



Ирина Сергеевна Шиткина родилась 3 апреля 1965 г.

В 1987 г. с отличием окончила юридический факультет МГУ им. М.В. Ломоносова. В 1998 г. в качестве соискателя кафедры предпринимательского права защитила кандидатскую диссертацию на тему «Правовое регулирование деятельности акционерных обществ локальными (внутренними) документами».

В 2006 г. защитила докторскую диссертацию на тему «Правовое регулирование организации и деятельности холдинга как формы предпринимательского объединения».

С 2001 г. преподает на кафедре предпринимательского права дисциплины предпринимательского и корпоративного права, является руководителем программы магистратуры «Корпоративное право» юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова. Приглашенный профессор Стокгольмской школы экономики. Автор и ведущий консультационно-практических семинаров для практикующих специалистов.

Независимый директор ПАО «ТрансКонтейнер», председатель Совета директоров ОАО «Холдинговая компания «Элинар» и ряда других российских и транснациональных компаний. В 2013 г. удостоена награды Росимущества и Ассоциации независимых директоров «Лучший независимый директор года».

Первый заместитель председателя Арбитражного учреждения при Союзе «Торгово-промышленная палата Московской области».

Автор более 130 публикаций по проблемам корпоративного и предпринимательского права, среди которых монографии, учебники, статьи, в признанных профессиональных изданиях.

Опубликовано в журнале «Вестник Арбитражного суда Московского округа» №4, 2016

Ирина Сергеевна ШИТКИНА,

Профессор кафедры предпринимательского права МГУ им. М.В. Ломоносова, управляющий партнер компании «Шиткина и партнеры», доктор юридических наук

МЕЖОТРАСЛЕВАЯ УНИФИКАЦИЯ ПОНЯТИЙ, ОБОЗНАЧАЮЩИХ ИХ ЭКОНОМИЧЕСКУЮ ЗАВИСИМОСТЬ, ВОВСЕ НЕ ОБЯЗАТЕЛЬНА

— **Ирина Сергеевна, современные экономические реалии заставляют законодателя учитывать интеграцию хозяйствующих субъектов, их экономическую зависимость. Одной из центральных категорий в этом аспекте сегодня является аффилированность. Какова ее роль в современном праве?**

— Начнем с того, что экономическая зависимость является предметом регулирования различных отраслей отечественного законодательства. По общему правилу гражданской правоспособностью в российском правовом порядке обладают юридические лица и граждане. При этом и те, и другие в ряде случаев имеют целью заниматься согласованной деятельностью, координировать свои действия, создавать объединения, что ставит перед законодателем задачу урегулировать такое экономическое взаимодействие субъектов в целях обеспечения защиты слабой стороны, защиты государственных интересов, а также соблюдения баланса интересов всех участников соответствующих отношений. Для того чтобы связанные отношениями экономической зависимости субъекты не злоупотребляли своим положением и возможностями, чтобы контролирующие лица, как писал М.И. Кулагин, не «скрывались за фасадом» другого юридического лица, законодатель и устанавливает особенности регулирования экономической зависимости субъектов предпринимательской деятельности в различных отраслях законодательства. Каждая отрасль имеет свои задачи, цели, методы регулирования и, как правило, свой собственный понятийный аппарат.

Вообще, понятие «экономическая зависимость», с которого мы начали разговор, не имеет легального определения. В значительной степени оно является полиотраслевым, причем в каждой сфере правового регулирования используется своя категория, которая означает экономическую зависимость. В корпоративном праве это — аффилированность. Она, как и категории основного и дочернего общества, используется для того, чтобы защитить слабую сторону, в первую очередь миноритарных акционеров, инвесторов, кредиторов экономически подчиненного субъекта.

— **Известно, что механизм снятия корпоративных покровов (привлечения к ответственности основного общества по обязательствам дочернего) в российском правовом порядке долгое время не работал — я имею в виду прежде всего мертвую ст. 105 ГК РФ. Удалось ли в ходе реформы ГК РФ сделать его более эффективным?**

— В ходе реформы ст. 105, как и ст. 106, где говорилось об экономической зависимости, утратили силу. Но на смену им пришла ст. 67.3, которая в части определения дочерности практически повторяет ст. 105. Правда, есть некоторые изменения в правовых последствиях установления дочерности — основаниях привлечения основного общества к ответственности по обязательствам дочерного. Закон, как и ранее, знает два случая, когда можно это сделать: кредиторы могут предъявлять такие иски, если, во-первых, дочернее общество совершило сделку по указанию или с согласия основного общества и, во-вторых, если виновными действиями основного общества вызвано банкротство дочерного. И здесь мало что изменилось в настоящий момент.

Вообще, ст. 67.3 ГК РФ постигла интересная судьба: когда она появилась в Кодексе, в ней было написано, что основное общество отвечает по обязательствам дочерного в случае, если последнее действовало во исполнение указаний или с согласия основного. И всё. Такова была первоначальная формулировка этой нормы. И конечно, в предпринимательском и академическом сообществах начались очень серьезные дискуссии по поводу целесообразности такой широкой трактовки оснований привлечения к ответственности основного общества. Потому что при таком подходе фундаментальный принцип ограничения ответственности участников юридического лица по обязательствам этого лица существенно нарушался.

— То есть игнорировалась так называемая имущественная обособленность.

