них. Покупець, як правило, наполягає на солідарній відповідальності всіх продавців, що підвищує гарантії його захисту. Натомість продавці зазвичай

прагнуть обмежити свою відповідальність – або діючи окремо, або домовляючись про те, що певні indemnities надаватиме лише один з них [39].

У випадку, коли покупець є єдиною стороною, що набуває активи або корпоративні права, саме він, як правило, виступає стороною, що має право на відшкодування відповідно до положень про indemnity. Водночас за певних обставин покупцеві доцільно передбачити договірну можливість самостійно визначати альтернативну сторону, яка може бути одержувачем відшкодування – зокрема, компанія-об'єкт придбання та/або, якщо застосовно, будь-яка з його дочірніх компаній. Така гнучкість здатна підвищити ефективність процесу отримання відшкодування. У подібній ситуації сторони повинні зважено та ретельно врегулювати це положення, щоб мінімізувати ризики несприятливих податкових наслідків, які можуть виникнути внаслідок реалізації такої опції вибору [39].

Також варто виокремити основні відмінності між warranty та indemnity. Так, indemnity надаються стосовно подій, які настануть у майбутньому. З іншого боку, warranty стосуються фактів, що існують на момент підписання та/або закриття угоди [16, с. 103].

Ще однією відмінністю є те, що indemnity часто використовуються, коли концепція warranty не забезпечить покупцеві отримання відшкодування збитків. Наприклад, позов про відшкодування збитків може бути неефективним у разі порушення warranty щодо достовірності її бухгалтерських записів. Якщо після закриття угоди виявиться, що облік вівся неналежним чином, це не обов'язково призведе до зниження вартості компанії. Однак покупець може зазнати витрат на виправлення помилок у документації. У такому випадку warranty не забезпечить йому автоматичної компенсації. Якщо ж договір містить положення про відшкодування (indemnity), покупець матиме право на відшкодування відповідних витрат, за умови дотримання обмежень відповідальності продавця, передбачених договором купівлі-продажу [12].

Інколи суди відмовляють у захисті, якщо отримувач warranty знав, що така warranty є порушеною до моменту підписання договору купівлі-продажу (наприклад, отримав цю інформацію під час проведення аудиту). Основоположним у цьому плані є рішення у справі *Infinetland Limited проти Artisan Contracting Limited*, в якій суд зазначив, що покупець, маючи фактичну обізнаність, все одно може подати позов, хоча суд може присудити лише номінальне відшкодування збитків, якщо виявить недобросовісну поведінку покупця [40].

Іншою можливою перевагою є те, що, на відміну від warranty, indemnity можуть не підлягати обов'язку потерпілої сторони зменшити свої збитки. Якщо суд тлумачить відшкодування як таке, що породжує вимогу про борг, не повинно бути обов'язку зменшувати збитки. Зокрема, суддя Уоррен у справі *The Codemasters Software Company Ltd v Automobile Club De L'ouest* зазначив наступне:

Отже, закон, наскільки мені відомо, полягає в тому, що питання зменшення збитків не виникають за договорами компенсації (contracts of indemnity), щоб надати особі, яка сплачує компенсацію, захист від будь-якої частини вимоги, за яку вона в іншому випадку несла б відповідальність за цією компенсацією. Розглянута лінія прецедентів стосується договірних компенсацій. Це не слід плутати з ситуацією, коли позивач прагне відшкодувати, як збитки за порушення договору або в деліктному праві, свою відповідальність перед третьою стороною (незалежно від того, чи є це результатом судового розгляду та рішення, чи результатом розумного врегулювання). Я не бачу причин, чому в такому випадку відповідач не повинен стверджувати, що відповідальність (незалежно від рішення суду чи врегулювання) ніколи не повинна була виникнути, а повинна була бути зменшена шляхом розумних заходів щодо зменшення збитків [3141].

Незважаючи на ці відмінності, warranty та indemnity – правові інструменти, що використовуються для вирішення проблеми асиметричності інформації та розподілу ризиків між сторонами договору. У контексті угод злиття та поглинання вони дозволяють сторонам відійти від звичайного принципу *caveat emptor* і покласти на продавця певні ризики, пов'язані зі станом та якістю бізнесу

чи активів, що продаються, а також надають сторонам більше визначеності та контролю над обсягом своїх потенційних зобов'язань.

* * *

На підставі проведеного аналізу правової природи понять warranty та indemnity у контексті угод злиття та поглинання, сформульовані такі висновки:

1. Конструкції warranty та indemnity виконують функцію правових механізмів управління інформаційною асиметрією між сторонами договору, забезпечуючи баланс розподілу ризиків у процесі укладення та виконання угод злиття та поглинання.

2. Поняття warranty у угодах злиття та поглинання слід тлумачити як договірне запевнення про відповідність певної обставини чи події дійсності на конкретну дату (дату укладення договору, дату закриття угоди (completion/closing) або протягом періоду між цими подіями). У разі порушення warranty, сторона-порушник несе зобов'язання з відшкодування шкоди, з метою приведення іншої сторони у становище, в якому вона перебувала б за відсутності порушення.

3. Хоча терміни warranty та representation іноді використовуються як взаємозамінні, вони мають різну юридичну природу та наслідки у разі порушення. Їхня відмінність безпосередньо впливає на доступні засоби правового захисту, методи оцінки збитків та момент, на який ці збитки повинні оцінюватися.

4. Сутність indemnity полягає у безумовному зобов'язанні сторони компенсувати іншій стороні збитки, витрати чи інші втрати, які можуть виникнути внаслідок настання певної події або обставини в майбутньому, незалежно від наявності порушення договору.

5. Ключова відмінність між warranty та indemnity полягає у моменті виникнення ризику: warranty охоплюють обставини, що існують на момент

підписання або закриття угоди, тоді як indemnity – потенційні майбутні події. Крім того, indemnities часто використовуються там, де warranty не можуть забезпечити повне відшкодування збитків, а також вони, зазвичай, не підлягають вимогам зменшення збитків, на відміну від warranty, де потерпіла сторона може бути зобов'язана мінімізувати свої збитки.

РОЗДІЛ 2.

РЕАЛІЗАЦІЯ КОНЦЕПЦІЙ WARRANTY ТА INDEMNITY В СИСТЕМІ ЗАГАЛЬНОГО ПРАВА

2.1. Різновиди warranties та їх обсяг

У цьому розділі буде описано практичне застосування warranty та indemnity, способи обмеження їх дії та стратегії сторін під час переговорів.

Перш за все, warranties в угодах злиття та поглинання можуть поділятися на фундаментальні та звичайні [41].

До фундаментальних warranties відносять найбільш важливі для покупця факти про предмет купівлі та статус продавця. Так, найбільш поширеною є практика віднесення до фундаментальних warranties наступних фактів:

- продавець має необхідну правоздатність та повну цивільну дієздатність, вжив усіх необхідних заходів та має всі необхідні права та повноваження для укладення та виконання договору купівлі-продажу та інших документів, які згадані в такому договорі (стороною яких він є) згідно з їхніми відповідними умовами;
- продавцю належить предмет продажу на праві власності та таке право не є обтяженим. Продавець має повне право відчужити покупцю предмет продажу та він отримав всі необхідні згоди будь-якої іншої особи для відчуження предмета продажу, включаючи згоду іншого з подружжя;
- у випадку, якщо продаються частки (акції) юридичної особи, то такій юридичній особі належить суттєве майно на праві власності та таке майно не є обтяженим;
- інші фундаментальні warranties, про які сторони можуть домовитися.

Ці факти є найбільш важливими для покупця та у випадку, якщо вони згодом виявляться неправдивими, вартість предмета купівлі суттєво знизиться або, у гіршому випадку, покупець може втратити право власності на придбаний актив. Для забезпечення захисту покупця у таких випадках, ринковою є практика надання продавцем банківської гарантії або особистої поруки кінцевого бенефіціарного власника, якщо продавцем є юридична особа, на забезпечення сплати покупцю збитків, якщо фундаментальні warranties будуть порушені.

Ще однією особливістю фундаментальних warranties є більш тривалий термін дії. Ринковою практикою є термін від трьох до п'яти років з дати закриття угоди (completion/closing) [42, с. 10].

Водночас сторони можуть погодити у договорі, що обмеження відповідальності, які застосовується до звичайних warranties, не застосовується, наприклад як це зробили сторони у справі *Bell & Anor v Singh & Anor* [43].

Також до фундаментальних warranties зазвичай не застосовується концепція розкриття (disclosure), яка буде досліджена надалі.

Звичайні warranties, як правило, є більш точковими та стосуються стану бізнесу та майна, включаючи питання щодо фінансової звітності, зобов'язань, податків, соціального та пенсійного забезпечення, дозволів, ліцензій, дотримання вимог законодавства (compliance), суттєвих правочинів, трудового законодавства, інтелектуальної власності, нерухомого та рухомого майна, страхування, судових процесів, навколишнього середовища, а також інших галузевих питань [44].

Зазвичай warranties формулюються досить широко та загально. Тому продавці намагаються зменшити обсяг warranties, використовуючи кваліфікатори (qualifiers).

По-перше, warranties можуть надаватися із застереженням «наскільки відомо продавцю (so far as the seller is aware / to the seller's knowledge)» [19, с. 3]. Цей кваліфікатор означає, що warranty не є порушеною, якщо покупець не зможе довести, що продавець знав про їх порушення. Такий підхід дозволяє продавцю

зменшити ризик відповідальності за нерозкриті обставини, про які він не знає (і в деяких випадках не міг знати).

Якщо покупець погоджується на кваліфікатор знань у зобов'язаннях щодо warranties, постає питання: що саме мається на увазі під "knowledge" (знання) та "awareness" (обізнаність) у цьому контексті?

Перш за все, варто розмежувати поняття "knowledge" (знання) та "awareness" (обізнаність). Прецедентним у цьому аспекті є рішення у справі BSA International SA v Irvine, у якому лорд Гленні надав таке тлумачення:

Обізнаність (awareness) відрізняється від простого знання (knowledge). Воно передбачає певний рівень розуміння. Мені здається, що воно вказує на усвідомлення з боку Гарантів чогось більшого, ніж просто факти, які, хоча й невідомі їм, могли б зацікавити органи з питань конкуренції. На мою думку, у цій частині пункту Гаранти гарантують (warrants), що їм невідомо про будь-які обставини, які (наскільки вони обізнані) можуть спричинити звернення до органів з питань конкуренції. Остання частина цієї фрази уточнює першу. Іншими словами, пункт вказує на дослідження їхнього усвідомлення не лише обставин, а й потенціалу того, що ці обставини можуть призвести до контакту з органами з питань конкуренції. Питання можна розглянути з іншого боку, запитавши: що саме Гаранти (в гарантії) стверджують, що їм невідомо? Не може бути, щоб вони не знали про будь-які існуючі обставини. Це було б безглуздо. Потрібно запитати далі: про які обставини вони стверджують, що їм невідомо? Відповідь полягає в тому, що їм невідомо про обставини певного типу, а саме про обставини, які можуть спричинити будь-який процес, повідомлення або звернення від органів з питань конкуренції. Відповідь передбачає оцінку з їхнього боку того, чи мають обставини, про які вони знають, потенціал спричинити звернення від OFT (Управління чесної торгівлі) [45].

Таким чином різниця між знаннями та обізнаністю полягає у тому, що awareness означає не просто наявність знань про певні факти, а й розуміння їхнього потенційного значення. У контексті warranties це означає, що продавець не лише знає про певні обставини, але й усвідомлює їхній можливий наслідок.

Продовжуючи аналіз питання обізнаності сторони, слід з'ясувати, які саме знання підлягають врахуванню у контексті warranties. У юридичній практиці традиційно розрізняють три основні види знань:

- Фактичне знання (actual knowledge) – безпосереднє знання особи про відповідні обставини без необхідності здійснення додаткових запитів або розслідування.

- Конструктивне знання (constructive knowledge) – знання, яке особа могла або повинна була отримати за умови проявлення розумної обачності чи проведення належної перевірки.
- Знання, що може бути приписане (imputed knowledge) – знання, яким володіють агенти, радники або інші уповноважені представники сторони, та яке вважається таким, що є також знанням цієї сторони [46].

У випадках, коли на продавця покладається зобов'язання щодо проведення додаткових запитів, він зазвичай прагне обмежити коло осіб, до яких ці запити спрямовуються. Це робиться з метою мінімізації кількості осіб, залучених до процесу розкриття інформації, та уникнення ризику приписування продавцю знань працівників, агентів або радників, з якими він не консультувався. Однак цей підхід може бути проблематичним для покупця, оскільки він не може бути впевнений, що запропонований список осіб охоплює всіх, хто, ймовірно, має відповідні знання щодо предмета відповідної warranty.

З іншого боку, продавці мають усвідомлювати, що навіть за відсутності у договорі купівлі-продажу прямого обов'язку здійснювати такі запити, судова практика свідчить про можливість імпліцитного встановлення такого обов'язку. Важливою у цьому аспекті є справа *William Sindall Plc v Cambridgeshire County Council* в якій апеляційний суд Англії та Уельсу, протлумачивши наявні судові прецеденти та положення договору сформулював такий висновок:

Загальновідомо, що заява продавця про те, що йому нічого не відомо про дефекти правостановлюючих документів, передбачає, що він вжив розумних заходів для того, щоб переконатися в їх наявності. Це може вимагати від нього, в першу чергу, вивчення правостановлюючих документів та інших записів, огляду об'єкта нерухомості та отримання юридичної консультації. Якщо щось змусить його замислитися про наявність дефекту, йому, можливо, доведеться продовжити розслідування, допитавши інших осіб або вивчивши їхні документи. Так, у справі *Neuwood v. Mallallieu* (1883) 25 ChD 357, будинок, проданий на аукціоні іпотекотримачем «з урахуванням будь-яких сервітутів (subject to any easements)», виявився обтяженим сервітутом на користь сусідки, який давав їй право приходити і прати свій одяг на кухні. Юристу продавця повідомили, що сусідка заявляла про таке право, але він не робив ніяких запитів, оскільки «не збирався попереджати інших людей про прості заяви». Віце-канцлер Бекон сказав, що цього недостатньо. Продавець був зобов'язаний з'ясувати обставини і мав обов'язок провести подальше розслідування цієї заяви.

Він відмовив у задоволенні позову продавця про виконання договору в натурі. Тому, на мою думку, «наскільки обізнаний продавець» ("so far as the Vendor is aware") означає не лише те, що продавець та його юрист не знали про дефект, але й те, що вони провели таке розслідування, якого можна було б обґрунтовано очікувати від розсудливого юриста [47].

