

Три базовых условия для защиты продавца в М&А-сделке



Минина Надежда

Партнер, Адвокат адвокатского бюро
Nektorov, Saveliev & Partners

При продаже бизнеса путем отчуждения акций/долей в уставных капиталах хозяйственных обществ продавцу важно, с одной стороны, обеспечить получение им покупной цены акций/долей, а с другой стороны, четко понимать, в каких пределах продавец будет нести ответственность, если у компании-цели будут выявлены проблемы, причины которых возникли до момента перехода акций/долей к покупателю. **Что же нужно предусмотреть продавцу для защиты своих интересов при заключении договора купли-продажи акций/долей?**

УСЛОВИЕ 1. ПОЛУЧИТЬ ОБЕСПЕЧЕНИЕ ОПЛАТЫ ПОКУПНОЙ ЦЕНЫ

В большинстве сделок купли-продажи акций/долей покупная цена выплачивается продавцу после перехода акций/долей к покупателю, при этом платеж может быть разделен на несколько частей, выплачиваемых в течение достаточно длительного срока, в том числе в течение нескольких лет.

Стандартными способами обеспечения обязательств покупателя по уплате покупной цены в российском праве являются установление залога на акции/доли в соответствии с п. 5 ст. 488 ГК РФ и предоставление продавцу поручитель-

ства или независимой гарантии. Если платеж осуществляется в течение небольшого срока после перехода акций/долей к покупателю (например, в течение пяти рабочих дней с даты перехода акций/долей к покупателю), то расчеты могут производиться с использованием аккредитива (параграф 3 главы 46 ГК РФ) или привлечением эскроу-агента (глава 47.1 ГК РФ).

УСЛОВИЕ 2. ПРЕДУСМОТРЕТЬ ВОЗМОЖНОСТЬ РАСКРЫТИЯ ИНФОРМАЦИИ

Если продавец в соответствии со ст. 431.2 ГК РФ предоставляет покупателю заверения об обстоятельствах в отношении компании-цели, то в интересах продавца предусмотреть в договоре купли-продажи акций/долей возможность составления и предоставления покупателю письма о раскрытии. В письме о раскрытии продавец может указать исключения из заверений, данных в договоре. В случае предоставления покупателю письма о раскрытии объем заверений продавца об обстоятельствах будет оцениваться с учетом информации, изложенной в письме о раскрытии. Это означает, что продавец не может быть привлечен к ответственности в связи с недостоверностью данных им заверений об обстоятельствах, если соответствующая информация раскрыта в письме о раскрытии.

Случай из судебной практики¹

Продавец и покупатель заключили договор купли-продажи доли в уставном капитале обще-

¹ См. подробнее постановление Арбитражного суда Уральского округа от 27.10.2021 № Ф09-7243/21 по делу № А50-29581/2020.

ства с ограниченной ответственностью. Продавец предоставил покупателю заверение о том, что общество на дату заключения договора имело положительный чистый оборотный капитал (ЧОК), формула расчета ЧОК была указана в договоре. В письме о раскрытии информации, подписанном обеими сторонами, формула расчета ЧОК отличалась от указанной в договоре. Суды пришли к выводу, что из содержания письма о раскрытии явно следует волеизъявление сторон в рамках уже имеющегося договора купли-продажи произвести раскрытие определенной в нем информации, что свидетельствует о необходимости толкования договора купли-продажи доли совместно с письмом о раскрытии информации. Покупателю было отказано во взыскании убытков с продавца в связи с недостоверностью заверения об обстоятельстве.

УСЛОВИЕ 3. УСТАНОВИТЬ ОГРАНИЧЕНИЯ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ПРОДАВЦА

3.1. Установить лимит ответственности продавца

В договоре купли-продажи акций/долей может быть установлена максимальная сумма требований, которые покупатель вправе предъявить продавцу.

В этом случае совокупная ответственность продавца по всем требованиям покупателя не может превышать размер, указанный в договоре. Обычно такая сумма привязывается к покупной цене, фактически полученной продавцом от покупателя с учетом всех корректировок, однако стороны могут установить иную сумму в качестве максимальной.

