



Зарцын & партнеры

юридическая компания

Договор конвертируемого займа



Юридическая компания «Зарцын и партнеры» была рекомендована Best Lawyers в сфере интеллектуального права.



Управляющий партнер Людмила Харитонова вошла в число лучших юристов по версии международного рейтинга Best Lawyers.



Согласно отраслевому федеральному рейтингу компания рекомендована по следующим категориям: Цифровая экономика, Технологии, медиа и телекоммуникации (ТМТ), Налоговое консультирование, Корпоративное право (слияния и поглощения) — специальная номинация



Международный рейтинг Chambers & Partners отметил в категории Fintech Legal 2021 в России (Band 3)

НАШИ КЛИЕНТЫ



Roístat

JustClick

jivosite

iD inDriver

Call to visit



Next2U.ru

ARENA
SPACE

Alytics
Оптимизирован не клиент, а поведение

STAT/CLOUD

ГОЛОС

Out of Cloud

my INMYROOM

Teachbase®

Мир
Квестов



На сегодняшний день существует множество способов инвестирования в бизнес: вклад в уставный капитал, вклад в имущество компании, купля-продажа доли компании, заем и др. Выбор способа зависит от вида бизнеса, инвестиций и творчества сторон сделки.

Достаточно часто для стартапов является проблемой найти и привлечь внешнее финансирование, которое им крайне необходимо для запуска и развития своего проекта, ведь это высокорискованное вложение, особенно если стартап еще на начальном этапе своего развития и запуска.

На помощь приходит конвертируемый заем, который уже давно существует в зарубежных странах и получил там широкое распространение.

ПРИНЦИПЫ, НА КОТОРЫХ СТРОИТСЯ КОНВЕРТИРУЕМЫЙ ЗАЕМ

В России рассматриваемый механизм инвестирования структурируется как смешанный договор, поскольку на сегодняшний день отсутствуют специальные нормы, регулирующие данный институт (пока что находится только на стадии законопроекта). Подобное структурирование конвертируемого займа базируется на ключевых принципах гражданского законодательства.

Во-первых, общий принцип диспозитивности гражданского законодательства, который предполагает свободное распоряжение субъектами своими правами. Другими словами, разрешено все, что не запрещено законом.

Так, в ст. 421 Гражданского кодекса РФ закреплен принцип свободы договора, в соответствии с которым физические и юридические лица свободны в заключении договора. Данный принцип реализуется в трех аспектах: 1) свобода заключения договора и запрет принуждения к вступлению в договорные отношения; 2) свобода определения характера заключаемого договора; 3) свобода определения содержания договора. То есть можно заключать любой договор с условиями, которые не запрещены законом.

Руководствуясь принципом свободы договора, стороны могут заключать договор, содержащий в себе элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами (смешанный договор). Договор конвертируемого займа содержит в себе элементы договора займа и корпоративного договора.

Отметим, что в настоящее время о конвертируемом займе на русском языке написано крайне небольшое количество информации, практически отсутствует судебная практика.

В зарубежной литературе конвертируемый заем иногда называют «отложенной инвестицией в капитал» (см., например, John F. Coyle, Joseph M. Green, Contractual Innovation in Venture Capital). Действительно, отличительная черта конвертируемого займа — это отлагательное условие конвертации займа, на которую, как правило, рассчитывают инвесторы по итогам следующего раунда финансирования. При этом стоит отметить, что необязательно привязывать конвертацию к следующему раунду финансирования: возможны ситуации, когда инвестора устраивают определенные показатели компании, например выручка, EBITDA и др. В таких случаях инвестор также может потребовать конвертироваться в долю компании.

ЧТО ТАКОЕ КОНВЕРТИРУЕМЫЙ ЗАЕМ?

Под договором конвертируемого займа понимают договор займа, заключенный между компанией и инвестором, предусматривающий альтернативный способ исполнения обязательств в случае наступления определенных условий, обстоятельств, в виде конвертации выданных денежных средств по договору займа в долю компании.

Таким образом, у инвестора появляется право выбора потребовать возврата денежных средств с процентами согласно договору займа или требовать альтернативного исполнения обязательств и вместо денежных средств получить заранее оговоренную долю в компании.

С коммерческой точки зрения конвертируемый заем выгоден как для инвестора, так и для основателя.

