

Deadlock. Репетиція «корпоративного розлучення» задля збереження бізнесу



Юрій КАЦЕР, старший радник, виконуючий обов'язки керівника відділу юридичного консультування КПМГ в Україні



Вікторія ВЕЛЬГУС, молодший юрист КПМГ в Україні



Зазвичай, розпочинаючи новий проект, бізнес-партнери сповнені оптимізму та впевненості у стабільності й успішності подальших відносин. Однак різні погляди на ведення бізнесу, погіршення фінансового становища одного з партнерів чи просте небажання знайти спільну мову з партнером на практиці можуть призвести до виникнення «тупикових ситуацій», коли «бізнес-розлучення» залишається єдиним виходом.

Що таке «тупикова ситуація»?

«Тупикову ситуацію» (Deadlock) можна визначити як випадок, коли контролюючий учасник (акціонер) або група учасників, що діють спільно, не може забезпечити необхідну кількість голосів у тому чи іншому органі управління компанії для прийняття рішення, яке має фундаментальне значення для подальшої діяльності компанії. Відповідні ситуації можуть виникати у випадках, наприклад, коли компанія не може прийняти рішення щодо формування її органів управління, визначення порядку покриття збитків або фінансування зобов'язань компанії, укладення угод, які необхідні для основної господарської діяльності компанії. «Тупикові ситуації» – ахіллесова п'ята компанії, які є спільними підприємствами, в яких

структура власності побудована за принципом 50/50, коли сторони домовилися про те, що рішення щодо певного кола питань повинні прийматися одноставно, або коли міноритарні акціонери наділені правом вето.

Одним із найбільш відомих прикладів «тупикової ситуації» в українській бізнес-практиці був корпоративний конфлікт між акціонерами Київстару, норвезькою Telenor (56,5%) і Сторм (43,5%, материнська компанія – Альфа Груп). Відповідно до умов акціонерної угоди між Telenor і Сторм, для забезпечення кворуму на засіданнях ради директорів повинен бути присутній хоча б один із представників компанії Сторм. Однак, у зв'язку з тим, що Сторм бойкотував засідання ради директорів, не з'являючись на них, ефективне управління лідером українського ринку телекомунікацій було фактично заблоковане на декілька років.

Таким чином, задля уникнення довготривалих та фінансово обтяжливих для компанії судових процесів, надзвичайно важливо на стадії запуску проекту в корпоративному договорі (акціонерній угоді) передбачити інструменти, які допоможуть бізнес-партнерам ефективно та цивілізовано вирішити можливий корпоративний спір у майбутньому. Для того щоб обрати, який саме ме-

ханізм включати в корпоративний договір, юристу слід виходити з того, яка структура бізнесу його клієнта, його фінансові можливості, а також наскільки акціонери (учасники) готові ризикувати.

Світова практика вирішення «тупикових ситуацій»

Нижче розглянемо найбільш традиційні у світовій практиці механізми вирішення «тупикових» ситуацій.

«Російська рулетка» (Russian Roulette/Buy-Sell):

Процедура працює наступним чином: Учасник 1, який має намір врегулювати «тупикову ситуацію» шляхом виходу з бізнесу чи отримання одноосібного контролю над компанією, пропонує Учаснику 2 викупити в Учасника 2 всі належні йому частки (акції) за визначеною ціною. У свою чергу, Учасник 2 протягом певного строку має право акцептувати таку пропозицію або відмовитися від неї, зробивши Учаснику 1 еквівалентну зустрічну пропозицію. Якщо Учасник 2 робить Учаснику 1 еквівалентну зустрічну пропозицію, то Учасник 1 зобов'язаний продати свою частку (акції) на відповідних умовах. Цей механізм може використовуватись тільки стосовно компаній, де лише два учасники є сторонами корпоративного договору.

Для ефективного врегулювання цього інструменту необхідно передбачити, що якщо один з учасників не відповідає на пропозицію протягом встановленого строку,

відповідна пропозиція вважається акцептованою.

Не зважаючи на той факт, що «російська рулетка» надає сторонам рівні права, на практиці ініціюючий учасник (перший оферент) має менше переваг, оскільки роблячи пропозицію, він не знає, чи стане єдиним власником компанії, чи його частку (акції) викупить інший учасник. Разом з тим, ініціюючому учаснику вигідно пропонувати ринкову ціну за акції, адже існує ризик того, що він сам буде змушений прийняти аналогічну пропозицію.

