

Wszystko o umowach. Czego nie uczą na studiach prawniczych

Przejdź do produktu na www.ksiegarnia.beck.pl

Rozdział 2

Części składowe umów: podstawy

- 2.1. Wstęp
- 2.2. Oświadczenia i zapewnienia (ang. *representations and warranties*): ogłęd sytuacji
 - 2.2.1. Oświadczenia: prosty kazus
 - 2.2.2. Demaskowanie faktów
 - 2.2.3. Alokacja ryzyka
 - 2.2.4. Kategorie oświadczeń
 - [A] Oświadczenia dotyczące samej umowy (ang. *representations as to the contract itself*)
 - [B] Oświadczenia dotyczące przedmiotu umowy (ang. *subject matter representations*)
 - [C] Oświadczenia dotyczące stron umowy (ang. *representations about the parties*)
 - [D] Wyjątki
 - 2.2.5. Powtórzenia oświadczeń (ang. *representation bring-downs*)
 - 2.2.6. Obowiązywanie oświadczeń po wygaśnięciu umowy
- 2.3. Przyrzeczenia (ang. *covenants*)
 - 2.3.1. Prosty kazus
 - 2.3.2. Przyrzeczenia kredytowe
 - 2.3.3. Wyjątki
 - 2.3.4. Rodzaje wyjątków
 - 2.3.5. Środki naprawcze za naruszenie przyrzeczenia
- 2.4. Warunki zawieszające (ang. *conditions precedent*)
 - 2.4.1. Kwestie terminów
 - 2.4.2. Warunki jako „furtka”
 - 2.4.3. Powszechnie stosowane warunki
 - 2.4.4. Kiedy warunki zostają spełnione?
- 2.5. Postanowienia dotyczące środków naprawczych (ang. *remedial provisions*)
 - 2.5.1. Zdarzenia wywołujące środki naprawcze (ang. *triggering events*)
 - 2.5.2. Rodzaje środków naprawczych
 - [A] Rozwiązanie umowy (ang. *termination*)
 - [B] Przyspieszenie terminu płatności (ang. *acceleration*)
 - [C] Zwolnienie drugiej strony z odpowiedzialności (ang. *indemnification*)
 - [D] Kary umowne (ang. *liquidated damages*)
 - 2.5.3. Łagodzenie postanowień o środkach naprawczych (ang. *softening remedies*)

2.6. Definicje

- 2.6.1. Gdzie występują definicje?
- 2.6.2. Cel definicji
- 2.6.3. Jak nazywać?
- 2.6.4. Zagnieżdżanie definicji
- 2.6.5. Unikanie istotnych wymogów w definicjach

2.1. Wstęp

Pewne kategorie postanowień pełnią takie same funkcje bez względu na rodzaj czy przedmiot umowy. W niniejszej publikacji są to tak zwane **części składowe** umów. Prawnik, który pracuje z umowami, musi zrozumieć, w jaki sposób działają następujące części składowe umów:

- oświadczenia i zapewnienia (ang. *representations and warranties*),
- przyrzeczenia (ang. *covenants*),
- warunki zawieszające (ang. *conditions precedent*),
- postanowienia dotyczące środków naprawczych (ang. *remedial provisions*),
- definicje.

Jakich postanowień nie obejmują te kategorie? Takich, które przedstawiają, **czego dotyczy** umowa, zwanych dalej w tekście postanowieniami operacyjnymi (ang. *operative provisions*)*. Przykładowo postanowienia operacyjne umowy sprzedaży aktywów przedsiębiorstwa zawierałyby opis tych aktywów, kalkulację i sposób płatności ceny zakupu oraz mechanizm przekazania aktywów. Umowa sprzedaży aktywów zawierająca wyłącznie takie postanowienia operacyjne byłaby bardzo krótkim dokumentem, wprawdzie wykonalnym z mocy prawa, ale niepodnoszącym wielu innych ważnych kwestii, istotnych dla kupujących i sprzedających. Co by było, gdyby z aktywami był poważny problem, którego kupujący nie odkrył aż do momentu zamknięcia transakcji? Umowa zawierająca wyłącznie postanowienia operacyjne wymagałaby od kupującego zakupu tych aktywów bez względu na istnienie problemu. A co by było, gdyby sprzedający spowodował szkodę na aktywach lub przedsiębiorstwie przed zamknięciem? Sytuacja kupującego byłaby taka sama. Tego rodzaju kwestie regulowane są w postanowieniach części składowych umów: oświadczeniach i zapewnieniach, przyrzeczeniach, warunkach zawieszających, postanowieniach dotyczących środków naprawczych i definicjach.

* Lub *essentialia negotii* (z łac.) czyli przedmiotowo istotne elementy czynności prawnej [przytłum.].

W niniejszym rozdziale przedstawiono ogólny zarys części składowych umów i ich funkcji. W rozdziale 9 bliżej przyjrzymy się zastosowaniu części składowych umów w odniesieniu do konkretnych kwestii prawnych i biznesowych w kontekście umów finansowania i umów sprzedaży.

2.2. Oświadczenia i zapewnienia (ang. *representations and warranties*): ogład sytuacji

Oświadczenia i zapewnienia¹ to twierdzenia opisujące stan faktyczny w treści umowy złożone przez jedną stronę drugiej stronie w określonym punkcie w czasie. Ich celem jest stworzenie „ogładu” stanu faktycznego, który jest ważny dla strony odbierającej w kontekście podjęcia przez nią decyzji biznesowej o zawarciu danej transakcji. Jeżeli oświadczenia strony okażą się nieprawdziwe, druga strona będzie mogła skorzystać z praw i środków naprawczych określonych w umowie.

