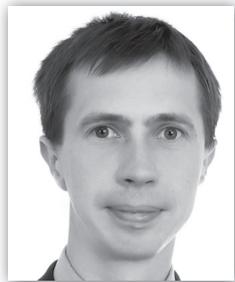


ДОГОВОР О СОВМЕСТНОМ ПРЕДПРИЯТИИ



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

Для чего создают совместные предприятия?

Создавая совместное предприятие (далее — СП), стороны преследуют разнообразные цели. Участие в СП позволяет рационально разделить их финансовые и инвестиционные риски, оптимизировать издержки по оплате труда персонала. Российская сторона получает доступ к технологиям и ноу-хау иностранного партнера (и на новый товарный рынок). Последний в свою очередь может быть заинтересован в расширении географического рынка сбыта продукции, в том числе с использованием опыта и наработанных контактов, которые имеются у локального партнера. В условиях нехватки средств у инвесторов в кризисное время создание СП может выступить разумной альтернативой полномасштабному поглощению.

Обычно совместное предприятие создается для реализации проекта, осуществить который самостоятельно хозяйствующий субъект не может настолько эффективно, как если бы он реализовывал его совместно с другим лицом.

О СП в России говорят, когда хотя бы один из участников предприятия является иностранным¹. В терминах международного частного права это означает, что личный закон хотя бы одного его участника (определяемый страной учреждения юридического лица или гражданства) отличается от личного закона остальных участников.

Основные формы СП

Распространено деление СП на договорные (non-equity/contractual/virtual joint ventures) и корпоративные (equity/corporate joint ventures), в зависимости от того, действует ли СП в качестве отдельного юридического лица, обособленного от своих участников.

¹ В этом смысле термин СП соответствует английскому понятию international joint venture (международное совместное предприятие), используемому в англоязычной литературе в паре с local joint venture (национальное совместное предприятие), под которым в свою очередь подразумевается объединение хозяйствующих субъектов-резидентов, то есть без иностранного элемента.

Корпоративное СП может возникнуть как в результате создания новой организации, так и в отношении ранее учрежденного предприятия, когда новый участник приобретает часть долей в его уставном капитале либо акции (на основании договора купли-продажи или в результате участия в увеличении уставного капитала). В качестве организационно-правовой формы СП чаще всего выбирают непубличные хозяйственные общества, в частности ООО и ЗАО (нишу которых с 1 сентября текущего года начали занимать непубличные АО), что позволяет четко ограничить риски и ответственность участников по долгам СП.

Как показывает практика, не исключено создание СП также в форме хозяйственных товариществ (в частности, товарищества на вере), а также хозяйственных партнерств, но такие случаи немногочисленны.

Договорные СП могут быть основаны, например, на договоре простого товарищества; новое юридическое лицо при этом не учреждается. Чаще всего они создаются на непродолжительное время или для реализации одного проекта. В форме договорных СП могут действовать, например, строительные и тендерные консорциумы; объединения предприятий в целях совместной разработки НИ-ОКР; участники соглашения о проведении совместных работ в нефтегазовой индустрии (СПСР, joint operating agreements).

Договорные СП проще создать и прекратить их деятельность. Основным лейтмотивом при их выборе выступает экономия на расходах, возникающих в связи с созданием отдельной проектной компании. Иногда действительно нет нужды в предоставлении СП каких-либо значительных активов, а также в переводе или найме нового персонала для отдельного юридического лица, в связи с чем СП носит скорее «виртуальный» характер. В

некоторых юрисдикциях договорные СП могут быть более эффективными с налоговой точки зрения.

Вместе с тем, неограниченная личная ответственность участников по общим обязательствам, вытекающим из их совместной деятельности², и отсутствие СП как самостоятельного носителя прав, а также доли в СП как актива, который можно уступить, известный потолок в привлечении финансирования для развития совместного бизнеса (который невозможно вывести на биржу), общий запрет картельных соглашений между конкурентами делают форму договорного СП малопривлекательной для использования. Это относится как к инвесторам СП, так и к его кредиторам, а также к работникам, вовлеченным в проект по реализации СП. В российской практике договорные СП используются редко. Справедливости ради следует отметить, что они не получили широкого практического применения также за рубежом, включая США, Англию и Германию.

