

Опубликовано
Приложение «Хозяйство и право». 2017 год. № 6.

И.С. Шиткина

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ ЗАВИСИМОСТИ

1. Экономическая зависимость и экономический контроль в российском праве
2. Аффилированные лица
3. Правовое регулирование группы лиц
4. Антимонопольный контроль за экономической концентрацией
5. Запреты и ограничения на приобретение иностранными инвесторами контроля в отношении российских хозяйственных обществ

1. Экономическая зависимость и экономический контроль в российском праве

Соотношение понятий «экономическая зависимость» и «экономический контроль»

Будучи по своей природе неправовой категорией, «зависимость» тем не менее имеет значение для правового регулирования предпринимательской деятельности. В современных условиях глобализации, диверсификации экономики усложняются способы экономического взаимодействия хозяйствующих субъектов: достижение преследуемых ими целей только с помощью использования конструкции юридического лица уходит в прошлое.

М. Кулагин отмечал, что юридическое лицо – самостоятельный субъект права – больше не является в огромном числе случаев экономически самостоятельным субъектом [1, с. 30].

При структурировании современного бизнеса все большее распространение приобретает функционирование нескольких юридических лиц во взаимосвязи друг с другом или под контролем одного юридического или физического лица. Наличие экономической зависимости формирует из нескольких юридических лиц корпоративное объединение с различными вытекающими отсюда экономическими и правовыми последствиями, порождая новые для участников объединения правоотношения.

Таким образом, между хозяйствующими субъектами в процессе осуществления предпринимательской деятельности довольно часто возникают отношения экономической зависимости, когда отношения складываются между де-юре самостоятельными субъектами, но процесс формирования воли зависимого лица изменяется, находясь под влиянием преобладающего лица.

В литературе мы можем встретить и понятие «экономическая зависимость», и понятие «экономический контроль».

Слово «зависимость» в Словаре русского языка С. Ожегова определяется как «подчиненность другим, чужой воле, чужой власти при отсутствии самостоятельности, свободы» [2, с. 184].

Экономический словарь дает следующее определение контроля: «1) составная часть управления экономическими объектами и процессами, заключающаяся в наблюдении за объектом с целью проверки соответствия наблюдаемого состояния объекта желаемому и необходимому состоянию, предусмотренному законами, положениями, инструкциями, другими нормативными актами, а также программами, планами, договорами, проектами, соглашениями; 2) контроль над

объектом, реальная власть, сосредоточение прав управления объектом в одних руках» [3].

Определение контроля как способности решающего влияния характерно для англосаксонской системы права, в то время как в континентальном праве понятие «контроль» зачастую отождествляется с надзором за хозяйственной деятельностью.

Далее понятие «контроль» будет использоваться как синоним экономического господства над корпорацией, как обозначение реальной власти над деятельностью корпорации.

Говоря о соотношении понятий «экономическая зависимость» и «экономический контроль», отмечу, что экономическая зависимость обозначает влияние одного лица на другое, а экономический контроль – это способность определять решения. Экономический контроль – наиболее сильное проявление отношений экономической зависимости¹.

Действительно, зависимость не всегда предполагает наличие контроля, то есть абсолютного господства над корпорацией, хотя иногда может реализоваться и в такой форме. Представляется, что взаимосвязь нескольких хозяйствующих субъектов, при которой один из них не может не учитывать позицию другого, – это экономическая зависимость. Ключевым словом здесь является именно «учитывать», а при экономическом контроле воля подконтрольного общества однозначно подчинена и формируется другим субъектом.

Д. Ломакин, описывая зависимость, указывает, что «зависимость находит свое выражение в том, что один субъект права в силу определенных обстоятельств получает возможность так или иначе влиять на процесс принятия решений другим субъектом права, а иногда даже определять их» [4, с. 187].

Итак, экономическая зависимость – возможность одного лица оказывать влияние на другое лицо, частично подчинять его своей воле.

М. Кулагин писал, что контроль в корпорации – это отношения, в которых материнское общество может навязывать «принятие определенных решений, а также назначать и смещать руководящие органы зависимого общества». При этом, по мнению М. Кулагина, экономический контроль – это «не просто влияние, а определяющее влияние на руководство обществом и соответственно на решения, принимаемые обществом» [5, с. 30].

Полагаю, что контроль, в частности, подразумевает безусловное

¹ В специальной литературе часто не различают понятия «зависимость» и «контроль», употребляя их как синонимы.

право принятия или отклонения определенных решений на общем собрании участников корпорации (акционеров, пайщиков) и в ее органах управления.

Таким образом, экономический контроль над хозяйственным обществом следует понимать как реализуемую возможность юридического лица любой организационно-правовой формы или физического лица оказывать решающее влияние на принятие или отклонение решений таким хозяйственным обществом.

В последние годы исследование экономической зависимости стало предметом интереса многих специалистов. Так, А. Анисимов полагает, что «экономическая зависимость (аффилированность) – это правовые отношения, в которых возникает подчиненность одного лица другому при сохранении юридической самостоятельности в результате существующей обоснованной возможности у главенствующего лица прямо или косвенно влиять на принятие решений зависимым лицом при осуществлении предпринимательской деятельности, в условиях, когда зависимое лицо вынуждено руководствоваться экономическими интересами и ориентироваться на экономические результаты главенствующего лица [6, с. 18].

Отмечу, что в определении автор отождествляет зависимость с аффилированностью, используя эти термины как равнозначные.

Представляется, что с учетом лексического значения самого слова и подхода российского законодателя к этому вопросу категория «экономическая зависимость» является родовым понятием по отношению к отдельным правовым категориям, используемым в различных отраслях законодательства для регулирования отношений влияния и связанности хозяйствующих субъектов.

Соотношение понятий «экономический контроль» и «корпоративный контроль»

Интерес вызывает соотношение понятий «экономический контроль» и «корпоративный контроль». Хотя оба термина не имеют в российском законодательстве легального определения, понятие «корпоративный контроль» используется в судебных актах² в рамках защиты права на утраченные доли (акции). В правовой литературе [7; 8; 9] и в проекте федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса

² См., например, постановления Президиума ВАС РФ от 06.09.2011 № 2929/11, от 21.01.2014 № 9913/13, от 10.04.2012 № 15085/11, от 22.11.2011 № 17912/09, от 03.06.2008 № 1176/08; ФАС Северо-Кавказского округа от 19.11.2012 по делу № А32-3082/2011.

Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – законопроект № 47538-6), который был принят в первом чтении, указанный способ защиты также именовался «восстановлением корпоративного контроля».

Законодательство без обращения собственно к понятию «корпоративный контроль» содержит механизм восстановления утраченной доли (акций). Согласно п. 3 ст. 65² ГК РФ участник (акционер), утративший помимо своей воли в результате неправомерных действий других участников или третьих лиц долю (акции) в корпорации, вправе требовать ее возвращения с выплатой справедливой компенсации, определяемой судом, а также возмещения убытков за счет лиц, виновных в утрате доли, если это не приведет к несправедливому лишению иных лиц их прав участия.

Таким образом, научная доктрина и правоприменительная практика связывают корпоративный контроль с наличием доли участия в уставном капитале.

Экономический контроль многограннее. Он может быть детерминирован наличием доли в уставном капитале, но также обусловлен и иными обстоятельствами, например заключенным между акционерами и инвесторами (кредиторами) в соответствии с п. 9 ст. 67² ГК РФ «квазикорпоративным договором» и даже хозяйственными договорами, позволяющими одной стороне определять решения другой стороны (договор франчайзинга, договор поставки – при условии переработки давальческого сырья и пр.).

В российском законодательстве признается возможность фактического контроля.

Фактический контроль – разновидность экономического контроля, особенностью которого является отсутствие определенных законом (формальных) оснований установления влияния одного лица над другим.

Сущность фактического контроля состоит в наличии реальной власти (фактической, а не юридической) одного лица над другим, в исключении или подавлении де-факто контролирующим лицом воли контролируемого лица, в способности контролирующего лица определять решения подконтрольного лица. В результате экономического контроля может устанавливаться фактическое владение имуществом и извлечение из такого владения преимуществ и выгод.

В корпоративном праве концепция фактического контроля нашла отражение в ст. 53¹ ГК РФ (вступившей в силу с 1 сентября 2014 года), согласно п. 3 которой для целей привлечения к имущественной ответственности введена категория «лицо, имеющее фактическую возможность определять действия юридического лица». Именно с учетом сущности фактического контроля законодатель установил

ответственность фактически контролирующих лиц, поскольку очевидно, что лицо, имеющее реальную власть по отношению к другому лицу, не должно устраниваться от ответственности за свои действия. Законодательство о банкротстве также предусматривает ответственность контролирующих лиц, включая тех, контроль которых основан не на формально-юридических, а на фактических обстоятельствах (п. 4 ст. 10 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»).

Причины, по которым реальные владельцы скрывают свой контроль над юридическим лицом, различны. Как показывают примеры из практики, причиной сокрытия реального контроля может быть занятие контролирующим лицом государственной или иной должности, несовместимой с осуществлением предпринимательской деятельности и участием в коммерческих организациях³. В числе причин также может быть желание контролирующего лица избежать ответственности по обязательствам юридического лица, на которое он оказывает влияние⁴, наличие конфликта интересов, защита собственности от взысканий по личным обязательствам⁵, от раздела совместно нажитого имущества супругами и т.п.

³ См. так называемое «дело Гудкова», связанное с нарушением депутатом Государственной Думы запрета на участие в хозяйственных обществах. Суд, обращая внимание на то, что Г. В. Гудков, являясь депутатом Государственной Думы, «осуществлял управленческие функции без формального вхождения в состав органа управления хозяйственного общества», пришел к выводу «о его участии в деятельности по управлению хозяйственными обществами, в том числе в работе общего собрания как высшего органа управления хозяйственного общества» (решение ВС РФ от 12.02.2013 № АКПИ12-1716).

⁴ См. так называемое «дело Максимова» № А60-1260/2009 [определение ВС РФ от 21.11.2016 № 309-ЭС15-16869(4)].

⁵ В качестве релевантного примера из судебной практики можно привести так называемое «дело Сенаторова» (гражданские дела № 2-2119/10, 2-2580/10, рассмотренные Мещанским районным судом г. Москвы). В рамках дела суды обратили взыскание по долгам физического лица, являющегося поручителем по кредитным договорам, на недвижимое имущество, принадлежащее юридическим лицам, которым должник владел через цепочку компаний, включая иностранные, выступая, по мнению суда, «фактическим собственником имущества» через цепочку корпоративного (акционерного) контроля (см. также апелляционное определение Московского городского суда от 02.08.2012 по делу № 11-16173).

Обобщая имеющуюся судебную практику по делам, в которых суды сталкивались с необходимостью установления фактического контроля (владельца, выгодоприобретателя), можно сделать вывод, что признаками фактического контроля над юридическим лицом являются как факты косвенного контроля (через цепочку иных лиц или номинальных держателей), так и возможность управлять и определять решения юридического лица иным образом.

Признаки фактического контроля юридического лица, в частности, следующие:

- фактическое участие в руководстве юридическим лицом – принятие контролирующим лицом ключевых решений, например согласование кандидатур на руководящие должности, принятие решений о совершении значимых сделок, участие в переговорах с контрагентами, инвесторами, кредиторами, представителями органов власти, персоналом и иными лицами;
- функционирование органов управления на формальной основе, когда участники юридического лица и/или члены органов управления полномочия в своей воле и в своем интересе не осуществляют или их воля в значительной степени подавляется контролирующим лицом, – влияние контролирующего лица на членов органов управления, дача им указаний, распоряжений, согласование принимаемых ими управленческих решений, подотчетность органов управления контролирующему лицу;
- использование «номинальных» лиц для контроля юридического лица де-юре в целях сокрытия контролирующего лица де-факто. В качестве номинальных лиц могут использоваться как близкие родственники (родители, дети, братья, сестры, супруги, иные родственники), так и иные лица (бывшие подчиненные, работники юридического лица, партнеры, управляющие активами), пользующиеся доверием контролирующего лица;
- неучастие (устранение от дел) участников (акционеров) и/или членов органов управления в деятельности юридического лица – максимальная передача ими вопросов своей компетенции фактически контролирующему лицу.

С учетом фактических обстоятельств в каждом конкретном случае могут наличествовать и другие признаки, свидетельствующие об осуществлении лицом фактического контроля. Например, фактический контроль может осуществляться с помощью сложной юридической структуры владения посредством использования схем с перекрестным владением акциями (долями). Нередко фактический контроль осуществляется путем организации многоуровневой системы владения обществом через юридические лица, зарегистрированные в оффшорных юрисдикциях, трастовые⁶ и опционные механизмы контроля.

Действительно, экономический контроль не исчерпывается концентрацией акций (долей участия) в руках одного или группы акционеров или участников. То есть, с моей точки зрения, «экономический контроль» – понятие более широкое, чем «корпоративный контроль», и поглощающее его.

Контролировать деятельность корпорации – значит иметь возможность определять ее стратегию, политику, выбор долгосрочных целей и программ, иметь решающее влияние на принятие решений органами корпорации.

Цели правового регулирования экономической зависимости

Основная цель правового регулирования экономической зависимости – отслеживание возникновения отношений неравенства и защита интересов экономически подчиненных субъектов, а также публично-правовых интересов. Законодатель не может исключить наличие экономической зависимости, но, обеспечивая баланс интересов субъектов регулирования, призван предоставить дополнительные механизмы защиты для устранения объективно существующего неравенства.

Экономическая зависимость хозяйствующих субъектов является предметом внимания различных отраслей законодательства, каждая из которых имеет специфические цели и задачи выделения и регламентации этого экономико-правового явления. Так, в

⁶ Именно такая схема владения использовалась контролирующим лицом «Межпромбанка» С. В. Пугачевым (см. определение Арбитражного суда города Москвы от 30.04.2015, постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 24.06.2015 по делу № А40-119763/10). В данном деле С. В. Пугачева признали контролирующим лицом, несмотря на отсутствие контроля де-юре, поскольку он не являлся ни участником (учредителем), ни членом органов управления банка.