2.2.1. Oświadczenia: prosty kazus

Przyjrzyjmy się umowie sprzedaży aktywów przedsiębiorstwa składających się z zakładu przetwarzającego i farbującego tkaniny. Kupujący będzie chciał wiedzieć, czy w zakładzie istnieją jakiegokolwiek problemy środowiskowe, jako że może stać się za nie odpowiedzialny w świetle przepisów o ochronie środowiska. Być może kupujący przeprowadził badanie środowiskowe, które zapewniło mu umiarkowany poziom pewności o braku problemów środowiskowych. Istnieje jednak możliwość, że doszło do wycieku niebezpiecznych substancji, którego nie odkryto w trakcie badania środowiskowego. Jeżeli po sprzedaży wyciek ten przedostanie się na sąsiadującą działkę, sąsiad może rościć sobie prawo do odszkodowania od nowego właściciela zakładu. Kwestię takiego ryzyka można rozwiązać poprzez wymóg, aby sprzedający złożył w treści umowy kupna oświadczenie o nieistnieniu wycieków niebezpiecznych substancji. Jeżeli kupujący przed zamknięciem transakcji (ang. *closing*) odkryje, że oświadczenie jest nieprawdziwe, będzie miał zazwyczaj prawo do odstąpienia od umowy i wycofania się z transakcji. Jeżeli natomiast wyciek zostanie odkryty po zamknięciu sprzedaży, kupujący będzie miał prawo dochodzenia roszczeń przeciwko sprzedającemu za naru-

¹ Terminy „oświadczenia” i „zapewnienia” są często stosowane zamiennie, ale – technicznie rzecz biorąc – istnieje pomiędzy nimi różnica. Oświadczenie jest po prostu stwierdzeniem faktu, na którym polegać ma druga strona umowy, natomiast zapewnienie to gwarancja konkretnego faktu połączona z dorozumianym zobowiązaniem zwolnienia z odpowiedzialności odszkodowawczej, jeżeli ten fakt okaże się nieprawdziwy. W umowie zawierającej konkretne środki naprawcze za fałszywe oświadczenia i zapewnienia (co jest standardem) rozróżnienie to nie ma znaczenia. W rzeczywistości w umowach wszystkie takie stwierdzenia określa się mianem „oświadczenia i zapewnienia”, a praktycy zwykle nazywają je potocznie wyłącznie oświadczeniami (co ma miejsce również w niniejszej publikacji).

szenie oświadczenia. Zwykle kupujący będzie również zwolniony z odpowiedzialności odszkodowawczej lub może dochodzić odszkodowania z tytułu takiego naruszenia.

2.2.2. Demaskowanie faktów

W wyniku negocjowania oświadczeń demaskowane są rzeczywiste problemy, które w innym przypadku mogłyby nie zostać ujawnione. Oświadczenia są naturalnym następstwem zasady **caveat emptor** („niech kupujący się strzeże”). W przypadku większości transakcji handlowych na stronach nie ciąży prawny obowiązek ujawniania jakichkolwiek informacji². Strony przeciwdziałają tej zasadzie, wymagając ujawnienia faktów, które mogą być dla nich istotne przy podejmowaniu decyzji o zawarciu umowy. Przyjmuje to formę oświadczeń składanych przez drugą stronę.

W naszym przykładzie kupujący poprosi sprzedającego, aby złożył następujące oświadczenie:

Za wyjątkiem okoliczności, o których mowa w Załączniku 3, na terenie lub z terenu nieruchomości wchodzących w skład Nabywanych Aktywów nigdy nie wyciekły substancje niebezpieczne.

Po otrzymaniu projektu umowy kupna zawierającej takie oświadczenie sprzedający może postąpić na kilka sposobów:

- Może poinformować kupującego, że odmawia złożenia oświadczenia. Kupujący prawdopodobnie dojdzie do wniosku, że sprzedający ma do ukrycia jakiś problem natury środowiskowej i jeszcze bardziej będzie się domagać takiego oświadczenia. O ile sprzedający nie ma istotnej przewagi negocjacyjnej, takie podejście nie jest wskazane.
- Może oznajmić kupującemu, że złoży takie oświadczenie „wedle swojej najlepszej wiedzy”, a więc do naruszenia dojdzie dopiero wtedy, gdy sprzedający nie ujawnił faktów, o których rzeczywiście wiedział. Reakcja kupującego: „Nic mi to nie da, jeżeli doszło do wycieku, zanim nieruchomość stała się twoją własnością”.
- Może złożyć oświadczenie, ujawniwszy w Załączniku 3 wszelkie wiadome mu fakty.

Strona proszona o złożenie oświadczenia będzie chciała dokonać pełnego ujawnienia, aby uniknąć odpowiedzialności. Ujawnienia mogą jednak spowodować dodatkowe żądania wobec strony oświadczającej: w naszym przykładzie kupujący może

² Ale co do zasady przepisy prawa z zakresu papierów wartościowych nakładają na emitentów i sprzedających papiery wartościowe obowiązek ujawnienia wszystkich faktów, które – czego można w sposób uzasadniony oczekiwać – wpłynęłyby na decyzję drugiej strony o zawarciu transakcji. Zobacz też podrozdział 9.3.1[G] dotyczący oświadczeń zgodnych z regułą „10b-5”.

nalegać, aby sprzedający naprawił ujawnione warunki środowiskowe lub obniżył cenę zakupu, co zrekompensuje kupującemu koszt podjęcia własnych środków naprawczych. Kupujący może się też wycofać z transakcji.

2.2.3. Alokacja ryzyka

Oświadczenia rozkładają ryzyko pomiędzy strony umowy. Strona oświadczająca przyjmuje na siebie ryzyko polegające na tym, że jeśli oświadczenie okaże się nieprawdziwe, druga strona będzie mogła dochodzić od strony oświadczającej roszczeń (ang. *claim*) lub innych środków naprawczych (ang. *remedies*) wynikających z umowy. Strona proszona o złożenie oświadczenia może wcale nie mieć lepszych informacji w jego przedmiocie od strony, która oświadczenia żąda. Mimo to może zostać zmuszona do jego złożenia zgodnie z zasadą, że strona odbierająca oświadczenie jest uprawniona do jakiegoś środka naprawczego, jeżeli oświadczenie okaże się niezgodne z prawdą. W przypadku wcześniejszego wycieku substancji niebezpiecznych dla środowiska **żadna** ze stron może o nim nie wiedzieć, ale z punktu widzenia kupującego to sprzedający powinien ponosić ryzyko zaistnienia takiego problemu. Nakłonienie sprzedającego do złożenia odpowiedniego oświadczenia jest metodą alokacji ryzyka. Jeżeli okaże się, że doszło do wycieku, który skutkuje odszkodowaniem na rzecz kupującego, istnienie oświadczenia daje kupującemu możliwość dochodzenia roszczenia przeciwko sprzedającemu.

