



**МОСКОВСКАЯ
БИРЖА**

КРУГЛЫЙ СТОЛ ПО КОРПОРАТИВНОМУ УПРАВЛЕНИЮ ОЭСР - РОССИЯ

19 НОЯБРЯ 2014
ОТЕЛЬ LOTTE, МОСКВА

**СДЕЛКИ МЕЖДУ СВЯЗАННЫМИ СТОРОНАМИ:
МЕЖДУНАРОДНЫЙ И РОССИЙСКИЙ ОПЫТ**

Анастасия Коссов и Дмитрий Ловырев



Круглый стол по корпоративному управлению ОЭСР - Россия

СДЕЛКИ МЕЖДУ СВЯЗАННЫМИ СТОРОНАМИ: МЕЖДУНАРОДНЫЙ И РОССИЙСКИЙ ОПЫТ

Анастасия Коссов и Дмитрий Ловырев¹

Целью настоящего отчета является предоставление исходной информации участникам Круглого стола ОЭСР по вопросам корпоративного управления в России, который проводится 19 ноября 2014 года в Москве, Российской Федерации. В данном отчете рассматриваются вопросы заключения сделок между связанными сторонами на международном уровне и в России. В отчете содержится описание международной среды, в которой сделки между связанными сторонами регулируются в разных юрисдикциях. В отчете также описан обзор Принципов корпоративного управления ОЭСР и основные элементы сделок между связанными сторонами, включая определения связанных сторон, процедур одобрения сделок и раскрытия информации. Отчет описывает действующее российское законодательство и выявляет ключевые недостатки со ссылкой на ряд случаев злоупотреблений в сфере заключения сделок между связанными сторонами. В отчете также уделено внимание истории недавних проведенных в России реформ.

¹Данный отчет был подготовлен авторами как частными лицами и может не отражать мнения ОЭСР, Московской Биржи или Круглого стола ОЭСР по вопросам корпоративного управления в России.

TABLE OF CONTENTS

ВВЕДЕНИЕ.....	3
1. МЕЖДУНАРОДНЫЙ ОПЫТ.....	5
1.1. Обзор Принципов корпоративного управления ОЭСР	5
1.2. Основные элементы регулирования сделок между связанными сторонами	6
1.2.1. Определения.....	7
1.2.2. Процедуры одобрения.....	9
1.2.3. Раскрытие информации.....	17
2. РОССИЙСКИЙ ОПЫТ	22
2.1. Действующее регулирование.....	22
2.1.1. Определения.....	23
2.1.2. Процедура одобрения.....	25
2.1.3. Раскрытие	27
2.2. Текущие пробелы и проблемы с примерами из судебной практики.....	31
2.2.1. Недостатки существующих определений «аффилированное лицо» и «группа лиц».....	32
2.2.2. Недостатки определения «орган управления»	34
2.2.3. Использование оффшорных компаний, бенефициары которых неизвестны, для совершения или одобрения сделок с заинтересованностью.	36
2.2.4. Сделки с заинтересованностью дочерних обществ.	37
2.2.5. Проблема распределения бремени доказывания в спорах по сделкам с заинтересованностью.....	39
2.3. История реформы ГК и текущая ситуация	41
ПРИЛОЖЕНИЕ 1: АФФИЛИРОВАННЫЕ ЛИЦА	44
ПРИЛОЖЕНИЕ 2: ОАО «ИНГОССТРАХ»	45
ССЫЛКИ.....	47
Таблица 1. Определения	8
Таблица 2. Требования к одобрению советом директоров в странах-членах ОЭСР	11
Таблица 3. Одобрение акционерами сделок между связанными сторонами.....	16
Таблица 4. Раскрытие информации о сделках с заинтересованностью	19
Вох 1. Определение связанных сторон, содержащееся в Международных стандартах финансовой отчетности 24	7
Вох 2. Дело Пармалата и дело Сирию	10
Вох 3. Дело Сатьяма.....	13
Вох 4. Одобрение сделок между связанными сторонами в Италии.....	14
Вох 5. Реформа роли аудиторов в процессе проверки сделок между связанным сторонами в США	15
Вох 6. Дело Группы «Догань».....	18
Вох 7. МСФО 24 о раскрытии информации о сделках между связанными сторонами	20
Вох 8. Сделки с заинтересованностью	33
Вох 9. Недостатки определения орган управления	35
Вох 10. Сделки с заинтересованностью дочерних обществ	37
Вох 11. Практические примеры по Кировскому и Уральскому заводам.....	40

ВВЕДЕНИЕ

1. Комитет по международным стандартам финансовой отчетности определяет сделку между связанными сторонами как передачу ресурсов, услуг или обязательств между заинтересованными сторонами независимо от того, взимается ли при этом плата.² Ключевым элементом сделки между связанными сторонами является не столько природа сделки, сколько взаимоотношения между сторонами. Связанные стороны обычно могут включать лица, которые осуществляют контроль или находятся под общим контролем компании, контролирующих акционеров, членов совета директоров или руководства, а также членов их семей и близких родственников. Для структуры корпоративного управления сделки между связанными сторонами несут в себе дополнительный риск, поскольку личные интересы указанных лиц могут вмешиваться в процесс принятия решений, не позволяя им принимать решения, которые наилучшим образом отвечали бы интересам компании.

2. В то время как подавляющее большинство сделок между связанными сторонами не наносит вред компаниям, существует общая озабоченность, что в отсутствие соответствующей структуры и эффективного правоприменения инсайдеры компании, включая руководство, членов совета директоров и контролирующих акционеров, могут злоупотреблять сделками между связанными сторонами. Безусловно есть существенные риски, связанные с тем, что сделки между связанными сторонами не осуществляются на рыночных условиях и представляют потенциальный или фактический конфликт интересов, который может привести к экспроприации акционеров. Например, это может проявиться в ситуациях, когда сделки между связанными сторонами используются в качестве средства для перевода средств из компании в другую связанную компанию, также существует риск упущенных возможностей для бизнеса и возникновения иных негативных последствий.

3. В этом отношении можно выделить ряд известных случаев, когда акционерам были причинены убытки на несколько миллиардов долларов, что подтверждает наличие серьезных рисков, связанных со злоупотреблениями, вытекающими из сделок между связанными сторонами. Лишь в одном небезызвестном деле Пармалат было незаконным образом присвоено 620 млн долл. США в результате неспособности структуры корпоративного управления надлежащим образом регулировать сделки между связанными сторонами. Во всех известных случаях злоупотреблений при совершении сделок между связанными сторонами был причинен существенный ущерб стоимости акций, а репутация компаний у национальных и иностранных инвесторов, а также деловых партнеров была надолго запятнана или загублена. В общем, данные примеры показали, что сделки между связанными сторонами сопряжены с чрезвычайно высокой степенью риска, поскольку при наличии злоупотреблений они потенциально могут подорвать доверие инвесторов к целостности финансовых рынков. В недавнем деле Сатъяма негативное отношение, последовавшее за проблемами, вызванными сделкой между связанными сторонами, привело в течение лишь одного дня к снижению цены американских депозитарных расписок (ADRs) компании на Нью-Йоркской фондовой бирже (NYSE) на 55% на момент закрытия.

²Сделка с заинтересованностью может принимать различные формы, например, покупка или продажа товаров, имущества или активов, предоставление или получение услуг, аренда, передача нематериальных активов, оказание, получение или предоставление гарантий по финансовым услугам, принятие финансовых или операционных обязательств, приобретение акций или задолженности или даже создание совместных предприятий.

4. Безусловно, желание миноритарных акционеров осуществлять инвестиции сопряжено с двумя основными опасениями: чтобы инвестиции не были экспроприированы, а также чтобы их ожидаемая рентабельность инвестиций была максимизирована. В связи с этим риски, вытекающие из сделок между связанными сторонами, «ускользают» и «увиваются» от корпоративного ревизора (Пацес, 2008 год). Когда права собственности отделены от контроля, могут возникнуть проблемы агентского характера. В то время как в случаях с распределенной собственностью проблемы агентского характера лежат между руководством и акционерами, в случаях со структурами, для которых характерна концентрированная структура собственности, проблемы агентского характера возникают чаще между контролирующим акционером и миноритарными акционерами. Соответственно у контролирующего акционера существует личная выгода, получаемая в результате осуществления контроля, что включает в себя все виды выгод, которые возникают исключительно у контролирующего акционера, осуществляющего управление компанией, включая частную выгоду от контроля, которая приводит к снижению стоимости акций. Соответственно, ключевой вопрос заключается в том, каким образом можно решить вопрос ускользания и увивания, чтобы у акционеров возникло желание инвестировать, а у контролирующего акционера – желание управлять. Однако, также идет спор о том, что, возможно, миноритарные акционеры хотели бы допустить возможность извлечения частных выгод, если бы вклад контролирующего акционера в стоимость компании компенсировал это (Энрике, 2014 год).

5. Регулирование сделок между связанными сторонами стало важным вопросом на глобальной повестке дня, посвященной корпоративному управлению, как в странах-членах ОЭСР, так в странах с развивающейся экономикой. Как следует из недавнего Сравнительного исследования сделок между связанными сторонами и прав миноритарных акционеров (ОЭСР, 2012 г.), сделки между связанными сторонами представляют собой отдельную проблемную сферу в юрисдикциях, где собственность сконцентрирована, а преобладают контролирующие акционеры и группы. Во всех региональных программах и отчетах ОЭСР из Азии (ОЭСР, 2009 г.), Латинской Америки (ОЭСР, 2012 г.), Индии (ОЭСР, 2014 год), а также Ближнего Востока и Северной Африки (ОЭСР, 2014 год) подчеркиваются проблемы, вытекающие из сделок между связанными сторонами.

6. Опыт ОЭСР показывает, что структуры корпоративного управления должны решать проблемы, вытекающие из сделок между связанными сторонами, с помощью комбинации из трех основных элементов: четкие определения, формальные процедуры и жесткие требования к раскрытию информации. Соответственно, Принципы корпоративного управления ОЭСР, а также недавний международный опыт подчеркивают важность наличия надлежащих правил и неукоснительного правоприменения (ОЭСР, 2012 год).

7. Само по себе заключение сделок между связанными сторонами не является чем-то неправильным, и зачастую такие сделки являются полностью законными, поскольку они служат практическим и коммерческим целям, отвечающим интересам компании (или группы компаний), тем самым расширяя возможности компании по увеличению стоимости акций. Сделки между связанными сторонами могут быть в особенности полезными в группах компаний, где зачастую существуют развивающиеся аргументы, что эти сделки заменяют недоразвитые рынки и институты. Поэтому запрет сделок между связанными сторонами не является решением проблемы, а ключевым вопросом скорее является обеспечение того, чтобы сделки между связанными сторонами были одобрены и осуществлены на рыночных условиях таким образом, чтобы потенциальные конфликты интересов, возникающие в рамках этих сделок, были надлежащим образом урегулированы и информация о них была раскрыта в целях обеспечения защиты интересов компании и всех ее акционеров.

8. Цель настоящего отчета заключается в описании международной среды, в которой сделки между связанными сторонами регулируются в разных юрисдикциях (Раздел 1), и, в частности, в

более детальном описании российского опыта (Раздел 2). Сначала в Разделе 1 излагается (1.1.) перспектива Принципов корпоративного управления ОЭСР. Затем (1.2.) акцент делается на основных элементах сделок между связанными сторонами, включая определения связанных сторон, процедурах одобрения сделок и раскрытия информации. В Разделе 2 подробно описаны российские проблемы, где сначала (2.1.) дается описание текущего законодательства и (2.2.) определяются ключевые недостатки, что сопровождается рядом примеров злоупотреблений в процессе сделок между связанными сторонами. Наконец, в Разделе (2.3.) дается описание истории недавних реформ.

1. МЕЖДУНАРОДНЫЙ ОПЫТ

1.1. Обзор Принципов корпоративного управления ОЭСР

9. В целях обеспечения того, чтобы управление компанией осуществлялось с надлежащим учетом интересов всех инвесторов, Принципы корпоративного управления ОЭСР (далее «Принципы») призывают, чтобы структура корпоративного управления надлежащим образом регулировала вопросы сделок между связанными сторонами. Безусловно, большинство юрисдикций приняли правила, которые предусматривают:

- Четкое обозначение данных сделок. Они включают в себя обширные определения, предусматривающие, кто относится к связанным сторонам.
- После идентификации сделок между связанными сторонами в юрисдикциях устанавливаются процедуры по их регулированию и одобрению, чтобы минимизировать их негативное влияние. Это также подразумевает отказ от специального регулирования некоторых сделок между связанными сторонами, когда они не являются существенными. Например, сделки, совершаемые периодически, или на подтвержденных рыночных условиях или со 100%-ными дочерними компаниями. В большинстве юрисдикций особое внимание уделяется одобрению сделок со стороны советов директоров, при этом передовая практика идет по пути требования того, чтобы такое одобрение давалось комитетом независимых членов совета директоров. В других юрисдикциях акционеры обладают правом голоса в отношении одобрения отдельных сделок, при этом заинтересованные акционеры к голосованию не допускаются.
- Продвижение МСФО в качестве глобального стандарта (и, соответственно, МСФО 24 «Раскрытие информации о сделках между связанными сторонами») было введено в качестве важного стандарта единообразия и прозрачности при составлении финансовой отчетности по таким сделкам, но во многих юрисдикциях были введены дополнительные требования в отношении текущего раскрытия информации о существенных сделках.

10. Признавая наличие потенциального конфликта интересов в сделках между связанными сторонами, Принцип III.A. 2 предусматривает, что миноритарные акционеры должны быть защищены от злоупотреблений со стороны владельцев контрольного пакета акций, действующих прямо или опосредованно, и должны быть обеспечены действенными средствами защиты в случае нарушения их прав. В Аннотациях дается пояснение, что нарушения становятся наиболее вероятными, если правовая система позволяет, а рынок не препятствует тому, чтобы владельцы контрольного пакета акций получали контроль такого уровня, который не соответствует уровню риска, который они берут на себя как собственники акций; и все это благодаря использованию

юридических уловок, позволяющих отделить собственность от контроля. Такие злоупотребления приобретают различные формы, включая извлечение прямых частных выгод посредством высокой оплаты и премиальных вознаграждений работающим в компании родственникам и друзьям; сомнительные сделки со связанными лицами; систематическая предвзятость в принятии коммерческих решений и изменение структуры капитала.

11. В Аннотациях к Принципу III.A.2 также подчеркивается, что помимо раскрытия информации, для защиты миноритарных акционеров важно наличие четко прописанной обязанности совета директоров соблюдать интересы компании и всех акционеров. Общеизвестно, что нарушения прав миноритарных акционеров наиболее характерны в тех странах, где указанные аспекты недостаточно урегулированы нормативно-правовой базой.

12. Согласно Принципу III.C. члены совета директоров и основные руководители компании должны предоставлять совету директоров сведения о наличии существенной заинтересованности (прямой, косвенной или от имени третьих лиц) в заключении какой-либо сделки или в каком-либо вопросе, непосредственно касающемся корпорации. Как далее указано в Аннотациях к Принципу, члены совета директоров и основные руководители обязаны информировать совет директоров о наличии коммерческих, семейных или иных особых отношениях за пределами компании, которые могут повлиять на их суждение о конкретной сделке или вопросе, касающемся компании. Такие особые отношения включают ситуации, в которых руководители и члены совета директоров поддерживают отношения с компанией через взаимодействие с акционером, имеющим возможность осуществлять контроль. При объявлении о наличии существенной заинтересованности лицу рекомендуется не участвовать в принятии решений, касающихся данной сделки или вопроса.

13. В отношении раскрытия информации Принцип V.A.5 предусматривает, что раскрываемая информация должна включать в себя, помимо прочего, существенно важные сведения, в частности, о (...) сделках между связанными сторонами. Принцип VI.D.6 подчеркивает, что совет директоров должен выполнять определенные ключевые функции, включая (...) отслеживание и устранение потенциальных конфликтов интересов на уровне руководства, членов совета директоров и акционеров, в том числе неправомерного использования корпоративной собственности и злоупотреблений в сделках между связанными сторонами.

14. Также следует отметить, что основательная поддержка вышеуказанных Принципов осуществляется за счет более общих обязанностей совета директоров. Так, Принцип VI.A предусматривает, что члены совета директоров должны действовать на основе полной информированности, добросовестно, с должной осмотрительностью и заботливостью, и полностью в интересах компании и акционеров. А в соответствии с Принципом VI.B необходимо, чтобы в тех случаях, когда решения совета директоров могут иметь разные последствия для различных групп акционеров, совет директоров должен относиться ко всем акционерам справедливо. Несомненно, обязанность по соблюдению интересов, предусмотренная Принципом VI.A, является чрезвычайно важной, поскольку она подчеркивает вышеуказанные Принципы, включая Принцип VI.D.6, которые являются фундаментальными для отслеживания и регулирования сделок между связанными сторонами.

1.2. Основные элементы регулирования сделок между связанными сторонами

15. В соответствии с вышеуказанным мнением относительно Принципов ОЭСР большинство юрисдикций приняло понятные правила и четко регламентировали в своей нормативной базе порядок совершения сделок между связанными сторонами. Поэтому в следующем Разделе будут описаны подходы к основным элементам, касающимся сделок между связанными сторонами, а

именно подходы к: i) определениям; ii) процедуре одобрения сделок советом директоров и/или акционерами, и iii) процедуре раскрытия информации.

1.2.1. Определения

16. Очевидной отправной точкой для идентификации и мониторинга сделок между связанными сторонами является установление определения компаний или лиц, которые могут рассматриваться в качестве связанных сторон. Методология ОЭСР по применению Принципов корпоративного управления ОЭСР (ОЭСР, 2007 г.) предлагает, чтобы определение связанной стороны было достаточно широким, чтобы охватить различные виды сделок в тех юрисдикциях, в которых риск потенциальных злоупотреблений наиболее реален, чтобы это определение было бы сложно обойти и чтобы можно было бы обеспечить его эффективную реализацию. Поэтому определение связанной стороны должно учитывать все стороны, которые могут оказывать прямое и косвенное влияние в рамках рассматриваемой сделки.