— Совершенно верно. Поэтому, когда говорят, что ст. 105 ГК РФ не применялась активно, сразу возникает вопрос: плохо ли это? Не факт! Ведь на самом деле применение ст. 105, а теперь ст. 67.3 — это исключение из общего правила. Для этого должны быть особые случаи злоупотребления «оболочкой» юридического лица. Свободное снятие корпоративного покровы будет несоразмерным риском для предпринимательской деятельности.

Надо сказать, что конструкция юридического лица с его имущественной обособленностью и ограниченной ответственностью — это одно из значительных достижений юридической мысли. Соответственно, правило, что ст. 67.3 в редакции Федерального закона от 05.05.2014 № 99-ФЗ подлежала применению при любой форме согласия основного общества, породило множество дискуссий. В итоге статья просуществовала в таком виде очень недолго: 29 июня 2015 г. Федеральный закон № 210-ФЗ внес в нее изменения, согласно которым основное общество привлекается к солидарной ответственности по обязательствам дочерного при совершении последним сделок во исполнение его указаний и при его согласии, за исключением случаев, когда основное общество голосовало по вопросу об одобрении сделки на общем собрании участников дочерного общества или одобрило сделку своим органом управления, если необходимость такого одобрения предусмотрена уставом дочерного и (или) основного общества. То есть если основное общество одобрило сделку на общем собрании участников дочерного общества либо согласовало ее решением своего совета директоров или правления, то оно не привлекается к ответственности.

Законодатель прибег к своего рода юридической хитрости: не отменяя норму Гражданского кодекса, он настолько сузил ее применение, что сейчас привлечение основного общества к ответственности при выдаче согласия на совершение сделки дочерним обществом практически заблокировано. Ведь согласиться со сделкой дочерного общества иначе, чем приняв решение своими органами или

проголосовав на общем собрании участников дочернего общества, основное общество не может — других инструментов у него просто нет. И поэтому, по сути, единственным основанием привлечения к ответственности по сделкам, совершенным дочерним обществом, сегодня являются указания основного общества на совершение сделок на определенных условиях. В законе написано — «указание», и именно вокруг этого понятия идут споры в судах. Что считать указанием, помимо явно выраженной в письменной форме позиции основного общества?

В принципе, и при текущем регулировании крайне сложно привлечь основное общество к ответственности по сделкам, совершенным дочерним, если последнее не находится в состоянии банкротства. Но это, может быть, и неплохо, потому что среди специалистов в области корпоративного права встречается мнение, что норму о привлечении к солидарной ответственности по сделкам дочернего общества, совершенным в текущей деятельности, вообще надо исключить, поскольку такое привлечение к ответственности не требует доказательства вины. Другие считают, что норму о солидарной ответственности надо в таком виде, как сейчас, оставить. Мое мнение следующее: норма может остаться в существующем виде, но применять ее следует с осторожностью — только в том случае, когда в действиях основного общества есть злоупотребление «оболочкой» созданного им юридического лица, если оно создано основным обществом специально, например, для уклонения от ответственности, т.е. когда основное общество хочет уйти от ответственности, переложив ее на дочернее общество. В этом случае реально могут пострадать права и интересы акционеров и кредиторов дочернего общества, и для их защиты корпоративный покров с основного общества может быть снят. А при банкротстве дочернего общества действуют уже другие, специальные правила.

- Там есть возможность привлечения к субсидиарной ответственности по ст. 10 Закона о банкротстве¹

- Да, в дополнение к общим правилам, установленным в ст. 67.3 ГК РФ, согласно которым ответственность основного общества при банкротстве дочернего наступает только при наличии вины, ст. 10 Закона о банкротстве расширяет перечень субъектов, которых можно привлечь к субсидиарной ответственности. К их числу относится любое контролирующее должника лицо.

Если же возвратиться к Вашему вопросу по поводу учета экономического контроля в гражданском законодательстве, то у законодателей была на самом деле хорошая идея — не только установить ответственность основного общества (товарищества) по обязательствам дочернего, но и распространить эту модель регулирования на ответственность любого контролирующего юридического и даже физического лица за подконтрольное лицо. Почему? Потому что юридические лица любых организационно - правовых форм и физические лица также имеют экономическую власть над подконтрольными субъектами, но, в отличие от хозяйственных обществ и товариществ, для которых действует теперь ст. 67.3, а раньше ст. 105, ответственности за такую власть не несут. Возьмем, например, госкорпорации Росатом, Ростех: у них большое количество подконтрольных юридических лиц. Унитарные предприятия также могут иметь подконтрольные юридические лица. Но по формальным критериям отношения с этими лицами не подпадают под регулирование ст. 67.3, а раньше никогда не подпадали под ст. 105. И по этой причине разработчики проекта изменений в ГК говорили о том, что

надо ввести в Кодекс широкое понятие «контролирующее лицо», включающее не только хозяйственное общество (товарищество), но и юридические лица других организационно-правовых форм и физические лица. Как Вы понимаете, бизнес был категорически против таких решений, потому что они влекли за собой необходимость раскрытия информации о контроле, к тому же вводились для целей привлечения к ответственности — т.е. для того, чтобы при формировании воли лица переложить ответственность на того, кто эту волю реально сформировал. Долгое время эта тема обсуждалась даже на уровне Администрации Президента РФ, рабочих групп при Председателе Правительства. И после неоднократных обсуждений, в том числе для обеспечения движения проекта ГК, решили такое широкое понятие, как «контролирующее лицо», в Гражданский кодекс не вводить. Поэтому сейчас в данной сфере мы имеем только одну статью и регулирование последствий установления экономического контроля только в отношении основного хозяйственного общества (товарищества) и дочернего общества. Соответственно, можно заключить, что механизм привлечения к имущественной ответственности контролирующих лиц после реформирования Гражданского кодекса обогатился незначительно.