По изложенным причинам в данной статье рассматривается договор о корпоративном совместном предприятии (далее — договор о СП), в основе которого лежат соглашение участников ООО (п. 3 ст. 8 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» от 08.02.1998 г. № 14-ФЗ; далее — закон об ООО) и акционерное соглашение (ст. 32.1 Федерального закона «Об акционерных обществах» от 26.12.1995 г. № 208-ФЗ; далее — закон об АО). В зарубежной практике упомянутые договоры безотносительно к выбранной организационно-правовой форме называются соглашениями участников (shareholders agreements).

В российском законодательстве соглашение участников и акционерное соглашение также поименованы общим родовым понятием, а именно — корпоративные договоры. С 1 сентября 2014 года вступа-

² Если договор простого товарищества связан с осуществлением его участниками предпринимательской деятельности, товарищи отвечают солидарно по всем общим обязательствам независимо от оснований их возникновения (п. 2 ст. 1047 ГК РФ).

ют в силу изменения³ к Гражданскому кодексу Российской Федерации (далее — ГК РФ), которые вводят данный термин в отчетственное гражданское законодатель-

ство. Корпоративному договору специально посвящена статья 67.2 ГК РФ, он упоминается также в статьях 66 (абз. 2 п. 1) и 66.3 (п. 4) ГК РФ.

Где создавать СП?

Для реализации российских проектов СП часто создаются за границей. Во избежание специфических российских правовых рисков (подробно описанных в публикациях об оффшорах и деоффшоризации экономики), а также руководствуясь соображениями налоговой оптимизации, участники СП договариваются о создании иностранного юридического лица (иностранного СП), в уставном капитале которого они приобретают доли и которое в свою очередь выступает единоличным участником российского хозяйственного общества.

Какие причины могут побудить создать СП непосредственно в России?

Наиболее очевидное преимущество заключается в отсутствии административных, временных и финансовых издержек, связанных с созданием дополнительной иностранной холдинговой компании и ее управлением. Расположенные в России активы управляются напрямую. Установленный иностранным законодательством (в частности, в странах континентальной правовой системы) минимальный уставный капитал такой компании может быть несоизмеримо более высоким, чем установленный в России⁴. В некоторых юрисдикциях помимо исполнительных органов в обязательном порядке требуется создать совет

директоров, иные органы, возникают дополнительные управленческие издержки.

Стопроцентное участие иностранного участника может воспрепятствовать деятельности российской компании в определенных отраслях или с определенными активами (см. ниже). Подключение иностранного холдинга может вызвать двойное налогообложение прибыли, распределяемой между конечными выгодоприобретателями СП, и в общем содействует оттоку капитала и налогов из России. Глобальный финансовый кризис также подтолкнул законодателей к принятию мер по деоффшоризации национальных экономик, в России активно обсуждается законопроект о контролируемых иностранных компаниях.

В контексте международного частного права заслуживает внимания недавно введенная в действие альтернативная коллизионная норма, которая содержится в п. 4 ст. 1202 ГК РФ:



Если учрежденное за границей юридическое лицо осуществляет свою предпринимательскую деятельность преимущественно на территории Российской Федерации, к требованиям об ответственности по обязательствам юридического лица его учредителей (участников), других лиц, которые име-

³ Федеральный закон «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации» от 05.05.2014 г. № 99-ФЗ.

⁴ В Австрии, например, минимальный размер уставного капитала ООО составляет 35 000 евро, в Германии 25 000 евро, в Италии 10 000 евро. С другой стороны, в юрисдикциях стран Общего права требование об установленном законом минимальном уставном капитале для непубличных компаний вообще отсутствует, как, например, в случае английской частной компании с ответственностью, ограниченной акциями (*private company limited by shares, LLC*), уставный капитал которой обычно составляет 100 фунтов стерлингов. Общий корпоративно-правовой принцип поддержания капитала (*capital of maintenance principle*), направленный на защиту кредиторов и последовательно развиваемый в Общем праве, обеспечивается здесь с использованием других развитых нормативных инструментов, обеспечивающих т. н. контроль на выходе. Этот подход приобретает поддержку и в континентальных правовых юрисдикциях, например, в Голландии, где также недавно отменили требование о минимальном уставном капитале ООО.