ПРЕИМУЩЕСТВА КОНВЕРТИРУЕМОГО ЗАЙМА ДЛЯ ИНВЕСТОРА

Для инвестора конвертируемый заем помогает сбалансировать желание получать прибыль за счет финансирования успешных проектов, с одной стороны, но при этом не нести слишком высокие риски, с другой стороны, за счет предоставляемой ему альтернативы. Так инвестор обладает правом выбора: в случае успешного развития проекта получить долю компании — либо потребовать свои деньги обратно, если проект не достигнет желаемых показателей.

В первом случае договор конвертируемого займа является гарантией того, что займодавец-инвестор сможет инвестировать в капитал компании на условиях, которые были заранее оговорены и которые в дальнейшем не изменятся.

Во втором случае договор конвертируемого займа также способствует защите интересов инвестора, поскольку при низких темпах развития проекта инвестор заинтересован в возврате вложенных денежных средств, а не в получении доли проекта.

Более того, такое условие привлекательно по причине того, что на стадии заключения договора конвертируемого займа инвестору не нужно задумываться об оценке компании, поскольку конвертируемый заем позволяет перенести срок определения стоимости компании до следующего раунда финансирования и тем самым избежать конфликтов с основателями. Обязанность по оценке компании будет возложена на нового инвестора.

Таким образом, конвертация выгодна тем, что:

- Инвестор получает право выбора — вернуть свои деньги либо конвертироваться в долю.
- Инвестор получает больше, чем деньги: при выполнении условий конвертации он получит долю в растущей компании.
- Из компании не нужно «вытаскивать» деньги, чтобы вернуть заем: при выполнении условия конвертации заем конвертируется в долю.
- Позволяет отсрочить момент оценки компании до прихода нового инвестора.

ПРЕИМУЩЕСТВА КОНВЕРТИРУЕМОГО ЗАЙМА ДЛЯ ОСНОВАТЕЛЕЙ

Конвертируемый заем привлекателен также для основателей, поскольку небольшим инновационным компаниям (стартапам) на начальных этапах крайне важно получить внешнее финансирование, чтобы развивать свой бизнес. В большинстве случаев традиционные механизмы инвестирования (например, банковское кредитование) не всегда подходят или крайне невыгодны для стартапов, потому что для традиционных механизмов важен баланс

рисков и доходности, а стартапы предполагают высокорискованные инвестиции, которые, возможно, и не вернутся инвестору.

Конвертируемый заем позволяет стартапу оперативно получить финансирование на ранних стадиях развития проекта. Более того, модель конвертируемого займа не требует от основателей дополнительных вложений в момент заключения сделки.

Также конвертируемый заем дает основателям время, чтобы доказать прибыльность своей идеи и проекта, увеличить оценку компании и тем самым снизить доли инвесторов.

УСЛОВИЯ КОНВЕРТАЦИИ

Конвертируемый заем является достаточно гибким инструментом, поскольку предполагает различные варианты условий, при которых возможно наступление конвертации. К таким условиям относятся:

1. Достижение стартапом определенных финансовых показателей (например, планов по выручке, EBITDA).
2. Привлечение следующего раунда финансирования.
3. Привлечение следующего раунда финансирования с оценкой не ниже конкретной суммы или с оценкой, определяемой по конкретной формуле.
4. Наступление срока погашения займа (добровольная конвертация).
5. Смена контроля над компанией.
6. Выход компании на IPO.
7. Развитие проекта до пилотного проекта.
8. Продажа основателями компании (exit).
9. Другие условия.

ОЦЕНКА

Как мы уже выяснили ранее, на первых этапах развития проекта, когда его основным активом является идея/инновация (основной актив проекта — инновационный продукт — еще не создан), оценить проект практически невозможно, поэтому одна из опций, которая предусмотрена конвертируемым займом, это оценка компании следующим инвестором.

В договоре конвертируемого займа можно определить, какой дисконт (англ. discount) получит инвестор к оценке будущего раунда финансирования, или определить предельное значение оценки компании, при котором произойдет конвертация для инвестора. Данные варианты представляют собой преимущества раннего инвестора перед последующими инвесторами, чтобы компенсировать его риски.

Так, дисконт представляет собой повышающий коэффициент, который дает первоначальному инвестору — займодавцу — преимущества перед последующим инвестором в размере получаемой доли на единицу инвестируемых средств. Более простыми словами, это скидка на стоимость доли по отношению к цене для нового инвестора в последующем раунде.