корпоративном законодательстве экономическая зависимость регулируется путем определения особенностей правового положения основного и дочерних хозяйственных обществ, аффилированных и контролирующих лиц; в налоговом – посредством регламентации отношений с участием взаимозависимых лиц, а также в связи с созданием и деятельностью консолидированной группы налогоплательщиков; в законодательстве о защите конкуренции – через правовую категорию «группа лиц»; в сфере бухгалтерского учета – через концепцию связанных сторон; в законодательстве о банкротстве и о рынке ценных бумаг – с помощью категорий контролирующих и подконтрольных лиц.

На сегодняшний день законодательство в сфере регулирования экономической зависимости и контроля отличается значительной фрагментарностью. Это обусловлено, в частности, «атомистской» концепцией правового регулирования [10, с. 49], характерной для российского права, суть которой в регламентации деятельности отдельных субъектов права – юридических и физических лиц и в отсутствии традиции обращения правовых предписаний к их объединениям [11, с. 32]. Примерами предписаний, обращенных к объединениям (группам лиц), являются нормы российского права о группах лиц (в законодательстве о защите конкуренции), о консолидированной группе налогоплательщиков (в налоговом законодательстве).

В зарубежных правовых системах регулирование создания и деятельности групп компаний нормами различных отраслей права (как частного, так и публичного) получило более существенное развитие.

Поскольку экономическая зависимость хозяйствующих субъектов является предметом ряда отраслей и институтов законодательства, рассмотрим особенности регулирования этого явления в различных сферах.

2. Аффилированные лица

Понятие и сущность аффилированности

Базовым понятием, отражающим экономическую зависимость субъектов предпринимательской деятельности, в российском праве стало заимствованное из англосаксонского права понятие аффилированности как способности влияния на лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность. Аффилированность (to affiliate, affiliated company, affiliation) обозначает взаимоотношения между двумя и более хозяйствующими субъектами, основанные на различных формах экономической зависимости и контроля.

Федеральным законом от 05.05.2014 № 99-ФЗ в ГК РФ введена ст. 53²,

именуемая «Аффилированность». Согласно норме, содержащейся в указанной статье, аффилированность – отношения связанности, наличие или отсутствие которых определяется в соответствии с законом.

Зафиксированному в Кодексе понятию аффилированности предшествовало длительное обсуждение подходов к его легальному определению.

Так, в законопроекте № 47538-6 предусматривалось закрепление развернутого понятия «аффилированность», вследствие чего аффилированность, используемая в законодательстве о юридических лицах, оказывалась наконец-то «оторванной» от антимонопольной категории «группа лиц». Правовое регулирование аффилированности через понятие «группа лиц» неоднократно подвергалось заслуженной критике, поскольку «аффилированность» и «группа лиц» регулируются двумя различными отраслями законодательства, каждая из которых имеет свои цели, предмет и метод правового регулирования.

В определении аффилированности в редакции указанного законопроекта предусматривалась возможность не только прямого, но и косвенного контроля, а также совместного контроля с другими лицами, которая приводит к аффилированности, что в ситуации реально усложнившихся корпоративных связей было бы весьма актуальным.

Аффилированность физического лица в законопроекте предусматривалось устанавливать не только применительно к физическому лицу, занимающемуся предпринимательской деятельностью. Отсутствие такого положения, как известно, вызывает дискуссии среди специалистов и неоднозначное правоприменение.

Несмотря на то, что законодатель не допускает признания аффилированности в отношении физического лица, не осуществляющего предпринимательскую деятельность, в судебной практике физические лица признавались аффилированными между собой по критерию принадлежности к группе лиц. Так, в постановлении Президиума ВАС РФ от 22.03.2012 по делу № А60-41550/2010-С4, в частности, указано, что гражданину не обязательно осуществлять предпринимательскую деятельность, чтобы быть признанным аффилированным лицом. Данная позиция поддерживается и нижестоящими судами (см., например, постановления ФАС Северо-Западного округа от 11.02.2013 № А42-36/2012, ФАС Центрального округа от 23.07.2012 № А68-3698/2011, Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 03.12.2013 № 17АП-1911/2013-ГК).

Есть, однако, и противоположная практика, когда физические лица не признавались аффилированными по отношению друг к другу, если хотя бы одно из них не являлось индивидуальным предпринимателем.

Например, в постановлении ФАС Северо-Западного округа от 26.12.2014 по делу № А66-15981/2013 отмечено: «у физического лица, не осуществляющего предпринимательскую деятельность, не может быть аффилированных лиц, в том числе и среди физических лиц, состоящих с ним в родственных отношениях» (см. также постановления ФАС Восточно-Сибирского округа от 31.01.2012 по делу № А33-4543/2011, Западно-Сибирского округа от 05.03.2010 по делу № А45-4654/2008).

Наличие аффилированности предлагалось априори признать между контролирующим (включая его аффилированных лиц) и подконтрольным лицом, а также между лицами, находящимися под общим контролем.

Важно, что в концепции законопроекта определение аффилированности могло стать предметом судебного усмотрения, а не базироваться только на формальных критериях, которые, разумеется, не в состоянии учитывать все возникающие ситуации. Действительно, аффилированность не исчерпывается перечнем определенных в законодательстве критериев, а зависит от фактических обстоятельств, от наличия реальных отношений экономического контроля.

Так, судом могло быть признано отсутствие аффилированности между физическим лицом и его родственниками (подп. 2 п. 2 ст. 53² ГК РФ в редакции законопроекта), если доказано, что они не имели фактической возможности оказывать влияние на деятельность соответствующего физического лица. За судом, напротив, признавалось право констатировать наличие аффилированности между лицами, несмотря на отсутствие оснований, указанных в законе, если будет доказано, что эти лица получили фактическую возможность влиять на юридическое лицо в результате их согласованных действий. Однако в окончательный текст закона не вошли положения законопроекта об аффилированности, как, впрочем, и об отношениях экономического контроля [12]. Одной из причин послужило серьезное сопротивление бизнес-сообщества введению оценочных норм, расширяющих пределы судебного усмотрения.

Законом, в котором в настоящее время определяется аффилированность, по-прежнему является Закон РСФСР от 22.03.1991 № 948-І «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках»⁷ (далее – Закон о конкуренции 1991

⁷ С момента вступления в силу Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции 2006 года, Закон о защите конкуренции) Закон о конкуренции 1991 года утратил силу, за исключением отдельных положений, в том числе содержащих определение аффилированных лиц (ст. 4).

года). Указанный закон под аффилированными лицами понимает юридических и (или) физических лиц, способных оказывать влияние на деятельность юридических и (или) физических лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность.

То есть аффилированными признаются только лица, оказывающие влияние на других лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность «аффилированных лиц, принадлежащих» к одной группе лиц).

И здесь возникают противоречия. Хотя ГК РФ, используя категорию «связанности», не дает ей определения, можно предположить, что связанность является более широким понятием, чем аффилированность в ее «антимонопольном» понимании, свидетельствует о двусторонности отношений и обозначает заинтересованность одного лица в наступлении определенных последствий для другого лица. Такое понимание связанности, по сути, означает отказ от характерного для законодательства о защите конкуренции понимания аффилированности как одностороннего влияния⁸.

Признаки аффилированности

Понятие аффилированности Закон о конкуренции 1991 года раскрывает путем приведения перечня лиц, относимых к числу аффилированных.

К общим признакам аффилированных лиц, по мнению К. Тотьева, следует отнести: состав аффилированных лиц; основания аффилированности; степень зависимости одних лиц от других; правовую форму этой зависимости. Под составом аффилированности автор понимает предусмотренный Законом исчерпывающий перечень признаков, характеризующих конкретное лицо как аффилированное; под основанием аффилированности – юридические факты, позволяющие в соответствии с законом отнести того или иного субъекта к аффилированным лицам [13].

Основаниями аффилированности или причиной зависимости одного самостоятельного субъекта предпринимательской деятельности от другого, с точки зрения антимонопольного законодательства, могут быть отношения различного рода:

– имущественные, основанные на преобладающем участии в

⁸ Об аффилированности как одностороннем влиянии, в частности, свидетельствует конструкция нормы ст. 4 Закона о конкуренции 1991 года, содержащей определение аффилированности. Согласно указанной статье «аффилированными лицами юридического лица являются...», «аффилированными лицами физического лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность, являются...».

уставном капитале хозяйственного общества;

- договорные, основанные на наличии договорных обязательств, позволяющих одной стороне определять условия ведения предпринимательской деятельности другой стороной (например, договор доверительного управления имуществом);
- организационно-управленческие, в частности, основанные на участии физических лиц в органах управления юридических лиц;
- родственные.

Законодатель отдельно выделяет аффилированных лиц юридического и физического лица.

Аффилированными лицами юридического лица в соответствии с положениями Закона о конкуренции 1991 года являются:

- член его совета директоров или иного коллегиального органа управления, член его коллегиального исполнительного органа, а также лицо, осуществляющее полномочия его единоличного исполнительного органа;
- лица, принадлежащие к той группе лиц, к которой принадлежит данное юридическое лицо;
- лица, которые имеют право распоряжаться более чем 20 % общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции либо составляющие уставный или складочный капитал вклады, доли данного юридического лица;
- юридическое лицо, в котором данное юридическое лицо имеет право распоряжаться более чем 20 % общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции либо составляющие уставный или складочный капитал вклады, доли данного юридического лица.

Аффилированными лицами физического лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность, являются:

- лица, принадлежащие к той группе лиц, к которой принадлежит данное физическое лицо;
- юридическое лицо, в котором данное физическое лицо имеет право распоряжаться более чем 20 % общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции либо составляющие уставный или складочный капитал вклады, доли данного юридического лица.

Соотношение категорий «аффилированные лица» и «группа лиц»

Как следует из приведенных положений, институт аффилированных лиц в российском законодательстве пока определяется в контексте антимонопольного понятия «группа лиц». Понятия «аффилированные лица» и «группа лиц» относятся друг к другу как общее к частному, поскольку лица могут быть признаны аффилированными по иным критериям, а не только в связи с принадлежностью к группе лиц.

Различие аффилированных лиц и группы лиц состоит в степени влияния или глубине экономического контроля: для признания лица аффилированным достаточно наличия менее тесных взаимосвязей, чем для установления группы лиц.

Например, в группу входят два юридических лица, одно из которых имеет право распоряжаться более чем 50 % от общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции другого юридического лица. Для признания аффилированным достаточно иметь 20 % голосов. Если в качестве примера рассматривать формирование органов управления, то физическое лицо, осуществляющее полномочия единоличного исполнительного органа юридического лица, составляет с ним группу лиц. Что касается аффилированности, то не только лицо, осуществляющее полномочия единоличного исполнительного органа, но и члены совета директоров, члены коллегиального исполнительного органа являются аффилированными лицами этого юридического лица.

В специальной литературе правовое регулирование аффилированности через понятие «группа лиц» неоднократно подвергалось справедливой критике.

Так, Т. Бойко пишет, что исследуемые понятия относятся к двум совершенно самостоятельным отраслям законодательства, каждая из которых имеет свой собственный предмет и метод регулирования. Антимонопольное (конкурентное) право в основном содержит черты публичного права, поскольку призвано защищать публичный интерес, который заключается в создании конкурентных отношений между продавцами на рынке, а также в защите участников рынка от монополистических действий лиц, занимающих на нем доминирующее положение; государство регулирует такие правоотношения по большей части императивно-властными методами. Корпоративное законодательство, напротив, стоит на защите частных интересов инвесторов, обеспечивает нормальное функционирование внутрикорпоративных механизмов путем создания прозрачных процедур взаимодействия менеджмента и владельцев компаний, используя при этом частноправовые методы регулирования [14, с. 40].

Следует отметить, что Закон о защите конкуренции 2006 года определяет «группу лиц», уже не привязывая ее к категории аффилированности.

О месте института аффилированности в российском праве

Конечно, правовое регулирование аффилированности, осуществляемое до настоящего времени антимонопольным законодательством, имеет рудиментарный характер и вызывает обоснованную критику специалистов. Действительно, несмотря на определение этого понятия в ранее действовавшем Законе о конкуренции 1991 года, сама аффилированность и ее последствия, по сути, никогда не были предметом антимонопольного регулирования: в законодательстве о защите конкуренции отсутствуют положения о специфике антимонопольного контроля за деятельностью аффилированных лиц, об учете их влияния при оценке состояния конкурентной среды, о возможности воздействия на лиц, являющихся аффилированными. Органы Федеральной антимонопольной службы не могут применить никаких правовых механизмов к аффилированным лицам, за исключением ситуации, когда такие лица относятся к группе лиц. Эти обстоятельства, в частности, стали одной из причин «выведения» категории аффилированности из сферы антимонопольного регулирования.

Категория аффилированности или связанности используется в настоящее время в корпоративном законодательстве⁹, в частности:

– при определении перечня лиц, информация о которых предоставляется участниками хозяйственного общества этому обществу [ст. 82 и 93 Федерального закона от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (далее – Закон об АО); ст. 45 Федерального закона от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее – Закон об ООО)];

– при установлении перечня лиц, информация о которых хранится и раскрывается хозяйственным обществом (ст. 89 и 93 Закона об АО, ст. 50 Закона об ООО);

– при определении лиц, обязанных в соответствии с главой XI¹ Закона об АО соблюдать определенный порядок приобретения более 30 % акций публичного акционерного общества;

– при установлении независимости члена совета директоров в

⁹ Использование института аффилированности с 1 января 2017 года исключено для целей квалификации сделок с заинтересованностью (см. Федеральный закон от 03.07.2016 № 343-ФЗ). Вместо более слабой связи, присущей аффилированности, законодатель теперь использует понятия «контролирующие лица» и «подконтрольные лица».

соответствии с Кодексом корпоративного управления¹⁰.

Понятие «аффилированные лица» активно используется и в других сферах правового регулирования. Так, положения об аффилированных лицах содержатся в законодательстве об инвестиционных фондах (ст. 8, 37 Федерального закона от 29.11.2001 № 156-ФЗ «Об инвестиционных фондах»), об инвестировании средств для финансирования накопительной части трудовой пенсии (ст. 9, 11, 12, 25, 28, 37 Федерального закона от 24.07.2002 № 111-ФЗ «Об инвестировании средств для финансирования накопительной части трудовой пенсии в Российской Федерации»); в Федеральном законе от 14.11.2002 № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» (ст. 22, 28), в Федеральном законе от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» (ст. 22¹), в Федеральном законе от 18.07.2009 № 190-ФЗ «О кредитной кооперации» (п. 20 ст. 1); в Налоговом кодексе РФ (п. 2 ст. 269); Федеральном законе от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (п. 1 ст. 19) и др.