ют право давать обязательные для него указания или иным образом имеют возможность определять его действия, применяется российское право либо по выбору кредитора личный закон такого юридического лица.



Таким образом, даже если СП создано за границей, но фактически осуществляет свою деятельность в России, кредиторы могут использовать более действенные меры для привлечения к субсидиарной ответственности участников и иных контролирующих СП лиц (снятия корпоративной вуали). Последние могут быть основаны не только на нормах законодательства места учреждения СП, но и на положениях российского законодательства: в частности, ст. 53.1 ГК РФ, ст. 10 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» от 26.10.2002 г. № 127-ФЗ и п. 2 ст. 49 Налогового кодекса Российской Федерации.

Если стороны создают СП за границей, иностранная правовая система выступает для российского участника своего рода «неизвестной системой координат». В результате он имеет лишь приблизительное представление о том, какими правами обладает и какие обязанности несет. По существу дискомфорт сохраняется и в том случае, когда стороны выбирают для инкорпорации СП третье государство, в котором ни один из участников не ведет деятельность (нейтральный правопорядок). «Справедливый выбор», обусловленный отсутствием преимуществ для какой-либо из сторон, здесь нивелируется тем, что избранная правовая система представляет собой terra incognita теперь уже для обеих сторон. С этой точки зрения создание СП в России также представляется российскому участнику более предпочтительным.

Локальный участник?

Действующее законодательство не устанавливает общего требования об обязательном российском участнике СП (local shareholder). Возможны ситуации, когда СП создается исключительно с участием иностранных компаний, созданных по праву различных зарубежных юрисдикций.

Данное положение, характерное для законодательства государств с развитой экономической системой, не сразу утвердилось в отечественном праве. Если вспомнить первые совместные предприятия, создававшиеся во время перестройки в конце 80-х годов, они изначально в обязательном порядке предусматривали локального участника, контролирующего СП: доля советской стороны в уставном фонде совместного предприятия должна была составлять не менее 51 процента (п. 5 Поста-

новления Совета Министров СССР «О порядке создания на территории СССР и деятельности совместных предприятий с участием советских организаций и фирм капиталистических и развивающихся стран» от 13.01.1987 г. № 49). С развитием диспозитивного регулирования и свободы договора требование обязательного контроля локального участника было заменено на более гибкую формулу установления соотношения голосов «по договоренности сторон».

Вместе с тем и сегодня, по аналогии со многими развитыми правопорядками, установлены отраслевые ограничения на участие иностранных юридических лиц или граждан в российских организациях (например, страховых⁵, кредитных⁶ и воздушных⁷ организациях) или даже запреты на такое участие (например, в частной охранной организации⁸).

⁵ Статья 6 Закона РФ от 27.11.1992 г. № 4015-1 «Об организации страхового дела в Российской Федерации».

⁶ Статья 18 Федерального закона «О банках и банковской деятельности» от 02.12.1990 г. № 395-1.

⁷ Статья 61 (п. 2) Воздушного кодекса РФ, Федеральный закон от 19.03.1997 г. № 60-ФЗ.

⁸ Статья 15.1 Закона РФ от 11.03.1992 г. № 2487-1 «О частной детективной и охранной деятельности в РФ» (ред. от 03.12.2011 г.).

Следует также учитывать запрет совершать сделки, влекущие за собой установление контроля над хозяйственными обществами, имеющими стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, который адресован иностранным государствам, международным организациям, а также находящимся под их контролем организациям (часть 2 статьи 2 Федерального закона от 29.04.2008 г. № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства»). В правоприменительной практике указанный запрет рассматривается как сверхимперативная норма (статья 1192 ГК РФ). Нарушающие его и внесенные в соглашение о создании СП условия, по которым, например, иностранные компании — участники СП договариваются внести в уставный капитал СП контрольный пакет акций российского оператора связи, признаются недействительными (см. п. 16 «Обзора судебной практики по некоторым вопросам, связанным

с рассмотрением арбитражными судами дел с участием иностранных лиц», утвержденного в Приложении к Информационному письму Президиума ВАС РФ от 09.07.2013 г. № 158).