2.2.4. Kategorie oświadczeń

[A] Oświadczenia dotyczące samej umowy (ang. *representations as to the contract itself*)

Oświadczenia dzielą się na trzy podstawowe kategorie. Pierwsza obejmuje oświadczenia, które dotyczą samej umowy (zwane dalej oświadczeniami wykonalności (ang. *enforceability representations*)) i mają stanowić zapewnienie, że strona je składająca posiada zdolność do zawierania umów i upoważnienie do zawarcia umowy oraz że umowa jest skuteczna z mocy prawa i nie skutkuje jego naruszeniem. Strona żądająca złożenia oświadczeń wykonalności chce mieć pewność, że druga strona nie dysponuje technicznymi środkami obrony, na wypadek gdyby umowa kiedykolwiek stała się przedmiotem sporu sądowego. Oświadczenia tego rodzaju są typowe i rzadko stają się przedmiotem poważnych negocjacji. Oświadczenia wykonalności zostały szczegółowo omówione w podrozdziale 9.2.

[B] Oświadczenia dotyczące przedmiotu umowy (ang. *subject matter representations*)

Drugą kategorię stanowią oświadczenia dotyczące przedmiotu umowy, składane po to, aby strona miała pewność, że w ramach umowy otrzyma to, co wyne-

gocjowała. Oświadczenia te są dostosowywane do kontekstu danej umowy. Oto przykłady:

- Licencja na używanie znaku towarowego zawiera oświadczenia licencjodawcy, że znak towarowy został prawidłowo zarejestrowany i nie narusza innych znaków towarowych.
- Umowa sprzedaży aktywów zawiera oświadczenia sprzedającego, że mienie, które ma zmienić właściciela, nie jest przedmiotem żadnego zastawu.
- Umowa najmu nieruchomości zawiera oświadczenia wynajmującego, że nie wynajął tej nieruchomości nikomu innemu.
- Umowa o zabezpieczenie blachy przed korozją zawiera oświadczenia wykonawcy o jakości stosowanych materiałów oraz o zdolności produkcyjnej zakładu umożliwiającej obsługę dostaw przewidzianych umową.

[C] Oświadczenia dotyczące stron umowy (ang. *representations about the parties*)

W wielu umowach strony muszą złożyć oświadczenia o sobie samych wykraczające poza omówione powyżej oświadczenia wykonalności i oświadczenia dotyczące przedmiotu umowy. Wymóg ten pojawia się wtedy, kiedy pewne okoliczności dotyczące jednej ze stron mają związek z jej zdolnością do wykonywania zobowiązań umownych. Najczęściej tego rodzaju oświadczenia dotyczą jej sytuacji finansowej. Takie oświadczenia są wymagane, kiedy polegamy na wiarygodności kredytowej strony, czyli jej zdolności do wywiązywania się ze zobowiązań finansowych. Oświadczenia tego rodzaju zostały szczegółowo opisane w podrozdziale 9.3.1. Oto inne przykłady tego typu oświadczeń:

- Osoba zatrudniona musi złożyć oświadczenie w umowie o pracę, że jej historia zatrudnienia przedstawiona w CV jest zgodna z prawdą.
- Zakład ubezpieczeniowy nabywający dłużne papiery wartościowe w ramach emisji niepublicznej musi złożyć oświadczenie o pochodzeniu funduszy wykorzystanych w inwestycji, aby zagwarantować, że w rozumieniu przepisów prawa regulujących programy emerytalne nie miały miejsca „niedozwolone transakcje”.
- Podmiot nabywający rozgłoszenie radiowe musi złożyć oświadczenie, że nie jest przedmiotem dochodzenia lub postępowania przed Federalną Komisją Łączności.

[D] Wyjątki

Podczas negocjowania oświadczeń wyjdą na jaw informacje niezgodne z ich treścią. Informacje te muszą zostać ujawnione w umowie, aby oświadczenia pozostały zgodne z prawdą. Mogą one przyjąć formę wyłączeń umieszczonych w samym tekście oświadczenia. Oto przykład:

Nabywane Aktywa nie są przedmiotem żadnego zastawu ani obciążenia, za wyjątkiem hipoteki ustanowionej na rzecz banku Big City Bank z dnia 30 czerwca 2005 r.

Takie informacje można również zawrzeć w załącznikach (ang. *schedules*) do umowy. Ta metoda przydaje się, kiedy wyjątki są liczne, treść ujawnienia jest rozwlekła lub umieszczenie jej w treści oświadczenia byłoby nieporęczne z innych względów. Przy zastosowaniu tego podejścia powyższe oświadczenie brzmiałoby następująco:

Nabywane Aktywa nie są przedmiotem żadnego zastawu ani obciążenia, za wyjątkiem tych wymienionych w Załączniku 2.1.

Należy pamiętać, że załączników nie można aktualizować po podpisaniu umowy, chyba że w umowie znajdują się konkretne postanowienia, które na to zezwalają.

2.2.5. Powtórzenia oświadczeń (ang. *representation bring-downs*)

Oświadczenia to stwierdzenia stanu faktycznego w określonym punkcie w czasie; takim punktem w czasie może być data zawarcia umowy, data zamknięcia transakcji wynikających z umowy lub inna dowolna data wskazana w umowie. Oświadczenia złożone ponownie w późniejszym terminie określa się jako powtórzone (ang. „*brought down*”).

Zazwyczaj powtórzenia oświadczeń wymaga się wtedy, kiedy nastąpi ważne wydarzenie wynikające z umowy. Przykładowo umowa przejęcia (ang. *acquisition agreement*) może przewidywać przeniesienie części aktywów w późniejszym terminie, po uzyskaniu niezbędnej zgody. Nabywca będzie chciał, aby sprzedający powtórzył swoje oświadczenia w momencie późniejszego przeniesienia; dzięki temu uzyska pewność, że nie nastąpiła żadna zmiana stanu faktycznego po dacie pierwotnego złożenia oświadczeń.

Powtórzenia oświadczeń często występują w umowach, które podpisywane są przed zamknięciem. Oświadczenia składane przy podpisywaniu umowy mają skłonić strony do jej zawarcia. Oświadczenia powtarzane przy zamknięciu mają skłonić strony umowy do dojścia umowy do skutku, dając im pewność, że fakty wskazane w oświadczeniach nie zmieniły się od momentu podpisania umowy.

