

Кафедра предпринимательского права юридического факультета
Московского государственного университета
имени М.В. Ломоносова

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО ПРАВА

Сборник статей. Выпуск IV
Под редакцией к.ю.н. А.Е. Молотникова



Москва, 2015

УДК 346+347.7(082)

ББК 67.404я43

А43

Ответственный редактор — к.ю.н. А.Е.Молотников

А43 Актуальные проблемы предпринимательского права: Выпуск 4 / под ред. канд. юрид. наук А.Е.Молотникова. — М.: Стартап, 2015. 192 с.

ISBN 978-5-9904334-5-8

В сборник, подготовленный кафедрой предпринимательского права юридического факультета Московского государственного университета имени М.В.Ломоносова, вошли научные труды выпускников, аспирантов и молодых ученых кафедры. Книга предназначена для практикующих юристов, преподавателей, студентов и аспирантов юридических факультетов высших учебных заведений.

УДК 346+347.7(082)

ББК 67.404я43

Все права защищены. Никакая часть этой книги не может быть воспроизведена в какой бы то ни было форме и какими бы то ни было средствами без письменного разрешения обладателей авторских прав.

ISBN 978-5-9904334-5-8

© Коллектив авторов, 2015

© АНО «Стартап», 2015

Содержание

Предисловие	6
Вступление	8
МАРИЯ АМАЛИЦКАЯ. Оказание возмездных медицинских услуг в рамках системы частного здравоохранения в России.	9
ЕВГЕНИЙ АРХИПОВ. Понятие и правовая природа краудфандинга	18
1. Что такое краудфандинг?	18
2. Правовая природа краудфандинга	19
2.1 Краудфандинг и купля-продажа с предварительной оплатой товара	20
2.2 Краудфандинг и простое товарищество	22
2.3 Краудфандинг и дарение	25
2.4 Краудфандинг и акционерное общество	26
ЕКАТЕРИНА БЕЛЫЧЁВА. Распределение бремени доказывания в делах о привлечении к гражданско-правовой ответственности членов органов юридических лиц за действия (бездействие), причинившие убытки юридическому лицу	28
НАТАЛЬЯ БРЕДУН. Гражданско-правовая ответственность членов совета директоров хозяйственного общества	43
ЮРИЙ ДМИТРИЕВ-ИЛЬИН. Правовая природа актов коллегиальных органов корпорации	51
Введение	51
Корпоративные акты как сделки (многосторонние, односторонние)	52
Корпоративные акты как источники права (локальные нормативные акты)	62
Корпоративные акты как самостоятельные юридические факты (выводы)	65

АРТЕМ КОФАНОВ.

**Применение доктрины «снятия корпоративной вуали»
в международном коммерческом арбитраже.67**

ЭЛЬВИРА КУНАКОВА.

**Система информационного обеспечения
на рынке ценных бумаг.....76**

1. Раскрытие информации на рынке ценных бумаг 77
2. Использование инсайдерской информации
и манипулирование рынком 79
3. Реклама ценных бумаг 81

АЙС ЛИДЖАНОВА.

**Трансграничная несостоятельность (банкротство):
проблемы правового регулирования84**

ВЛАДИМИР МАРТЫНОВ.

**Практика разрешения доменных споров с участием
отечественных корпораций в рамках UDRP.....94**

АЛЕКСАНДР МОЛОТНИКОВ. РОМАН ЯНКОВСКИЙ.

**Конвертируемый заём и перспективы его имплементации
в российскую правовую систему..... 104**

1. Место конвертируемого займа 104
2. Модель конвертируемого займа 106
3. Экономические преимущества модели 107
4. Правовые ограничения и специфика российского права 108
5. Теоретически допустимые российским правом модели 110
6. Выводы 111

ДМИТРИЙ ТЕКУТЬЕВ.

**Правовые аспекты выплаты вознаграждений членам совета
директоров хозяйственных обществ112**

1. Текущее регулирование выплаты вознаграждений
членам совета директоров на законодательном уровне 113
2. Вознаграждения членов совета директоров
в рекомендациях кодексов корпоративного поведения
РФ и зарубежных стран..... 116
3. Правовые формы выплат вознаграждения
членам совета директоров..... 118
4. Выводы и рекомендации. 124

МИХАИЛ ФИЛАТОВ.

**Правовые проблемы осуществления иностранных инвестиций
на финансовых рынках России 127**

- Введение..... 127
1. Понятие клиринговой деятельности 128
 2. История возникновения и развития европейских
депозитарно-клиринговых центров 132
 3. Отдельные аспекты деятельности
Euroclear и Clearstream в России 134
- Вывод 136

АНДЖУР ХЕЧИЕВ.