Ограничения могут быть также сопряжены с оборотом определенного имущества. Так, юридические лица, в уставном (складочном) капитале которых доля иностранных граждан, иностранных юридических лиц, лиц без гражданства составляет более чем 50 процентов, могут обладать земельными участками из земель сельскохозяйственного назначения только на праве аренды (статья 3 Федерального закона от 24.07.2002 г. № 101-ФЗ «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения»).

Указанные ограничения учитываются, среди прочего, при осуществлении преимущественных прав на покупку доли российского партнера или установлении опционов в пользу иностранного участника в случае прекращения СП (как известно, реализация колл-опциона ведет к 100%-ному участию его обладателя).

Участники и учредители как стороны договора о СП

Корпоративный договор может быть заключен как всеми участниками хозяйственного общества, так и лишь некоторыми из них (см. п. 1 ст. 67.2 ГК РФ). Прекращение права одной из сторон корпоративного договора на долю в уставном капитале (акции) хозяйственного общества согласно п. 7 ст. 67.2 ГК РФ не влечет прекращения действия корпоративного договора в отношении остальных его сторон, если иное не предусмотрено этим договором.

Вместе с тем договор о СП, определяющий условия реализации совместного проекта с использованием общества, обычно заключается между всеми участниками общества. По договору о СП стороны обязуются не конкурировать друг с другом в сфере реализации проекта. Даже в случае многосторонних СП стороны предусматривают условия, обеспечивающие стабильный состав участников,

присоединение приобретателей долей к условиям договора о СП, а при невозможности достичь такого соглашения с новым участником СП — условия о прекращении договора о СП.

В случае АО указанному базовому интересу участников СП ранее способствовала норма п. 3 ст. 32.1 Закона об АО, утратившая силу с 1 сентября 2014 года, о том, что акционерное соглашение должно быть заключено в отношении всех акций, принадлежащих стороне акционерного соглашения. Указанная норма наделяла акционера правом в рамках одной компании заключить только одно акционерное соглашение. Тем самым предупреждались конфликтные ситуации, когда по одним и тем же вопросам (например, по продаже акций или порядку голосования) акционер согласовывает с различными контрагентами разные или вовсе взаимоисключающие условия.

Для ООО подобное предписание никогда не принималось, но, как показано выше, оно вытекает из самой сути договора о СП. Поэтому можно утверждать, что и в случае ООО договор о СП заключается не иначе, как между всеми участниками общества по всем долям участия.

Если в нарушение договора о СП его участники параллельно вступают в другие корпоративные договоры, защита добросовестной стороне может быть теперь предоставлена на основании абз. 3 п. 6 ст. 67.2 ГК РФ, согласно которому второй договор может быть признан судом недействительным по иску участника корпоративного договора. Условием для удовлетворения иска служит осведомленность контрагента недобросовестного участника об ограничениях, предусмотренных договором о СП. Для акционерных обществ аналогичная норма специально установлена в п. 4 ст. 32.1 Закона об АО.

Уступка акций или доли не влечет автоматического присоединения их приобретателя

Форма договора

Договор о СП заключается в письменной форме путем составления одного документа, подписанного сторонами (п. 3 ст. 67.2 ГК РФ, абз. 2 п. 1 ст. 32.1 Закона об АО и предл. 2 п. 3 ст. 8 Закона об ООО).

Какие последствия наступают в случае, если данное требование не соблюдено?

До 1 сентября 2013 года несоблюдение письменной формы договора о СП с участием российских лиц могло повлечь недействительность договора о СП на основании п. 3 ст. 162 ГК РФ и п. 2 ст. 1209 ГК РФ. После отмены требования об обязательной письменной форме внешнеэкономических сделок несоблюдение письменной формы договора о СП не влечет его недействительность.

