

ДОГОВОРЫ АКЦИОНЕРОВ ПО ШВЕЙЦАРСКОМУ ПРАВУ

СОЗДАНИЕ ШВЕЙЦАРСКОЙ ХОЛДИНГОВОЙ КОМПАНИИ И ЗАКЛЮЧЕНИЕ ДОГОВОРА АКЦИОНЕРОВ, РЕГУЛИРУЕМОГО ШВЕЙЦАРСКИМ ПРАВОМ, МОЖЕТ БЫТЬ ИДЕАЛЬНЫМ РЕШЕНИЕМ ДЛЯ АКЦИОНЕРОВ РОССИЙСКОГО АКЦИОНЕРНОГО ОБЩЕСТВА, СТРЕМЯЩИХСЯ ИЗБЕЖАТЬ НЕДОСТАТКОВ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РФ В ЭТОЙ СФЕРЕ. АВТОРЫ СТАТЬИ АНАЛИЗИРУЮТ ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ДОГОВОРОВ АКЦИОНЕРОВ ПО ШВЕЙЦАРСКОМУ ПРАВУ, ПРИ ЭТОМ ОБРАЩАЯ ВНИМАНИЕ НА ТЕ ОБЛАСТИ, КОТОРЫЕ МОГУТ ПРЕДСТАВЛЯТЬ НАИБОЛЬШИЙ ИНТЕРЕС ДЛЯ РОССИЙСКИХ АКЦИОНЕРОВ, В ЧАСТНОСТИ НА СОГЛАШЕНИЯ О ПОРЯДКЕ ГОЛОСОВАНИЯ, УСТАНОВЛЕНИИ ОГРАНИЧЕНИЙ НА ОТЧУЖДЕНИЕ АКЦИЙ, РАЗРЕШЕНИИ «ПАТОВЫХ СИТУАЦИЙ», А ТАКЖЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕ НЕ КОНКУРИРОВАТЬ С АКЦИОНЕРНЫМ ОБЩЕСТВОМ



Николас Инеджан

доктор права,
партнер юридической фирмы
Froier Renggli
(Лозанна, Швейцария)



Жером де Монмолин

управляющий партнер Женевского
офиса юридической фирмы
Froier Renggli
(Женева, Швейцария)



Дмитрий Пенцов

кандидат юридических наук,
юрист юридической фирмы
Froier Renggli
(Женева, Швейцария)

Посещая ежегодный Всемирный экономический форум в Давосе, наслаждаясь заслуженным отдыхом на горнолыжной трассе на склонах швейцарских Альп или просто покупая всемирно известную модель швейцарских часов, думали ли вы, что Швейцария также может предоставить оптимальное решение проблемы отсутствия гибкости законодательства РФ в том, что касается договоров акционеров¹?

Действительно, хотя Россия и Швейцария принадлежат к одной и той же континентальной правовой системе, в Швейцарии очень хорошо разработано коммерческое и корпоративное законодательство, в частности нормы о деятельности акционерных обществ. Сочетание низкого налогового бремени на прибыль холдинговых компаний от их деятельности за пределами страны (около 7,8%) и многочисленных других налоговых льгот, наличия договора об избежании двойного налогообложения почти с 70 странами (включая РФ), простого порядка регистрации компаний, эффективной и прозрачной системы разрешения споров, швейцарской

банковской тайной и традиционной нейтральности – делает Швейцарию идеальным местом для российских акционеров. Все, что нужно, это создать швейцарскую холдинговую компанию в форме акционерного общества; передать ей 100% акций российского акционерного общества; и в качестве акционеров швейцарской компании заключить между собой регулируемый швейцарским правом договор, который, среди прочих, будет регулировать вопросы управления российским акционерным обществом.

Понятие договора акционеров и его юридическая природа по швейцарскому праву

В швейцарском праве договор акционеров можно определить как договор между двумя или несколькими лицами (по меньшей мере один из которых является акционером или намеревается стать акционером определенного акционерного общества), регулирующей порядок осуществления права голоса, устанавливающей ограниче-

ния на отчуждение акций, а также предусматривающий обязательства такого акционера или будущего акционера, которые он принимает на себя в интересах данного общества. Несмотря на то что такие договоры в швейцарском Кодексе обязательств прямо не поименованы (за исключением упоминания соглашений о голосовании в п. 1 ст. 663с Кодекса), и доктрина, и практика уже на протяжении многих десятилетий единодушно признают действительность подобных договоров в швейцарском праве². Их действительность основывается, главным образом, на принципе договорной свободы сторон, закрепленном в ст. 19 Кодекса, который можно рассматривать в качестве одного из

¹ См., например: Жаворонков А. Договор между акционерами // Корпоративный юрист. 2005. № 2. С. 22–24; Остапец И., Коновалов А. Соглашения акционеров // Слияния и поглощения. 2006. № 1–2. С. 50–54.

