

## УДК 341.9 ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ИСПОЛЬЗУЕМОЙ РОССИЙСКОЙ КОММЕРЧЕСКОЙ ПРАКТИКОЙ ДОГОВОРНОЙ КОНСТРУКЦИИ TERM SHEET

© 2023 *Е.М. Кондратьева, П.С. Филиппова*

Национальный исследовательский  
Нижегородский государственный университет им. Н.И. Лобачевского

В статье исследуются вопросы: необходимость отнесения стартапов к субъектам инновационного права; коммерческая практика инвестирования в стартапы по модели договора конвертируемого займа, структура основной сделки, бизнес-этапы процесса, проблемы, спорные правовые моменты, правовые риски, анализ полноты правового регулирования, наличие законодательных пробелов, коллизий; бизнес-терминология, обоснование необходимости ее русификации, легализации, создания единообразия терминов; описание и анализ правовой природы бизнес-конструкции Term Sheet по российскому праву; анализ проблемы «стартап как слабая сторона договора». Предложены пути решения описанных проблем и коллизий; обосновывается необходимость единообразия законодательной базы и практики.

*Ключевые слова:* инновации, инновационная предпринимательская деятельность, стартап, конвертируемый заем, корпоративные отношения, уставный капитал, венчурный капитал, терминология.

### *Е.М. Кондратьева*

Доцент кафедры гражданского права  
и процесса Национального исследовательского  
Нижегородского государственного  
университета им. Н.И. Лобачевского,  
кандидат юридических наук, доцент

В настоящее время актуальна проблема финансирования технологических инновационных бизнес-проектов на ранних стадиях их существования, стартапов.

В данной статье рассматривается бизнес-процесс инвестирования в стартапы по модели договора конвертируемого займа (далее – ДКЗ), закрепленной в современном варианте ФЗ № 354-ФЗ от 2 июля 2021 г. в виде изменений в российское законодательство.

Бизнес-конструкция ДКЗ в том числе получила широкое распространение на рынке инвестирования технологических стартапов в США. Таким образом, уже сложившаяся бизнес-практика, а также бизнес-терминология сформировались в англосаксонской правовой семье. Право данной правовой семьи сильно отличается от континентального, к которому принадлежит российское право.

Часть данной бизнес-практики ассимилирована российским бизнесом в виде «как есть» из англо-американской модели бизнеса и англо-американского права. При этом одним из этапов процесса инвестирования по модели ДКЗ является заключение промежуточного соглашения, в английской интерпретации именуемого Term Sheet (в дословном переводе означает «перечень условий»).

### *П.С. Филиппова*

Магистр 2-го курса юридического факультета  
Национального исследовательского  
Нижегородского государственного  
университета им. Н.И. Лобачевского

Использование договорной конструкции Term Sheet прямо не урегулировано российским законодательством, что привело к существованию различных трактовок настоящей конструкции и ее правовой природы, юридическая же практика не устоялась. Также нет однозначно сформированного русифицированного названия данной договорной конструкции.

Фактическая проблема усугубляется тем, что на практике бизнес заключает договор в духе *Term Sheet* без привлечения юристов<sup>1</sup>, что более чем опрометчиво. При этом на практике договорная конструкция *Term Sheet* может предлагаться в качестве «ни к чему не обязывающего договора о намерениях» самим инвестором (инвест. фондом, венчуром) и быть составленной их корпоративными юристами к их выгоде, как сильной стороны, предлагаться в виде договора присоединения в варианте «подпишите «как есть», тогда мы с вами работаем». Таким образом, стартап уже в начале переговоров может быть поставлен в невыгодные условия и являться слабой стороной договора, в российском понимании данной проблемы.

Русифицированное название договорной конструкции *Term Sheet*, как юридического документа, в российской бизнес-практике на данный момент не устоялось. По факту на практике

применяются следующие варианты: «Договор (Соглашение) об основных условиях сотрудничества», «Договор о намерениях», «Соглашение о порядке ведения переговоров». Во исполнение ФЗ «О русском языке» № 53-ФЗ с дополнениями, внесенными ФЗ № 52-ФЗ от 28.02.2023, стороны вправе самостоятельно назвать данный документ наиболее, на их взгляд, подходящим наименованием российской договорной конструкции, которую они считают здесь приемлемой. Данный договор может носить смешанный характер либо состоять из договора и соглашения к нему. В данной статье, для краткости и в силу окончательно не установившейся российской практики, будем называть данную договорную конструкцию в ее английском варианте – *Term Sheet*.

В бизнес-практике инвестирования в стартапы в англо-американской прецедентной системе права, бизнес-практика и бизнес-конструкции для привлечения финансирования устоялись. Это позволяет быстро, предсказуемо, безопасно и на понятных для инвестора условиях профинансировать стартап. Также снижаются издержки на переговорной стадии и стадии заключения соглашения, характерны предсказуемость и снижение издержек в случае спора.

Таким образом, логично провести следующее комплексное правовое регулирование всего процесса инвестирования в стартапы и в российской правовой системе.

**Постановка целей исследования.** Общая тема данного правового исследования – анализ правового регулирования деятельности стартапов как субъектов инновационного предпринимательства.

В связи с вышеизложенным интересно и актуально проанализировать с точки зрения российского законодательства:

– полноту правового регулирования бизнес-процесса инвестирования по модели ДКЗ, наличие законодательных пробелов, коллизий;

– правовую природу существующей на практике бизнес-конструкции *Term Sheet* и ее юридические риски.

**Исследование термина «стартап».** Термин «стартап», от английского выражения *start up*, в неизменном виде законодательно не утвержден в РФ. В прямом понимании с английского, *Start up* означает «поднимающийся со старта», в названии заложен «взрывной» рост проекта. Термин «стартап» является прямым заимствованием из английского языка и из англо-американской бизнес-практики.

В РФ в соответствии со ст. 2 ФЗ № 127-ФЗ от 23.08.1996 «О науке и государственной научно-технической политике» сформулирован термин «инновация» как «введенный в употребление новый или значительно улучшенный

продукт (товар, услуга) или процесс, новый метод продаж или новый организационный метод в деловой практике, организации рабочих мест или во внешних связях».