В случае применения к форме договора российского материального права последствия

(нового участника общества) в качестве стороны к договору о СП. В договоре о СП рекомендуется установить обязательство уступающего долю участника обеспечить вступление нового участника общества в договор о СП и обеспечить его исполнение соответствующей неустойкой. Форма заявления дополнительного соглашения, заключаемого новым и оставшимися участниками СП, также может быть согласована заранее и приложена к договору о СП.

В Законе об АО нет, как в п. 3 ст. 8 Закона об ООО, прямого указания о том, что акционерное соглашение могут заключить также учредители АО, а не только акционеры после создания общества. Пункт 10 статьи 67.2 ГК РФ вносит определенность и по этому вопросу, прямо указывая на то, что правила о корпоративном договоре соответственно применяются к соглашению о создании хозяйственного общества, если иное не установлено законом или не вытекает из существа отношений.

нарушения формы определяются по п. 1 ст. 162 ГК РФ: несоблюдение простой письменной формы сделки лишает стороны права в случае спора ссылаться в подтверждение сделки и ее условий на свидетельские показания, но не лишает их права приводить письменные и другие доказательства.

При этом несоблюдение формы следует признать также в случае неисполнения дополнительного требования — вышеупомянутого составления договора в виде одного документа (см. абз. 3 п. 1 ст. 160 ГК РФ), например, если стороны договариваются о СП путем обмена документами. Тем не менее, данные документы (оферта, акцепт), иная корреспонденция между сторонами, а также преддоговорные индикативные соглашения (меморандум о взаимопонимании (Memorandum of Understanding), письмо о намерениях (Letter of Intent), соглашение об основных принципах (Heads of

Agreement) и т. д.), поскольку из их существа и содержания прямо не следует иное, могут быть использованы как доказательства факта заключения и условий договора о СП.

Так, в иллюстрации к статье 2.1.13 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 справедливо отмечается, что, если меморандум о взаимопонимании уже содержит все существенные условия договора о СП, может быть сделан вывод о том, что договор уже был заключен, когда был подписан данный документ. Напротив, если, как часто бывает, меморандум включает оговорку о том, что «не является обязательным до оформления окончательного соглашения», договор не может считаться заключенным в отсутствие иных подтверждающих согласование его условий документов⁹.

Требование составления одного документа не нарушается, если стороны подписывают дополнительное соглашение (в частности, в связи со вступлением новой стороны в договор) или отдельные приложения к договору о СП (например, бизнес-план, согласованные формы будущих договоров с участием СП и др.).

Руководствуясь подпунктом 2 п. 2 ст. 163 ГК РФ, стороны также могут договориться о нотариальном удостоверении договора о СП.

Более того, в случае использования ООО для СП вопрос о нотариальном удостоверении договора о СП может встать, если в содержание договора включено условие об опционе. В этом случае договор о СП принимает на себя роль «договора, устанавливающего обязательство совершить при возникновении определенных обстоятельств или исполнении другой стороной встречного обязательства сделку, направленную на отчуждение доли или части доли в уставном капитале общества» (абз. 3 п. 11 ст. 21 Закона об ООО).

Вопрос о форме опционного договора прямо не решен ни в абз. 3 п. 11 ст. 21 Закона об ООО,

ни в других нормах. К нему едва ли может быть применимо общее правило, предусмотренное в абз. 1 того же п. 11 ст. 21 Закона об ООО, о том, что сделка, направленная на отчуждение доли или части доли в уставном капитале, подлежит нотариальному удостоверению. Поскольку опционный договор не равнозначен сделке, направленной на отчуждение доли, а только выступает одним из ее условий, можно было бы заключить, что опционный договор не требует нотариального удостоверения. Но и в списке действий по передаче доли, освобожденных от нотариального удостоверения и прямо перечисленных в том же пункте, опционный договор не указан. О сложившейся по этому вопросу судебной практике также говорить пока не приходится, хотя отдельные решения существуют.

