

УКАЗАТЕЛЬ СОКРАЩЕНИЙ

Нормативные правовые акты и материалы судебной практики

АПК РФ — Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ

ГК РФ — Гражданский кодекс Российской Федерации, часть первая от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ; часть вторая от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ; часть третья от 26 ноября 2001 г. № 146-ФЗ; часть четвертая от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ

Закон об АО — Федеральный закон от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах»

Закон об ООО — Федеральный закон от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»

Закон о банкротстве — Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»

Закон о государственных и муниципальных предприятиях — Федеральный закон от 14 ноября 2002 г. № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях»

Закон о государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей — Федеральный закон от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей»

Закон о защите конкуренции — Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»

Закон о рынке ценных бумаг — Федеральный закон от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»

Закон о хозяйственных партнерствах — Федеральный закон от 3 декабря 2011 г. № 380-ФЗ «О хозяйственных партнерствах»

Закон об иностранных инвестициях в стратегические отрасли — Федеральный закон от 29 апреля 2008 г. № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства»

Постановление Пленума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. № 62 — Постановление Пленума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица»

Постановление Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 – Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах»

Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 – Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»

Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26 июня 2018 г. № 27 – Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26 июня 2018 г. № 27 «Об оспаривании крупных сделок и сделок, в совершении которых имеется заинтересованность»

ВВЕДЕНИЕ

Дорогие читатели!

Часто в своей профессиональной деятельности мы сталкиваемся с запросом о правовой помощи в структурировании сделок, связанных с продажей или приобретением «бизнеса». Субъекты предпринимательства в качестве одной из самых серьезных угроз для бизнеса рассматривают недостаточную его правовую защиту от недружественных поглощений. Они также очень опасаются ошибок в правовом сопровождении сделок слияния и поглощения, поскольку такие ошибки представляют угрозу для самого существования бизнеса. Во внутренних документах, регламентирующих управление рисками, в которых приводится перечень рисков с оценкой степени их влияния на деятельность организации, именно проблемам приобретения контроля присваивается самая высокая степень оценки риска для бизнеса.

Все это свидетельствует о двойственной потребности владельцев бизнеса и специалистов: с одной стороны — уметь грамотно приобрести бизнес, с другой — защитить свои права при продаже, иными словами, им необходима доступная и достоверная информация о том, как правильно с правовой точки зрения организовать переход бизнеса от одного владельца к другому. Ответом на данную потребность стала серия наших статей по этому поводу¹, которая вызвала живой отклик читателей с вопросами в письмах, на практических семинарах и тренингах по указанной теме. Большой интерес к затронутым проблемам привел нас к мысли о необходимости углубить эту тему как с точки зрения спектра рассматриваемых вопросов, так и подхода к их изложению. В этой монографии мы решили в удобной форме поделиться своими соображениями относительно продажи или приобретения бизнеса, оце-

¹ Филиппова С.Ю., Шиткина И.С. Опцион на заключение договора для отчуждения акций (долей в уставном капитале) // *Хозяйство и право*. 2016. № 3; *Они же*. О возможности и порядке наделения доверительного управляющего корпоративными правами при наследовании доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью // *Нотариальный вестник*. 2015. № 9; *Они же*. Реализация принципа свободы договора при формировании условий договора купли-продажи акций // *Законы России: опыт, анализ, практика*. 2018. № 4; *Они же*. Продажа или приобретение бизнеса: правовое сопровождение сделки // *Хозяйство и право*. 2018. № 4; *Они же*. Особенности недействительности сделок, совершаемых с участием корпораций // *Хозяйство и право*. 2014. № 11.

нить различные правовые средства, используемые на практике, с точки зрения их пригодности для решения задач, возникающих в реальной деятельности, дать необходимые советы предпринимателям и юристам, сопровождающим данную деятельность. В этих целях мы проанализировали большое количество реальных уставов, заключенных договоров и дали практические рекомендации для возможных улучшений этих документов и предотвращения потенциальных ошибок.

Полагаем, что целевой аудиторией этой книги являются юристы корпораций, внешние консультанты, оказывающие правовую помощь в приобретении бизнеса, а также владельцы корпораций и предприниматели, имеющие интерес к правовым вопросам сопровождения сделок *M&A*.