Powtórzenia oświadczeń często mają też miejsce w umowach kredytu odnawialnego (ang. *revolving credit agreements*), przewidujących wielokrotne udzielanie kredytu (ang. *multiple borrowings*). Kredytobiorca musi powtórzyć swoje oświadczenia dla kredytodawcy w ramach warunku zawieszającego (ang. *condition precedent*) uruchomienie każdej transzy kredytu. Jeżeli tego rodzaju umowa wymaga powtórzonych oświadczeń w późniejszych terminach, należy mieć świadomość, że zmiana stanu faktycznego może uniemożliwić powtórzenie oświadczenia. Zastanówmy się nad oświadczeniem w umowie kredytowej, zgodnie z którym wszystkie spółki zależne kredytobiorcy wymienione są w załączniku. Jeżeli po dacie zamknięcia dojdzie do utworzenia lub przejęcia nowych spółek zależnych, oświadczenie nie będzie mogło zostać powtórzone, ponieważ nowe spółki nie widnieją na liście w załączniku. W rezultacie nie można otrzymać kolejnych transz kredytu.

Jeżeli kredytodawca chce zapobiec powstawaniu nowych spółek zależnych, taki rezultat będzie odpowiedni. Jeżeli jednak tworzenie lub przejmowanie spółek zależnych jest rozważane, należy rozwiązać problem, który może powstać przy powtarzaniu oświadczenia. Można tego dokonać na kilka sposobów. Po pierwsze – i jest to najpopularniejszy sposób – poprzez ograniczenie oświadczenia do stanu faktycznego obowiązującego w określonym czasie:

W Załączniku A wymieniono wszystkie podmioty zależne Spółki istniejące w Dniu Zamknięcia.

Po drugie, jeżeli istnieje przyrzeczenie ograniczające zakładanie lub przejmowanie nowych spółek zależnych, należy przyjąć następujące podejście:

Wszystkie podmioty zależne Spółki zostały wymienione w Załączniku A lub utworzone bądź przejęte zgodnie z punktem 5.15.

Po trzecie, lista w załączniku może być aktualizowana, a kredytodawca może, ale nie musi, zachować prawo do jej zatwierdzenia:

Wszystkie podmioty zależne Spółki wymieniono w Załączniku A, który może być aktualizowany [za zgodą Kredytodawcy (która nie może być bezzasadnie wstrzymana)].

2.2.6. Obowiązki oświadczeń po wygaśnięciu umowy

Istnieje różnica pomiędzy postanowieniem o oświadczeniach „obowiązujących po wygaśnięciu umowy” a postanowieniem stanowiącym, że oświadczenia zostaną powtórzone w pewnym momencie w przyszłości, mimo że te dwa pojęcia bywają często mylone. Postanowienie o obowiązywaniu oświadczeń po wygaśnięciu umowy (ang. *survival clause*) oznacza, że strona odbierająca oświadczenie będzie

nadal mogła czerpać z niego korzyści po dacie zamknięcia. Innymi słowy, strona odbierająca oświadczenie będzie mogła skorzystać ze środków naprawczych wynikających z umowy, jeżeli miesiąc po dacie zamknięcia odkryje, że oświadczenie było niezgodne z prawdą w momencie, w którym zostało złożone. Są osoby, które błędnie zakładają, że postanowienie o obowiązywaniu oświadczeń po wygaśnięciu umowy oznacza, że oświadczenia są składane lub powtarzane na zasadzie ciągłości. Jest to niespójne z koncepcją „oglądu sytuacji” przedstawianego w oświadczeniach i oznaczałoby przekształcenie oświadczeń w przyrzeczenia.

Alternatywą dla „survival clause” jest postanowienie stanowiące, że oświadczenia wygasają w momencie zamknięcia. Tego rodzaju postanowienie jest typowe dla umów sprzedaży nieruchomości mieszkaniowych. W takich umowach oświadczenia składane przez sprzedającego muszą być prawdziwe w dniu zamknięcia jako warunki wykonania umowy przez kupującego, ale po przeniesieniu własności przestają mieć jakikolwiek skutek. W wyniku takiego łączonego postanowienia kupujący nabywa nieruchomość na zasadzie „as is – where is” (w stanie i miejscu, w jakim nieruchomość aktualnie się znajduje), czyli przejmuje ryzyko wystąpienia problemów odkrytych po dacie zamknięcia, także tych, które były przedmiotem oświadczenia złożonego przez sprzedającego.

2.3. Przyrzeczenia (ang. *covenants*)

W przeciwieństwie do oświadczeń, tj. twierdzeń o stanie faktycznym w określonym momencie, przyrzeczenia są stałymi obietnicami składanymi przez jedną stronę, że wykona określone działania lub nie będzie podejmować określonych działań. Zasadniczo przyrzeczenia można podzielić na trzy kategorie: przyrzeczenia pozytywne (ang. *affirmative covenants*), czyli obietnice wykonania określonych działań, przyrzeczenia negatywne (ang. *negative covenants*), czyli obietnice niepodjęcia określonych działań, oraz przyrzeczenia finansowe (ang. *financial covenants*), czyli obietnice zachowania sytuacji finansowej lub wyników finansowych na określonym poziomie albo niepodjęcia określonych działań, o ile w danym czasie nie obowiązują sytuacja finansowa lub wyniki finansowe na określonym poziomie³. Przyrzeczenia negatywne nazywane są także przyrzeczeniami ograniczającymi (ang. *restrictive covenants*), ponieważ ograniczają określone działania lub zakazują ich (patrz podrozdział 9.3.3.). Mówiąc ogólnie, przyrzeczenia mają na celu upewnić stronę odbierającą oświadczenie, że otrzyma korzyści, które wynegocjowała w operacyjnych postanowieniach umowy (ang. *operative provisions*).

³ W wielu przypadkach stosowane przyrzeczenia należące do różnych kategorii nie są określane nazwami tych kategorii.

Podstawowych zobowiązań stron wynikających z umowy w praktyce nie nazywa się przyrzeczeniami, mimo że mają charakter obietnicy. Tym samym zobowiązanie sprzedającego do sprzedaży, kiedy spełnione zostaną wszystkie odpowiednie warunki zawieszające (ang. *conditions precedent*), nie jest nazywane przyrzeczeniem.