Какие лимиты ответственности продавца устанавливаются в договоре? Это могут быть:

- 100% покупной цены;
- часть покупной цены (например, 50%);

- дифференцированный процент от покупной цены: для разных групп требований устанавливается свой лимит ответственности. Например, для требований в связи с утратой или обременением титула на акции/доли и налоговых требований максимальная сумма ответственности устанавливается в размере 100% покупной цены, а по иным требованиям — 50%;
- иная фиксированная сумма: стороны могут установить лимит ответственности без привязки к покупной цене.

Данный механизм не противоречит российскому законодательству. Более того, в соответствии с п. 6 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» стороны обязательства вправе по своему усмотрению ограничить ответственность должника на основании п. 4 ст. 421 ГК РФ. Однако ограничение ответственности не может распространяться на случаи умышленного нарушения обязательств продавцом (п. 4 ст. 401 ГК РФ), а также на случаи истребования долей/акций у покупателя третьим лицом (п. 2 ст. 461 ГК РФ).

3.2. Установить минимальную сумму индивидуальных требований

В договоре купли-продажи акций/долей может быть установлен минимальный размер индивидуально-го требования, которое может быть предъявлено покупателем.

Продавец не несет ответственности по требованию покупателя, если сумма такого требования ниже установленной договором. Например, в договоре купли-продажи акций установлено, что (1) продавец возмещает покупателю имущественные потери, возникшие в связи с предъявлением налоговыми органами требований об уплате налогов, и (2) минимальная сумма требования, которое может быть

предъявлено продавцу покупателем, составляет 1 млн руб. Если имущественные потери составили 1,2 млн руб., то покупатель вправе требовать от продавца возмещения таких имущественных потерь. Если же имущественные потери составили 900 тыс. руб., то требование о возмещении имущественных потерь не может быть предъявлено продавцу.

Минимальный размер требования обычно устанавливается в договоре купли-продажи акций/долей в твердой сумме, которая определяется соглашением продавца и покупателя. Стандартной рыночной практикой является установление такой суммы в пределах 0,1–0,5% от максимальной суммы покупной цены, которую продавец может получить по договору. Например, если цена акций составляет 1 млрд руб., то минимальная сумма индивидуального требования может быть согласована в пределах 1–5 млн руб. Однако стороны не связаны указанными значениями и могут согласовать иную минимальную сумму требования.

Как и в отношении лимита ответственности продавца, стороны могут дифференцировать требования и установить разную минимальную сумму требований для разных групп требований. Например, минимальная сумма для требования о возмещении убытков в связи с недостоверностью налоговых заверений об обстоятельствах может быть установлена в размере 1 млн руб., а для иных требований — 3 млн руб.

3.3. Установить «корзину» требований

В договоре купли-продажи акций/долей может быть установлена минимальная сумма совокупности требований, которые могут быть предъявлены продавцу. Продавец не несет ответственности по требованиям покупателя, если их общая сумма ниже установленной договором. Например, в договоре купли-продажи акций установлено, что (1) продавец возмещает покупателю имущественные потери в установленных договором случаях

и (2) минимальная сумма совокупности требований, которые могут быть предъявлены продавцу покупателем, составляет 10 млн руб. Если имущественные потери составили 12 млн руб., то покупатель вправе требовать от продавца возмещения таких имущественных потерь. Если же имущественные потери составили 9 млн руб., то требования о возмещении имущественных потерь не могут быть предъявлены продавцу.

Стандартной рыночной практикой является установление такой суммы в диапазоне от 1 до 5% от суммы сделки. То есть при сумме сделки в 1 млрд руб. минимальная сумма группы требований может составлять от 10 млн до 50 млн руб. Как и при установлении минимальной суммы индивидуального требования, стороны могут согласовать иные значения, а также дифференцировать их в зависимости от группы предъявляемых требований.