Тому для забезпечення юридичної визначеності та мінімізації ризиків тлумачення, доцільно передбачити в договорі що розуміється під "knowledge" (знання) та "awareness" (обізнаність) та за потреби включити чіткі положення щодо обсягу обов'язку продавця щодо здійснення додаткових запитів (inquiry), зокрема у випадках, коли warranties кваліфікуються обізнаністю.

Крім того, у випадку, коли продавцем виступає юридична особа, виникає особлива складність у визначенні, знання яких саме осіб можуть бути належним чином приписані продавцю для цілей тлумачення warranty. З метою усунення відповідної невизначеності, покупець може наполягати на включенні до договору положення, відповідно до якого продавець вважатиметься обізнаним щодо обставин, відомих визначеним особам, зокрема його професійним консультантам, директорам або певним працівникам компанії.

У справі *Triumph Controls UK Ltd and another v Primus International Holding Company and others* суд розглядав тлумачення положень договору, згідно з якими warranties вважалися наданими на підставі фактичної обізнаності корпоративного продавця після здійснення запитів до п'яти визначених осіб, за умови, що ці особи самі мали провести відповідні запити щодо діяльності цільової компанії. Суд дійшов наступного висновку:

Дія цього положення полягає в тому, що Primus вважається ознайомленою з питаннями, на які поширюються warranties, якщо розумні запити зазначених осіб («Група обізнаних осіб») могли б розкрити такі питання. Перевірка є об'єктивною. Характер і рівень запитів, зроблених компанією Primus, не має значення. Будь-який брак знань або нерозуміння з боку Primus щодо операційних збоїв є несуттєвим. Положення про припущення стосується того, що було відомо або повинно було бути відомо Primus на підставі обґрунтованих запитів, передбачених у пункті 8.2 [48].

Таким чином, суд підтвердив, що положення про знання продавця підлягає об'єктивному тлумаченню: значення має не те, які саме запити фактично були здійснені, а те, які результати були б отримані внаслідок розумних запитів від і

до визначених осіб. Відсутність фактичної обізнаності чи розуміння з боку продавця щодо відповідних проблем є юридично неважливою – вирішальним є те, що продавець мав би бути обізнаним у разі належного розслідування.

У справі *BIP Chemical Holdings Ltd v Blundell* суд розглядав питання тлумачення положення договору купівлі-продажу акцій щодо обмеженої warranty, сформульованої зі словами "наскільки відомо продавцю" або подібним чином. Відповідне положення договору передбачало, що в таких випадках знання продавця охоплюють таку інформацію, яку він мав би, якби здійснив запити до ради директорів цільової компанії щодо предмета warranty.

Продавець фактично не здійснив таких запитів. У результаті суд дійшов висновку, що:

- фактична необізнаність продавця щодо обставин, які становили порушення warranty, не є виправданням, якщо внаслідок передбачених договором запитів відповідна інформація була б розкрита;
- необізнаність ради директорів цільової компанії також не звільняє продавця від відповідальності, якщо за результатами таких запитів рада могла б отримати й надати відповідну інформацію;
- знання або прийняття покупцем обмеженого підходу до перевірки не є підставою для виключення відповідальності продавця, оскільки покупець має право покладатися на прямо надану договірну warranty [49].

Ця справа ще раз підкреслює важливість чіткого регулювання warranties, обмежених обізнаністю (*knowledge-qualified warranties*), зокрема через визначення обов'язку продавця щодо здійснення запитів та переліку осіб, які мають бути запитані. Такі положення не лише формально встановлюють обсяг обізнаності продавця, а й можуть мати ключове значення для вирішення спорів щодо порушення warranties.

Багато договорів купівлі-продажу містять конкретне визначення "знань" продавця, що може суттєво обмежити дієвість warranties. Такі визначення можуть варіюватися залежно від того: (1) чи йдеться про фактичні чи

конструктивні знання (або обидва типи); (2) чи знання приписуються особам із певними посадами або прямо названим особам; (3) чи передбачається обов'язок здійснення розумного запиту [50, с. 111].

Наступним інструментом обмеження відповідальності продавця за warranties є застереження, в якому зазначається, що warranty вважається порушеною лише, якщо факт, щодо якого надана відповідна warranty, є неправдивим «в суттєвих аспектах (in the material respect)» [51, с. 202].

Оскільки поняття суттєвості не має однозначного змісту й часто залежить від обставин конкретної справи, використання такого кваліфікатора фактично покладає на покупця додатковий тягар доказування. З метою зменшення невизначеності сторони іноді погоджують встановлення чіткого грошового порогу для визначення суттєвості. У такому випадку warranty вважається порушеною лише за умови, що відповідний факт спричинив збитки, розмір яких перевищує визначену суму.

Якщо ж грошовий критерій не встановлено, питання суттєвості тлумачиться судом з огляду на конкретні фактичні обставини. У цьому контексті показовим є рішення у справі *Macquarie Internationale Investments Ltd v Glencore UK Ltd*, де аналізувалося тлумачення warranties щодо фінансової звітності.

У цій справі суд спирався, зокрема, на підхід, сформульований суддею Нельсоном у справі *Bairstow v Queen's Moat Houses plc* від 23 липня 1999 року, у якій він, посилаючись на словникове визначення терміна «суттєвість», зазначив, що як правило, якщо певна сума або стаття впливає на розумне сприйняття фінансової звітності її користувачем, вона буде вважатися важливою, а отже – суттєвою. Суддя наголосив, що критерій «важливості для розумного читача» є більш релевантним для визначення суттєвості, ніж жорсткий підхід, заснований на відсоткових показниках.

Також суддя Нельсон підкреслив, що критерій суттєвості є об'єктивним, і що сама компанія не може бути єдиним суб'єктом, який визначає, що є суттєвим. Якщо тлумачити це як твердження про те, що стаття є суттєвою настільки,

наскільки вона потенційно важлива для користувача звітності – то це є цілком обґрунтованим підходом. Водночас, як зазначає суд, у процесі підготовки звітності значну роль відіграє професійне судження укладача, і така дискреція може бути релевантною при розгляді питання про порушення відповідної warranty.

Отже, у справі *Macquarie Internationale Investments Ltd v Glencore UK Ltd* суд дійшов висновку, що warranty вважатиметься порушеною лише у тому випадку, якщо відповідна стаття була настільки суттєвою, що жодна розсудлива особа, яка підписує фінансову звітність, не могла б обґрунтовано вважати її несуттєвою [52].

Отже, такі кваліфікатори зменшують можливість порушення продавцем warranties та накладають на покупця більший тягар доведення порушення відповідних warranties.

2.2. Концепція розкриття (disclosure)

Одним із ключових інструментів обмеження відповідальності продавця в угодах злиття та поглинання є концепція розкриття (disclosure). Це означає, що продавець може бути звільнений від відповідальності за порушення warranties, якщо на момент укладення договору покупець був обізнаний про факт, що порушує відповідну warranty, і продавець надав йому інформацію про цей факт [42, с. 2]. Наприклад, сторони домовилися, що продавець надає покупцю warranty, що компанія, акції якої продаються, не має жодних обтяжень щодо майна, вартість якого перевищує один мільйон гривень. Водночас, покупець знає, що, на один об'єкт нерухомості, власником якого є компанія та вартість якого перевищує один мільйон гривень, накладено арешт. У такому випадку покупець може надати (розкрити) покупцю інформацію про такий арешт об'єкта

нерухомості та вважатиметься, що такий факт не порушуватиме відповідну warranty.

Варто також зазначити, концепція розкриття не застосовуються до indemnity. Водночас щодо розкритих питань покупець може вимагати від продавця покриття indemnity або зменшення ціни, якщо покупець не готовий буде прийняти відповідний ризик.

Зазвичай розкриття оформлюється як окремий документ у формі листі про розкриття (letter of disclosure), який підписується одночасно з договором купівлі-продажу [53, с. 505], та який розділений на дві частини загальне розкриття (general disclosure) та конкретне розкриття (specific disclosure) [54].

Загальні розкриття охоплюють питання, які містяться в публічних записах або є предметом, про який покупець, з огляду на обов'язкові або передбачувані запити чи пошуки, що зазвичай здійснюються у рамках належної перевірки (due diligence), має бути обізнаний. Така інформація може включати:

- інформацію, надану покупцю під час процесу due diligence, що є невід'ємною частиною перевірки фінансових, юридичних та операційних аспектів цільової компанії. Вона може містити як деталізовані звіти, так і інші дані, які оцінюються покупцем для ухвалення обґрунтованого рішення про здійснення угоди;
- інформацію, доступну в публічних реєстрах, яка є частиною загальнодоступних джерел і може включати дані, що містяться у державних, комерційних або інших реєстрах, до яких мають доступ громадськість і потенційні учасники угоди;
- інформацію, яка міститься у фінансовій звітності, зокрема звітності, що підлягає обов'язковому публічному оприлюдненню відповідно до вимог національного або міжнародного законодавства, таких як річні звіти, звіти про прибутки та збитки, баланси, що дозволяють оцінити фінансовий стан компанії [55].

Конкретні розкриття охоплюють ті питання, які, у разі їх неповного або неналежного розкриття, можуть призвести до порушення warranty, наданих продавцем у рамках угоди. Такі розкриття здійснюються шляхом чіткого посилання на відповідні warranties, що містяться в договорі, і повинні містити інформацію, яка є безпосередньо пов'язаною з конкретною заявленою warranty. Наприклад, якщо одна з warranties у договорі стосується відсутності судових спорів, продавець зобов'язаний надати деталі всіх поточних або можливих судових позовів, які можуть вплинути на діяльність цільової компанії. Такі розкриття мають включати не лише загальну інформацію про судовий процес, але й відповідні факти, які можуть бути важливими для покупця в контексті оцінки потенційних ризиків і відповідальності [54].

У контексті договірних зобов'язань, стандарт розкриття інформації є надзвичайно важливим, оскільки він має безпосередній вплив на розподіл ризиків між сторонами угоди. Розкриття інформації фактично знімає відповідальність з продавця за порушення warranty, що стосується розкритого питання, перекладаючи відповідний ризик на покупця. Враховуючи це, покупець має інтерес у забезпеченні того, щоб процес розкриття був чітким, структурованим і достатньо детальним. Це дозволяє покупцю точно оцінити значущість та потенційні наслідки розкритої інформації для ухвалення інформованого рішення.

Крім того, покупці будуть зацікавлені в тому, щоб процес розкриття не використовувався як інструмент для уникнення відповідальності через надання великих обсягів складної інформації, що може ускладнити її розуміння або значно зменшити можливість оцінки реальних ризиків. У такому випадку важливо забезпечити, щоб розкриття не лише відповідало вимогам, але й дозволяло покупцю об'єктивно оцінити наслідки цієї інформації. Тому в договорі купівлі-продажу особливо важливо встановити критерії щодо обсягу, форми та зрозумілості розкриття, що б забезпечило рівність можливостей для обох сторін угоди у процесі прийняття рішень.

У контексті розкриття інформації в договорах купівлі-продажу та угодах злиття та поглинання важливими є стандарти, які визначають ступінь і якість наданої інформації. Розкриття вважається належним, якщо воно є справедливим (fair disclosure) та відповідає іншим стандартам, визначеним сторонами, зокрема повному (full), точному (accurate) та вичерпному (complete) розкриттю. Кожен з цих стандартів може бути застосований сторонами для визначення того, яке саме розкриття слід вважати належним.

Водночас достатність розкриття оцінюється відповідно до умов конкретного договору, як це було зазначено у справі *Infinetland Ltd & Anor v Artisan Contracting Ltd & Anor*, де суд підкреслив, що адекватність розкриття повинна оцінюватися згідно з вимогами договору купівлі-продажу акцій, укладеного між сторонами, а не на основі інших угод [40].

Отже, для того, щоб розкриття було дійсним, продавець має зробити це у добросовісний спосіб (fair manner). Практика англійських судів розробила визначення того, що означає "добросовісне розкриття інформації". Зокрема, добросовісний спосіб вимагає від продавця надати достатньо деталей, які дозволять покупцеві з достатньою легкістю ідентифікувати обсяг і характер розкритої інформації щодо конкретної warranty. Добросовісне розкриття інформації також має бути збалансоване з інформацією, отриманою покупцем до укладення договору [15, с. 44].

Так, наприклад у справі *Daniel Reeds v. EM ESS Chemists Ltd.* продавці надали warranty, що компанія має всі необхідні ліцензії на продаж таблеток парацетамолу. Однак насправді компанія не мала найважливішу ліцензію - ліцензію виробника, термін дії якої закінчився. Продавці в порядку розкриття інформації перерахували всі ліцензії, які мала компанія (цей список не включав ліцензію виробника), і намагалися довести, що продавець повинен був переглянути список і визначити, що відповідна ліцензія була відсутня. Апеляційний суд відхилив цей аргумент продавців та постановив, що добросовісне розкриття вимагає не простого приховування важливої інформації,

а добросовісного та чіткого її викладення. Покупець не повинен робити висновки про суттєві аспекти бізнесу на основі відсутності певної інформації, а він має отримати таку інформацію безпосередньо [56].

У справі *Levison v Farin* продавець компанії надав warranty, що "за винятком розкритого" її загальний фінансовий стан суттєво не зміниться у несприятливий бік між датою фінансової звітності та датою завершення угоди. Суддя Гібсон постановив, що захисту від порушення warranty шляхом розкриття зазвичай не досягається простим наданням під час переговорів засобів отримання знань, які можуть або дозволяють іншій стороні з'ясувати певні факти та зробити висновки [57].

Аналогічного висновку дійшов і лорд Пенроузом у справі *New Hearts v Cosmopolitan Investments*, коли він постановив:

Просте посилання в листі про розкриття інформації на джерело інформації, яке саме по собі є складним документом, в якому старанний запитувач може знайти відповідну інформацію, не задовольнить вимоги пункту, що передбачає добросовісне (fair) розкриття інформації з достатньою деталізацією для визначення характеру та обсягу питання, що розкривається [58].

Питання про те, що становить справедливе розкриття, також було порушено у справі *MAN Nutzfahrzeuge AG and others v Freightliner Limited*. У цій справі продавець намагався посилатися на загальне розкриття в листі-розкритті "бухгалтерських книг та записів" цільової компанії, яке, за словами продавця, мало включати записи з ПДВ. Записи з ПДВ були фальсифіковані, і продавець стверджував, що загального розкриття записів з ПДВ мало бути достатньо, щоб розкрити факт шахрайства. Однак покупець успішно довів, що шахрайство не було б очевидним, якби покупець не знав, що шукати, і суд *obiter dictum* зазначив, що розкритими вважатимуться лише точний зміст розкритих документів, якщо з договору або листа-розкриття чітко не випливає, що "всі питання, які можна вивести з" розкритих документів, також мають вважатися розкритими. Договір не містив такого формулювання, і продавцю слід було спробувати забезпечити, щоб або договір, або лист-розкриття містили таке формулювання, якщо він мав намір таким чином розширити обсяг warranties [59].