Если же говорить о новеллах корпоративного законодательства в сфере регулирования экономической зависимости, то необходимо как раз сказать о появлении в ст. 53.2 ГК понятия «аффилированность». У этой статьи тоже очень непростая судьба, и здесь мы также можем наблюдать несоответствие усилий, затраченных на разработку положений об аффилированности, полученному результату. А получили мы лапидарное определение аффилированности как отношений связанности и отсылку к другому закону, и всё. А ведь появлению этой нормы предшествовали значительная работа и дискуссии.

— Ну, это известная история.

— Да. Сейчас ее надо оставить в прошлом — это неважно. Важно то, что была такая идея — прописать в Гражданском кодексе понятие аффилированных лиц по отношению ко всем возможным субъектам. Думалось, что в этом будет определенное удобство. Но Совет по кодификации был против введения аффилированности в Гражданский кодекс.

На самом деле это вопрос очень неоднозначный. Есть ряд стран, в которых этот вопрос действительно решен на уровне кодексов и торговых уложений (например, взять понятие «связанных предприятий» и концернов в Германии), — просто у каждой страны своя традиция регулирования. И с моей точки зрения, конечно, было бы удобно, чтобы аффилированность определялась в одном нормативном акте, даже неважно, в каком — в Гражданском кодексе или в специальном законе. Но получилось так, что сторонники академического подхода, возражающие против включения аффилированности в Гражданский кодекс, невольно объединились в этом с предпринимательским сообществом, которое тоже старалось всеми силами исключить эту норму из проекта ГК. Та обсуждаемая редакция, которая была включена в проект, давала определение аффилированности как взаимной связанности, а не одностороннего влияния, как это было в законодательстве, — это первое. Второе — предполагалось, что наряду с перечисленными в законе критериями аффилированности суд мог по своему усмотрению исключать аффилированность даже при наличии формальных оснований к этому или, наоборот, устанавливать аффилированность тогда, когда формальные критерии отсутствуют.

— То есть перечень критериев был открытым.

— По сути получалось так. Что имелось в виду? Например, есть формальный критерий аффилированности — родственные отношения. Допустим, муж и жена хоть и официально не развелись, однако давно не проживают совместно, общего хозяйства не ведут, контактов не поддерживают. Но согласно закону, они все равно аффилированные лица. Исходя из обстоятельств дела, суд мог установить, что в таком случае не надо получать согласие второго супруга, например, для согласования сделки с заинтересованностью, потому что муж с женой не влияют на формирование воли друг друга в процессе осуществления предпринимательской деятельности. И предприниматели с правом суда исключать аффилированность были вполне согласны. А вот возможность суда устанавливать аффилированность их существенным образом взволновала. Возникли существенные разногласия между законодателями и предпринимательским сообществом. Бизнес был категорически против таких новелл, ссылаясь на излишнюю свободу судебного усмотрения, а в сущности, выражал недоверие российской судебной системе. У нас как-то принято ругать закон и судей. Зачем, мол, давать нашим судьям такую свободу усмотрения, чтобы они могли устанавливать аффилированность на пустом месте и признавать сделки недействительными в случае, если эта аффилированность, с их точки зрения, возникла?

Лично я категорически против недоверия судам. Мне тогда показалось, что это была довольно конъюнктурная позиция. Я часто защищаю интересы бизнеса, уважаю предпринимателей и оказываю им правовую поддержку, но, к сожалению, и в бизнесе тоже не все и не всегда придерживаются высоких этических стандартов. Поэтому нельзя исходить из недоверия судам и только поэтому закреплять формальные критерии, чтобы бизнес искал пути обхода закона, воспринимал бы закон как пособие по уклонению от соблюдения содержащихся в нем требований. Например, если аффилированным лицом в законодательстве признается родной брат, то заключаю-ка я сделку с двоюродным. Помню, как на одном из заседаний Национального совета по корпоративному управлению при РСПП кто-то из бизнес-сообщества сказал, что в случае закрепления открытого перечня критериев аффилированности суд может признать аффилированным, скажем, даже соседа. А я знаю пример из американской судебной практики, когда аффилированными были признаны два друга, которые когда-то вместе учились и жили в одном кампусе. Но аффилированность там была установлена не поэтому, а потому, что они вели совместный бизнес и, имея длительные дружеские связи, влияли на формирование бизнес-позиции друг друга. Этот пример, конечно, гипертрофированный и неприменимый для российской практики, но он показывает, что в зарубежной практике аффилированность, действительно, рассматривается как *фактическая возможность одного лица влиять на другое лицо и формировать его волю*. Вот что такое аффилированность. Так что обойтись только формальным перечнем критериев нельзя. Другой вопрос, что и у судебного усмотрения должны быть некие границы. И это всегда очень сложный вопрос — найти баланс между публичными и бизнес-интересами, принципами справедливости, равноправия и судебным усмотрением.