Допустим, размер конвертируемого займа Инвестора 1 составил 500 000 руб. Стороны инвестиционной сделки договорились, что конвертация произойдет на следующем раунде финансирования с дисконтом в 20%. Если в следующем раунде Инвестор 2 захочет заплатить за одну акцию 10 руб., то Инвестор 1 сможет конвертировать свой заем в размере 500 000 руб. по цене 8 руб. за акцию (10 руб. — 20% = 8), что даст ему 62 500 акций вместо 50 000.

Еще одно преимущество для инвестора — это установление максимальной оценки компании, в рамках которой инвестор может конвертировать свой заем в долю компании (valuation cap, кэп). Такое условие подходит для ситуаций, когда стоимость компании резко возросла и, следовательно, была

очень высоко оценена на следующем раунде инвестирования. Даже если на новом этапе компания будет оценена выше, чем предполагалось, инвестор может рассчитывать на конкретный размер доли и избежать «размытия» доли.

Например, заем Инвестора 1 составляет 500 000 руб., valuation cap — 5 000 000 руб. При наступлении нового раунда инвестирования оценка компании составила 25 000 000 руб. Без условия о valuation cap заем Инвестора 1 конвертировался бы только в 2% акций компании ($500\,000 : 25\,000\,000 \times 100\% = 2$).

При условии valuation cap Инвестор 1 конвертирует свой заем в рамках предела, который равен 5 000 000, и получит 10% акций ($500\,000 : 5\,000\,000 \times 100\% = 10$).

На практике при наступлении нового раунда финансирования срабатывает одно из условий: либо конвертация с дисконтом, либо конвертация с использованием valuation cap. Все эти условия нужны для того, чтобы сбалансировать риски ранних инвесторов.

Однако стороны могут заранее определить оценку компании, по которой будет происходить конвертация. Например, стороны договорились, что в случае выполнения условий конвертации инвестор реализует свое право на конвертацию в доли компании по оценке X, а в случае невыполнения условий — по оценке Y. Указанная возможность в очередной раз подчеркивает гибкость механизма конвертируемого займа.

СТРУКТУРИРОВАНИЕ КОНВЕРТИРУЕМОГО ЗАЙМА

В Российской Федерации отсутствует договорная конструкция конвертируемого займа, что влечет ряд проблем и рисков при структурировании отношений инвестора и компании с использованием конвертируемого займа.

На практике конвертируемый заем оформляется путем заключения договора займа между заемщиком-компанией с одной стороны и займодавцем-инвестором — с другой стороны (ст. 807 ГК РФ). Особенностью заключаемого договора является наличие альтернативных условий исполнения, предусмотренных ст. 308.1 ГК РФ.

ДОГОВОР ЗАЙМА

Какие обязательные условия должен содержать в себе договор займа?

1. Сумма займа.
2. Процентная ставка (конвертируемый заем — это долговое обязательство).
3. Срок займа или дата исполнения (Maturity Date). Это срок, в течение которого должны наступить условия конвертации. Он устанавливается по соглашению сторон и может быть любым (принцип свободы договора).
4. Условия конвертации. Как мы видим в разделе выше, вариантов условий, при которых должен сработать механизм конвертации, большое количество (все зависит от каждого отдельно взятого проекта/стартапа).
5. Порядок конвертации. Порядок конвертации — это увеличение уставного капитала заемщика за счет вклада займодавца-инвестора путем зачета суммы займа в соответствии с п. 4 ст. 19 ФЗ «Об ООО».
6. По какой оценке произойдет конвертация доли инвестора (формула, дисконт, кэп и др.).
7. Возможность пролонгации займа в случае невыполнения условий.

8. Возможность досрочного погашения займа.
9. Права инвестора после конвертации.

ЗАЧЕТ ДЕНЕЖНОГО ТРЕБОВАНИЯ ПО ЗАЙМУ

Конвертация происходит путем увеличения уставного капитала заемщика за счет вклада займодавца путем зачета суммы займа. Гражданским кодексом Российской Федерации (далее — ГК РФ) предусмотрены различные основания для прекращения обязательств. Зачет является одним из предусмотренных способов. Согласно ст. 410 ГК РФ зачет является способом полного или частичного прекращения обязательства путем зачета встречного однородного требования, срок которого наступил либо срок которого не указан или определен моментом востребования (такой зачет производится путем составления одностороннего заявления о зачете). Однако тут стоит отметить, что есть исключение, указанное в п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах». Так, нормы ст. 410 ГК РФ, устанавливающие предпосылки прекращения обязательства односторонним заявлением о зачете, не означают автоматического запрета соглашения договаривающихся сторон о прекращении неоднородных обязательств или обязательств с ненаступившими сроками исполнения и т. п. Кроме того, если в договоре был установлен запрет на зачет, он может быть отменен новым соглашением, что не противоречит норме п. 1 ст. 450 ГК РФ. В то же время для проведения двустороннего взаимозачета обязательно, чтобы зачитываемые требования были встречными.