Литература в области приобретения бизнеса на книжном рынке представлена значительным количеством переводных работ, в этом контексте нельзя не отметить известнейшую книгу Стэнли Фостера Рид и Александры Рид Лажу «Искусство слияний и поглощений», пережившую множество переизданий на русском языке. Несомненен значительный вклад этих авторов в выделение и описание отдельных элементов сделки по приобретению бизнеса, однако очевидно, что в условиях российских реалий отнюдь не всеми их советами можно пользоваться — всегда следует помнить о существенных различиях между подходами англо-саксонской правовой семьи, на которой базируется упомянутая работа С.Ф. Рид и А.Р. Лажу, и отечественной правовой системой.

Авторы настоящей книги много лет посвятили решению теоретических и практических проблем, связанных с корпоративным и обязательственным правом. Полагаем, что зачастую искусственное разделение корпоративной и договорной практик во многих корпорациях приводит к тому, что юристы, специализирующиеся на корпоративных вопросах, не в полной мере способны использовать тот арсенал правовых возможностей, которые при сопровождении сделок «слияния и поглощения» дает обновленное гражданское законодательство. Настоящая книга призвана восполнить этот пробел. Еще одной задачей этой книги является предоставление инструкции по коммуникации с внешним консультантом, сопровождающим сделку «слияния и поглощения», обучение читателя-неюриста умению сформировать клиентский запрос, поставить перед внешним консультантом проблему при общем понимании пределов юридически допустимого в данной сфере.

Недооценка возможностей, которые предоставляет российское гражданское законодательство в обновленном варианте, зачастую приводит к неоправданному использованию иностранного права,

«бегству» в зарубежные юрисдикции, что, помимо прочего, приводит к существенному удорожанию проектов.

Теперь несколько слов о структуре и способе изложения материала в книге. В первой главе мы сформулировали общие положения о структурировании сделки и организации работы по продаже или приобретению бизнеса; во второй — описали подготовительные процедуры; третью главу посвятили наиболее типичным условиям договора купли-продажи акций или доли в уставном капитале; в четвертой главе мы рассмотрели исполнение обязательств сторонами и так называемое закрытие сделки, а в последней главе остановились на охране и защите прав субъектов в сделке по купле-продаже бизнеса. По тексту изложения материала мы приводим примеры, выдержки из конкретных документов, сопровождая их своими оценками и комментариями. Очень бы хотели, чтобы ознакомление с этими документами позволило нашим читателям понять логику правового сопровождения сделок по продаже бизнеса, с тем чтобы в дальнейшем самостоятельно моделировать такие сделки исходя из тех хозяйственных задач, которые стоят перед ними в текущей ситуации. Часть документов получена нами из открытых источников, например, из размещенных в сети Интернет документов, предоставленных при раскрытии информации эмитентами акций публичных компаний. При использовании таких документов мы указываем полное наименование организации, на официальном сайте которой содержится указанный документ. Некоторые условия договоров, приведенные в настоящей книге, опубликованы в решениях судов, в таком случае они приводятся «как есть» — в той формулировке, как они процитированы в судебных актах и сопровождаются ссылкой на соответствующий судебный акт. Часть документов не раскрывались в сети Интернет и имеют режим конфиденциальной информации. Организации, предоставившие такие документы, дали согласие на использование отдельных положений этих документов, однако конфиденциальные сведения, содержащиеся в них, не могли быть раскрыты. Поэтому в таких документах заменены фирменные наименования организаций, цена сделки и прочая идентификация, однако сохраняются неизменными формулировки условий, использованные сторонами.

Надеемся, что эта книга найдет своего заинтересованного читателя, и ожидаем обратной связи.