— В итоге законодатель все-таки отказался от судебного усмотрения. К чему это привело на практике?

— Я не могу назвать большое количество примеров из практики, потому что их пока просто нет. Но об остроте вопроса свидетельствует хотя бы то, что с 1 января 2017 г. понятие аффилированности больше не применяется в институте сделок с заинтересованностью.² С одной стороны, это бесспорно плюс для бизнеса, потому что широчайшее понятие аффилированности вследствие включения в него участников группы лиц приводило к тому, что перечень аффилированных лиц для

сделок с заинтересованностью мог быть бесконечным: конструкция закона была такова, что не только стороны сделки, но и их аффилированные лица, а также родственники аффилированных лиц должны были учитываться для цели квалификации сделки с заинтересованностью. И каждая компания выбирала для себя режим какой-то допустимой достаточности в определении аффилированных лиц для совершения сделок с заинтересованностью. Например, считала аффилированными только входящих в группу юридических лиц или также и физических лиц, но только в первом колене родства. Поэтому повторяю: с одной стороны, исключение применения аффилированности для сделок с заинтересованностью — это плюс.

С другой стороны, вместо широкого понятия аффилированности для целей квалификации сделок с заинтересованностью законодатель ввел понятие «контролирующее лицо». И это было бы неплохо, если бы контролирующее лицо определялось открытым перечнем критериев. Вот примерно так, как в проекте изменений в Гражданский кодекс, о чем я уже говорила. Но что сделал наш законодатель? Поскольку контролирующие лица в Гражданском кодексе не определены, он взял и без купюр, не убрав ни одной запятой, перенес в законы о хозяйственных обществах понятие «контролирующее лицо» из Закона о рынке ценных бумаг.³ Очевидно, что цели и сфера регулирования у этих законов различны. Надо сказать, что в Законе о рынке ценных бумаг понятие «контролирующее лицо» имеет закрытый перечень оснований установления контроля. И там более жесткий контроль — не такой, как в случае с аффилированностью. Например, аффилированность предполагает право распоряжаться 20 и более процентами голосов в уставном капитале, а контролирующие лица имеют право распоряжаться не менее чем 50% голосов. Но опять же не это страшно, а то, что перечень оснований отнесения к контролирующим лицам оказался закрытым. Кроме возможности распоряжаться более 50% голосов в высшем органе управления подконтрольной организации, Закон также говорит о возможности прямо или косвенно (через подконтрольных лиц) назначать (избирать) единоличный исполнительный орган и (или) более 50% состава коллегиального органа управления подконтрольной организации. Далее Закон перечисляет основания возникновения таких прав — в силу участия в подконтрольной организации и (или) на основании договоров доверительного управления имуществом, и (или) простого товарищества, и (или) поручения, и (или) акционерного соглашения, и (или) иного соглашения, предметом которого является осуществление прав, удостоверенных акциями (долями) подконтрольной организации. И хотя перечень договоров является открытым, но отношения экономического контроля ведь могут возникнуть не только из владения долей участия и договоров. Не случайно ГК РФ оставляет открытым перечень оснований установления дочерности, используя формулировку «иным образом определять решения».

Для административных правоотношений закрытый перечень оснований установления контроля, например, на рынке ценных бумаг — это правильное решение, потому что там лица должны совершенно определенно знать, когда и в каком объеме они должны раскрывать информацию о своей деятельности. Банк России как регулятор может привлечь к административной ответственности за недостоверное раскрытие информации об аффилированных лицах, поэтому нельзя подвергать бизнес таким рискам неопределенности. Но для сделок с заинтересованностью использование понятия контролирующего лица с закрытым перечнем оснований следует признать неудачным, с моей точки зрения. Почему?

Потому что, во-первых, те, кто захочет злоупотреблять, всегда найдут способ, как не попасть в этот перечень. Во-вторых, законодатель на уровне Гражданского кодекса уже установил понятие фактического контроля. Он не определил контролирующих лиц, но понятие фактического контроля практически используется в ст. 53.1, где речь идет о возможности привлечения к гражданско-правовой ответственности лиц, определяющих действия юридического лица, в том числе дающих указания членам его органов управления. И это было сделано для того, чтобы хоть как-то учесть то влияние фактически контролирующих лиц, которое оказывается ими на подконтрольных юридических лиц. В ст. 53.1 не идет речи о снятии корпоративных покровов по требованию кредиторов, истцами в этом случае выступает либо само общество, либо его учредители (участники).

То есть законодатель пытается защитить общество и его участников от последствий фактического контроля, устанавливая имущественную ответственность фактически контролирующих лиц. Но в то же время в таком институте, как сделки с заинтересованностью, он, напротив, уходит от допущения возможности фактического контроля и приходит к формализованному определению контроля. Иначе говоря, делает своеобразный шаг назад. Говоря это, я имею в виду не интересы бизнеса, а справедливый баланс в регулировании, который так нужен для правоприменительной практики. Ведь сейчас суды в процессе квалификации сделок с заинтересованностью столкнутся с жесткими критериями такого понятия, как «контролирующее лицо», и, даже если будут ощущать, что в конкретном случае есть явное влияние на формирование воли подконтрольного лица, они не смогут установить эту заинтересованность, потому что критерии установления формальны. Конечно, как обычно говорят, практика найдет выход. Может быть, суды будут расширительно толковать эту норму, хотя я не берусь оценивать, насколько это будет оправданно. Возможно также, что они будут шире подходить к понятию взаимосвязанных сделок, потому что сделкой с заинтересованностью признается как одна, так и несколько взаимосвязанных сделок. Я могу сказать, что в практике, которая сложилась еще до внесения изменения в законы о хозяйственных обществах (об АО и ООО) применительно к институту сделок с заинтересованностью, суды уже шире трактовали аффилированность, потому что, как я говорила ранее, аффилированность включает в себя понятие группы лиц, которое очень легко подвергается расширительному толкованию.

