

## УСЛОВИЯ ДОГОВОРА О СОВМЕСТНОМ ПРЕДПРИЯТИИ<sup>1</sup>. Статья 2



**Каримуллин Р.И.**

К.ю.н., LL.M., магистр  
частного права,  
адвокат, Адвокатский  
кабинет Каримуллина Р.И.  
(Адвокатская палата  
г. Москвы)

Автомобильная компания «Форд Мотор Компани» была создана Генри Фордом при участии братьев Джона и Хораса Додж в 1903 году. Развитие компании, третьего проекта Форда, стало особенно успешным: к 1923 году «форды» составляли более половины всех машин на улицах Америки. Первое время компания регулярно выплачивала акционерам небольшие дивиденды по обычным акциям и дополнительно распределяла специальные дивиденды, которые по размеру существенно превосходили первые. В 1915 году совет директоров компании под председательством Форда, который владел 58% акций компании, отказался объявлять специальные дивиденды<sup>2</sup>. Существенную часть полученной прибыли он предложил инвестировать в строительство нового завода и расширение рабочих мест. Более того, было решено снизить цену на автомобили, дабы стимулировать спрос потребителей и увеличить производство, и в следующем году это решение директоров привело к сокращению прибыли.

Братья Додж, совместно владевшие 10% акций, в 1913 году открыли свою собственную автомобильную компанию, конкурировавшую с Фордом, и вышли из совета директоров его компании. В конце 1916 года они предъявили иск, в котором потребовали полностью выплатить дивиденды и запретить строительство нового завода.

В итоге суд кассационной инстанции удовлетворил лишь требования по дивидендам. Суд сформулировал стандарт исполнения обязанностей директоров (standard of conduct), указав, что корпорация созда-

<sup>1</sup> Продолжение. Начало см. в № 10 (125) за 2014 год.

<sup>2</sup> В корпоративном праве США полномочие объявлять дивиденды и устанавливать их размер отнесено к компетенции (одноуровневого) совета директоров (см. § 170 Общего закона штата Делавер о корпорациях (Delaware General Corporation Act), § 6.23 Модельного закона США о бизнес-корпорациях (Model Business Corporation Act)).

Таким образом, если иностранная (например, российская) компания решает создать СП в США, нужно быть готовым к тому, что решение о распределении прибыли среди акционеров будут в итоге принимать директора СП.

ется и осуществляет деятельность для извлечения прибыли в интересах акционеров и что основной обязанностью директоров, в том числе при принятии решения о ее распределении, является обязанность добросовестно обеспечить достижение этой цели, максимизировать прибыль, чему явно противоречат действия, направленные на ее уменьшение, или отказ объявить дивиденды, чтобы направить прибыль на какие-то другие, даже и социально одобряемые цели<sup>3</sup>.

Несмотря на то, что указанный спор стал классикой американского корпоративного права, разногласия партнеров о дивидендах по-прежнему часто приводят совместные предприятия (далее — СП) к фатальному концу, если, как в вышеуказанном споре о корпоративном контроле, они изначально не согласовали четкие условия о порядке распределения чистой прибыли. Небольшие компании вступают в переговоры о создании СП в надежде привлечь инвестиции, которые быстро окупятся. Транснациональные компании

могут позволить себе ожидать возврата инвестиций более длительное время. Хотя конфликт интересов кажется неизбежным, сторонам легче найти компромиссное решение на стадии согласования условий договора о СП.

Среди прочего, стороны могут договориться не голосовать о распределении прибыли в течение некоторого первоначального периода, по истечении которого обязуются проголосовать за распределение полученной чистой прибыли в полном или фиксированном размере (например, 60–80%). В качестве дополнительных условий могут быть названы подтверждение финансовых результатов СП заключением аудитора либо обязательный возврат займа участнику-займодавцу и т.д. Какие другие условия, помимо условия о дивидендах, включают в договор о СП? Исчерпывается ли предмет регулирования договора о СП корпоративными вопросами? Можно ли договор о корпоративном совместном предприятии (договор о СП) и корпоративный договор признать равнозначными?