Категория «аффилированные лица» используется и в законодательстве о бухгалтерском учете (см. Положение по бухгалтерскому учету «Информация о связанных сторонах» ПБУ 11/2008, утвержденное приказом Минфина России от 29.04.2008 № 48-н), предполагающем раскрытие информации в бухгалтерской отчетности о связанных сторонах, к которым, в частности, относятся юридическое и (или) физическое лицо и организация, составляющая бухгалтерскую отчетность, являющиеся аффилированными лицами по законодательству РФ.

О развитии института аффилированности в российском праве

Преувеличившись, по сути, в полиотраслевое понятие, аффилированность нуждается в адекватном правовом регулировании применительно к конкретным целям, преследуемым при его использовании в соответствующей отрасли законодательства.

¹⁰ См. п. 2.4 Кодекса корпоративного управления (письмо Банка России от 10.04.2014 № 06-52/2463). Отмечу при этом, что все же основной категорией, которой оперирует ККУ, является понятие «связанности». В биржевых требованиях к корпоративному управлению эмитента, соблюдение которых является условием включения акций в Первый и Второй котировальные уровни, независимость членов совета директоров также определяется через понятие «связанности» (см. Приложение 4 к Правилам листинга ПАО Московская Биржа от 04.04.2017) (зарегистрированы Банком России (21.03.2017), действуют с 4 апреля 2017 года) // <http://moex.com/a2586>).

Представляется, что наибольшая востребованность категорий аффилированности (связанности) в корпоративном законодательстве определяет необходимость разработки этих базовых понятий для данной сферы правоотношений. С целью повышения эффективности правового регулирования базовое понятие аффилированности (связанности) может быть конкретизировано в других сферах законодательства в соответствии со специфическими целями определенной сферы правового регулирования.

Так, цель регулирования экономической зависимости в корпоративном законодательстве – обеспечение правового механизма защиты «слабых» субъектов корпоративных правоотношений; в антимонопольном законодательстве – обеспечение возможности конкурентного поведения хозяйствующих субъектов на товарном и финансовом рынках; в налоговом – защита публичных интересов с целью наиболее полного взимания налогов.

Действительно, необходим различный подход к определению аффилированности в зависимости от сферы правового регулирования. Так, для эффективного использования норм в сфере публичных правоотношений, например о раскрытии информации в законодательстве о рынке ценных бумаг, должен быть приведен закрытый перечень оснований аффилированности. Однако применительно к корпоративным правоотношениям за судом все же нужно закрепить право признания лиц аффилированными за пределами формальных критериев аффилированности, названных в законе, когда это необходимо для защиты нарушенных прав.

Представляется обоснованным отказ от формулировки аффилированности как способности одностороннего влияния одного участника оборота на другого. В качестве основного критерия связанности в корпоративном праве должна выступать возможность одного лица влиять на решения другого лица. Требуется окончательно развести категории «аффилированное лицо» и «группа лиц», базово определив первую в корпоративном законодательстве, а вторую – в законодательстве о защите конкуренции.

О способах признания лица аффилированным

Признать лицо (лица) аффилированным возможно, установив факты наличия указанных связей между ним и другими лицами.

Признание факта аффилированности может быть как добровольным, так и производиться в судебном и административном порядке. Признание лица аффилированным в судебном порядке осуществляется не в качестве самостоятельного требования, а только в рамках способа защиты, предусмотренного гражданским законодательством; признание лица аффилированным в административном порядке – только в целях административного

регулирования, например, при применении мер административной ответственности.

Правовые последствия установления аффилированности

Правовые последствия признания лиц аффилированными определяются сферой правового регулирования.

К. Тотьев применительно к аффилированности пишет: «Используя в нормативных правовых актах данное понятие, государство тем самым признает два важных факта: 1) между формально самостоятельными юридическими лицами могут существовать (наряду с экономическим неравенством) отношения субординации, зависимости, подчинения, то есть юридического неравенства; 2) указанные отношения нуждаются в специальном правовом регулировании, основанном на принципе учета и контроля аффилированных лиц, а также публичной отчетности о них» [15, с. 54].

Для обеспечения прозрачности взаимоотношений между хозяйствующими субъектами законодательство устанавливает требования к учету и информированию хозяйственным обществом других участников предпринимательского оборота и государственных органов о наличии у него аффилированных лиц.

Хозяйственные общества должны хранить списки своих аффилированных лиц (п. 2 ст. 89 Закона об АО, п. 2 ст. 50 Закона об ООО). Сами аффилированные лица обязаны в письменной форме уведомить акционерное общество о принадлежащих им акциях общества с указанием их количества и категорий (типов) не позднее 10 дней с даты приобретения акций (п. 2 ст. 93 Закона об АО). Если в результате непредставления по вине аффилированного лица указанной информации или несвоевременного ее представления обществу причинен имущественный ущерб, аффилированное лицо несет перед обществом ответственность в размере причиненного ущерба (п. 3 ст. 93 Закона об АО).

Акционерные общества обязаны раскрывать сведения о своих аффилированных лицах в соответствии с Законом об АО (ст. 92, 93) и Положением о раскрытии информации эмитентами эмиссионных ценных бумаг, утвержденным Банком России от 30.12.2014 № 454-П. Согласно названным документам публичные общества, а также непубличные акционерные общества, осуществляющие публичное размещение облигаций и иных ценных бумаг, обязаны раскрывать информацию об аффилированных лицах в форме списка аффилированных лиц, составленного на дату окончания отчетного квартала, путем опубликования его на странице в сети Интернет не позднее двух рабочих дней с даты окончания отчетного квартала, а

тексты изменений, произошедших в списке аффилированных лиц, – не позднее двух рабочих дней с даты внесения соответствующих изменений в этот список. Общества с ограниченной ответственностью, публично размещающие облигации и иные эмиссионные ценные бумаги, обязаны ежегодно раскрывать информацию о своей деятельности, предусмотренную законодательством, включая информацию об аффилированных лицах (ст. 49 Закона об ООО).

Следует отметить, что в законодательстве предусмотрены меры административной ответственности за нарушение требований законодательства, связанных с раскрытием информации об аффилированных лицах (ст. 15.19 КоАП РФ).

3. Правовое регулирование группы лиц

Цели правового регулирования группы лиц

Определяя цели правового регулирования группы лиц, К. Тотьев пишет: «При определении правового статуса группы лиц законодатель обоснованно игнорирует форму юридического лица, для того чтобы правоприменитель мог определить носителей реальной экономической власти на рынке и эффективно воздействовать на их деятельность... При этом особенность антимонопольного законодательства заключается в том, что содержащиеся в нем положения позволяют игнорировать «оболочку» юридического лица в публично-правовых отношениях, складывающихся по поводу исполнения предписаний антимонопольных органов и пресечения нарушений правил о добросовестной конкуренции» [16].

Правовое регулирование группы лиц осуществляется в публично-правовых целях. Данный институт имеет ограниченную сферу использования в рамках конкурентного права – в сфере регулирования соглашений, согласованных действий, при установлении доминирующего положения, контроле за экономической концентрацией. Поэтому группа лиц обладает более узкой и более специализированной сферой распространения, чем аффилированность, несмотря на то, что обе эти категории ориентированы на выявление экономической зависимости.

Понятие «группа лиц»

В научной доктрине группой лиц признается «некоторая конгломерация юридически самостоятельных субъектов, взаимосвязанных отношениями экономической (управленческой) зависимости» [17, с. 24].

С. Парашук определяет группу лиц как совокупность юридических и физических лиц, которые в результате определенных законом способов контроля и влияния друг на друга рассматриваются как единый субъект рынка [18, с. 44].

К. Тотьев пишет: «Для целей применения антимонопольного законодательства группа лиц выступает как единый хозяйствующий субъект – организация, занимающаяся предпринимательской деятельностью. Формально независимые юридические и (или) физические лица, выступающие участниками группы лиц, являются составными частями этой общей структуры, управляются из единого центра и осуществляют предпринимательскую деятельность для удовлетворения интересов группы лиц. Поэтому зависимые участники группы лиц не свободны в определении своего поведения на рынке, поскольку действуют под контролем другого субъекта» [16].

Понятие группы лиц имеет толкование и в судебной практике. Так, ФАС Северо-Западного округа в постановлении от 16.04.2008 по делу № А56-23922/2007 следующим образом определил сущность группы лиц: по смыслу положений ст. 9 Закона о защите конкуренции 2006 года с позиций антимонопольного законодательства группа лиц рассматривается как один хозяйствующий субъект, действующий в едином экономическом интересе. Для группы лиц устанавливается правовой режим единого хозяйствующего субъекта, деятельность которого не запрещена как монополистическое соглашение. При этом лица, входящие в состав группы, между собой не конкурируют.

По мнению суда, отсутствие конкуренции внутри группы напрямую следует из п. 17 ст. 4 Закона о защите конкуренции, где указано, что признаком ограничения конкуренции является сокращение на товарном рынке хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу.

Итак, группа лиц рассматривается в законодательстве и судебной практике как устойчивое экономическое образование, единый хозяйствующий субъект.

В Законе о защите конкуренции 2006 года, как и в Законе о конкуренции 1991 года, отсутствует определение группы лиц. Группа лиц квалифицируется наличием определенных признаков экономической зависимости, позволяющих относить двух и более лиц к группе лиц. Основания признания хозяйствующих субъектов группой лиц перечислены в пп. 1-9 ч. 1 ст. 9 Закона о защите конкуренции 2006 года. Группой лиц признается совокупность физических лиц и (или) юридических лиц, соответствующих одному или нескольким из следующих признаков:

1) хозяйственное общество (товарищество, хозяйственное партнерство) и физическое лицо или юридическое лицо, если такое физическое лицо

или такое юридическое лицо имеет в силу своего участия в этом хозяйственном обществе (товариществе, хозяйственном партнерстве) либо в соответствии с полномочиями, полученными, в том числе на основании письменного соглашения, от других лиц¹¹, более чем 50 % общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли) в уставном (складочном) капитале этого хозяйственного общества (товарищества, хозяйственного партнерства);

2) юридическое лицо и осуществляющие функции единоличного исполнительного органа этого юридического лица физическое лицо или юридическое лицо;

3) хозяйственное общество (товарищество, хозяйственное партнерство) и физическое лицо или юридическое лицо, если такое физическое лицо или такое юридическое лицо на основании учредительных документов этого хозяйственного общества (товарищества, хозяйственного партнерства) или заключенного с этим хозяйственным обществом (товариществом, хозяйственным партнерством) договора вправе давать этому хозяйственному обществу (товариществу, хозяйственному партнерству) обязательные для исполнения указания.

Очевидно, что к лицам, имеющим право давать обязательные указания, в частности, относятся основные хозяйственные общества (товарищества), поскольку право давать указания в соответствии со ст. 67³ ГК РФ, ст. 6 Закона об АО, ст. 6 Закона об ООО является одним из признаков дочерности и основанием возложения ответственности основного общества по обязательствам дочернего в предусмотренных этими законами случаях;

4) юридические лица, в которых более чем 50 % количественного состава коллегиального исполнительного органа и (или) совета директоров (наблюдательного совета, совета фонда) составляют одни и те же физические лица;

5) хозяйственное общество (хозяйственное партнерство) и физическое лицо или юридическое лицо, если по предложению такого физического лица или такого юридического лица назначен или избран единоличный исполнительный орган этого хозяйственного общества

¹¹ Хотя в Законе не определено, как понимать «полномочия, полученные от других лиц», следует предположить, что участие в уставном капитале в соответствии с полномочиями, полученными от других лиц, должно быть основано на соответствующем волеизъявлении этих лиц, выраженном, например, в договорах доверительного управления, о совместной деятельности, поручения или других сделках и действиях. Таким образом, косвенный контроль между хозяйствующими субъектами без оформления соответствующего волеизъявления не будет подходить под рассматриваемый критерий.

(хозяйственного партнерства);

б) хозяйственное общество и физическое лицо или юридическое лицо, если по предложению такого физического лица или такого юридического лица избрано более чем 50 % количественного состава коллегиального исполнительного органа либо совета директоров (наблюдательного совета) этого хозяйственного общества;

7) физическое лицо, его супруг, родители (в том числе усыновители), дети (в том числе усыновленные), полнородные и неполнородные братья и сестры;

8) лица, каждое из которых по какому-либо из указанных в пп. 1-7 признаков входит в группу с одним и тем же лицом, а также другие лица, входящие с любым из таких лиц в группу по какому-либо из указанных в пп. 1-7 признаков;

9) хозяйственное общество (товарищество, хозяйственное партнерство), физические лица и (или) юридические лица, которые по какому-либо из указанных в пп. 1-8 признаков входят в группу лиц, если такие лица в силу своего совместного участия в этом хозяйственном обществе (товариществе, хозяйственном партнерстве) или в соответствии с полномочиями, полученными от других лиц, имеют более чем 50 % общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли) в уставном (складочном) капитале этого хозяйственного общества (товарищества, хозяйственного партнерства).

В литературе предлагается признаки группы лиц условно разделить на признаки контроля и иные признаки.

К признакам контроля относят:

- владение более 50 % голосующих акций (долей) – п. 1 ч. 1 ст. 9;
- исполнение функций единоличного исполнительного органа – п. 2 ч. 1 ст. 9;
- возможность давать обязательные для исполнения указания – п. 3 ч. 1 ст. 9;
- номинарование единоличного исполнительного органа – п. 5 ч. 1 ст. 9;
- номинарование более половины состава коллегиальных органов управления (совета директоров или коллегиального исполнительного органа) – п. 6 ч. 1 ст. 9.

К иным признакам для построения базовой группы относят:

- пересечение (тождественность) составов коллегиальных органов управления более чем наполовину – п. 4 ч. 1 ст. 9;
- близкие родственные или свойственные связи – п. 7 ч. 1 ст. 9 [19].