Вообще, в отношении нынешнего регулирования аффилированности вспоминается известный афоризм Виктора Черномырдина: «Хотели как лучше — получилось как всегда». Что я имею в виду? В ГК закрепили аффилированность как взаимную связанность, определяемую в порядке, установленном законом. А Закон РСФСР от 22.03.1991 № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», в котором содержится определение «аффилированные лица», уже справил свой 25-летний юбилей. И что получилось? В норме ст. 4 указанного Закона, на который ссылается ГК, аффилированность — связь односторонняя. Там даже формулировка такая: «аффилированным лицом юридического лица является...», «аффилированным лицом физического лица является...». И это несмотря на то, что ГК называет аффилированность отношениями связанности. И никакого другого закона пока нет. Кроме того, есть еще одна, скажем так, особенность, или метаморфоза, феномена аффилированности, о которой я уже неоднократно говорила. Она заключается в том, что в определении, закрепленном в Законе 1991 г., в качестве одного из критериев аффилированности упомянута принадлежность к одной группе лиц. А группа лиц определяется уже в соответствии с Законом о защите

конкуренции 2006 г.⁴ Вот это все входит в понятие «аффилированность», которое определяется в ГК путем всего лишь отсылки к закону. В результате и правоприменительная практика, и бизнес, и мы все сталкиваемся с тем, что такое понятие аффилированности не отвечает современным требованиям.

— Как исправить ситуацию?

— Скажу свое личное мнение. В том, что действующее законодательство регулирует экономическую зависимость с использованием различных понятий в разных отраслях, наверное, нет ничего страшного. Когда-то мы все думали, и я не исключение, что нужен единый закон о холдингах, чтобы холдинговые отношения регулировались единообразно. Мне казалось, что это будет удобно и для правоприменительной практики, и для правореализационной деятельности в целом. Но когда в проекте изменений в Налоговый кодекс применительно к контролю за трансфертным ценообразованием стало использоваться понятие «аффилированное лицо», я поняла, что распространение одного понятия на все сферы регулирования будет иметь только минусы. Ведь тогда получается, что фискальные органы будут контролировать аффилированных лиц, которые определяются по Закону о защите конкуренции очень широко. А значит, с их стороны появится чрезмерное количество претензий, фискальных исков. Таким образом, правовые средства и понятия, используемые в законе, должны соответствовать целям регулирования, а они применительно к экономической зависимости разные — в корпоративном, антимонопольном, налоговом законодательстве. Для меня стало очевидным, что межотраслевая унификация понятий, обозначающих экономическую зависимость, и правовых последствий ее установления вовсе не обязательна.

Не обязательно даже применять и одинаковый объем одного и того же понятия для различных целей и различных отраслей. Экономическая зависимость ведь проявляется по-разному.

— Получается, используемое в налоговом праве понятие взаимозависимости должно быть уже, чем понятие аффилированности. А понятие группы лиц в сфере антимонопольного законодательства также должно от него отличаться. Законодатель справедливо разводит эти понятия, правильно я понимаю?

— Вот именно. Мечтой налогоплательщика был бы закрытый перечень оснований для признания лиц взаимозависимыми для целей контроля за трансфертным ценообразованием. Однако в Налоговом кодексе имеется положение о том, что суд может установить наличие взаимозависимости по своему усмотрению. Представляется, что в налоговом законодательстве понятие взаимозависимости должно быть более узким и более определенным, чем в корпоративном, потому что там — фискальные цели, сопряженные с определенными рисками, связанными с начислением штрафных санкций за неуплату налогов. А вот с точки зрения гражданско-правовой, или корпоративной, целесообразно использовать понятие «аффилированные лица» как раз с учетом судебного усмотрения. Здесь, наверное, стоило бы на уровне закона привести какой-то примерный перечень оснований, отдав при этом судам право устанавливать связанность с учетом всех фактических обстоятельств, например, для сделок с заинтересованностью. В качестве примера приведу одно известное дело — еще из старой практики, потому что новая пока не сложилась. В этом деле⁵ суд при отсутствии формальных оснований аффилированности признал фактически аффилированными отца и падчерицу. С матерью девочки они состояли в браке, жили одной семьей, и хотя девочка не была

удочерена, но сделка в отношении падчерицы была признана судом сделкой, совершенной с аффилированным лицом. Хотя, повторяюсь, формально для этого не было оснований. При этом еще раз подчеркну: такой гибкий подход к определению аффилированности возможен только в корпоративных отношениях. Резюмирую: в публично-правовой сфере — налоговой, сфере раскрытия информации и т.п. — должен быть определенный и закрытый перечень критериев установления аффилированности и контроля. В корпоративном же законодательстве свобода судебного усмотрения может быть шире. Не надо ставить суд в такие условия, когда судье совершенно очевидно, что есть жизненные обстоятельства, которые явно свидетельствуют о наличии влияния на формирование воли другого лица, но при этом нет формального критерия, позволяющего признать лиц связанными. Я думаю, что это было бы возвратом к так называемому нормативному формализму.