У випадку, коли підписання договору купівлі-продажу не збігається з моментом переходу права власності на предмет купівлі, постає питання щодо необхідності повторення деяких або всіх warranties, наданих на етапі підписання, на момент переходу права власності. У такому випадку продавець несе ризик порушення повтореної warranty, що може статися в період між підписанням та завершенням угоди, навіть якщо ситуація, яка призвела до порушення, була поза його контролем.

Для мінімізації цього ризику продавці часто домагаються можливості надання оновленого листа про розкриття до завершення угоди, що дозволяє уникнути претензій покупця щодо warranty стосовно вже розкритих питань. Однак покупці зазвичай виступають проти будь-яких оновлень листа про розкриття між етапами підписання та завершення угоди, оскільки це може призвести до перенесення на них ризику щодо вже розкритих питань, що в свою чергу знижує цінність повторення warranty продавцем.

Якщо між підписанням та завершенням угоди стане очевидним, що які-небудь з warranties продавця перестали бути правдивими або були порушені, покупець може віддати перевагу відмові від угоди, замість того, щоб завершити її та подати позов за warranties для відшкодування збитків. В такому випадку покупці часто домагатимуться прямого права на розірвання угоди при таких обставинах, поряд з іншими правами або засобами правового захисту.

Продавці можуть неохоче погоджуватися на цей підхід, особливо якщо для них важлива визначеність угоди. У деяких випадках продавець може погодитися надати покупцеві право на розірвання угоди до її завершення, за умови, що покупець відмовляється від права вимагати відшкодування збитків, якщо він вирішить все ж таки завершити угоду. Тому питання оновлення листа про розкриття часто є предметом детальних і кропітких переговорів між сторонами [60].

Отже, концепція розкриття інформації в угодах злиття та поглинання є важливим інструментом для зниження ризиків та обмеження відповідальності

продавця. Вона дозволяє забезпечити прозорість угоди, де покупець отримує необхідну інформацію для ухвалення обґрунтованого рішення, а продавець звільняється від відповідальності за порушення warranties, якщо така інформація була належним чином розкрита. Однак важливо підкреслити, що процес розкриття повинен бути проведений добросовісно та ретельно, щоб не використовувати його як інструмент для приховування важливих аспектів, які можуть мати істотне значення для покупця.

Існує чітке розмежування між загальними і конкретними розкриттями, і кожне з них має бути оформлене з урахуванням вимог договору. Стандарти щодо розкриття, такі як точність, повнота та зрозумілість, мають бути дотримані, щоб забезпечити баланс між інтересами обох сторін. Судова практика демонструє, що добросовісне розкриття передбачає не лише надання інформації, а й її чітке, точне викладення, що дозволяє покупцю оцінити реальні ризики угоди.

Зрештою, процес розкриття має бути чітко регламентованим у договорі купівлі-продажу та інших угодах, оскільки він визначає не тільки правову, а й фінансову відповідальність сторін. Врахування вимог добросовісного розкриття і належного оформлення документації є ключовим для успішного здійснення угоди та запобігання юридичним та фінансовим ризикам, які можуть виникнути після її укладення.

2.3. Обмеження відповідальності за концепціями warranty та indemnity

Зазвичай продавці прагнуть обмежити свою відповідальність за договором не лише шляхом обмеження самого обсягу warranties, але й шляхом встановлення певних фінансових, часових та інших обмежень.

Згідно з англійським правом, для виключення або обмеження прав чи засобів правового захисту, що виникають в силу закону, включаючи зобов'язання

виконувати договірну warranty шляхом виплати компенсації за її порушення, потрібні чіткі формулювання. Важливим є думка лорда Бріггса у справі *Nobahar-Cookson v Hut Group Ltd*:

На мою думку, глибинна логіка принципу, що вимагає вузького тлумачення виключних положень у випадках неоднозначності, не пов'язана з визначенням сторони, яка пропонує (*proferens*), будь то щодо документа загалом чи конкретного положення. І це не принцип, що впливає з особистості того, хто прагне на нього посперитися. Неоднозначність у виключному положенні може вимагати вузького тлумачення, оскільки таке положення обмежує або зменшує обсяг важливого договірного зобов'язання або засобу правового захисту, передбаченого загальним правом, як-от (у цьому випадку) обов'язок виконати договірну warranty шляхом виплати компенсації за її порушення. Не можна легко припустити, що сторони мали намір обмежити засоби правового захисту, передбачені законом за порушення важливих договірних зобов'язань, без використання чітких і однозначних формулювань.

Сьогодні цей підхід до виключних положень не розглядається як презумпція, а тим більше як особливе правило, що дозволяє надання натягнутого значення положенню лише через те, що воно є виключним. Комерційні сторони мають право розподіляти між собою ризики виникнення проблем у своїх договірних відносинах будь-яким чином, який вони вважають за потрібне. І не слід застосовувати його механічно щоразу, коли в виключному положенні виявляється неоднозначність. Суд повинен використовувати всі наявні інструменти лінгвістичного, контекстуального, цільового аналізу та аналізу здорового глузду, щоб з'ясувати справжнє значення положення. У справі *Seadrill Management Мур-Бік* описав цей принцип так:

"це, по суті, принцип здорового глузду; сторони зазвичай не відмовляються від цінних прав без чіткого висловлення свого наміру" [61].

Отже сторони мають чітко у договорі зафіксувати свої домовленості щодо обмеження відповідальності тієї чи іншої сторони.

Продавець може прагнути поширити свої обмеження відповідальності на будь-які відшкодування (включаючи будь-яку податкову угоду) на додаток до warranties. Водночас покупцю недоцільно поширювати всі обмеження на будь-які зобов'язання та відшкодування, що містяться в угоді про придбання.

Поширеним інструментом в угодах злиття та поглинання є обмеження відповідальності (*limitations of liability*) за концепціями warranty та indemnity, зокрема шляхом встановлення певних лімітів.

У цьому аспекті першим інструментом є концепція *de minimis*. Згідно з цією концепцією покупець може пред'явити продавцю вимогу про

відшкодування збитків за порушення warranty або indemnity лише після того, як претензія перевищить поріг, визначений у вигляді фіксованої суми [62]. Застереження про *de minimis* дозволяє уникнути великої кількості судових спорів між сторонами через незначні суми.

Концепція «кошика» (*basket*) застосовується поряд із принципом *de minimis* і спрямована на обмеження обсягу відповідальності продавця шляхом встановлення певного грошового порогу, до досягнення якого покупець не має права вимагати компенсацію. Суть кошика полягає в тому, що покупець може звертатися з вимогами про відшкодування лише після того, як саме сукупна сума збитків, що підлягають покриттю, перевищить попередньо погоджений грошовий ліміт [51, с. 203]. На практиці поширені дві основні моделі кошика:

1. Повний кошик ("*tipping basket*") – після досягнення грошового порогу продавець несе відповідальність за всю суму збитків, включаючи ті, що були понесені до перевищення кошика. Іншими словами, коли «кошик переповнюється», покупець отримує відшкодування в повному обсязі, ніби межі не існувало.

2. Вираховуваний кошик ("*deductible basket*") – продавець відшкодовує лише ту частину збитків, яка перевищує розмір кошика. У цьому випадку кошик працює як франшиза (аналогічно до страхування): невелика частина збитків залишається на ризику покупця [62].

Обґрунтуванням кошика є ймовірність дрібних помилок, і сторони повинні заздалегідь домовитися про те, що жодній зі сторін не потрібно витрачати час і кошти на врегулювання дрібних претензій. Також презюмується, що незначні проблеми є передбачуваною частиною економіки угоди для покупця [63, с. 235].

Ще одним ключовим механізмом обмеження відповідальності продавця у договорах злиття та поглинання є встановлення верхньої межі відповідальності (*cap*) – максимальної суми, в межах якої продавець може бути притягнутий до відповідальності за порушення warranties або інших договірних положень, зокрема положень про *indemnities*. Такий ліміт забезпечує прогнозованість та

контрольованість ризиків для продавця, дозволяючи йому чітко оцінити потенційні наслідки порушень.

У типовій транзакції передбачаються різні рівні ліміту відповідальності залежно від характеру претензії. Зокрема, за фундаментальними warranties cap зазвичай дорівнює повній вартості угоди. Це обумовлено тим, що порушення таких warranties здатне поставити під сумнів саме існування переданого об'єкта або правомірність транзакції. За звичайними (бізнесовими) warranties, які охоплюють фінансові, податкові, трудові, екологічні, операційні тощо аспекти цільового бізнесу, верхня межа відповідальності є значно нижчою – зазвичай вона становить від 10% до 50% від купівельної ціни, залежно від юрисдикції, практики і переговорної позиції сторін. Наприклад, у Швейцарії ліміт відповідальності часто не перевищує 50% від ціни угоди, тоді як у Сполучених Штатах Америки він наближається до 100% [64, с. 336].

Рідко коли продавець погоджується на обмеження відповідальності, що перевищує ціну придбання, але це може бути доречним за обмежених обставин. Наприклад, такий підхід може бути виправданий, якщо:

- покупець бере на себе відповідальність за кредиторів бізнесу; або
- ціна придбання є номінальною сумою, і відомо, що покупець надасть негайне фінансування цільовому бізнесу; або
- ціна придбання значно знижена [65].

Варто наголосити, що у випадках умисного порушення або обману (fraud) інструменти обмеження відповідальності не застосовується, і збитки мають бути відшкодовані в повному обсязі [62].

Так у справі *Cardamon Limited v MacAlister and another* відповідач, конгломератна організація, вів переговори про продаж килимової компанії позивачу. Під час переговорів про продаж компанії відповідач заявив, що у звітності буде одноразова витрата в розмірі 120 000 фунтів стерлінгів, але ця сума розподіляє витрати на складання звітності на два роки, а не списує їх повністю. Договір купівлі-продажу також містив пункт, який стверджував, що

позивач підтверджує, що він не укладав угоду на підставі будь-яких заяв чи warranties, зроблених відповідачем. Позивач подав позов про недбале спотворення інформації на тій підставі, що заява відповідача щодо звітності була неточною, і відповідач спробував посилатися на обмежувальне застереження в угоді між сторонами. Суд дійшов до висновку, що обмеження покупця в засобах правового захисту у зв'язку з шахрайським спотворенням продавцем інформації, що передувало укладенню договору, є недійсним та не може застосовуватися [66].

Ця справа ще раз підкреслила основоположний принцип, сформульований лордом Денінгом у справі *Lazarus Estates v Beasley*:

Жоден суд у цій країні не дозволить особі зберегти перевагу, отриману шахрайським шляхом. Жодне судове рішення, жоден наказ міністра не можуть залишатися в силі, якщо вони були отримані шахрайством. Шахрайство руйнує все. Суд пильно стежить, щоб не визнати шахрайство, якщо воно не було чітко заявлене та доведене; але якщо воно доведено, то воно знецінює судові рішення, договори та всі без винятку угоди [...]. Тому я вважаю, що якщо ця декларація виявиться неправдивою та шахрайською, вона є нікчемною та недійсною, і орендодавці не зможуть вимагати збільшення орендної плати на її підставі [67].

Незважаючи на те, що продавець не має права обмежувати свою відповідальність за власні шахрайські дії, він все ж може обмежити відповідальність у випадках, коли надана ним warranty ґрунтувалася на інформації, отриманій від третьої особи (наприклад, агента або працівника продавця), яка виявилася неправдивою унаслідок шахрайських дій саме цієї третьої особи. У таких випадках відповідальність продавця може бути обмежена, за умови, що він сам не діяв недобросовісно.

Також важливо розуміти наслідки шахрайського спотворення інформації, що було детально розглянуто Апеляційним судом Англії та Уельсу у справі *Glossop Cartons and Print Ltd v Contact (Print and Packaging) Ltd*. У цій справі йшлося про купівлю компанією Glossop бізнесу Contact за 1,2 млн фунтів стерлінгів, з яких 900 000 фунтів становила вартість активів (устаткування, машини, запаси, незавершене виробництво), а 300 000 фунтів – гудвіл. Незважаючи на те, що всі сторони знали про збитковість бізнесу та наявність

невигідних контрактів, покупці погодилися сплатити премію, сподіваючись на синергію з власним бізнесом.

Згодом, після виявлення низки шахрайських спотворень, вчинених продавцем і його власником, покупці звернулися до суду. Суд першої інстанції застосував метод «відрахування» (*deduction approach*), зменшивши ціну купівлі на суму, яка відповідала недолікам, що були або враховані покупцями при укладенні угоди, або стали наслідком їхніх власних комерційних помилок. Однак Апеляційний суд визнав такий підхід неправильним, підкресливши, що оцінка прямих збитків у випадку шахрайства має базуватися на різниці між ціною, фактично сплаченою за активи, та їх ринковою вартістю на дату укладення угоди – незалежно від будь-яких суб'єктивних очікувань чи припущень покупця.

Суд підтвердив, що 900 000 фунтів – об'єктивна ринкова вартість активів, а решта 300 000 фунтів, сплачених як гудвіл, підлягає відшкодуванню. Крім того, суд відкинув тезу про те, що попереднє знання покупця про певні дефекти виключає можливість відшкодування у випадку шахрайства [68].

Таким чином, усталеною є правова позиція, відповідно до якої особа, що вчиняє шахрайство, несе відповідальність за всі наслідки своїх дій, незалежно від їхньої передбачуваності чи віддаленості.

Ще одним важливим аспектом у межах регулювання відповідальності є строк для пред'явлення вимог. У разі відсутності спеціальної домовленості між сторонами, відповідно до *Limitation Act 1980* загальний строк для подання позову про порушення warranty становить шість років – якщо договір укладено в простій письмовій формі, та дванадцять років – якщо угоду оформлено в особливій формі (*deed*) [69].

Тож, у договір купівлі-продажу також зазвичай передбачається, що будь-які вимоги покупця за порушення warranty або настання випадків для компенсації за *indemnity* обмежуються певним строком, та продавець не несе відповідальності після закінчення певного періоду. Залежно від переговорної позиції сторін, це може бути від одного до трьох років, причому для податкових

warranties часто встановлюється довший строк позовної давності (іноді до шести років у зв'язку з довшим строком позовної давності у випадках порушення правил трансфертного ціноутворення). Оскільки виявлення неправдивості деяких видів warranties може бути складнішим або повільнішим, на певні питання, включаючи право власності, податки та охорону навколишнього середовища, можуть встановлюються довші строки [64, с. 329].