Возможность зачета будущих требований подтверждается имеющейся судебной практикой. Так, в Постановлении Первого арбитражного апелляционного суда от 17 августа 2017 г. № 01АП-4203/17 довод общества о недействительности соглашений о зачете от 23.11.2015 со ссылкой на то, что нормами действующего законодательства не предусмотрен зачет будущего требования, был предметом рассмотрения в суде первой инстанции и обоснованно отклонен со ссылкой на разъяснения, содержащиеся в абз. 4 п. 4 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах», согласно которым нормы ст. 410 ГК РФ, устанавливающие предпосылки прекращения обязательства односторонним заявлением о зачете, не означают запрета соглашения договаривающихся сторон о прекращении неоднородных обязательств или обязательств с ненаступившими сроками исполнения.

Для конвертации обязательства из договора займа в уставный капитал ООО порядок зачета предусмотрен корпоративным законодательством — ч. 4 ст. 19 ФЗ «Об ООО». Так, участники общества в счет внесения ими дополнительных вкладов и (или) третьи лица в счет внесения ими вкладов вправе зачесть денежные требования к обществу. Основание — решение общего собрания участников, принятое всеми участниками единогласно.

Непосредственная конвертация займа в долю/акции компания оформляется с помощью протокола общего собрания участников компании или решения единственного участника компании (если ООО состоит из одного участника) об увеличении уставного капитала за счет вклада третьего лица.

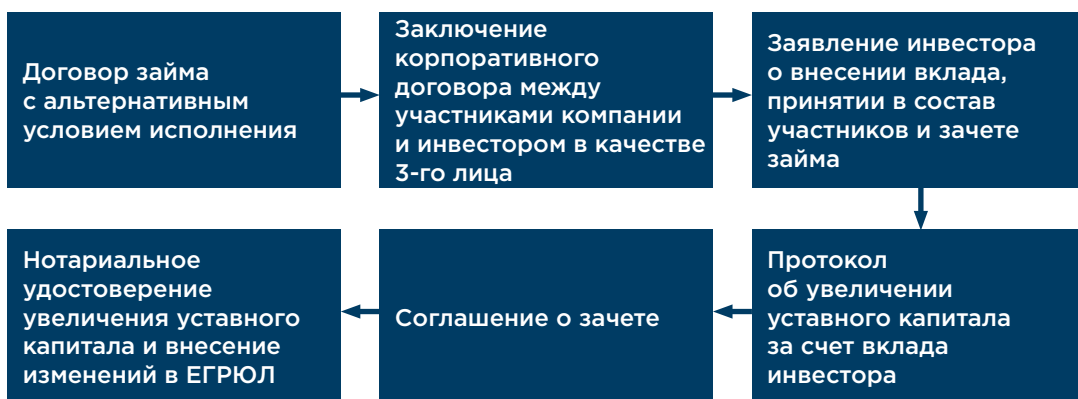
Таким образом, на общем собрании принимаются следующие решения:

- о принятии инвестора в общество;
- об увеличении уставного капитала общества за счет вклада третьего лица;
- об определении номинальной стоимости и размера доли инвестора исходя из оценки, предусмотренной договором конвертируемого займа;

- о внесении изменений в устав в связи с изменением размера уставного капитала общества;
- об определении номинальной стоимости и размера долей участников общества после внесения инвестором вклада;
- о зачете денежных требований инвестора к обществу по договору конвертируемого займа;
- о поручении единоличному исполнительному органу общества совершить действия, необходимые для осуществления государственной регистрации вышеуказанных изменений в ЕГРЮЛ.

Документ должен быть подписан всеми участниками компании и нотариально заверен. После нотариального удостоверения решения, изменения регистрируются в ЕГРЮЛ.

Схематично процесс структурирования конвертируемого займа выглядит следующим образом:



КАПТЕЙБЛ

Отметим, что при структурировании конвертируемого займа компании рекомендуется составить каптейбл (таблица капитализации). Это особенно актуально для инвестиционных сделок, которые предусматривают несколько раундов финансирования, включения условий о неразмытии доли и др. Каптейбл представляет собой таблицу в «Экселе», которая отражает динамику владения долями на начальном и последующих раундах финансирования основателями и инвесторами. Таблица содержит сведения о размере долей основателей, размере вкладов инвесторов, а также формулы, на основании которых осуществляется конвертация. Наличие такой таблицы в значительной степени упрощает расчеты сторон и минимизирует ошибки в подсчетах.