У меня большой опыт практической юриспруденции, и я хорошо помню, что, когда я на заре своей профессиональной карьеры ходила в суды, судьи довольно часто, разводя руками, давали понять: да, конечно, мы понимаем, что это, может быть, и несправедливо, но есть формальная норма закона, которой мы должны следовать. В последние годы этот нормативный формализм уже преодолевается судами, которые нередко принимают решения с учетом всей совокупности обстоятельств, существа отношений, игнорируя формальные и устанавливая фактические критерии контроля в корпоративной сфере. И с моей точки зрения, это правильно, здесь не должно быть возврата к прошлому, как не должно быть недоверия к судам.

— А как быть с понятиями, используемыми в антимонопольном законодательстве?

— Несмотря на антимонопольное происхождение категории «аффилированность» в российском законодательстве, аффилированность в антимонопольном законодательстве никогда не применялась. Там нет ни одной нормативной отсылки к аффилированным лицам. То есть «прописка» у аффилированности антимонопольная, но в реальности она отношения к применению антимонопольного законодательства не имеет. Просто так сложилось, что когда-то это понятие было включено в антимонопольный закон. А вот «группа лиц» — это абсолютно антимонопольное понятие. Законодательство о защите конкуренции имеет целью выявление реальной власти на рынке. Лица, которые входят в состав группы лиц, признаются антимонопольным законодательством одним хозяйствующим субъектом для того, чтобы к ним применять определенные особенности правового регулирования. Например, запреты, установленные для одного из участников группы лиц, распространяются на всех остальных участников группы. Еще один пример: доминирующее положение на рынке считается суммарно — если один участник группы занимает 15% доли на рынке, а другой — 25%, то процент присутствия каждого из них на этом рынке будет 40%, потому что они рассматриваются как единый хозяйствующий субъект. Особенности в отношении группы лиц установлены и в целях контроля за экономической концентрацией. Так, участники группы лиц в случае передачи активов внутри группы могут быть подвержены только последующему, но не предварительному антимонопольному контролю (ст. 31 Закона о защите конкуренции 2006 г.). Есть особенности контроля за экономической концентрацией, если совершается передача имущества внутри группы и более 50% голосов принадлежит передающей или принимающей стороне (п. 1 ч. 1 ст. 9 Закона о защите конкуренции). Такие сделки не подвергаются антимонопольному контролю за экономической концентрацией. Почему? А потому, что законодатель понимает, что группа — это единый хозяйствующий субъект и такая сделка не влияет на конкурентную среду

на рынке. Именно поэтому закон устанавливает особенности в виде освобождения или смягчения контроля за экономической концентрацией при совершении сделок, передаче имущества внутри группы лиц. Внутригруппылице признается незаконной и координация деятельности. При этом предписания, обращенные к одному из участников группы лиц, считаются обращенными к каждому из участников группы, способному устранить указанное в предписании нарушение, совершить (или не совершать) требуемое действие.

Используемое в Законе о защите конкуренции понятие группы лиц — очень широкое. При этом Россия одна из тех стран, где используется закрытый перечень оснований установления группы лиц. Но давайте судить объективно — перечень закрытый, но критерии отнесения к группе лиц — очень широкие за счет включения физических лиц и возможности объединения групп одного лица с группами других лиц при их пересечении. То есть если одно лицо из группы А хотя бы по одному из критериев входит в состав группы Б, то две эти группы становятся одной «большой» группой лиц. Иначе говоря, любое пересечение наращивает группу. И в части физических лиц: широкую трактовку понятию «группа лиц» придает то, что родственники физических лиц также входят в состав группы.

— В отличие от понятия аффилированности, которое содержится в Законе РСФСР 1991 г., где физические лица упоминаются только с одной стороны — как лица, которые могут влиять на другое юридическое или физическое лицо, занимающееся предпринимательской деятельностью, группа лиц основана на двусторонних отношениях связанности. Нет ли в этом законодательного противоречия в том плане, что аффилированность может складываться из опосредованного влияния через другое физическое лицо? Тогда цепочка аффилированности уже будет прервана.

— Вы правы, если рассматривать формулировку Закона 1991 г., предполагающую одностороннее влияние, о чем мы уже говорили. Но в определении аффилированности, данном в ст. 53.2 Гражданского кодекса, заложено понятие связанности. А связанность — это двустороннее влияние. Существующее в законодательстве противоречие преодолевает сложившаяся судебная практика, когда суды рассматривают в качестве аффилированных лиц группу лиц, учитывая не только влияние на физическое лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, но и случаи, когда эти физические лица входят в состав одной группы лиц.

Когда я преподаю эту тему, предлагаю студентам ответить на такой вопрос: является ли муж по отношению к жене аффилированным лицом? Очень редко бывает, когда отвечают правильно и полностью. А ведь это очень интересный вопрос, который открывает нам понимание аффилированности. Совершенно понятно, что муж является по отношению к жене аффилированным лицом, когда жена осуществляет предпринимательскую деятельность (это следует прямо из ст. 4 Закона 1991 г.). Но это не полный ответ. Имеется судебная практика, когда жена и муж также признаются аффилированными лицами по критерию принадлежности к одной группе лиц.