Важливим аспектом обмеження відповідальності є визначення збитків. Так продавець, як правило, хоче обмежити будь-яку вимогу про відшкодування збитків прямими збитками, які природно випливають з порушення договору або перебувають у полі зору сторін. Основоположною справою у цьому аспекті є справа *Hadley v Baxendale*, у якій суд зазначив: «коли дві сторони уклали договір і одна з них його порушила, збитки, які інша сторона може вимагати за таке договірне порушення, мають бути такими, що справедливо і розумно виникають природно, тобто, відповідно до звичайного стану справ, з подібного порушення договору, або такими, що розумно можуть вважатися взятими сторонами до уваги під час укладення договору як вірогідний результат його порушення» [70].

Водночас, покупець намагатиметься розширити характер збитків, що підлягають відшкодуванню, включивши до них опосередковані збитки (упущену вигоду, моральну шкоду тощо).

Продавець повинен наполягати на включенні до договору положення, яке передбачає, що будь-які претензії щодо порушення warranties, повинні бути повідомлені покупцем негайно після того, як йому стало відомо (або мало стати відомо) про порушення або потенційне порушення, та вважаються відхиленними, якщо покупець не подасть та не вручить відповідний судовий позов щодо такої претензії протягом визначеного строку після направлення повідомлення [65].

Метою таких положень є захист продавця від ситуації, коли він протягом усього строку позовної давності залишається під загрозою судового переслідування за повідомлену, але не вжиту належним чином претензію. Водночас строк, протягом якого має бути подано позов, зазвичай є предметом

переговорів. Його не слід встановлювати занадто коротким, щоб не створити ризику формального відхилення обґрунтованих вимог і, як наслідок, – ініціювання превентивних судових процесів виключно з метою дотримання процесуальних строків.

Англійські суди неодноразово наголошували на важливості суворого дотримання договірної процедури повідомлення, що слугує основою комерційної визначеності. Важливим прикладом є справа *Zayo Group International Ltd v Ainger and others*, у якій Високий суд розглядав питання належного повідомлення про порушення warranties у договорі купівлі-продажу акцій.

У цій справі договір передбачав, що будь-які вимоги щодо порушення warranties мають бути пред'явлені протягом 18 місяців з дати укладення договору, а пункт 12 договору чітко визначав допустимі способи вручення повідомлень, зокрема особисту доставку або доставку спеціальним кур'єром за вказаними адресами. Хоча всі відповідачі, окрім одного (п'ятого), були повідомлені в останній день встановленого строку, повідомлення не було доставлено п'ятому відповідачу, оскільки вона більше не проживала за зазначеною адресою. Позивач стверджував, що вжиття розумних заходів для доставки повідомлення має бути достатнім, якщо сторона не повідомила про зміну адреси. Суд не погодився з цим аргументом, зазначивши, що договір не містить положення, яке дозволяло б врахування таких «розумних зусиль».

Ключовим у рішенні стало те, що додаток 6 до договору вимагав повідомлення всіх продавців-керівників для притягнення будь-кого з них до відповідальності. Отже, неналежне вручення повідомлення одному з відповідачів позбавило сили всю претензію. Суд відхилив усі позовні вимоги [71].

Не менш значущим у контексті порядку надання повідомлень є рішення у справі *Dodika Ltd & Ors v United Luck Group Holdings Ltd*. У цьому рішенні розглядався договір купівлі-продажу акцій холдингової компанії, що належала

групі продавців, який передбачав податкове indemnity, відповідно до якого продавці зобов'язувалися відшкодувати будь-які нерозкриті податкові зобов'язання компаній групи. При цьому договір містив умову про те, що для реалізації права на відшкодування покупець повинен надати письмове повідомлення, яке містить достатньо детальний опис підстав вимоги, її характер та, наскільки можливо, очікувану суму відшкодування.

У цій справі покупець дійсно надіслав повідомлення, в якому інформував про розслідування податкового органу Словенії щодо практики трансфертного ціноутворення, у якому була задіяна одна з компаній групи. Повідомлення включало опис ходу розслідування та хронологію подій. Проте суд дійшов висновку, що таке повідомлення не відповідало вимогам договору, оскільки не містило достатньо конкретних обставин, на які спирався покупець у своїй вимозі. Таким чином, повідомлення не створювало належної договірної підстави для вимоги відшкодування відповідно до податкового indemnity [72].

Продавець також може наполягати на включенні до договору купівлі-продажу низку додаткових положень, що обмежують його відповідальність, зокрема:

- Положення про ведення претензій (Conduct of Claims).

Це положення зазвичай збалансовує інтереси продавця та покупця у випадку претензій третіх осіб, пов'язаних із порушенням warranties або indemnities. У такому випадку продавці прагнуть мати контроль або брати участь у врегулюванні таких претензій, щоб мінімізувати потенційні збитки та захистити свої інтереси, тоді як покупець зацікавлений у збереженні репутації та гудвілу придбаного бізнесу. Тому сторони можуть передбачити в договорі купівлі-продажу, що на прохання продавця покупець дозволяє йому взяти на себе ведення справи в суді за позовом третіх осіб від імені компанії через своїх представників і за власний рахунок. Водночас покупець прагнучиме контролювати цей процес та вимагати погодження процесуальних дій з ним. Якщо все ж справу вестиме продавець, покупець зобов'язаний забезпечити, що

компанія надаватиме всю необхідну інформацію, документи, доступ до приміщень, рахунків тощо. Крім того, зазвичай передбачається, що покупець не повинен і має забезпечити, щоб компанія не визнавала відповідальність і не укладала мирових угод без попередньої письмової згоди продавця [73].

- Запобігання подвійному відшкодуванню (No Double Recovery).

Положення про відсутність подвійного відшкодування полягає в тому, щоб унеможливити отримання покупцем компенсації за одні й ті самі збитки більше ніж один раз, навіть якщо теоретично існує кілька потенційних джерел такої компенсації. Це положення зазвичай передбачає, що покупець не має права пред'являти вимоги до продавця, якщо він уже отримав компенсацію за відповідні збитки за рахунок страхового покриття (наприклад, warranty & indemnity insurance) або від третьої сторони (наприклад, контрагента цільової компанії), або такі збитки були відшкодовані у рамках інших договірних механізмів, передбачених у договорі купівлі-продажу чи пов'язаних документах (наприклад, через коригування купівельної ціни). Такий підхід базується на принципі справедливості та недопущення необґрунтованого збагачення (unjust enrichment), відповідно до якого покупець не повинен опинятись у вигіднішому становищі, ніж якби збитки взагалі не настали [39].

- Ігнорування дій покупця після завершення угоди (No Post-Completion Buyer Acts).

Це положення має на меті обмежити або виключити відповідальність продавця за будь-які претензії, що виникають виключно внаслідок дій або рішень покупця після дати завершення угоди. Такими діями можуть бути, наприклад, зміна облікової політики або методів оцінки активів; реструктуризація бізнесу, нові ділові рішення, які впливають на фінансові показники або зобов'язання цільової компанії; використання або розголошення інформації, яка раніше була конфіденційною тощо. Доцільність такого положення полягає у захисті продавця від штучного або навмисного створення покупцем ситуацій, які можуть призвести до виникнення претензій або вимог до продавця. Іншими словами,

продавець не має нести відповідальність за наслідки дій, які вийшли за межі його контролю після передання бізнесу новому власнику. Водночас, для забезпечення балансу інтересів сторін, такі положення зазвичай містять виняток: вони не застосовуються у випадках, коли дії покупця були викликані або необхідні для дотримання юридично обов'язкових зобов'язань, взятих на себе продавцем або компанією до дати завершення угоди [65].

- Обмеження відповідальності питаннями, що виникли під час володіння продавця (Pre-Completion Period Liability).

Це положення обмежує відповідальність продавця лише тими питаннями, що виникли в період, коли він фактично володів компанією та контролював бізнес. Продавець, особливо у випадках короткострокового володіння або придбання компанії з метою її подальшого перепродажу (наприклад, у структурі private equity), не мав впливу на дії та стан компанії до моменту набуття ним контролю. Відповідно, він не може нести відповідальність за порушення, зобов'язання чи ризики, які виникли або сформувалися до набуття ним прав на компанію. Обґрунтованість такої позиції посилюється ще й тим, що під час укладення договору продавець надає warranties лише в межах свого знання або контролю, що фактично обмежується відповідним періодом володіння [65].

- Ігнорування змін у законодавстві (Changes in Law).

Це положення покликане обмежити відповідальність продавця за обставини, що виникають виключно внаслідок змін у нормативно-правовому регулюванні після дати укладення або завершення угоди (completion). Йдеться про ситуації, коли після передачі об'єкта угоди покупцю змінюється законодавство (податкове, екологічне, трудове, тощо), що призводить до додаткових витрат або обов'язків для покупця, яких не існувало на момент укладення або завершення угоди. Продавець, не маючи впливу на законодавчі ініціативи чи зміни, природно не бажає нести відповідальність за такі події, оскільки вони є форс-мажорними по суті, тобто зовнішніми і непередбачуваними з його боку. З цієї причини подібні положення виключають можливість подання

претензій до продавця щодо відшкодування за порушення warranties та indemnities, якщо основою таких претензій є зміна нормативного середовища після дати укладення або завершення угоди [74].

Окрему увагу слід приділити ситуаціям, коли покупець у перспективі планує передати предмет купівлі іншій особі. У таких випадках покупець зазвичай наполягає на включенні до договору положення, яке дозволяє передачу вигоди від warranties, тобто – передбачає можливість звернення з претензією до продавця не лише первісним покупцем, а й іншою особою, якій передано відповідні права. Продавець, своєю чергою, може виступати проти надто широкої передачі таких прав, вважаючи укладену угоду персоналізованою домовленістю, яка пов'язує його винятково з конкретним покупцем. На практиці продавці іноді погоджуються дозволити передачу вигоди лише іншим учасникам групи компаній покупця, проте зазвичай заперечують проти розширення сфери відповідальності на сторонніх осіб, які не брали безпосередньої участі в укладенні угоди. Якщо ж передача вигоди все ж дозволяється, слід враховувати засадничий принцип англійського права справедливості (equity), відповідно до якого цесіонарій (набувач права вимоги) не може мати кращого становища, ніж цедент (особа, що передала таке право). Тобто новий бенефіціар warranties не може пред'явити вимоги до продавця в обсязі, що перевищує той, на який мав право первісний покупець [65].

* * *

На підставі аналізу практики застосування warranty та indemnity у трансакціях злиття та поглинання, а також стратегій обмеження відповідальності сторін, сформульовано такі висновки:

1. Warranties в угодах злиття та поглинання можуть класифікуватися на фундаментальні (fundamental warranties) та звичайні. Фундаментальні warranties охоплюють ключові для покупця аспекти (зокрема, право власності на акції

(частки, корпоративні права)) та, як правило, не підпадають під дію стандартних обмежень відповідальності продавця, зокрема, щодо строків пред'явлення вимог, застосування концепції розкриття тощо. Звичайні warranties стосуються загальних питань діяльності цільової компанії.

2. Для обмеження обсягу warranties сторони часто використовують кваліфікатори, зокрема щодо суттєвості (materiality) та знань/обізнаності (knowledge/awareness). Поняття обізнаності (awareness) може включати не лише фактичні знання, але й усвідомлення наслідків відповідних обставин, а також вимогу щодо проведення належного дослідження перед наданням warranties. Поняття суттєвості (materiality) може виражатися через грошові пороги або інші критерії розумності.

3. Концепція розкриття інформації (disclosure) надає продавцеві можливість звільнення від відповідальності за warranty у випадку, якщо відповідна інформація була належним чином розкрита покупцю до укладення/закриття угоди. При цьому зміст і якість розкриття оцінюються за домовленими стандартами – такими як справедливість (fair), повнота (full), точність (accurate) та вичерпність (complete).

4. З метою обмеження відповідальності за warranties та indemnities сторони, переважно продавець, можуть використовувати різноманітні такі договірні механізми:

- a. встановлення порогів відповідальності (типу de minimis, basket, cap);
- b. обмеження строків пред'явлення вимог;
- c. виключення непрямих або опосередкованих збитків (indirect/consequential losses);
- d. запровадження положень щодо уникнення подвійного відшкодування, обмеження впливу дій покупця після closing, фіксації часових меж відповідальності, врахування законодавчих змін, а також визначення процедур розгляду претензій і судових спорів.

Отже, зазначені правові інструменти дозволяють сторонам ефективно структурувати та обмежити ризики, забезпечити більшу юридичну визначеність і стабільність виконання трансакційних зобов'язань.

РОЗДІЛ 3.

АНАЛОГИ КОНЦЕПЦІЙ WARRANTY ТА INDEMNITY В ПРАВІ УКРАЇНИ

3.1. Концепція warranty в праві України

Концепції warranty та indemnity історично виникли в межах загальної правової системи. Втім, завдяки своїй практичній ефективності та гнучкості, ці правові конструкції поступово знаходять застосування і в країнах континентального права. На важливості адаптації цих інститутів до українського правового середовища наголошують і вітчизняні науковці, які вбачають у них дієвий інструмент для договірного розподілу ризиків [75, с. 54].

У 2021 році Україна здійснила перші кроки до імплементації концепції warranty та indemnity у своє законодавство. Так, Законом України «Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні» № 1667-IX від 15.07.2021 (далі - Закон про Дія Сіті) [76] передбачено можливість для резидентів Дія Сіті використовувати запевнення та вимагати виплати компенсацій у порядку, передбаченим статтями 25 (Компенсація) та 32 (Запевнення та компенсація) цього Закону про Дія Сіті, а також доповнено Цивільний кодекс України (далі – Цивільний кодекс) статтею 650-1 (Запевнення щодо договору) [77].

Автори закону у пояснювальній записці до цього Закону зазначали, що у Цивільному кодексі вже є норма, а саме стаття 230 Цивільного кодексу, про правові наслідки укладення угоди, в якій одна сторона ввела в оману іншу сторону щодо істотних обставин. Однак, дана норма (i) передбачає умисел сторони, (ii) не надає сторонам право самостійно визначити, які обставини для них істотні, оскільки поняття істотних обставин закріплює стаття 229 Цивільного кодексу, (iii) зобов'язує суд визнати таку угоду недійсною і не дає сторонам права

домовиться про інше заздалегідь, наприклад відшкодування збитків, і, зважаючи на це, ця норма вважається «мертвою», а успішних кейсів за цією статтею практично немає [78].

До прийняття Закону про Дія Сіті сторони у договорах купівлі-продажу частки в статутному капіталі товариства, як правило, керувалися принципом свободи договору. У межах цього підходу продавець часто надавав гарантії щодо достовірності певних обставин, зокрема про повну сплату внеску до статутного капіталу товариства. Водночас питання відповідальності за порушення таких гарантій залишалося за межами детального договірного врегулювання, і застосовувалися загальні правові наслідки порушення зобов'язання, передбачені статтею 611 Цивільного кодексу.