2.3.1. Prosty kazus

W przykładowej umowie sześcioletniego najmu sprzętu produkcyjnego wynajmujący będzie chciał przede wszystkim uzyskać pewność, że najemca będzie płacić za wynajem w terminie i zwróci sprzęt wraz z zakończeniem okresu najmu. Zobowiązania te będą przedmiotem postanowień operacyjnych umowy najmu. Ale wynajmujący będzie też wymagał od najemcy konserwacji wynajmowanego sprzętu, aby ten miał jak najwyższą wartość w momencie zwrotu. Takie wymagania zawarte są w przyrzeczeniach, które narzucają najemcy sposób postępowania z wynajmowanym sprzętem.

Typowa umowa najmu sprzętu będzie zawierać przyrzeczenia, zgodnie z którymi najemca będzie musiał podejmować następujące działania lub wstrzymać się od ich podejmowania (między innymi):

- ubezpieczać sprzęt,
- konserwować sprzęt zgodnie ze specyfikacjami producenta,
- eksploatować sprzęt zgodnie z obowiązującymi przepisami,
- nie dopuścić do powstania jakichkolwiek zastawów na sprzęcie,
- nie sprzedawać ani w żaden inny sposób nie przekazywać sprzętu,
- umożliwić wynajmującemu inspekcję sprzętu,
- używać sprzętu tylko w określonych celach,

Każde z tych przyrzeczeń ma pomóc wynajmującemu w ochronie jego faktycznego, ostatecznego interesu związanego z wynajmowanym sprzętem.

2.3.2. Przyrzeczenia kredytowe

Wynajmujący, oprócz troski o wartość sprzętu, będzie chciał się również upewnić, że najemca będzie w stanie uiszczać płatności z tytułu najmu w trakcie trwania umowy. Wynajmujący otrzyma informacje finansowe dotyczące najemcy i zażąda, aby ten złożył oświadczenia o swojej sytuacji finansowej. To daje wynajmującemu pewne poczucie bezpieczeństwa, że najemca jest w stanie wywiązywać się z płatności na początku najmu, ale w żaden sposób nie chroni przed spadkiem wypłacal-

ności najemcy i jego zdolności do wywiązywania się ze zobowiązań finansowych wraz z upływem czasu.

Przyrzeczenia kredytowe ograniczają zdolność strony do angażowania się w działania, które mogą skutkować pogorszeniem się jej sytuacji finansowej. Takie działania obejmują:

- **Zaciąganie zobowiązań.** Większy dług oznacza więcej płatności z tytułu odsetek i kwoty głównej, co powoduje uszczuplenie przepływów pieniężnych danej spółki. Wierzyciel obawiałby się też, że w przypadku upadłości dłużnika otrzymałby niższą kwotę na zaspokojenie z powodu większego zadłużenia.
- **Ustanawianie zastawów.** W przypadku niewypłacalności dłużnika zabezpieczone wierzytelności zmniejszają majątek dostępny na zaspokojenie niezabezpieczonych roszczeń wierzyciela i zobowiązań ogólnych.
- **Sprzedaż aktywów.** Utrata aktywów generujących dochody może negatywnie wpłynąć na przepływy pieniężne dłużnika.
- **Wypłata dywidend.** Każdy dolar wypłacany w formie dywidendy akcjonariuszom lub udziałowcom zmniejsza ilość dostępnych środków pieniężnych na wypłatę wierzycielowi.
- **Inwestycje.** Z punktu widzenia wierzyciela środki wydane na inwestycje mogłyby zostać lepiej spożytkowane na uregulowanie należnych mu kwot.

Aby rozwiać obawy dotyczące wiarygodności kredytowej, stosuje się też przyrzeczenia finansowe (ang. *financial covenants*), które nakładają na stronę przyrzekającą obowiązek okresowego osiągnięcia określonych poziomów finansowych (ang. *benchmarks*). Poziomy te ustalane są w taki sposób, aby stanowić „wczesny sygnał ostrzegawczy”, jeżeli strona przyrzekająca ma problemy finansowe⁴.

2.3.3. Wyjątki

Zazwyczaj negocjacje przyrzeczeń negatywnych wyglądają w ten sposób, że strona A proponuje przyrzeczenie, które ograniczy działalność strony B. Projekt takiego przyrzeczenia ma raczej charakter absolutny, ponieważ strona A wolałaby całkowicie zabronić stronie B określonych działań. Na stronie B spoczywa ciężar zaproponowania takich zmian do treści przyrzeczenia, które dadzą jej elastyczność w prowadzeniu własnej działalności gospodarczej, bez potrzeby zwracania się do strony A o zgodę lub zwolnienie z przyrzeczenia.

⁴ Przyrzeczenia kredytowe (ang. *credit related covenants*) szczegółowo opisano w podrozdziałach 9.3.2. i 9.3.3.

Różnica pomiędzy sporządzaniem wyjątków od oświadczeń i przyrzeczeń jest taka jak między pisaniem artykułu do gazety i pisaniem science fiction: pierwsze dotyczy rzeczywistych faktów, a drugie – potencjalnych. Aby upewnić się, że oświadczenia są prawidłowe, należy jedynie w sposób należyty zgromadzić fakty. Odkrywanie i ujawnianie wszystkich informacji wymaganych oświadczeniami jest w gruncie rzeczy zadaniem dochodzeniowo-śledczym⁵. Z kolei prawnik, który musi na przykład negocjować treść przyrzeczenia ograniczającego zdolność jego klienta do zadłużania się na kolejne sześć lat, ma znacznie trudniejsze zadanie. Przede wszystkim muszą wspólnie z klientem rozważyć wszelkie możliwe sytuacje, kiedy może zaistnieć potrzeba zadłużania się w trakcie obowiązywania umowy. Następnie muszą przekonać drugą stronę o konieczności zwiększenia elastyczności treści przyrzeczenia, aby zezwalało na takie zadłużenie, a na końcu sporządzić treść wyjątków, która będzie na tyle pojemna, że osiągną swój cel, uwzględniając fakt, że plany często się zmieniają.

2.3.4. Rodzaje wyjątków

Istnieją dwa podstawowe rodzaje wyjątków od przyrzeczeń: „wycinki” (ang. *carveouts*) i „koszyki” (ang. *baskets*).