Вох 1. Определение связанных сторон, содержащееся в Международных стандартах финансовой отчетности 24

Международные стандарты финансовой отчетности 24 (§9) содержат следующее определение связанной стороны отчитывающегося лица:

(a) Частное лицо или близкие родственники данного частного лица являются связанной стороной отчитывающегося предприятия, если данное лицо:

(i) осуществляет контроль или совместный контроль над отчитываемым предприятием; (ii) имеет значительное влияние на отчитываемое предприятие; или (iii) входит в состав старшего руководящего персонала отчитывающегося предприятия или его материнского предприятия.

(b) Предприятие является связанной стороной отчитывающегося предприятия, если к нему применяется какое-либо из следующих условий:

(i) Данное предприятие и отчитываемое предприятие являются членами одной группы (что означает, что каждое материнское, дочернее и другое дочернее предприятие является связанной стороной другим предприятиям данной группы). (ii) Одно предприятие является ассоциированным предприятием другого или их отношения характеризуются как совместное предпринимательство (или одно предприятие является ассоциированным предприятием члена той группы, в которую входит другое предприятие, или их отношения характеризуются как совместное предпринимательство). (iii) Оба предприятия осуществляют совместное предпринимательство с одной и той же третьей стороной. (iv) Одно предприятие осуществляет совместное предпринимательство с третьей стороной, а другое предприятие является ассоциированным предприятием данной третьей стороны. (v) Сторона представляет собой план вознаграждений по окончании трудовой деятельности, созданный для работников отчитывающегося предприятия или какого-либо иного предприятия, являющегося связанной стороной отчитывающегося предприятия. Если отчитываемое предприятие само является таким планом, работодатели, осуществляющие взносы в данный план, также являются связанными сторонами отчитывающегося предприятия. (vi) Предприятие находится под контролем или совместным контролем лица, указанного в пп. (a). (vii) Лицо, указанное в пп. (a)(i), имеет значительное влияние на предприятие или входит в состав старшего руководящего персонала предприятия (или его материнского предприятия). (viii) Лицо или любой член группы, частью которой оно является, оказывает услуги по предоставлению ключевого управленческого персонала отчитываемому лицу или материнскому предприятию отчитывающегося лица.

Источник : МСФО 24

17. Международный стандарт финансовой отчетности МСФО 24 содержит общепринятое определение связанной стороны для целей финансовой отчетности. Стандарт также предусматривает, каким образом должна раскрываться информация о сделках с такими сторонами.

Содержащееся в МСФО 24 определение, как вкратце указано во Вставке 1, было принято в ряде стран и по существу аналогично определению, содержащемуся в US GAAP.

18. Четко и безупречно функционирующее определение связанных сторон помогает обеспечить надлежащую правовую защиту для всех инвесторов, крупных и малых, национальных и иностранных. Такое определение должно предотвратить использование правовых пробелов лицами, обладающими более значительными правовыми ресурсами. Приблизительно две трети стран-членов ОЭСР поместили определения в гражданском кодексе, коммерческом кодексе или законе о компаниях. По сути, соответствующие определения либо идентичны, либо очень близки определению, содержащемуся в МСФО 24.

Таблица 1. Источники определения заинтересованных лиц в странах-членах ОЭСР

Jurisdiction	Provision
Австралия	Акт о корпорациях 2001 года, том 1, часть 1.2, Раздел 1, Секция 9
Австрия	Коммерческий кодекс (UGB), § 237 Z 8b
Бельгия	Кодекс о компаниях, раздел XVIIIbis, статья 91 / Королевский указ от 30/01/2001
Великобритания	Акт о компаниях, Разделы 252-256
Венгрия	Гражданский кодекс, раздел 685
Германия	Акт об акционерных обществах (Aktengesetz) §15
Греция	Приказ Комиссии по рынку ценных бумаг № 45
Дания	Указ № 1253 от 1 ноября 2013 года, Акт Дании о финансовой отчетности
Израиль	Акт о компаниях 5759-1999, часть 1 «Определения»
Ирландия	Акт о компаниях 1990 года, раздел 26
Исландия	Акт о публичных компаниях с ограниченной ответственностью № 2/1995, ст. 95
Испания	Приказ Министерства 3050/2004, статья 2
Италия	Гражданский кодекс, статья 2391-bis / Положение Национальной комиссии по акционерным общества и биржам 17221/2010, Приложение № 1
Канада	Акт о коммерческих корпорациях, часть 1, № 2
Корея	Коммерческий акт 398, статья 542-8 раздел (2)
Люксембург	Закон о компаниях, статьи 49bis(3), 309, 344
Мексика	Закон о рынке ценных бумаг, статья 2, раздел XIX
Нидерланды	Гражданский кодекс, Том 2, статья 381
Новая Зеландия	Акт о компаниях, Часть 1, № 2(3)
Норвегия	Акт о публичных компаниях с ограниченной ответственностью, § 1–5 / Акт о торговле ценными бумагами, Раздел 2–5
Польша	Кодекс о коммерческих компаниях, Dz.U.2013.1030, статья 4, раздел 1 ; Закон о торговле финансовыми инструментами, Dz.U.2010.211.1384, статья 160
Португалия	Кодекс о компаниях – статьи 66.º-A/3 и 508.º-F/3
Словацкая Республика	Коммерческий кодекс, Раздел 59a
Словения	Акт о компаниях, глава 1, статьи 527-534
США	Акт о биржах ценных бумаг 1934 года, правило 13e-3 Положение Комиссии по ценным бумагам и биржам (SEC) S-K, пункт 404
Турция	Коммюнике Совета по рынку ценных бумаг (СМБ) II-17.1 (Закон о рынке ценных бумаг, статья 17), статья 3
Финляндия	Указ о бухгалтерском учете 1339/1997 глава 2, раздел 7 b.
Франция	Коммерческий кодекс, Книга II, Заголовок II, Глава V, раздел 2, статья L225-38
Чешская Республика	Закон о коммерческих компаниях № 90/2012, часть 9, статьи 71-91
Чили	Закон о рынке ценных бумаг, Заголовок XV, статья 100
Швейцария	Гражданский кодекс, Том V «Кодекс обязательств» / ВВІ 2004 4223, 23 июня 2004 года
Швеция	Акт о компаниях, глава 16, раздел 2
Эстония	Закон о рынке ценных бумаг, §-s 168
Япония	Указ о бухгалтерском учете в компаниях (принят во исполнение Акта о компаниях), статья 112(4)

Источник: аналитика ОЭСР.

19. Как указано в Таблице 1, восемь стран-членов ОЭСР включили определение связанных сторон в свои основные законы, как правило, в Гражданский кодекс или Коммерческий кодекс. Другие восемнадцать стран-членов ОЭСР дали определения в законодательных актах, регулирующих структуру корпоративного управления, таких как Закон о рынке ценных бумаг или Акт о компаниях, которые применяются ко всем лицам, осуществляющим деятельность на рынке ценных бумаг, вне зависимости от их конкретной организационно-правовой формы (т.е. вне зависимости от того, являются ли они акционерными обществами, партнерствами или предпринимателями).

20. Наконец, третья группа из восьми стран-членов ОЭСР дала определение связанных сторон в законах, регулирующих отдельные организационно-правовые формы ведения предпринимательской деятельности, например, в Акте о компаниях с ограниченной ответственностью или Законе о публичных корпорациях. В некоторых из этих юрисдикций данные правила дополнены положениями о листинге или требованиями к раскрытию информации, что обуславливает необходимость наличия хорошо скоординированных правил и включение в определение всех связанных сторон и примеров, чтобы устранить пробелы. Однако в некоторых из этих юрисдикций действует система общего права, поэтому их правовая система обеспечивает надлежащую сферу действия определения и устраняет указанные пробелы с помощью прецедентного права и судебных решений.

1.2.2. Процедуры одобрения

21. Советы директоров играют ведущую роль в процедуре одобрения сделок между связанными лицами, хотя могут существовать различия в структуре совета и процедурах. В рамках процесса принятия советом директоров решений независимые директора, комитет по аудиту, внутренние или внешние аудиторы/эксперты могут принимать участие в отслеживании и ограничении неправомочных сделок между связанными сторонами.

22. В случаях, когда процедуры контроля и одобрения сделок советом директоров не срабатывают, как, например, в случаях с Сирио и Пармалатом (см. Вставку 2), открывается широкий путь для злоупотреблений. Например, облигации Сирио использовались для погашения банковских кредитов, в результате чего инвесторы брали на себя убытки Сирио, поскольку совет директоров не смог предотвратить вывод активов в другие компании, который был осуществлен посредством сделок между связанными лицами. Мошенничество в деле Пармалата было связано с использованием чрезвычайно сложной корпоративной группы, ключевые активы которой были расположены за границей, и поэтому не попадали в поле зрения нового основного аудитора (действовало правило о ротации аудитора), который должен был полагаться на другого аудитора при подтверждении остатков денежных средств, информация о которых впоследствии оказалась недостоверной. Совет директоров и его комитет по аудиту не были независимыми и не смогли выявить злоупотребления, когда Пармалат неоднократно использовался для перевода средств в другие компании, принадлежащие контролирующему акционеру и его семье.

23. В соответствии с Принципами ОЭСР члены совета директоров и ключевые руководители должны заранее предоставлять совету директоров сведения о наличии существенной заинтересованности в заключении какой-либо сделки или в каком-либо вопросе, непосредственно касающемся корпорации, и заключать сделку с одобрения совета директоров через эффективную систему мониторинга. Также в некоторых случаях компаниям следует запрещать директорам принимать участие в таких сделках (ОЭСР, 2009 год).

Вох 2. Дело Пармалата и дело Сирио

Дело Пармалата было названо Комиссией по ценным бумагам и биржам США в качестве “одного из крупнейших и наиболее наглых случаев корпоративного финансового мошенничества в истории”. Хотя дело представляет собой обычное корпоративное мошенничество, оно включало в себя элементы, которые в совокупности требовали политического ответа в отношении регулирования сделок между связанными сторонами (Феррарини и Гиудичи, 2005 год). Мошенничество в Пармалате включало в себя использование чрезвычайно сложной корпоративной группы, ключевые активы которой были расположены за границей, и поэтому не попадали в поле зрения нового основного аудитора (действовало правило о ротации аудитора), который должен был полагаться на другого аудитора при подтверждении остатков денежных средств, информация о которых впоследствии оказалась недостоверной.

Совет аудиторов не смог выявить факт мошенничества, когда совет директоров и его комитет по аудиту не были независимыми. В 2001 году Пармалат объявил, что четверо из тринадцати членов его совета директоров были независимыми, но не назвал их поименно. Пармалат раскрыл имена директоров в 2002 году, когда стало очевидно, что все они были тесно связаны с владельцем Пармалата, г-ном Танци. Один из наиболее ранних известных случаев неправомерного использования корпоративной собственности произошел в 1989 году, когда Пармалат использовался для прикрытия долгов г-на Танци, возникших в других сферах его бизнеса, в частности, телевизионной станции. Затем средства компании были использованы для поддержки, в частности, принадлежащей семье туристической компании, испытывавшей финансовые трудности. Также скидки от упаковочной компании в сумме около 15 млн долл. США были выведены из компании на счета семьи. В отличие от других недавних случаев мошенничества дело Пармалата представляется достаточно понятным примером мошенничества с участием собственника/управляющего. По сообщениям прессы, главный исполнительный директор признался о растрате свыше 620 млн долл. США для покрытия убытков в других компаниях, принадлежащих семье. Ошибки контролирующих органов, совета директоров, аудиторов и комитета по аудиту стали предпосылками для широкомасштабных законодательных изменений в регулировании сделок между связанными сторонами в Италии.

В деле Сирио, которое имело место до Пармалата, крупный конфликт интересов выявил ошибки совета директоров и внутреннего надзора. Сирио была в предбанкротном состоянии, и у нее были крупные долги перед рядом банков. Активы публичной компании были выведены в другой бизнес с помощью сделок между связанными лицами и иных механизмов сокрытия активов. Сирио выпустила новые облигации, которые были приобретены ее дочерними компаниями по управлению частными капиталами, а затем вскоре переданы индивидуальным инвесторам. Доходы, полученные от размещения облигаций, были использованы для погашения банковских кредитов, в результате чего инвесторы взяли на себя убытки компании. Впоследствии индивидуальные инвесторы в некоторых случаях получили компенсацию от соответствующих финансовых посредников в соответствии с решениями суда по делу о нарушении обязательств при оказании инвестиционных услуг.

Источник: адаптация Феррарини и Гиудичи, 2005 год.

24. Недавнее Сравнительное исследование ОЭСР (ОЭСР, 2012 год) показало, что в Бельгии, Индии, Израиле и Италии первичная обязанность по одобрению сделок между связанными сторонами возложена на комитет по аудиту или иной специализированный комитет совета директоров, большинство членов которого является независимыми директорами; и, похоже, это становится общей тенденцией во всем мире. В Бельгии и Италии законом также предусмотрено право привлекать независимых экспертов для целей оценки.

Таблица 2. Одобрение советом директоров сделок между связанными сторонами

Юрисдикция	Одобрение советом директоров нестандартных сделок между связанными сторонами	Связанные члены совета директоров не участвуют в голосовании	Учитывается мнение	
			Независимых директоров / Комитета по аудиту	Внешних специалистов
Австралия	Требуется	Требуется	-	-
Австрия	Требуется	-	-	-
Бельгия	Требуется	-	Требуется	Требуется
Венгрия	Требуется	-	Требуется	-
Германия	-	-	-	-
Гонконг, Китай	Требуется	Требуется	Требуется	-
Греция	-	-	-	-
Израиль	Требуется	Требуется	Требуется	-
Индия	Требуется	Требуется	Требуется	Требуется
Испания	-	-	-	-
Италия	Требуется	Требуется	Требуется	-
Канада	Требуется	-	-	Требуется
Корея	Требуется	-	-	-
Мексика	-	-	-	-
Нидерланды	-	-	-	-
Норвегия	Требуется	Требуется	-	-
Польша	-	-	-	-
Португалия	Требуется	Требуется	Требуется	-
Словацкая Республика	-	-	-	-
Словения	-	-	-	-
США	Требуется	-	Требуется	Рекомендуется
Турция	Требуется	Требуется	Требуется	Требуется
Франция	Требуется	Требуется	-	-
Чешская Республика	-	-	-	-
Чили	Требуется	Требуется	Требуется	Рекомендуется
Швейцария	-	-	-	-
Швеция	-	-	-	-
Эстония	Требуется	-	Рекомендуется	-
Япония	Требуется	Требуется	-	-

Источник: Корпоративное управление: книга фактов ОЭСР; 2014 год.

25. Наиболее общим основанием обязательств директоров являются их фидуциарные обязанности. Помимо общих обязательств совета директоров примерно в половине изученных юрисдикций (см. Таблицу 2) необходимо прямое одобрение советом директоров нестандартных сделок между связанными лицами. Следует отметить, что определение обязанности членом совета директоров по соблюдению интересов компании может стать достаточно деликатным вопросом в контексте группы компаний. Могут возникнуть проблемы, если обязанность по соблюдению интересов определена в отношении компании и ее акционеров, как это обычно и бывает, т.е. не включая интересы других компаний группы. Бельгия, Италия и Франция (ОЭСР, 2012 год) урегулировали данный вопрос в законодательстве и судебной практике, приняв во внимание интерес группы и придя к выводу, что обязанности членом совета директоров также должны учитывать возможные выгоды, вытекающие из участия в группе.

26. Рыночная практика для групп компаний состоит, в частности, в оказании содействия друг другу. Однако это может привести, по крайней мере в ближайшей перспективе, к возможным пагубным последствиям для самих акционеров. Обычно обязанность по соблюдению интересов

устанавливается в отношении компании и ее акционеров, но не других компаний группы, что может вызывать проблемы. Вопрос, который возник в результате проведенного ОЭСР анализа Бельгии, Индии, Израиля и Италии (ОЭСР, 2012 год), заключается в возможности объединения обязанности по соблюдению интересов с реальностью, когда политика компании разрабатывается и определяется где-то за пределами компании. Более того, возникает эмпирический вопрос в отношении того, будут ли независимые директора выступать против политики, утвержденной на уровне группы самими акционерами, которые, возможно, их и избрали.

27. В данном контексте судебная доктрина Розенблюма допускает групповую защиту для директоров в отношении соблюдения интересов, если: группа характеризуется наличием прочных связей между компаниями; существует сильная и эффективная бизнес-интеграция среди компаний группы; финансовая поддержка, оказываемая одной компанией другой компании, должна влечь экономическую выгоду и встречное удовлетворение и не может нарушать баланс взаимных обязательств между соответствующими компаниями; поддержка со стороны компании не должна превышать ее возможности, или иными словами данная поддержка не должна создавать риск банкротства для компании (см. Конач и др., 2007 год, стр. 519). Поскольку доктрина Розенблюма расширяет обязанность директоров по соблюдению интересов, чтобы охватить интересы группы в целом, это потенциально открывает возможности для злоупотреблений в рамках заключения сделок между связанными сторонами, тем самым фактически ослабляя защиту интересов миноритарных акционеров.

28. Ответственность и культура директоров являются важными аспектами в контексте предоставления одобрений советами директоров. После скандала с Сатьямом (Вставка 3) независимые директора в Индии признали наличие рисков, связанных с их потенциальной ответственностью. В результате, как сообщается, по меньшей мере 620 директоров сложили с себя полномочия в течение года после скандала. В последнее время роль независимых директоров в процессе одобрения сделок между связанными сторонами стала еще более важной в мире. По данному вопросу было проведено эмпирическое исследование (Дахья, Димитров и МакКоннелл, 2007 год) 782 публичных компаний с доминирующим акционером из 22 стран, в результате которого было выявлено, что значительная доля независимых директоров в совете ведет к снижению вероятности заключения сделок между связанными сторонами.