РИСКИ ДОГОВОРА КОНВЕРТИРУЕМОГО ЗАЙМА

1. Нет обширной судебной практики. Как себя поведет суд в случае спора — непонятно.
2. Указанная конструкция имеет свои недостатки, лежащие в плоскости корпоративного законодательства. Допустим, займодавец делает выбор в пользу получения доли компании. Передача доли в ООО требует нотариального заверения (ч. 11 ст. 21 ФЗ «Об ООО»). В этом случае есть риск, что заемщик будет препятствовать оформлению такой доли, отказываясь нотариально заверять сделку.
3. Несмотря на исполнение условий конвертации, общество не выполнит условия, прописанные в договоре конвертируемого займа, и не инициирует проведение общего собрания участников с соответствующей повесткой дня, из-за чего соответствующее решение не будет принято.

4. Договор конвертируемого займа заключает общество, следовательно основатели не являются стороной договора и для них данный договор не порождает никаких прав и обязанностей, поэтому они могут отказаться его исполнять и откажутся принять необходимые решения на общем собрании участников.
5. Если в договоре конвертируемого займа предусмотрена обязанность инвестора конвертироваться при определенных условиях — нет рычагов для его понуждения к конвертации. Чтобы минимизировать риск возникновения такой ситуации, на практике используются опционы, штрафные неустойки и другие правовые инструменты.

Легальный способ минимизации рисков — это структурирование сделки между основателями и инвестором с помощью конструкции корпоративного договора, который содержит готовые алгоритмы действий для урегулирования любых вопросов в рамках осуществления деятельности участниками компании.

КОРПОРАТИВНЫЙ ДОГОВОР

Согласно ст. 67.2 ГК РФ в корпоративном договоре можно закрепить обязанность участников общества:

- при наступлении определенных в договоре обстоятельств требовать созыва общего собрания участников;
- проголосовать «за» увеличение уставного капитала.

Данный механизм гарантирует инвестору возможность осуществления конвертации с точки зрения того, что соответствующие решения об увеличении уставного капитала на основании заявления третьего лица о принятии его в общество и внесении вклада (ч. 2 ст. 19 ФЗ «Об ООО»), необходимые для конвертации, будут приняты участниками согласно оговоренным в договоре условиям в оговоренные сроки. Кроме того, чтобы обеспечить для инвестора возможность получения доли компании, в корпоративный договор включаются различные ограничения (например, временные ограничения на отчуждение участниками компании своих долей, на выход из общества, запрет на вывод ценных активов и др.).

Отметим, что стороной корпоративного договора могут быть не только участники компании, но и третьи лица, в частности кредиторы (инвесторы). Так, п. 9 ст. 67.2 ГК РФ уточняет, что кредиторы общества и иные третьи лица могут заключить договор с участниками ООО, по которому последние в целях обеспечения охраняемого законом интереса таких третьих лиц обязуются осуществлять свои корпоративные права определенным образом или воздерживаться (отказаться) от их осуществления, в том числе голосовать определенным образом на общем собрании участников общества, согласованно осуществлять иные действия по управлению обществом, приобретать или отчуждать доли в его уставном капитале по определенной цене или при наступлении определенных обстоятельств либо воздерживаться от отчуждения долей до наступления определенных обстоятельств. К этому договору, соответственно, применяются правила о корпоративном договоре.

Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» в п. 36 указывает, что корпоративные договоры, стороной которых является не участник общества, обладающий законным интересом в таком договоре, подлежат судебной защите. Таким образом, споры, возникшие в связи с корпоративным договором, одной из сторон которого является не участник, будут рассматриваться арбитражным судом (ст. 225.1 АПК РФ) в соответствии со стандартными правилами подсудности.

Данная позиция подтверждается рядом судебных решений. В частности, в определении Верховного Суда № 307-ЭС17-8155 суд признал действительность корпоративного договора заключенного с не участником общества.

Следовательно, конвертируемый заем может быть структурирован следующим образом: заключение договора займа между займодавцем (инвестором) и заемщиком (компанией) и заключение корпоративного договора между участниками общества и инвестором в качестве третьего лица. Заключение корпоративного договора будет гарантировать, что при наступлении условий конвертации общество сделает все необходимые от него действия для увеличения уставного капитала в целях реализации конвертации инвестором.