У цьому аспекті окрему увагу заслуговує правова позиція, викладена в постанові Касаційного господарського суду Верховного Суду від 21.02.2024 у справі № 925/185/23. У цій справі суд дійшов висновку, що дії позивачів, які, продавши свої частки та надавши гарантії щодо повної сплати внесків до статутного капіталу, згодом звернулися з позовом про визнання договорів недійсними на підставі фактичного невнесення внесків, є проявом суперечливої та недобросовісної поведінки. Суд підкреслив, що несплата внесків на момент відчуження часток не порушує прав самих позивачів, а тому підстав для визнання оспорюваних договорів недійсними немає [79]. Такий висновок не лише акцентує на значенні принципу добросовісності у договірних відносинах, а й фактично формулює додатковий наслідок порушення гарантії: сторона, яка надала гарантію, не може згодом посилатися на недійсність договору з підстави, відсутність якої вона сама й гарантувала.

Втім, така концепція гарантії мала суттєвий недолік: вона розглядалася як класичне зобов'язання, і тому для притягнення сторони до відповідальності за її порушення необхідно було доводити наявність усіх елементів цивільного правопорушення, передбачених законодавством, що, своєю чергою, не цілком узгоджується з класичним розумінням warranty.

Також виникало досить спірне питання: чи можна стягувати збитки, якщо запевнення не пов'язане з неналежним виконанням зобов'язання за договором. Наприклад, обумовити право вимагати відшкодування збитків відкладальною обставиною не завжди можливо, так як відкладальною може бути тільки та обставина, щодо якої невідомо, настане вона чи ні. Водночас деякі запевнення можуть бути неправдиві вже в момент їх надання. Також наявність права на стягнення збитків не звільняє постраждалу сторону від обов'язку доводити розмір таких збитків і причинно-наслідковий зв'язок між обставинами і збитками [78].

Практикуючі юристи Я. Павлюк та А. Корнута наголошують, що зміни, запроваджені Законом про Дія Сіті потрібні та вони дозволять покращити регулювання корпоративних відносин, зокрема, через використання запевнень. Правники стверджують, що механізм запевнень дуже важливий, оскільки особа при укладенні договору з контрагентом покладається на надану їй інформацію про статус контрагента та об'єкт договору. При цьому юристи підкреслюють, що наслідком порушення запевнення, за загальним правилом, буде обов'язок відшкодувати збитки, які виникли через таке порушення, однак сторони можуть передбачити й інші наслідки, зокрема право розірвати договір у випадку порушення запевнення. Оскільки розірвання договору як спосіб захисту сторони більше притаманне концепції *representation*, можна говорити, що Закон про Дія Сіті імплементує обидві концепції *warranty* та *representation* в українське законодавство [80].

У цьому аспекті, В. Теремецький та Н. Гуц пропонують змінити формулювання статті 650-1 ЦК, об'єднавши запевнення та гарантії в єдину категорію «запевнення та гарантії при укладенні цивільно-правового договору» [81, с. 275].

Не зовсім можу погодитися, з думкою дослідників. Як було описано вище, *warranty* та *representation* мають різну правову природу, зокрема на чому наголошується і в судовій практиці англійських судів. Запропонована редакція

статті 650-1 Цивільного кодексу відображає скоріше концепцію representation – тобто заява сторони щодо певної обставини, на яку покладається інша сторона, з наслідками правопорушення, які притаманні саме warranty – відшкодування збитків.

У правовій літературі можна зустріти тлумачення інституту запевнень як одного зі способів забезпечення виконання зобов'язань [82, с. 32]. На думку автора цієї роботи, таке розуміння є концептуально хибним і не відповідає змісту, який закріплено у законодавстві. Запевнення не виконує функції забезпечення зобов'язання в сенсі гарантії його належного виконання або застосування санкцій у разі порушення, як це передбачено для класичних способів забезпечення (неустойки, поруки тощо). Натомість запевнення покликане сформулювати у сторони певне уявлення та впевненість щодо наявності або відсутності визначених обставин чи фактів. Інакше кажучи, запевнення не забезпечує саме виконання зобов'язання, а лише створює очікування щодо певних фактів або стану речей, на наявність яких покладається сторона укладаючи відповідний правочин.

Аналізуючи нововведення Закону про Дія Сіті, В. Теремецький та Н. Гуц стверджують, що «зміст запевнення може включати: твердження про наявні факти, документи, можливі дії; вони повинні бути реальними; відповідальність за порушення запевнення. У цивільно-правовому договорі запевнення можуть стосуватися: типу, виду, якості товару, його місця знаходження, наявності активів». Науковці зауважують, що запевнення повинно стосуватися виключно предмета договору та не виходити за його межі [81, с. 273-274].

Не зовсім погоджуюся з таким обмежувальним тлумаченням статті. Так, стаття оперує «обставинами, які мають значення для укладення, виконання або припинення такого договору». Стаття 627 Цивільного кодексу передбачає свободу договору, а тому сторони можуть на власний розсуд визначити, які обставини мають значення для укладення, виконання або припинення такого договору. У цьому аспекті виникає риторичне питання: чи включали б сторони у

договір, складений у письмовій формі, запевнення щодо обставин, які не мають істотного для них значення? Таким чином, сторони мають бути вільними у виборі переліку запевнень, які надаються однією зі сторін, не обмежуючись предметом договору.

Варто зазначити, що частково концепція warranty була присутня в українському законодавстві ще давно. Так, у статті 673 Цивільного кодексу передбачено вимоги до якості товару, яку сторони можуть погодити у договорі. У свою чергу, стаття 678 Цивільного кодексу передбачає способи захисту постраждалої сторони: пропорційне зменшення ціни, усунення недоліків, відмова від договору та повернення сплачених коштів або заміна товару. Як бачимо, способи захисту відрізняються від тих, що запропоновані для запевнень. Однак ці статті розміщені у главі Цивільного кодексу щодо купівлі-продажу, що суттєво зменшує потенціал їх застосування та обмежувало можливості використовувати такі механізми у інших договорах.

У літературі запевнення щодо договору також розглядалися в контексті переддоговірних відносин, а їх законодавче закріплення, на думку окремих науковців, впроваджує відповідний механізм захисту саме в межах таких відносин [83, с. 62-63]. Втім, на думку автора цієї роботи, запевнення за своєю природою є договірним інструментом, що ґрунтується на волевиявленні сторін. Відтак, використання запевнень не може розглядатися як окрема категорія переддоговірних зобов'язань, а спори щодо них слід кваліфікувати як договірні, а не переддоговірні.

У правовій літературі існує позиція, згідно з якою інститут запевнень змінює класичне розуміння структури укладення договору, додаючи нові проміжні етапи. Зокрема, такий підхід передбачає шість послідовних стадій: (1) переддоговірні контакти сторін (переговори), (2) отримання запевнень та гарантій, (3) їх розгляд, (4) формування та направлення оферти, (5) розгляд оферти, (6) акцепт оферти [84, с. 179]. Водночас незрозумілим залишається, чому запевнення не розглядаються як елемент оферти – адже оферент може

прямо зазначити, що його згода на укладення договору зумовлена певними фактичними обставинами, підтвердження яких очікується від сторони, що акцептує. Зокрема, у практиці можна зустріти реалізацію такого підходу – наприклад, у публічній оферті Приватної установи «Університет «Київська школа економіки» на укладення договору про надання освітніх послуг у сфері вищої освіти, яка містить вимогу щодо підтвердження певних обставин як умови укладення договору [85].

Зважаючи, на те, що Закон про Дія Сіті було ухвалено відносно нещодавно, судова практика, що стосується питань запевнень, залишається обмеженою. У зв'язку з цим доцільним видається здійснити огляд наявної судової практики з метою з'ясування того, наскільки суди на сучасному етапі усвідомлюють і коректно тлумачать правову природу інституту запевнень.

Єдине на сьогодні рішення найвищої судової інстанції України, в якому здійснено аналіз концепції запевнень, є постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду у справі № 759/18856/19. У цій справі предметом розгляду був спір щодо поділу майна подружжя. В контексті розгляду Верховний Суд висловив низку важливих правових позицій щодо застосування концепції запевнень у договірних відносинах:

1. Парламент на рівні ЦК вніс застосування конструкції запевнень сторонами договору. Вони можуть бути досить різноманітними: запевнення щодо сторони договору, осіб які діють від її імені, пов'язаних осіб; запевнення про обставини, що правову «долю» договору (зокрема, щодо переважного права, щодо згоди іншого з подружжя; запевнення стосовно майна права на яке переходять на підставі договору.

2. Неправдивість запевнень у відносинах між сторонами договору, в якому містяться ці запевнення, може зумовлювати: (а) відшкодування стороні, яка покладалася на такі запевнення, збитків, завданих у зв'язку з неправдивістю таких запевнень, або (б) настання інших наслідків передбачених договором.

3. Законодавець не визначив правових наслідків для тієї ситуації, якщо інші суб'єкти покладаються на відповідні запевнення (зокрема, при поділі майна подружжя).

А тому у цій справі суд застосував доктрину *venire contra factum proprium* (заборона суперечливої поведінки). Відповідно до цієї доктрини, поведінка вважається несумлінною, якщо вона суперечить попереднім заявам або діям особи, за умови, що інша особа, діючи собі на шкоду, обґрунтовано поклалася на ці заяви або дії [86]. Таким чином, одним із можливих правових наслідків для ситуацій, коли треті особи покладаються на запевнення, є застосування принципу *venire contra factum proprium*.

У справі № 464/6924/23 позивач звернувся до суду з позовом до приватного акціонерного товариства "Львівський іподром" про відшкодування матеріальних збитків та моральної шкоди. Позивач стверджував, що 5 червня 2023 року уклав з відповідачем договір купівлі-продажу галереї на території Львівського іподрому, згідно з яким кошти позивач зобов'язався сплатити до 1 жовтня 2023 року, об'єкт буде переданий в розпорядження позивачу шляхом передачі ключів до 1 жовтня 2023 року. Також у договорі було зазначено, що незастережних недоліків, які значно знижують цінність або можливість використання за цільовим призначенням вказаного приміщення, немає, від покупця не приховано обставин, які мають істотне значення; приміщення, яке є предметом даного договору, на момент його укладання, нікому інше не продане, не подароване, як внесок до статутного капіталу юридичних осіб не передане, не відчужене іншим способом, не заставлене, не передане в іпотеку, в спорі і під заборонаю, арештом не перебуває, щодо нього не ведуться судові спори, обтяжень щодо нього не встановлювалось. Однак згодом позивач дізнався, що щодо цієї галереї вже тривав судовий процес про скасування державної реєстрації права власності, ініційований Фондом державного майна України.

Сихівській районний суд м. Львова, з яким погодився і Львівський апеляційний суд, зазначив, що у договорі купівлі-продажу відсутні запевнення

відповідача у розумінні вимог частини першої статті 650-1 Цивільного кодексу, оскільки запевнення у розумінні вимог цього кодексу це твердження про факти, що відносяться до минулого або теперішнього та не мають характеру правочину [87].

На думку автора цієї роботи, не зовсім зрозуміло, чому суд прийшов до висновку, що зазначені положення не відповідають визначенню запевнень, передбаченому частиною 1 ст. 650-1 Цивільного кодексу. Сторони домовилися в договорі, зокрема, що щодо предмета купівлі не ведуться судові спори. Однак на момент укладення договору вже було відкрито судове провадження, зокрема від 5 січня 2023 року, у іншій справі. Отже, відповідач надав позивачу неправдиві запевнення стосовно обставин, що мають значення для укладення, виконання або припинення договору та, оскільки сторони інше не передбачили у договорі, відшкодувати позивачу збитки, завдані у зв'язку з неправдивістю таких запевнень.

У справі № 916/2078/23 Господарський суд Одеської області також наголосив, що запевнення це твердження про факти, що відносяться до минулого або теперішнього та не мають характеру правочину, а тому розписка, яка надана відповідачем щодо надання позивачем права користування приміщеннями терміном на 5 років, не може розцінюватися як надані відповідачем запевнення позивачу щодо обставин, які мають істотне значення для укладання купівлі-продажу [88].

Цікаву позицію також висловив Господарський суд Дніпропетровської області у своєму рішенні від 12 листопада 2024 року у справі № 904/3781/24, в якій він відхилив аргументи позивача щодо умов договору про відповідальність. Позивач стверджував, що умови відповідальності були ним прийняті через очікування, що відповідач буде замовляти великі партії продукції. Проте на практиці відповідач замовляв дрібні партії, що призвело до виставлення неустойки на суму, що перевищує борг. Суд зазначив, що ці обставини не є

істотним порушенням договору з боку відповідача або істотною зміною обставин, оскільки сторони не узгодили мінімальний обсяг закупок.

Крім того, суд підкреслив, що обставини, на які посилається позивач щодо обсягів закупок, могли бути врегульовані сторонами відповідно до положень статті 650-1 Цивільного кодексу, що дозволяє сторонам встановити баланс інтересів шляхом погодження запевнень до укладення договору. У зв'язку з цим, вимогу про внесення змін до договору після спливу його строку, коли між сторонами вже відбуваються взаєморозрахунки за поставлену продукцію, не можна вважати своєчасною та справедливою [89].

Таким чином, можемо прослідкувати, що поки суди досить неоднозначно трактують концепцію запевнень, яка закріплена в статті 650-1 Цивільного кодексу.

3.2. Концепція indemnity в праві України

Спроби імплементувати концепцію indemnity в Цивільний кодекс, на жаль, не було. Водночас у Законі України від 17 вересня 2008 року № 514-VI «Про акціонерні товариства», який втратив чинність 1 січня 2023 року, у частині сьомій статті 26-1 було передбачено, що права сторін договору між акціонерами, засновані на такому договорі, у тому числі право вимагати відшкодування завданих внаслідок порушення договору збитків, стягнення неустойки (штрафу, пені), виплати компенсації (фіксованої грошової суми або суми, що підлягає визначенню в порядку, передбаченому договором між акціонерами), застосування інших заходів відповідальності у зв'язку з порушенням договору між акціонерами, підлягають судовому захисту [90].

Таким чином, ще на рівні цього нормативного акту простежувалося прагнення законодавця до часткової імплементції інституту indemnity в українське законодавство. Проте на практиці така імплементція залишалася

декларативною: відсутність належного роз'яснення правової природи компенсації, її відмежування від традиційних форм відповідальності (збитків, неустойки, санкцій), а також чіткого переліку випадків її застосування унеможливлювали ефективне використання цього інструменту у договірних відносинах. Іншими словами, компенсація залишалася згадкою без реального нормативного змісту.