При этом в том же ФЗ № 127-ФЗ в п. 2 дано легальное понятие термина «инновационный проект» – это «комплекс направленных на достижение экономического эффекта мероприятий по осуществлению инноваций, в том числе по коммерциализации научных и (или) научно-технических результатов». То есть здесь термин «инновационный проект» используется в качестве синонима «комплекса мероприятий», то есть действия, и не имеет значение субъекта инновационного права, как юрлица или индивидуального предпринимателя.

С другой стороны, с точки зрения авторов данной статьи, можно было бы понимать тот же стартап как субъекта инновационного права (юридическое или физическое лицо), который занимается реализацией «инновационного проекта». Но существует ст. 3 ФЗ № 127-ФЗ, где в п. 1 указано, что субъектом инновационного права может быть юридическое лицо «при условии, если научная и (или) научно-техническая деятельность предусмотрена их учредительными документами».

При этом в п. 2 ФЗ № 127-ФЗ дано понятие «инновационной деятельности». Это «деятельность (включая научную, технологическую, организационную, финансовую и коммерческую деятельность), направленная на реализацию инновационных проектов...». При этом коммерческая деятельность и есть по легальным определениям предпринимательская деятельность.

Организация (тот же стартап) может по факту на практике как заниматься коммерциализацией научных разработок, так и не заниматься наукой вообще, а только вести инновационную деятельность в виде коммерческой (предпринимательской деятельности). Тогда непонятны требования из ст. 3 данного ФЗ об обязательном наличии в уставе общества сведений о ведении научной и (или) научно-технической деятельности для признания юрлица субъектом инновационного права.

Таким образом, возможно, это не правовой пробел, а коллизия права, как внутреннее противоречие закона самому себе (отдельных частей закона друг другу).

А.В. Сухоруков<sup>2</sup> в своей работе раскрыл прямую связь деятельности стартапа с инновацией и пришел к выводу, что регламентирование деятельности стартапов должно происходить в рамках законодательного регулирования деятельности субъектов инновационного предпринимательства в связи с тем, что одним из признаков стартапа является высокий уровень «риска недостижения конечного результата»,

как и у инновационной деятельности (ст. 2 ФЗ № 127-ФЗ).

Авторы согласены с мнением А.В. Сухорукова, что «стартап и инновационная предпринимательская деятельность схожи по своему содержанию. Именно инновационная предпринимательская деятельность имеет высокий риск, связанный с неполучением прибыли от осуществления данной деятельности, а на начальном этапе осуществления такой деятельности эти риски максимальны».

**Описание фактической бизнес-практики.**

Рассмотрим сложившиеся на практике этапы бизнес-процесса по финансированию технологических инновационных проектов (стартапов) на ранних стадиях их существования через привлечение инвестиций по конструкции ДКЗ<sup>3</sup>.

В связи со сложной структурой основной сделки подготовка к ней разбивается на этапы. На данных этапах формируются и заключаются несколько взаимосвязанных договоров и соглашений, в том числе носящие предварительный, переговорный характер.

**0-я информационно-преддоговорная стадия**

Инвестор проводит изначальный предварительный отбор интересного ему стартапа на основании открытых данных, презентаций, стартовых условий для участия и т.п.

**1-я стадия**

Переговоры между потенциальными инвестором и стартапом о сумме, сроках, условиях инвестиций

**2-я стадия**

Стороны определяют цели сотрудничества и механизмы их достижения.

Приход к договоренностям и фиксация их в документе под названием *Term Sheet*<sup>4</sup>

На практике *Term Sheet* чаще всего включает в себя условия:

1) *Основные*. Это параметры будущей сделки. Они могут быть конкретными, что представляется неправильным, а могут быть обтекаемыми, то есть содержать не конкретные цифры и даты, а интервалы и периоды, что более правильно на переговорной стадии, когда окончательные условия еще не сформулированы.

2) *Дополнительные*:

– сохранение конфиденциальности сторонами (конфиденциальность) – о полученной в ходе DD информации<sup>5</sup>, о факте проведения переговоров и т.п.;

– *обязанности* принимающей стороны (стартапа, получателя займа) предоставить все необходимые данные (финансовые, экономические, юридические, коммерческие) и создать благоприятные условия для проведения после-

дующей стадии аудита компании-заемщика (3-й стадии)<sup>6</sup>;

– обязательство принимающей стороны (стартапа-заемщика) в течение установленного времени (дается на проведение 3-й стадии *Due Dilligence* и заключение основного договора (ДКЗ)) не вести переговоры и не вступать в соглашения с другими потенциальными инвесторами (эксклюзивность);

– может включать заверения стартапа, что уже предоставленная им коммерческая, юридическая, финансовая информация и информация, которая будет предоставлена на стадии *Due Dilligence*, а также о других потенциально важных обстоятельствах, например о ранее заключенных корпоративных договорах, является достоверной (заверения об обстоятельствах);

– часто включаются условия, при наличии либо выявлении которых на последующих стадиях основная сделка по заключению ДКЗ не будет заключена и сотрудничество прекратится.

Задача *Term Sheet* в том числе сделать переговоры и сотрудничество сторон безопасными и плодотворными.

**3-я стадия**

*Due Dilligence* (переводится как «должная осмотрительность»). На данной стадии проводится экспертиза проекта и его активов

Наличие данной стадии необходимо до заключения сторонами обязывающего договора для принятия инвестором окончательного решения по инвестированию.

Организацией и проведением аудита занимается компания-инвестор.

**4-я стадия**

Если на 3-й стадии не выявлено существенных препятствий и непредотвратимых рисков, то есть если заявленная стартапом информация подтверждается аудитом положительно и инвестора все устраивает, то заключается договор финансирования. Здесь мы рассматриваем на данной стадии конструкцию российского права в виде договора конвертируемого займа.

Так как законодательно ДКЗ заключается между инвестором и обществом, а не участниками-основателями, для понуждения фаундеров стартапа к исполнению обязанности конвертации займа в доли либо акции дополнительно заключается корпоративный договор.