Есть несколько писем федеральных антимонопольных органов, касающихся контроля за экономической концентрацией, в которых рекомендуется включать в состав одной группы родственников (в том числе мужа и жену), когда они входят в состав группы через юридическое лицо, входящее в состав данной группы. Это звучит очень громоздко, хотя сказано правильно. Разъясню. Например, муж имеет свой бизнес: фабрики, заводы, газеты и пароходы. Если у него супруга —

домохозяйка и никак не влияет на этот бизнес, то, по мнению антимонопольных органов, изложенному в письме ФАС⁶ и приказе ФАС⁷ применительно к контролю за экономической концентрацией, такую жену не надо включать в состав группы. Она может повлиять на настроение мужа, но не на его бизнес-решения. А вот если она будет входить в группу через юридическое лицо, входящее в состав группы мужа, тогда ее надо включать в группу. Например, у мужа есть завод. Жена в этом юридическом лице является владельцем 50%-ной доли или генеральным директором. Тогда она может определять решения, влиять на мужа как близкий человек, но не просто в рамках семейного общения, а оказывать влияние именно на принимаемые бизнес-решения.

Поэтому правильный ответ на этот вопрос такой: муж аффилирован по отношению к жене, если жена осуществляет предпринимательскую деятельность как индивидуальный предприниматель, а также если они входят в состав одной группы через юридическое лицо, входящее в состав этой группы.

— Это справедливо только для целей антимонопольного регулирования и защиты конкуренции?

— Нет. Есть примеры, когда суды трактовали аффилированность через принадлежность к группе для целей установления сделок с заинтересованностью, что называется, в прошлой жизни, — до 1 января 2017 г. Но рассматривали ее все равно через группу лиц, т.е. широко трактовали понятие группы.

— После того как понятие аффилированности было заменено в законодательстве о сделках с заинтересованностью на подконтрольность, для каких сфер корпоративного права оно сохраняет свое значение?

— К примеру, для хранения в хозяйственном обществе информации в виде списка аффилированных лиц, которую общество обязано предъявлять по требованию акционеров.

Также можно вспомнить о правилах, предусмотренных при приобретении в публичном акционерном обществе более 30% голосующих акций. Там есть определенные изъятия для лиц, которые являются аффилированными.

— А как насчет банкротства? Там тоже своя специфика, есть арбитражный управляющий — условно говоря, независимое лицо, которое имеет доступ к документам должника и может, так скажем, выяснить определенное обстоятельство, к сведениям о котором в состязательном процессе вы не получите доступ. Должны ли там применяться формализованные критерии или все же должна быть возможность определять взаимозависимость с учетом всех фактических обстоятельств?

— Если говорить о банкротстве, то надо признать, что используемый там институт ответственности контролирующих лиц — если так можно образно выразиться, самый передовой среди всех других институтов, отражающих экономическую связанность. Именно в законодательстве о банкротстве впервые в 2009 г. появилось понятие «контролирующие должника лица». И там, в ст. 2 Закона о банкротстве, есть перечень оснований, в соответствии с которыми

определяется контролирующее лицо, и определяется оно оценочно и достаточно широко.

Когда эта норма только появилась, у меня были сомнения в возможности ее применения в российском правовом порядке. Однако сейчас мы уже видим, что эта статья успешно применяется. В качестве примера можно вспомнить наиболее резонансные кейсы — дело Пугачева (банкротство Межпромбанка) или дело Максимова («Макси-групп»).

Смысл в том, что в законодательстве о банкротстве, по сути, предусмотрен открытый перечень оснований для признания лица контролирующим и способным влиять на волю должника. И здесь достаточно высокая степень судебного усмотрения.

Более того, после ряда поправок, внесенных так называемым антиотмывочным законом⁸ в 2013 г., в законодательстве о банкротстве была закреплена презумпция вины контролирующего лица. То есть в банкротстве даже и бремя доказывания перенесено на контролирующих лиц. И упомянутые мной дела это прекрасно иллюстрируют.

— Не являются ли эти примеры уникальными, чтобы говорить о том, что они являются системообразующими для практики?

— Вы правы, эти дела очень интересные и в своем роде экстраординарные, но они хорошо иллюстрируют чеховское выражение, что если ружье висит, то рано или поздно оно обязательно выстрелит. И я думаю, уже можно утверждать, что суды в принципе будут ориентироваться на эти дела, когда речь пойдет о привлечении к ответственности контролирующих физических лиц.