В целом принимая идею такой классификации, все же отмечу, что законодатель в основу понимания группы лиц положил идею экономического контроля. Как видим, для законодателя не имеет значения, в результате каких обстоятельств лицо получило возможность осуществлять контроль. Важно то, что в предпринимательском обороте данные лица функционируют в той или иной форме экономического единства. В результате такого единства лица (отдельное лицо) обладают возможностью объединить деятельность других лиц для достижения определенных целей. Реализация таких целей осуществляется через самостоятельные решения отдельных лиц. Однако другие хозяйствующие субъекты исполняют эти решения с учетом подразумеваемых или заранее согласованных интересов.

В Законе о защите конкуренции 2006 года приведен закрытый перечень оснований отнесения субъектов к группе лиц. При этом положение, содержащееся в п. 8 ч. 1 ст. 9 Закона, значительно расширяет состав группы лиц, что, по сути, приводит к образованию новой «большой» группы лиц на пересечении нескольких групп лиц.

Нечеткость формулировки п. 8 ч. 1 ст. 9 Закона отмечается многими специалистами [20; 21]. ФАС России представила несколько разъяснений по применению приведенных положений.

По мнению ФАС России (письмо от 25.03.2008 № АЦ/6366 «О группе лиц»), в состав группы хозяйствующего субъекта должны быть включены как юридические и физические лица, которые участвуют в хозяйствующем субъекте, так и лица, в которых участвует хозяйствующий субъект. Для признания группой лиц в отношении каждого лица необходимо устанавливать наличие связей с другими лицами, перечисленных в пп. 1-7 ч. 1 ст. 9 Закона о защите конкуренции. Группа лиц будет заканчиваться на лице, которое само по основаниям, предусмотренным пп. 1-7, не составляет группу лиц с иными лицами. Таким образом, к одной группе лиц относятся лица, имеющие между собой отношения (хотя бы одного вида), перечисленные в пп. 1-7 ч. 1 ст. 9 Закона. В п. 8 ч. 1 ст. 9 Закона содержатся положения о том, как из лиц, связанных по основаниям, перечисленным в пп. 1-7 указанной статьи, образуется группа. Также в соответствии с п. 8 в группу лиц включаются участники других групп лиц, связанных через какое-либо общее лицо.

ФАС России в письме от 20.03.2008 № АЦ/5969 «О разъяснении применения антимонопольного законодательства» представила разъяснения по поводу участия в группе лиц физического лица: если в группу лиц юридического лица входит физическое лицо, то родственники, входящие с этим лицом в одну группу лиц по основанию, указанному в п. 7 ч. 1 ст. 9 Закона о защите конкуренции, не будут входить с указанным юридическим лицом в группу лиц по основанию, указанному в п. 8 ч. 1 ст. 9, при условии, если эти

родственники не составляют группу лиц с другим юридическим лицом по какому-либо из оснований, указанных в пп. 1-6 ч. 1 ст. 9 Закона.

Приведенный подход представляется адекватным, поскольку цели антимонопольного регулирования будут достигнуты, если в группу лиц будут включены только родственники физических лиц, составляющие группу лиц с другим юридическим лицом, входящим в одну из пересекающихся групп по какому-либо из оснований, установленных в пп. 1-6 ч. 1 ст. 9 Закона о защите конкуренции.

Действительно, относить к группе лиц всех родственников физических лиц, входящих в составы «пересекающихся» групп лиц, с точки зрения целей антимонопольного регулирования является избыточным. Заметим, что ФАС России использует упомянутый подход и при контроле за экономической концентрацией. Так, согласно п. 9 приложения к приказу ФАС России от 20.11.2006 № 293 «Об утверждении формы представления перечня лиц, входящих в одну группу лиц» супруги, родители (в том числе усыновители), дети (в том числе усыновленные), полнородные и неполнородные братья и сестры физических лиц, входящих в группу лиц, указываются в перечне лиц, входящих в одну группу, если они признаются группой лиц по основаниям с кодами 1, 2, 3, 5, 6 с хозяйственным обществом (товариществом, хозяйственным партнерством). Если близкие родственники физического лица, входящего в группу лиц юридического лица, входят в группу лиц по какому-либо из перечисленных оснований с хозяйственным обществом, входящим в такую группу лиц юридического лица, только в этом случае они подлежат включению в группу лиц такого юридического лица, а не в силу родственных связей с физическим лицом, входящим в его группу лиц.

По пути ограничения списка физических лиц, входящих в группу, пошел и Банк России, предусмотревший в п. 1.4 Положения о порядке ведения учета и представления информации об аффилированных лицах кредитных организаций, утвержденного Банком России от 20.07.2007 № 307-П, что физическое лицо, включаемое в группу лиц по критерию родства с другим физическим лицом, входящим в одну группу лиц с кредитной организацией, включается в список аффилированных лиц кредитной организации при условии, что в отношении данного физического лица или его родственника, перечисленных в п. 7 ч. 1 ст. 9 Закона о защите конкуренции, выполняется хотя бы одно из условий отнесения к группе лиц с юридическим лицом [в том числе с хозяйственным обществом (товариществом, хозяйственным партнерством)], перечисленных в пп. 1, 2, 3, 5, 6, 9 ч. 1 ст. 9 Закона о защите конкуренции.

Правовые последствия установления группы лиц

В действующем законодательстве о защите конкуренции предусмотрены определенные последствия установления группы лиц.

1. Установленные Законом о защите конкуренции запреты на действия (бездействие) хозяйствующего субъекта¹² распространяются на действия (бездействие) группы лиц (ч. 2 ст. 9)¹³. Правовые нормы о конкуренции, адресатами которых служат хозяйствующие субъекты, содержат не только запреты (пассивные обязанности), но и активные обязанности, например обязанность направить в антимонопольный орган ходатайство о даче согласия на осуществление сделок в соответствии с требованиями государственного контроля за экономической концентрацией.

2. Меры государственного антимонопольного регулирования применяются ко всем участникам группы лиц, а не к одному из участников. Например, если будет установлено, что один из участников группы лиц допустил нарушение антимонопольного законодательства, антимонопольный орган при рассмотрении данного правонарушения вправе выдать предписания и другим участникам группы лиц, способным обеспечить устранение нарушения.

Подобный вывод подтверждается сложившейся судебной практикой. В п. 7 Обзора практики разрешения споров, связанных с применением антимонопольного законодательства (Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 30.03.1998 № 32) указано, что при нарушении антимонопольного законодательства одним из членов доминирующей группы лиц соответствующее предписание может быть дано и другим членам группы, способным обеспечить устранение нарушения. Так, антимонопольный орган одним предписанием обязал основное и дочернее хозяйственные общества принять меры к

¹² Согласно п. 5 ст. 4 Закона о защите конкуренции хозяйствующим субъектом признается индивидуальный предприниматель, коммерческая организация, а также некоммерческая организация, осуществляющая деятельность, приносящую ей доход, а также физическое лицо, не зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя, но осуществляющее профессиональную деятельность, приносящую доход, на основании государственной регистрации и (или) лицензии либо в силу членства в саморегулируемой организации.

¹³ Соответствующие запреты, направленные группе лиц [см., например: постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 23.04.2014 № Ф04-3105/14 по делу № А45-11180/2013 (не допускать необоснованных отказов от заключения договоров аренды с арендаторами конкурентов); постановление ФАС Поволжского округа от 15.03.2012 № Ф06-1280/12 по делу № А49-2062/2011 (прекратить использовать недействительный сертификат соответствия и размещать на сайте информацию о его наличии)].

заключению договора с конкретным потребителем на передачу электроэнергии по сетям дочернего общества¹⁴.

Применение мер государственного регулирования ко всем участникам группы не означает, что **субъектом** ответственности за нарушение запретов или невыполнение предусмотренных Законом о защите конкуренции обязанностей становится группа в целом.

Как верно отметил И. Паншенский, «в тех случаях, когда Закон о защите конкуренции возлагает какую-либо обязанность или ограничение (запрет) на группу лиц, речь, по сути, идет о лицах, из которых состоит та или иная группа. С точки зрения таких лиц, их участие в группе является условием применения именно к ним соответствующих положений Закона о защите конкуренции, а не условием переложения обязанности по их исполнению на группу как самостоятельный субъект, которым она не является. Это, естественно, не означает, что степень ответственности всех членов группы за нарушение требований Закона о защите конкуренции в отношении группы обязательно должна быть равной. При определении степени ответственности может учитываться вина отдельных членов, которая, в свою очередь, может зависеть от конкретных отношений,

¹⁴ См. также постановление Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» (п. 14). Предписания, направленные группе лиц, см., например: постановление Президиума ВАС РФ от 27.09.2005 № 4279/05 (заключить договор поставки газа); постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 31.07.2013 по делу № А50-17430/2012 в совокупности с постановлением Арбитражного суда Уральского округа от 15.02.2016 № Ф09-10885/15 по делу № А50-4912/2015 (заключить договор на оказание услуг); постановление ФАС Поволжского округа от 10.12.2013 № Ф06-15/13 по делу № А65-9208/2013 (внести изменения в договор). В последнем деле и ООО «КБ «Ренессанс Капитал», и ООО «Группа Ренессанс Страхование» были признаны комиссией УФАС нарушившими антимонопольное законодательство (п. 1 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции) вследствие заключения между собой договора страхования, приведшего к поддержанию банком необоснованно высокого размера комиссионного вознаграждения в связи с подключением заемщиков к программе страхования, что отразилось на условиях кредиторства потребителей. Предписание было выдано ООО «Группа Ренессанс Страхование» и состояло в обязанности этого общества внести изменения в договор страхования. Предписание было признано судом соответствующим закону.

существующих внутри группы» [21].

3. Российское законодательство о конкуренции, определяя группу лиц как единый хозяйствующий субъект, исходит из концепции «совокупного» доминирования участников группы лиц. Согласно ст. 5 Закона о защите конкуренции 2006 года доминирующим положением признается положение хозяйствующего субъекта (группы лиц) или нескольких хозяйствующих субъектов (групп лиц) на рынке определенного товара, дающее такому хозяйствующему субъекту (группе лиц) или таким хозяйствующим субъектам (группам лиц) возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке, и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов, и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам.

Принадлежность лица к группе лиц может влиять на квалификацию его как занимающего доминирующее положение, хотя само по себе это лицо может иметь совершенно незначительную долю на рынке.

Н. Клейн подчеркивала, что при использовании понятия «группа лиц» доля на рынке устанавливается с учетом доли на рынке каждого лица, включенного в группу [22, с. 48].

4. На участников, входящих в одну группу лиц, не распространяется запрет на координацию экономической деятельности, под которой следует понимать согласование действий хозяйствующих субъектов третьим лицом, не входящим в одну группу лиц ни с одним из таких хозяйствующих субъектов и не осуществляющим деятельность на товарном рынке, на котором осуществляется согласование действий хозяйствующих субъектов (п. 14 ч. 1 ст. 4 Закона о защите конкуренции).

Подход законодателя вполне оправдан, поскольку интегрированные структуры, признаваемые в антимонопольном законодательстве группой лиц, зачастую как раз имеют целью такую координацию деятельности, обеспечение согласованных действий участников группы для повышения своей экономической эффективности, а главное, что данная координация внутри группы не оказывает негативного влияния на конкурентный рынок.

5. Закон о защите конкуренции устанавливает особенности осуществления государственного контроля за экономической концентрацией в отношении группы лиц.

6. Еще одно последствие признания хозяйствующих субъектов группой лиц заключается в нераспространении на участников группы,

признаваемых контролирующими и подконтрольными лицами, запрета на соглашения и согласованные действия, а также запрета на согласованные действия хозяйствующих субъектов, ограничивающие конкуренцию, установленные соответственно ст. 11 и 11¹ Закона о защите конкуренции.

Подчеркну, что нераспространение указанных запретов предусмотрено не для всех, а лишь для тех участников группы лиц, которые признаются контролирующими и подконтрольными лицами. На примере определения контроля в Законе о защите конкуренции легко убедиться, что понятие «контроль» используется в различных отраслях законодательства хотя в рамках одного сущностного значения, но в разных целях и вследствие этого с разными критериями и объемом.

Наличие отношений контроля – это наиболее тесная взаимосвязь в составе группы лиц. В соответствии с ч. 8 ст. 11 Закона о защите конкуренции под контролем понимается возможность физического или юридического лица прямо или косвенно (через юридическое лицо или через несколько юридических лиц) определять решения, принимаемые другим юридическим лицом, посредством одного или нескольких следующих действий:

- распоряжение более чем 50 % общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли), составляющие уставный (складочный) капитал юридического лица;
- осуществление функций исполнительного органа юридического лица.

Подводя итог, следует отметить, что российское законодательство устанавливает ряд правовых последствий признания хозяйствующих субъектов группой лиц, вытекающих из понимания группы лиц как единого хозяйствующего субъекта.

4. Антимонопольный контроль за экономической концентрацией

Понятие экономической концентрации

Под экономической концентрацией Закон о защите конкуренции понимает сделки и иные действия, осуществление которых оказывает влияние на состояние конкуренции. Конкуренцию указанный Закон определяет как соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на

соответствующем товарном рынке (ст. 4).

Государственный контроль за экономической концентрацией, осуществляемый антимонопольными органами в соответствии с Законом о защите конкуренции, – одно из средств государственного регулирования предпринимательской деятельности. Нормы об осуществлении антимонопольного контроля являются публично-правовыми, однако они тесно взаимосвязаны с корпоративным законодательством, в частности регулирующим переход долей, акций, совершение реорганизации, внесение вкладов в имущество и прочие действия, на совершение которых требуется согласование органов ФАС России.

Важно отметить, что антимонопольный контроль не имеет целью запретить хозяйственную интеграцию и экономическую концентрацию, он направлен на предотвращение ограничения конкуренции, возникновения и усиления монополистической деятельности на товарных рынках. Под монополистической деятельностью Закон о защите конкуренции (ст. 4) понимает злоупотребление хозяйствующим субъектом, группой лиц своим доминирующим положением, соглашения или согласованные действия, запрещенные антимонопольным законодательством, а также иные действия (бездействие), признанные в соответствии с федеральными законами монополистической деятельностью.

Основания антимонопольного контроля

Основаниями осуществления контроля за экономической концентрацией являются действия хозяйствующих субъектов (объекты антимонопольного контроля) при условии, что участники экономической концентрации и объекты антимонопольного контроля соответствуют определенным законом количественным критериям. Объекты антимонопольного контроля – действия хозяйствующих субъектов, которые влекут за собой контроль за экономической концентрацией.