С уважением,
С. Филиппова,
И. Шиткина

ГЛАВА I

ПОНЯТИЕ И ОСНОВНАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА СДЕЛОК ПО ПРИОБРЕТЕНИЮ АКЦИЙ (ДОЛЕЙ)

§ 1. Формы приобретения бизнеса

«Бизнес» как таковой, если понимать его как направление предпринимательской деятельности, не признается самостоятельным объектом права, поэтому задача клиента — купить или продать «бизнес» — изначально нуждается в уточнении. Для подбора правового инструментария при реализации запроса клиента следует, прежде всего, выяснить его цель: что он хотел бы приобрести, т.е. *что именно он понимает под «бизнесом»*. Здесь возможны три базовых варианта, как каждый по отдельности, так и в их совокупности: а) приобретение бизнеса как имущественного комплекса, включающего отдельные объекты движимого и недвижимого имущества; б) приобретение набора исключительных прав, навыков, умений, связей как единого целого, т.е. так называемой бизнес-системы¹; в) приобретение корпоративного контроля над существующей компанией.

Для иллюстрации проблемы неопределенности понятия «бизнес» и сложности в понимании запроса клиента приведем следующие ситуации. Стороны заключили договор, который так и озаглавили: «договор купли-продажи бизнеса». Исследование содержания договора показало, что под «бизнесом» они в данном случае понимали «материальные и нематериальные активы... входящие в состав имущественного комплекса, принадлежащего продавцу, и включающие в себя: доменное имя, доступ к хостингу, пароли и права доступа на административную часть управления интернет-магазином, контакты подрядчиков для работы с сайтом, пароли и логин от рабочей почты, контакты поставщиков»². В другом случае стороны, заключая договор с тем же названием, под «бизнесом» понимали «действующий бизнес, организованный в рамках ЧОП (частного охранного предприятия. — С.Ф., И.Ш.), в том числе права на управление

¹ См.: Пугинский Б.И. Коммерческое право России. М., 2009. С. 286–290.

² Апелляционное определение Московского городского суда от 12 октября 2017 г. по делу № 33-41542/2017.

компанией, права по заключенным компанией договорам аренды, права на сайт в интернете, в том числе права на доменное имя и программное обеспечение, составляющее программный код сайта, а также права на используемые компанией телефонные линии»¹. Еще один договор, названный сторонами «договор купли-продажи объекта бизнеса», предполагал передачу в собственность «экономической хозяйствующей структуры — готового бизнеса», включающего в себя, как указали стороны: 1) устав; 2) мебель, оборудование, движимое имущество по приложенному к договору перечню; 3) право аренды на помещения; 4) указанные в договоре телефонные номера; 5) сайт, указанный в договоре, и его цифровую копию; 6) клиентскую базу.

Справедливости ради отметим, что последний вариант «бизнеса» как объекта продажи вызвал судебный спор об определенности предмета договора, его соответствии закону и возможности продажи².

Перечень примеров можно продолжать, однако вывод очевиден: **под продажей бизнеса практика понимает передачу в распоряжение покупателя различных объектов, которая может быть оформлена с использованием широкого спектра релевантных правовых конструкций.**

Изучение споров, связанных с заключением и исполнением подобных договоров, показывает, что двумя из самых распространенных претензий покупателей, которые оказываются поводом для инициирования судебного спора о ненадлежащем исполнении обязательства, расторжении договора, возмещении убытков, являются: а) требование покупателя к продавцу о прекращении конкурирования в сфере проданного им бизнеса, а также б) выявляющееся фактическое несоответствие приобретенного «бизнеса» ожиданиям покупателя. Это значит, что именно на эти два аспекта приобретения бизнеса следует изначально обращать пристальное внимание еще на стадии избрания модели приобретения «бизнеса». Следует тщательно выяснить действительные ожидания клиента, в частности, в отношении того, планируется сохранение бизнеса за продавцом или он покидает его полностью, насколько важны свойства «бизнеса» и какие именно. Продавец может планировать полностью или частично избавиться от бизнеса либо иметь намерение сохранить свой бизнес, предоставив покупателю право вести аналогичный, может избавляться от нерентабельного актива, а может продавать успешный проект

¹ Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 18 апреля 2017 г. № 33-6942/2017.

² Апелляционное определение Московского городского суда от 20 марта 2017 г. по делу № 33-7883/2017.

«на ходу» с целью извлечения денежных средств для нового проекта и пр. Эти обстоятельства имеют существенное значение и для покупателя — стоит ли ожидать конкуренции от продавца, требуется ли дальнейшее взаимодействие между сторонами после фактической передачи «бизнеса»? *Тщательное выявление запроса клиента — установление его цели и задач, корректировка ожиданий позволят оказать ему качественную юридическую помощь, подобрав надлежащие правовые средства, адекватно отвечающие его потребностям.*

Названные цели приобретения «бизнеса» приводят к трем кардинально различным моделям структурирования сделки: а) продажа имущественного комплекса, б) передача интеллектуальных прав, включая средства индивидуализации без передачи имущества, в) передача корпоративных прав.