**5-я стадия**

Исполнение договора конвертируемого займа

**Варианты понимания конструкции Term Sheet в российском праве.** Так как по англо-американскому праву конструкция Term Sheet не создает жестких обязательств для сторон, сложилось мнение, что и в российской практике происходит то же самое. С учетом того, что стороны не приглашают юристов для заключения Term Sheet, правовые ошибки могут быть разнообразными.

**Право договора (применимое право).** Как отмечает Е.М. Кондратьева, «краеугольным принципом коллизионного регулирования внешнеэкономических контрактов является право сторон подчинить контракт правопорядку какой-либо страны. В доктрине международного частного права этот институт получил название «автономии воли сторон» — *lex voluntatis*»<sup>7</sup>.

Логично, что если обе стороны договора являются российскими юридическими лицами, договор заключен на территории РФ и будет исполняться также на территории РФ, то к договорным отношениям между ними применимо российское право.

Но в некоторых случаях стороны намеренно и неправоммерно пытаются уйти от российского права для подчинения договора иностранному, например английскому, праву. Примерами возможных неправоммерных целей могут быть: уход от ответственности, уклонение от налогообложения по российскому праву (действия в обход закона – п. 1 ст. 10 ГК РФ).

При этом принцип автономии воли сторон применим к сделкам, указанным в 3-й части ГК РФ раздел VI п. 1 ст. 1186 ГК РФ, и не может, и не должен противоречить публичному порядку, уводя сделку в неизвестную юрисдикцию в обход публичных интересов государства по ее налогообложению.

В 3-й части ГК РФ раздел VI п.1 ст. 1186 ГК РФ установлено: «право, подлежащее применению к гражданско-правовым отношениям с участием иностранных граждан или иностранных юридических лиц либо гражданско-правовым отношениям, осложненным иным иностранным элементом, определяется на основании международных договоров Российской Федерации, ГК РФ, других законов и обычаев, признаваемых в Российской Федерации». Таким образом, все правила, зафиксированные в 3-й части ГК РФ раздел VI, применимы именно к вышеуказанным отношениям.

Согласно ст. 1210 ГК РФ, стороны договора могут при заключении договора или в последующем выбрать право, применимое к их правам и обязанностям по этому договору, право договора либо для отдельных его частей. Данная статья применяется в неразрывной связи со ст. 1186 ГК РФ.

Если стороны не воспользовались возможностью, предоставленной ст. 1210 ГК РФ, и не выбрали право договора (право, подлежащее применению к договору), то действует ст. 1211 ГК РФ – к договору применяется право страны, где на момент заключения договора находится место жительства или основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора. Для договора займа такой стороной является займодавец.

Кроме того, согласно ст. 1192 ГК РФ существуют нормы непосредственного применения (сверхимперативные нормы). К ним относят нормы в том числе налогового и валютного законодательства РФ.

Согласно Указу Президента РФ от 08.09.2022 № 618 установлены требования по совершению сделок с долями в УК российских ООО. На текущий момент необходимо получать разрешение от Правительственной комиссии по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в РФ на совершение сделок в отношении долей в УК российских ООО, если данные сделки заключаются между резидентами и «недружественными» нерезидентами (их подконтрольными лицами).

**Спорные правовые моменты по основному договору (ДКЗ).** В связи статей 19.1 и 21 Федерального закона от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью», понятно, что ДКЗ не является, в отличие от опциона на заключение договора на распоряжение долями в ООО, распорядительной сделкой, так как согласно п. 3 ст. 21 ФЗ об ООО доля участника общества может быть отчуждена до полной ее оплаты только в части, в которой она оплачена.

В связи статей 17 и 21 ФЗ об ООО, известно, что согласно п. 1 ст. 17 ФЗ об ООО, увеличение УК общества допускается только после его полной оплаты.

Согласно п. 1 ст. 19.1 ФЗ об ООО общество вправе заключить ДКЗ, предусматривающий при наступлении обстоятельств, предусмотренных этим договором, увеличение УК общества.

Согласно п. 1 ст. 19.1 ФЗ об ООО третье лицо может выступать займодавцем по ДКЗ только в случае, если уставом общества не запрещено увеличение его уставного капитала за счет вкладов третьих лиц, принимаемых в общество. В противном случае займодавцем по ДКЗ может являться только участник общества.

Таким образом, в том числе условиями для заключения участниками ДКЗ с третьим лицом (уже не участником общества) являются:

– уставный капитал стартапа-заемщика должен быть полностью оплачен (на 100%);

– уставом общества не запрещено увеличение его уставного капитала за счет вкладов третьих лиц, принимаемых в общество.

Согласно ФЗ об ООО ст. 19.1, для третьего лица – заимодавца: Общество, выступая заемщиком, вправе заключить договор займа, предусматривающий право заимодавца вместо возврата всей или части суммы займа (и выплаты всех или части процентов) потребовать от общества **увеличения его УК**, если заимодавцем является третье лицо:

– принятия заимодавца в общество;

– **приобретения заимодавцем доли в УК общества;**

– уменьшения размера долей участников (что логично, так как УК в любом случае должен остаться 100%).

Очевидна некорректность вышеприведенных формулировок (ст.19.1 ФЗ об ООО). Если кратко, то формулировка «приобретения» является крайне некорректной, с учетом вышеизложенных фактов и положений ст. 21 ФЗ об ООО. Так как если заимодавец заранее не приобрел долю у основателей (уже оплаченную ими, см. выше), то да, он может быть принят в общество по заявлению (с соблюдением всех процедур) и внести вклад в УК. Но одновременно выкупать (приобретать) ту долю, на которую он же будет делать вклад, невозможно, если УК уже сформирован предыдущими участниками и оплачен ими же (иначе это противоречит ст. 21, устанавливающей, что доля участника может быть продана только после ее оплаты; п. 3. ст. 21 «Доля участника общества может быть отчуждена до полной ее оплаты только в части, в которой она оплачена», статья 17 ФЗ об ООО ничего не уточняет).