По правилам главы 7 «Государственный контроль за экономической концентрацией» Закона о защите конкуренции 2006 года подлежат государственному контролю сделки, иные действия в отношении активов российских финансовых организаций и находящихся на территории РФ основных производственных средств и (или) нематериальных активов либо в отношении голосующих акций (долей), прав в отношении российских коммерческих и некоммерческих организаций, а также иностранных лиц и (или) организаций, осуществляющих поставки товаров на территорию России в сумме более чем один миллиард рублей в течение года, предшествующего дате осуществления сделки, иного действия, подлежащих государственному контролю.

Количественные критерии для осуществления антимонопольного контроля определяются в отношении участников экономической концентрации.

Под участниками экономической концентрации понимаются лица, указанные в соответствующих статьях Закона о защите конкуренции. Например, для целей предварительного контроля за слиянием, присоединением, совершением сделок по приобретению акций, и (или) имущества, и (или) прав участниками экономической концентрации признаются не только непосредственные участники этих действий (сделок), но и их группы лиц (соответственно для целей контроля подсчитываются совокупные активы (выручка) групп лиц участников помимо, например, покупателя и продавца). А вот при антимонопольном контроле за экономической концентрацией финансовых организаций учитываются активы непосредственно участников действий (сделок), но не групп лиц, к которым они принадлежат (п. 3 ч. 1 ст. 27, ст. 29 Закона о защите конкуренции). При суммировании активов (выручки) участников экономической концентрации учитывается также имущество (доходы) физических лиц – участников группы.

Критерии, которые определяют необходимость осуществления контроля за экономической концентрацией:

- суммарная стоимость активов участников экономической концентрации по бухгалтерским балансам;
- суммарная выручка участников экономической концентрации от реализации товаров;
- суммарная стоимость активов лица (группы лиц), акции (доли), и (или) имущество, и (или) права в отношении которого приобретаются.

Далее приводится таблица, содержащая основания антимонопольного контроля в отношении нефинансовых организаций (ст. 27, 28 Закона о защите конкуренции). Заметим, что в отношении финансовых организаций критерии контроля за экономической концентрацией устанавливаются Правительством РФ (в ряде случаев – по согласованию с Банком России).

Основания антимонопольного контроля за экономической концентрацией (в отношении нефинансовых организаций)

Объекты	Количественные критерии контроля
Слияние, присоединение коммерческих организаций (пп. 1, 2 ч. 1 ст. 27 Закона о защите	Суммарная стоимость активов участников экономической концентрации превышает 7 млрд

конкуренции)	руб. <i>или</i> суммарная выручка участников экономической концентрации от реализации товаров за последний календарный год превышает 10 млрд руб.
Создание дочерней коммерческой организации (п. 4 ч. 1 ст. 27 Закона о защите конкуренции)	Суммарная стоимость активов участников экономической концентрации превышает 7 млрд руб., <i>или</i> суммарная выручка участников экономической концентрации от реализации товаров за последний календарный год превышает 10 млрд руб.
Примечание. Антимонопольный контроль применяется, если уставный капитал создаваемой организации оплачивается акциями (долями) и/или имуществом, которые являются основными производственными средствами и (или) нематериальными активами другой коммерческой организации, в том числе на основании передаточного акта или разделительного баланса, и в отношении данных акций (долей) и/или имущества создаваемая организация приобретает права, установленные ст. 28 Закона о защите конкуренции.	
Заключение между хозяйствующими субъектами – конкурентами соглашения о совместной деятельности на территории Российской Федерации (п. 8 ч. 1 ст. 27 Закона о защите конкуренции)	Суммарная стоимость активов участников экономической концентрации превышает 7 млрд руб. <i>или</i> суммарная выручка участников экономической концентрации от реализации товаров за последний календарный год превышает 10 млрд руб.
Примечание. Соглашения о совместной деятельности – любые соглашения, опосредующие совместную деятельность сторон, в том числе путем создания нового юридического лица или участия в существующем (см. Разъяснения ФАС России по порядку и методике анализа соглашений о совместной деятельности).	
Сделки с акциями (долями), имуществом* коммерческих организаций, правами в	Суммарная стоимость активов участников экономической концентрации превышает 7 млрд

<p>отношении организаций**, определять осуществления предпринимательской деятельности или функций органа*** (ч. 1 ст. 28 Закона о защите конкуренции)</p> <p>коммерческих позволяющими условия осуществления исполнительного</p>	<p>руб.</p> <p><i>или</i></p> <p>суммарная выручка участников экономической концентрации от реализации за последний календарный год превышает 10 млрд руб.</p> <p><i>и при этом</i></p> <p>суммарная стоимость активов лица (группы лиц), акции (доли), и (или) имущество, и (или) права в отношении которых приобретаются, превышает 400 млн руб.</p>
--	--

Примечания. Антимонопольный контроль применяется в случае, если в результате сделки возникает право распоряжения: в АО – 25, 50, 75 % голосующих акций; в ООО – 1/3, 1/2, 2/3 уставного капитала общества.

* Под сделками с имуществом Закон о защите конкуренции понимает получение хозяйствующим субъектом (группой лиц) в собственность, пользование или во владение основных производственных средств и (или) нематериальных активов другого хозяйствующего субъекта.

** В Законе о защите конкуренции (п. 8 ч. 1 ст. 28, п. 8 ч. 1 ст. 29) не приведен даже примерный перечень прав, позволяющих определять условия осуществления хозяйствующим субъектом предпринимательской деятельности, а перечислены лишь некоторые из возможных оснований возникновения таких прав: договоры доверительного управления имуществом, о совместной деятельности, поручения. Следовательно, право определять одним хозяйствующим субъектом условия осуществления предпринимательской деятельности другого хозяйствующего субъекта устанавливается антимонопольными органами отдельно для каждого конкретного случая исходя из совокупности обстоятельств.

*** Необходимость согласования этого действия с антимонопольными органами в соответствии с п. 8 ч. 1 ст. 28, п. 8 ч. 1 ст. 29 Закона о защите конкуренции возникает при привлечении в качестве единоличного исполнительного органа (ЕИО) управляющей организации (управляющего), поскольку право осуществлять функции ЕИО только в этом случае возникает в результате сделки – заключения гражданско-правового договора о передаче полномочий ЕИО управляющей организации (управляющему). Не требуется осуществление антимонопольного контроля в случае, когда полномочия ЕИО исполняет физическое лицо – директор, состоящий в штате организации.

Формы антимонопольного контроля

Антимонопольный контроль может осуществляться в форме предварительного и последующего контроля. Предварительный контроль осуществляется до слияния, присоединения, создания, совершения сделки или какого-либо иного действия, являющегося объектом государственного контроля, и заключается в рассмотрении антимонопольными органами ходатайств о даче согласия на совершение действий, указанных в ходатайстве, в соответствии с Законом о защите конкуренции 2006 года. Наличие согласия антимонопольного органа является в этом случае необходимым условием для совершения действия, указанного в ходатайстве, то есть установлен разрешительный порядок осуществления подлежащих государственному контролю действий.

Последующий контроль состоит в рассмотрении антимонопольными органами уведомлений хозяйствующих субъектов об уже свершившихся фактах. Уведомление должно быть направлено в 45-дневный срок с момента совершения соответствующих действий. Следует отметить, что либерализация антимонопольного законодательства в части осуществления антимонопольного контроля привела к тому, что последующий контроль за экономической концентрацией в настоящее время осуществляется только применительно к группе лиц. Изменения были внесены Федеральным законом от 28.12.2013 № 423-ФЗ.

Особый порядок обращения в антимонопольные органы предусмотрен и для хозяйствующих субъектов, имеющих намерение заключить соглашение о совместной деятельности: если суммарная стоимость их активов не превышает размеры, предусмотренные для согласования сделок экономической концентрации, они вправе обратиться в антимонопольный орган с заявлением о соответствии такого соглашения требованиям антимонопольного законодательства, а антимонопольный орган обязан рассмотреть ходатайство (ч. 9¹ ст. 33 Закона о защите конкуренции).

Федеральным законом от 05.10.2015 № 275-ФЗ также были предусмотрены следующие новые положения в отношении процедур антимонопольного контроля. Лица, осуществляющие подлежащее согласованию или последующему одобрению действие, вправе обратиться в антимонопольный орган в целях информирования о предстоящей сделке или об ином действии до подачи ходатайства или уведомления в антимонопольный орган. Они имеют право представить в антимонопольный орган информацию и документы, а также предложить условия, выполнение которых будет направлено на обеспечение конкуренции. При реализации полномочий государственного контроля за экономической концентрацией

антимонопольный орган принимает во внимание представленные информацию и документы (ч. 10 ст. 32 Закона о защите конкуренции).

Контроль за приобретением акций (долей) в уставном капитале хозяйственного общества

Под приобретением акций (долей) хозяйственных обществ Закон о защите конкуренции понимает не только покупку, но и получение иной возможности осуществления предоставленного акциями (долями) хозяйственных обществ права голоса на основании договоров доверительного управления имуществом, договоров о совместной деятельности, договоров поручения, а также других сделок или по иным основаниям (п. 16 ст. 4). Определяя долю участия применительно к акционерным обществам, законодатель устанавливает процент от голосующих акций, то есть от совокупности обыкновенных и привилегированных акций, владельцы которых в соответствии с Законом об АО получают право голоса (п. 4 ст. 32).

В Законе о защите конкуренции осуществляется различное регулирование приобретения акций акционерного общества и долей участия в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью. Очевидно, такая позиция законодателя определяется пониманием, что в акционерном обществе контроль за концентрацией должен быть более жестким, чем в обществе с ограниченной ответственностью. Согласно Закону о защите конкуренции контроль за приобретением голосующих акций акционерного общества осуществляется начиная с получения приобретателем (группой лиц) права распоряжаться более чем 25 % указанных акций. В отношении общества с ограниченной ответственностью нижняя граница в уставном капитале ООО, влекущая применение мер антимонопольного контроля, установлена в размере 1/3 уставного капитала.

В Законе о защите конкуренции закреплены определенные пороговые значения владения акциями (долями) в уставном капитале хозяйственного общества, при достижении которых сделка по приобретению голосующих акций (долей участия) должна быть подвергнута антимонопольному контролю. Для акционерного общества это пороговые значения в размере 25, 50, 75 % голосующих акций общества; для общества с ограниченной ответственностью – в размере 1/3, 1/2, 2/3 уставного капитала общества.

Например, если лицо имело прежде 12 % голосующих акций и намерено купить еще 12 %, такая сделка согласования не требует, поскольку в результате сделки у указанного лица окажется лишь 24 % и первый порог в 25 % голосующих акций еще не будет достигнут. Если же это лицо захочет купить еще, например, 5 % акций, такая сделка потребует согласования: ведь в результате у лица будет уже

29 % акций, а это более чем 25 %. Последующие сделки не потребуют согласования до тех пор, пока не будет достигнут следующий порог – 50 %, а после получения более 50 % согласование не потребуется до достижения следующего критерия – 75 %.

Итак, согласования требуют совершение лишь тех сделок, в результате которых лицо (группа лиц) получает в совокупности с прежде имевшимися у него акциями более 25 %, или более 50 %, или более 75 % голосующих акций юридического лица. Приобретение более 75 % голосующих акций или более 2/3 долей в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью законодатель рассматривает как полный контроль и поэтому не предусматривает последующего согласования при увеличении у приобретателя процента акций (долей) свыше указанных значений.

Таким образом, приобретение акций (долей участия) в размере от «блокирующего» до «контрольного» пакета не требует согласования с антимонопольными органами, как и переход на «единую акцию» при наличии 75 % акций.

Согласования требуют только сделки по приобретению акций (долей), которые приводят к существенным изменениям в степени влияния на юридическое лицо.

Антимонопольный контроль за сделками в отношении российских активов, совершаемыми за рубежом

В результате неоднократно внесенных изменений в Закон о защите конкуренции 2006 года произошло расширение сферы экстратерриториального применения российского антимонопольного законодательства, вследствие чего ряд сделок по экономической концентрации, совершенных за рубежом, требует согласования с российскими антимонопольными органами.

В силу ч. 2 ст. 3 Закона о защите конкуренции 2006 года в редакции от 06.12.2011 его положения применяются к достигнутым за пределами территории Российской Федерации соглашениям между российскими и (или) иностранными лицами либо организациями, а также к совершаемым ими действиям, если такие соглашения или действия оказывают влияние на состояние конкуренции на территории Российской Федерации.

Таким образом, все соглашения, способные привести к экономической концентрации, даже если они заключены за пределами России, но при этом прямо или косвенно касаются организаций (как российских, так и иностранных), непосредственно действующих на территории РФ или оказывающих какое-либо влияние на конкуренцию в ее границах, будут подпадать под действие российского антимонопольного законодательства и, соответственно, требовать согласования с российскими антимонопольными органами.

Правила контроля за экономической концентрацией, установленные главой 7 Закона о защите конкуренции 2006 года, применяются в отношении иностранных лиц и (или) организаций, если эти лица осуществляют поставки товаров на территорию РФ в сумме более чем один миллиард рублей в течение года, предшествующего дате осуществления сделки, иного действия, подлежащих государственному контролю.

Позицией антимонопольных органов РФ при согласовании сделок по экономической концентрации является требование о раскрытии «конечных бенефициаров», или «действительных владельцев», или «конечных выгодоприобретателей»¹⁵. В соответствии с п. 15 ч. 5 ст. 32 Закона о защите конкуренции вместе с ходатайством в органы ФАС необходимо представлять сведения о лицах, в интересах которых осуществляется владение более чем 5 % акций (долей) лица, являющегося объектом экономической концентрации либо заявление в письменной форме о том, что заявитель такими сведениями не располагает.

Тенденция расширения экстратерриториального применения российского конкурентного законодательства обусловлена интернационализацией бизнеса, созданием транснациональных компаний, а также встречающимися недобросовестными попытками отдельных предпринимателей уклониться от мер антимонопольного контроля путем совершения сделок в иностранных юрисдикциях для обеспечения фактического контроля над российскими активами.