29. Однако растущая зависимость от мнения независимых директоров также вызывает вопросы относительно их компетенции и истинной независимости, а также в течение какого срока они могут считаться полностью независимыми. Поэтому представляется, что некое участие акционеров (см. следующий подраздел) получит свое развитие в качестве передовой практики и не только в юрисдикциях, для которых характерна сконцентрированная форма собственности. Особенно интересным примером является итальянский подход (см. Вставку 4), где предусмотрены два пути в зависимости от степени существенности сделки. Следует отметить, что итальянская среда характеризуется достаточно сконцентрированной структурой собственности и использованием групп компаний. Общая процедура применяется к любым сделкам между связанными сторонами, за исключением незначительных сделок, а дополнительные процедуры применяются к сделкам, которые считаются крупными (существенными). Директора, акционеры и аудиторы принимают участие в процессе одобрения сделки.

30. В юрисдикциях, выбравших «немецкую модель» (Германия, Бразилия, Чешская Республика, Португалия и Словения), можно наблюдать четко выраженную систему. В этих странах совет директоров контролируемой компании должен подготовить отчет о взаимоотношениях с контролирующими лицами, включая вопросы негативного влияния со стороны контролирующих лиц. И наоборот, в Индии Акт о компаниях предусматривает, что компетенция Комитета по аудиту включает в себя одобрения сделок между связанными сторонами. Комитет по аудиту должен иметь право получать профессиональную консультацию из внешних источников и иметь полный доступ к информации, содержащейся в документах компании.

Вох 3. Дело Сатьяма

Компания «Сатьям Компьютер Сервисез Лимитед» предложила приобрести акции компаний «Майтас Инфрастракча Лимитед» и «Майтас Пропертиз Лимитед», обе из которых находились под контролем контролирующего акционера (т.е. учредителя) Сатьяма: Рамалинги Раджу. 16 декабря 2008 года Компания «Сатьям Компьютерс» проинформировала биржу, что в этот день ее Совет директоров провел собрание, на котором одобрил предложение о приобретении 100% акций в компании «Майтас Пропертиз Лимитед» и 51% акций в компании «Майтас Инфрастракча Лимитед». В уведомлении было упомянуто, что общая цена покупки составит 1,3 млрд долл. США за акции компании «Майтас Пропертиз Лимитед» и 0,3 млрд долл. США за 51% акций компании «Майтас Инфрастракча Лимитед». Группе Рамалинги Раджу принадлежало 8,60% акций в компании «Сатьям Компьютерс» и 36,64 процента акций компании «Майтас Инфрастракча Лимитед», в то время как компания «Майтас Пропертиз Лимитед» была непубличной компанией, принадлежащей Группе Рамалинги Раджу. Некоторые СМИ ставили под вопрос действия совета директоров компании «Сатьям Компьютерс» и логическое обоснование диверсификации бизнеса компании, занятой в сфере информационных технологий, за счет входа в сектор недвижимости, а также причину выплаты огромной цены за приобретение акций, принадлежащих группе контролирующего акционера. Также СМИ ставили под сомнение роль и обязанности независимых директоров, поскольку сделка была единогласно одобрена советом директоров компании «Сатьям Компьютерс». Вследствие неблагоприятного настроения инвесторов цена американских депозитарных расписок (ADRs) компании «Сатьям Компьютерс» на Нью-Йоркской фондовой бирже (NYSE) упала на 55% с момента закрытия предыдущего дня.

Позднее, 17 декабря 2008 года, компания «Сатьям Компьютерс» сделала заявление, указав, что она решила не совершать предложенную покупку акций компаний «Майтас Пропертиз Лимитед» и «Майтас Инфрастракча Лимитед» из-за отзывов, полученных от сообщества инвесторов. 25 декабря 2008 года независимый директор сложил с себя полномочия, упомянув, что в ходе заседания совета директоров она делала оговорку в отношении соответствующей сделки, но не смогла проголосовать против и обеспечить занесение ее мнения в протокол. Также просочилась информация, что компенсационный пакет одного из независимых директоров был в семь раз больше, чем у других независимых директоров, и сильно выше среднерыночной компенсации. Выяснилось, что он оказывал консультационные услуги компании, что в принципе не позволяло ему выступать в качестве независимого директора.

После скандала с Сатьямом независимые директора в Индии осознали свою потенциальную ответственность. В результате не менее 620 независимых директоров сложили с себя полномочия в течение года после возникновения скандала (Ханна и Мэтью, 2010 год). Еще этот случай показал, что независимые директора по-прежнему сфокусированы лишь на справедливой оценке и соблюдении правил Совета по ценным бумагам и биржам Индии (SEBI) и Закона о компаниях. При этом они не проводят анализ самой хозяйственной ситуации. Более того, независимые директора по факту так и не провели оценку. Председатель утверждал, что оценка проводилась известной аудиторской компанией, что активно отрицалось крупными аудиторскими партнерствами.

Источник: адаптация ОЭСР 2012 г.

31. Аудиторы также могут играть важную роль. В некоторых юрисдикциях, включая Канаду, Францию, Гонконг и Китай (ОЭСР, 2013 год), руководители обязаны сообщать внутренним ревизорам информацию обо всех сделках между связанными лицами, а аудиторы затем обязаны оценить предложенную сделку и заранее представить информацию совету директоров. Аналогичным образом обстоят дела в США (см. Вставку 5), которые в настоящее время

предопределяют роль аудиторов в процессе предшествующей и последующей проверки сделок между связанными сторонами, что может привести к дальнейшим глобальным дебатам относительно роли и обязанностей аудиторов в процессе одобрения сделок между связанными сторонами.

Вох 4. Одобрение сделок между связанными сторонами в Италии

В Италии для одобрения сделки между связанными сторонами необходимо использовать одну из двух процедур в зависимости от степени существенности сделки. Общая процедура применяется к любой сделке между связанными сторонами, за исключением незначительных сделок; дополнительные требования применяются, если сделка между связанными сторонами является крупной (особая процедура).

Согласно общей процедуре, применяемой к сделкам, не превышающим порог существенности, необходимо, чтобы комитет незаинтересованных директоров, большинство членов которого являются независимыми директорами, высказал свое мнение относительно необходимости для компании заключить сделку и о справедливости ее условий. Мнение комитета не является обязательным для органа, отвечающего за одобрение сделок между связанными сторонами, - будь то главный исполнительный директор или совет директоров. Однако если мнение является отрицательным, информация о такой сделке должна быть раскрыта в ежеквартальном отчете. Участие независимых директоров является более значительным, когда сделка между связанными сторонами является крупной. Комитет незаинтересованных независимых директоров должен принять участие в переговорах на более раннем этапе: они должны получить необходимую информацию от руководства и высказать свое мнение. У комитета есть право вето в отношении конкретной сделки. Крупные сделки между связанными сторонами должны быть одобрены всем советом директоров по получении положительного заключения комитета независимых директоров.

Тем не менее, компании могут заключить указанную сделку, несмотря на отрицательное мнение независимых директоров, при условии созыва общего собрания акционеров и одобрения сделки большинством голосов акционеров, которые не являются связанными сторонами. Иными словами, компании могут заключить сделку между связанными сторонами, в отношении которой независимые директора высказали негативное мнение, а большинство акционеров, которые не являются связанными сторонами, проголосовали против, при условии, что такие акционеры, участвовавшие в собрании, совместно владеют менее 10 процентов акций (или менее более низкого порогового значения, которое определено в уставе компании).

В рамках обеих процедур комитет, отвечающий за предоставление заключения, может по собственному выбору привлечь для консультаций независимых экспертов (например, инвестиционный банк или юридическую фирму) за счет компании. Для незначительных сделок между связанными сторонами внутренний кодекс должен предусматривать годовой бюджет, предназначенный для таких внешних консультантов.

Источник : Бианчи и др., 2014 год.

32. Наконец, чтобы неконтролирующие акционеры могли проверить, насколько эффективно совет директоров отслеживает и одобряет сделки между связанными сторонами, в качестве передовой практики следует рассмотреть ситуацию, когда компания разрабатывает и раскрывает политику/руководство по мониторингу сделок между связанными сторонами. Вне зависимости от подхода, используемого в отдельной юрисдикции, наличие формальных процедур делает процесс более четким, особенно когда упор делается на одобрение сделок независимыми директорами. В отдельных юрисдикциях, например, в Индии и Италии, компании обычно принимают директивы в отношении процедур и политик, которые будут применяться при одобрении сделок между связанными сторонами (ОЭСР, 2012 год).

33. В некоторых случаях одобрение акционера может являться непосредственной мерой поддержания системы сдержек и противовесов. В подавляющем большинстве стран-членов ОЭСР случаи прямого одобрения акционерами сделок между связанными сторонами достаточно редки.

Такие процедуры обычно рассматриваются в качестве альтернативы или дополнения одобрений совета директоров, но, как правило, применяются лишь в отношении крупных сделок или сделок, которые предлагаются не на рыночных условиях.

34. Существуют два основных подхода к одобрению акционерами сделок между связанными сторонами. Первый и наиболее характерный подход – это так называемое “одобрение меньшинством (большинством меньшинства)», когда незаинтересованные акционеры имеют право голоса при одобрении определенных сделок, в то время как заинтересованные акционеры (в основном, владеющие контрольным пакетом акций) к голосованию не допускаются.

Вox 5. Реформа роли аудиторов в процессе проверки сделок между связанным сторонами в США

В июне 2014 года Совет по контролю за финансовой отчетностью публичных компаний (PCAOB) принял новые и измененные стандарты аудита, которые распространили процедуры аудита на сделки между связанными сторонами, существенные нестандартные сделки, финансовые взаимоотношения и сделки компании со своими руководителями. Новый стандарт для связанных сторон, Стандарт аудита № 18, требует, чтобы аудитор выполнил определенные процедуры для понимания природы взаимоотношений, а также условий и целей бизнеса (или их отсутствия) сделок между связанными сторонами, идентифицированных руководством.

Также аудиторы должны провести ряд дополнительных процедур для оценки того, насколько компания правильно идентифицировала все свои связанные стороны и сделки с такими сторонами. Новые стандарты выходят за рамки предыдущей редакции, требуя от аудитора выполнить процедуры для понимания сделок компании со своими руководителями, хотя никто не ожидает, что аудиторы проведут оценку разумности договоренностей в отношении размера компенсации.

Новый Стандарт аудита № 18 требует, чтобы аудиторы сообщали комитету по аудиту результаты своей оценки уровня идентификации компанией своих взаимоотношений и сделок со связанными сторонами, а также результаты оценки отчетности и раскрытия информации. Руководство также должно письменно подтвердить, что оно предоставило аудиторам имена/наименования всех связанных сторон, а также подтвердить, что отсутствуют какие-либо иные договоренности помимо тех, которые указаны в письменном заявлении руководства

Источник : Форум Гарвардской школы права по корпоративному управлению и финансовому регулированию, 22 июня 2014 года.

35. Второй подход существует в отдельных юрисдикциях, например, в Израиле, и заключается в том, что у контролирующего акционера есть фидуциарная обязанность перед другими акционерами и самой компанией. Соответственно, неправомерная сделка между связанными сторонами, которая противоречит интересам неконтролирующих акционеров, соответственно представляет собой нарушение обязанности, что, возможно, может помочь не допустить совершения этой сделки посредством сдерживания соответствующих акционеров. Это предполагает наличие эффективной системы правоприменения. В этом случае потенциальный истец будет освобожден от обязанности доказывать преступное или мошенническое намерение, а лишь должен будет показать, что соответствующий акционер несет фидуциарные обязанности и что он нарушил свою обязанность в отношении получения выгоды лично.

Таблица 3. Одобрение акционерами сделок между связанными сторонами

Юрисдикция	Одобрение акционерами отдельных сделок между связанными сторонами		Учитывается мнение		Требования к голосованию акционеров
	Требование	Сделки между связанными сторонами, требующие одобрения акционеров	Аудиторов	Внешних специалистов	
Австралия	Да	Не на рыночных условиях	-	-	Одобрение меньшинством
Австрия	Нет	-	-	-	-
Бельгия	Нет	-	-	-	-
Бразилия	Нет	-	-	-	-
Великобритания	Да	Нестандартные сделки	-	-	Одобрение меньшинством
Венгрия	-	-	-	-	-
Германия	Нет	-	-	-	-
Греция	-	-	-	-	-
Израиль	Да	Любое из нижеуказанного: Не на рыночных условиях; Существенная; Не в рамках обычной хозяйственной деятельности	-	-	Одобрение меньшинством
Индия	Да	Существенная сделка между связанными сторонами	-	-	Одобрение меньшинством
Испания	Нет	-	-	-	-
Италия	Да	Комитет независимых директоров отказал в одобрении	-	-	Одобрение меньшинством
Канада	Да	Не на рыночных условиях; >25% от рыночной капитализации	-	Требуется	Одобрение меньшинством
Корея	Нет	-	-	-	-
Мексика	Нет	-	-	-	-
Нидерланды	Нет	-	-	-	-
Новая Зеландия	Да	>10% от рыночной капитализации	-	Требуется	Одобрение меньшинством
Норвегия	Да	>5% уставного капитала (>10% для частных компаний с ограниченной ответственностью)	-	-	-
Польша	Нет	-	-	-	-
Португалия	Нет	-	-	-	-
США	Нет	-	-	-	-
Турция	Да	Независимые директора отказали в одобрении	-	Требуется	Одобрение меньшинством (простое большинство)
Франция	Да	Не на рыночных условиях	Требуется	-	Одобрение меньшинством
Чешская Республика	Нет	-	-	-	-
Чили	Да	Если директора отказали в одобрении	-	Требуется	2/3 большинства
Швейцария	Нет	-	-	-	-
Швеция	Нет	-	-	-	-
Эстония	Да	Не на рыночных условиях; >30% от рыночной капитализации	Требуется	-	-
Япония	Нет	-	-	-	-

Источник: Корпоративное управление: книга фактов ОЭСР; 2014 год.

36. Практически в половине юрисдикций в рамках ОЭСР предусмотрена необходимость получения одобрения акционеров в качестве дополнительной меры контроля за потенциальными злоупотреблениями при заключении сделок между связанными сторонами. Соответственно в трех странах-членах ОЭСР, а именно в Италии, Чили и Турции, одобрение акционеров необходимо лишь в случаях, когда независимые директора или соответствующий комитет независимых директоров отказал в одобрении сделки. В Великобритании ожидаемое одобрение акционеров требуется в случае заключения публичными компаниями, акции которых торгуются на премиальном сегменте рынка, нестандартных сделок между связанными сторонами.

37. В то время как одобрение меньшинством является достаточно распространенным, в некоторых юрисдикциях данный процесс может также происходить с участием регуляторов или бирж. Например, в Австралии или Новой Зеландии регулятор или биржа должны иметь возможность предоставить комментарии или одобрить предлагаемое решение большинства меньшинства. В Новой Зеландии эмитенты могут обойти требование о получении одобрения с помощью обычного решения, предусматривающего, что биржа удовлетворена тем фактом, что личный интерес связанной стороны не является существенным, или что вряд ли связанная сторона повлияла на продвижения предложения по заключению сделки, либо на ее условия (ОЭСР, 2014 год).

38. Интересно, что в странах Ближнего Востока и Северной Африки одобрение акционеров остается наиболее используемым методом одобрения сделок между связанными сторонами (ОЭСР, 2014 год). Например, в Тунисе совет директоров и внутренний ревизор обязаны представлять специальные отчеты на годовом общем собрании, которое принимает решение относительно одобрения конкретной сделки между связанными сторонами. В Кувейте, Марокко и Ливане сделки между связанными сторонами подлежат одобрению акционерами, а также должны быть проверены комитетом по аудиту или иным аналогичным органом.

1.2.3. Раскрытие информации

39. Раскрытие информации о сделках между связанными сторонами представляет собой ключевой механизм по информированию всех участников рынка о сделках компании со связанными сторонами, который соответственно позволяет оспорить одобрение, если оно было выдано ненадлежащим образом, или если сделка между связанными сторонами не рассматривалась в качестве таковой. Таким образом, раскрытие информации о сделках между связанными сторонами дополняет соответствующую регуляторную структуру и играет центральную роль в стимулировании надлежащего мониторинга со стороны акционеров и заинтересованных лиц.

40. Принципы ОЭСР подчеркивают, что раскрытие информации должно включать в себя, в частности, существенную информацию о сделках между связанными сторонами. Методология применения Принципов ОЭСР также предусматривает, что информация о сделках должна раскрываться для рынка либо индивидуально, либо на групповой основе, в том числе совершались ли эти сделки на стандартных или рыночных условиях.

41. Выбранные подходы к раскрытию информации о сделках между связанными лицами могут различаться по требованию к раскрытию информации по каждой отдельной сделке или по совокупности сделок; а также должна ли информация раскрываться незамедлительно или периодически (например, на ежеквартальной или ежегодной основе). Такие различия зависят от размера сделки, степени ее материальности, ее условий и личности контрагента.

Вох 6. Дело Группы «Догань»

В результате недостаточного правоприменения со стороны государственных органов и судов, Группа «Догань», как сообщалось, участвовала в сделках со связанными сторонами, заключенных в целях уклонения от уплаты налогов и вывода активов (Арарат и Орбей, 2006 год). Вследствие также слабого надзора со стороны совета директоров акционеры Доганя понесли убытки в результате закупки бумаги и издательских материалов по завышенным ценам компанией «Догань Газетечилик» у офшорных компаний, принадлежащих семье Догань. Контролирующие органы, а именно внешние аудиторы, также не смогли обеспечить надлежащее раскрытие информации о сделке между связанными сторонами.

В октябре 2008 года Совет по рынку ценных бумаг (СМВ) объявил, что он рекомендует предъявить судебный иск к Айдину Доганю и трем руководителям компаний «Хурриет Газетечилик» и «Догань Газетечилик» за причинение убытков акционерам в результате заключения сделок между связанными сторонами.