Наразі частина перша статті 25 Закону про Дія Сіті передбачає, що резиденти Дія Сіті при укладенні договорів з іншими резидентами Дія Сіті або третіми особами мають право передбачити виплату компенсації у випадках, визначених статтями 26, 27 та 32 цього Закону, а також в інших випадках, визначених договором. Водночас відповідно до частини другої цієї ж статті розмір компенсації, умови її застосування та порядок виплати визначаються договором.

Відповідно до цих положень, резиденти Дія Сіті мають можливість у договірному порядку визначати будь-який перелік обставин, які становитимуть підставу для виплати компенсації. Суттєвою ознакою таких положень є те, що відповідні обставини не обов'язково повинні свідчити про порушення договірних зобов'язань іншою стороною. Вони можуть включати, зокрема, події чи факти, що не перебувають під контролем сторін.

Варто підкреслити, що до компенсацій, передбачених у договорах резидентів Дія Сіті, не застосовуються положення Цивільного кодексу, які регулюють питання неустойки, відшкодування збитків та застосування санкцій. Це, у свою чергу, дозволяє сторонам вільно визначати суму компенсації, не прив'язуючись до класичної конструкції збитків, передбаченої статтею 22 Цивільного кодексу (реальні збитки та упущена вигода). Крім того, сторони можуть погодити нарахування відсотків на суму компенсації – можливість, яка за загальним правилом виключена у випадку неустойки.

До вимог про компенсацію не застосовується і спеціальна позовна давність тривалістю один рік, встановлена для неустойки; натомість підлягає застосуванню загальний строк позовної давності – три роки.

Також сума компенсації може бути визначена як у фіксованому розмірі, так і у вигляді відсотка від вартості договору або іншого фінансового показника, обраного сторонами за домовленістю, що надає ще більшої свободи сторонам врегулювати свої відносини на власний розсуд.

Важливо наголосити, що у статті передбачено саме виплату компенсації, а не відшкодування збитків. Стаття 22 Цивільного кодексу передбачає умову коли особа, може вимагати відшкодування збитків – збитки завдаються у результаті порушення її цивільного права. В українській доктрині склад правопорушення є класичним і передбачає наявність усіх елементів, необхідних для настання відповідальності: протиправна поведінка, шкода, причинний зв'язок між протиправною поведінкою правопорушника та шкодою, вина – що підтверджується і судовою практикою [91]. Однак для виплати indemnity має значення лише один елемент – настання обставини, передбаченої договором. Тому для виплати компенсації за статтею 25 Закону про Дія Сіті, сторона має довести лише настання визначеної обставини. Варто також звернути увагу на норму частини третьої статті 25 Закону про Дія Сіті, яка прямо передбачає, що погодження в договорі розміру компенсації не позбавляє кредитора права вимагати відшкодування завданих збитків, якщо інше не передбачено таким договором.

У науковій літературі висловлюється думка, що визначення компенсації, передбачене Законом про Дія Сіті, може спричинити труднощі у разі звернення за судовим захистом, оскільки йдеться про певний новий вид відповідальності, що не регламентується Цивільним кодексом [92]. Водночас автор цієї роботи вважає таке тлумачення концепції помилковим. Компенсацію слід розглядати не як окремий вид відповідальності, а як безумовне зобов'язання сторони сплатити визначену грошову суму у разі настання конкретної події. Єдиною необхідною

підставою для настання такого обов'язку є сама подія, незалежно від наявності вини, причинного зв'язку чи інших традиційних елементів складу цивільного правопорушення.

Наразі судова практика щодо застосування концепції компенсації, передбаченої Законом про Дія Сіті, відсутня. Водночас Міністерство цифрової трансформації України демонструє зацікавленість у впровадженні цього механізму, зокрема шляхом включення положень про компенсацію до типових договорів, що оприлюднені в гайді «Резиденство в Дія.City» для ІТ-бізнесів. Так, у шаблоні договору про передачу прав інтелектуальної власності пункти щодо запевнень та компенсації сформульовано наступним чином:

2.8. Автор надає Товариству такі запевнення щодо обставин, які мають значення для укладення та виконання цього Договору:

- 1) створені Об'єкти є, а майбутні Об'єкти будуть оригінальними творами, створеними Автором без використання об'єктів права інтелектуальної власності третіх осіб та без залучення будь-яких інших осіб, окрім завчасно погоджених Товариством об'єктів та осіб;
- 2) без попередньої інформованої згоди Товариства, Автор не включав і не буде включати в Об'єкти або видавати за Об'єкти інтелектуальну власність, створену ним/нею до вступу у [трудові] АБО [договірні] відносини з Товариством або поза [трудовими] АБО [договірними] відносинами;
- 3) Автор не відчужував, не передавав, не ліцензував та не розпоряджався Об'єктами та Правами Інтелектуальної Власності на них будь-яким іншим чином та не буде цього робити в майбутньому; та
- 4) використання Товариством та його правонаступниками Об'єктів не буде порушенням прав інтелектуальної власності третіх осіб.

2.9. У випадку, якщо будь-яке запевнення, наведене у пункті 2.8 цього Договору, є або виявиться неправдивим, Автор зобов'язується на вимогу Товариства сплатити Товариству Компенсацію у розмірі [●] гривень. Термін "Компенсація" вживається у значенні, визначеному у Законі України "Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні" [93].

Таке формулювання є прикладом коректного використання як механізму запевнень, так і механізму компенсації відповідно до логіки Закону про Дія Сіті. У ньому чітко відокремлено правову природу запевнень як попередніх тверджень щодо істотних обставин договору та компенсації як наслідку їх порушення. Проте остаточне тлумачення і правове закріплення цієї конструкції

може бути досягнуто лише в результаті формування сталої судової практики та накопичення реального досвіду її використання в договірній роботі бізнесу.

3.3. Шляхи вдосконалення правового регулювання концепцій warranty та indemnity в Україні

На сьогодні нормативне закріплення концепцій запевнень та компенсації в українському законодавстві має низку проблем.

Перш за все, варто звернути увагу на те, що концепція компенсації наразі прямо передбачена лише для резидентів Дія Сіті, що суттєво звужує потенціал цього інституту та породжує правову невизначеність щодо можливості його застосування іншими учасниками цивільних правовідносин.

Безперечно, стаття 627 Цивільного кодексу закріплює принцип свободи договору, відповідно до якого сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні його умов – за умови дотримання вимог цього Цивільного кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, а також принципів розумності та справедливості. На підставі цієї норми сторони могли б включати положення про компенсацію в договори, навіть не будучи резидентами Дія Сіті, обґрунтовуючи це аналогією закону та реалізацією свободи договору.

Втім, відсутність прямого закріплення у Цивільному кодексі можливості використовувати механізм компенсації створює ризики відмови судів визнавати таке проявлення договірної волі сторін як юридично чинне.

З цього приводу Л. Дорошенко слушно підкреслює щодо необхідності поширення інституту компенсації і у корпоративні відносин. На її думку:

«Ліквідація» унікальних, специфічних способів захисту сторін корпоративного договору, які ефективно спрацьовують на практиці в інших країнах, та практика щодо застосування яких уже напрацьована національними судами, є, на наш погляд, регресним кроком у розвитку корпоративного законодавства, факт чого

потребує негайного усунення цього недоліку в новітньому акціонерному законодавстві [82, с. 34].

Щодо необхідності законодавчого закріплення інституту indemnity, зокрема у сфері укладення договорів купівлі-продажу корпоративних прав, як ефективного інструменту для гарантування прав та інтересів майбутнього учасника або акціонера господарського товариства, наголошують і інші дослідники, такі як Т. Крисань [27, с. 166] та Р. Гуменюк [94, с. 225-226].

Імплементация компенсації як самостійного договірної механізму не лише відповідала б міжнародним зобов'язанням України, а й забезпечила б ефективний захист інтересів сторін без зайвого навантаження на судову систему у частині доведення шкоди.

З огляду на це, доцільним видається доповнення Цивільного кодексу нормою, аналогічною за змістом тій, що міститься в Законі про Дія Сіті, з метою надання можливості усім учасникам цивільних правовідносин використовувати у своїх договорах концепцію компенсації як інструмент договірної врегулювання відносин.

Другим проблемним аспектом є невірна прив'язка компенсації до поняття збитків. Згідно з частиною четвертою статті 25 Закону про Дія Сіті, суд у виключних випадках має право зменшити розмір компенсації, якщо особа, зобов'язана до її сплати, доведе, що сума компенсації перевищує суму фактично завданих збитків іншій стороні договору, за винятком випадків, коли інше прямо передбачено цим Законом.

На думку автора цієї роботи, така прив'язка компенсації до збитків є неправильною та створює суттєві ризики для правозастосування. Як вже зазначалося вище, концепцію компенсації слід тлумачити як безумовне зобов'язання сплатити фіксовану грошову суму у разі настання визначеної події, незалежно від наявності чи розміру фактичної шкоди. Тому зменшення розміру компенсації виключно через те, що збитки були незначними або взагалі відсутні, є концептуально невиправданим.

Вдало у цьому аспекті зазначає Л. Дорошенко:

Особливостями такого заходу відповідальності є те, що, по-перше, компенсація встановлюється за згодою сторін корпоративного договору і не може бути зменшена за розсудом суду. Компенсація визначається шляхом встановлення твердої грошової суми або порядку її визначення. Отже, в тому випадку, коли сторонами обумовлена лише можливість стягнення компенсації без вказівки її розміру або порядку визначення відповідної суми, умова про компенсацію вважається неузгодженою і не може застосовуватися до відносин сторін. Компенсація як спосіб захисту не повинна ототожнюватися з неустойкою, оскільки її розмір, встановлений під час укладення договору, не може бути зменшений. Перевагою застосування такої міри відповідальності є те, що немає необхідності в доведенні наявності збитків. Тобто компенсація може застосовуватися поряд з іншими заходами відповідальності (зокрема стягненням збитків і неустойки). Отже, вона є самостійним видом відповідальності [82, с. 29].

Водночас у цьому контексті доцільно погодитися з підходом, висловленим лордом Аткіном у справі *Beresford v Royal Insurance*, згідно з яким єдиною обґрунтованою підставою для обмеження компенсації може бути випадок, коли бенефіціар сам сприяв настанню відповідної події, що породила зобов'язання зі сплати компенсації [35].

З огляду на це пропонується внести відповідні зміни до статті 25 Закону про Дія Сіті, виклавши відповідну частину у такій редакції: "Суд у виключних випадках має право зменшити розмір компенсації, у разі якщо особа, для якої встановлено зобов'язання щодо виплати компенсації, доведе, що особа, яка може вимагати виплати такої компенсації, умисно сприяла настанню відповідного випадку для сплати компенсації."

Третім проблемним аспектом є недоцільність необхідності доведення вини або необережності у разі порушення запевнень. Частина друга статті 650-1 Цивільного кодексу передбачає, що сторона, яка умисно або з необережності надала іншій стороні неправдиві запевнення щодо обставин, що мають значення для укладення, виконання або припинення договору, зобов'язана відшкодувати збитки, завдані у зв'язку з такою неправдивістю, якщо інше не передбачено договором.

Із зазначеного положення випливає, що для настання відповідальності за порушення запевнень необхідно доводити наявність однієї з форм вини – умислу або необережності. Такий підхід є концептуально хибним, оскільки створює підґрунтя для неоднозначної судової практики, де сторона, яка надала запевнення, може уникати відповідальності, посилаючись на відсутність знань або ненавмисність наданої інформації щодо фактів, які становили предмет запевнень.

Натомість, у класичній моделі warranties відповідальність за їх порушення не залежить від наявності вини – вона є наслідком самого факту порушення warranties (тобто недостовірності або неточності запевнень), незалежно від того, знала сторона про їх хибність чи ні. Такий підхід є більш функціональним, оскільки забезпечує передбачуваний розподіл ризиків між сторонами та знижує можливості для маніпуляцій.

У цьому ж контексті варто звернути увагу на ще одну проблемну прогалину. У чинній редакції Цивільного кодексу та Закону про Дія Сіті концепції запевнень та компенсації не застосовуються у разі настання обставин непереборної сили. Однак, одним із основних завдань інститутів warranties та indemnities у договірному праві є саме розподіл ризиків, у тому числі у зв'язку з настанням форс-мажорних обставин. Надання запевнень є добровільним юридичним актом сторони, яка бере на себе ризик їх відповідності дійсності на момент укладення договору. Таким чином, посилення на положення статті 617 Цивільного кодексу, що передбачає звільнення від відповідальності за порушення зобов'язання у разі настання випадку або непереборної сили, не може вважатися обґрунтованим щодо порушення запевнень або несплати компенсації, оскільки суперечить самій юридичній природі цих зобов'язань.

У цьому аспекті важливо також послатися на основоположну справу Woolworths Group Ltd v Twentieth Super Pace Nominees Pty Ltd atf the Byrns Smith Unit Trust t/as SCT Logistics. У цій справі компанія Woolworths найняла відповідача (SCT) для перевезення товарів, які згодом були пошкоджені

внаслідок сходження потяга з рейок через екстремальні погодні умови. Woolworths звернулася з вимогою про відшкодування збитків відповідно до умов договору перевезення, тоді як SCT заперечила свою відповідальність, посилаючись на положення договору про форс-мажор, яке, на її думку, звільняло її від відповідальності у зв'язку з тим, що пошкодження товарів сталося внаслідок дії непереборної сили.

Особлива увага у цій справі була приділена тлумаченню пункту про форс-мажор, який передбачав, що сторона не несе відповідальності за «будь-яку затримку або невиконання» («any delay or failure to fulfil») зобов'язань, спричинених форс-мажорними обставинами. Суддя Генрі постановив, що дане положення:

спрямоване на звільнення SCT від відповідальності за затримки або збої у виконанні своїх зобов'язань щодо надання Послуг, якщо такі затримки або збої є наслідком Форс-мажорних обставин, але воно не звільняє SCT від ризику та відповідальності щодо Товарів. Основне зобов'язання та відповідальність SCT як особи, що відшкодовує збитки Woolworths згідно з п. 13.1(b) за пошкодження Товарів, відрізняється від зобов'язань SCT як контрагента при виконанні своїх зобов'язань щодо транспортування Товарів, затримка або збій у виконанні яких може призвести до порушення Договору [95].

По суті, суддя Генрі постановив, що положення про форс-мажор діє як механізм перерозподілу відповідальності щодо виконання зобов'язання, яке затримується або якому перешкоджають обставини, що знаходяться поза контролем сторін. Його мета – запобігти кваліфікації такої затримки або невиконання як порушення договору. Проте у випадку пошкодження товару мова йде не про затримку чи неможливість виконання, а про настання наслідків, що породжують окреме, незалежне зобов'язання з відшкодування шкоди, на яке дія застереження про форс-мажор не поширюється.