² См., например: решения Верховного суда Швейцарии от 12.06.1962 г. по делу *Spinedi c. Bornand et Cavazza*, ATF 88 II 172, JT 1963 I 189; от 11.03.2003 г. по делу *A.A. c. X. SA*. Все решения суда доступны на сайте: <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm>.

краеугольных камней швейцарского Кодекса обязательств в целом.

На практике договоры акционеров в Швейцарии обычно заключаются на срок существования акционерного общества в форме договора простого товарищества (*société simple*), регламентированного гл. 23 швейцарского Кодекса обязательств. Согласно Кодексу, одной из существенных характеристик договора простого товарищества является объединение усилий или ресурсов его сторон для достижения определенной общей цели. Соответственно, отсутствие общей долгосрочной цели акционеров исключает квалификацию их договора как договора простого товарищества, даже если их краткосрочные или среднесрочные цели (как, например, образование компании для совместного приобретения 100% акций другой компании) могут совпадать³.

При отсутствии общей долгосрочной цели швейцарские суды будут анализировать экономическое содержание договора акционеров и, в зависимости от обстоятельств конкретного дела, могут квалифицировать такое соглашение как договор купли-продажи, договор поручения, как «безымянный» контракт (контракт, который в Кодексе обязательств прямо не поименован) или же как сочетание различных типов договоров. В зависимости от отнесения судом договора акционеров к тому или иному типу, действительность или эффективность такого договора акционеров может оказаться под угрозой. Так, по швейцарскому праву, договор поручения может быть расторгнут в любое время любой из его сторон. Очевидно, что, если договор акционеров может быть прекращен в любое время, он утрачивает свою цель – связывать все его стороны на протяжении определенного времени. Соответственно, для того чтобы избежать подобной неопределенности, в процессе ведения переговоров и составления договора акционеров, по швейцарскому праву, убедительно рекомендуется, прежде всего, отразить в договоре акционеров наличие общей долгосрочной цели, которую его стороны намерены достичь.

Стороны договора акционеров

Как следует из его названия, по меньшей мере одной из сторон договора акционеров должен являться акционер или лицо, которое намеревается стать акционером определенного акционерного общества. Это акционерное

общество необязательно должно быть зарегистрировано в Швейцарии; следовательно, по швейцарскому праву возможно заключение договора акционеров в отношении общества, зарегистрированного за рубежом. Хотя такие договоры чаще всего заключаются между несколькими акционерами одного и того же акционерного общества, возможно также заключение договора акционеров между акционерами различных обществ, принадлежащих к одной группе компаний.

ПРИ ОТСУТСТВИИ ОБЩЕЙ ДОЛГОСРОЧНОЙ ЦЕЛИ ШВЕЙЦАРСКИЕ СУДЫ БУДУТ АНАЛИЗИРОВАТЬ ЭКОНОМИЧЕСКОЕ СОДЕРЖАНИЕ ДОГОВОРА АКЦИОНЕРОВ И, В ЗАВИСИМОСТИ ОТ ОБСТОЯТЕЛЬСТВ КОНКРЕТНОГО ДЕЛА, МОГУТ КВАЛИФИЦИРОВАТЬ ТАКОЕ СОГЛАШЕНИЕ КАК ДОГОВОР КУПИ-ПРОДАЖИ, ДОГОВОР ПОРУЧЕНИЯ, КАК «БЕЗЫМЯННЫЙ» КОНТРАКТ (КОНТРАКТ, КОТОРЫЙ В КОДЕКСЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ ПРЯМО НЕ ПОИМЕНОВАН) ИЛИ ЖЕ КАК СОЧЕТАНИЕ РАЗЛИЧНЫХ ТИПОВ ДОГОВОРОВ.