В сентябре 2009 года Совет по рынку ценных бумаг (СМВ) направил в Прокуратуру обвинительное заключение по указанным четырем руководителям за умышленное причинение убытков в результате закупки бумаги и издательских материалов у офшорных компаний в течение 1999-2007 гг. Данный иск последовал за штрафом в размере 3,76 млрд турецких лир (2,53 млрд долл. США), который был наложен Министерством финансов на Холдинг «Догань Яин» за уклонение от уплаты налогов в течение 2005-2007 гг.

Источник: ОЭСР, 2013 год

42. Согласно Принципам ОЭСР сделки с прямым или косвенным участием крупных акционеров (или близких членов их семей, родственников и т.д.) потенциально являются наиболее сложными видами сделок. Случаи, когда информация не раскрывалась или осуществлялось неточное раскрытие информации, например, как в известном деле Группы «Догань» (Вставка б), которое имело место в Турции в 2008, являются очевидным подтверждением данного аспекта. В некоторых юрисдикциях акционеры, владеющие всего лишь пятью процентами акций, обязаны предоставлять информацию о сделках. Учитывая характерную непрозрачность многих сделок, возможно, следует возложить на бенефициара обязанность по информированию совета директоров о сделке, что в свою очередь обеспечит раскрытие информации для рынка. Это не должно освобождать фирму от проведения собственного мониторинга, что является важной задачей совета директоров. Некоторые страны (см. Таблицу 4) приняли свои собственные локальные стандарты, которые эквивалентны МСФО 24.

43. В рамках продолжающегося пересмотра Принципов ОЭСР³, который нацелен на поддержание их высокого качества, релевантности и пользы с учетом последних изменений в корпоративном секторе и на рынке ценных бумаг, также уделено внимание вопросам сделок между связанными сторонами. Измененная редакция Принципов ОЭСР предусматривает, что в целях более подробного раскрытия информации можно различать сделки между связанными сторонами согласно степени их существенности и их условиям, устанавливая требования о текущем раскрытии информации о крупных сделках. Информация о периодических сделках, совершаемых на «рыночных условиях», раскрывается лишь в периодических отчетах, в то время как крупные сделки подпадают под требование о текущем раскрытии информации. В целях обеспечения эффективности пороговые значения существенности должны основываться на количественных и качественных критериях и могут подкрепляться направляемыми регулятору постоянными отчетами о сделках, которые не превышают порог существенности.

³<http://www.oecd.org/daf/ca/2014-review-oecd-corporate-governance-principles.htm>

Таблица 4. Раскрытие информации о сделках с заинтересованностью

Юрисдикция	Периодическое раскрытие информации		Незамедлительное раскрытие информации для отдельных сделок между связанными сторонами
	Финансовая отчетность	Дополнительное раскрытие информации	
Австралия	Локальный стандарт		
Австрия	МСФО 24	-	-
Бельгия	МСФО 24	Требуется (внутри группы)	Требуется
Бразилия	МСФО 24	Требуется (внутри группы)*	-
Великобритания	МСФО 24		Требуется
Венгрия	МСФО 24	-	-
Германия	МСФО 24	Требуется (внутри группы)*	-
Греция	МСФО 24		
Дания	МСФО 24		
Израиль	МСФО 24	Требуется	Требуется для одобрения акционерами
Индия	Локальный стандарт	Требуется	-
Индонезия	МСФО 24	Требуется	-
Ирландия	МСФО 24		
Исландия	МСФО 24		
Испания	МСФО 24	Требуется	-
Италия	МСФО 24	Требуется	Требуется
Канада	МСФО 24		Требуется для одобрения акционерами
Корея	МСФО 24	-	-
Люксембург	МСФО 24	-	-
Мексика	Локальный стандарт	Требуется	
Нидерланды	МСФО 24	-	-
Новая Зеландия	Локальный стандарт	Требуется	
Норвегия	МСФО 24	-	
Польша	МСФО 24	Требуется	-
Португалия	МСФО 24	Требуется (внутри группы)*	-
Словацкая Республика	МСФО 24	-	-
Словения	МСФО 24	Требуется (внутри группы)*	Требуется
США	US GAAP [Общепринятые принципы бухгалтерского учета]	Требуется	
Турция	МСФО 24	Требуется	Требуется
Финляндия	МСФО 24		
Франция	МСФО 24	Требуется	
Чешская Республика	МСФО 24	Требуется (внутри группы)*	-
Чили	МСФО 24	Требуется	
Швейцария	МСФО 24 или US GAAP, GAAP FER Швейцарии или Локальный стандарт	Требуется	Требуется
Швеция	МСФО 24	-	-
Эстония	МСФО 24	Требуется	Требуется
Япония	Локальный стандарт	Требуется	Требуется

Источник: Корпоративное управление: книга фактов ОЭСР; 2014 год.

44. В отношении раскрытия информации практически все страны-члены ОЭСР приняли стандарт МСФО 24 в отношении сделок между связанными сторонами. Положения о раскрытии

информации представлены во Вставке 7. Соответственно все публичные компании обязаны в соответствии с МСФО 24 ежегодно раскрывать информацию о любых сделках, заключаемых с директорами, высшим руководством и контролирующими акционерами. В Европейском Союзе, например, посредством Директивы по закону о компаниях (ЕС, 2014 год) государства-участники обязаны требовать от малых и непубличных компаний раскрывать информацию о любых крупных сделках между связанными сторонами, которые могли быть заключены на нерыночных условиях.

45. В Сравнительном исследовании ОЭСР (ОЭСР, 2012) было указано, что введение МСФО стало важным шагом к усовершенствованию финансовой отчетности и повышению прозрачности в рамках раскрытия информации о сделках между связанными сторонами. При этом в том же исследовании был сделан вывод о том, что сами по себе МСФО по отдельности не являются достаточными. В связи с этим необходимо обеспечить, чтобы во всех юрисдикциях ежеквартальное / годовое раскрытие информации сопровождалось бы требованиями о текущем раскрытии информации о крупных сделках. Также представляется, что постоянное осуществление мониторинга регулятором будет способствовать более эффективному раскрытию информации.

Вох 7. МСФО 24 о раскрытии информации о сделках между связанными сторонами

В соответствии с пунктом 18 МСФО 24:

Если между предприятием и его связанными сторонами проводились операции в течение периодов, представленных в финансовой отчетности, предприятие раскрывает характер отношений со связанными сторонами, а также информацию об операциях и остатках по ним, включая обязательства, необходимую пользователям для понимания возможного влияния таких отношений на финансовую отчетность. (...). Раскрываемая информация должна включать, как минимум, следующее:

(а) сумму операций; (b) сумму остатков по таким операциям, включая обязательства, условия и гарантии (...); (c) резервы по сомнительным долгам, относящиеся к остаткам по операциям со связанными сторонами; и (d) затраты, признанные в течение периода в отношении безнадежных или сомнительных долгов связанных сторон.

Согласно пункту 19 информация, раскрытия которой требует пункт 18, раскрывается отдельно по следующим категориям:

(а) материнское предприятие; (b) предприятия, осуществляющие совместный контроль над предприятием или имеющие значительное влияние на него; (c) дочерние предприятия; (d) ассоциированные предприятия; (e) совместное предприятие, участником которого является предприятие; (f) старший руководящий персонал предприятия или его материнского предприятия; и (g) другие связанные стороны.

В соответствии с пунктом 21 Стандартов ниже приведены примеры операций, которые необходимо раскрывать, если они проводятся со связанными сторонами: (а) закупки или продажи товаров (готовых или незавершенных); (b) закупки или продажи имущества и других активов; (c) оказание или получение услуг; (d) операции аренды; (e) передача исследований и разработок; (f) передача прав по лицензионным соглашениям; (g) передача средств по договорам финансирования (в том числе кредиты и взносы в капитал в денежной или в натуральной форме); (h) предоставление гарантий или обеспечения; (i) обязательства предпринять какие-либо действия в том случае, если определенное событие возникнет или не возникнет в будущем, в том числе договоры в стадии исполнения (признанные и непризнанные); и (j) расчеты по обязательствам от имени предприятия или расчеты самого предприятия от имени связанной стороны.

Согласно пункту 23, информация о том, что операции со связанными сторонами проводились на условиях, идентичных условиям, на которых проводятся операции между несвязанными сторонами, раскрывается только в случае, если такие условия можно обосновать.

Источник: МСФО 24

46. Некоторые страны, включая Великобританию, требуют незамедлительного раскрытия информации о любых существенных сделках между связанными сторонами, как только их условия становятся понятными (ОЭСР, 2014b). Италия приняла пропорциональный подход к раскрытию информации, дифференцировав существенные и несущественные сделки. В то время как незамедлительное раскрытие информации требуется в отношении сделок, которые превышают порог существенности (5% или 2,5% для пирамидальных структур). Более того, в юрисдикциях, принявших «немецкую модель», контролирующая компания берет на себя ответственность за свои действия, наносящие ущерб другой компании группы, выплачивая необходимую компенсацию. В этой связи раскрытие информации является ключевым аспектом. Сначала должна быть раскрыта информация о негативных последствиях любого влияния со стороны материнской компании, затем должен быть проведен аудит и наконец выплачена компенсация. Например, в соответствии с Законом Германии об акционерных обществах (§ 117 VII и § 311, Aktiengesetz) компенсация должна быть рассчитана в том же финансовом году. В связи с этим правление контролируемой компании должно подготовить отчет об отношениях с другими компаниями группы с описанием всех внутргрупповых сделок компании и раскрытием информации о причитающемся размере компенсации. Такой «отчет о зависимости» (Abhängigkeitsbericht) должен пройти проверку у аудитора и быть одобрен наблюдательным советом, который отчитывается перед собранием акционеров.

47. Наконец, существует ряд исключений из требований к раскрытию информации, которые применяются к предприятиям с государственным участием, которые преобладают в азиатских странах, а также в России. В соответствии с МСФО 24 (параграф 25) отчитывающееся предприятие освобождается от применения требований к раскрытию информации, изложенных в пункте 18, в отношении операций со связанными сторонами и остатками по таким операциям, включая обязательства, если отношения между связанными предприятиями обусловлены тем, что (a) правительство осуществляет контроль, совместный контроль над отчитывающимся предприятием или имеет значительное влияние на него; и (b) существует другое предприятие, которое является связанной стороной, потому что одно и то же правительство осуществляет контроль, совместный контроль над отчитывающимся и другим предприятием или имеет значительное влияние на них. Поскольку государства могут осуществлять контроль в отношении многих лиц, а объем сделок между ними может быть весьма существенным и важным, это является важной мерой, направленной на избежание слишком обременительного по объему раскрытия информации.

48. Тем не менее, данное исключение не подразумевает под собой исключение из других ключевых элементов регулирования сделок между связанными сторонами, а именно i) четкое обозначение их в качестве сделок между связанными сторонами и ii) прохождение через соответствующие процедуры одобрения. В связи с этим пункт 26 МСФО 24 предусматривает, что если отчитывающееся предприятие применяет освобождение от применения требований, предусмотренное в пункте 25, оно должно раскрыть следующую информацию: (a) правительство и характер его отношений с отчитывающимся предприятием, а также характер и сумму каждой операции, которая является значительной сама по себе; и в отношении других операций, которые являются значительными не по отдельности, а в совокупности, - качественные или количественные показатели их масштаба.

2. РОССИЙСКИЙ ОПЫТ

49. В России сделки с заинтересованностью бесспорно остаются ключевым вопросом в сфере корпоративного управления. Поэтому в данном Разделе будет дано описание применимого законодательства в отношении определений, процедур одобрения и раскрытия информации о сделках с заинтересованностью и будут обозначены остающиеся пробелы с указанием конкретных примеров. Более того, также будет представлена недавняя история реформ Гражданского кодекса. В России понятие «сделки между связанными сторонами» (related party transactions) используется в законодательстве о бухгалтерском учете и отчетности⁴. При этом его содержание не совпадает с содержанием термина «сделки с заинтересованностью», т.е. сделка, признаваемая сделкой между связанными сторонами в соответствии с законодательством о бухгалтерском учете, может не являться сделкой с заинтересованностью в понимании корпоративного законодательства. В связи с этим далее по тексту, когда речь будет вестись о корпоративных процедурах, будет использован термин «сделки с заинтересованностью».

2.1. Действующее регулирование

50. В России сделки с заинтересованностью, бесспорно, остаются одной из главных нерешенных проблем корпоративного управления. Этот раздел освещает действующее регулирование применимых определений, порядка одобрения и раскрытия сделок с заинтересованностью и иллюстрирует оставшиеся лазейки на примере конкретных дел. Кроме того, он также повествует о реформе Гражданского кодекса, проводившейся в недавнем прошлом.

51. Особый правовой режим совершения сделок с заинтересованностью или, как они чаще всего именуется в европейских правовых системах, «сделки с конфликтом интересов» прямо предусмотрен в отношении целого ряда организационно-правовых форм юридических лиц:

- акционерных обществ (глава XI Федерального закона от 26.12.1995 N 208-ФЗ «Об акционерных обществах»);
- обществ с ограниченной ответственностью (ст. 45 Федерального закона от 08.02.1998 N 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»)
- государственных и муниципальных унитарных мероприятий (ст. 22 Федерального закона от 14.11.2002 N 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях»).

52. Более того, как разъяснено в п. 13 Постановления Пленума ВАС РФ от 16.05.2014 N 28 «О некоторых вопросах, связанных с оспариванием крупных сделок и сделок с заинтересованностью» (далее – «Постановление Пленума ВАС РФ О сделках с заинтересованностью»), правовой режим сделок с заинтересованностью распространяется на все иные коммерческие и некоммерческие организации если иное не предусмотрено законом или не вытекает из существа отношений.

53. Между тем, в дальнейшем изложение проблем, связанных с применением в российском праве института сделок с заинтересованностью, будет производиться на примере сделок акционерных обществ, поскольку именно в отношении них сформировано наибольшее количество прецедентов в судебной практике.

⁴ п. 5 Положения по бухгалтерскому учету «Информация о связанных сторонах» (ПБУ 11/2008) (более подробно см. далее)

2.1.1. Определения

54. Хотя понятие сделок с заинтересованностью существует в российском законодательстве в течение длительного времени, до настоящего времени отсутствует единый законодательный акт, в котором давалось бы определение всех соответствующих терминов. Для юридических терминов, используемых в нормах о сделках с заинтересованностью, по-прежнему характерна некоторая двусмысленность. Неудобство создает то, что определения разбросаны по нескольким законодательным актам, что осложняет понимание их соотношения между собой и затрудняет правильное применение положений о сделках с заинтересованностью как для практикующих юристов, так и для судей. Некоторые из наиболее острых вопросов в этой области обсуждаются более подробно в разделах 3.2.1 и 3.2.2 ниже.

55. Определение заинтересованного лица дается в п. 1 ст. 81 Федерального закона от 26.12.1995 N 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (далее – «ФЗ Об акционерных обществах»): лица, входящие в органы управления общества, акционер, имеющий совместно с его аффилированными лицами 20 и более процентов голосов, лица, имеющего право давать обществу обязательные указания, если они, их супруги, родители, дети, полнородные и неполнородные братья и сестры, усыновители и усыновленные и (или) их аффилированные лица:

- являются стороной, выгодоприобретателем, посредником или представителем в сделке;
- владеют в отдельности или в совокупности 20 и более процентами акций (долей) стороны, выгодоприобретателя, посредника или представителя в сделке;
- занимают должности в органах управления юридического лица (его управляющей компании), являющегося стороной, выгодоприобретателем, посредником или представителем в сделке;
- в иных случаях, определенных уставом общества.

56. Институт аффилированности, на необходимость применения которого при определении заинтересованности прямо указывает процитированное выше положение, регулируется Законом РСФСР от 22.03.1991 N 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» (далее – «Закон РСФСР О конкуренции»). Все положения данного закона за исключением норм об аффилированных лицах отменены почти 10 лет и в настоящее время не действуют. При этом в законодательстве о защите конкуренции термин «аффилированные лица» в настоящее время не используется.

57. Аффилированные лица определяются в указанном законе как физические и юридические лица, способные оказывать влияние на деятельность юридических и (или) физических лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность. Перечень таких лиц носит исчерпывающий характер и включает в себя следующие случаи аффилированности (см. Приложение 1)

58. Выгодоприобретатель⁵ - не являющееся стороной в сделке лицо, которое может быть освобождено от обязанностей перед обществом или третьим лицом, либо получает права по данной сделке (в частности, выгодоприобретатель по договорам страхования, доверительного управления имуществом, бенефициар по банковской гарантии, третье лицо, в пользу которого заключен договор в соответствии со статьей 430 ГК РФ), либо иным образом извлекает имущественную выгоду, например, получив статус участника опционной программы общества, либо является

⁵ См. п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ О сделках с заинтересованностью.

должником по обязательству, в обеспечение исполнения которого общество предоставляет поручительство либо имущество в залог.

59. Спецификой российского регулирования является существование двух различающихся институтов: незаинтересованный директор и независимый директор. По общему правилу, сделка одобряется директорами, не заинтересованными в ее совершении (о критериях «заинтересованности» см. выше). Для обществ с числом владельцев голосующих акций более 1000 вводится дополнительное требование. Одобряющий сделку директор должен быть не только незаинтересованным, но и независимым. ФЗ «Об акционерных обществах» предусматривает следующий перечень критериев независимости директора, который является закрытым:

- директор и его родственники в течение года до одобрения не должны занимать должности генерального директора и члена правления общества, а также занимать должности в органах управления управляющей организации общества;
- директор в течение года до одобрения не должен являться аффилированным лицом общества (единственное исключение – он мог быть членом совета директоров общества). Таким образом, под «независимым директором» понимается лицо, которое или родственники которого не связано каким-либо существенным образом с самим обществом.

60. Критерии «независимости» директора в ФЗ «Об акционерных обществах» явно не учитывают всех возможных связей. Более прогрессивное и гибкое определение «независимого директора» содержит недавно принятый Кодекс корпоративного управления⁶ не может считаться независимым директор, который связан с обществом, его существенным акционером, существенным контрагентом или конкурентом общества или связан с государством (п. 2.4.1). Однако Кодекс всего лишь отражает стандарты «лучшей практики» корпоративного управления и носит рекомендательный характер.