Для того щоб цей механізм ефективно працював, необхідно, аби хоча б одна зі сторін виявила намір скористатися цим інструментом, бізнес міг ефективно управлятися одним партнером, а фінансове становище сторін було достатнім, щоб мати можливість викупити частку (акції) іншої сторони.

«Техаська перестрілка» (Texas shoot-out):

Цей механізм може використовуватися двома способами (залежно від кількості учасників компанії):

- Два учасники – викупити в Учасника 2 всі належні йому частки (акції) за визначеною ціною. У свою чергу, Учасник 2 протягом певного строку має право акцептувати таку пропозицію або відмовитися від неї, зробивши Учаснику 1 зустрічну пропозицію, у якій ціна буде вищою за попередню (на визначену корпоративним договором суму). Цей процес може включати в себе декілька



Назустріч інвестиціям

РОЗВ'ЯЗАНО ПРОБЛЕМУ АРБИТРАБЕЛЬНОСТІ СПОРІВ, ЯКІ ВИНИКАЮТЬ З ДОГОВОРІВ КУПІВЛІ-ПРОДАЖУ ОБ'ЄКТІВ ПРИВАТИЗАЦІЇ



Олександр ФРОЛОВ,
юрист CMS Cameron McKenna

06.03.2016 р. набрав чинності Закон України «Про внесення змін до деяких законів України щодо вдосконалення процесу приватизації» від 21.12.2015 р. №1005-VIII (далі – *Закон №1005-VIII*), яким, серед іншого, вносяться зміни до Закону України «Про приватизацію державного майна» (далі – *Закон про приватизацію*). Цей Закон було внесено до Верховної Ради України в рамках масштабної кампанії з приватизації державного майна, анонсованої Кабінетом Міністрів України у 2014 р.

Поряд з іншими змінами, які вносяться до Закону про приватизацію, з метою залучення якомога більше іноземних інвесторів до приватизації українських підприємств Законом №1005-VIII закріплюється право органу приватизації укладати угоду про передачу спорів, які виникають між продавцем і покупцем у зв'язку з до-

говором купівлі-продажу об'єкта приватизації чи на його підставі, до міжнародного комерційного арбітражу. У разі, якщо орган приватизації в договорі купівлі-продажу об'єкта приватизації встановив, що спори щодо відчуження об'єкта приватизації підлягають вирішенню міжнародним комерційним арбітражем, але сторони не досягли згоди щодо вибору міжнародного арбітражного суду, будь-який спір, суперечка або претензія, що виникають з приводу укладеного договору купівлі-продажу об'єкта приватизації або пов'язані з ним, у тому числі щодо його порушення, припинення або недійсності, підлягають остаточному вирішенню шляхом арбітражу відповідно до Арбітражного регламенту Арбітражного інституту Торгової палати м. Стокгольма.

До набрання чинності Законом №1005-VIII Законом про приватизацію встановлювалося, що спори щодо приватизації державного майна, зокрема, спори, які виникають з договорів купівлі-продажу об'єктів приватизації, підлягають вирішенню судами України. Таке формулювання призвело до правової невизначеності щодо арбітрабельності зазначеної категорії спорів. Прийняття Закону №1005-VIII поставило крапку у цьому питанні.

Зміни, внесені Законом №1005-VIII, дозволять іноземним інвесторам скористатися перевагами швидкого вирішення спорів нейтральним форумом, що позбавлений будь-якого політичного тиску, а також іншими перевагами, пов'язаними з вирішенням спору в міжнародному арбітражі.



«раундів», доки одна зі сторін не прийме пропозицію іншої. Як і у випадку з «російською рулеткою», у корпоративному договорі необхідно передбачити, що якщо один з учасників не відповідає на пропозицію протягом встановленого строку, відповідна пропозиція вважається акцептованою;

• *Більше ніж два учасники* – один учасник надає іншим сторонам корпоративного договору, які є сторонами корпоративного конфлікту, повідомлення про бажання продати свою частку (акції). Інші учасники протягом встановленого періоду повинні направити в закритому вигляді третій особі пропозицію із зазначенням ціни, яку вони готові заплатити за відповідну частку (акції). Після закінчення встановленого періоду всі конверти з пропозиціями учасників одночасно відкриваються, а ініціюючий учасник зобов'язується продати свою частку (акції) тому учаснику, який запропонував найвищу ціну.