Ця позиція чітко демонструє, що навіть у разі настання форс-мажору, яка викликає ушкодження товарів або інші негативні наслідки та про який сторони самі чітко домовилися у договорі, контрагент автоматично не звільняється від зобов'язання компенсувати збитки, якщо таке зобов'язання не пов'язане

безпосередньо з можливістю чи неможливістю фізичного виконання первинного зобов'язання.

У зв'язку з цим, пропонується внести зміни до Цивільного кодексу, передбачивши, що до концепцій запевнень та компенсації, положення про обставини непереборної сили (форс-мажорних обставин) не застосовуються, якщо інше прямо не встановлено договором.

Основна ідея, закладена у запропоновані в цьому підрозділі зміни, полягає в розширенні свободи договору та наданні сторонам ефективного, загальновідомого у міжнародній практиці інструменту розподілу договірних ризиків.

Прийняття відповідних змін сприятиме розвитку сучасних договірних відносин в Україні, підвищенню привабливості української юрисдикції для іноземних та внутрішніх інвесторів, а також імплементації найкращих міжнародних практик у національне законодавство. Це, у свою чергу, може стати одним із важливих чинників активізації інвестиційної діяльності та сталого економічного зростання України.

* * *

За результатами аналізу українських аналогів концепцій warranty та indemnity, а саме концепцій запевнення та компенсації, сформульовано такі висновки:

1. Механізм запевнень, передбачений статтею 650-1 Цивільного кодексу, поєднує елементи як концепції representation, так і концепції warranty. При цьому правова конструкція запевнень повинна розглядатися виключно як елемент договірної конструкції, без ототожнення з переддоговірними зобов'язаннями чи видами забезпечення зобов'язань.

2. Конструкція компенсації, передбачена Законом про Дія Сіті, значною мірою відповідає суті indemnity у англійському праві. Така компенсація може сплачуватися незалежно від наявності порушення зобов'язань, охоплюючи

навіть події поза межами контролю сторін. Така модель передбачає розширення принципу свободи договору, дозволяючи сторонам самостійно визначати обсяг компенсації, її умови та підстави.

3. Судова практика України щодо застосування запевнень та компенсацій наразі перебуває на етапі становлення і наразі суди не демонструють єдиного підходу до їх тлумачення та застосування.

4. З метою вдосконалення правового регулювання запевнень і компенсацій пропонується:

а. поширити можливість застосування конструкції компенсації на всіх учасників цивільних правовідносин, а не обмежувати її лише резидентами Дія Сіті;

б. чітко розмежувати компенсацію та збитки як різні правові категорії, аби уникнути зменшення компенсацій судом за правилами стягнення збитків. Натомість доцільно надати судам право у виключних випадках зменшувати розмір компенсації, у разі якщо особа, для якої встановлено зобов'язання щодо виплати компенсації, доведе, що особа, яка може вимагати виплати такої компенсації, умисно сприяла настанню відповідного випадку для сплати компенсації;

с. на рівні закону закріпити, що до концепцій запевнень та компенсації, положення про обставини непереборної сили (форс-мажорних обставин) не застосовуються, якщо інше прямо не встановлено договором.

Таким чином, запровадження та розвиток правових конструкцій, аналогічних warranty та indemnity, у національному законодавстві України є важливим кроком до уніфікації договірної практики та підвищення передбачуваності правових наслідків в угодах злиття та поглинання.

ВИСНОВКИ

На підставі проведеного дослідження нами сформульовані такі висновки і рекомендації:

1. Warranty у угодах злиття та поглинання можна визначити як договірне запевнення, що певна обставина або подія відповідає дійсності на визначений момент часу, зокрема на дату укладення договору, дату закриття угоди (completion/closing) або протягом періоду між цими подіями. У разі порушення warranty, сторона, що її порушила, зобов'язана відшкодувати шкоду, таким чином, щоб інша сторона опинилася у тому ж становищі, в якому вона була б, якби warranty не було порушено.

2. Концепції warranty та representation часто розглядаються як взаємозамінні, але мають різну правову природу та наслідки у разі порушення. Їхня відмінність безпосередньо впливає на доступні засоби правового захисту, методи оцінки збитків та момент, на який ці збитки повинні оцінюватися.

3. Сутність indemnity у угодах злиття та поглинання полягає у безумовному зобов'язанні сторони відшкодувати іншій стороні будь-які збитки, витрати або шкоду, які ця сторона може понести в майбутньому через настання певної події або обставини.

4. Основна відмінність між warranty та indemnity полягає в тому, що warranty стосуються фактів, які існують на момент підписання або закриття угоди, тоді як indemnity охоплюють майбутні події. Крім того, indemnities часто використовуються там, де warranty не можуть забезпечити повне відшкодування збитків, а також вони, зазвичай, не підлягають вимогам зменшення збитків, на відміну від warranty, де потерпіла сторона може бути зобов'язана мінімізувати свої збитки.

5. Warranties можуть поділятися на фундаментальні (fundamental warranties), які стосуються найважливіших обставин для покупця (наприклад, права власності на акції), та звичайні, які охоплюють загальні аспекти діяльності

цільової компанії. Фундаментальні warranties, як правило, виводяться за межі стандартних положень щодо обмеження відповідальності продавця – зокрема, щодо строків пред’явлення вимог, застосування концепції розкриття тощо.

6. Обсяг warranties часто обмежується за допомогою кваліфікаторів, таких як застереження про суттєвість (materiality) та знання/обізнаність (knowledge/awareness). При цьому поняття awareness передбачає не лише наявність знань про певні обставини, а й усвідомлення їх потенційного впливу. Крім того, застереження щодо знань іноді вимагає здійснення певного рівня дослідження (inquiry) перед наданням warranties. Застереження щодо матеріальності, своєю чергою, може бути виражене у формі грошового порогу або оцінки на основі критеріїв розумності.

7. Концепція розкриття (disclosure) передбачає, що продавець не несе відповідальності за порушення warranty, якщо відповідні факти були належним чином розкриті покупцю до укладення/закриття угоди. Якість такого розкриття оцінюється за критеріями справедливості (fair) та/або іншими домовленими стандартами – повноти (full), точності (accurate) та вичерпності (complete). Сторони можуть в угоді детально визначити, яким саме параметрам має відповідати належне розкриття.

8. З метою обмеження обсягу відповідальності за warranties та indemnities сторони, переважно продавець, можуть застосовувати такі механізми:

- a. встановлення порогів відповідальності (de minimis, basket, cap);
- b. обмеження строків для пред’явлення вимог;
- c. звуження поняття збитків до виключно прямих (direct losses);
- d. договірні положення, які виключають подвійне відшкодування, обмежують вплив дій покупця після завершення угоди, фіксують часові межі відповідальності продавця, враховують вплив змін у законодавстві, а також встановлюють процедури ведення судових спорів та врегулювання претензій третіх осіб.

9. Механізм запевнень передбачений статтею 650-1 Цивільного кодексу. Запропонована редакція цієї статті значною мірою відображає концепцію *representation*, тобто заяву сторони щодо певної обставини, на яку покладається інша сторона. Водночас, наслідки порушення запевнень у формі відшкодування збитків більше відповідають природі *warranty*.

10. Запевнення є саме договірним інструментом і не повинні тлумачитися як окремий вид забезпечення виконання зобов'язань або як елемент переддоговірних відносин.

11. У судовій практиці України концепції запевнень і компенсацій лише починають набувати поширення, і наразі суди не демонструють єдиного підходу до їх тлумачення та застосування.

12. Аналог *indemnity* закріплений наразі лише у Законі про Дія Сіті. Запропонована у цьому законі модель спрямована на розширення свободи договору, оскільки сторони мають право самотійно визначати розмір, умови та порядок виплати компенсації, а також перелік обставин, які становитимуть підставу для її сплати. Такі обставини можуть бути незалежними від порушення зобов'язань іншою стороною і включати, зокрема, події чи факти, що не перебувають під контролем сторін. До компенсацій не застосовуються норми Цивільного кодексу, які регулюють неустойку, відшкодування збитків і застосування санкцій, зокрема щодо розміру компенсації, строків позовної давності тощо.

13. Для вдосконалення правового регулювання концепцій пропонується:

а. Розширити можливість застосування конструкції компенсації на всіх учасників цивільних правовідносин, а не лише резидентів Дія Сіті.

б. Розмежувати конструкцію компенсації від поняття збитків, щоб уникнути зменшення компенсацій судом за правилами стягнення збитків. Натомість доцільно надати судам право у виключних випадках зменшувати розмір компенсації, у разі якщо особа, для якої встановлено зобов'язання щодо

виплати компенсації, доведе, що особа, яка може вимагати виплати такої компенсації, умисно сприяла настанню відповідного випадку для сплати компенсації.

с. Закріпити на рівні законодавства, що до концепцій запевнень та компенсації, положення про обставини непереборної сили (форс-мажорних обставин) не застосовуються, якщо інше прямо не встановлено договором.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Sayenko V., Grynysyn M., Corporate M&A 2023. Law and practice. 2023. URL: <https://sk.ua/corporate-m-a-2023-law-and-practice/#:~:text=Most%20M%26A%20deals%20involving%20assets%20in%20Ukraine%20are%20governed%20by%20English%20law> (дата звернення: 08.05.2025).
2. Kagan J., Caveat Emptor (Buyer Beware): What It Is, and What Replaced It. 2024. URL: <https://www.investopedia.com/terms/c/caveatemptor.asp> (дата звернення: 08.05.2025).
3. ING Bank NV v Ros Roca SA (Rev 1) [2011] EWCA Civ 353 (31 March 2011) URL: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2011/353.html> (дата звернення: 08.05.2025).
4. Taylor v Hamer [2002] EWCA Civ 1130. URL: <https://vlex.co.uk/vid/taylor-v-hamer-793074717> (дата звернення: 08.05.2025).
5. Schwarcz, St. L., Representations & Warranties, Fraud, and Risk Shifting: An Analytical Framework. Duke Law School Public Law & Legal Theory Series. 2022. No. 2022-56. 1-35 p., doi: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4256322>.
6. Miller, E. L. Mergers and acquisitions: A step-by-step legal and practical guide. Wiley. 2008. 326 p.
7. Freund J. C., Anatomy of a Merger: Strategies and Techniques for Negotiating Corporate Acquisitions, Law Journal Press, 1977, 559 p.
8. Garner, Bryan A., ed. 2009. Black's Law Dictionary. 9th ed. St. Paul, MN: Thomson Reuters. URL: <https://archive.org/details/blacks-law-9th-edition/page/1724/mode/2up?view=theater> (дата звернення: 08.05.2025).
9. Шумило І. І., М. Г. Карпушина. Труднощі перекладу юридичних термінів англійської мови. Молодий вчений. 2017. № 12. С. 275-278. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/molv_2017_12_65 (дата звернення: 08.05.2025).

10. Montrose J. L., Conditions, warranties, and other contractual terms. *The Canadian Bar Review*. 1937. vol. XV, No. 5. 309-330 p.
11. Griffith S. J., Deal Insurance: Representation & Warranty Insurance in Mergers & Acquisitions, *University of Minnesota Law Review*. 2020. Vol. 104. 1839–1920 p., URL: https://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/973 (дата звернення: 08.05.2025).
12. Warranties and indemnities: acquisitions. *Practical Law*. URL: <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-107-3754> (дата звернення: 08.05.2025).
13. LawWorks, Practice Guide: M&A Transactions. 2020. С. 16. URL: <https://www.lawworks.org.uk/sites/default/files/files/LW-NFPP-C19-CORP-Merger-detailed-guide.pdf> (дата звернення: 08.05.2025).
14. Idemitsu Kosan Co Ltd v Sumitomo Corporation [2016] EWHC 1909 (Comm) (27 July 2016) URL: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2016/1909.html> (дата звернення: 08.05.2025).
15. Lezau M. (2022), The Merger and Acquisition of the Small to Medium Sized Enterprise (“SME”) on an International Stage, a Buyer and Seller’s Guide. *Master’s thesis*. Vienna.
16. Agaoglu C. (2012), Arbitration in merger and acquisition transactions, Problem of consent in parallel proceedings and in the transfer of arbitration agreements in merger and acquisition arbitrations. *Doctor’s thesis*. London.
17. Tilsley G. and Pennington S., US/UK M&A: Warranties. Lewis Silkin LLP, 2024. URL: <https://www.lewissilkin.com/insights/2024/04/04/us-uk-m-a-warranties> (дата звернення: 08.05.2025).
18. Buying a Business – The Role of Warranties and Indemnities in Protecting a Buyer. 2023. URL: <https://www.penningtonslaw.com/news-publications/latest-news/2023/buying-a-business-the-role-of-warranties-and-indemnities-in-protecting-a-buyer> (дата звернення: 08.05.2025).

19. Karsten, C., Malmendier, U., Sautner, Z., M&A Negotiations and Lawyer Expertise. *SSRN Electronic Journal*. 2014. URL: https://eml.berkeley.edu/~ulrike/Papers/Full_Takeover_Negotiations_29oct2014.pdf (дата звернення: 08.05.2025).
20. CBS Inc. v. Ziff-Davis Publ. Co., 553 N.E.2d 997 (N.Y. 1990).
21. Coates J. C., M&A Contracts: Purposes, Types, Regulation, and Patterns of Practice. *Harvard John M. Olin Discussion Paper Series*. 2015. No. 825. 34 p. URL: https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/17743076/Coates_825.pdf?sequence=1&isAllowed=y (дата звернення: 08.05.2025).
22. Karim & Anor v Wemyss [2016] EWCA Civ 27 (28 January 2016) URL: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2016/27.html> (дата звернення: 08.05.2025).
23. Robinson v. Harman (1848) 1 Exch 850 (Jan. 18, 1848). URL: https://www.trans-lex.org/382500/_/robinson-v-harman%C2%A0-1-exch-850/ (дата звернення: 08.05.2025).
24. Ageas (UK) Ltd v Kwik-Fit (GB) Ltd & Anor [2014] EWHC 2178 (QB) (04 July 2014) URL: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2014/2178.html> (дата звернення: 08.05.2025).
25. Harlingdon and Leinster Enterprises Ltd v Christopher Hull Fine Art Ltd [1989] EWCA Civ 4 (15 December 1989) URL: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1989/4.html> (дата звернення: 08.05.2025).
26. Sycamore Bidco Ltd v Breslin & Anor [2012] EWHC 3443 (Ch) (30 November 2012) URL: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2012/3443.html> (дата звернення: 08.05.2025).
27. Крисань Т.Є. Юридичні гарантії фізичних осіб у системі корпоративних правовідносин. *Часопис Київського університету права*. 2012. № 2. С. 162-167. URL: <https://chasprava.com.ua/index.php/journal/issue/download/43/2-2012-pdf> (дата звернення: 08.05.2025).