61. Свои критерии независимости установлены для директоров в советах обществ, чьи бумаги торгуются на Московской фондовой бирже⁷. В частности в них учитываются следующие типы связей:

- возможность осуществления как прямого, так и косвенного контроля, как единолично, так и по любым видам соглашений с иными лицами;
- совместное проживание и ведение общего хозяйства физическими лицами;
- трудовые отношения с обществом, его существенным акционером, а также с существенным контрагентом общества;
- получение вознаграждения или любой экономической выгоды, в том числе в виде фактического дохода и т.д.

62. Вместе с тем, как и в случае с Кодексом корпоративного управления при одобрении сделок с заинтересованностью и рассмотрении исков судами критерии Московской биржи использованы быть не могут. Они лишь служат ориентиром для законодателя при разработке поправок к ФЗ «Об акционерных обществах». В итоге, поскольку в одобрении сделки принимают участие директора, признаваемые независимыми действующим законодательством, но, исходя из

⁶ Письмо Банка России от 10.04.2014 N 06-52/2463 "О Кодексе корпоративного управления".

⁷ Правила листинга ЗАО "ФБ ММВБ" Утверждены Советом директоров ЗАО "ФБ ММВБ" 31.07.2014г. (Протокол № 4).

наилучшей практики корпоративного управления, в действительности таковыми не являющиеся, процедура одобрения сделки советом директоров во многом обесценивается.

63. Важным также является вопрос о распространении норм о сделках с заинтересованностью на отдельные виды договоров, которые могут заключаться обществом в процессе его хозяйственной деятельности. Согласно п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ О сделках с заинтересованностью положения о сделках с заинтересованностью подлежат применению при заключении трудового договора, а также мирового соглашения. При этом, однако, не может рассматриваться в качестве сделки с заинтересованностью выдача доверенности, поскольку нормы ст. 81 ФЗ «Об акционерных обществах» применяются только к многосторонним сделкам (договорам)⁸.

2.1.2. Процедура одобрения

64. Процедуры одобрения являются, по большей части, наименее сложным вопросом, когда дело доходит до реализации положений о сделках с заинтересованностью. Как сами процедуры, так и описание потенциальных рисков, связанных с их несоблюдением, прочно закреплены в законах, посвященных отдельным видам юридических лиц, а также в Гражданском кодексе Российской Федерации («ГК РФ»), а в судебной практике не было случаев, которые бы существенно расходились с буквой закона. Существуют, однако, некоторые практические трудности (как это описано ниже), связанные с возмещением ущерба заинтересованными сторонами, в случае когда процедура была нарушена в их интересах.

65. Совершение сделки с заинтересованностью с соблюдением требований действующего законодательства предполагает два основных этапа: определение цены совершения сделки и само ее одобрение органами управления общества. Согласно п. 7 ст. 83 и ст. 77 ФЗ «Об акционерных обществах» цена или условия определения цены (например, верхний и нижний предел⁹) отчуждаемых либо приобретаемых имущества или услуг на основании сделки с заинтересованностью определяется советом директоров общества исходя из их рыночной стоимости. Определение надлежащего органа общества, который уполномочен рассматривать вопрос об одобрении сделки с заинтересованностью, зависит преимущественно от балансовой стоимости предмета сделки (ст. 83 ФЗ «Об акционерных обществах»).

66. Совет директоров общества одобряет сделки с заинтересованностью только в том случае, если их предметом является имущество, балансовая стоимость которого составляет менее 2 % активов общества. При этом, в зависимости от количества акционеров общества, процедура одобрения сделки на совете директоров различается. В случае, если число акционеров общества 1000 и менее, то решение принимается большинством голосов незаинтересованных директоров (о критериях «заинтересованности» см. выше). Необходимо, чтобы количество незаинтересованных директоров составляло не менее определенного уставом кворума для проведения заседания совета директоров. В противном случае сделка выносится на рассмотрение общего собрания акционеров.

67. В том случае, если число акционеров общества составляет более 1000, то решение принимается большинством голосов (i) независимых директоров, которые (ii) не заинтересованы в совершении сделки. Таким образом, помимо требования об отсутствии заинтересованности в сделке введено дополнительное требование о независимости директора (о неудачном определении независимого директора в ФЗ «Об акционерных обществах» уже было сказано выше). При этом, достаточно, чтобы в совете был хотя бы один независимый, незаинтересованный директор. Он будет вправе одобрить сделку.

⁸ Постановление ФАС Центрального округа от 16.09.2010 по делу N А08-8100/2009-30.

⁹ См. п. 7 Постановления Пленума ВАС РФ О сделках с заинтересованностью.

68. Решение об одобрении сделки принимается общим собранием большинством голосов всех незаинтересованных акционеров в следующих случаях:

	Стоимость предмета сделки больше 2 % активов	Стоимость предмета сделки меньше 2 % активов
В обществе с числом акционеров 1000 и мене	Во всех случаях.	Если количество незаинтересованных директоров не образует кворума для проведения заседания.
В обществе с числом акционеров более 1000	Во всех случаях.	Если все члены совета признаются заинтересованными лицами и (или) не являются независимыми директорами.

69. Несоблюдение порядка совершения сделки с заинтересованностью влечет следующие последствия :

70. Во-первых, совершенная с нарушением закона сделка с заинтересованностью может быть признана недействительной по иску общества или акционера с возвратом сторонами сделки всего переданного друг другу в натуре или денежном эквиваленте (п. 1 ст. 84 ФЗ «Об акционерных обществах»).

71. В соответствии с п. 2 ст. 181 ГК РФ течение срока исковой давности по требованию о признании недействительной такой сделки начинается со дня, когда истец узнал или должен был узнать об обстоятельствах, являющихся основанием для признания сделки недействительной. В п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ О сделках с заинтересованностью установлена презумпция, что акционер должен был узнать о совершении сделки с нарушением требуемого порядка не позднее даты проведения годового общего собрания акционеров по итогам года, в котором была совершена оспариваемая сделка, если из предоставившихся при проведении этого собрания материалов можно было сделать вывод о совершении такой сделки (например, если из бухгалтерского баланса следовало, что изменился состав основных активов по сравнению с предыдущим годом).

72. При этом, ранее Конституционным Судом РФ был сформирован подход, согласно которому срок исковой давности по оспариванию сделок с заинтересованностью начинает течь с момента, когда истец узнал или реально имел возможность узнать не только о факте совершения сделки, но и об обстоятельствах, свидетельствующих о том, что сделка является сделкой с заинтересованностью, в частности о заинтересованном лице¹⁰.

73. Во-вторых, лица, заинтересованные в сделке, в случае ее совершения с нарушением установленного порядка обязаны по иску общества или акционера возместить обществу причиненные такой сделкой убытки (п. 2 ст. 84 ФЗ «Об акционерных обществах»). В случае, если ответственность несут несколько лиц, их ответственность перед обществом является солидарной. Следует отметить, что данное специальное основание ответственности применимо только к тем лицам, которые признаются заинтересованными в совершении сделки. Члены совета директоров или правления общества, голосовавшие «за» по вопросу об одобрении сделки, даже если они не были заинтересованы в ее совершении могут быть привлечены к самостоятельной ответственности за убытки на основании ст. 71 ФЗ «Об акционерных обществах» в связи с нарушением обязанности действовать разумно и добросовестно в интересах общества.

¹⁰ Постановление Конституционного суда РФ от 10 апреля 2003 г. № 5-П.

74. Привлечь к ответственности акционера, голосами которого была одобрена сделка с заинтересованностью, в том случае, если он не являлся лицом, заинтересованным в ее совершении, весьма затруднительно. Данный иск может быть предъявлен только к юридическому лицу, которое признается «основным обществом» в смысле ст. 6 ФЗ «Об акционерных обществах»: *«общество признается дочерним, если другое (основное) хозяйственное общество (товарищество) в силу преобладающего участия в его уставном капитале [обычно под преобладающим участием понимается контрольный (более 50%) пакет голосующих акций], либо в соответствии с заключенным между ними договором, либо иным образом имеет возможность определять решения, принимаемые таким обществом»*. Также истцу будет необходимо доказать, что основное общество, одобряя сделку, заведомо знало о ее невыгодности (т.е. действовало с прямым умыслом). Исковая давность по искам о возмещении убытков составляет три года.

2.1.3. Раскрытие

75. С тем, чтобы затронутые лица были осведомлены о потенциальных сделках с заинтересованностью, к компаниям и их аффилированным лицам применяется множество требований по раскрытию информации на разных уровнях и с помощью различных источников. Они в основном служат своей цели, однако иногда эти требования нарушаются лицами, действующими недобросовестно, которым выгодно избежать процедуру одобрения. Это происходит из-за того, что наказание носит исключительно денежный характер и при этом штрафы весьма ограничены по суммам.

76. Требования к раскрытию информации, связанной с совершением сделок с заинтересованностью, обращены как с заинтересованному лицу, так и к обществу, которое заключает сделку. Статья 82 ФЗ «Об акционерных обществах» устанавливает для лиц, которые потенциально могут быть признаны заинтересованными в совершении обществом сделки (т.е. для членов органов управления общества, акционеров, владеющих совместно с аффилированными лицами 20 и более процентов голосующих акций общества и т.д.), обязанность уведомлять общество о своем участии в уставном капитале других организаций, должностях в их органах управления, а также о сделках, текущих или будущих, в которых они могут быть признаны заинтересованными. Уведомление направляется совету директоров общества, ревизионной комиссии общества, а также его аудитору. Публичному раскрытию или предоставлению в контрольные органы данная информация не подлежит.

77. Непредставление соответствующей информации может являться основанием для привлечения указанных выше лиц к ответственности за убытки, возникшие у общества в результате совершения сделки с заинтересованностью. Помимо этого любое лицо, нарушившее обязанность по предоставлению информации, указанной в ст. 82 ФЗ «Об акционерных обществах», может быть привлечено к административной ответственности в виде штрафа согласно ст. 15.19 Кодекса об административных правонарушениях. Поскольку законодательством установлено требование о предварительном одобрении сделок с заинтересованностью, чтобы избежать нарушения информация о конфликте интересов должна быть раскрыта до совершения соответствующей сделки.

78. Объем информации, раскрываемой самим обществом, различается в зависимости от того, является ли оно в соответствии с законодательством о рынке ценных бумаг публичным или непубличным. Раскрытие информации осуществляется путем публикации сообщения и (или) текста соответствующего документа на официальном сайте общества в сети «Интернет», либо в ленте новостей уполномоченного информационного агентства¹¹. Любое заинтересованное лицо также

¹¹ См. например, <http://www.e-disclosure.ru/>

вправе требовать предоставления ему копии соответствующего документа с возмещением расходов общества на ее изготовление.

79. Для публичных акционерных обществ, акции которых публично размещаются или обращаются, установлены требования о раскрытии сведений о совершенных (то есть раскрытие *ex post*) сделках с заинтересованностью:

- в форме сообщений о существенных фактах (сообщение о факте раскрывается в срок не позднее двух дней с момента наступления существенного факта);

- в ежеквартальном отчете (текст отчета раскрывается в срок не позднее 45 дней с даты окончания соответствующего квартала);

- в проспекте ценных бумаг (текст проспекта раскрывается в срок не позднее двух дней с момента получения обществом уведомления о регистрации проспекта Центральным банком РФ);

- в годовом отчете (текст отчета раскрывается в срок не позднее двух дней с даты составления протокола общего собрания акционеров, на котором принято решение об утверждении отчета);

- в отчете или уведомлении об итогах выпуска ценных бумаг в части сделок с заинтересованностью, совершенных в процессе размещения ценных бумаг (текст отчета или уведомления раскрывается в срок не позднее двух дней с момента получения обществом уведомления о регистрации соответствующего документа Центральным банком РФ)¹².

80. Непубличные акционерные общества раскрывают сведения о сделках с заинтересованностью в годовом отчете, а также в отчете об итогах выпуска ценных бумаг. Перечень сделок с заинтересованностью и состав сведений о них, подлежащие раскрытию, разнятся в зависимости от документа. В годовом отчете раскрываются все без исключения сделки с заинтересованностью, совершенные в течение отчетного года, с указанием по каждой сделке заинтересованного лица (лиц), существенных условий и органа управления акционерного общества, принявшего решение о ее одобрении.

81. В форме сообщений о существенных фактах раскрываются сведения о разовых фактах совершения сделок с заинтересованностью: для компаний с балансовой стоимостью активов менее 100 млрд. рублей – если размер сделки составляет не менее 500 млн. рублей или 2% от балансовой стоимости активов; для компаний с балансовой стоимостью активов более 100 млрд. рублей, если размер сделки составляет не менее 1% от балансовой стоимости активов. Сведения о менее значительных по размеру сделках с заинтересованностью раскрываться не должны. В сообщении указывается максимально подробная информация о сделке, в частности, размер сделки, содержание сделки, срок исполнения обязательств по сделке, стороны и выгодоприобретатели по сделке, сведения об одобрении сделки.

82. Раскрытию в форме сообщения о существенном факте подлежат также сведения о принятии советом директоров решения об одобрении сделки с заинтересованностью. Поскольку сделка с заинтересованностью подлежит предварительному одобрению, соответствующий существенный факт должен быть раскрыт обществом до ее совершения (раскрытие *ex ante*). Однако в целях обеспечения коммерческих интересов сторон сделки допускается не раскрывать

¹² Приказ ФСФР России от 04.10.2011 N 11-46/пз-н "Об утверждении Положения о раскрытии информации эмитентами эмиссионных ценных бумаг", п. 3 ст. 25, ст. 30 Федерального закона от 22.04.1996 N 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг».

информацию об ее условиях и сторонах до момента совершения сделки (т.е. информация раскрывается ex post).

83. В ежеквартальном отчете и в проспекте ценных бумаг раскрываются обобщенные сведения о количестве и объеме в денежном выражении совершенных сделок с заинтересованностью за отчетный квартал и за последние 5 лет, соответственно. Подробная информация о сделках или группе взаимосвязанных сделок с заинтересованностью (стороны сделки, предмет сделки, иные существенные условия, заинтересованное в сделке лицо и основания его заинтересованности и т.д.) раскрывается в данных документах в двух случаях:

- если цена сделки составляет 5 и более процентов балансовой стоимости активов эмитента;
- если сделка требовала одобрения, но не была одобрена уполномоченным органом управления эмитента.

84. Помимо раскрытия информации, связанной с совершением сделок с заинтересованностью, любое акционерное общество обязано ежеквартально публиковать в виде отдельного списка информацию о своих аффилированных лицах, а также сообщать об изменениях, которые произошли в составе его аффилированных лиц. Тексты изменений, произошедших в списке аффилированных лиц, должны быть опубликованы обществом не позднее двух рабочих дней с даты внесения соответствующих изменений в этот список¹³. В список аффилированных с обществом лиц попадают все лица, которые входят в одну группу с обществом.

85. Список аффилированных лиц составляется самим обществом. Аффилированные лица общества обязаны в письменной форме уведомить общество о принадлежащих им акциях общества с указанием их количества и категорий (типов) не позднее 10 дней с даты приобретения акций (ст. 92 ФЗ «Об акционерных обществах»).

86. Для целей составления списка аффилированных лиц обществом также используется информация, предоставляемая членами органов управления и акционерами в соответствии с упомянутой выше ст. 82 ФЗ «Об акционерных обществах». Кроме того, законодательством о рынке ценных бумаг установлены дополнительные требования в части предоставления информации акционерами публичных обществ. Так, например, акционер, владеющий свыше 5 % голосов, обязан уведомлять публичное общество о наличии у него контролирующего лица. Аналогично обязанность предоставить информацию налагается на лицо, которое приобрели или утратило право прямо или косвенно, самостоятельно или совместно с иными лицами, право распоряжаться 5, 10, 15 и т.д. процентами голосов в обществе¹⁴. Раскрытие списка аффилированных лиц осуществляется обществом в сети Интернет.

87. Аффилированное лицо, виновно непредставившее или несвоевременно представившее обществу информацию, обязано возместить ему возникший имущественный ущерб (ст. 93 «ФЗ Об акционерных обществах»). Дополнительно такое лицо может быть привлечено к административной ответственности в виде штрафа в соответствии ст. 15.19 Кодекса об административных правонарушениях.

88. Ответственности в виде административного штрафа в размере до 1 000 000 рублей может быть подвергнуто и само общество в случае непубликации списка аффилированных лиц или

¹³ П. 8.5 Приказа ФСФР России от 04.10.2011 N 11-46/пз-н "Об утверждении Положения о раскрытии информации эмитентами эмиссионных ценных бумаг"

¹⁴ См. ст. 30 Федерального закона от 22.04.1996 N 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг».

указания в нем недостоверной информации. При этом, оценивая степень вины общества при обнаружении в списке недостоверных данных, суды и контролирующие органы руководствуются закрепленным в ст. 93 ФЗ «Об акционерных обществах» принципом – список аффилированных лиц должен содержать сведения, которые известны или должны быть известны этому акционерному обществу. В том случае, если акционер не желает раскрывать свою аффилированность с обществом и не предоставляет ему соответствующую информацию, общество не может быть привлечено к административной ответственности за невключение такого недобросовестного акционера в список. Учитывая, что размер установленных за данный вид нарушения штрафов носит несущественный характер для крупного бизнеса¹⁵, недобросовестному акционеру зачастую выгодно уплатить штраф, однако продолжать скрывать свою аффилированность с обществом.

89. Наряду с требованиями корпоративного законодательства и законодательства о рынке ценных бумаг по раскрытию информации об аффилированных лицах существуют также требования законодательства о бухгалтерском учете по раскрытию операций между «связанными сторонами» в пояснительной записке к годовой бухгалтерской отчетности¹⁶. Понятие «связанных сторон» обладает своей спецификой. «Связанными сторонами» признаются лица, способные оказывать влияние на деятельность организации, составляющей бухгалтерскую отчетность (далее – «Организация»), или на деятельность которых такая Организация способна оказывать влияние, в частности:

- лицо и Организация, которые являются аффилированными лицами;
- лицо и Организация, которые участвуют в совместной деятельности (деятельность, совместно контролируемая двумя или большим числом сторон¹⁷);
- Организация и негосударственный пенсионный фонд, который действует в интересах работников такой организации или ее связанной стороны.