Часто «корзина» требований устанавливается в совокупности с фиксацией минимальной суммы индивидуального требования. В этом случае продавец несет ответственность только тогда, когда одновременно соблюдаются следующие условия: (1) общая сумма требований превышает установленную договором сумму (10 млн руб., как в примере выше) и (2) сумма каждого требования покупателя превышает минимальную сумму индивидуального требования (то есть сумма каждого требования превышает 1 млн руб.).

3.4. Согласовать порядок совместного урегулирования претензий третьих лиц

Если в рамках сделки продавец предоставил покупателю заверения об обстоятельствах или обязался возместить имущественные потери покупателя, то в интересах продавца установить в договоре порядок урегулирования претензий третьих лиц.

Договором можно установить следующие обязанности покупателя:

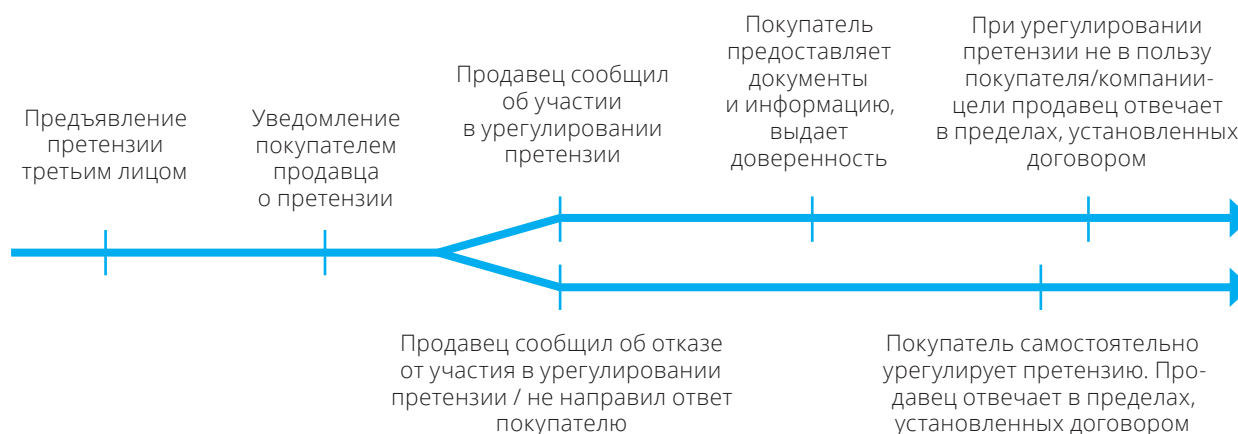
- информировать продавца о предъявлении претензии третьим лицом;
- предоставить продавцу или его представителям документы и информацию, связанные с предъявленной третьим лицом претензией и необходимые для выработки стратегии урегулирования такой претензии;
- согласовывать с продавцом или полностью передать продавцу право определять стратегию и конкретные меры урегулирования претензии третьего лица (как в случае досудебного урегулирования, так и в случае судебного разбирательства);
- предоставить продавцу или его представителям возможность самостоятельно участвовать в урегулировании претензии третьего лица, в том числе выдать доверенность на продавца или указанных им лиц с включением в нее полномочий, необходимых и достаточных для участия продавца или его представителей в урегулировании претензии.

При включении указанных положений в договор купли-продажи акций/долей претензии третьих лиц рассматриваются в следующем порядке. Если компания-цель получает претензию третьего лица, основанную на обстоятельствах, возникших до даты перехода акций/долей к покупателю, покупатель уведомляет продавца о получении

претензии. Продавец вправе принять на себя организацию урегулирования претензии третьего лица или отказаться от участия в урегулировании претензии. Если продавец сообщил о своем намерении участвовать в урегулировании претензии третьего лица, то покупатель обязан следовать указаниям продавца, а также обеспечить, чтобы компания-цель также следовала указаниям продавца. Если для участия в урегулировании претензии продавцу или его представителям требуется доверенность, то покупатель обязан выдать такую доверенность или обеспечить выдачу такой доверенности компанией-целью. При этом затраты и расходы, связанные с урегулированием претензии, оплачиваются исключительно продавцом (см. схему).