Так, недавно рассмотрено дело по иску о признании ничтожным договора о предоставлении опциона на приобретение доли в уставном капитале ООО, основанному на нарушении обязательной нотариальной формы. При рассмотрении дела «по первому кругу» иск был отклонен в первой и апелляционной инстанции. Суды справедливо указали на то, что из системного толкования норм п.п. 11 и 12 ст. 21 Закона об ООО можно сделать вывод о том, что нотариальному удостоверению подлежит исключительно договор, непосредственно направленный на безусловное отчуждение доли. Поскольку предметом оспариваемого опционного договора не является само отчуждение доли и переход доли не предусмотрен, требования о нотариальном удостоверении опционного договора не могут быть применены (Решение Арбитражного Суда Московской области от 13.05.2013 г. по делу № А41-6339/13 и Постановление Десятого Арбитражного Апелляционного Суда от 29.08.2013 г. по делу № А41-6339/13). Кассационная инстанция не согласилась с данными выводами, отменила оба судебных акта и передала дело на новое рассмотрение (Постановление Федерального Арбитражного Суда Московского округа от 17.12.2013 г. по делу № А41-6339/13).

⁹ Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 / Пер. с англ. А.С. Комарова. – М.: Статут, 2013. С. 56.

При повторном рассмотрении спора суд первой инстанции вновь отказал в иске. Арбитражный суд снова указал, что рассматриваемый договор опциона не является предварительным договором и не является сделкой, направленной на отчуждение доли. Он не содержит всех необходимых существенных условий договора купли-продажи доли в уставном капитале ООО, но тем не менее допускается в силу свободы договора. Поскольку непосредственных обязательств по отчуждению долей не возникает у сторон опционного договора, к порядку и форме его заключения не применяются императивные нормы Закона об ООО (см. Решение Арбитражного Суда Московской области от 18.08.2014 г. по делу № А41-6339/13 на сайте арбитражного суда (http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/5d5ecd35-21e0-4f11-a9e2-8e89437e8bd5/A41-6339-2013_20140818_Reshenija%20i%20postanovlenija.pdf)).

На момент написания данной статьи неясно, достиг ли спор финальной точки в рассмотрении по второму кругу, а также каким образом будет разрешен второй связанный с ним иск, в результате которого в первой инстанции должник по тому же опционному договору присужден к реальному исполнению обязанности продать долю в ООО (см. Решение Арбитражного Суда Московской области от 29.05.2014 г. по делу № А41-3563/13 на сайте арбитражного суда (http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/c63f79d0-f4eb-463d-a484-281a2600a831/A41-3563-2013_20130529_Reshenija%20i%20postanovlenija.pdf) и отменившее его Постановление Федерального Арбитражного Суда Московского округа от 20.01.2014 г. по делу № А41-3563/13). Вместе с тем данный пример наглядно демонстриру-

ет, что в случае включения опциона в договор о СП (который заключается путем составления одного документа) пока нельзя исключить риск того, что договор, заключенный в простой письменной форме, будет оспорен и признан недействительным вследствие порока формы.

К слову, в проекте ГК в п. 5 ст. 429.2 ГК РФ («Опционный договор»)¹⁰ указано, что опционный договор заключается в форме, установленной для договора, подлежащего заключению. Но пока законопроект не приняли, говорить об обязательной форме соглашения об опционе по долям ООО преждевременно. И как писал великий классик, «здесь, как и во многих других случаях, не следует прибегать к таким средствам, которые, устраняя возможность злоупотреблений, в то же время уничтожают свободу движения; и здесь не следует из ванны вместе с водой выплескивать ребенка»¹¹.

Если опцион не включен в договор о СП, сделку едва ли пойдут заверять к нотариусу. При решении вопроса, в какой форме заключать договор о СП, в практике превалирует естественный разумный интерес сторон в неразглашении условий договора о СП (включая условия о реализуемом коммерческом проекте), в том числе в связи с рисками избыточного антимонопольного или налогового контроля (хотя п. 4 ст. 67.2 ГК РФ и предписывает уведомить само СП о факте заключения договора). Этому интересу в большей степени соответствует простая письменная форма.

Читайте продолжение статьи в следующем номере журнала.

¹⁰ См. проект Федерального закона № 47538 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» в редакции, принятой Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации в I чтении 27.04.2012 г. (текст опубликован в «КонсультантПлюс»). Анализируемый текст может быть изменен в последующих редакциях проекта.

¹¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. — М.: Статут, 1998, С. 153.