90. Однако даже при наличии у организации связанных сторон информация о них раскрывается не в каждом случае, а только в перечисленных ниже:

- Организация контролируется или на нее оказывается значительное влияние каким-либо лицом;
- Организация контролирует или оказывает значительное влияние на юридическое лицо;
- Организация и юридическое лицо контролируются или на них оказывается значительное влияние (непосредственно или через третьи юридические лица) одним и тем же лицом или одной и той же группой лиц.

91. В отличие от акционерного и антимонопольного законодательства, законодательство о бухгалтерском учете оперирует терминами (контроль, значительное влияние), которые являются крайне гибкими и сформулированы в виде открытого перечня. Например, установлено, что значительное влияние, в том числе косвенное, может иметь место в силу участия в уставном капитале, положений учредительных документов, заключенного соглашения, участия в

¹⁵ 1000 - 2000 рублей для физических лиц, 10 000 – 20 000 рублей для должностных лиц, 300 000 – 500 000 рублей для юридических лиц.

¹⁶ Приказ Минфина РФ от 29.04.2008 N 48н "Об утверждении Положения по бухгалтерскому учету "Информация о связанных сторонах" (ПБУ 11/2008)"

¹⁷ Абз. 5 п. 3 МСФО (IAS) 28 "Инвестиции в ассоциированные и совместные предприятия", утв. Приказом Минфина России от 18.06.2012 N 106н

наблюдательном совете и других обстоятельствах. Несмотря на очевидные преимущества критериев связанности сторон перед описанными выше критериями заинтересованности и аффилированности, в регулировании корпоративных отношений они не применяются.

2.2. Текущие пробелы и проблемы с примерами из судебной практики

92. Имеющиеся в российском правовом порядке пробелы в регулировании сделок с заинтересованностью являются крайне существенными. Несмотря на то, что цель данного института - исключить возможность для лиц, оказывающих существенное влияние на деятельность общества, осуществлять управление обществом в своих личных интересах, вразрез с интересами всех или части акционеров, именно сделки с заинтересованностью уже много лет являются основным способом вывода активов в российской бизнес практике. При этом следует подчеркнуть, что в связи с крайне высокой степенью концентрации акционерного капитала в России большинство злоупотреблений осуществляется не менеджментом общества в своих личных интересах, а мажоритарным акционером посредством полностью контролируемого менеджмента в ущерб миноритариям.

93. Можно выделить пять основных проблем, препятствующих полноценному функционированию института сделок с заинтересованностью в России.

94. Во-первых, критерии признания лица «заинтересованным в совершении сделки» крайне формальны. Для определения круга лиц, заинтересованных в сделке, законодатель использует термин «аффилированное лицо», заимствованный из антимонопольного законодательства и (согласно его толкованию в судебной практике) предусматривающий закрытый перечень связей, при наличии которых лица признаются аффилированными. Содержание термина «аффилированное лицо» не менялось с 90-х годов, не учитывает всех возможных ситуаций связанности лиц и конфликта интересов и в отличие от аналогичных институтов в законодательствах Германии и Франции не содержит положения, позволяющего учесть наличие реальных связей за рамками прямо предусмотренных презумпций. В частности, как отмечалось в представленном на Совете Федерации РФ докладе¹⁸ «... гражданское законодательство пошло по иному пути, не обращая внимание на цель регулирования... было взято за основу понятие «аффилированных лиц» изначально установленное в антимонопольном законодательстве для иных целей... Как следствие, как нормы о сделках с заинтересованностью, так и нормы об обязательном предложении утратили свое первоначальное предназначение – исключать реальный конфликт интересов, а стали формальным требованием».

95. Недостатки текущего регулирования позволяют недобросовестным лицам как обеспечивать одобрение сделки с заинтересованностью через волеизъявления подконтрольных им лиц (акционеров и (или) директоров), так и в принципе не одобрять сделку в связи с тем, что формальным признакам заинтересованности она не отвечает.

96. Во-вторых, следует признать неудачным использование в определении «заинтересованных лиц» термин «орган управления», который явно недостаточен для охвата всех случаев конфликта интересов. В-третьих, использование оффшорных компаний, бенефициары которых неизвестны, для совершения или одобрения сделок с заинтересованностью. В-четвертых, отсутствие корпоративного контроля за сделками с заинтересованностью, которые совершаются дочерними обществами.

¹⁸ Стр. 6 «Понятие «аффилированных лиц» в российском и зарубежном праве в свете предлагаемых поправок в проект ГК РФ», Debevoise and Plimpton LLP, 4 июня 2013 г.

97. В-пятых, несправедливое распределение бремени доказывания между сторонами спора. Так, судебная практика возлагает на оспаривающего сделку акционера, чьи возможности по сбору доказательств крайне ограничены (например, он не вправе требовать документы о деятельности дочерних обществ, что затрудняет проверку оценки их долей (акций) в случае отчуждения, не вправе требовать первичные документы бухгалтерского учета и не всегда за ним признается право требовать предоставления договоров, заключенных обществом), обязанность доказать невыгодность для общества совершенной сделки. Такая обязанность возлагается на акционера даже в том случае, если общество никак не обосновало цену сделки с заинтересованностью. Зачастую реализация подобного бремени связана с необходимостью нести крайне существенные дополнительные расходы, например, заказывать отчет об оценке (более подробно см. п. 2.2.5).

98. Ниже данные проблемы будут рассмотрены на конкретных примерах с иллюстрациями из судебной практики.

2.2.1. Недостатки существующих определений «аффилированное лицо» и «группа лиц»

99. 96. Для того чтобы определить лиц, заинтересованных в совершении сделки, законодательство оперирует термином «аффилированное лицо», который был позаимствован у антимонопольного законодательства (в соответствии с его толкованием в судебных делах) и предусматривает исчерпывающий перечень связей, в результате которых возникают лица, признанные аффилированными. Определение термина «аффилированное лицо» остается неизменным с 1990-х годов. Он не отражает ни всех возможных связей, которые могут существовать между лицами, ни всех возможных конфликтов интересов. Также, в отличие от аналогичных немецкого и французского законов, российское законодательство не содержит положения, позволяющего учитывать фактические отношения и связи, которые не попадают в перечень законодательно установленных презумпций аффилированности.

100. 97. Недостатки существующего регулирования позволяют недобросовестным лицам добиваться того, чтобы подконтрольные им лица (акционеры и / или директора) одобряли либо даже избегать такого одобрения из-за того, что сделки не подпадают под формальные критерии, предъявляемые к сделкам с заинтересованностью.

101. По логике законодателя, ограниченный перечень лиц, признаваемых заинтересованными в совершении сделки, должен был быть расширен через указание на их аффилированных лиц и лиц, составляющих с ними одну группу, т.е. посредством сочетания институтов корпоративного и антимонопольного права. Между тем, ни институт аффилированности, ни институт группы лиц полностью возложенную на них задачу не выполняет. Это связано с тем, что данные институты создавались в рамках антимонопольного права и не учитывают специфику корпоративных отношений. При этом данными институтами также используются формальные и крайне негибкие определения («what is not in the law does not exist»). Наличие или отсутствие связи между лицами определяется исключительно на основе того же формального и исчерпывающего перечня критериев, который используется при определении заинтересованности (принадлежность акций, занятие должности в «органе управления» и т.д.). Таким образом, использование в институте заинтересованности критериев аффилированности и группы не столько расширяет перечень заинтересованных лиц, сколько представляет собой инструкцию о том, каким образом следует выстроить связи в холдинге, чтобы не попасть ни под один из критериев.

102. В частности, определения «заинтересованного лица», «аффилированного лица» и «группы лиц» не охватывают такие распространенные ситуации как:

- соглашение акционеров, условия которого устанавливают порядок голосования по вопросу одобрения одной или нескольких сделок, в совершении которых заинтересован один из акционеров. Сторона акционерного соглашения, но при этом не предусматривают, что один акционер дает другому так называемые «обязательные указания»¹⁹. Подобная ситуация была предметом рассмотрения (см. Вставку 8)

Вох 8. Сделки с заинтересованностью

В делах №№ А41-12348/09, А41-25483/09. Общество заключило сделки по отчуждению объектов недвижимости двум своим участникам, каждый из которых имел долю участия 40% и которые формально не были аффилированы между собой. Сделки являлись сделками с заинтересованностью, однако были одобрены на собрании, поскольку первый участник проголосовал «за» одобрение сделки со вторым участником, а второй участник проголосовал «за» одобрение сделки с первым участником. Налицо было наличие договоренностей между двумя участниками о согласованном голосовании в ущерб третьему участнику с долей 20%, однако оснований считать их аффилированными лицами не имелось. В итоге Президиуму ВАС РФ пришлось признавать сделки взаимосвязанными, чтобы обосновать их недействительность. По мнению ВАС РФ, лицо, заинтересованное в совершении хотя бы одной из входящих в круг взаимосвязанных сделок, должно было рассматриваться как лицо, заинтересованное в совершении всех взаимосвязанных сделок. Т.е. в данном случае оба участника общества, каждый из которых владел 40% долей, были заинтересованы в сделках друг друга. Однако установить взаимосвязь сделок не всегда возможно (например, если сделки будут разнесены во времени или если соглашение акционеров будет касаться только голосования по сделке с одним из акционеров).

Источник: теоретические исследования автора.

- принадлежность акций лицам, находящимся в фактических брачных отношениях;

103. В Обзоре судебной практики Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа по спорам о признании недействительными крупных сделок и сделок с заинтересованностью (утв. Постановлением Президиума ФАС Западно-Сибирского округа от 10.06.2011 N 6), прямо указывается, что фактические брачные отношения в отсутствие зарегистрированного брака заинтересованности в совершении сделки не порождают.

- иные случаи согласованных действий нескольких деловых партнеров.

104. Согласно пп. 9 п. 1 ст. 9 ФЗ «О защите конкуренции» для возникновения между обществом и группой лиц новой группы и, соответственно, отношений аффилированности входящие в данную группу лица должны иметь возможность совместно распоряжаться свыше 50 % голосов такого общества. Однако бизнес-партнеры, вместе владеющие мажоритарным пакетом акций, могут не быть связаны никакими родственными связями и формально группу лиц не образовывать, несмотря на то, что их совместное управление бизнесом и влияние на деятельность юридического лица могут быть очевидными (например, в каждой из компаний группы им принадлежит одинаковый процент акций, они одинаково голосуют по всем вопросам повестки дня). Несмотря на то, что совместное управление бизнесом является достаточно распространенной практикой, действующему корпоративному законодательству в отличие от западных правовых порядков понятие согласованных действий и возникающая на их основе аффилированность, к сожалению, не известно;

¹⁹ Договор о даче обязательных указаний является особой разновидностью договора, заключение которого влечет возникновение между обществами отношений «основное-дочернее» (п. 2 ст. 105 ГК РФ в ред. до 01.09.2014; п. 3 ст. 6 ФЗ «Об акционерных обществах»).

- контроль, осуществляемый через сотрудников, избранных в совет директоров общества, но при этом не входящих в органы управления (совет директоров, правление) материнского общества и, соответственно, согласно существующему определению не признаваемых аффилированными лицами материнского общества;

- иной контроль над акционерами или членами органов управления общества (например, сотрудник акционера имеет доверенность на голосование пакетом акций, который принадлежит оффшорной компании, чей бенефициар неизвестен), дружеские связи и т.п.

105. Изложенные выше проблемы хорошо иллюстрирует судебный акт по спору, возникшему в одном из крупнейших российских страховщиков ОАО «Ингосстрах». (см. Приложение 2)

106. Высший Арбитражный Суд дважды пытался радикально решить проблему закрытости перечня «аффилированных лиц» и признать для целей корпоративного законодательства аффилированными любых лиц, оказывающих *влияние* друг на друга (Определение от 24 января 2011 г. № ВАС-15749/10; подп. 2 п. 9 проекта Постановления Пленума ВАС РФ «О некоторых вопросах, связанных с оспариванием крупных сделок и сделок с заинтересованностью»). Возможность подобного подхода вытекает из ст. 4 Закона РСФСР О конкуренции, которая сначала дает общее определение «аффилированного лица» («*физические и юридические лица, способные оказывать влияние на деятельность юридических и (или) физических лиц*») и только потом приводит перечень примеров аффилированности. Однако и в первом, и во втором случаях революционное толкование не было в конечном итоге поддержано Высшим Арбитражным Судом. О предпринимаемых попытках реформировать законодательство об аффилированных лицах будет сказано в пункте 3.3 ниже.

2.2.2. Недостатки определения «орган управления»

107. Круг лиц, которые могут признаваться заинтересованными, ограничен помимо акционеров членами органов управления обществами. При этом в соответствии с ФЗ «Об акционерных обществах» к органам управления общества относятся только единоличный исполнительный орган (генеральный директор), совет директоров (наблюдательный совет) и коллегиальный исполнительный орган (дирекция, правление). Иные должностные лица и структурные подразделения общества, независимо от того, насколько важную роль они играют в управлении, к числу таких органов не относятся. Аналогичное регулирование действует применительно к ООО и другим видам юридических лиц. Именно здесь лежит путь для серьезнейших злоупотреблений.

108. Зачастую в российских обществах не образуется коллегиальный исполнительный орган (дирекция, правление). При этом, в обществах существуют заместители генерального директора, вице-президенты, директора департаментов и т.д., по своим полномочиям эквивалентные членам правления или принимающие значимые управленческие решения. Тем не менее, сделка, совершаемая обществом с таким должностным лицом, формально не входящим в «органы управления», не будет считаться сделкой с заинтересованностью и подлежать одобрению.

109. Другой, еще более важный аспект этой проблемы – невозможность признания заинтересованными лицами членов органов управления общества, которые или аффилированные лица которых являются сотрудниками другой стороны сделки, но не входят в ее органы управления (см. Вставку 9)

Вох 9. Недостатки определения орган управления

Например, в деле № А31-2233/2005-18 рассматривалось требование о признании недействительными заключенных двумя обществами договоров купли-продажи недвижимости. Истец настаивал, что спорные договоры следовало заключать с соблюдением требований, предусмотренных для сделок с заинтересованностью, так как в их подписании принимал участие директор ответчика который одновременно занимал должность технического директора в контрагенте по сделке. ФАС Волго-Вятского округа в Постановлении от 30.05.2006 посчитал такую позицию необоснованной:

«Суд верно установил, что Бучацкий Г.П. не является заинтересованным лицом в совершении названных договоров, так как должность технического директора ДЗАО "Костроматрубинвест" не относится к органам управления данного общества, а поэтому не требовалось соблюдения порядка совершения сделок с заинтересованностью».

Другим примером является дело № А58-470/08, рассмотренное Президиумом ВАС РФ. На заседании совета директоров общества «Якутгазпром» было принято решение об одобрении сделки, в совершении была заинтересованность членом совета директоров общества, по приобретению акций нефтяной компании «Якол». В голосовании приняли участие четыре члена совета директоров, в том числе гр-н Пахомов И.И., на заинтересованности которого в совершении сделки настаивал истец, поскольку брат гр-на Пахомова И.И. занимал должность начальника коммерческого управления нефтяной компании «Якол». Несмотря на то, что суды апелляционной и кассационной инстанции поддержали требования истца, Президиумом ВАС РФ отменил их решения и отправил дело на новое рассмотрение указав, что

«Признавая Пахомова И.И. лицом, заинтересованным в совершении названной сделки, на том основании, что его родной брат занимает должность начальника коммерческого управления нефтяной компании "Якол", суд апелляционной инстанции допустил неверное толкование нормы абзаца пятого пункта 1 статьи 81 Закона об акционерных обществах. <...> Согласно статье 103 Гражданского кодекса Российской Федерации, статьям 47, 64, 69, 70 Закона об акционерных обществах к органам управления акционерного общества относятся общее собрание акционеров, совет директоров (наблюдательный совет), единоличный исполнительный орган общества (директор, генеральный директор), коллегиальный исполнительный орган общества (правление, дирекция). Коммерческое управление нефтяной компании "Якол" не является органом управления этой компании.»

Аналогичную позицию суд занял в корпоративном споре с участием одного из дочерних предприятий ОАО «Объединенные кондитеры»:

«Суд апелляционной инстанции соглашается с выводом суда первой инстанции о невозможности расширительного толкования статьи 81 Федерального закона об акционерных обществах, а также статей 91, 103 Гражданского кодекса Российской Федерации, относящих к органам управления общества общее собрание, совет директоров, единоличный и коллегиальный исполнительные органы. Должности заместителя единоличного исполнительного органа, вице-президента либо иной должности, связанной с осуществлением тех или иных управленческих функций, не указываются в названных нормах права в качестве должностей в органах управления общества. (Указанный вывод поддерживается судебной практикой, в частности, постановлением ВАС РФ от 12.01.2010 № 11005/09.)» .

Источник: теоретические исследования автора.

110. Вследствие подобного подхода к пониманию термина «орган управления» и вопреки целям и смыслу норм ФЗ «Об акционерных обществах» на практике получила чрезвычайное распространение ситуация, когда руководство крупных холдингов делегирует в советы директоров дочерних компаний своих сотрудников из среднего руководящего звена, и поскольку они опять же формально не входят в органы управления материнской компании (правление, дирекция, совет директоров) или иной компании группы лиц, в которую входит материнская компания, то могут участвовать в одобрении невыгодных для дочерних обществ сделок в качестве незаинтересованных директоров.

111. Попытки частично ликвидировать очевидный законодательный пробел, позволяющий осуществлять злоупотребления через работников компании, предпринимаются в настоящее время. Так, Министерством экономического развития РФ были подготовлены поправки в ФЗ «Об акционерных обществах» и в ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью», дополняющие перечень заинтересованных в сделке лиц иными должностными лицами, выполняющими организационно-распорядительные и (или) административно-хозяйственные функции в организации²⁰. На данный момент перспективы принятия данного закона неясны.