Процедура контроля за экономической концентрацией

Под процедурой контроля за экономической концентрацией понимают согласование антимонопольным органом сделок и действий, предусмотренных в главе 7 Закона о защите конкуренции, отвечающих определенным количественным критериям, при наличии которых эти

¹⁵ Приведенные термины употребляются как синонимы. Конструкция *beneficial owner* довольно широко используется в деловой практике за рубежом (см., например, Модельную конвенцию по налогам на доход и капитал Организации экономического сотрудничества и развития 1977 года, Директиву Европейского Парламента и Совета Европы от 26.10.2005 № 2005/60/ЕС «О предотвращении использования финансовой системы в целях легализации доходов, полученных преступным путем, и финансирования терроризма»).

В российском законодательстве также используются термины «фактический владелец имущества» (Федеральный закон от 08.06.2015 № 140-ФЗ), «бенефициарный владелец» (Федеральный закон от 28.06.2013 № 134-ФЗ).

сделки и действия подлежат согласованию.

Процедура осуществления хозяйствующим субъектом действий в рамках государственного регулирования экономической концентрации, включая перечень лиц, представляющих ходатайства и уведомления, сроки их представления, документы и сведения об участвующих в сделках (действиях) лицах, установлена в самом Законе о защите конкуренции (ст. 32).

Определенные новеллы в процедуру контроля за экономической концентрацией были внесены Федеральным законом от 05.10.2015 № 275-ФЗ: сведения о поступившем в антимонопольный орган ходатайстве о даче согласия на осуществление сделки, иного действия подлежат размещению на официальном сайте ФАС России в информационно-телекоммуникационной сети Интернет. Заинтересованные лица вправе представить в антимонопольный орган сведения о влиянии на состояние конкуренции такой сделки, иного действия (ч. 9 ст. 32 Закона о защите конкуренции).

Следовательно, можно говорить о введении в качестве дополнительного инструмента защиты конкуренции мер общественного контроля.

Ходатайство, подаваемое при предварительном контроле, подлежит рассмотрению в течение 30 дней с даты получения. Если какой-либо из документов или какая-либо информация из перечисленных в ч. 5 ст. 32 Закона о защите конкуренции не будут представлены вместе с соответствующим ходатайством, антимонопольный орган в 10-дневный срок уведомляет заявителя о том, что ходатайство является неполным и потому считается непредставленным. Последнее положение призвано ужесточить меры воздействия в ситуации, когда хозяйствующие субъекты заведомо представляли неполный пакет документов, чем значительно осложняли деятельность антимонопольных органов и существенно затягивали сроки согласования.

При осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией антимонопольные органы вправе предъявлять к хозяйствующим субъектам определенные требования, получившие в научной доктрине наименование структурных и поведенческих. Структурные требования определяются полномочиями антимонопольных органов (ст. 23) и могут быть связаны, например, с требованиями о принудительном разделении (выделении), отчуждении имущества коммерческой организации, в том числе акций, для «разрыва» сложившейся группы лиц и пр. Поведенческие требования касаются соблюдения хозяйствующими субъектами определенных правил поведения на рынке (например, они не должны существенно повышать цены на свои товары, дискриминировать потребителей, отказываться в заключении договоров и т.д.).

Особенности антимонопольного контроля за экономической концентрацией в отношении группы лиц

Как было указано ранее, вследствие того, что группа лиц признается единым хозяйствующим субъектом, Закон о защите конкуренции предусматривает определенные особенности антимонопольного контроля за экономической концентрацией в отношении группы лиц.

1. Установленное Законом о защите конкуренции требование о получении предварительного согласия антимонопольного органа на осуществление действий и сделок, являющихся объектами антимонопольного контроля, не применяется, если указанные действия и сделки осуществляются лицами, входящими в одну группу лиц по основаниям, предусмотренным п. 1 ч. 1 ст. 9 Закона.

Это означает, что сделки экономической концентрации, подлежащие осуществлению основным и дочерним обществами, в котором основное общество владеет более 50 % голосующих акций (долей) дочернего, выведены из-под предварительного антимонопольного контроля. Указанное положение было введено в Закон о защите конкуренции Федеральным законом от 17.07.2009 № 164-ФЗ (ч. 2 ст. 27).

В силу разъяснения ФАС России от 24.01.2014 «О необходимости подачи в антимонопольный орган уведомлений в связи с принятием Федерального закона от 28.12.2013 № 423-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» данное исключение распространяется также на сделки между основным обществом и косвенно контролируемые им (через другие подконтрольные общества) обществами.

2. Согласно ч. 1 ст. 31 Закона о защите конкуренции сделки и иные действия, перечисленные в ст. 27-29 (для которых установлен режим предварительного согласования), могут осуществляться хозяйствующими субъектами, входящими в одну группу лиц, без предварительного согласия антимонопольного органа, но с последующим его уведомлением об их осуществлении в порядке, предусмотренном ст. 32 Закона.

Для того чтобы воспользоваться режимом последующего уведомления, любой из участников группы лиц должен представить в антимонопольный орган информацию о группе по форме предоставления перечня лиц, входящих в одну группу лиц, утвержденной приказом ФАС России от 20.11.2006 № 293, не позднее чем за один месяц до осуществления сделок или иных действий. Информация должна быть принята антимонопольным органом и опубликована в сети Интернет.

Все остальные «внутригрупповые» сделки, соответствующие указанным в Законе о защите конкуренции объемным критериям,

подлежат предварительному согласованию с антимонопольными органами.

3. Особенности государственного контроля за экономической концентрацией в отношении группы лиц связаны также с тем, что для определения необходимости применения мер государственного контроля стоимость активов юридических лиц – участников экономической концентрации устанавливается в ряде случаев с учетом совокупных активов или совокупной выручки их группы лиц.

Анализируя особенности антимонопольного контроля за экономической концентрацией применительно к группе лиц, специалисты отмечают несовершенство российского законодательства, заключающееся в том, что сделки экономической концентрации, совершаемые участниками одной группы лиц, подлежат контролю со стороны антимонопольных органов, тогда как в большинстве правопорядков данные сделки не требуют никаких согласований [23, с. 10-11].

Действительно, если группа лиц рассматривается как единый хозяйствующий субъект, зачем устанавливать антимонопольный контроль за передачей активов внутри группы, то есть, по сути, внутри одного хозяйствующего субъекта?

Представляется, что тенденцией развития российского законодательства должно стать полное освобождение от антимонопольного контроля внутригрупповых сделок, поскольку таковые не должны при правильном регулировании состава группы лиц оказывать влияние на конкуренцию, а тем более ограничивать ее.

Правовые последствия нарушения антимонопольного законодательства

Из Закона о защите конкуренции (ст. 34) следует возможность наступления правовых последствий в случае нарушения требований антимонопольного законодательства при осуществлении хозяйствующими субъектами экономической концентрации:

- коммерческая организация, созданная без получения предварительного согласия антимонопольного органа, в том числе в результате слияния или присоединения, ликвидируется либо реорганизуется в форме выделения или разделения в судебном порядке по иску антимонопольного органа, если ее создание привело или может привести к ограничению конкуренции, в том числе в результате возникновения или усиления доминирующего положения;
- сделки, осуществленные без получения предварительного согласия антимонопольного органа или с нарушением порядка его последующего уведомления, признаются

недействительными в судебном порядке по иску антимонопольного органа, если такие сделки привели или могут привести к ограничению конкуренции, в том числе в результате возникновения или усиления доминирующего положения.

Таким образом, сделки, совершенные с нарушением установленных Законом о защите конкуренции требований, являются оспоримыми, поскольку, во-первых, сделки, совершенные с нарушением порядка согласования (уведомления) антимонопольного органа, могут быть признаны недействительными лишь в судебном порядке, во-вторых, по иску антимонопольного органа, а не любого заинтересованного лица и, в-третьих, не в любом случае, а только если они приводят к ограничению конкуренции, в том числе в результате возникновения или усиления доминирования хозяйствующих субъектов. То есть при признании сделки по иску антимонопольного органа недействительной суд должен установить отрицательные последствия для конкуренции на конкретном рынке.

Помимо гражданско-правовых мер нарушение требований, установленных Законом о защите конкуренции в связи с государственным контролем за экономической концентрацией, влечет за собой административную ответственность хозяйствующего субъекта и должностных лиц (ст. 19.8 КоАП РФ). Нормы об административной ответственности применяются активно, причем исходя из достаточно формального подхода к оценке негативных последствий конкретного нарушения для конкурентной среды.

- Так, податель жалобы просил учесть тот факт, что приобретение доли в уставном капитале хозяйственного общества не может негативно отразиться на состоянии конкурентной среды, поскольку участники группы лиц являются субъектами разных товарных рынков. ФАС Северо-Западного округа, рассматривая это дело в кассационном порядке, в постановлении от 15.06.2007 по делу № А56-30699/2006 указал следующее: «Частью 2 статьи 2.1 КоАП РФ предусмотрено, что юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению. <...>

Влияние совершенной сделки на состояние конкурентной среды не имеет правового значения для правильного разрешения спора и не входит в предмет доказывания по настоящему делу, в связи с чем ссылка общества на отсутствие негативных последствий для

конкуренции на каком-либо из товарных рынков отклоняется кассационной инстанцией» (выделено мной.– И. Ш.).

• По другому делу заявитель просил отменить постановление антимонопольного органа о привлечении к ответственности за нарушение срока направления уведомления, аргументируя свою позицию тем, что «суд не оценил характер и степень общественной опасности правонарушения, не принял во внимание, что общество самостоятельно представило информацию о приобретении долей в уставном капитале другого общества». В кассационной жалобе заявитель также ссылался на то, что «экономический ущерб интересам государства не причинен, к ограничению конкуренции правонарушение не привело».

Суд принял решение оставить кассационную жалобу без удовлетворения и поддержал решение судов первой и апелляционной инстанций, которые не усмотрели оснований для освобождения подателя жалобы от административной ответственности в связи с малозначительностью административного правонарушения и учли только наличие смягчающих вину обстоятельств. В решении суда указано, что *«состав административного правонарушения, ответственность за которое установлена статьей 19.8 КоАП РФ, является формальным и не требует установления факта наступления вредных последствий»* (выделено мной. – И. Ш.).

Кроме того, из пункта 18 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 02.06.2004 № 10 следует, что при квалификации правонарушения в качестве малозначительного судам необходимо исходить из оценки конкретных обстоятельств его совершения. Самостоятельное направление уведомления в антимонопольный орган, незамедлительное представление недостающих документов сами по себе не свидетельствуют о малозначительности правонарушения. Действия общества препятствовали осуществлению антимонопольным органом полномочий по контролю за экономической концентрацией на товарных рынках, а следовательно, влекли угрозу правоохраняемым интересам в сфере антимонопольного регулирования. ООО «Аврора» допущенным правонарушением подрывает основы рыночных экономических отношений, частью которых является государственный контроль за состоянием конкурентной среды на товарных рынках.

При таких условиях у суда не имелось оснований для признания правонарушения малозначительным» (постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 26.03.2007 по делу № А19-16898/06-35).

Завершить рассмотрение темы экономической зависимости хозяйствующих субъектов хотелось бы словами, сказанными более века назад А. Каминкой по поводу актуальности надлежащего правового регулирования основанных на экономической зависимости

групп: «Усилия юристов и экономистов должны быть направлены на то, чтобы выработать те формы, создать те гарантии, при которых эти организации (синдикаты, тресты), принося обществу всю ту пользу, которую можно извлечь из комбинации капиталистического и предпринимательского элементов, приносили бы ему вместе с тем минимум вреда» [24, с. 422].

5. Запреты и ограничения на приобретение иностранными инвесторами контроля в отношении российских хозяйственных обществ

Общий подход к правовому регулированию запретов и ограничений для иностранных инвесторов

По общему правилу российским законодательством установлен национальный режим применительно к гражданско-правовым отношениям, в которых участвуют иностранные физические и юридические лица (ч. 3 ст. 62 Конституции РФ, п. 1 ст. 2 ГК РФ). Это означает, что иностранные лица вправе вступать в любые гражданско-правовые отношения без ограничений наравне с российскими гражданами и зарегистрированными в России юридическими лицами. Однако, как и из любого правила, из принципа предоставления национального режима иностранным лицам существуют исключения, установленные федеральными законами. Данные исключения, как гласит ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, могут быть введены в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, а также обеспечения обороны страны и безопасности государства.

Приобретение контроля в отношении отдельных видов российских юридических лиц является формой инвестиционной деятельности. Инвестиции приобретают характер иностранных, если они осуществляются иностранными инвесторами. Определение иностранного инвестора дано в ст. 2 Федерального закона от 09.07.1999 № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» (далее – Закон об иностранных инвестициях). Это определение является крайне широким и фактически означает, что иностранным инвестором является любое иностранное физическое или юридическое лицо (причем независимо от наличия у последнего самостоятельной правосубъектности).

Российское законодательство предусматривает ряд изъятий из национального режима для иностранных инвесторов применительно к осуществлению ими инвестиций в отдельные отрасли российской экономики. Обычно данные изъятия касаются приобретения определенных пакетов акций (долей) или контроля в отношении

российских организаций, осуществляющих деятельность в соответствующих сферах. Эти изъятия могут носить характер запретов, когда приобретение иностранными инвесторами контроля не допускается. Они также могут выражаться в ограничениях, связанных, как правило, с необходимостью получения иностранным инвестором согласования уполномоченного государственного органа на приобретение контроля.

По сути, в этих случаях речь идет об ограничении правоспособности иностранных инвесторов по сравнению с российскими лицами [25, с. 90-97; 26, с. 341-381].

Запреты на приобретение иностранными инвесторами контроля в отношении российских хозяйственных обществ

Данные запреты достаточно многообразны и разрозненны: они содержатся в нескольких федеральных законах, принятых в разное время и исходящих из различных определений контроля.