**Корпоративный контроль:
проблемы правового регулирования 138**

- Введение..... 138
- Выводы. 148

АНДРЕЙ ЧЕРКАШИН.

**Законодательство об инсайдерской информации
РФ и ЕС : проблемы и перспективы 150**

ЕЛИЗАВЕТА ЧЕРТОРИЙСКАЯ.

**Актуальные проблемы правового
регулирования венчурных фондов в РФ..... 162**

АЛЕКСАНДРА ЧИНЁНОВА.

**Коррупция и Международная Торговля:
Роль ВТО в Борьбе с Коррупцией..... 180**

- Введение..... 180
1. Торговля и коррупция 181
 2. Роль ВТО в борьбе с коррупцией..... 183
 3. ГАТТ, ГАТС и СПЗ как средства борьбы с коррупцией 187

Заключение 191

Предисловие

Вниманию читателя представлен очередной сборник статей, посвященный актуальным проблемам в сфере правового регулирования предпринимательской деятельности. В сборник вошли научные труды выпускников, аспирантов и молодых ученых юридического факультета Московского государственного университета имени М.В.Ломоносова и ряда других учебных заведений.

Особо следует отметить стремление авторов провести, наряду с отечественным законодательством и практикой, также анализ зарубежного опыта. Например, в работе, посвященной применению доктрины «снятия корпоративной вуали» в международном коммерческом арбитраже, был изучен опыт таких стран, как Великобритания и США. Достаточно актуальной является работа, посвященная проблемам коррупции и международная торговля, где детально рассматривается роль ВТО в борьбе с коррупцией. Наряду с этими вопросами в работе аспиранта кафедры предпринимательского права Айс Лиджановой рассмотрена проблема трансграничного банкротства.

Большинство авторов в своих работах опираются на личный практический опыт. Интересной и новой с этой точки зрения представляется работа Владимира Мартынова, в которой рассматривается практика разрешения доменных споров с участием отечественных корпораций в рамках UDRP.

Стоит отметить, что в сборнике рассматриваются проблемы, многие из которых недостаточно исследованы в отечественной юридической науке. Так, например, интересным и новым является вопрос о правовой природе краудфандинга в Российской Федерации, который рассмотрел аспирант кафедры предпринимательского права Евгения Архипова.

Традиционно авторами уделяется значительное внимание корпоративным отношениям. В частности, в сборнике присутствуют статьи, посвященные вопросам ответственности совета директоров; правовой природе актов коллегиальных органов корпорации; регулированию выплат вознаграждений членам совета директоров. Рассмотрены также отдельные проблемы правового регулирования корпоративного контроля в Российской Федерации.

Кроме того, авторами рассматривается законодательство об иностранных инвестициях (в том числе в части иностранных инвестиций на финансовых рынках), проблемы осуществления иностранных инвестиций, отдельные аспекты правового регулирования венчурных фондов в РФ. В этой связи особо следует отметить работу наших молодых ученых А.Е.Молотникова и Р.М.Янковского, которая раскрывает особенности имплементации конвертируемого займа в российскую правовую систему. Безусловно, поддержка инвестиций и разработка новых механизмов правового регулирования в этой сфере остается актуальной для нашей страны и нашей правовой науки.

Молодыми учеными-авторами статей активно используется отечественная и зарубежная литература, иностранная судебная практика. Отдельного внимания заслуживают предложения авторов по нормативно-правовому решению существующих правовых проблем.

Работы молодых исследователей, безусловно, заслуживают самой высокой оценки.

*Е.П.Губин,
доктор юридических наук,
профессор кафедры предпринимательского права*

Вступление

Главная особенность книги, которую вы держите в руках, состоит не только в том, что для большинства авторов наш сборник — первый опыт публикации своих трудов. Читатель сам сможет составить мнение о предлагаемых его вниманию статьях. Важно другое. Эта книга была не только написана, но и подготовлена к изданию при активном участии студентов и аспирантов кафедры предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М.В.Ломоносова.

В этой связи необходимо вспомнить Романа Куракина, идея которого легла в основу появления книги, без которого были бы невозможны первые выпуски нашего сборника. Огромный вклад в работу над книгой внес Роман Янковский, который взаимодействовал с корректором, разработчиком дизайн-макета, верстальщиком и типографией. Татьяна Жариковой выпала нелегкая доля взаимодействия с авторами. Она с честью вышла из этого испытания, добившись от авторов главного — своевременного получения статей и правок в них.