Можно ли здесь говорить о покупке («приобретении») заимодавцем – третьим лицом **права на выкуп доли** в будущем, увеличенном УК общества (так как УК всегда остается 100%) для нового участника? Здесь очевидно существует некая коллизия права либо правовой пробел, который требует уточнения и, возможно, восполнения.

Кроме внутреннего противоречия в ФЗ об ООО, очевидно, правовая проблема может возникнуть при налогообложении подобной процедуры с неясным и четко не урегулированным правовым статусом.

Таким образом, данные вопросы, очевидно, являются предметом для правовой дискуссии и отдельной темой для обсуждения вне основной темы данной статьи.

Для договора займа, согласно ГК РФ, характерно следующее, общий случай.

1. Существенные условия.

1) Наименование и количество предмета займа. Предмет сделки для договора займа – это деньги, вещи или ценные бумаги, их коли-

чественное и качественное выражение (п.1 ст. 807 ГК РФ определяет предметом по договору займа деньги, вещи, определенные родовыми признаками, или ценные бумаги);

2) Абзац 2 п. 1. ст. 432 ГК РФ – «Существенными являются условия, по которым по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение».

Срок, процент, цель договора займа – несущественные условия в общем случае.

Займ может быть целевым и нецелевым – это необязательное условие.

2. Форма договора – если Заимодавец является юлицом – всегда простая письменная.

Согласно п. 4 ст. 19 ФЗ об ООО, для ДКЗ, в отличие от обычного договора займа, должны быть согласованы и указаны в договоре дополнительные существенные условия. Для Заимодавца, третьего лица:

1) срок и (или) обстоятельства, при наступлении которых Заимодавец вправе требовать увеличения УК общества,

2) **номинальная** стоимость (или порядок ее определения) приобретаемой Заимодавцем доли в УК общества в процентах от стоимости вносимого им вклада.

Также характерным отличием ДКЗ являются обязательная необходимость:

а) подписания сторонами единого документа;

б) нотариального заверения ДКЗ, несоблюдение формы влечет ничтожность ДКЗ.

А пункт 9 ст. 19 ФЗ об ООО устанавливает также порядок нотариального заверения предварительного согласия на заключение ДКЗ, данного общим собранием участников общества.

**Анализ правовой природы *Term Sheet* по российскому законодательству.** Каким же образом представителям российского бизнеса свойственно видеть договорную конструкцию *Term Sheet*? Разберем варианты трактовки с правовой точки зрения<sup>8</sup>.

Принцип «свободы договора» – это общий принцип гражданского права.

Диспозитивность правового регулирования в гражданском праве заложена в статьях 1 и 9 ГК РФ. Диспозитивность договорных конструкций по российскому праву также указана в ст. 421 ГК РФ.

Стороны имеют право «заключать договор, предусмотренный либо не предусмотренный законом» (ст. 421 ГК РФ). Данная статья является общей для всего ГК РФ и распространяется и на отношения, осложненные иностранным элементом.

К договору, не предусмотренному законом, возможно применение правил об аналогии закона. Пункт 5 ПП ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах»<sup>9</sup> договор, не предусмотренный законом и иными право-

выми актами, именуется «непоименованным договором». Далее там же: «При оценке судом того, является ли договор непоименованным, принимается во внимание не его название, а предмет договора, действительное содержание прав и обязанностей сторон, распределение рисков и т.д.».

Согласно п. 3 ст. 421 сторонам разрешается заключать смешанный договор, то есть договор, содержащий элементы различных договоров, предусмотренных законом. При этом к разным частям смешанного договора применимы правила о договорах, элементы которых они содержат.

*Term Sheet* может быть смешанным договором, включая элементы разных договоров, в том числе условия о конфиденциальности.

«Существенными являются условия о предмете договора, условия, которые названы в законе или иных правовых актах существенными или необходимыми для договоров данного вида, а также все условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение» (абз. 2 п. 1 ст. 432 ГК РФ).

1) *Term Sheet* – это договор о намерениях?

Чаще всего конструкцию *Term Sheet* трактуют в качестве «джентельменского соглашения», договора о намерениях.

Для договора о намерениях характерны: общеконкретность фраз, общие фразы, общие договоренности по стратегии сотрудничества без конкретики. Непосредственно в ГК РФ данная конструкция отсутствует. В связи с чем непосредственно договор о намерениях в описанном варианте (без указания конкретики и существенных условий последующих сделок) не создавал правовых последствий для сторон, и это было так, пока в 2015 году в ГК не появилась статья о ведении переговоров.

Но, насколько мы установили ранее, фактическая конструкция и содержание *Term Sheet* существенно отличаются от классического описанного договора о намерениях, в связи с тем, что это смешанный договор, в нем больше конкретики и стороны уже ведут переговоры. В связи с появлением в ГК положений о ведении переговоров данную конструкцию можно, скорее, перенаправить туда.

2) *Term Sheet* – это соглашение о ведении переговоров?

Статья 434.1 ГК РФ «Переговоры о заключении договора» введена ФЗ № 42-ФЗ в 2015 году. Согласно п. 5. ст. 434.1, стороны могут заключить соглашение о порядке ведения переговоров. Такое соглашение может конкретизировать требования к добросовестному ведению переговоров, устанавливать порядок распределения расходов на ведение переговоров и иные подобные права и обязанности.

Главное для нас: «Условия Соглашения о порядке ведения переговоров, ограничивающие ответственность за недобросовестные действия сторон соглашения, ничтожны». То есть здесь о вышеупомянутом ограничении или отказе от ответственности.

Также помним, что *Term Sheet* может включать заверения стартапа, что уже предоставленная им коммерческая, юридическая, финансовая информация и информация, которая будет предоставлена на стадии *Due Dilligence*, является достоверной (заверения об обстоятельствах). Это также относится к положениям о добросовестности при проведении переговоров.