2.2.3. Использование оффшорных компаний, бенефициары которых неизвестны, для совершения или одобрения сделок с заинтересованностью.

112. Зачастую с целью обхода норм ФЗ «Об акционерных обществах» о сделках с заинтересованностью используются оффшорные компании, которые: i) либо выступают стороной по сделке; ii) либо приобретают пакет акций в размере, позволяющем одобрять сделки с заинтересованностью с мажоритарным акционером помимо воли миноритариев.

113. Например, в деле № А50-6200/2012²¹ по иску миноритарных акционеров ОАО «Камкабель» о признании недействительными договоров залога, заключенных обществом с ООО «Уралтехнокабель», истцам не удалось доказать связь между кипрской компанией «Сингроувз Холдинг Лимитед», которой принадлежали более 20 % ОАО «Камкабель», и контролируемой трастом «WCN-Worldwide Corporate Nominees Limited» кипрской компанией «Дарнекс Лимитед», которой принадлежали 100 % акций ООО «Уралтехнокабель».

114. Установить бенефициара оффшорной компании, как правило, невозможно. Факт систематического голосования оффшорной компании «за» выгодные мажоритариию решения не рассматривается судами как свидетельство аффилированности. Президиум ВАС РФ в одном из последних рассмотренных им дел попытался решить проблему недобросовестного использования оффшоров в корпоративных отношениях:

«Учитывая правовую позицию Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, сформированную в [постановлении](#) от 26.03.2013 N 14828/12, в ситуации, когда вопрос о применении положений российского законодательства, защищающих третьих лиц, ставится в отношении офшорной компании, бремя доказывания наличия либо отсутствия обстоятельств, защищающих офшорную компанию как самостоятельного субъекта в ее взаимоотношениях с третьими лицами, должно возлагаться на офшорную компанию. Такое доказывание осуществляется, прежде всего, путем раскрытия информации о том, кто в действительности стоит за компанией, то есть раскрытия информации о ее конечном выгодоприобретателе.»²²

115. Мы рассчитываем на то, что объединенный Верховный Суд поддержит эту прогрессивную практику. В частности обеспечению преемственности судебной практики способствует предусмотренное законодателем при объединении двух высших судов положение о том, что разъяснения по вопросам судебной практики применения законов и иных нормативных правовых

²⁰ http://regulation.gov.ru/project/14473.html?point=view_project&stage=2&stage_id=12775

²¹ Постановление ФАС УО от 18 февраля 2013 г. N Ф09-14504/12.

²² Постановление Президиума ВАС РФ от 10 июня 2014 г. № 8095/12.

актов арбитражными судами, данные Пленумом ВАС РФ, сохраняют свою силу до принятия соответствующих решений Пленумом ВС РФ²³.

116. Аналогичным образом, ст. 170 Арбитражного процессуального кодекса РФ содержит указание на то, что в мотивировочной части судебного акта могут содержаться ссылки на сохранившие силу постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. Поэтому, хотя позиция касательно раскрытия бенефициаров оффшорной компании была сформулирована на уровне Президиума ВАС РФ, в отсутствие каких-либо особых разъяснений по данному вопросу со стороны ВС РФ, можно надеяться на ее применение судами в аналогичных спорах.

2.2.4. Сделки с заинтересованностью дочерних обществ.

117. Правила ФЗ «Об акционерных обществах» применяются только к сделкам, совершаемым самим обществом, и не действуют в отношении сделок дочерних обществ, которые оказываются вне корпоративного контроля (если только устав головной компании не предусматривает вынесение вопроса об одобрении сделок дочек на рассмотрение Совета директоров).

Вох 10. Сделки с заинтересованностью дочерних обществ

Например, в Определении ВАС РФ от 26 июля 2013 г. № ВАС-2571/12 поддержал выводы нижестоящих судов о том, что акционер ОАО «Кировский завод» не обладает правом на иск по оспариванию сделок, заключенных его дочерними обществами :

«Отказывая в удовлетворении заявленных требований о признании сделок недействительными и о применении последствий их недействительности, суды основывали свои выводы на том, что истец не является заинтересованным лицом, имеющим права на подачу заявленных требований, поскольку не является ни участником оспариваемых им договоров, ни акционером и участником хозяйственных обществ - сторон спорных договоров, в которых ОАО "Кировский завод" стороной также не является. При этом из судебных актов следует, что доказательств нарушения оспариваемыми сделками прав и обязанностей истца в ходе рассмотрения спора не представлено».

Поистине революционным в этой связи стало Постановление Президиума ВАС РФ по делу Кировского завода . В данном деле руководство Кировского завода, по версии истцов, организовало приобретение по завышенной цене его дочерней компанией – Путиловским заводом – имущества у подконтрольных менеджменту Кировского завода сторонних компаний.

Рассматривая требование акционеров Кировского завода о взыскании убытков с менеджмента общества, Президиум ВАС РФ впервые признал, что:

- уменьшение стоимости активов дочернего общества уменьшает стоимость активов головной компании (т.е. причиняет головной компании убытки), нарушая тем самым инвестиционные интересы акционеров головной компании;

- акционеры вправе предъявить иск в порядке п. 5 ст. 71 ФЗ «Об акционерных обществах» к генеральному директору общества, которому подотчетен генеральный директор дочернего общества и который не должен устраняться от исполнения обязанности по контролю за выполнением генеральным директором дочерней компании полномочий руководителя.

Источник: теоретические исследования автора.

²³ Ст. 3 Федерального конституционного закона от 04.06.2014 N 8-ФКЗ "О внесении изменений в Федеральный конституционный закон "Об арбитражных судах в Российской Федерации" и статью 2 Федерального конституционного закона "О Верховном Суде Российской Федерации".

118. На практике это приводило к большому числу злоупотреблений – отчуждению дочерними обществами своих активов по заниженной цене или, наоборот, их приобретению по завышенной цене. Судебная практика последовательно исходила и исходит из того, что акционеры головной компании не вправе оспаривать сделки дочерних обществ. (см. Вставку 10).

119. Вместе с тем, не до конца ясно, будет ли применяться позиция ВАС РФ к случаям совершения сделок дочерними компаниями второго уровня (внучками) либо компаниями, в которых общество имеет значительную, но неконтрольную долю. Кроме того, привлечение генерального директора к имущественной ответственности не всегда эффективно, особенно когда речь идет о многомиллиардных сделках, а ответственность генерального директора не застрахована.

120. Отсутствие контроля за сделками дочерних обществ привело к появлению схем, когда имущество общества сначала передается в дочку, чтобы в дальнейшем быть отчужденным заинтересованному лицу без какого-либо корпоративного контроля. На первом этапе совет директоров материнского общества в соответствии с пп. 17.1 п. 1 ст. 65 ФЗ «Об акционерных обществах» принимает решение о создании 100-процентной дочерней организации и передаче в счет оплаты стоимости ее акций какого-либо имущества материнского общества. Поскольку на данном этапе признаки заинтересованности обычно отсутствуют, какой-либо специальный порядок проведения данной процедуры, гарантирующий защиту прав миноритарных акционеров, не предусмотрен. Исключения составляют случаи, когда стоимость передаваемого имущества превышает 25 процентов от балансовой стоимости активов, т.е. речь идет о крупной сделке, подлежащей одобрению. Пленум ВАС РФ указал в этой связи, что:

«Оценивая наличие негативных последствий совершения крупной сделки основным обществом в отношении дочернего общества при рассмотрении требования о признании такой сделки недействительной по иску участников (акционеров) основного общества, следует учитывать, что отчуждение имущества в пользу дочернего общества, в том числе такого, акции (доли) которого полностью принадлежали основному обществу, может свидетельствовать о нарушении прав и законных интересов миноритарных участников (акционеров) основного общества, если оно направлено на лишение их на будущее возможности принимать управленческие решения в отношении данного имущества и получать выгоды от его использования в своих интересах»²⁴

121. На втором этапе материнское общество через своих представителей в органах управления дочернего обеспечивает заключение сделки по продаже данного имущества аффилированному с контролирующим лицом холдинга контрагенту на необходимых условиях. Несмотря на то, что на втором этапе признаки заинтересованности появляются, заключенная сделка формально не является «сделкой общества» в терминологии п. 1 ст. 81 ФЗ «Об акционерных обществах» и оспорить ее, как совершенную с заинтересованностью, миноритариям будет крайне затруднительно.

122. Миноритарные акционеры могли бы ссылаться либо на взаимосвязь сделок по внесению имущества в дочернее общество и его последующему отчуждению, либо на их притворность. Вместе с тем, на настоящий момент нам не известно об успешных прецедентах оспаривания сделок с заинтересованностью, совершенных с использованием подобной схемы. Кроме того, аргументы о взаимосвязи или притворности легко опровергнуть, если, например, сделки будут разнесены во времени.

²⁴ Пункт 3 Постановления Пленума ВАС РФ О сделках с заинтересованностью.

2.2.5. Проблема распределения бремени доказывания в спорах по сделкам с заинтересованностью.

123. Сложности с доказыванием заинтересованности в случае использования оффшорных компаний обсуждались в п. 2.2.3 выше. Другая сложность, с которой сталкиваются миноритарии - доказывание наличия у общества и его акционеров убытков или иных неблагоприятных последствий в результате совершения сделки с заинтересованностью. При этом п. 1 ст. 84 ФЗ «Об акционерных обществах» прямо предусматривает, что недоказанность данных обстоятельств является самостоятельным и достаточным основанием для отказа в иске.

124. Ранее при разрешении такого рода споров суды руководствовались п. 3 ныне отмененного Постановления Пленума ВАС РФ от 20 июня 2007 г. № 40 "О некоторых вопросах практики применения положений законодательства о сделках с заинтересованностью", чьи формулировки были весьма двусмысленны. С одной стороны, предусматривалось, что доказательства отсутствия неблагоприятных последствий предоставляются ответчиком, а, с другой, на истца возлагалось бремя доказывания того, каким образом оспариваемая сделка нарушает его права. Учитывая, что в конечном счете оба вопроса сводятся к доказыванию убыточности совершенной сделки, подобный подход выглядит внутренне противоречивым. Суды, применяя правило ст. 65 АПК РФ (доказывать обстоятельства должна та сторона, которая на них ссылается), достаточно редко возлагали на ответчика бремя доказывания отсутствия у сделки с заинтересованностью неблагоприятных последствий, при этом недоказанность истцом факта нарушения его прав являлась одним из наиболее популярных оснований для отказа в иске²⁵.

125. В итоге двусмысленность данного правила была разрешена не в пользу акционера. Согласно п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ О сделках с заинтересованностью, отменившего разъяснения 2007 г.,

«Лицо, предъявившее иск о признании сделки недействительной на основании того, что она совершена с нарушением порядка одобрения крупных сделок или сделок с заинтересованностью, обязано доказать ... нарушение сделкой прав или охраняемых законом интересов общества или его участников (акционеров), т.е. факт того, что совершение данной сделки повлекло или может повлечь убытки либо иные неблагоприятные последствия для общества или его участника, обратившегося с иском».

126. Возложение во всех случаях бремени доказывания убыточности сделки на истца-акционера является для него чрезвычайно обременительным:

- п. 7 ст. 83 ФЗ «Об акционерных обществах» не предусматривает обязательного привлечения оценщика для определения цены сделки, требуя лишь, чтобы совет директоров общества определил цену сделки с заинтересованностью в соответствии со ст. 77 (т.е. исходя из рыночной стоимости имущества). При этом, устанавливая такое требование, ФЗ «Об акционерных обществах» не предусматривает необходимости для совета директоров мотивировать свое решение. В результате, любая цена, определенная советом директоров для сделки, априори является рыночной, хотя зачастую непонятно, как именно она определялась, что затрудняет ее проверку. Обязанности пояснить расчет цены в ответ на запрос акционера у совета директоров также нет;

- миноритарный акционер не имеет доступа к документам дочерних обществ (которые необходимы для проверки корректности оценки долей (акций) дочерних обществ в случае их отчуждения),

²⁵ См. например, Постановление ФАС Поволжского округа от 18.10.2012 по делу № А65-4665/2012, Постановление ФАС Дальневосточного округа от 16.10.2012 № Ф03-4680/2012 по делу № А51-14223/2011.

первичным документам бухгалтерского учета, вопрос о доступе миноритарных акционеров к договорам общества также не до конца решен.

127. Не поясняя цену сделки и не давая документов, общество вынуждает миноритарного акционера обращаться в суд, где на него возлагается бремя доказывания убыточности, то есть помимо юридических издержек ему приходится нести также существенные расходы на оценку. Более справедливым было бы возложение обязанности доказывать безубыточность сделки на общество, что может быть реализовано либо путем представления отчета об оценке, либо путем детального обоснования расчета цены сделки, если рыночную стоимость имущества определял совет директоров без привлечения оценщика.

128. Принципиально другой подход к распределению бремени доказывания убыточности применяется в случае подачи акционером иска о взыскании убытков в порядке п. 5 ст.71 ФЗ «Об акционерных обществах». Он был сформулирован Президиумом ВАС РФ в уже упоминавшемся выше деле «Кировского завода» применительно к тем сделкам, в которых конфликт интересов однозначно имелся, однако не был разрешен в установленном законом порядке.(см. Вставку 11).

Вох 11. Практические примеры по Кировскому и Уральскому заводам

Менеджмент Кировского завода скрыл от акционеров контроль над компаниями, которые по завышенной цене продали активы дочернему обществу Кировского завода. ВАС РФ пришел к выводу, что ключевым фактором, определяющим возложение бремени доказывания на ту или иную сторону, выступает соблюдение процедуры одобрения сделки и, соответственно, разрешение конфликта интересов. Если сделка была совершена без надлежащего одобрения, презумпция добросовестности к лицу, действовавшему в условиях конфликта интересов, не применяется, и именно это лицо будет обязано доказать ее выгодность. При этом отказ от реализации бремени доказывания или от представления доказательств, опровергающих доводы истца о невыгодности сделки, должен свидетельствовать, по мнению ВАС РФ, о признании ответчиком таких доводов (ч. 3.1 ст. 70 АПК РФ):

«Таким образом, упомянутые сделки совершены в условиях потенциального конфликта интересов, то есть при наличии серьезных сомнений по поводу того, что Семенов Г.П. руководствовался исключительно интересами основного и дочернего обществ... Указанные обстоятельства в свою очередь, не позволяют применить к ответчику презумпцию добросовестности и переносят на него бремя доказывания: именно Семенов Г.П., действующему с потенциальным конфликтом интересов, надлежало доказать то, что приобретение имущества Путиловским заводом со стопроцентным участием в его уставном капитале Кировского завода, совершено в интересах этих юридических лиц, а не для извлечения самим Семеновым Г.П. и его матерью частной финансовой либо иной выгоды».

Предложенный ВАС РФ критерий распределения бремени доказывания стал активно использоваться арбитражными судами при рассмотрении исков о взыскании убытков. Полагаем, что он может быть распространен и на иски об оспаривании сделок, что Президиум ВАС РФ однажды уже попытался сделать в Постановлении по делу «Уральского приборостроительного завода», в котором оспаривался договор купли-продажи между обществом и падчерицей его генерального директора:

«Ответчики (стороны по сделке с заинтересованностью) не представили в материалы дела доказательства соответствия цены оспариваемого договора рыночной стоимости реализованных объектов. Доказательств отсутствия неблагоприятных последствий для завода в результате совершения оспариваемой сделки ответчиками также не представлено».

Источник: теоретические исследования автора.

2.3. История реформы ГК и текущая ситуация

129. Так же, как и все российское гражданское право, понятие сделок с заинтересованностью в течение некоторого времени подвергается реформированию. Хотя процесс идет медленно и наталкивался на сопротивление и споры, о которых упоминалось выше, мы по-прежнему видим некоторый прогресс. В планах законодателя стоит внесение дальнейших изменений в регулирование сделок с заинтересованностью.

130. Проблемы аффилированности и заинтересованности в российском праве стали одними из главных тем при проведении реформы ГК РФ. Началом данной реформы принято считать издание Указа Президента РФ от 18 июля 2008 года N 1108²⁶. В данном Указе были провозглашены основные цели реформы, частности: i) приведение основных принципов гражданского законодательства в соответствие с новым уровнем развития рыночных отношений; ii) отражение в ГК РФ опыта его применения и толкования судом; iii) сближения положений Гражданского кодекса Российской Федерации с правилами регулирования соответствующих отношений в праве Европейского союза и использование новейшего положительного опыта ряда европейских стран.

131. В дальнейшем специально сформированным Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства (далее – «Совет по кодификации») была разработана концепция развития гражданского законодательства РФ по отдельным институтам гражданского права (юридические лица, вещное право, обязательственное право и т.д.). Так, в Концепции развития законодательства о юридических лицах были отмечены следующие существенные для нашего исследования моменты²⁷: i) реформирование концепции основного и дочернего общества, с включением в нее правил о лицах, определяющих волю общества; ii) реформирование сделок с заинтересованностью, прежде всего в части лишения недобросовестных участников оборота возможности использовать данный институт для отказа от исполнения принятых на себя обязательств; iii) одновременное усиление ответственности членов органа юридического лица, в том числе, при действиях в условиях конфликта интересов.

132. Как видно из приведенных выше положений реформы, первоначально существенное реформирование критериев заинтересованности и аффилированности на повестке дня не стояло. Так, например, предложение включить в ГК РФ понятие «лица, определяющего волю общества», прежде всего, касалось института «снятие корпоративной вуали». А в части сделок с заинтересованностью на повестке дня стоял не вопрос усиления защиты миноритарных акционеров, а повышение стабильности оборота и защиты интересов добросовестных контрагентов.

133. Вместе с тем, опубликованный на основе Концепции развития законодательства о юридических лицах законопроект вызвал сильную критику со стороны частных инвесторов, которые были недовольны тем, что назревшая проблема аффилированности и заинтересованности законопроектом не охватывалась.