Таким образом, корпоративный договор можно разделить на следующие составляющие:

1. Гарантии инвестора для реализации конвертации (обязанность основателей компании по требованию инвестора произвести конвертацию займа, расчет получаемой инвестором при конвертации доли или ее размер (заранее определенный), временные ограничения (запреты) на отчуждение участниками компании своих долей (или их частей), запреты на вывод из компании ценных активов и др.).
2. Правила для инвестора и основателей после конвертации (преимущественные условия для ранних инвесторов на следующих раундах финансирования — например, дисконт или кэп; пути разрешения спорных ситуаций — например, о кандидатуре генерального директора, условия о неразмышлении и др.).

ОПЦИОН

Еще один вариант структурирования сделки корпоративного займа — это корпоративный заем с использованием опциона (конструкция опциона на заключение договора, предусмотренного ст. 429.2 ГК РФ). Такой опцион представляет собой безотзывную оферту на заключение основного договора (договора купли-продажи доли), акцептом которой является наступление условий, определенных в опционе и удостоверенных нотариусом.

Для реализации этого механизма стороны (основатель и инвестор), во-первых, заключают договор займа, во-вторых, основатель предоставляет инвестору безотзывную оферту на заключение договора купли-продажи, которая будет акцептована при наступлении определенных условий (например, в случае невозврата суммы займа, непринятия участниками общества решения о конвертации займа и др.).

Таким образом, при наступлении определенных условий инвестор по своему одностороннему волеизъявлению может обеспечить передачу себе доли общества путем нотариального удостоверения акцепта в соответствии с абз. 5 ч. 1 ст. 21 ФЗ «Об ООО». Следовательно, опцион позволяет быстро и без судебных разбирательств с помощью нотариуса предоставить инвестору желаемую долю в компании и решает проблему нотариального заверения и исполнения сделок с долями ООО.

СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА

В Постановлении Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 21.10.2019 № 15АП-17327/2019 по делу № А32-16352/2019 истец указывал на то, что конвертация долга по договору займа в долю в уставном капитале общества представляет собой единую многосоставную сделку. Условия этой сделки формируют решение общего собрания участников общества о принятии истца в общество и об определении его доли; соглашение о зачете, которым его стороны прекратили взаимные однородные обязательства по оплате

доли и договору займа. По мнению истца, ответчики ввели его в заблуждение относительно рыночной стоимости 20% долей в уставном капитале общества, в результате чего истец приобрел актив, стоимость которого значительно ниже внесенного вклада — части прекращенного зачетом долга по договору займа. В этих условиях, по мнению истца, конвертация долга является недействительной по правилам статей 10, 168 и п. 2 ст. 179 ГК РФ.

Отказывая в удовлетворении исковых требований, суд первой инстанции указал, что позиция истца противоречит нормам гражданского права и опровергается обстоятельствами заключения и исполнения спорных сделок.

Согласно подходу, выраженному в п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13.03.2001 № 62 «Обзор практики разрешения споров, связанных с заключением хозяйственными обществами крупных сделок и сделок, в совершении которых имеется заинтересованность», внесение вклада в уставный капитал общества надлежит квалифицировать как сделку.

Оплата цены сделки (в рассматриваемом случае — внесение вклада) актом зачета является расчетной операцией и не имеет самостоятельного значения, на что неоднократно указывал Верховный Суд РФ. Эта позиция отражена в Определении ВС РФ от 22.10.2018 № 305-ЭС18-16743 по делу № А41-7404/16.

Вопреки доводам апелляционной жалобы, суд первой инстанции, верно, квалифицировал акт зачета как расчетную операцию, так как в силу действующего законодательства акт зачета представляет собой способ оплаты (оплата путем зачета требований) дополнительного вклада при совершении сделки по увеличению уставного капитала и не имеет самостоятельного значения в отрыве от указанной сделки.

Так, в силу абз. 2 п. 2 ст. 90 ГК РФ оплата уставного капитала общества с ограниченной ответственностью при увеличении уставного капитала путем зачета требований к обществу допускается в случаях, предусмотренных законом об обществах с ограниченной ответственностью. Согласно п. 4 ст. 19 ФЗ «Об ООО» установлено, что по решению общего собрания участников общества, принятому всеми участниками общества единогласно, участники общества в счет внесения ими дополнительных вкладов и (или) третьи лица в счет внесения ими вкладов вправе зачесть денежные требования к обществу.