Здесь надо отделять обязанность сторон по добросовестности поведения и добросовестному ведению переговоров от обязанности по заключению основного договора на заданных условиях. В *Term Sheet*, как правило, прописывается отсутствие ответственности сторон на заключение основного договора и продолжение переговоров в случае выявления определенных критериев и/или обстоятельств, которые заранее могут оговариваться.

Таким образом, можно ли трактовать *Term Sheet* в качестве фактического соглашения о порядке ведения переговоров? Мнение авторов статьи – да, можно, как вариант. Однако в каждом конкретном случае необходимо будет анализировать существующее соглашение по параметрам, обозначенным в законе и толковании Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 22.06.2021 № 16 «О применении судами норм гражданского процессуального законодательства, регламентирующих производство в суде апелляционной инстанции» и Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 № 49 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении и толковании договора».

3) *Term Sheet* – это предварительный договор?

Предварительный договор регулируется ст. 429 ГК. Согласно п. 1 ст. 429 ГК «по предварительному договору стороны обязуются заключить в будущем договор о передаче имущества, выполнении работ или оказании услуг (основной договор) на условиях, предусмотренных предварительным договором».

Отличие предварительного от основного договора – разный предмет: предмет предварительного – заключить в будущем основной договор, а в основном – какой именно договор. Предварительный договор дает возможность получить некое право требования для понуждения второй стороны к заключению основного договора. Этим правом наделены обе стороны, и обе же стороны являются обязанными к заключению основного договора.

Крайне важно, что согласно п. 2. ст. 429 ГК предварительный договор заключается в форме, установленной для основного договора. Несоблюдение правил о форме влечет ничтожность предварительного договора.

Для ДКЗ действует нотариальная форма договора. Таким образом, *Term Sheet* в том виде, в каком он обычно в практике заключается сторонами, то есть в простой письменной форме в виде единого документа, подписанного сторонами, не может быть предварительным договором по отношению к договору конвертируемого займа.

*Term Sheet* мог бы стать предварительным договором, если бы его заключали нотариально и он содержал все существенные положения будущего договора. Но это будет противоречить цели сторон, обычаям деловой практики и логике процесса, включающего в качестве промежуточного этап *Due Dilligence*, на итоги которого в том числе завязано условие заключения основного договора ДКЗ.

Кроме этого, ДКЗ является по своей природе договором займа. Согласно п. 3. ст. 807 ГК «если Заимодавец в силу договора займа обязался предоставить заем, он вправе отказаться от исполнения договора полностью или частично при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что предоставленный заем не будет возвращен в срок». В связи с чем пропадает необходимость применения конструкции предварительного договора для понуждения Заимодавца к заключению ДКЗ.

Кроме того, аналогичная ситуация складывается по заемщику. Там же: «Заемщик по договору займа вправе отказаться от получения займа полностью или частично, уведомив об этом заимодавца, ... если иное не предусмотрено законом, ... или договором займа, заемщиком по которому является лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность».

Условия дальнейшего сотрудничества по *Term Sheet* не должны быть жестко фиксированными, так как только после проведения процедуры *Due Dilligence* станет понятна оценка стартапа и сформировано окончательное предложение инвестора. Следующим этапом может происходить торг и анализ стартапом выгодности для себя предложения. Чтобы не ставить себя в заведомо проигрышные условия, до момента получения конкретного предложения от инвестора, рекомендуется в соглашение *Term Sheet* не ставить безоговорочное согласие компании на получение инвестиций по первоначальному предложению инвестора, а ставить возможность отказа, в случае понимания невыгодности предложения.

Как итог, очевидна необходимость понимания и применения правовой природы *Term Sheet*

в качестве соглашения о ведении сторонами переговоров.

4) *Term Sheet* – это коммерческое предложение?

Что есть коммерческое предложение с правовой точки зрения? Если в коммерческом предложении есть все существенные положения и условия последующей сделки, то это есть оферта (ст. 435 ГК). Если вторая сторона принимает оферту без оговорок (безоговорочное принятие) и не заявила о необходимости согласования дополнительного условия, которое для стороны является существенным (абз. 2 п. 1 ст. 432 ГК РФ), то можно считать принятие оферты акцептом (ст. 438 ГК), означающим фактическое заключение договора.

Есть ли такой вариант в случае с *Term Sheet*? Авторы считают, что нет, хотя бы потому, что коммерческое предложение – это оферта, исходящая от одной стороны, а *Term Sheet* – двустороннее соглашение, подписанное сторонами в качестве единого документа на переговорах (путем переговоров).

Если же допустить, что одна сторона путем средств связи все же направила предложение второй стороне и та их акцептовала (заимодавец отправил, а стартап акцептовал), то здесь будет, вероятнее всего, договор присоединения, о котором будет сказано ниже. Но опять же, в силу того, что в *Term Sheet* по факту отсутствуют точные условия будущей сделки, а только диапазоны и временные интервалы, а также заключение основной сделки ставится под условие от прохождения стадии *Due Dilligence*, автоматический акцепт основного договора невозможен на данных условиях ввиду их недостаточности.

Опять же, коммерческое предложение на что? Коммерческое предложение на дальнейшее проведение переговоров на обозначенных приблизительных условиях либо конкретное коммерческое предложение на заключение ДКЗ на строго заданных условиях? Как мы знаем, именно первый вариант правильный.

Таким образом, если и пытаться трактовать *Term Sheet* как коммерческое предложение, то это именно договоренность об условиях дальнейших переговоров, а не основной договор. (Как мы помним, основным у нас должен быть ДКЗ.)

Кроме того, – и это главный аргумент – ДКЗ подлежит нотариальному удостоверению. И предварительный договор на заключение в дальнейшем ДКЗ будет ничтожным ввиду несоблюдения формы основного договора (нотариальной формы ДКЗ). То же самое у нас по опциону на заключение договора на покупку долей в ООО – подлежит нотариальному удостоверению, и по предварительному договору на

продажу долей в ООО – тоже нотариальная форма.

5) *Term Sheet* – это опцион на заключение договора?