Российским законодательством запрещено приобретать контроль в отношении российских хозяйственных обществ, осуществляющих деятельность в следующих сферах:

- теле- и радиовещание, деятельность учредителя телеканалов, радиоканалов, теле-, радио-, видеопрограмм, а также изготовление теле-, видео- или радиопрограмм, зона уверенного приема передач которого (которых) охватывает половину или более половины субъектов РФ либо территорию, на которой проживает половина или более половины численности населения Российской Федерации (ст. 19¹ Закона РФ от 27.12.1991 № 2124-I «О средствах массовой информации»);
- владение на праве собственности и иных вещных правах участками земель сельскохозяйственного назначения (ст. 3 Федерального закона от 24.07.2002 № 101-ФЗ «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения»);
- добыча алмазов (п. 2 ст. 4 Федерального закона от 26.03.1998 № 41-ФЗ «О драгоценных металлах и драгоценных камнях»);
- владение на праве собственности региональными системами газоснабжения и газораспределительными системами (ст. 7 Федерального закона от 31.03.1999 № 69-ФЗ «О газоснабжении в Российской Федерации»);
- банковская деятельность (запрет применяется в случае превышения квоты участия иностранного капитала в российской банковской системе) (ст. 18 Федерального закона

от 02.12.1990 № 395-І «О банках и банковской деятельности»);

- отдельные виды страховой деятельности: личное страхование, обязательное страхование, обязательное государственное страхование, имущественное страхование, связанное с осуществлением поставок или выполнением подрядных работ для государственных нужд, а также страхование имущественных интересов государственных и муниципальных организаций (п. 3 ст. 6 Закона РФ от 27.11.1992 № 4015-І «Об организации страхового дела в Российской Федерации»);
- воздушные перевозки пассажиров, багажа, грузов, почты и (или) выполнение авиационных работ (п. 2 ст. 61 Воздушного кодекса Российской Федерации от 19.03.1997 № 60-ФЗ);
- частная охранная деятельность ст. 15¹ Закона РФ от 11.03.1992 № 2487-І «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации»);
- осуществление внешнеторговой деятельности в отношении продукции военного назначения (п. 2 ст. 12 Федерального закона от 19.07.1998 № 114-ФЗ «О военно-техническом сотрудничестве Российской Федерации с иностранными государствами»);
- осуществление деятельности на территории закрытого административно-территориального образования (ЗАТО) (пп. 2¹-2² ст. 3 Закона РФ от 14.07.1992 № 3297-І «О закрытом административно-территориальном образовании»).

Данные запреты сформулированы с использованием различных подходов к понятию контроля. Как отмечается в связи с этим в литературе, понятие контроля применительно к иностранным инвестициям в российском законодательстве закреплено фрагментарно, отсутствие его системного восприятия приводит к неэффективности регулирования [27, с. 127].

Как правило, в формулировках запретов речь идет о приобретении иностранным инвестором доли (вклада) в уставном (складочном) капитале российской организации в размере 50 % и более. В отдельных случаях порог участия иностранного инвестора может быть меньше (в частности, применительно к страховым организациям и авиационным предприятиям он составляет 49 %; применительно к собственникам объектов газоснабжения – 20 %), то есть здесь имеется в виду не контроль, а иные отношения экономической зависимости. Применительно к частной охранной деятельности и деятельности на территории ЗАТО запрещено любое участие иностранных инвесторов в уставных капиталах соответствующих организаций.

Основной недостаток существующих запретов на приобретение иностранными инвесторами контроля в отношении определенных российских организаций в том, что они распространяются фактически только на приобретение прямого контроля. Буквальное толкование не позволяет распространить данные запреты на сделки, направленные на приобретение иностранными инвесторами косвенного контроля через контролируемые ими российские организации. Это дает возможность обходить рассматриваемые запреты, поэтому в литературе справедливо предлагается распространить их также на приобретение иностранными инвесторами косвенного контроля [27, с. 118].

Ограничения на приобретение иностранными инвесторами контроля в отношении российских хозяйственных обществ

Ограничения, связанные с приобретением иностранными инвесторами контроля в отношении отдельных российских хозяйственных обществ, носят разнообразный характер. Например, если квота участия иностранного капитала в российских страховых организациях (то есть в целом по рынку) превышает 50 %, орган страхового надзора прекращает выдачу лицензий на осуществление страховой деятельности страховым организациям, являющимся дочерними обществами по отношению к иностранным инвесторам либо имеющим долю иностранных инвесторов в своем уставном капитале более 49 %. Такие страховые организации также обязаны получить предварительное разрешение органа страхового надзора на увеличение размера своего уставного капитала за счет средств иностранных инвесторов и на отчуждение в пользу иностранного инвестора своих акций (долей) (см. п. 3 ст. 6 Закона РФ «Об организации страхового дела в Российской Федерации»).

Особое место среди данных ограничений занимают требования, введенные Федеральным законом от 29.04.2008 № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» (далее – Закон № 57-ФЗ). В наиболее общем виде он предусматривает особый порядок государственного контроля за приобретением иностранными инвесторами корпоративного контроля в отношении российских обществ, имеющих стратегическое значение.

Понятие стратегического общества. Стратегическим обществом является российское хозяйственное общество, осуществляющее хотя бы один из 45 видов деятельности, перечисленных в ст. 6 Закона № 57-ФЗ. Среди таких видов деятельности можно выделить: деятельность, связанную с радиоактивными веществами и ядерными материалами; деятельность, связанную с использованием возбудителей инфекционных заболеваний; деятельность в сфере шифрования

(криптографии); деятельность, связанную с вооружением и военной техникой; космическую деятельность и деятельность в сфере авиации; осуществление теле- и радиовещания на значительной территории России; оказание услуг субъектом естественной монополии; оказание телекоммуникационных услуг на значительной территории России; полиграфическую деятельность или деятельность редакции и (или) издателя периодического печатного издания, имеющие значительный масштаб; добычу водных биологических ресурсов; пользование участками недр федерального значения и др.

Как правило, все стратегические виды деятельности обусловлены наличием у осуществляющего их хозяйственного общества соответствующей лицензии. Однако зачастую для установления наличия у общества стратегического статуса соответствующей лицензии может быть недостаточно – требуется весьма детальный анализ его деятельности.

Закон № 57-ФЗ не делает различий между тем, является стратегический вид деятельности для общества основным или вспомогательным. В связи с этим стратегическим обществом будет считаться, например, организация, осуществляющая производство продуктов питания, у которой имеется собственная лаборатория по проверке качества продукции. Поскольку подобные лаборатории в своей деятельности используют возбудителей инфекционных заболеваний, и само общество становится стратегическим, хотя по своему основному виду деятельности (производство продуктов питания) оно стратегическим не является.

Особо следует отметить такой стратегический вид деятельности, как пользование участками недр федерального значения (то есть геологическое изучение недр и (или) разведка и добыча полезных ископаемых на таких участках). В отношении хозяйственных обществ, осуществляющих данный вид деятельности, установлены особые правила приобретения контроля иностранными инвесторами.

Понятие иностранного инвестора. В части понятия иностранного инвестора Закон № 57-ФЗ отсылает к определению, содержащемуся в Законе об иностранных инвестициях. Как указывалось ранее, под таковым понимается фактически любое иностранное лицо.

По общему правилу Закон № 57-ФЗ не делает различий между иностранными лицами, подконтрольными российским гражданам или юридическим лицам, и «настоящими» иностранными инвесторами. Иными словами, даже если в конечном итоге контроль в отношении стратегического общества приобретает российскими лицами (через цепочку контролируемых ими иностранных лиц), процедуры контроля, установленные Законом № 57-ФЗ, все равно подлежат применению.

Более того, Закон № 57-ФЗ вводит для своих целей особое правило о том, что к числу иностранных инвесторов относятся также

российские юридические лица, находящиеся под контролем иностранных лиц (ч. 2 ст. 3). То есть требования Закона № 57-ФЗ распространяются также на российские юридические лица, прямо или косвенно контролируемые иностранными лицами.

В Законе № 57-ФЗ предусмотрено, что он не распространяется на ряд отношений с участием иностранных инвесторов:

- если обе стороны сделки (то есть как лицо, приобретающее контроль в отношении стратегического общества, так и лицо, передающее этот контроль) контролируются Российской Федерацией¹⁶ и (или) российскими гражданами, являющимися налоговыми резидентами России и не имеющими двойного гражданства (ч. 9 ст. 2 Закона № 57-ФЗ);
- если предметом сделки являются акции (доли) стратегического общества, осуществляющего пользование участками недр федерального значения, и доля (вклад) Российской Федерации в его уставном капитале до и после сделки (прямо или косвенно) превышает 50 % (ч. 7 ст. 2 Закона № 57-ФЗ);
- если иностранным инвестором является международная организация из перечня, утвержденного Правительством РФ¹⁷, включая такие международные финансовые институты, как Международная финансовая корпорация, Европейский банк реконструкции и развития и ряд других (ч. 3 ст. 2 Закона № 57-ФЗ);
- если сделка совершается иностранными лицами, которые входят в одну группу лиц и между которыми существуют отношения контроля (ч. 4 ст. 4 Закона № 57-ФЗ); данное исключение не применяется к сделкам в отношении стратегических обществ, осуществляющих пользование участками недр федерального значения.

На практике возникли сложности с толкованием норм Закона № 57-ФЗ, касающихся приобретения контроля в отношении стратегического общества со стороны российских лиц, в группу лиц которых входят иностранные инвесторы. Поводом для споров стала формулировка ст. 1 Закона № 57-ФЗ, описывающая его цели следующим образом: «...устанавливаются изъятия ограничительного характера для иностранных инвесторов и для группы лиц, в которую входит

¹⁶ Подразумевается, что данное исключение не применяется, если соответствующая сторона сделки контролируется субъектом РФ или муниципальным образованием.

¹⁷ См. распоряжение Правительства РФ от 03.02.2012 № 119-р.

иностранный инвестор...». Исходя из этой формулировки, можно сделать вывод о том, что под контроль подпадают не только сделки, совершаемые иностранными инвесторами, но и сделки с участием российских лиц, в группу лиц которых входят иностранные инвесторы. Приведенная позиция нашла поддержку судов в одном из немногочисленных споров, касающихся применения Закона № 57-ФЗ¹⁸.

Однако данное толкование, на мой взгляд, является излишне широким. Исходя из смысла ограничений, установленных Законом № 57-ФЗ, можно заключить, что законодатель требует согласовывать лишь сделки, совершаемые или одним иностранным лицом, или несколькими иностранными лицами, входящими в одну группу лиц. Представляется необоснованным требовать согласования в ситуации, когда иностранный инвестор не приобретает каких-либо прав в отношении стратегического общества, то есть просто в силу факта его нахождения в группе лиц российского лица. При таком толковании для подавляющего большинства сделок, осуществляющихся в России, требовалось бы согласование по Закону № 57-ФЗ (включая сделки, совершаемые контролируруемыми государством компаниями, такими как ПАО «Газпром», ПАО «Сбербанк», ОАО «РЖД» и др.). Понятно, что не в этом состояли цели законодателя, когда принимался Закон № 57-ФЗ.

Отдельно следует сказать о такой группе иностранных инвесторов, которых можно условно назвать «суверенными инвесторами». К ним относятся:

- иностранные государства;
- международные организации (кроме входящих в перечень, установленный Правительством РФ);
- организации, контролируемые иностранными государствами или международными организациями (то есть суверенные фонды, корпорации развития и проч.).

К суверенным инвесторам применяются более строгие правила, чем в отношении «обычных» иностранных инвесторов. В частности, ч. 2 ст. 2 Закона № 57-ФЗ предусмотрен запрет на приобретение суверенными инвесторами контроля в отношении стратегических обществ (причем это единственный запрет, установленный данным Законом).

¹⁸ См.: решения судов различных инстанций по серии дел, связанных с направлением ООО «КОРЕС ИНВЕСТ» обязательного предложения в отношении акций ОАО «ТГК-2»: дела № А40-59081/09-83-445, А40-69515/09-104-320, А82-18351/2009-21. См. также: [28].

Основания для государственного контроля в отношении иностранных инвесторов, осуществляющих инвестиции в российские хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение. Как указывалось ранее, Закон № 57-ФЗ вводит особый порядок государственного контроля в отношении иностранных инвесторов, осуществляющих инвестиции в российские общества, имеющие стратегическое значение. В общем виде данный контроль заключается в процедуре получения предварительного согласования Правительственной комиссии по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации, возглавляемой Председателем Правительства РФ (постановление Правительства РФ от 06.07.2008 № 510 «О Правительственной комиссии по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации»).

Предварительного согласования требует приобретение иностранным инвестором контроля в отношении стратегического общества. Под контролем понимается следующее:

- приобретение пакета акций (долей), превышающего 50 % от общего числа голосующих акций (долей) стратегического общества (*de jure* контроль);
- приобретение пакета акций (долей), составляющего менее 50 % от общего числа голосующих акций (долей), однако дающего возможность фактически определять решения общества в силу распыленности пакетов акций других акционеров (участников) (*de facto* контроль);
- получение возможности осуществлять функции единоличного исполнительного органа, включая полномочия управляющей компании или управляющего;
- получение возможности назначать единоличный исполнительный орган и (или) более 50 % состава коллегиальных органов управления общества (совета директоров (наблюдательного совета), коллегиального исполнительного органа);
- получение возможности определять решения общества иным образом.

Итак, контроль может быть приобретен за счет получения возможности определять решения общества на любом уровне корпоративного управления: на уровне общего собрания акционеров (участников), на уровне совета директоров (наблюдательного совета), а также на уровне исполнительных органов. Также контроль в отношении стратегического общества может быть приобретен как непосредственно (прямой контроль), так и опосредованно (через подконтрольных третьих лиц).

От контроля следует отличать возможность блокирования решений общества, то есть право непосредственно или через подконтрольных третьих лиц препятствовать принятию решений органами управления стратегического общества. По общему правилу приобретение блокирующих прав не требует согласования с Правительственной комиссией.

В Законе № 57-ФЗ содержатся особые правила, применяемые к инвестициям со стороны суверенных инвесторов. Как уже отмечалось, им запрещено приобретать контроль в отношении стратегических обществ (то есть прямо или косвенно приобретать более 50 % голосующих акций (долей) или получать иную возможность определять решения стратегического общества). В то же время сделки, направленные на приобретение прямо или косвенно блокирующего пакета акций (долей) стратегического общества [то есть пакета от 25% до 50 % голосующих акций (долей)] или иных блокирующих прав, требуют предварительного согласия Правительственной комиссии, если они совершаются суверенными инвесторами. Если бы такие сделки совершались «обычными» инвесторами, согласование не требовалось.