Продажа имущественного комплекса. Несмотря на то что ГК РФ оперирует понятием «предприятие», под которым понимается имущественный комплекс, используемый для осуществления предпринимательской деятельности (ст. 132), а также гл. 30 ГК РФ содержит параграф, посвященный продаже предприятия, в реальной практике сделки, которые моделируются именно таким образом, встречаются нечасто. Так, в п. 3.4 Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации, одобренной решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 г., отмечалось, что практика показала невостребованность конструкции предприятия, которое рассматривается как единая недвижимая вещь. Соответствующие нормы предлагалось исключить из ГК РФ. Это положение Концепции не было реализовано, однако конструкция предприятия как единого имущественного комплекса по-прежнему применяется крайне редко. Наше исследование позволило обнаружить несколько примеров, когда действительно сложный объект, включающий объект недвижимости, дебиторскую задолженность, права требования, регистрировался в качестве единого объекта, за которым закрепилось определенное коммерческое обозначение, и в таком виде данный комплекс становился предметом продажи. Но на сегодня такие случаи пока единичны. Это обусловлено весьма непростой процедурой документирования состава такого сложного имущественного комплекса, выделения его среди иных активов продавца, государственной регистрации. Однако все-таки надо иметь в виду, что указанный правовой механизм существует, и полностью сбрасывать его со счетов при подборе правового инструментария для оказания правовой помощи клиенту, заинтересованному в приобретении бизнеса, не следует.

Чаще реализация цели получения имущественного комплекса оформляется заключением множества отдельных договоров купли-продажи движимого, недвижимого имущества, имущественных прав. Каждый договор будет иметь свой правовой режим, соответствующий режиму отчуждаемого объекта, соответственно, для каждого договора будут определяться форма, порядок регистрации перехода права, учета.

Преимущество получения бизнеса как совокупности объектов состоит в так называемом очищении бизнеса от долгов, поскольку при продаже имущества как совокупности вещей и прав долги остаются у продавца. В этом принципиальное отличие такого набора договоров от договора продажи предприятия как имущественного комплекса. В соответствии с законом по обязательствам, включенным в состав предприятия как имущественного комплекса, кредиторы приобретают дополнительные права. В соответствии с п. 2 ст. 562 ГК РФ кредитор, который письменно не сообщил продавцу или покупателю о своем согласии на перевод долга, вправе в течение трех месяцев со дня получения уведомления о продаже предприятия потребовать либо прекращения или досрочного исполнения обязательства и возмещения продавцом причиненных этим убытков, либо признания договора продажи предприятия недействительным полностью или в соответствующей части. При этом если долги были переведены на покупателя без согласия кредитора, то после передачи предприятия покупателю продавец и покупатель несут солидарную ответственность по таким долгам. Очевидно, что это создает правовую неопределенность режима долгов и риски для сторон. Разделение единого имущественного комплекса на части позволяет решить эту проблему.

Вместе с тем разделение имущественного комплекса на отдельные объекты также имеет и ряд недостатков. Так, недостатком рассматриваемого способа продажи бизнеса путем отчуждения отдельных объектов имущества является невозможность передачи лицензий на осуществление предпринимательской деятельности и других государственных разрешений (согласований), например, подключений к коммуникациям, невозможность сохранения существующих договорных отношений (например, с поставщиками коммунальных услуг), которые могут иметь важное для покупателя значение. Все это связано с личностью продавца и либо вообще неотчуждаемо (лицензии, разрешения, членство в саморегулируемых организациях), либо должно приобретаться дополнительно — например, путем цессии (права требования по договорным обязательствам). Очевидно, что