Опцион на заключение договора законодательно регулируется ст. 429.2. ГК. Характеристики договорной конструкции «Опцион на заключение договора», важные для нас:

- безотзывность оферты;
- встречное представление (не обязательно денежное) за возможность заключения договора в будущем на данных условиях. Данное встречное предоставление в денежном выражении не является ни задатком, ни авансом и не засчитывается в счет оплаты по основному договору;
- возможность переуступки либо продажи права;

– заключение в той же форме, что и основной договор (то есть оферта должна быть заверена у нотариуса, например для распоряжения долями в УК ООО);

– у одной стороны, продавшей опцион, появляется обязанность заключить основной договор (безотзывная оферта), а сторона, приобретающая право, не обязана, но имеет право заключить или не заключить (акцепт тоже заверяется у нотариуса, для распоряжения долями в УК ООО).

Несоблюдение формы сделки влечет ничтожность опциона на заключение договора. Для ДКЗ обязательно нотариальное заверение.

При этом в случае с *Term Sheet* отсутствуют:

- встречное представление;
- нотариальное заверение.

Таким образом, мы выяснили, что *Term Sheet* не является опционом на заключение договора в понимании ст. 429.2 ГК РФ.

При этом главным отличием «опциона на заключение договора» от конструкции предварительного договора, является безвозмездность последнего.

6) *Term Sheet* – это рамочный договор?

Как известно, рамочный договор, упомянутый в ст. 429.1 ГК РФ, является обязательственным договором. Рамочный договор определяет общие условия обязательственных взаимоотношений сторон, которые могут быть конкретизированы и уточнены сторонами путем заключения отдельных договоров, подачи заявок одной из сторон или иным образом на основании либо во исполнение рамочного договора. Так как ДКЗ требует нотариальной формы и точных заранее известных условий, то нет, *Term Sheet* не является рамочным договором в понимании ст. 429.1 ГК РФ.

Почему же *Term Sheet* иногда называют рамочным? Потому что в нем действительно заложены пределы договоренности сторон – в

виде максимальных-минимальных сумм и прочих параметров, временных периодов и т.п. В дальнейшем условия действительно будут уточнены путем переговоров и прописаны в основном договоре ДКЗ.

Отличие в том, что рамочный договор в понимании ст. 429.1 ГК РФ уже является основным.

7) *Term Sheet* – это договор присоединения?

Как указывалось выше, инвестиционный фонд, инвестор, может предложить стартапу уже существующий стандартный типовой для своей инвестиционной деятельности договор, разработанный своими корпоративными юристами в виде *Term Sheet*. Возможно, они тоже будут понимать это соглашение как договор о намерениях либо как соглашение о последующих переговорах. В таком случае применима ст. 428 ГК РФ о договоре присоединения.

В силу того, что инвестор является сильной стороной договора, а также профессиональной стороной, следует руководствоваться пунктами 9 – 11 Постановления Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах»<sup>10</sup>. Кроме как к *Term Sheet* данные положения применимы и к основному ДКЗ.

Так, п. 9 Постановления Пленума № 16 разрешает судам «в случаях, когда установлено, что при заключении договора, проект которого был предложен одной из сторон и содержал в себе условия, являющиеся явно обременительными для ее контрагента и существенным образом нарушающими баланс интересов сторон (несправедливые договорные условия), а контрагент был поставлен в положение, затрудняющее согласование иного содержания отдельных условий договора (то есть оказался слабой стороной договора), суд вправе применить к такому договору положения о договорах присоединения, изменив или расторгнув соответствующий договор по требованию такого контрагента»;

«...поскольку согласно пункту 4 ст. 1 ГК РФ никто не вправе извлекать преимущество из своего недобросовестного поведения, слабая сторона договора вправе заявить о недопустимости применения несправедливых договорных условий на основании статьи 10 ГК РФ или о ничтожности таких условий по статье 169 ГК РФ».

Согласно п. 10 Постановления Пленума 16, «суд определяет фактическое соотношение переговорных возможностей сторон и выясняет, было ли присоединение к предложенным условиям вынужденным, а также учитывает уровень профессионализма сторон в соответствующей сфере, конкуренцию на соответствующем рынке, наличие у присоединившейся стороны реальной возможности вести переговоры или заключить аналогичный договор с третьими лицами на иных условиях».



А согласно п. 11 ПП ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «толкование судом условий договора должно осуществляться в пользу контрагента стороны, которая подготовила проект договора либо предложила формулировку соответствующего условия».

Таким образом, *Term Sheet*, при определенных вышеобозначенных обстоятельствах, может быть договором присоединения в рамках его понимания согласно ст. 428 ГК.

#### **Итоги. Изложение полученных результатов собственного исследования.**

1. В ходе проведенного научного исследования по анализу полноты правового регулирования бизнес-процесса инвестирования по модели ДКЗ авторами выявлено наличие следующих законодательных пробелов, коллизий.

1) Термин «стартап» законодательно в РФ не утвержден<sup>11</sup>. В ходе анализа научной литературы выявлена работа А.В. Сухорукова<sup>12</sup>, которая раскрывает прямую связь деятельности стартапа с инновацией. Авторы данной статьи согласны с выводом Сухорукова, что регламентирование деятельности стартапов должно происходить в рамках законодательного регулирования деятельности субъектов инновационного предпринимательства.

С другой стороны, с точки зрения авторов данной статьи, можно понимать стартап в качестве субъекта инновационного права, юридическое или физическое лицо, которое занимается реализацией «инновационного проекта» путем ведения коммерческой (предпринимательской) деятельности.

2) В ходе исследования выявлена внутренняя коллизия в ст. 2 и ст. 3 ФЗ № 127-ФЗ по регулированию предпринимательской деятельности стартапа как субъекта инновационной деятельности, который может быть при этом юридическим лицом и вести предпринимательскую (коммерческую) деятельность, связанную с риском и внедрением инноваций, но при этом совершенно не заниматься научной или научно-технической деятельностью.

3) В ходе анализа правового регулирования обществ с ограниченной ответственностью выявлено правовое противоречие (правовая коллизия) в ФЗ от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об ООО» (противоречие п. 1 ст. 19.1 и п. 3 ст. 21).