Nazwa „wycinki” bierze się stąd, że pełnią funkcję usuwania – albo wycinania – części ograniczenia wynikającego z treści przyrzeczenia. Jeżeli w modelowym przyrzeczeniu negatywnym czytamy, że ktoś „nie może wykonywać działań od A do Z”, to treść modelowego „wycinka” będzie brzmiała następująco: „ale może wykonywać działanie Y”. Oto przykład zastosowania „wycinka”:

Kredytobiorca nie może sprzedawać żadnych składników swojego majątku oprócz przestarzałego sprzętu sprzedawanego w zwykłym toku działalności gospodarczej.

„Koszyk” z kolei jest wyjątkiem, który tworzy prawo do obejścia ograniczeń narzuconych w przyrzeczeniu do określonej kwoty (często wyrażonej w walucie). Daje on stronie składającej przyrzeczenie ograniczoną możliwość do obejścia ograniczeń zawartych w przyrzeczeniu. Powyższy wyjątek można następująco przekształcić w „koszyk”:

Kredytobiorca nie może sprzedawać żadnych składników swojego majątku oprócz przestarzałego sprzętu sprzedawanego w zwykłym toku działalności gospodarczej, którego łączna wartość nie może przekroczyć 1 000 000 USD.

⁵ Ale sporządzanie oświadczeń, które muszą zostać powtórzone w przyszłości, wymaga podobnych umiejętności do tych, które konieczne są przy sporządzaniu przyrzeczeń.

Strona przyrzekająca ma tutaj ograniczoną możliwość sprzedaży przestarzałego sprzętu. Jeżeli na przykład w pierwszej transakcji pozbędzie się sprzętu za 200 000 USD, pozostanie jej limit 800 000 USD na pozostałe tego rodzaju transakcje.

2.3.5. Środki naprawcze za naruszenie przyrzeczenia

Umowa przewiduje zazwyczaj określone środki naprawcze za naruszenie przyrzeczenia (ang. *remedies for breach of a covenant*) (patrz podrozdział 2.5.). Strona, której przysługuje wykonanie przyrzeczenia, może również wnieść o sądowy nakaz określonego zachowania przez stronę, która złożyła przyrzeczenie*. Nawet jeśli strony uzgodnią, że określone zachowanie stanowi środek naprawczy, takie rozwiązanie niekoniecznie będzie możliwe. Sąd zawsze może według własnego uznania nie przyznać środków prawnych wynikających z zasad słuszności (ang. *equitable remedies*), takich jak określone zachowanie. Przykładowo określone zachowanie nie jest możliwe, jeżeli sąd postanowi, że odpowiednie jest odszkodowanie pieniężne.

2.4. Warunki zawieszające (ang. *conditions precedent*)

Postanowienia określające wymogi, jakie należy spełnić, aby strona musiała się wywiązać ze zobowiązań na podstawie umowy lub przed zamknięciem, nazywane są **warunkami zawieszającymi**. Typowe przykłady warunków zawieszających można znaleźć w umowach sprzedaży: sprzedający nie jest zobowiązany do przeniesienia aktywów, jeżeli kupujący nie zapłaci ceny sprzedaży, oraz kupujący nie jest zobowiązany do zapłaty ceny sprzedaży, jeżeli sprzedający nie przeniesie aktywów. Warunki często nazywane są potocznie furtkami (ang. *outs*), ponieważ niespełnienie ich przez jedną ze stron umożliwia drugiej stronie wycofanie się z umowy lub wypowiedzenie niektórych swoich zobowiązań. Warunki zawieszające są bardzo zróżnicowane w zależności od rodzaju umowy, chociaż niektóre z nich mają dosyć standardowy charakter, co szczegółowo omówiono poniżej. W umowach, które przewidują późniejsze – niż ich podpisanie – zamknięcie, w części zawierającej warunki zawieszające wskazane są dokumenty, które należy dostarczyć, oraz działania, które należy podjąć w momencie zamknięcia⁶.

* W polskich realiach środki przysługujące stronie umowy w razie naruszenia przyrzeczenia będą zazwyczaj wynikać z treści umowy (np. zmiana warunków, w tym ceny, zastrzeżenie kary umownej, aż do zastrzeżenia możliwości odstąpienia od umowy) [przyj. tłum.].

⁶ Umowy, które nie zawierają warunków zawieszających, wchodzą w życie z dniem ich sporządzenia i podpisania przez strony.

2.4.1. Kwestie terminów

Jednoczesne zamknięcie (ang. *simultaneous closing*) ma miejsce wtedy, gdy umowa jest sporządzona i podpisana w tym samym czasie, kiedy spełnione zostają wszystkie warunki zawieszające jej wejście w życie. Jeżeli umowa została sporządzona i podpisana, ale warunki zawieszające zostaną spełnione później, mamy do czynienia z **opóźnionym zamknięciem** (ang. *delayed closing*).

Główna różnica między nimi jest taka, że warunki zawieszające dotyczące opóźnionego zamknięcia należy negocjować z dużo większą ostrożnością niż te dotyczące jednoczesnego zamknięcia. W przypadku opóźnionego zamknięcia każdy element niepewności, uznaniowości, subiektywności lub wieloznaczności zawarty w warunku zawieszającym może dać jednej ze stron podstawę do twierdzenia, że jakiś warunek nie został spełniony, i tym samym do wycofania się z transakcji. Rozważmy umowę zakupu akcji zawierającą następujący warunek zawieszający wykonanie zobowiązania kupującego do zakupu:

Sprzedający dostarczy Kupującemu sprawozdanie finansowe Podmiotu za kwartał zakończony 30 września 2001 r., i takie sprawozdanie musi satysfakcjonować Kupującego pod każdym względem.

Warunek ten daje kupującemu jednostronne prawo, aby nie dopuścić do zamknięcia transakcji, jeżeli stwierdzi, że nie jest usatysfakcjonowany wynikami z września. Załóżmy, że kupujący chce się wycofać z transakcji, ponieważ po zawarciu umowy zakupu akcji nastąpiło spowolnienie gospodarcze, ale w umowie nie ma warunku, który dawałby mu prawo do wycofania się z transakcji z tego konkretnego powodu. Kupujący może wykorzystać ogólnikowość powyższego warunku zawieszającego dotyczącego sprawozdania finansowego jako pretekst, aby nie zamykać transakcji, nawet jeżeli wyniki podmiotu nie są specjalnie rozczarowujące.