Неоценимая помощь была оказана Фондом поддержки научно-проектной деятельности студентов, аспирантов и молодых ученых «Национальное интеллектуальное развитие» и лично его руководителем Катериной Владимировной Тихоновой. Если бы не эта поддержка, идею публикации книги пришлось бы надолго отложить.

И, конечно же, мы должны поблагодарить всех научных руководителей, помогавших студентам и аспирантам в их работе над статьями, и прежде всего заведующего кафедрой предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М.В.Ломоносова **Евгения Парфирьевича Губина**.

*А.Е.Молотников,
кандидат юридических наук, ответственный редактор*

Мария Амалицкая

*Аспирант кафедры предпринимательского права
юридического факультета МГУ имени М.В.Ломоносова*

Оказание возмездных медицинских услуг в рамках системы частного здравоохранения в России.

Сохранение и укрепление здоровья граждан является первоочередной задачей каждого государства, в том числе Российской Федерации. Однако в настоящее время государственная и муниципальная системы здравоохранения Российской Федерации не претендуют на то, чтобы монополизировать всю сферу оказания медицинских услуг. Более того, финансовая потребность Программы государственных гарантий бесплатного оказания гражданам медицинской помощи удовлетворяется в среднем по стране менее чем на 80%, а взносы территориальных бюджетов в фонды обязательного медицинского страхования на неработающее население не превышают 35% от расчетной потребности.¹

Развитие рыночных отношений, внедрение новых хозяйственных механизмов нашло свое отражение в Основах охраны здоровья граждан Российской Федерации, которые закрепляют существование частной системы здравоохранения. Частная система здравоохранения является тем механизмом, посредством которого пациент может на возмездной основе получить качественную и своевременную медицинскую помощь как дополнение либо как альтернативу медицинской помощи, оказываемой медицинскими учреждениями государственной и муниципальной систем здравоохранения. С 1999 по 2009 год объем частной медицины от объема предоставляемых платных медицинских услуг в стране вырос в 10 раз. Однако доля субъектов частной системы здравоохранения в России не превышает 5–10% от их общего количества субъектов медицинской деятельности (для сравнения: в Израиле — 12%, в странах ЕС — 15%, а в США — 20%).²

¹ Григорьев Ю.И., Жукова И.В. О развитии дополнительной медицинской помощи населению на основе добровольного медицинского страхования // Главврач. 2010. № 11. СПС «Консультант Плюс».

² Бриз Т. О частном по-честному // Медицинский вестник. 2009 № 10. СПС «Консультант Плюс».

На сегодняшний день политика государства направлена на формирование здорового образа жизни нации, осознание ценности жизни и здоровья. Проведение большого количества дискуссий, широкое освещение в средствах массовой информации вопросов осуществления частной медицинской деятельности подчеркивает особую актуальность и востребованность исследуемого явления.

Прежде всего, определим место частой медицинской практики в системе здравоохранения России. Основы охраны здоровья граждан³ в ч. 2 ст. 29 предусматривают существование в Российской Федерации государственной, муниципальной и частной системы здравоохранения. В соответствии с ч. 5 ст. 29 Закона «частную систему здравоохранения составляют создаваемые юридическими и физическими лицами медицинские организации, фармацевтические организации и иные организации, осуществляющие деятельность в сфере охраны здоровья». По нашему мнению, это определение устранило один из главных недостатков действовавших ранее Основ законодательства об охране здоровья граждан⁴, по которому единственным критерием выделения частной системы здравоохранения было наличие у «учреждения» имущества на праве частной собственности. При этом не было указание ни на количество такого имущества, ни на источники его получения. Все это подталкивало медицинские организации к манипулированию своим правовым статусом в целях получения государственных дотаций и снижения налогового бремени.

Частная медицинская практика относится к виду предпринимательской деятельности и является разновидностью профессиональной деятельности, что обосновывает наличие повышенных требований к осуществляющим ее субъектам. При этом мы разделяем точку зрения тех ученых⁵, которые определяют предпринимательство в сфере здравоохранения как о вид социального предпринимательства, особенностью

³ Федеральный закон от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2011. № 48. Ст. 6724.

⁴ Основы законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан от 22 июля 1993 г. № 54871 // Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 33. Ст. 1318.

⁵ Барков А.В. Творческое развитие идеи А.Г. Быкова о социальном предназначении предпринимательства в концепции правового регулирования рынка социальных услуг // Предпринимательское право. 2013. № 3. С. 9–13. Тихомиров А.В. Медицинская услуга. Правовые аспекты. М., 1996. С. 97.

которого является одновременно и частный и публичный характер оказываемых услуг, а также медицинских, финансовых, социальных результатов функционирования системы здравоохранения в целом.