Отметим, что аналогичное положение содержится в п. 2 ст. 34 ФЗ «Об АО», где указано, что оплата дополнительных акций путем зачета денежных требований к обществу допускается в случае их размещения посредством закрытой подписки.

Таким образом, суд первой инстанции правильно квалифицировал оспариваемые сделки, сделав верный вывод об отсутствии законных оснований для признания конвертации недействительной.

НОВЫЙ ЗАКОН

Договорная конструкция конвертируемого займа является объектом дискуссий со стороны законодателя с 2018 года.

Так, в 2018 году был подготовлен законопроект. Главная новелла законопроекта — введение новой договорной конструкции, договора конвертируемого займа. Модель договора конвертируемого займа предполагает право займодавца (инвестора) зачесть полностью или в части денежное требование о возврате суммы займа в счет внесения вклада, оплаты доли (части доли) в уставном капитале общества либо независимо от того, наступил ли срок возврата займа.

Важное нововведение касалось также увеличения срока, в течение которого доля может принадлежать обществу (до трех лет).

Однако Совет по кодификации не поддержал данный законопроект, отметив, что все необходимые нормы для структурирования инвестиционных сделок уже содержатся в действующем законодательстве (опционные договоры, факультативно-альтернативные обязательства, смешанные договоры), а также указав на наличие различных юридико-технических недостатков и иных замечаний.

Инициатива по совершенствованию механизмов структурирования инвестиционных сделок не потеряла своей актуальности до сих пор. Так, в июне 2020 года группой депутатов Государственной думы РФ был внесен на рассмотрение законопроект о конвертируемом займе (№ 972589-7). 9 декабря 2020 года законопроект о конвертируемом займе был принят в первом чтении Государственной думой РФ. 8 июня 2021 года Государственная дума РФ приняла во втором и третьем (окончательном) чтении закон о конвертируемом займе.

Федеральный закон от 02.07.2021 г. «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» в части конвертируемого займа (далее — Закон) вступает в силу 13 июля 2021 года.

Какова цель закона?

В пояснительной записке к закону указано, что цель нововведений заключается в стимулировании роста инвестиций в малый и средний бизнес, в особенности в высокотехнологичные проекты, которые требуют значительной поддержки на самых ранних стадиях развития.

Какие преимущества у конвертируемого займа?

Для инвесторов конвертируемый заем выгоден тем, что он не обязывает их сразу же приобретать долю в компании, а компания может осуществлять проект его инициаторами без вмешательства посторонних лиц. Конвертация осуществляется по выбору инвестора, а если его что-то не устраивает в темпах развития компании или в направлении развития, инвестору возвращается долг в соответствии с условиями договора займа.

Какие изменения вносит новый закон?

1. Легальное определение договора конвертируемого займа в федеральных законах «Об ООО» и «Об АО»

В соответствии с Законом, договор конвертируемого займа — это договор займа, который предусматривает право займодавца вместо возврата всей (части) суммы займа и выплаты всех (части) процентов по нему в срок и (или) в зависимости от наступления иных условий или обстоятельств потребовать от хозяйственного общества — заемщика по договору передачи долей (увеличения номинальной стоимости доли и размера доли займодавца — участника общества и уменьшения размера долей иных участников общества, а если займодавцем является третье лицо — принятия займодавца в общество, приобретения займодавцем доли в уставном капитале общества и уменьшения размера долей участников общества).

Такие договоры могут заключаться только с непубличными хозяйственными обществами. Закон предусматривает, что такой договор не может быть заключен с кредитной или страховой организацией (в отношении ООО). То есть фактически договор конвертируемого займа представляет собой договор займа. Заем предоставляется на финансирование проекта на его начальной стадии. Стороны договариваются, что займодавец-инвестор предоставляет

заем компании при условии, что к определенному сроку заемщик вернет ему сумму займа с процентами или передаст долю в уставном капитале компании.

2. Существенные условия договора конвертируемого займа

К таким условиям относятся срок, иные условия и (или) обстоятельства, при наступлении которых займодавец вправе предъявить требование о конвертации.

Какие это могут быть условия и (или) обстоятельства? Например, совершение или несвершение сторонами договора или третьими лицами определенных действий, принятие обществом или третьими лицами определенных решений, достижение обществом определенных финансовых показателей. Кроме того, существенным условием является сумма (порядок определения суммы), на которую увеличивается номинальная стоимость доли займодавца.