28. Booth P.J., Problems with contractual indemnities (and how to avoid them). *Victorian Bar*. 2015. 15 p., URL: https://svensonbarristers.com.au/wp-content/uploads/2017/07/Problems_with_Contractual_Indemnities_-_Peter_Booth.pdf (дата звернення: 08.05.2025).
29. Hlaing Z. Ch., Contract of Indemnity. *Journal of the Myanmar Academy of Arts and Science*. 2018. Vol. XVI., No. 8, 219-237 p., URL: [http://www.maas.edu.mm/Research/Admin/pdf/11.%20Dr%20Zar%20Chi%20Hlaing%20\(219-238\).pdf](http://www.maas.edu.mm/Research/Admin/pdf/11.%20Dr%20Zar%20Chi%20Hlaing%20(219-238).pdf) (дата звернення: 08.05.2025).
30. Courtney, W.B. (2011). The Nature of Contractual Indemnities. *Journal of Contract Law*, 27(1), p. 1-17.
31. The Codemasters Software Company Ltd v Automobile Club De L'ouest [2009] EWHC 3194 (Ch) (25 November 2009) URL: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2009/3194.html> (дата звернення: 08.05.2025).
32. Silva R. V. (2018), A Framework for Business Acquisition. *Master's Thesis*. Porto.
33. Multiplex Construction Europe Ltd v Dunne [2017] EWHC 3073 (TCC) (30 November 2017) URL: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/2017/3073.html> (дата звернення: 08.05.2025).
34. Bank of Scotland v Euclidian (No. 1) Ltd & Ors [2007] EWHC 1732 (Comm) (20 July 2007) URL: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2007/1732.html> (дата звернення: 08.05.2025).
35. A. Baily and Company, Ltd v Clark, Son and Morland, Ltd [1914] AC 514 (HL) <https://vlex.co.uk/vid/baily-and-company-ltd-793055629> (дата звернення: 08.05.2025).
36. Saraceni P., Summers N. Reviewing knock for knock indemnities: Risk allocation in maritime and offshore oil and gas contracts. *Briefing note*. URL:

- <https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2015/10/reviewing-knock-for-knock-indemnities-risk-allocation-in-maritime-and-offshore-oil-and-gas-contracts.pdf> (дата звернення: 08.05.2025).
37. Day v Womble Bond Dickinson (UK) LLP [2020] EWCA Civ 447
<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/04/Day-Approved-26.03.20-003.pdf> (дата звернення: 08.05.2025).
 38. AXA SA v Genworth Financial International Holdings, Inc & Ors [2019] EWHC 3376 (Comm) (06 December 2019) URL: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2019/3376.html> (дата звернення: 08.05.2025).
 39. Baker McKenzie. M&A Newsletter Series. Part 8: Indemnification clauses. URL: https://insightplus.bakermckenzie.com/bm/attachment_dw.action?attkey=FRbANEucS95NMLRN47z%2BeeOgEFCt8EGQJsWJiCH2WAUuQVQjpl3o%2BWH08Ym7g%2FkZ&nav=FRbANEucS95NMLRN47z%2BeeOgEFCt8EGQbuwypnpZjc4%3D&attdocparam=pB7HEsg%2FZ312Bk8OIuOIH1c%2BY4beLEAehdbaXymtXNg%3D&fromContentView=1 (дата звернення: 08.05.2025).
 40. Infiniteland Ltd & Anor v Artisan Contracting Ltd & Anor [2005] EWCA Civ 758 (22 June 2005).
 41. M&A Series: Warranty limitations. URL: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=fae2d9ee-61e2-4fd0-9a95-cb22312c624b> (дата звернення: 08.05.2025).
 42. Pugh W., Getting What You Bargained for: Avoiding Legal Uncertainty in Survival Clauses for a Seller's Representations and Warranties in M&A Purchase Agreements. 2018. 37 p. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3253175 (дата звернення: 08.05.2025).

43. Bell & Anor v Singh & Anor [2022] EWHC 3272 (Comm) (21 December 2022) URL: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2022/3272.html> (дата звернення: 08.05.2025).
44. Warranties, Indemnities, and Insurance in Private M&A. URL: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=c13a96fa-f2e1-4e11-866f-9c7c5ecceec2> (дата звернення: 08.05.2025).
45. BSA International SA v Irvine & Ors [2010] ScotCS CSOH_12 (28 January 2010) URL: <https://www.bailii.org/scot/cases/ScotCS/2010/2010CSOH12.html> (дата звернення: 08.05.2025).
46. Seller Warranties and Limitations on Liability: Commonly Negotiated Issues. Practical Law. URL: <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-019-6407> (дата звернення: 08.05.2025).
47. William Sindall Plc v Cambridgeshire County Council [1993] EWCA Civ 14 (21 May 1993) URL: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1993/14.html> (дата звернення: 08.05.2025).
48. Triumph Controls - UK Ltd & Anor v Primus International Holding Company & Ors [2019] EWHC 565 (TCC) (11 March 2019) URL: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/2019/565.html> (дата звернення: 08.05.2025).
49. BIP Chemical Holdings Ltd v Blundell [2021] EWHC 2590 (Ch) (09 September 2021) URL: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2021/2590.html> (дата звернення: 08.05.2025).
50. Marrocco A. J. Negotiating Critical Representations and Warranties in Franchise Mergers and Acquisitions—Part I. American Bar Association. 2016. Vol. 36, no. 1. P. 107–122. URL: <https://www.jstor.org/stable/26421642> (дата звернення: 08.05.2025).
51. Pierpaolo M, Noussia K., The governance of insurance undertakings: corporate law and insurance regulation. *Springer Nature*, 2022. 360 p. URL:

- <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-030-85817-9> (дата звернення: 08.05.2025).
52. Macquarie Internationale Investments Ltd v Glencore UK Ltd [2009] EWHC 2267 (Comm) (17 September 2009) URL: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2009/2267.html> (дата звернення: 08.05.2025).
 53. Martinius Ph., M&A - Protecting the purchaser. *Kluwer Law International B.V.*, 2005. 545 p. URL: https://books.google.com.ua/books?hl=uk&lr=&id=3nYnJIjNm6kC&oi=fnd&pg=PR11&ots=SgjN74ETgj&sig=iYmvFHvyZjm1RQj2yV4WYW2I2PA&redir_esc=y#v=snippet&q=disclosure%20letter&f=false (дата звернення: 08.05.2025).
 54. Disclosure: acquisitions. Practical Law. URL: <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-107-4667> (дата звернення: 08.05.2025).
 55. Disclosure letters to share purchase agreements - Basics of the procedure and outline of Luxembourg market practice. URL: <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/ea7e2e50/disclosure-letters-to-share-purchase-agreements> (дата звернення: 08.05.2025).
 56. Daniel Reeds v. EM ESS Chemists Ltd., [1995] CLC 1405.
 57. Levison v Farin [1978] 2 All E.R. 1149.
 58. New Hearts Ltd v Cosmopolitan Investments Ltd [1997] BCLC 249.
 59. Man Nutzfahrzeuge Ag & Ors v Freightliner Ltd. [2005] EWHC 2347 (Comm) (28 October 2005) URL: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2005/2347.html> (дата звернення: 08.05.2025).
 60. Avery D., Trends in Private Company M&A Transactions: Disclosure Schedule Updating. 2021. URL: <https://www.goulstonstorrs.com/content/uploads/2022/06/Disclosure-Schedule-Updating.pdf> (дата звернення: 08.05.2025).

61. Nobahar-Cookson & Ors v The Hut Group Ltd [2016] EWCA Civ 128 (22 March 2016) URL: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2016/128.html> (дата звернення: 08.05.2025).
62. M&A Vocabulary – Explained by the experts: Limitation of liability (de minimis, basket, cap). URL: <https://www.roedl.com/insights/ma-dialog/2020-05/ma-vocabulary-limitation-of-liability-de-minimis-basket-cap> (дата звернення: 08.05.2025).
63. Miller Jr E. L., and Segall L. N., Mergers and acquisitions : a step-by-step legal and practical guide. *John Wiley & Sons*, 2017. 326 p.
64. Radjai N., Claims for breach of representations and warranties. *Arbitration of M&A Transactions: A Global Practical Guide 2nd ed.* 2020. 313-337 p.
65. Seller warranties and limitations on liability: commonly negotiated issues: business purchases. Practical Law. URL: <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-019-6407> (дата звернення: 08.05.2025).
66. 116 Cardamon Limited v MacAlister and another [2019] EWHC 1200.
67. Lazarus Estates Ltd v Beasley [1956] EWCA Civ 6 (24 January 1956) URL: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1956/6.html> (дата звернення: 08.05.2025).
68. Glossop Cartons and Print Ltd & Ors v Contact (Print & Packaging) Ltd & Ors [2021] EWCA Civ 639 (07 May 2021) URL: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2021/639.html> (дата звернення: 08.05.2025).
69. Limitation Act 1980 (с. 58). URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1980/58> (дата звернення: 08.05.2025).
70. Hadley & Anor v Baxendale & Ors [1854] EWHC J70.
71. Zayo Group International Ltd v Ainger & Ors [2017] EWHC 2542 (Comm) (13 October 2017) URL:

- <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2017/2542.html> (дата звернення: 08.05.2025).
72. Dodika Ltd & Ors v United Luck Group Holdings Ltd [2020] EWHC 2101 (Comm) (31 July 2020) URL: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2020/2101.html> (дата звернення: 08.05.2025).
73. Indemnity Clauses Under Share Purchase Agreements. URL: <https://www.erdem-erdem.av.tr/en/insights/indemnity-clauses-under-share-purchase-agreements> (дата звернення: 08.05.2025).
74. Limitations on liability in acquisitions. URL: <https://harperjames.co.uk/article/limitations-on-liability-in-acquisitions/#section-10> (дата звернення: 08.05.2025).
75. Довгерт А. С. Цивільно-правова відповідальність у ЦК України: шляхи оновлення. Модернізація цивільно-правової відповідальності. Матвєєвські цивілістичні читання: матеріали міжн. наук.-практ. конф. (18 жовт. 2019 року). Київ. 2019. С. 51-56.
76. Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні: Закон України від 01.01.2025. № 1667-IX. Дата оновлення: 01.01.2023. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1667-20#Text> (дата звернення: 08.05.2025).
77. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. Дата оновлення: 09.04.2025. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 08.05.2025).
78. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні». URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/347654> (дата звернення: 08.05.2025).
79. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 21 лютого 2024 р., судова справа № 925/185/23.

- URL: <https://verdictum-pro.ligazakon.net/document/117820975> (дата звернення: 08.05.2025).
80. Павлюк Я., Корнута А. Корпоративні новели «Дія Сіті». *Юридична Газета*. 2021. № 20 (750). URL: <https://yur-gazeta.com/dumka-eksperta/korporativni-noveli-diya-siti.html> (дата звернення: 08.05.2025).
 81. Теремецький В. І., Гуц Н. Г. Цивільно-правова характеристика інституту запевнення («Representations and warranties»). Конституційні права і свободи людини та громадянина в умовах воєнного сатану: матеріали наукового семінару (23 червня 2022 р.). Львів. 2022. С. 272-277.
 82. Дорошенко Л. М. Захист прав сторін корпоративного договору шляхом застосування компенсації та запевнень. *Правничий часопис Донецького національного університету імені Василя Стуса*. 2023. Т. 3, № 1. С. 24–37. doi: <https://doi.org/10.31558/2786-5835.2023.1.3.3>.
 83. Великанова М. М., Перевертун О. В. Переддоговірні спори та переддоговірна відповідальність у цивільному праві. *New Ukrainian Law*. 2024. № 4. С. 59–64. doi: <https://doi.org/10.51989/nul.2024.4.6>,
 84. Теремецький В. І., Гуц Н. Г. Новації у порядку укладення цивільно-правового договору. *Наукові записки. Серія : Право*. № 12. 2022. С. 176-181. doi: <https://doi.org/10.36550/2522-9230-2022-12-176-181>.
 85. Публічна пропозиція на укладання договору про надання освітніх послуг у сфері вищої освіти. URL: <https://kse.ua/wp-content/uploads/2024/10/Publiczna-propozitsiya-pro-osvitni-poslugi-Versiya-1.1.-z-ETSP.pdf> (дата звернення: 08.05.2025).
 86. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 09 квітня 2025 р., судова справа № 759/18856/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/126569430> (дата звернення 08.05.2025).

87. Постанова Сихівського районного суду м. Львова від 20 грудня 2020 р.,
судова справа № 464/6924/23. URL:
<https://reyestr.court.gov.ua/Review/115933571> (дата звернення: 08.05.2025).
88. Постанова Господарського суду Одеської області від 20 листопада 2023 р.,
судова справа № 916/2078/23. URL:
<https://reyestr.court.gov.ua/Review/115517657> (дата звернення: 08.05.2025).
89. Постанова Господарського суду Дніпропетровської області від 12
листопада 2024 р., судова справа № 904/3781/24. URL: https://verdictum-pro.ligazakon.net/document/123137957?links_npa=T030435%20845700 (дата
звернення: 08.05.2025).
90. Про акціонерні товариства: Закон України від 17.09.2008 № 514-VI. Втрата
чинності від 01.01.2023. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/514-17>
(дата звернення: 08.05.2025).
91. Постанова Верховного Суду України від 09 серпня 2017 р., судова справа
№ 908/2138/16. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/68428045> (дата
звернення: 08.05.2025).
92. Ільющенков О., Божко Н., В очікуванні Дія Сіті: Які переваги отримають
резиденти та як нові договори захистять ІТ-спеціалістів. *Юридична газета*.
2021. URL: [https://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/v-ochikuvanni-
diya-siti-yaki-perevagi-otrimayut-rezidenti-ta-yak-novi-dogovori-zahistyat-
itspecialis.html](https://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/v-ochikuvanni-diya-siti-yaki-perevagi-otrimayut-rezidenti-ta-yak-novi-dogovori-zahistyat-itspecialis.html) (дата звернення: 08.05.2025).
93. Резидентство в Дія.City. Гайдлайн для ІТ-бізнесів. 2025. URL:
<https://curly.click/r/b00c> (дата звернення: 14.03.2025).
94. Гуменюк Р. В. Інститут запевнень та компенсацій у корпоративних
відносинах з інвесторами. *Сучасні перетворення міжнародного бізнесу*. :
Матеріали VII Всеукр. науково-практ. конф., м. Харків, 23 квіт. 2024 р.
С.223-226.
95. Woolworths Group Ltd v Twentieth Super Pace Nominees Pty Ltd atf the Byrns
Smith Unit Trust t/as SCT Logistics [2021] NSWSC 344.