A gdyby taki sam warunek znajdował się w umowie zawartej przez strony w tym samym czasie, w jakim doszło do zamknięcia transakcji? Prawnik strony zbywającej akcje nie powinien przejmować się subiektywnym charakterem tego warunku. Jeżeli w momencie zamknięcia kupujący nie jest usatysfakcjonowany sytuacją finansową podmiotu (lub czymkolwiek innym, nawet kondycją gospodarki), ma nieograniczone prawo do wycofania się z transakcji, ponieważ nie podpisał jeszcze umowy.

Po co zatem w ogóle dodawać warunki zawieszające do umowy, jeżeli ma dojść do jednoczesnego zamknięcia? Nie jest to konieczne, ale warunki zawieszające spełniają dwie użyteczne funkcje: podczas negocjowania umowy tworzą mapę drogową oczekiwań stron w momencie zamknięcia oraz trwałą dokumentację działań, które miały miejsce podczas zamykania transakcji.

2.4.2. Warunki jako „furtka”

Warunki zawsze stanowią przedmiot żarliwych negocjacji, ponieważ potencjalnie dają jednej lub obu stronom możliwość wycofania się z transakcji. Każda strona będzie chciała zminimalizować liczbę warunków, które musi spełnić, a jednocześnie narzucić drugiej stronie takie, które uspokoją jej biznesowe i prawne obawy dotyczące transakcji.

Przykładowo umowa zakupu akcji w części zawierającej warunki zawieszające mogłaby się zaczynać w następujący sposób:

Zobowiązanie Kupującego do nabycia Akcji jest uzależnione od wcześniejszego spełnienia następujących warunków zawieszających:

Po takim wstępie nastąpi lista wszystkich wymaganych przez kupującego do zamknięcia transakcji warunków, z których najważniejszym będzie wydanie nabywanych akcji. Inne mogą mieć charakter biznesowy, na przykład dostarczenie prognoz finansowych nabywanej spółki czy satysfakcjonujące wywiady z dostawcami nabywanego podmiotu. Niektóre będą dotyczyły kwestii prawnych, na przykład dowody na posiadanie osobowości prawnej czy dostarczenie opinii prawnych.

Zobowiązanie kupującego do nabycia akcji będzie uzależnione od wcześniejszego spełnienia wszystkich wymienionych warunków. Jeżeli sprzedający nie spełni chociażby jednego z nich, zwykle kupujący uzyska prawo do wycofania się z transakcji. Umowy często wymagają od obu stron spełnienia jakiegoś zestawu warunków, a więc każda strona może zostać zwolniona z wykonania umowy, jeżeli druga nie spełni warunków, które jej dotyczą. W innych przypadkach tylko jedna strona musi spełnić warunki zawieszające, aby wymusić na drugiej wykonanie umowy. Warto tu wymienić przede wszystkim umowy o finansowanie dłużne (ang. *debt financing agreements*), w których wykonanie po stronie kredytodawcy oznacza jedynie dostarczenie środków pieniężnych. Wszystko to jest kwestią negocjacji i przyjętych zwyczajów.

Czy niespełniony warunek zawieszający zawsze oznacza odstąpienie od umowy? Niekoniecznie – często strona uprawniona nie korzysta z prawa do wypowiedzenia umowy, ale wykorzystuje je jako przewagę, aby rozpocząć nowe negocjacje i wymusić ustępstwa na drugiej stronie. Jeżeli na przykład niespełnionym warunkiem jest wymóg, aby przejmowany podmiot posiadał minimalne przepływy środków pieniężnych przez trzy miesiące przed zamknięciem transakcji, kupujący może nalegać na obniżenie ceny sprzedaży, za co zgodzi się odstąpić od warunku i kontynuować transakcję przejęcia.

Nierzadko strona odstępuje od warunku, a treść umowy zostaje zmieniona w taki sposób, aby spełnienie go musiało nastąpić po zamknięciu transakcji. Taki warunek nazywany jest często **warunkiem potransakcyjnym** (ang. *post-closing condition*),

co z technicznego punktu widzenia jest terminem nieprecyzyjnym, ponieważ wymóg ten nie stanowi już warunku wykonania umowy. Został przekształcony w przyrzeczenie, które musi zostać wykonane przez stronę, aby nie poniosła konsekwencji za jego naruszenie.

2.4.3. Powszechnie stosowane warunki

Różne umowy wymagają różnych rodzajów warunków, a niektóre warunki zawierające tradycyjnie występują w określonych typach transakcji. Inne z kolei będą niezbędne, aby rozwiązać określone kwestie lub rozwiązać obawy w konkretnych okolicznościach jednej transakcji. Strona z dużą przewagą negocjacyjną może zmusić kontrahenta do niebotycznego wysiłku, wymagając spełnienia wielu warunków, zanim dokona zamknięcia.

Oto warunki, które widuje się najczęściej:

- **Brak naruszeń** (ang. *no breach*). Wykonanie umowy nie jest wymagane, jeżeli druga strona naruszyła przyrzeczenia lub oświadczenia złożone w umowie.
- **Powtórzenie oświadczeń** (ang. *bringdown of representations*). Przy zamknięciu transakcji może być wymagane powtórzenie oświadczeń złożonych pierwotnie przy podpisywaniu umowy. (Patrz podrozdział 2.2.5.).
- **Poświadczone dokumenty organizacyjne** (ang. *certified organizational documents*). Od podmiotów często wymaga się, aby dostarczyły odpisy swoich świadectw rejestracji spółki, regulaminy wewnętrzne (ang. *by-laws*) i inne dokumenty organizacyjne poświadczone za zgodność przez urzędnika w jurysdykcji, pod którą podlega organizacja, lub przez członka wyższego kierownictwa danego podmiotu.
- **Dowody na działania organów spółki lub inne czynności** (ang. *evidence of corporate or other action*). Czasami spółki muszą dostarczyć dowodów na działania podjęte przez zarząd, zezwalających na sporządzenie, podpisanie i wykonanie umowy. Podmioty nieposiadające osobowości prawnej będą musiały dostarczyć podobnych, odpowiednio zatwierdzonych dowodów.
- **Wykaz osób uprawnionych do reprezentowania spółki i podpisywania dokumentów w jej imieniu** (ang. *incumbency certificate*). Jest to świadectwo podpisane przez członka wyższego kierownictwa danego podmiotu, potwierdzające autentyczność podpisów członków zarządu podpisujących umowę.
- **Zgody urzędowe** (ang. *governmental approvals*). Jeżeli transakcja określona daną umową wymaga zgody ze strony aparatu państwowego, żadna ze stron nie będzie się chciała zobowiązać do zamknięcia transakcji, o ile taka zgoda nie zostanie uzyskana.