Что же касается самого акционерного общества, хотя по швейцарскому праву оно, в принципе, не может быть стороной договора акционеров, вместе с тем ему могут принадлежать некоторые права, возникающие из данного договора. Как было указано Верховным судом Швейцарии в 2003 г. в решении по делу *A.A. c. X. SA*, положение договора акционеров, устанавливающее обязанность не конкурировать с акционерным обществом, может быть принудительно исполнено самим обществом на основе юридической конструкции «условия в пользу третьего лица» (*stipulation pour autrui*, п. 2 ст. 112 Кодекса обязательств).

Форма и типичное содержание договоров акционеров

Законодательство Швейцарии не требует обязательного заключения всего договора акционеров в письменной форме. Тем не менее такая форма настоятельно рекомендуется для того, чтобы избежать возможных споров о содержании договора в будущем, а также облегчить доказывание в ходе судебного разбирательства, если избежать такого спора все-таки не удалось. Более того, если акционеры все-таки решают не заключать свой договор в письменной форме, им следует иметь в виду, что для целого ряда положений, таких, например, как

арбитражная оговорка или распоряжения на случай смерти акционера, соблюдение письменной формы является условием действительности этих положений.

Что касается типичного содержания договора акционеров по швейцарскому праву, как показывает практика, эти договоры обычно имеют дело с одним или несколькими из следующих вопросов:

- соглашение акционеров о порядке голосования;

- обязательное представительство миноритарного акционера в совете директоров общества независимо от числа принадлежащих этому акционеру акций;
- ограничения на отчуждение акций, обязательство или право продать акции при определенных обстоятельствах (*drag along, tag along*);
- предотвращение «размывания» акций;
- метод определения стоимости акций;
- дополнительные имущественные права в пользу определенных акционеров;
- право контроля в пользу миноритарных акционеров;
- разрешение «патовых ситуаций»;
- обязанность по соблюдению конфиденциальности;
- обязательство не конкурировать;
- положения, предусматривающие заранее оцененные убытки в случае нарушения договора акционеров (так называемые *liquidated damages*).

³ Решение Верховного суда Швейцарии от 21.11.2003 г. по делу *Holding SA c. X. AG*.

Соглашение акционеров о порядке голосования

Если учесть важность права голоса акционеров, неудивительно, что подавляющее большинство договоров акционеров содержат по данному вопросу детальные предписания. Эти договоры обычно предусматривают создание группы акционеров, обязующихся осуществлять принадлежащее им право голоса на общем собрании акционеров в одном направлении, указанном этой группой. При этом решения внутри группы принимаются в соответствии с правилами, предусмотренными договором акционеров. Договоры акционеров могут, среди прочего, предусматривать необходимость единогласного принятия решений по определенным вопросам на общем собрании акционеров.

Хотя действительность включения подобных соглашений о голосовании в договоры акционеров, регулируемых швейцарским правом, последовательно подтверждалась Верховным судом Швейцарии, в процессе составления этих соглашений необходимо учитывать, что договорная свобода акционеров по данному вопросу всегда подчинена необходимости соблюдения общих рамок договорной свободы, в частности необходимости соблюдения императивных норм законодательства, публичного порядка, добросовестности и прав личности. Так, например, как было указано Верховным судом Швейцарии в 1983 г. в деле *Nutzholz AG c. Hubert et consorts*, соглашения о порядке голосования, направленные на обход ограничений, установленных уставом акционерного общества на отчуждение акций, посредством уступки права голоса другому лицу, представляют собой злоупотребление правом и, следовательно, являются недействительными⁴.

Ограничения на отчуждение акций

По швейцарскому праву, договоры акционеров могут предусматривать различные ограничения на право акционеров на отчуждение принадлежащих им акций. Эти ограничения могут выражаться в наложении на акционеров обязательства не отчуждать акции в пользу третьих лиц, не являющихся сторонами договора акционеров, дополняемого депонированием акций у «эскроу» агента. Действительность подобных условий была подтверждена Верховным судом Швейцарии,

например, в 1962 г. в деле *Spinedi c. Bornand et Cavazza*.

В качестве альтернативы договоры акционеров могут предусматривать право преимущественной покупки других акционеров в отношении акций, отчуждение которых намеревается произвести акционер (так называемое право первого отказа – *le droit de préemption*), или же права других акционеров требовать от одного из акционеров продажи им его акций посредством их одностороннего волеизъявления (*le droit d'emption*). Помимо этого, договор акционеров может также предусматривать, что если определенное число акций предложено на продажу, то акционеры, которым принадлежат остальные акции, имеют обязательство и (или) право продать свои акции при определенных обстоятельствах (обязательство продать – *drag along*, право продать – *tag along*).