## Правовая природа договора

Если начать с последних двух вопросов, то следует признать, что договор о СП хотя и основан на корпоративном договоре, все-таки не тождественен ему. По своему содержанию договор о СП обычно шире и включает, помимо элементов соглашения участников (акционерного соглашения), также иные условия.

Корпоративно-правовые вопросы играют в договоре о СП первостепенную роль. Но не меньшее значение для успешной реализации проекта по СП могут иметь другие обязательства сторон, связанные с конкретными коммерческими условиями реализации проекта. Например — обязательства отдельных участников предоставить СП заемное финансирование, участок для размещения производства,

организовать передачу прав на товарные знаки и технологии, организовать сертификацию продукции на российском рынке, не конкурировать на рынке СП и другие. В договоре о СП отражаются все существенные условия будущей совместной деятельности партнеров, не только корпоративно-правовые.

Договор о СП детализирует коммерческие параметры совместного проекта. Необходимо четко определить предмет деятельности СП, конкретизировать товары, работы и услуги, которые будет производить СП, очертить территориальную сферу действия СП. К договору о СП часто прикладывается бизнес-план СП (иногда с перспективой на несколько лет). Даже если бизнес-план и не рассматривается как

<sup>3</sup> Dodge v. Ford Motor Co. 204 Mich. 459; 170 N.W. 668.

юридически обязательный документ, за неисполнение которого могут быть применены какие-либо санкции к сторонам, он, тем не менее, играет важную индикативную роль, обеспечивая единообразное понимание коммерческих целей и предмета деятельности СП каждой из сторон договора с самого начала проекта.

Принимая во внимание публичный характер устава общества, доступ к содержанию которого открыт через ЕГРЮЛ любым лицам, стороны в полной мере используют конфиденциальный характер договора о СП для изложения коммерческих условий проекта. Как пишет исследователь Р.Ч. Уолф, «устав общества фиксирует лишь общие условия и не регулирует таких частных вопросов, как, например, годовой бюджет, ограничения по расходованию средств, предельные размеры трудовых воз-

награждений, какой бизнес-план согласован на следующие 5 лет. Эти вопросы — не для широкой публики, а также не для раскрытия конкурентам, что было бы неизбежно в случае их включения в устав, подлежащий регистрации и доступный третьим лицам»<sup>4</sup>.

Поскольку СП сопряжено с совместной деятельностью субъектов разных юрисдикций, в содержание договора о СП включаются оговорки о применимом праве и порядке разрешения споров (в частности, (мультимодалная) арбитражная оговорка или пророгационное соглашение), условие о форс-мажоре (которое с учетом текущих экономических санкций приобретает особое значение для российских СП) и другие условия, учитывающие присутствие иностранного элемента. В корпоративном договоре такие условия обычно отсутствуют.

## Корпоративно-правовые условия договора о СП

В соответствии с п. 1 ст. 67.2 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) участники хозяйственного общества или некоторые из них вправе заключить между собой договор об осуществлении корпоративных (членских) прав (корпоративный договор), в соответствии с которым они обязуются осуществлять эти права определенным образом или воздерживаться (отказываться) от их осуществления, в том числе права:

- голосовать определенным образом на общем собрании участников общества (например, за распределение чистой прибыли в указанном размере или за кандидатов в органы общества);

- согласованно осуществлять иные действия по управлению обществом (в частности, по ликвидации общества при наступлении дедлока, что, помимо положительного голосования на собрании участников, может также потребовать иных заранее оговоренных действий, включая уведомление регистрирующего органа и т.д.);
- приобретать или отчуждать доли в уставном капитале (акции) общества по определенной цене или при наступлении определенных обстоятельств (по условию о пут- или колл-опционе соответственно), либо
- воздерживаться от отчуждения долей (акций) до наступления определенных обстоятельств (в том числе в целях обеспечения запрета на выход из ООО в течение определенного периода).