4) Выявлено отсутствие единства инновационного законодательства со сквозной терминологией.

2. В ходе проведенного научного исследования по анализу правовой природы договорной конструкции *Term Sheet*, предваряющей бизнес-процесс по заключению договора конвертируемого займа в качестве основного договора, согласно действующему российскому законодательству было установлено следующее.

1) Сторона договора конвертируемого займа – стартап (заемщик), являясь «слабой стороной» по этому договору, на ранних стадиях сотрудничества с инвестором чаще всего не приглашает юристов со своей стороны, и заключается договорная конструкция *Term Sheet*, пришедшая в российскую практику из англо-американского права в виде заимствования.

2) Договорная конструкция *Term Sheet* в том виде, в каком она существует в реальной бизнес-практике и обычно заключается сторонами, имеет признаки соглашения о проведении сторонами переговоров, в отдельных своих положениях.

3) Ввиду содержания в *Term Sheet* отдельных положений об обязанности сторон по соблюдению конфиденциальности, положения об эксклюзивности, заверения стартапа об обстоятельствах и др. договорная конструкция *Term Sheet* в виде единого документа, подписанного сторонами, может быть признана смешанным договором.

4) При определенных вышеобозначенных обстоятельствах *Term Sheet* может быть договором присоединения в рамках его понимания согласно ст. 428 ГК.

**Определение дальнейших перспективных направлений исследования заявленной проблематики.** Одной из задач последующих исследований может быть разработка единой терминологии для правового регулирования предпринимательской деятельности субъектов инновационной деятельности и формулирование русифицированного легального понятия заимствованного термина «стартап».

Следующей задачей может являться толкование правового смысла п.1 ст. 19.1 ФЗ «Об ООО» и снятие внутренних противоречий, выявленных в ходе исследования в ФЗ «Об ООО» (противоречие п. 1 ст. 19.1 и п. 3 ст. 21 относительно «приобретения» третьим, по отношению к ООО, лицом доли в УК общества, если планируется увеличение размера номинальной стоимости УК как раз за счет вноса этого третьего лица, а согласно п. 3 ст. 21 продажа доли возможна только после ее полной оплаты). С другой стороны, как было сказано выше, можно понимать данную коллизия как недостаточность регулирования, требующую восполнения правового пробела<sup>13</sup>.

Решение (уточнение) данного вопроса может подтянуть за собой уточнение порядка налогообложения данного процесса – является ли природа данного бизнес-процесса все же продажей («приобретением» в дословном понимании п. 1 ст. 19.1 ФЗ «Об ООО») долей или права на доли, либо это все же надо понимать как конвертируемый займ – увеличение УК общества за счет вклада третьего лица.

Авторы данной статьи поддерживают предложение А.В. Сухорукова<sup>14</sup> о формировании в отношении стартапов, как субъектов инновационной деятельности:

– единообразной терминологии, применимой в данной сфере;

– комплексного специального правового регулирования в отношении стартапов как субъектов инновационной деятельности;

– единообразной бизнес- и правовой практики.

Предлагается проводить дальнейшую разработку законодательной системы правового регулирования в отношении стартапов как субъектов инновационной деятельности.

Существует очевидная необходимость защиты интересов основателей и самого стартапа как «слабой» стороны, по отношению к инвестору.

На российском инвестиционном рынке необходимо проработать защитные механизмы в целях создания благоприятного и безопасного для сторон инвестиционного климата, для выстраивания более эффективной системы управления сферой инвестирования в инновационные стартапы, обеспечивающей более прозрачное и эффективное правовое регулирование в условиях сложившейся фактической сценарной неопределенности.

Создание благоприятной, безопасной и предсказуемой для сторон инвестиционной инфраструктуры (экосистемы) может способствовать также предотвращению утечки перспективных инновационных проектов за рубеж.

#### Библиографический список

1. Постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах» // официальный сайт Верховного Суда РФ [Электронный ресурс]. URL: <https://www.vsr.f.ru/documents/all/17810/> (дата обращения: 27.03.2023).

<sup>1</sup> Рябов Е.В. Терм-шит (*Term sheet*) в России: как оформить, какие «подводные камни» существуют и имеет ли документ юридическую силу // Закон.ру [Электронный ресурс]. URL: [https://zakon.ru/blog/2022/05/27/term-shit\\_term\\_sheet\\_v\\_rossii\\_chno\\_nuzhno\\_znat\\_pri\\_oformlenii\\_dokumenta\\_kakie\\_podvodnye\\_kamni\\_susche](https://zakon.ru/blog/2022/05/27/term-shit_term_sheet_v_rossii_chno_nuzhno_znat_pri_oformlenii_dokumenta_kakie_podvodnye_kamni_susche) (дата обращения: 27.03.2023).

<sup>2</sup> Сухоруков А.В. Определение «Стартап» в правовом регулировании инновационной предпринимательской деятельности в РФ // КиберЛенинка [Электронный ресурс]. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/opredelenie-startap-v-pravovom-regulirovanii-innovatsionnoy-predprinimatelskoy-deyatelnosti-v-rossiyskoj-federatsii> (дата обращения: 27.03.2023).

<sup>3</sup> Оговорка: В данной статье будет рассмотрена бизнес-конструкция с использованием ДКЗ в его российском официальном варианте.

<sup>4</sup> Term Sheet в англо-американском праве не является правообязывающим, и инвестор просто может отказаться от договоренностей, если стадия 3 показала отрицательные результаты.

<sup>5</sup> Согласно п. 1 ст. 6.1. ФЗ № 98-ФЗ «О коммерческой тайне» от 29.07.2004, «права обладателя информации, составляющей коммерческую тайну, возникают с момента установления им в отношении этой информации режима коммерческой тайны».

<sup>6</sup> Рекомендуется заранее обговаривать расходы сторон.

2. Белов В.А. Гражданское право в 4 т. Т. I. Общая часть. Введение в гражданское право: Учебник для вузов [Текст] / В.А. Белов. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Юрайт, 2023. – 622 с.