Эти условия также должны быть отражены в решении общего собрания, которым дается предварительное согласие на заключение договора конвертируемого займа. Договор конвертируемого займа, заключенный в нарушение положений о получении предварительного письменного согласия, может быть признан недействительным по иску общества или его участников.

3. Форма, порядок заключения договора конвертируемого займа

Для договора конвертируемого займа Закон предусматривает обязательную нотариальную форму. Несоблюдение нотариальной формы влечет ничтожность договора.

Кроме того, заключение договора конвертируемого займа требует предварительного согласия общего собрания участников общества. Решение о заключении договора должно быть принято всеми участниками единогласно. Решение и состав участников должны быть заверены нотариально.

4. Установление предельного срока для предъявления требований о конвертации

Закон устанавливает предельный срок для предъявления требований о конвертации — не позднее трех месяцев после дня наступления срока и (или) иных обстоятельств, которые предусмотрены договором конвертируемого займа, если меньший срок не установлен договором конвертируемого займа. Данное правило направлено на защиту основателей от недобросовестного поведения инвесторов конвертироваться в любое время.

5. Принудительное исполнение

Закон предлагает следующие варианты для исполнения требований по договору конвертируемого займа:

- Заявление о конвертации подается в ЕГРЮЛ через нотариуса.
- Если конвертация не состоялась, то займодавец-инвестор вправе потребовать осуществления конвертации в судебном порядке. Решение арбитражного суда, обязывающее общество увеличить его уставный капитал, является основанием для государственной регистрации соответствующих изменений, вносимых в устав общества и ЕГРЮЛ.

Следует учитывать важный момент: решение судов исполняет ФССП, поэтому возникает закономерный вопрос, смогут ли приставы исполнить такое решение и есть ли целесообразность в данном механизме?

Отметим, что у основателей есть право предоставлять нотариусу возражения в связи с увеличением уставного капитала. Инвестор вправе требовать конвертации своего займа через суд.

6. Механизм конвертации займа

В части механизма конвертации займа Закон предусматривает тот же порядок, который применяется и сейчас: увеличение уставного капитала путем зачета суммы займа в счет оплаты доли.

КАК БУДЕТ РАБОТАТЬ ДОГОВОР КОНВЕРТИРУЕМОГО ЗАЙМА?

Рассмотрим пошагово, как будет выглядеть процесс выдачи конвертируемого займа в соответствии с Законом на примере ООО.

1. Принятие решения общим собранием участников об увеличении уставного капитала и предварительное согласие на заключение договора конвертируемого займа (нотариально удостоверенное).
2. Нотариальное удостоверение договора конвертируемого займа.
3. Нотариус направляет заявление в ФНС о заключении договора конвертируемого займа и внесении сведений о заключенном договоре, займодавце, размере доли в уставном капитале общества, которую он может получить, в ЕГРЮЛ.
4. Наступление условий (обстоятельств), дающих инвестору право потребовать компании-заемщика передачи долей. Инвестор направляет требование об увеличении уставного капитала общества нотариусу (на это у инвестора есть три месяца с момента наступления соответствующих условий).
5. Уведомление нотариусом общества о предъявлении займодавцем требования об увеличении уставного капитала в течение одного рабочего дня со дня получения такого требования. Обществу дается 14 дней для предоставления возражений.
6. При отсутствии возражений нотариус уведомляет ФНС об увеличении уставного капитала общества, эти сведения вносятся в ЕГРЮЛ.
7. Если у компании-заемщика имеются возражения, то спор разрешается в судебном порядке в арбитражном суде.

Важный нюанс заключается в том, что решение суда является основанием для внесения сведений в ЕГРЮЛ, то есть от основателей и инвесторов не требуется совершения никаких действий.

Таким образом, внесение изменений в российское законодательство, согласно Закону, должно значительно упростить процесс структурирования инвестиционных сделок, однако фактически Закон закрепляет тот же механизм структурирования конвертируемого займа, который используется сейчас.

Кроме того, анализ текста Закона показывает, что остаются вопросы по реализации рассматриваемого механизма. При этом внедрение договора конвертируемого займа должно гарантировать получение инвестором своей доли после конвертации, поскольку в соответствии с Законом все необходимые корпоративные решения принимаются до того, как наступили основания для получения инвестором доли в компании, то есть после заключения договора все зависит от того, наступят ли условия конвертации или нет.

Нельзя не согласиться с авторами Закона, что создание прозрачного механизма инвестиций в компании с использованием договора конвертируемого займа способно стимулировать рост частных инвестиций в бизнес-проекты на стадии запуска и роста.