Если урегулирование претензии третьего лица полностью возлагается на продавца, то для сохранения баланса интересов сторон разумно предусмотреть в договоре обязанность продавца информировать покупателя обо всех принятых решениях и предполагаемых правовых и организационных действиях, а также консультироваться с покупателем в отношении планируемых действий и учитывать мнение покупателя при принятии окончательного решения. Также в этом случае важно предусмотреть в договоре, вправе ли продавец самостоятельно принимать решение о заключении мирового соглашения или признавать претензию третьего лица.

■ Схема. Порядок рассмотрения претензии третьего лица



Участие продавца в урегулировании претензий третьих лиц, предъявленных по основаниям, возникшим до даты перехода к покупателю прав на акции/доли, помогает продавцу снизить риски признания покупателем или компанией-целью необоснованных требований третьего лица.

Если в договоре предусмотрено совместное урегулирование требований третьих лиц, то для защиты интересов покупателя часто включается также положение о том, что продавец возмещает покупателю имущественные потери, возникающие в связи с совместным участием в урегулировании претензии третьего лица.

Случай из судебной практики²

Между продавцом и покупателем одновременно с заключением договора купли-продажи доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью было заключено соглашение о возмещении потерь. В соответствии с соглашением продавец отвечает по претензиям третьих лиц, предъявляемым к компании-цели за трехлетний период до момента перехода доли к покупателю (гарантийный период) при соблюдении ряда условий. При этом сторонами фактически был установлен порядок урегулирования претензии третьего лица, а также установлена минимальная сумма претензии: при получении претензии от третьего лица покупатель обязан в течение трех рабочих дней проинформировать продавца о претензии в письменном виде, предоставить информацию о содержании и сумме претензии, передать заверенную покупателем копию претензии, а сумма каждой претензии третьего лица

должна составлять не менее 100 тыс. руб. Кроме того, соглашением установлено, что продавец не несет ответственности перед покупателем в отношении претензий третьих лиц к компании-цели по обстоятельствам, возникшим в гарантийный период, если покупатель не окажет продавцу содействия в мероприятиях продавца, направленных на урегулирование претензии, в том числе:

- не выдает доверенность на представление интересов компании-цели в связи с выполнением продавцом мероприятий, направленных на урегулирование претензии третьих лиц к компании-цели;
- отказывается изложить продавцу свою позицию в отношении способа и результата урегулирования продавцом претензии;
- отказывает в выдаче документов, в том числе оригиналов, необходимых для проведения мероприятий, направленных на урегулирование претензии;
- отказывает в инициировании судебного процесса в отношении лица, направившего претензию в адрес компании;
- отказывает в иной поддержке, которая заведомо могла бы помочь продавцу в устранении претензии третьего лица к компании.

В статье перечислены стандартные и широко распространенные на практике способы защиты интересов продавца при заключении договоров купли-продажи акций/долей. Однако указанный перечень не является исчерпывающим и может видоизменяться в зависимости от условий конкретной сделки.

2 См. подробнее постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 23.06.2020 № 11АП-6051/2020 по делу № А65-32004/2019 (постановлением Арбитражного суда Поволжского округа от 29.09.2020 № Ф06-65979/2020 данное постановление оставлено без изменения, Определением Верховного Суда РФ от 22.12.2020 № 306-ЭС20-20617 отказано в передаче дела № А65-32004/2019 в Судебную коллегия по экономическим спорам Верховного Суда РФ для пересмотра в порядке кассационного производства данного постановления). В данном деле было отказано в иске о признании недействительным в силу ничтожности ненотариального соглашения о покупке 100% доли участия в обществе «Новые Технологии — Сервис». Суды квалифицировали указанное соглашение как соглашение о возмещении потерь. При этом судом не рассматривался напрямую вопрос о законности установления в соглашении перечисленных в статье условий, однако судом сделан вывод о том, что такие условия по существу составляют условия соглашения о возмещении потерь, и суд подчеркнул, что до момента направления иска соглашение на протяжении полутора лет исполнялось сторонами.