Особенностью правоотношений, возникающих в связи с осуществлением возмездной медицинской деятельности, является то, что ее субъектами, с одной стороны, выступают представители частной системы здравоохранения, первоочередной целью которых является систематическое извлечение прибыли, с другой стороны, пациенты, стремящиеся посредством. Отсюда, цель правового регулирования — сбалансировать интересы участников указанных правовых отношений и закрепить в правовой форме принципы, способы и формы их взаимодействия.

Социально значимый характер деятельности по оказанию медицинских услуг в рамках системы частного здравоохранения раскрывается и через анализ этой деятельности применительно к основным признакам предпринимательской деятельности, закрепленным в п. 1 ст. 2 ГК РФ⁶. Так, при ее осуществлении имеется ряд отступлений от принципа самостоятельности и независимости субъектов. В частности, одним из аспектов вмешательства государства является отнесение договора возмездного оказания медицинских услуг к виду публичного договора. Таким образом гражданам обеспечивается равный доступ к получению медицинской помощи у субъектов частной медицинской деятельности.

Другим определяющим признаком частной медицинской практики как вида предпринимательской деятельности является ее рисковый характер. В широком смысле риски при оказании медицинских услуг можно условно подразделить на «предпринимательские», присущие всем видам предпринимательской деятельности, и «медицинские», применимые к врачеванию (риск, связанный с возможностью наступления неблагоприятных последствий в связи, с реакцией отдельно взятого организма на конкретную медицинскую услугу риск, связанный с невыполнением в необходимых случаях встречных действий со стороны пациента (прием лекарств) и т.д.).

Отличительным признаком предпринимательской деятельности также является ее направленность на извлечение прибыли. Однако, как было отмечено выше, отношения в сфере частной медицинской

⁶ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая). — Федеральный закон от 30.11.1994 // СЗ РФ. 1994. № 32. ст. 3301.

практики обладают специальным целевым назначением и носят социальный характер. Такая цель всегда обладает общественной полезностью, если представляет объективную пользу для отдельного лица, то есть индивидуально-полезна для его личного здоровья, а потому полезна для здоровья общественного⁷. И поэтому, мы считаем, что смысл платной медицинской помощи предполагает не замену государственных услуг здравоохранения, а их дополнение и расширение, направленное на усиление конкуренции и, как следствие, повышение качества медицинской помощи.

Законодательно не урегулировано применение такого принципа как систематичность в извлечении прибыли, не определены критерии, по которым деятельность можно отнести к систематически оказываемой. Некоторые авторы предлагают восполнить законодательный пробел, включив в определение предпринимательской деятельности дополнительные квалифицирующие признаки, такие как доля прибыли от этой деятельности в общих доходах лица, «существенность» прибыли, получение ее определенное количество раз за конкретный отчетный период и другие⁸. Однако, на наш взгляд, наиболее эффективным и верным для частной медицинской практики будет являться подход авторов, которые используют не только количественный критерий, но и, прежде всего, качественный — направленность действий к определенной цели, систематичность самой предпринимательской деятельности⁹.

Нельзя обойти стороной вопрос о правовом разграничении понятий «медицинская услуга» и «медицинская помощь», так как на практике исполнители услуг нередко их отождествляют — что недопустимо. Медицинская помощь включает в себя не только медицинские услуги, но и иные меры медицинского характера, отдельные из которых носят непрофессиональный характер. Установлено, что медицинская услуга является объектом гражданско-правового регулирования с присущими ей особенностями: имеет свой объект воздействия,

⁷ Тихомиров А.В. Организационные начала публичного регулирования рынка медицинских услуг. М., 2001. С. 61.

⁸ Ершова И.В. Предпринимательское право: учебник. МИД «Юриспруденция», 2005. С. 6–7.

⁹ Предпринимательское право Российской Федерации: учебник. Отв. ред. Е.П.Губина и П.Г.Лахно. М., 2010. С.31–32.

направлена на достижение полезной цели, нематериальна, индивидуальна и неповторима.

Законодательство предусматривает как ряд общих требований, предъявляемых ко всем субъектам предпринимательской деятельности, так и ряд специальных требований для лиц, осуществляющих деятельность в рамках частной медицинской деятельности.

В настоящее время субъекты частной медицинской практики относительно самостоятельны в своей деятельности. Государство не управляет ими, а лишь регулирует отдельные стороны деятельности (регистрирует, лицензирует, осуществляет нормативное регулирование, санитарно-эпидемиологический надзор и т.д.).

Помимо обязательного требования о государственной регистрации к хозяйствующим субъектам, изъявившим желание осуществлять медицинскую деятельность, законом предъявляется еще ряд существенных требований.