## Условия, запрещенные для включения в договор о СП

- а) **Запрет голосовать по указанию других органов общества.**

Абзац 1 п. 2 ст. 67.2 ГК РФ запрещает включать в договор о СП условия, обязывающие

<sup>4</sup> Ronald Charles Wolf, *The Complete Guide to International Joint Ventures with Sample Clauses and Contracts*. – Third Edition. Wolters Kluwer, 2011, p. 252.

его участников голосовать в соответствии с указаниями органов общества (в частности, единоличных исполнительных органов, членов наблюдательного совета или правления). Условия корпоративного договора, противоречащие этому запрету, признаются ничтожными на основании абз. 2 п. 2 ст. 67.2 ГК РФ. Известная свобода маневра здесь может быть ограничена только по отношению к другим участникам (на основании договора о СП) или также иным заинтересованным лицам, участвующим в корпоративном договоре (например, к кредитующему банку и/или залогодержателю акций), которые, отдавая указание, не действуют в качестве иного органа СП.

#### б) Запрет определять структуру органов общества и их компетенцию.

Как указано в абзаце 1 п. 2 ст. 67.2 ГК РФ,

« корпоративный договор не может обязывать его участников голосовать в соответствии с указаниями органов общества, определять структуру органов общества и их компетенцию. »

Вышеуказанный запрет не нарушается, если согласованный проект устава будущего СП приложен к договору о СП. Изложенный подход оправдал себя в практике, поскольку позволяет обсуждать все условия реализации проекта и фиксировать их одновременно без отрыва друг от друга и не возвращаться к обсуждению согласованных вопросов, если уч-

редительное собрание проводится некоторое время спустя после подписания договора о СП.

Следуя абз. 3 п. 2 ст. 67.2 ГК РФ, договор о СП может установить обязанность его сторон проголосовать на общем собрании участников за включение в устав общества положений, определяющих структуру органов общества и их компетенцию, если в соответствии с ГК РФ и законами о хозяйственных обществах допускается изменение структуры органов общества и их компетенции уставом общества.

СП развивается, и избранная на момент создания СП модель управления обществом может перестать быть актуальной по разным причинам, например, вследствие выбытия участника СП, по причине дополнительного финансирования и вступления в договор кредитора, в связи с решением о продаже бизнеса или подготовкой предприятия к IPO (и согласованным введением в наблюдательный совет независимых директоров) и т.д. Договор о СП может установить обязанность сторон проголосовать за необходимые изменения устава, в том числе вызванные изменениями договора о СП, который в отношениях между сторонами пользуется преимуществом. Напомним, что в силу п. 7 ст. 67.2 ГК РФ стороны корпоративного договора не вправе ссылаться на его недействительность в связи с его противоречием положениям устава хозяйственного общества.

## Распределение долей и различный объем полномочий

Договор о СП обычно фиксирует процентное соотношение долей (акций) партнеров в уставном капитале. Включаются также сведения о номинальном размере их долей в уставном капитале СП, а также о размере и формах вкладов, которые могут вноситься поэтапно, в том числе путем увеличения уставного ка-

питала, в соответствии с планом-графиком, установленным в договоре.

С распределением корпоративного контроля прямо перекликается вопрос об объеме полномочий участников, который, по общему правилу, определяется пропорционально их до-

лям в уставном капитале, а в контексте права голосовать — по принципу «одна акция - один голос» (one share – one vote).

Иной объем правомочий участников непубличного хозяйственного общества в соответствии с предложением 2 абз. 2 п. 1 ст. 66 ГК РФ может быть предусмотрен уставом общества, а также корпоративным договором при условии внесения сведений о наличии такого договора и о предусмотренном им объеме правомочий участников общества в ЕГРЮЛ.

Указанное правило допускает условия о диспропорциональном распределении полномочий и, в частности, голосов: доли либо акции непубличного АО, принадлежащие отдельным участникам, могут устанавливать ограниченное или, наоборот, увеличенное количество голосов (многоголосые акции; multiple voting / weighted vote) по сравнению с остальными долями (акциями).

Данные явления в контексте соотношения с принципом пропорционального распределения полномочий именуется средствами расширения (корпоративного) контроля (control enhancing mechanisms), поскольку позволяют участнику увеличить количество голосов (контроль) без необходимости осуществлять дополнительные инвестиции, которые были бы необходимы в случае пропорционального распределения прав.

