

**68** Когда не обойтись без проверки должной добросовестности**71** Ответственность исполнительного органа хозяйственного общества**74** Страхование ответственности руководителя

Когда не обойтись без проверки должной добросовестности

Автор статьи

Наталья Бирюкова,

магистр частного права, к. ю. н.

Должная добросовестность или должная осмотрительность, как иногда переводится с английского «due diligence»¹, все чаще становится объектом проверок и аудита. Как правило, такие проверки осуществляются при продаже или приобретении крупных объектов, будь то российская или иностранная компания, объекты недвижимого имущества, при вложении денежных средств в различных формах (кредиты, займы и т. п.). Эта статья расскажет о том, каким бывает DD и когда он необходим.

Еще совсем недавно проведение DD не было широко распространено в России. Однако в последнее время, в том числе в связи с глобализацией экономики и выходом на международные рынки капитала, увеличением количества сделок слияния и поглощения (M&A) количество проводимых проверок DD значительно увеличилось. Если раньше DD проводились в основном при приобретении объектов, расположенных в Москве, то сейчас приобретение активов и бизнеса в российских регионах также редко обходится без проведения DD.

Понятие и виды DD

DD представляет собой сбор и анализ документации и полученной информации, направленные на всестороннюю проверку законности и инвестиционной привлекательности объекта с целью избежать и максимально снизить существующие либо возможные в бу-

дущем правовые, налоговые, административные и иные риски.

В зависимости от типа приобретаемых объектов различаются объекты DD. Совсем недавно под DD подразумевался только правовой аудит. Теперь этим понятием охватывается налоговый, финансовый, операционный DD, а также проверка соблюдения природоохраненных норм. Да и в рамках правового DD выделяется ряд направлений, таких как корпоративный, трудовой DD, проверка соблюдения норм налогового законодательства, DD в сфере договорного права, проверка правового статуса и адекватности правового закрепления прав на принадлежащие организации объекты (в том числе объекты недвижимого имущества), DD в сфере правовой защиты интеллектуальной собственности², в сфере защиты конкуренции и т. д.

В настоящей статье прежде всего будут рассматриваться случаи, когда необходимо или желательно проведение правового DD. Но стоит иметь в виду, что чаще всего с целью получения наиболее полной, достоверной информации об объекте, проводится комплексный DD, включающий в качестве составной части правовой DD наряду с другими вышеупомянутыми видами DD.

В договоре с организацией, проводящей DD, надо прописать как можно больше нюансов

¹ Возможные и иные варианты перевода данного понятия: должная старательность, тщательное наблюдение, всестороннее исследование достоверности информации об объекте и т. п.

² Подробнее об этом читайте на стр. 28.

Процедура DD является длительной и дорогостоящей, требует от проводящих ее лиц высокого уровня профессионализма и опытности. Поэтому многим субъектам бизнеса она может оказаться не по карману или потребовать существенных затрат, целесообразность которых, на первый взгляд, может показаться неочевидной. Поэтому перед тем как инициировать процедуру DD, необходимо тщательным образом определить цели ее проведения и попытаться оценить риски и решения, которые могут быть приняты в зависимости от ее результатов. В случае непроведения качественного всестороннего DD потери в будущем могут быть несопоставимыми вплоть до утраты всего имущества, полученного в результате совершения сделки.

Когда нужен DD

Рассмотрим подробнее, какие субъекты прежде всего заинтересованы в проведении DD и в каких случаях его проведение необходимо или рекомендуется.

Очень важно верно определить объект и глубину исследования DD. Объектами DD могут являться как целые компании, их структурные подразделения, так и отдельные объекты недвижимости.

Так, например, если приобретается бизнес или организация, владеющие рядом дорогостоящих активов (например, объектов недвижимого имущества, интеллектуальной собственности), необходимо не ограничиваться проверкой лишь процедуры создания компании и корпоративных вопросов. В этих случаях важно также проверить права на такие активы, так как в отсутствие прав на эти объекты или в случае их изъятия общая стоимость объекта инвестирования может значительно снизиться. При этом целесообразно не ограничиваться экспресс-аудитом, а проследить всю цепочку возникновения и передачи прав на такие объекты. Но в таких случаях важно проанализировать и общие корпоративные вопросы, так как в случае отсутствия или ограничения прав на акции или доли организации (например, в случае их неполной оплаты) сделки также могут быть поставлены под сомнение.

В случае приобретения отдельных активов, например, недвижимости, не связанных с приобретением акций или долей владеющих этими активами организаций, также целесообразно проведение DD. В этом случае необходимо прежде всего проверить историю и титул владения объектами недвижимости, выявить риски, связанные с оформлением прав на земельный участок, установить все обременения (если такие су-

ществуют. Например, сервитуты и т. д.), проанализировать риски, связанные с назначением недвижимого имущества и характером его использования, проверить на наличие или отсутствие претензий и судебных споров, связанных с данным объектом недвижимости.

В любом случае, перед вложением денежных средств (например, при привлечении заемных средств) или приобретением различных объектов инвестор должен получить объективную картину, отражающую все возможные риски, связанные с объектом инвестиций, убедиться в приемлемости этих рисков для него. Результаты DD могут повлиять как на цену приобретения, так и вообще на принятие решения о том, стоит ли вкладывать деньги в такой объект. Влияют они в таких случаях и на содержание соглашений, связанных с приобретением или инвестированием. Например, подготавливаются дополнительные обеспечительные соглашения (гарантии продавца, механизм изменения покупной цены на случай материализации риска).