- **Zgody osób trzecich** (ang. *third party consents*). Obie strony będą również chciały, aby wszystkie istotne zgody osób trzecich zostały uzyskane przed zamknięciem transakcji.
- **Opinie prawne** (ang. *legal opinions*). Są to pisma prawników jednej strony umowy zaadresowane do drugiej strony, opisujące wnioski prawne dotyczące danej transakcji.

2.4.4. Kiedy warunki zostają spełnione?

Wiele umów przewiduje spełnienie warunków w jednym momencie – przy zamknięciu transakcji. Przykładowo umowa emisji niepublicznej papierów wartościowych (ang. *private placement of equity securities*) będzie przewidywać emisję papierów, kiedy spełnione zostaną wszystkie warunki zawieszające. Inne umowy, wymagające wykonania więcej niż raz, mogą zawierać osobne zestawy warunków przed każdym wykonaniem. Przykładem będzie umowa kredytu odnawialnego, która zezwala na wielokrotne zaciąganie kredytu. Tego rodzaju umowy będą zawierać zestaw warunków zamknięcia odnoszących się do pierwszego zaciągnięcia kredytu lub zamknięcia transakcji, a oprócz tego dodatkowo, zwykle krótsze zestawy warunków, które muszą zostać spełnione przez kredytobiorcę przed każdym zaciągnięciem kredytu. Wiele umów stanowi, że jeśli wszystkie warunki zawieszające wykonanie umowy przez jedną ze stron nie zostały spełnione lub strona od nich nie odstąpiła do **określonego, nieprzekraczalnego terminu** (ang. *drop-dead date*), to strona ta może wypowiedzieć umowę. W przypadku braku takiego mechanizmu strona, która musi spełnić warunki, mogłaby w nieskończoność utrzymywać umowę w mocy, czekając na najkorzystniejszy czas dla zamknięcia transakcji.

2.5. Postanowienia dotyczące środków naprawczych (ang. *remedial provisions*)

Co się stanie, jeżeli strony nie wykonają postanowień umowy? Podstawowa, pozbawiona szczegółów umowa może nie zawierać opisu takiej sytuacji. Jak każdy prawnik dowiedział się na studiach, strona pokrzywdzona może wystąpić do sądu o zasądzenie środków naprawczych (naprawienie szkody) za naruszenie umowy w oparciu o prawo ustawowe i precedensowe. Jednakże obcy kontrahenci są zwykle niechętni pozostawianiu takich decyzji sędziemu lub ławie przysięgłych, w związku z czym wiele umów zawiera postanowienia dotyczące środków naprawczych.

Postanowienia o środkach naprawczych składają się z dwóch elementów: opisu zdarzeń, które powodują powstanie prawa do środka naprawczego, oraz opisu środków naprawczych. Tak jak inne części składowe umów postanowienia te różnią się

znacznie w zależności od rodzaju umowy, w jakiej występują, i są często dostosowywane do specyfiki danej transakcji.

2.5.1. Zdarzenia wywołujące środki naprawcze (ang. *triggering events*)

Istnienie postanowień o środkach naprawczych ma przede wszystkim na celu rozwiązanie sytuacji, w której strony nie wywiązały się z operacyjnych postanowień umowy. Postanowienia operacyjne stanowią fundament umowy biznesowej zawartej przez strony. Każda strona będzie chciała mieć możliwość egzekwowania wykonania umowy przez drugą stronę za pomocą zawartego w umowie prawa do egzekwowania środków naprawczych w przypadku niewykonania umowy. Dla przykładu przyjrzyjmy się umowie o zarządzanie nieruchomością komercyjną, w której jedna strona zgadza się zarządzać nieruchomością należącą do drugiej strony w zamian za wynagrodzenie. Właściciel nieruchomości będzie sobie życzył prawa do wypowiedzenia umowy, jeżeli zarządca nie będzie się wywiązywał ze swoich obowiązków w sposób satysfakcjonujący, a zarządca będzie chciał mieć możliwość wycofania się z umowy, jeżeli nie będzie otrzymywał wynagrodzenia.

Ponadto środki naprawcze prawie zawsze pojawiają się w umowie na wypadek naruszenia oświadczeń. Oświadczenia umowne ułatwiają proces gromadzenia i ujawniania informacji, ale ich skuteczność byłaby znacznie mniejsza, gdyby nie istniały środki naprawcze za nieprawdziwe oświadczenia. Podobnie jest z rolą przyrzeczeń umownych. Ich obecność w umowie jest znacznie przydatniejsza, jeżeli umowa opisuje również, co się stanie, jeśli dane przyrzeczenie zostanie naruszone. Dzięki temu strona pokrzywdzona nie musi występować do sądu o egzekwowanie przyrzeczenia w postaci określonego zachowania lub odszkodowania.

Umowa może też określać zdarzenia, które nie stanowią naruszeń, a również wywołują środki naprawcze. Są to często zdarzenia poza kontrolą stron, dlatego niewłaściwe byłoby umieszczanie ich w treści przyrzeczeń pozytywnych lub negatywnych. Oto przykłady tego rodzaju zdarzeń wywołujących środki naprawcze:

- przejście kontroli nad spółką, która jest jedną ze stron umowy, na przykład w drodze przetargowej sprzedaży papierów wartościowych lub procedury przejmowania spółki przez zdobywanie pełnomocnictw akcjonariuszy do głosowania (ang. *proxy contest*);
- zmiana oceny zdolności kredytowej strony umowy;
- wyroki lub nakazy/zakazy sądowe przeciwko stronie umowy;
- złożenie wniosku o upadłość strony umowy;
- ogłoszenie niewywiązania się z płatności lub przyspieszenia terminu płatności z tytułu innych umów.

[Przejdź do księgarni →](#)



ksiegarnia.beck.pl