Разрешение «патовых ситуаций»

«Патовые ситуации» в акционерном обществе могут возникать тогда, когда две группы акционеров обладают одинаковым количеством акций (50:50), и, ввиду противоположности их интересов, никакое решение не может быть принято на общем собрании акционеров. Для того чтобы избежать получающейся в результате этого тупиковой ситуации, договор акционеров может, например, предусматривать возможность посредничества.

Другим возможным решением может быть включение в договор положения, в соответствии с которым каждая из двух групп акционеров будет иметь право требовать от другой группы купить у ее акционеров все принадлежащие им акции общества по заранее определенной цене. Если вторая группа отказывается, то тогда она, в свою очередь, может требовать от первой группы купить все принадлежащие акционерам второй группы акции по той же цене. Вместо установления конкретной цены покупки договор может предусматривать метод ее определения. Ввиду крайней непредсказуемости его результатов, подобный способ иногда называют «русской рулеткой». Наиболее целесообразным его использование будет, по-видимому, в ситуациях, когда обе группы акционеров обладают приблизительно одинаковыми финансовыми возможностями.

Обязательство не конкурировать

Для того чтобы избежать риска использования акционером конфиденциальной информации общества, к которой он имеет доступ, для создания конкурирующего предприятия в период, когда он является акционером, или же после продажи им своих акций, в договоры акционеров могут включаться положения, предусматривающие обязательство не конкурировать с акционерным обществом. Возможность установления подобных обязательств была прямо подтверждена Верховным судом Швейцарии, в частности в 2003 г. в деле *A.A. c. X. SA*. Тем не менее, как было указано в том же решении, для действительности данных условий договора по швейцарскому праву необходимо, чтобы они не представляли собой чрезмерных ограничений экономической свободы, являющихся недопустимыми в свете п. 2 ст. 27 Гражданского кодекса Швейцарии, охраняющего, среди прочего, права личности в экономической сфере.

Для того чтобы определить, превышает ли то или иное конкретное условие договора акционеров допустимую меру ограничения экономической свободы, согласно Верховному суду Швейцарии, данное условие должно оцениваться с точки зрения его продолжительности, сферы территориального действия, его материального содержания или с точки зрения сочетания этих трех критериев. Применив данную схему анализа к обстоятельствам конкретного дела, Верховный Суд пришел в выводу о действительности установления пятилетнего срока на запрет акционеру управлять аналогичным предприятием в области транспорта в радиусе 50 км (Швейцария является «маленькой» страной) от местонахождения акционерного общества, исчисляемого с того момента, когда акционер прекратил выполнять должностные обязанности директора данного акционерного общества.

Заранее оцененные убытки

Положение о заранее оцененных убытках, предусмотренное ст. 163 швейцарского Кодекса обязательств, часто включается в договор акционеров для обеспечения выполнения акционерами своих обязательств по этому договору. В этом отношении швейцарское право

⁴ Решение Верховного суда Швейцарии от 10.01.1983 г. по делу *Nutzholz AG c. Hubert et consorts*, ATF 109 II 43 JdT 1983 I 272.

предоставляет акционерам весьма широкий выбор возможных санкций, допуская, в частности, наложение на акционера обязанности уплатить определенную денежную сумму, обязанности передать определенную вещь или оказать определенную услугу, отказаться от определенного права или от осуществления этого права, а также наложение обязанности продать свои акции другим акционерам. При этом сам факт нарушения акционером его обязательств уже будет являться достаточным для того, чтобы другие акционеры могли требовать наложения на него предусмотренных договором санкций, даже если какой-либо конкретный экономический ущерб при этом отсутствует.

При включении штрафных положений в договор акционеров всегда необходимо принимать во внимание, что, хотя акционеры могут свободно определять размер таких санкций, судья должен уменьшить санкцию, которую он считает чрезмерной. Как следует из судебной практики Верховного суда Швейцарии последнего времени, санкция является чрезмерной тогда, когда

существует очевидное несоответствие между ее размером и интересом другой стороны в удовлетворении ее требования в полном объеме. Обстоятельства конкретного дела играют здесь решающую роль. Необходимо принимать во внимание характер и продолжительность действия договора, тяжесть вины, экономическую ситуацию сторон договора, в частности ситуацию должника, а также наличие отношений зависимости, возникающих из договора или из-за разницы в деловом опыте его сторон.