Единственное неопределенное правовое поле, где сложно говорить об имущественной ответственности контролирующего лица при банкротстве подконтрольного, — это привлечение к ответственности государства как контролирующего акционера. Сейчас мы наблюдаем практику, когда в компаниях с госучастием государство выдает директивы на голосование не только на общем собрании, но и членам совета директоров. Кстати, это не противоречит Постановлению Правительства,⁹ регулиующему участие государства в акционерных обществах, акции которых находятся в федеральной собственности. При этом такая практика свидетельствует о вмешательстве государства в деятельность подконтрольного лица. Предположим, государство дало директиву члену совета директоров проголосовать определенным образом на совете директоров, в результате чего обществу были причинены убытки. Можно ли в этом случае привлечь государство к имущественной ответственности как фактически контролирующее лицо по ст. 53.1 ГК РФ? Например, может ли недовольный миноритарный акционер подать к государству иск как к лицу, определившему действия подконтрольного лица? Формально — да, потому что каких-то исключений для государства в законе не содержится и на государство распространяются те же требования, что и на юридических лиц, если иное не предусмотрено законом. Или другой случай: государство в результате некачественного управления, своими нерациональными с точки зрения бизнеса указаниями способствовало банкротству подконтрольного (дочернего) общества. А могут ли кредиторы или арбитражный управляющий привлечь государство как контролирующего акционера по ст. 10 Закона о банкротстве? Юридических запретов здесь также нет и отвечать, получается, должна казна. Но очевидно, что

трудности возникнут ввиду столкновения частного и публичного интересов.

— В чем должна быть специфика ответственности государства? Ведь в этом случае мы по большому счету ставим его в неравное положение с остальными участниками оборота, что противоречит нормам ГК, разве не так?

— Это очень интересный аспект, и я скажу, почему. Дело в том, что государство выступает в двух ипостасях. С одной стороны, правильно вспомнить о ст. 124 ГК, говоря о равенстве государства с остальными участниками оборота в гражданских правоотношениях. С другой стороны, государство выступает как регулятор, в том числе и гражданско-правовых отношений, выполняет функции государственного управления важнейшими стратегическими отраслями и субъектами. И однозначно приравнивать государство к другим субъектам мы все равно не сможем просто потому, что ни один из других субъектов не обладает вышеназванными особенностями. И вот пример, когда законодатель выражает особое отношение к государству: с недавних пор на законодательном уровне государство не признается аффилированным лицом для целей применения правил к сделкам с заинтересованностью. Это положение зафиксировано в Федеральном законе от 03.06.2016 № 343-ФЗ, который вступил в силу с 1 января 2017 г., а ранее признавалось судебной практикой. Если, например, два акционерных общества с госучастием совершают сделку друг с другом, из голосования не исключается государство. Таким образом, применительно к институту совершения сделок с заинтересованностью государство уже поставлено в неравное положение с иными акционерами. И это понятно и, с моей точки зрения, правильно: нельзя исключать государство из управления значимыми для экономики страны компаниями, государство именно для этого имеет участие в этих компаниях, чтобы определять их политику.

А применительно к имущественной ответственности контролирующих лиц с государственным участием законодатель нам ничего не сказал. Он не сделал исключения для привлечения к ответственности государства ни в Законе о банкротстве, ни в ст. 53.1 ГК РФ. И мы остаемся один на один с государством в решении этого вопроса. С государства вроде бы нельзя спрашивать, ведь «государство — это мы» и государственная казна небогата, все это понимают. Но, с другой стороны, государство все же не обезличено. Его представляют определенные лица, чиновники. И если не спрашивать с них за некачественное руководство, наши компании с государственным участием так никогда и не станут эффективными. Если государство будет давать директивы на голосование, при этом не спрашивая с того, кто их некачественно подготовил, то прогресса в повышении эффективности управления компаниями с государственным участием не наступит.

Мое мнение: проблема не в том, как считают многие, что в российской экономике значительна доля госсектора, а в качестве корпоративного управления компаниями с государственным участием. Существенное государственное участие в экономике имеется и в других странах, и это нормально. Есть отрасли, где просто не может не быть участия государства. Но должно ли государство отвечать на тех же условиях за неэффективный менеджмент, что и другие акционеры? Вот это вопрос. Как я уже сказала, действующее законодательство этого не исключает, а среди экспертов есть две позиции. Одни говорят: нет, государство — это особый субъект, его нельзя привлекать к имущественной ответственности, иначе оно будет отвечать за всё. Его будут привлекать, шантажировать, а оно будет казной оплачивать. Другие возражают: нет, государство надо привлекать к ответственности, иначе будет процветать безответственность. Я придерживаюсь второй точки зрения и считаю, что и

государство в порядке регресса должно взыскивать с непосредственных виновников некачественного управления. Потому что безответственность рождает безответственность. И при всем понимании особой роли государства я полагаю, что государство является таким же контролирующим лицом и должно быть субъектом имущественной¹⁰ ответственности при выдаче указаний подконтрольным хозяйственным обществам или государственным предприятиям, в том числе при виновном их доведении до состояния банкротства.

¹ Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».

² См.: Федеральный закон от 03.07.2016 № 343-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон „Об акционерных обществах“ и Федеральный закон „Об обществах с ограниченной ответственностью“ в части регулирования крупных сделок и сделок, в совершении которых имеется заинтересованность».

³ Федеральный закон от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг».

⁴ Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

⁵ См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 22.03.2012 № 14613/11 по делу № А60-41550/2010-С4.

⁶ Письмо ФАС России от 20.03.2008 № АЦ/5969.

⁷ См.: п. 9 приказа ФАС России от 20.11.2006 № 293 «Об утверждении формы представления перечня лиц, входящих в одну группу лиц».

⁸ Федеральный закон от 28.06.2013 № 134-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в части противодействия незаконным финансовым операциям».

⁹ Постановление Правительства РФ от 03.12.2004 № 738 «Об управлении находящимися в федеральной собственности акциями открытых акционерных обществ и использовании специального права на участие Российской Федерации в управлении открытыми акционерными обществами („золотой акции“)».