Например, участник общества, одновременно являющийся его руководителем и передающий часть доли иностранному инвестору, при создании СП может защитить себя от риска увольнения и договориться о том, что по вопросу о его досрочном освобождении и изменении устава принадлежащие ему акции (доли) голосуют в кратном порядке по отношению к остальным

акциям (долям), например, по принципу одна акция (доля) — пять голосов. Подобное условие получило признание, в частности, в английском праве, где по имени сторон спора в известном судебном прецеденте называется «оговоркой Бушелла-Фейса» (Bushell v Faith<sup>5</sup> clause).

В обществах с ограниченной ответственностью подобный механизм непропорционального распределения корпоративного контроля был возможен и ранее. Что касается непубличных акционерных обществ, в перспективе в российской практике этот механизм может быть реализован в непубличных акционерных обществах в форме выпуска и размещения в пользу такого руководителя многоголосых привилегированных акций, предоставляющих право голоса исключительно по данному вопросу.

Зачем здесь понадобятся привилегированные акции? Почему бы не наделить отдельных акционеров «особыми» правами? Ответ — в действующих ограничениях законодательства. В частности, ст. 2 Федерального закона «О рынке ценных бумаг» от 22.04.1996 г. № 39-ФЗ указывает на то, что все акции одного выпуска предоставляют своим владельцам равные права.

Многоголосые акции получили признание не во всех юрисдикциях, включая те, где они первоначально были допущены к обращению. Так, например, скептическое отношение, вызванное несоответствием возможного контроля владельцев многоголосых акций их реальному участию в оплате капитала и рисках АО, привело к запрету их выпуска<sup>6</sup> в ФРГ в 1998 году и прекращению обращения многоголосых акций с 2003 года. Но и в Германии участники ООО (доминирующей формы непубличных обществ) могут по своему усмотрению определять в уставе общества размер долей, предоставляя некоторым участникам повышен-

<sup>5</sup> Bushell v Faith, [1970] A.C. 1099 (House of Lords, 16.12.1969).

<sup>6</sup> «Многоголосые акции не допускаются» (§ 12 (абз. 2) Акционерного закона ФРГ от 06.09.1965 г. (в редакции Закона от 16.07.1998 г.) (BGBl. I S. 1842)); см. также § 5 Вводного закона к Акционерному закону ФРГ (в редакции Закона от 09.06.1998 г.) (BGBl. I S. 1242).

ное количество голосов без привязки к номинальной стоимости оплаченного вклада<sup>7</sup>.

Во многих европейских странах многоголосые акции активно используются даже в публичных компаниях (особенно в Швеции (59%), Франции (58%) и Нидерландах (41%)<sup>8</sup>). В США именно крупнейшая фондовая биржа NYSE впервые сформулировала правило «одна акция — один голос» и определила его в качестве обязательного условия для листинга в 1926 году (то есть еще до принятия Федеральных законов о ценных бумагах и фондовых биржах 1933 и 1934 годов, куда это правило затем перекочевало), но в 1986 году отказалась от его использования и в настоящее время допускает выпуск публичными обществами также и многоголосых акций. В Англии провалились обе попытки ввести указанное правило для публичных обществ, имевшие место с 1962 года (вследствие противоречия свободе договора)<sup>9</sup>.

К сходному с диспропорциональным распределением голосов результату может привести определение в договоре о СП максимальной доли участника в уставном капитале ООО (пп. 7 п. 3 и п. 4 ст. 66.3 ГК РФ). Для устава АО аналогичное правило ранее введено в абз. 12 п. 3 ст. 11 Закона об АО.

Условие, устанавливающее максимальную долю участия (voting right ceiling), может быть использовано в целях ограничения количества голосов иностранного участника, доминирующего в экономическом отношении. В

случае ее превышения разница с фактической долей не учитывается при голосовании. Выходит, что, если максимальную долю установить в размере 30%, любое решение даже мажоритарного участника с долей 70% может быть успешно заблокировано миноритариями, совместно владеющими 30%.