Применив данную схему анализа к положению договора акционеров, предусматривающему штраф в размере 50 тыс. швейцарских франков за нарушение обязательства не конкурировать с акционерным обществом, в уже упоминавшемся деле А.А. с. Х. SA Верховный суд Швейцарии пришел к выводу о том, что данный размер не являлся чрезмерным и, соответственно, не мог быть уменьшен. Следует добавить, что судебной практике Швейцарии известны примеры и более высоких санкций за нарушение предусмотренных договорами акционеров

обязательств, в частности санкции за нарушение соглашения о голосовании в размере 600 тыс. швейцарских франков и 200 тыс. швейцарских франков⁵.

Являясь мощным орудием для защиты имущественных и личных неимущественных интересов акционеров и содействия достижению их экономических целей, договоры акционеров играют чрезвычайно важную роль как в корпоративном праве, так и в коммерческой жизни Швейцарии в целом. Вместе с тем, чтобы полностью воспользоваться разнообразными возможностями, предоставляемыми договорами акционеров, решающую роль могут сыграть глубокое изучение соответствующего законодательства и тщательное составление и согласование условий этих договоров сторонами. |

Обсудить статью можно на нашем сайте по адресу:
<http://www.clj.ru/discussion/management/100704.html>

⁵ Решение Верховного суда Швейцарии от 21.11.2003 г., по делу А. and B. с. С.



ЮРИДИЧЕСКИЙ
ИНСТИТУТ «М-Логос»

ПОДГОТОВКА И ВЕДЕНИЕ СУДЕБНЫХ ДЕЛ:
стратегия и тактика, работа с доказательствами, судебная риторика
(12-14 ноября, Москва)

АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ПРИМЕНЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОБ АКЦИОНЕРНЫХ ОБЩЕСТВАХ (12-15 ноября, Москва)

DUE DILIGENCE В РОССИИ: практические вопросы (15-16 ноября, Москва)

ПОДГОТОВКА И ОРГАНИЗАЦИЯ IPO:
правовые, финансовые и практические вопросы (19-21 ноября, Москва)

ТРУДОВОЙ КОДЕКС РФ: анализ новелл, практики применения и рассмотрения споров (26-27 ноября, Москва)

ЭФФЕКТИВНАЯ ДОГОВОРНАЯ И ПРЕТЕНЗИОННАЯ РАБОТА. ЗАЩИТА ПРАВ КРЕДИТОРА
(26-30 ноября, Москва
10-11 декабря, Екатеринбург,
17-18 декабря Санкт-Петербург)

<http://www.m-logos.ru>
e-mail: info@m-logos.ru

ПРИГЛАШАЕТ В НОЯБРЕ-ДЕКАБРЕ ПРИНЯТЬ УЧАСТИЕ В ПРАКТИЧЕСКИХ СЕМИНАРАХ:

СДЕЛКИ СЛИЯНИЯ И ПОГЛОЩЕНИЯ В РОССИИ: правовые, финансовые и практические вопросы
(28-30 ноября, Москва)

СДЕЛКИ С НЕДВИЖИМОСТЬЮ И ПРОБЛЕМЫ ГОСУДАРСТВЕННОЙ РЕГИСТРАЦИИ
(03-05 декабря, Москва)

ИПОТЕЧНОЕ КРЕДИТОВАНИЕ, РЕФИНАНСИРОВАНИЕ И СЕКЬЮРИТИЗАЦИЯ
(05-07 декабря, Москва)

ЭФФЕКТИВНОЕ ВЕДЕНИЕ НАЛОГОВЫХ СПОРОВ (10-12 декабря, Москва)

ВНЕШНЕТОРГОВЫЙ КОНТРАКТ: заключение, исполнение и споры (12-14 декабря, Москва)

ЭФФЕКТИВНОЕ ВЕДЕНИЕ СУДЕБНЫХ СПОРОВ: процессуальные аспекты
(11-14 декабря, Москва)

ЭФФЕКТИВНАЯ ОРГАНИЗАЦИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ СЛУЖБЫ КОМПАНИИ
(17-19 декабря, Москва)

Тел. (495) 771-59-27; 626-30-74