Обычно DD – это прежде всего предынвестиционное обследование (аудит), позволяющее получить достоверные и объективные данные о приобретаемом или инвестируемом объекте или бизнесе. Однако проверки, аналогичные DD, могут проводиться и в рамках предприятия или холдинга для выяснения состояния дел в тех или иных предприятиях холдинга или отдельных структурных единицах предприятия. При этом (так же как и при предынвестиционном DD) проверяется деятельность компании или подразделения на соответствие нормам гражданского, трудового, корпоративного, налогового права, природоохранного законодательства, проверяется юридическая чистота закрепления прав на основные активы и т. п. Таким образом, юридический аудит (DD) также является инструментом совершенствования управления и функционирования компании. Целесообразно также проводить внутренний DD, готовясь к обращению в банки за получением заемного финансирования, а также при подготовке к проверкам государственных органов во избежание наложения штрафных санкций за нарушение норм законодательства при осуществлении организацией своей деятельности, приостановления или аннулирования лицензии, что может полностью парализовать деятельность организации, применение других мер карательного характера со стороны государства вплоть до инициирования ликвидации юридического лица.

Кому нужен DD

Заказчиками юридического DD могут быть как инвесторы, покупатели и продавцы или получатели инвестиций, так и предприятия, желающие оптимизировать внутренние процессы, снизить и устранить возможные риски.

Очень важно верно определить объект и глубину исследования DD

Индекс
Авторское право / Интеллектуальная собственность
стр. 24
Антимонопольное регулирование
стр. 30
Банки / Инвестиции / Страхование / Финансы
стр. 38
Гражданское право / Договоры
стр. 46
Международные сделки / ВЭД / Таможня
стр. 54
Коммерческое / Корпоративное право / Ценные бумаги
Налоги
стр. 78
Недвижимость / Строительство / Земельные отношения
стр. 88
Трудовое право
стр. 98
Урегулирование споров / Судопроизводство / Арбитраж
стр. 108

Коммерческое/Корпоративное право / Ценные бумаги

68 Когда не обойтись без проверки должной добросовестности

71 Ответственность исполнительного органа хозяйственного общества

74 Страхование ответственности руководителя

Основное значение DD имеет, безусловно, для инвестора

Иногда заказчиками DD могут являться крупные (зачастую международные) компании, привлекающие подрядчиков для оказания услуг. Это может быть связано с необходимостью для таких компаний соответствовать международным требованиям (например, требованиям в области соблюдения трудового, природоохранного законодательства и т. п.) с тем, чтобы сохранить безупречную репутацию на международном рынке.

Основное значение DD имеет, безусловно, для инвестора, так как позволяет выявить риски, которые могут привести к плачевным для него последствиям. Например, риски, связанные с возможностью признания сделки по приобретению объекта инвестирования недействительной или незаключенной; риск привлечения к ответственности и утраты имущества, иные риски.

Продавец объекта или реципиент инвестиций заинтересован в проведении DD до сделки для того, чтобы, выявив основные риски, связанные с объектом инвестирования, своевременно устранить их до проведения проверок покупателем или инвестором.

Это позволит сделать объект привлекательным для инвестора, повысить стоимость объекта, а значит, заключить сделку на наилучших условиях, уменьшить риски снижения цены сделки и вообще ее совершения.

В качестве примеров рисков, которые могут быть выявлены и устранены или минимизированы в результате проведения due diligence, можно упомянуть отсутствие у продавца права собственности на продаваемый объект (бизнес, доли, акции, недвижимое имущество), несоблюдение порядка учреждения юридического лица, акции (доли) которого продаются, что может повлечь принудительную ликвидацию такого юридического лица; отсутствие прав на использование объектов недвижимости, в результате чего приобретатель может быть ограничен в возможности использования данных объектов недвижимого имущества, а также столкнуться с претензиями третьих лиц (например, арендодателей); риск отсутствия прав на объекты интеллектуальной собственности, в связи с

Качественный DD – гарантия вложенных средств

чем покупатель не сможет использовать и (или) в дальнейшем реализовать их, а также может получить требования и претензии от правообладателей. В ходе due diligence также могут быть выявлены неучтенные налоговые обязательства, которые могут вылиться в требования об уплате штрафов от налоговых органов, а также в судебные процессы.

О порядке проведения и роли DD

В настоящее время в практике сложился устоявшийся подход к проведению DD, этапам такой проверки. При этом нужно отметить, что законодательных требований ни к обязательности проведения DD или правового аудита, ни к процедуре или результатам исследования не установлено.

Проведение DD является добровольным шагом. Более того, юридической силы, выходящей за пределы отношений между заказчиком DD и организацией, его проводящей, заключение, подготовленное по его результатам, не имеет.

Поэтому крайне важно описывать в договоре с организацией, проводящей DD, и те объекты, которые будут проверяться, и методологию проведения проверки, и форму представления результатов, и глубину исследования и другие важные вопросы с тем, чтобы избежать спорных ситуаций в дальнейшем.

Роль проверки DD в современном бизнесе огромна. Несмотря на то что на сегодняшний день отсутствуют какие-либо официальные требования или рекомендации по ее проведению, субъекты предпринимательской деятельности все чаще и чаще прибегают к ее помощи при принятии важных решений о приобретении каких-либо объектов, о вложении денежных средств или готовясь к продаже или вливанию дополнительных инвестиций в свой бизнес.

DD на сегодняшний день является единственным источником получения объективной всесторонней информации о положении дел в конкретной организации, о соответствии ее деятельности всем требованиям законодательства, о возможных существующих рисках потери имущества или несения убытков в будущем и, наконец, о правовом статусе отдельных объектов недвижимости, представляющих интерес для покупателя.

Качественный DD является гарантией того, что покупатель или инвестор покупает или вкладывает средства в нужный ему реальный объект с требуемым набором характеристик, а не просто в созданный продавцом образ, за которым кроется огромное количество изъянов, нарушений и рисков потери части или всего имущества. ❏