Такой подход может оказаться более справедливым и соответствующим реальному вкладу обеих сторон в успех СП, например, в ситуациях, когда миноритарный участник, хотя и не вносит большую часть средств, предлагает связи и экспертные знания рынка, благодаря которым СП получает важный долгосрочный проектный договор с ключевым заказчиком или побеждает в государственном тендере, либо предоставляет СП лицензионные права на уникальную технологию, известный бренд и т. д.

Использование максимальной доли эффективно защищает против недружественных поглощений и растраты имущества мажоритарным участником (особенно если тот аффилирован с конкурирующей компанией). Этот инструмент активно используется в корпоративных документах крупных компаний, чтобы защититься от поглощения иностранным инвестором (в дополнение к публично-правовым мерам по защите стратегических предприятий, СМИ и др.) и оставить под контролем локальных участников. Вместе с тем, устраняя потенциальную возможность наращивать корпоративный контроль, данное условие снижает эффективность мониторинга за деятельностью исполнительных органов.

## Гарантии и заверения

Если СП создается с использованием существующей российской компании (например, путем покупки доли иностранным инвестором или внесения вклада в уставный капитал и при-

ема нового участника в общество), в договор о СП могут быть включены гарантии и заверения российского участника относительно существенных элементов его правоспособности,

<sup>7</sup> Zöllner, § 47 RdNr 43, in Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 17. Aufl., München, C.H. Beck, 2000, S. 993.

<sup>8</sup> Renée Adams, Daniel Ferreira, One Share – One Vote: The Empirical Evidence, in: Review of Finance (2008), p. 55.

<sup>9</sup> Gower & Davies' Principles of Modern Company Law, 9th ed. by Paul L. Davies, Sarah Worthington, Eva Micheler, 2012, p. 864.

наличия лицензии<sup>10</sup>, правового статуса имущества и др. Последний заверяет иностранного партнера в том, что на момент заключения договора отсутствуют обстоятельства, препятствующие заключению договора.

В случае если условие о заверениях и гарантиях включено в содержание договора о СП, подчиненного российскому праву, оно пользуется исковой защитой на основании положений о сделке, совершенной под влиянием существенного заблуждения, которое предполагается, если сторона заблуждается в отношении обстоятельства, которое она упо-

минает в своем волеизъявлении или из наличия которого она с очевидностью для другой стороны исходит, совершая сделку (пп. 5 п. 2 ст. 178 ГК РФ).

На этом основании может быть успешно оспорен договор продажи акций, если решение покупателя приобрести их напрямую зависит от обстоятельств, которые непосредственно отражены в договоре и в отношении которых покупателю даны не соответствующие действительности заверения и гарантии: в одном из споров продавец скрыл риски возбуждения процедур банкротства<sup>11</sup>.

## Правовой и комплаенс-дью-дилидженс

Созданию СП может также предшествовать полномасштабный правовой дью-дилидженс компании, используемой в качестве проектной компании<sup>12</sup>, или компании-контрагента, особенно если она контролируется физическими лицами. Результаты проверки отражаются в содержании договорных гарантий и заверений.

С учетом корпоративных комплаенс-программ и принимая во внимание текущие торговые санкции США и ЕС, некоторые западные компании проводят также специальный комплаенс-дью-дилидженс (включающий, помимо проверки документации, также собеседования с

ключевыми менеджерами российского контрагента или компании-субстрата будущего СП). Иногда, несмотря на большой первоначальный интерес, иностранная компания отказывается продолжать переговоры по СП по результатам проведенного комплаенс-дью-дилидженс.

Угроза серьезных уголовно-<sup>13</sup> и гражданско-правовых штрафов, которые могут быть применены к иностранной компании в случае нарушения запретов, взыскания в доход государства всей прибыли, полученной в связи с нарушением закона об антикоррупционной деятельности<sup>14</sup>, репутационные риски на рынке

<sup>10</sup> Пункт 5 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 26.02.2013 г. № 156 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений»: суд не увидел нарушения публичного порядка в решении иностранного арбитража, которым удовлетворен иск иностранного дистрибьютора, основанный на недостоверном заверении российской компании о наличии у нее лицензии на распространении продукции в аптеках.