Кроме того, Закон об иностранных инвестициях вводит правило о том, что сделки по приобретению блокирующего пакета акций (долей) или иных блокирующих прав в отношении любого российского хозяйственного общества (то есть не обязательно стратегического) со стороны суверенных инвесторов подлежат предварительному согласованию с Правительственной комиссией (ч. 4 ст. 6 Закона). Поскольку Закон об иностранных инвестициях не распространяется на отношения, связанные с вложением иностранного капитала в кредитные и страховые организации (п. 2 ст. 1), указанное требование ч. 4 ст. 6 Закона не применяется к получению суверенными инвесторами блокирующих прав в отношении российских кредитных и страховых организаций.

В дополнение к обязанности получать предварительное согласование Правительственной комиссии Закон № 57-ФЗ устанавливает требование о получении последующего согласования (в случае, предусмотренном ч. 5 ст. 8), а также требование о направлении уведомления о приобретении 5 % и более голосующих акций (долей) стратегического общества (ст. 14 Закона № 57-ФЗ).

Особенности государственного контроля в отношении стратегических обществ, осуществляющих пользование участками недр федерального значения. В Законе № 57-ФЗ предусмотрены существенные особенности государственного контроля за иностранными инвестициями в российские стратегические общества, которые осуществляют геологическое изучение недр и (или) разведку и добычу полезных ископаемых на участках недр федерального значения. Основания для отнесения тех или иных

участков недр к недрам федерального значения установлены законодательством о недропользовании (см., в частности, ст. 2¹ Закона РФ от 21.02.1992 № 2395-1 «О недрах», а также Перечень участков недр федерального значения, публикуемый Федеральным агентством по недропользованию).

Российский законодатель, по всей видимости, посчитал, что стратегические общества в сфере недропользования являются наиболее важными с точки зрения безопасности государства, поскольку согласно ч. 1 ст. 9 Конституции РФ земля и другие природные ресурсы используются и охраняются в РФ как основа жизни и деятельности народов, проживающих на соответствующей территории.

Законом № 57-ФЗ установлены пониженные пороги для получения предварительного согласования Правительственной комиссии в отношении иностранных инвестиций в стратегические общества в сфере недропользования.

В частности, для этих целей введено особое понятие контроля, включающее следующие возможности:

- право прямо или косвенно распоряжаться 25 % и более голосующих акций (долей) стратегического общества в сфере недропользования;
- возможность осуществлять функции единоличного исполнительного органа, включая полномочия управляющей компании или управляющего;
- получение возможности назначать единоличный исполнительный орган и (или) 25 % и более состава коллегиальных органов управления общества (совета директоров (наблюдательного совета), коллегиального исполнительного органа);
- получение возможности определять решения общества иным образом.

Исходя из этого, в отличие от сделок в отношении «обычных» стратегических обществ, иностранному инвестору потребуется предварительное согласование уже на приобретение (прямо или косвенно) 25 % и более голосующих акций (долей) стратегического общества в сфере недропользования. В дополнение к этому (и опять же в отличие от норм, применимых к «обычным» стратегическим обществам) иностранный инвестор обязан получать предварительное согласование Правительственной комиссии всякий раз, когда он приобретает (прямо или косвенно) дополнительные акции (доли) стратегического общества в сфере недропользования сверх установленного Законом № 57-ФЗ порога в размере 25 % голосующих акций (долей).

Применительно к суверенным инвесторам правила еще более строгие. Во-первых, поскольку им в принципе запрещено приобретение контроля в отношении стратегических обществ, они не могут приобрести (прямо или косвенно) 25 % и более голосующих акций (долей) стратегического общества в сфере недропользования. Во-вторых, предварительного согласования требует первоначальное и каждое последующее (прямое или косвенное) приобретение суверенными инвесторами акций (долей) сверх порога в размере 5 % голосующих акций (долей) стратегического общества в сфере недропользования.

Законом № 57-ФЗ (п. 3 ч. 1 ст. 7) установлено исключение из указанных правил о согласовании сделок в отношении стратегических обществ в сфере недропользования. Это исключение применяется к такому прямому приобретению акций (долей), в результате которого доля участия иностранного инвестора в уставном капитале стратегического общества в сфере недропользования не увеличивается. В качестве примера можно привести приобретение дополнительных акций акционерного общества в результате пропорционального увеличения уставного капитала среди действующих акционеров (то есть такого, при котором все акционеры получают равное количество дополнительных акций и соотношение голосов у них остается неизменным). Данное исключение применяется только в отношении стратегических обществ в сфере недропользования, то есть оно неприменимо к подобным сделкам в отношении «обычных» стратегических обществ.

Процедура получения предварительного согласования в соответствии с Законом № 57-ФЗ. Процедура получения иностранными инвесторами предварительного согласования Правительственной комиссии закреплена в ст. 8-13 Закона № 57-ФЗ и детализирована в подзаконных нормативных актах¹⁹. Основным

¹⁹ Постановление Правительства РФ от 17.10.2009 № 838 «Об утверждении Правил осуществления предварительного согласования сделок и согласования установления контроля иностранных инвесторов или группы лиц, в которую входит иностранный инвестор, над хозяйственными обществами, имеющими стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства»; также см. приказ ФАС России от 18.08.2011 № 597 «Об утверждении административного регламента Федеральной антимонопольной службы по предоставлению государственной услуги по рассмотрению ходатайств о предварительном согласовании сделок и (или) установлении контроля иностранного инвестора или группы лиц над хозяйственными обществами, имеющими стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства»)

элементом является то, что решение о согласовании принимает Правительственная комиссия, а материалы для ее рассмотрения готовит и с заявителями взаимодействует уполномоченный орган государственной власти – ФАС России (постановление Правительства РФ от 30.06.2004 № 331 «Об утверждении Положения о Федеральной антимонопольной службе»).

Иностранный инвестор, намеревающийся совершить сделку, которая требует предварительного согласования в соответствии с Законом № 57-ФЗ, должен направить ходатайство в ФАС России. В состав ходатайства входят документы в определенной форме, в первую очередь описывающие предмет сделки, а также содержащие сведения о сторонах сделки, их контролирующих лицах и бенефициарах, группах лиц, видах деятельности и т.д.

ФАС России проводит экспертизу поданного ходатайства, включая то обстоятельство, требует ли заявленная сделка предварительного согласования с Правительственной комиссией. Если ходатайство является неполным (то есть содержит не весь набор обязательных документов), ФАС России направляет запрос дополнительной информации. После того как ходатайство полностью сформировано, ФАС России направляет его для рассмотрения в федеральный орган исполнительной власти в области обороны (Министерство обороны РФ) и в федеральный орган исполнительной власти в области безопасности (ФСБ России). По результатам рассмотрения ходатайства данные органы выносят заключение о том, несет ли заявленная сделка угрозу обороне и безопасности России. Если сделка совершается в отношении стратегического общества, осуществляющего работу со сведениями, составляющими государственную тайну, в процессе рассмотрения также принимает участие межведомственная комиссия по защите государственной тайны.

После того как все соответствующие органы сформируют свое мнение в отношении заявленного ходатайства, оно направляется для принятия окончательного решения в Правительственную комиссию. Она может принять одно из следующих решений: согласовать сделку без выставления условий, согласовать сделку с выставлением условий или отказать в согласовании сделки. При этом Закон № 57-ФЗ не устанавливает критериев, по которым Правительственная комиссия должна делать выбор между этими решениями, в связи с чем у нее имеется полная дискреция в том, какими соображениями руководствоваться при принятии решения (экономическими, социальными или иными).

Принятое Правительственной комиссией решение доводится до сведения заявителя ФАС России. Если решение подразумевает выполнение иностранным инвестором определенных условий, с ним подписывается соответствующее соглашение. Если заявитель не

согласен с данными условиями, ФАС России оформляет решение об отказе в согласовании сделки.

Последствия нарушения требований о предварительном согласовании в отношении стратегического общества. Если приобретение контроля в отношении стратегического общества требовало предварительного согласования Правительственной комиссии, и хотя оно не было получено, контроль иностранным инвестором был, тем не менее, приобретен, наступают определенные негативные последствия.

Прежде всего, это последствия гражданско-правового характера. Согласно ст. 15 Закона № 57-ФЗ сделки, совершенные в нарушение требования о предварительном согласовании, являются ничтожными. Подразумевается, что основным последствием ничтожности сделок является двусторонняя реституция. Однако зачастую возникают препятствия для ее применения. В частности, на практике большинство сделок, вследствие которых приобретается контроль в отношении стратегических обществ, совершается за пределами России. Требования Закона № 57-ФЗ распространяются на такие сделки в силу ч. 5 ст. 2. Однако с учетом весьма ограниченных возможностей по приведению в исполнение решений российских судов в других странах приведение сторон сделки в первоначальное положение представляется затруднительным.

С учетом этого Законом № 57-ФЗ установлено особое последствие, которое российский суд может применить, если двусторонняя реституция будет юридически или фактически невозможна. Таким последствием является лишение иностранного инвестора, получившего контроль в отношении стратегического общества, возможности фактически контролировать деятельность общества путем лишения в судебном порядке права голоса по акциям (долям), косвенно принадлежащим этому иностранному инвестору. Данное последствие, закрепленное в ч. 2 ст. 15 Закона № 57-ФЗ, получило неоднозначную оценку в правовой литературе [29]. В то же время, если не принимать в расчет имеющиеся дефекты юридической техники, эта норма представляется работоспособной и справедливой.

В дополнение к последствиям недействительности сделки, совершенной в нарушение требований о предварительном согласовании с Правительственной комиссией, в ч. 3 ст. 15 Закона № 57-ФЗ предусмотрена возможность признавать недействительными решения общего собрания акционеров (участников) и иных органов управления стратегического общества, а также сделки, заключенные таким обществом после незаконного установления иностранным инвестором контроля в отношении него. Данные решения/сделки являются оспоримыми (то есть считаются порождающими юридические последствия до тех пор, пока не будут признаны в судебном порядке недействительными).

Кроме того, за нарушение иностранными инвесторами порядка согласования приобретения контроля в отношении стратегических обществ установлена административная ответственность в виде штрафа (ст. 19.8² КоАП РФ). На иностранных инвесторов, являющихся юридическими лицами, может быть наложен штраф в размере от пятисот тысяч до одного миллиона рублей, а на их должностных лиц – от тридцати тысяч до пятидесяти тысяч рублей.

Также административная ответственность в виде штрафа установлена за непредставление иностранным инвестором уведомления о приобретении 5 % и более голосующих акций стратегического общества.

И. ШИТКИНА,
профессор кафедры предпринимательского права
юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова,
управляющий партнер компании «Шиткина и партнеры»,
доктор юридических наук

Библиографический список

1. Кулагин М. И. Государственно-монополистический капитализм и юридическое лицо. – В кн.: Кулагин М. И. Избранные труды по акционерному и торговому праву. 2-е изд. – М.: Статут, 2004.
2. Ожегов С. И. Словарь русского языка. – М., 1978.
3. Большой экономический словарь: 25000 терминов / Под ред. А. Н. Азрилияна. – 7-е изд., доп.: Институт новой экономики, 2010.
4. Ломакин Д. В. Очерки теории акционерного права и практики применения акционерного законодательства. – М.: Статут, 2005.
5. Кулагин М. И. Государственно-монополистический капитализм и юридическое лицо. – М.: Наука, 1987.
6. Анисимов А. В. Сравнительно-правовой анализ форм зависимости хозяйствующих субъектов в Российской Федерации и Федеративной Республике Германия: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2009.
7. Сарбаш С. В. Восстановление корпоративного контроля // Вестник гражданского права. 2008. № 4.
8. Маковская А. А. Восстановление корпоративного контроля в системе способов защиты корпоративных прав // Вестник ВАС РФ. 2009. № 1.
9. Филиппова С. Восстановление корпоративного контроля: общий риск через общего контрагента // Хозяйство и право. 2013. № 4.
10. Кулагин М. И. Предпринимательство и право: опыт Запада. – М., 1992.

11. Шиткина И. Правовое регулирование экономической зависимости // Хозяйство и право. 2010. № 8.
12. Шиткина И. Вопросы корпоративного права в проекте федерального закона о внесении изменений в Гражданский кодекс РФ // Хозяйство и право. 2012. № 6.
13. Тотьев К. Ю. Конкурентное право. Правовое регулирование конкуренции. – М., 2000.
14. Бойко Т. Использование понятия «группа лиц» при определении понятия «аффилированные лица» // Корпоративный юрист. 2008. № 2.
15. Тотьев К. Новое в российском законодательстве: аффилированные лица // Хозяйство и право. 1999. № 1.
16. Тотьев К. Ю. Легитимация субъектов предпринимательской деятельности // Законность. 2002. № 12.
17. Ткачев А., Богомолов Ю. Понятие «группа лиц» // Журнал для акционеров. 2000. № 4.
18. Паращук С. А. Конкурентное право. – М., 2002.
19. Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции» / Отв. ред. И. Ю. Артемьев. – М.: Статут, 2015.
20. Белов В. Группа лиц по новому конкурентному законодательству // Корпоративный юрист. 2006. № 8.
21. Паншенский И. Определение группы лиц по Закону о защите конкуренции // Корпоративный юрист. 2007. № 7.
22. Клейн Н. И. Рассмотрение дел, связанных с обжалованием решений (предписаний) налоговых органов // Комментарий судебно-арбитражной практики. – М., 1997.
23. Хохлов Е. Последние изменения законодательства в сфере контроля за экономической концентрацией // Корпоративный юрист. 2009. № 12.
24. Каминка А. И. Очерки торгового права. – СПб., 1912.
25. Асосков А. В. Правовые формы участия юридических лиц в международном коммерческом обороте. – М., 2003.
26. Гражданско-правовые проблемы ограничения иностранного участия в российских корпорациях – хозяйственных обществах, имеющих стратегическое значение // Корпоративное право. Актуальные проблемы теории и практики / Под общ. ред. В. А. Белова. – М., 2009 (авторы – С. А. Бабкин и В. А. Белов).
27. Дьяченко Е. Б. Контроль за корпорациями: доктрина и практика. – М., 2013.
28. Столярский А., Самойлов Е. Использование закона о стратегических отраслях в корпоративных спорах // Корпоративный юрист. 2010. № 10.
29. Жильцов А. Н., Корабельников Б. Р. Режим «стратегических инвестиций»: новеллы или коллизии // Вестник гражданского права. 2009. № 4.