3. Винокуров В.И. Основные термины и определения в сфере инноваций [Текст] / В.И. Винокуров // Инновации. – 2005. – № 4 (81). – С. 6–22.

4. Вишняков А.А. Венчурное инвестирование инновационных проектов [Текст] / А.А. Вишняков // Вестник Научно-исследовательского центра корпоративного права, управления и венчурного инвестирования Сыктывкарского государственного университета. – 2006. – № 2. – С. 82–106.

5. Договорное право: Общие положения [Текст] / М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. – 4-е изд. – М.: Статут, 2020. – 847 с.

6. Договорное регулирование. Цивилистическая концепция [Текст]: учебное пособие для вузов / М.Ф. Казанцев. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юрайт, 2023. – 393 с.

7. Качалова А.В. Договор конвертируемого займа [Текст] / А.В. Качалова // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). – 2021. – № 1 (11). – С. 206–215.

8. Кондратьева Е.М. Свобода договора и «автономия воли сторон» как гарантии осуществления конституционных прав российских участников внешнеэкономической деятельности в МЧП // Официальный сайт ННГУ им. Лобачевского [Электронный ресурс]. URL: [http://www.unn.ru/pages/issues/vesnik/99990195\\_West\\_pravo\\_2003\\_1\(6\)/B\\_1-5.pdf](http://www.unn.ru/pages/issues/vesnik/99990195_West_pravo_2003_1(6)/B_1-5.pdf) (дата обращения: 27.03.2023).

9. Рябов Е. В. Терм-шит (Term sheet) в России: как оформить, какие «подводные камни» существуют и имеет ли документ юридическую силу // Закон.ру [Электронный ресурс]. URL: [https://zakon.ru/blog/2022/05/27/term-shit\\_term\\_sheet\\_v\\_rossii\\_chno\\_nuzhno\\_znat\\_pri\\_oformlenii\\_dokumenta\\_kakie\\_podvodnye\\_kamni\\_susche](https://zakon.ru/blog/2022/05/27/term-shit_term_sheet_v_rossii_chno_nuzhno_znat_pri_oformlenii_dokumenta_kakie_podvodnye_kamni_susche) (дата обращения: 27.03.2023).

Сухоруков А.В. Определение «Стартап» в правовом регулировании инновационной предпринимательской деятельности в РФ // КиберЛенинка [Электронный ресурс]. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/opredelenie-startap-v-pravovom-regulirovanii-innovatsionnoy-predprinimatelskoy-deyatelnosti-v-rossiyskoj-federatsii> (дата обращения: 27.03.2023).

<sup>7</sup> Кондратьева Е.М. Свобода договора и «автономия воли сторон» как гарантии осуществления конституционных прав российских участников внешнеэкономической деятельности в МЧП // Официальный сайт ННГУ им. Лобачевского [Электронный ресурс]. URL: [http://www.unn.ru/pages/issues/vestnik/99990195\\_West\\_pravo\\_2003\\_1\(6\)/B\\_1-5.pdf](http://www.unn.ru/pages/issues/vestnik/99990195_West_pravo_2003_1(6)/B_1-5.pdf) (дата обращения: 27.03.2023).

<sup>8</sup> В данной статье разбирается договорная конструкция Term Sheet, предваряющая бизнес-процесс по заключению в качестве основного договора, договора ДКЗ. Если в качестве основного будет рассматриваться другой инвестиционный договор, анализ необходимо будет провести уже относительно него.

<sup>9</sup> Постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах» // официальный сайт Верховного Суда РФ [Электронный ресурс]. URL: <https://www.vsrp.ru/documents/all/17810/> (дата обращения: 27.03.2023).

<sup>10</sup> Постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах» // официальный сайт Верховного Суда РФ [Электронный ресурс]. URL: <https://www.vsrp.ru/documents/all/17810/> (дата обращения: 27.03.2023).

<sup>11</sup> См. раздел «Исследование термина «Стартап» данной статьи.

<sup>12</sup> Сухоруков А.В. Определение «Стартап» в правовом регулировании инновационной предпринимательской деятельности в РФ // КиберЛенинка [Электронный ресурс]. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/opredelenie-startap-v-pravovom-regulirovanii-innovatsionnoy-predprinimatelskoy-deyatelnosti-v-rossiyskoy-federatsii> (дата обращения: 27.03.2023).

<sup>13</sup> См. раздел «Спорные правовые моменты по основному договору (ДКЗ)» данной статьи.

<sup>14</sup> Сухоруков А.В. Определение «Стартап» в правовом регулировании инновационной предпринимательской деятельности в РФ // КиберЛенинка [Электронный ресурс]. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/opredelenie-startap-v-pravovom-regulirovanii-innovatsionnoy-predprinimatelskoy-deyatelnosti-v-rossiyskoy-federatsii> (дата обращения: 27.03.2023).

## **LEGAL PROBLEMS OF THE CONTRACTUAL STRUCTURE TERM SHEET USED BY RUSSIAN COMMERCIAL PRACTICE**

***E.M. Kondratieva***

*Associate Professor of the Department of the Civil Law and Process of the Law Faculty of the Lobachevsky State University of Nizhny Novgorod, Candidate of Sciences (Law), Associate Professor*

***P.S. Filippova***

*Master of the 2nd year of the Law Faculty of the Lobachevsky State University of Nizhny Novgorod*

The article explores the following questions: the need to classify start-ups as subjects of innovation law; commercial practice of investing in start-ups according to the model of a convertible loan agreement, the structure of the main transaction, the business stages of the process, problems, controversial legal issues, legal risks, analysis of the completeness of legal regulation, the presence of legislative gaps, conflicts; business terminology, substantiation of the need for its Russification, legalization, creation of uniformity of terms; description and analysis of the legal nature of the business structure "Term Sheet" under Russian law; analysis of the problem "startup as a weak side of the contract"; proposed directions for further discussions and research, ways to solve the described problems and conflicts; the necessity of uniformity of the legislative framework and practice is substantiated.

**Keywords:** innovations, innovative entrepreneurial activity, startup, convertible loan, corporate relationship, authorized capital, venture capital, terminology.