134. В связи с этим законопроект претерпел существенную переработку и к моменту его принятия в первом чтении Государственной Думой содержал подробные положения, касающиеся аффилированных лиц²⁸. Содержание данных положений характеризовалось следующим:

²⁶ <http://www.rg.ru/2008/07/23/kodeks-dok.html>

²⁷ Протокол N 68 от 16 марта 2009 г. Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства, а также Концепция развития гражданского законодательства о юридических лицах от 7 октября 2009 г. URL: www.privlaw.ru

²⁸ <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28SpravkaNew%29?OpenAgent&RN=47538-6&02>

- предложенная концепция аффилированности и контроля должна была полностью заменить в корпоративных отношениях устаревшие институты антимонопольного права;
- устанавливалось единое понятие аффилированности, которое наиболее полно охватывает как вертикальные (подчинение-контроль), так и горизонтальные связи между лицами;
- устанавливалась опровержимая презумпция аффилированности между близкими родственниками;
- учитывалось как прямое, так и косвенное участие в уставном капитале юридического лица;
- предусматривалась возможность признания судом аффилированными лиц, которые получили фактическую возможность влиять на юридическое лицо в результате их согласованных действий;
- понятие «контролирующее лицо» охватывало любых физических и юридических лиц на любую глубину контроля;
- вводилось специальное понятие лиц, находящихся под общим контролем;
- устанавливался открытый перечень оснований контроля с учетом возможности осуществления фактического (неформального) контроля;
- предусматривалась возможность косвенного (через третьих лиц), а также распыленного (совместно с иными лицами) контроля.

135. Существенная часть бизнес сообщества, особенно крупные холдинги, крайне критически отнеслись к предлагаемым нововведениям. Что касается общих положений об аффилированных лицах, то было предложено не размещать определение «аффилированных лиц» в Гражданском кодексе; единое определение входило бы в коллизию с определениями из других отраслей права и определениями, применимыми в конкретных ситуациях. Российский союз промышленников и предпринимателей («РСПП») выступал за то, чтобы для разных сфер действовали свои определения, которые бы содержались в конкретных законах. По мнению РСПП, этот подход позволяет достичь аналогичных результатов, избежав при этом негативных последствий для бизнеса, таких как риск оспаривания сделок, корпоративный шантаж и чрезмерную нагрузку на компании в связи с неоправданно широким определением аффилированности и формальным подходом к толкованию законодательства в России.

136. Также по мнению критиков законопроекта, совокупное применение норм об аффилированности юридических и физических лиц, а также о подконтрольных и контролирующих лицах также могло привести к искусственному конструированию практически бесконечных связей. Последнее замечание обоснованно вызывало недоумение у разработчиков, поскольку проектом вводилась недоступная сейчас возможность опровергнуть аффилированность лица и его родственника, а сам перечень родственников, с которыми лицо признается аффилированным, был сокращен по сравнению с действующим регулированием.

137. В части положений о возможности признания аффилированными лиц, действующих согласованно, было отмечено, что законопроект неоправданно расширяет степень судейского усмотрения, носит формально неопределенный характер и может привести к абсурдным ситуациям, когда аффилированными будут признаваться любые акционеры, одинаково проголосовавшие по одному из вопросов повестки собрания.

138. Однако опыт применения существующего определения взаимосвязанных юридических и физических лиц в налоговой сфере показывает, что опасения по поводу неспособности судебной системы делать выводы об аффилированности тех или иных лиц являются необоснованными. Механизм судебного признания лиц аффилированными успешно работает в России в налоговой сфере на протяжении многих лет, и нет никаких причин, почему это не получится сделать в сфере корпоративного управления. В самом деле, возможность признания лиц аффилированными по усмотрению суда будет иметь сильное сдерживающее воздействие против совершения в будущем правонарушений и злоупотреблений.

139. Как и в случае с налоговым законодательством, в соответствии с предлагаемым общим определением аффилированности судам будет предложено использовать свои знания и опыт при толковании соответствующих норм, чтобы предотвратить создание или использование лазеек недобросовестными сторонами, действующими в противоречии с духом закона, что в новейшей российской истории неоднократно случалось в корпоративной практике.

140. По итогам дискуссии данные статьи были исключены из проекта. В результате сохранилась только ст. 53.1 ГК РФ, которая хоть и не относится напрямую к установлению заинтересованности в сделке, но может послужить важным барьером на пути дальнейших злоупотреблений. В данной статье устанавливается, что помимо менеджмента, обязанность действовать добросовестно и разумно в интересах общества несет также лицо, имеющее фактическую возможность определять действия юридического лица, в том числе возможность давать указания лицам, которые входят в его органы управления. Очевидно, что фактическая возможность подразумевает под собой большую часть случаев косвенного контроля, которые были перечислены в настоящем исследовании. К сожалению, ни в перечень аффилированных лиц общества, ни в одну с обществом группу такое лицо не входит – данные институты по итогам реформы были оставлены без изменения. Однако по правилам ст. 53.1 ГК РФ такое лицо обязано возместить по искам общества или его акционеров (п. 1 ст. 65.2 ГК РФ) убытки, причиненные обществу его недобросовестными действиями, т.е. в том числе через сделки с его конфликтом интересов.

141. Существует также мнение, что совокупное толкование п. 3 ст. 53 и ст. 65.3 ГК РФ позволяет прямо распространить соответствующую обязанность и ответственность на акционеров общества, поскольку по терминологии закона именно из акционеров состоит высший орган корпорации – общее собрание, а согласно тексту п. 3 ст. 53 ГК РФ ее положения подлежат применению к членам коллегиальных органов юридического лица, которые намеренно перечислены в законе в неисчерпывающем виде. Учитывая гибкость указанных норм, дальнейшая степень их влияния как на институт сделок с заинтересованностью, так и на регулирование всего корпоративного управления в целом, будет определяться подходом, который изберет новый объединенный Верховный Суд РФ.

ПРИЛОЖЕНИЕ 1: АФФИЛИРОВАННЫЕ ЛИЦА

Аффилированные лица физического лица:	Аффилированные лица юридического лица:
лица, принадлежащие к той группе лиц, к которой принадлежит данное физическое лицо;	лица, занимающие должности в его органах управления;
юридическое лицо, в котором данное физическое лицо имеет право распоряжаться более чем 20 % голосов.	лица, принадлежащие к той группе лиц, к которой принадлежит данное юридическое лицо;
	лица, которые имеют право распоряжаться более чем 20 % голосов данного юридического лица;
	юридическое лицо, в котором данное юридическое лицо имеет право распоряжаться более чем 20 % голосов;
	лица, занимающие должности в органах управления участников финансово-промышленной группы, в которой состоит такое юридическое лицо.

Как видно, нормы об аффилированности отсылают к еще одному понятию антимонопольного законодательства, а именно «группа лиц». Согласно п. 1 ст. 9 Федерального закона от 26.07.2006 N 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – «ФЗ О защите конкуренции») группой лиц признается совокупность физических лиц и (или) юридических лиц, соответствующих одному или нескольким из следующих признаков:

- общество²⁹ и лицо, имеющее в силу участия или соглашения с другими лицами более 50 % голосов в данном обществе;
- общество и лицо, осуществляющее функции его единоличного исполнительного органа;
- общество и лицо, которое вправе давать ему в силу устава или договора обязательные для исполнения указания;
- общества, в которых одни и те же лица составляют более чем 50 % количественного состава органов управления или в которых должность единоличного исполнительного органа замещается одним и тем же лицом³⁰;

²⁹ Товарищество, хозяйственное партнерство.

- общество и лицо, по предложению которого избран единоличный исполнительный орган или более чем 50 % количественного состава какого-либо органа управления такого общества;
- физическое лицо, его супруг, родители (в том числе усыновители), дети (в том числе усыновленные), полнородные и неполнородные братья и сестры;
- лица, входящие в группу с одним и тем же лицом, а также другие лица, входящие с любым из таких лиц в группу;
- общество и лица, составляющие одну группу, если они в силу своего совместного участия в этом обществе или в соответствии с полномочиями, полученными от других лиц, имеют более чем 50 % голосов в этом обществе.

ПРИЛОЖЕНИЕ 2: ОАО «ИНГОССТРАХ»

В компании ОАО «Ингосстрах» долгое время продолжался корпоративный конфликт между структурами О. Дерипаски (ООО «Бекар-Сервис», ООО «Гранит», ООО «Софт-Карат», конечными владельцами долей которых выступают три компании, зарегистрированные на Кипре), фактически контролирующими ее деятельность и в совокупности обладающими контрольным пакетом акций и чешской инвестиционной группой PPF (ООО «Вега», ООО «Новый капитал», ООО «Инвестиционная инициатива»), обладающей миноритарным пакетом. На протяжении ряда лет группа PPF безуспешно пыталась доказать принадлежность российских ООО «Бекар-Сервис», ООО «Гранит», ООО «Софт-Карат» к структурам О. Дерипаски и, таким образом, признать их заинтересованными лицами при голосовании по вопросу одобрения сделок ОАО «Ингосстрах» с иными структурами российского бизнесмена³¹. Ярким примером очередной неудачной попытки является Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 06.05.2013 по делу N А40-95467/11-138-772. В данном деле истца представили существенный объем доказательств, подтверждающих, по их мнению, принадлежность общества структурам О. Дерипаски, например:

- согласованное голосование на общем собрании ООО "Бекар-Сервис", ООО "Гранит", ООО "Софт-Карат", Дерипаски О.В.:
- интервью М.Ю. Волков - руководителя сектора финансовых услуг группы "Базовый элемент", который от имени мажоритарного акционера - Компании "Базовый элемент", комментирует события, связанные с обществом;
- пресс-релиз по поводу покупки группой "Базовый элемент" 17% доли "Штрабаг СЕ", в тексте которого указано, что структуры "Базового Элемента" управляют активами и владеют значительными долями в десятках компаний. Многие из этих компаний играют

³⁰ Постановление ФАС Уральского округа от 12.05.2012 N Ф09-6863/10 по делу N А76-8283/2010, Постановление ФАС Поволжского округа от 28.01.2013 по делу N А55-1582/2010, Постановление ФАС Поволжского округа от 21.05.2013 по делу N А49-3171/2010, Постановление ФАС Московского округа от 16.10.2012 по делу N А40-64950/08-38-212Б.

³¹ См. судебные акты по делам N А40-89093/10-84-404, N А40-89096/10-2-340, N А40-30136/10-81-258, N А40-32909/11-119-225, N А40-115036/10-145-671, N А40-115013/10-147-671, N А40-114985/10-154-673.

ключевую роль в своих сегментах рынка как в России, так и в других странах, в том числе ОК РУСАЛ, "Группа ГАЗ", Корпорация "Главстрой" и ОСАО "Ингосстрах".

- на сайте Группы «Базэл» [управляет активами О. Дерипаски] ОСАО "Ингосстрах" значится в разделе Финансовые услуги,

Однако, апелляционная инстанция отвергла представленные истцами доказательства заинтересованности одобрявших сделку акционеров, применив положения законодательства сугубо формально:

«Косвенные доказательства не доказывают того, что ООО "Бекар-Сервис", ООО "Гранит", ООО "Софт-Карат", Дерипаска О.В. являются аффилированными по отношению друг к другу и с ОСАО "Ингосстрах". На сайте www.basel.ru ОСАО "Ингосстрах" значится в разделе Финансовые услуги, из чего истцы делают вывод, что группа "Базовый элемент" подтверждает свою аффилированность с ответчиком. Однако в соответствии со [ст. 4](#) Закон "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках" и [ст. 9](#) ФЗ "О защите конкуренции" понятие аффилированность предполагает четкие критерии оценки. Таких критериев, как и указания на аффилированность, на сайте нет. Из этой информации можно предположить, что "Компания "Базовый элемент" имеет партнерские взаимоотношения с ОСАО "Ингосстрах". Положения [ст. 4](#) Закон "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках" и [ст. 9](#) Закона "О защите конкуренции" не подлежат расширительному толкованию на основании предположений. В тексте пресс-релиза по поводу покупки группой "Базовый элемент" 17% доли "Штрабаг СЕ" указано, что структуры "Базового Элемента" управляют активами и владеют значительными долями в десятках компаний. Многие из этих компаний играют ключевую роль в своих сегментах рынка как в России, так и в других странах, в том числе ОК РУСАЛ, "Группа ГАЗ", Корпорация "Главстрой" и ОСАО "Ингосстрах". Данный довод ответчика не опровергнут документально. Понятие "значительные доли" нельзя соотносить с понятием аффилированность. Истцы ссылаются на интервью Генерального директора Григорьева А.В. газете "Ведомости". Однако из ответа Григорьева А.В. не следует, что он признает или подтверждает наличие в ОСАО "Ингосстрах" основного акционера. Интервью Григорьева А.В. газете "Коммерсантъ" от 01.06.2009 г. не является цитатой. В нем дан комментарий корреспондента. Истцы указывают, что М.Ю. Волков - руководитель сектора финансовых услуг группы "Базовый элемент", от имени мажоритарного акционера - Компании "Базовый элемент", комментирует события, связанные с ответчиком. Однако в тексте интервью указано, что Волков М.Ю. является заместителем Председателя Совета Директоров ОСАО "Ингосстрах". Истцы в доказательство того, что Дерипаска О.В. и Компания "Базовый элемент" являются аффилированными, делают ссылку на прессу, при этом ссылаясь на информацию в сети интернет. Однако эта информация относится к периоду после проведения оспариваемого общего собрания акционеров. То, что и Дерипаска, и Компания "Базовый Элемент" являются совладельцами компании EN+Group", не значит, что они являются группой лиц. Довод истцов о том, что ООО "Гранит" пыталось привлечь к административной ответственности члена Совета директоров ОСАО "Ингосстрах" Ветрову Д.А., но не пыталось привлечь к ответственности само Общество, также не доказывает аффилированность ООО "Гранит" и ОСАО "Ингосстрах". Довод истцов о том, что в состав органов управления ОСАО "Ингосстрах" входят сотрудники организаций, составляющих группу "Базовый Элемент", документально не подтвержден. Согласованное голосование на общем собрании ООО "Бекар-Сервис", ООО "Гранит", ООО "Софт-Карат", Дерипаски О.В. не является доказательством наличия их аффилированности, поскольку согласованная позиция акционеров по вопросам повестки дня не указана в законе как аффилированность. Таким образом, отсутствуют косвенные и прямые доказательства того, что ООО "Бекар-Сервис", ООО "Гранит", ООО "Софт-Карат", Дерипаска О.В. входят в одну группу лиц и по этому основанию они не должны голосовать по 10 вопросу

повестки дня оспариваемого общего собрания акционеров. Придание истцами указанным обстоятельствам своего понимания с целью лишения права большинства акционеров на голосование не является доказательством аффилированности и вхождения в группу лиц, указанным в [ст. 4](#) Закона "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках" и [ст. 9](#) Закона "О защите конкуренции"».

Источник: теоретические исследования автора

ССЫЛКИ

Арарат и Орбей (2006 год), Корпоративное управление в Турции: проблемы инвестиций и роста, издательство «Хакан Пабблишинг», доступно по ссылке: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2375767

Бианчи и др. (2014 год), Регулирование и саморегулирование сделок между связанными сторонами в Италии, Рабочий документ по финансам Европейского института корпоративного управления, № 415. доступно по ссылке: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2383237

Энрике (2014 год), Сделки между связанными сторонами: варианты политики и реальные сложности, Рабочий документ по праву Европейского института корпоративного управления, № 267. доступно по ссылке: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2505188

ЕС (2013 год), Директива Европейского Парламента 2013/34/EU, доступна по ссылке: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:182:0019:0076:EN:PDF>

Конач П.Х. и др. (2007 год), Недопущение злоупотреблений акционерами своим доминирующим положением: правовое регулирование во Франции, Германии и Италии, Европейский совет по международным отношениям, № 4., доступно по ссылке: http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1453&context=faculty_scholarship

Феррарини и Гиудичи (2005 год), Финансовые скандалы и роль частного правоприменения: дело Пармалата, издательство Европейского института корпоративного управления, доступно по ссылке: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=730403

Гарвардская школа права (2014 год), Совет по контролю за финансовой отчетностью публичных компаний (РСАОВ) принимает новые и измененные стандарты аудита, доступно по ссылке: <http://blogs.law.harvard.edu/corpgov/2014/06/22/pcaob-adopts-new-and-amended-auditing-standards/>

МСФО 24, доступно по ссылке <http://eifrs.ifrs.org/eifrs/bnstandards/en/2014/ias24.pdf>

ОЭСР (2005 год), Принципы корпоративного управления ОЭСР, издательство ОЭСР, доступно по ссылке: <http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/31557724.pdf>

ОЭСР (2007 год), Методология применения Принципов корпоративного управления ОЭСР, издательство ОЭСР, доступно по ссылке: <http://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/37776417.pdf>

ОЭСР (2009 год), Руководство по борьбе со злоупотреблениями в рамках сделок между связанными сторонами в Азии, издательство ОЭСР, доступно по ссылке: <http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/43626507.pdf>

ОЭСР (2012 год), Сделки между связанными сторонами и права миноритарных акционеров, Париж, издательство ОЭСР, доступно по ссылке: <http://www.oecd.org/daf/ca/50089215.pdf>

ОЭСР (2013 год), Надзор и правоприменение в сфере корпоративного управления, Корпоративное управление, издательство ОЭСР, доступно по ссылке: <http://www.oecd.org/daf/ca/SupervisionandEnforcementinCorporateGovernance2013.pdf>

ОЭСР (2014а), Усовершенствование корпоративного управления в Индии: сделки между связанными сторонами и защита прав миноритарных акционеров, издательство ОЭСР, доступно по ссылке: <http://www.oecd.org/daf/ca/Improving-Corporate-Governance-India.pdf>

ОЭСР (2014b), Корпоративное управление: книга фактов ОЭСР, издательство ОЭСР, доступно по ссылке: <http://www.oecd.org/daf/ca/CorporateGovernanceFactbook.pdf>

ОЭСР (2014с), Руководство по сделкам между связанными сторонами в странах Ближнего Востока и Северной Африки, издательство ОЭСР, доступно по ссылке: <http://www.oecd.org/daf/ca/GuideonRelatedPartyTransactionsMENA2014.pdf>