«Голландський аукціон» (*Dutch Auction*) або «Мексиканська перестрілка» (*Mexican shoot-out*):

Цей механізм схожий з «Техаскою перестрілкою» і полягає у тому, що учасники компанії – сторони корпоративного конфлікту – надсилають повідомлення третій особі, у яких вказують мінімальну ціну, за яку вони готові продати свою частку (акції). Той учасник, чия запропонована ціна продажу є найвищою (переможець), зобов'язаний придбати частки (акції) того (тих), чия запропонована ціна нижча.

Розділай та обирай (*Divide and choose*):

За цією процедурою один з учасників здійснює поділ бізнесу на частини, а інший має право обрати собі одну або декілька (залежно від ситуації) частин, пропорційно до розміру належної йому частки. Цей механізм може використовуватися лише у тих випадках, коли бізнес (активи) компанії можна розділити на рівні частки, які будуть при цьому пропорційні належним учасникам часткам (акціям) в компанії.

Перспективи регулювання «тупикових ситуацій» в Україні

Хоча Deadlock clause і бере свій початок з англо-американської системи права, їх широко використовують і в континентальній Європі. Так, в одному зі своїх рішень Апеляційний суд Парижу зазначив, що «положення щодо виходу з тупикових ситуацій – це інструмент, який добровільно узгоджений сторонами та, відповідно, немає підстав визнавати його недійсним»¹.

Чинне законодавство України не передбачає договірної регулюван-

ня механізмів вирішення «тупикових ситуацій». Не дивлячись на те, що цей рік був багатим на законодавчі ініціативи, направлені на вдосконалення корпоративного права в Україні та наближенні його до міжнародних стандартів, ані законопроект «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» №4666, ані законопроект «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо корпоративних договорів» №4470 не регулюють питання вирішення «тупикових ситуацій». При цьому, враховуючи імперативний підхід українських судів до тлумачення норм корпоративного права, їх консерватизм та небажання визнавати ті корпоративні механізми, які прямо не передбачені законом, мало ймовірно, що українські суди будуть надавати юридичний захист відповідним корпоративним домовленостям без регулювання їх у законодавстві, керуючись лише принципами свободи договору та обов'язковості зобов'язань.

У зв'язку з цим, для підвищення ефективності врегулювання «тупикових ситуацій», посилення гарантій сторін щодо виконання їхніх домовленостей та привабливості корпоративного договору загалом, доречно було б на законодавчому рівні хоча б у загальних рисах прописати найбільш поширені шляхи вирішення «тупикових ситуацій». Також в українське законодавство доцільно включити положення, які дозволяють б суду забезпечити примусове виконання сторонами своїх договірних зобов'язань, пов'язаних із врегулюванням «тупикової ситуації» (зокрема, придбати чи продати частки (акції) за визначеною ціною, як це передбачено корпоративним договором).

Підсумовуючи, можна зробити висновок, що бізнес-партнерам та їхнім юристам краще інвестувати певний час в обговорення та врегулювання в корпоративному договорі механізмів виходу з «тупикових ситуацій» ще на етапі створення спільного підприємства, ніж витратити роки на судові процеси й поділ бізнесу, що часто може «заморозити» діяльність компанії на тривалий період. До того ж законодавцю слід хоча б у загальних рисах врегулювати найбільш поширені механізми виходу з «тупикових ситуацій», а також щодо повноважень суду примусити сторони виконувати договірні зобов'язання, пов'язані з виходом із «тупикової ситуації», а не лише стягувати збитки. На нашу думку, такий крок допоможе покращити інвестиційний клімат України, забезпечити інвесторам, зокрема іноземним, звичні в розвинутих правових системах та економіках механізми регулювання відносин в рамках спільних підприємств, у тому числі й вирішення корпоративних конфліктів.

¹ CA Paris, 15 December 2006, Rev. trim. dr. comm. 2007, 169, 170: «Une telle condition n'a rien d'illicite; la sortie de la société, conséquence de la mise en oeuvre de l'engagement, n'est pas une sanction et n'est pas imposée puisqu'elle a été librement acceptée.»