приобретение здания, мебели и оборудования банка не приведет к возможности покупателя заниматься банковской деятельностью. И, строго говоря, приобретением бизнеса вряд ли является. А лицензия Центрального банка РФ должна быть получена покупателем на себя при соблюдении установленных весьма высоких требований к имуществу, персоналу, членам органов управления и пр. К числу недостатков также стоит отнести неполучение покупателем так называемого гудвилла, т.е. нематериальных активов организации, ее деловой репутации, клиенты, бренда, фирменного стиля. В этом случае также чаще всего не «передается» трудовой коллектив со сложившимися навыками, связями, корпоративной культурой (хотя если работники переоформят трудовые отношения с покупателем имущества, этот недостаток будет преодолен). Зачастую в случае приобретения активов покупателю приходится выстраивать бизнес самостоятельно на базе переданных активов, руководствуясь собственным коммерческим опытом. В некоторых сферах деятельности с высокой долей интеллектуальных активов (в высокотехнологичных сферах с использованием изобретений, новых технологий, других результатов интеллектуальной деятельности) либо с высокой конкуренцией при стандартном качестве товаров, работ услуг, где велико значение бренда, такой недостаток становится весьма существенным.

Передача прав (интеллектуальных прав, включая средства индивидуализации) без передачи имущества. Для многих сфер основную ценность представляют именно нематериальные активы, и приобретение бизнеса может означать для клиента в первую очередь получение доступа к использованию этих активов в своей предпринимательской деятельности. Такие сделки могут быть опосредованы лицензионными договорами, договорами об отчуждении интеллектуальных прав, договорами франчайзинга (если передается вся система ведения бизнеса). В этом случае имущество, цеха, оборудование предприниматель приобретает за рамками договора об интеллектуальных правах или использует имеющиеся.

Передача прав по лицензионным договорам, договорам франчайзинга (коммерческой концессии) позволяет продавцу сохранить свой бизнес за собой, расширив рынки сбыта товара. Более того, на определенном этапе субъект, разработавший эту бизнес-модель, основные доходы нередко получает не от непосредственного осуществления деятельности, а от продажи франшизы.

При использовании указанного способа, по сути, ни о каком «отчуждении» бизнеса речь не идет. Приобретение права на ведение

предпринимательской деятельности в определенной сфере с использованием обозначений, технологий и прочего осуществляется без утраты соответствующего права у лица, предоставляющего такое право. Одна из приведенных моделей — франчайзинг — приводит к «умножению» бизнеса, а не к его переходу. Из всех анализируемых в настоящем параграфе способов отчуждения «бизнеса» только данный способ имеет такое свойство, что можно считать одновременно «плюсом» и «минусом» этой модели. Вопрос о приемлемости сохранения на рынке субъекта, предоставившего соответствующие права, и даже потенциальной возможности продать ту же модель еще много раз должен быть решен покупателем исходя из оценки конкретного рынка. С точки зрения правового сопровождения рассматриваемой модели договора следует обращать внимание на согласование условий о потенциальной конкуренции сторон на одном рынке, необходимости ограничения возможности правообладателя предоставлять права снова (с помощью установления запретов или ограничений — исключительная лицензия, ограничение объема, территории использования и пр.). Формальная сторона договора франчайзинга различна в зависимости от состава передаваемой бизнес-системы. Если в нее включены объекты, охраняемые патентами, или иные объекты, права на которые зарегистрированы, то и передача таких прав требует соответствующих регистраций.

Эта книга посвящена третьему способу приобретения бизнеса *посредством приобретения корпоративных прав через приобретение акций (долей в уставном капитале) хозяйственного общества*. С точки зрения имущественного оборота субъект права в этом случае сохраняется, однако корпоративное управление этим субъектом переходит к другому лицу.

Основным преимуществом такого варианта приобретения бизнеса является то, что во внешнем мире — для контрагентов, клиентов, работников, государственных и муниципальных органов, с которыми взаимодействует юридическое лицо, по сути, ничего не меняется: действуют и исполняются контракты; для клиентов, третьих лиц и кредиторов контрагент и обязательства остаются теми же; работники продолжают трудовые отношения с той же организацией. Однако имеются и недостатки: все дефекты и проблемы приобретаемого бизнеса, если таковые имеются, сохраняются и становятся проблемами покупателя. Именно поэтому правовая помощь при использовании такого варианта должна концентрироваться на использовании правового инструментария снижения рисков для сторон, важное значение приобретают