<sup>11</sup> Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 10.07.2014 г. № 09АП-19473/2014.

<sup>12</sup> Правоприменительная практика рассматривает в качестве обычая делового оборота (ст. 5 ГК РФ) проведение правового дью-дилидженс при покупке крупного пакета акций (в рассмотренном случае речь шла о приобретении 70% акций уставного капитала эмитента) (постановления Третьего арбитражного апелляционного суда от 09.08.2012 № А74-4582/2011 и № А74-4581/2011).

<sup>13</sup> В случае нарушения Закона США «О противодействии коррупции на территории иностранных государств» 1977 года (The Foreign Corrupt Practices Act; FCPA), инкорпорированного в Раздел 15 Свода законов США (U.S.C.), американские корпорации могут быть привлечены к уголовной ответственности в размере до 25 миллионов долларов США при однократном нарушении норм о раскрытии информации (15 U.S.C. §§ 78ff-(a)) и до 2 миллионов долларов США при однократном нарушении норм о взяточничестве (15 U.S.C. §§ 78dd-2(g), -3(e)).

<sup>14</sup> В первом подобном деле в 2004 году Комиссия по ценным бумагам и фондовым биржам США (SEC) взыскала в доход государства 5,9 миллионов долларов США с швейцарского концерна ABB Ltd. (SEC v. ABB Ltd. in: No. 1.04 CV 11141 [RWB] (U.S.D.C., D.D.C.)).

капиталов и личная уголовная ответственность должностных лиц<sup>15</sup> компании могут с лихвой перевесить преимущества и выгоды от деятельности СП.

Например, в контексте соблюдения норм FCPA особому контролю подлежат СП, создаваемые американским участником с государственными предприятиями, если в качестве вклада в уставный капитал вносятся требования по заключенным договорам, если доля американского участника в уставном капитале СП превышает 50% или даже если контрагент осуществляет деятельность в России. В перечисленных случаях американскому участнику рекомендуют до

создания СП или закрытия сделки провести комплаенс-дью-дилидженс.

В случае сомнений, возникших по результатам дью-дилидженс, американская компания может обратиться в Министерство юстиции США (Department of Justice, DOJ) за положительным разъяснением во избежание уголовной ответственности. Данный орган скорее всего не выдаст положительного разъяснения, если иностранный контрагент предоставляет заверения и гарантии лишь о соблюдении локального антикоррупционного законодательства (без ссылки на FCPA). В этом случае сохраняется риск привлечения американского участника к ответственности.

## Соглашение не конкурировать

Участники СП могут быть особенно заинтересованы в том, чтобы ограничить взаимную конкуренцию в период создания и существования СП, а также после прекращения действия договора о СП. Иногда СП создается предприятиями, которые до его создания конкурировали друг с другом. Примером последнего может послужить «Роял Датч Шелл», совместное предприятие, созданное нидерландской и британской нефтяными компаниями в 1907 году, а ныне одна из крупнейших<sup>16</sup> компаний мира.

В связи с этим стороны могут договориться об отказе от производства или самостоятельной реализации товара на рынке, на котором будет действовать СП, либо от приобретения долей в уставном капитале компаний, конкурирующих с СП. Сюда же примыкают обязательства не использовать в своих интересах технологии, полученные от партнера или разработанные СП. Наконец, в этой связи стороны также обязуются не переманивать у партнера коммерческих контрагентов и работников.

В качестве санкций за нарушение данных обязательств стороны могут установить право на взыскание компенсации (ст. 32.1 Закона об АО) или неустойки, а также право на одностороннее расторжение договора о СП.

Компенсация, упоминаемая в ст. 32.1 Закона об АО, могла бы быть установлена двумя способами: как фиксированная сумма, указанная в рублях или валютном эквиваленте, либо как сумма, определяемая по указанной в договоре формуле расчета прогнозируемых убытков. Условно говоря, стороны могли бы предусмотреть, что в случае нарушения запрета нарушитель будет обязан уплатить потерпевшему компенсацию в размере, например, одного миллиона рублей. Конкретный размер компенсации должен быть не номинальным, а реально высоким, ощутимым для стороны, против которой направлен, чтобы лишить ее каких-либо стимулов для нарушения. Если сторона нарушает условие о неконкуренции и, например, организывает параллельное производство и сбыт аналогичного товара а

<sup>15</sup> В виде лишения свободы до 20 лет (15 U.S.C. §§ 78ff-(a)).

<sup>16</sup> Вторая компания в рейтинге Fortune Global 500 с оборотом около 460 миллиардов долларов США (по состоянию на 31.01.2014 г.): <http://fortune.com/global500/royal-dutch-shell-2/>.



использованием ноу-хау, полученного от партнера, СП (как и указанный партнер-лицензиар, в том числе через СП) могут быть лишены значительной части прибыли.

В случае договора о СП, заключаемого между прямыми конкурентами на определенном товарном рынке (то есть в виде горизонтального соглашения), существует риск признания данного условия картельным соглашением и применения серьезных санкций, включая оборотные штрафы и дисквалификацию (ч. 1 ст. 14.32 КоАП РФ). Указанные условия необходимо тщательно проверять на соответствие ч. 1 ст. 11 и ст. 13 Федерального закона «О защите конкуренции» от 26.07.2006 г. № 135-ФЗ и при необходимости согласовывать в установленном порядке.

В соответствии с разъяснениями<sup>17</sup> антимонопольного органа условия о неконкуренции, включенные в договор о СП, следует признавать соответствующими требованиям антимонопольного законодательства, если они удовлетворяют в совокупности следующим условиям:

- 1) соответствуют целям совместной деятельности;
- 2) не распространяются на иные товарные рынки помимо тех, на которых действуют стороны договора о СП (т.е. затрагиваемый товарный рынок и смежные с ним рынки);
- 3) ограничены во времени периодом, необходимым для обеспечения возврата инвестиций сторон (который, как правило, не превышает 5 лет) и получения ими прибыли (в последующие 1–2 года);
- 4) не предусматривают обмена информацией, который может облегчить поддержание картеля или осуществление ограничивающих конкуренцию согласованных действий.

Как видно из приведенных разъяснений ФАС, они содержат критерии, которыми антимонопольный орган руководствуется при анализе договоров о СП. Одновременно они помогают участникам рынка найти ответ на вопрос, соответствует ли договор о СП антимонопольному законодательству, и при необходимости скорректировать условие о неконкуренции.

## Существенные договоры

Договор о СП нередко выступает рамочным договором по отношению к остальным соглашениям (ancillary agreements), заключаемым в связи с СП. В договор включаются обязательства сторон заключить наиболее существенные договоры с участием будущего СП или обеспечить их заключение. Это могут быть, например:

- договоры поставки сырья, комплектующих в СП или сбыта готовой продукции ключевым покупателям;
- лицензионные договоры;
- договоры аренды офиса и оборудования;
- договоры строительного подряда;
- дистрибьюторские и агентские договоры;

- договоры об оказании услуг управляющей организации, трудовые договоры с директорами и другие.

Проекты договоров, наиболее существенных для жизнедеятельности СП, рекомендуется приложить к договору о СП. Иногда стороны откладывают согласование их условий на потом («договоримся позже на обычных (рыночных) условиях»). Но, как показывает практика, в последующем согласование документов может отнять больше времени и ресурсов, чем обсуждение условий самого договора о СП, либо вообще сорвать весь проект. Поэтому в хорошо подготовленном СП все документы согласовывают одним пакетом.

<sup>17</sup> Раздел V Разъяснений по порядку и методике анализа соглашений о совместной деятельности, изданных Федеральной антимонопольной службой 07.08.2013 г. и опубликованных на ее официальном сайте: [http://www.fas.gov.ru/clarifications/clarifications\\_30419.html](http://www.fas.gov.ru/clarifications/clarifications_30419.html).