Так специальными требованиями для лиц, осуществляющих медицинскую деятельность, является наличие:

1. диплом о высшем или послевузовском медицинском образовании¹⁰;
2. сертификата специалиста, который выдается на основании послевузовского профессионального образования, или дополнительного образования, или проверочного испытания, проводимого комиссиями профессиональных медицинских и фармацевтических ассоциаций, по теории и практике избранной специальности, вопросам законодательства в области охраны здоровья граждан¹¹;
3. лицензии на осуществление соответствующего вида (видов) медицинской деятельности¹².

В соответствии с Постановлением Правительства РФ «Об организации лицензирования отдельных видов деятельности», лицензирование

¹⁰ ст. 100 Федерального закона от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2011. № 48. Ст. 6724.

¹¹ ст. 100 Федерального закона от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2011. № 48. Ст. 6724.

¹² ст. 17 Федерального закона от 04.05.2011 № 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» // СЗ РФ. 2011. № 19. Ст. 2716.

медицинской деятельности государственной (с 1 января 2013 г.¹³), муниципальной и частной систем здравоохранения, за исключением деятельности по оказанию высокотехнологичной медицинской помощи, относится к компетенции органов исполнительной власти субъектов, находящихся в подчинении Министерства здравоохранения и социального развития Российской Федерации.

При осуществлении лицензирования медицинской деятельности взаимодействуют две стороны лицензионных правоотношений: лицензирующий орган и соискатель лицензии либо лицензиат. Необходимо отметить, что в процессе реализации лицензионных правоотношений возникает большое количество вопросов, требующих специальных познаний, что обуславливается тем, что, с одной стороны, в лицензионных правоотношениях участвуют работники уполномоченных исполнительных органов субъектов РФ, для которых лицензирование субъектов частной медицинской практики является достаточно новым видом деятельности, опыт для реализации которого еще не наработан, а с другой стороны, соискатели лицензии либо лицензиаты — люди, имеющие прямое отношение к медицине, но далекие от юридических тонкостей процесса лицензирования.

Лицензирование медицинской деятельности субъектов частной медицинской практики является весьма острым вопросом, что подтверждается результатами опросов¹⁴. Так, по данным проводимых опросов, 63% респондентов считают, что развитию частной медицины мешает современный порядок лицензирования. Таким образом, на задний план отходят такие проблемы частного-здравоохранения как коррупция (15%), прессинг санитарно-эпидемиологической службы (7%), несовершенство законов (2%), непредсказуемость нормативов (13%).

На сегодняшний день порядок лицензирования медицинской деятельности регламентируется Положением о лицензировании медицинской деятельности¹⁵. Перечень работ (услуг) при осуществлении ме-

¹³ ст. 15 Федерального закона от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2011. № 48. Ст. 6724.

¹⁴ Усова М.В. Правовое регулирование лицензирования в условиях административной реформы. Москва, 2008. С. 11.

¹⁵ Постановление Правительства РФ от 16 апреля 2012 г. № 291 «О лицензировании медицинской деятельности (за исключением указанной деятельности, осуществляемой

медицинской деятельности, подлежащих лицензированию, насчитывает более 200 наименований видов медицинской деятельности.

При осуществлении медицинской деятельности к соискателям лицензии и лицензиатам предъявляется ряд требований и условий, прямо предусмотренных в пп. 4 и 5 Положения о лицензировании медицинской деятельности. Однако при проверке соответствия данным требованиям и условиям как у лицензирующих органов, так и у соискателей лицензии и лицензиатов возникает правовая неопределенность. Так, обязательным является обеспечение лицензиатом при осуществлении медицинской деятельности контроля за соответствием качества выполняемых медицинских работ (услуг) установленным требованиям (стандартам), также наличие в штате соискателя лицензии (лицензиата) или привлечение им на ином законном основании специалистов, необходимых для выполнения работ (услуг), имеющих высшее или среднее профессиональное (медицинское) образование и сертификат специалиста, соответствующие требованиям и характеру выполняемых работ (услуг).

Для учреждений государственной и муниципальной систем здравоохранения соблюдение стандартов медицинской помощи, стандартов оснащения организаций здравоохранения медицинским оборудованием и других стандартов в сфере здравоохранения является необходимым в силу ведомственной принадлежности. Так, на сегодняшний день существует более 600 стандартов оказания медицинской помощи, такие как стандарт медицинской помощи больным со злокачественным новообразованием мочевого пузыря. Существующие стандарты содержат в себе требования о методах диагностики заболевания, его лечения, рекомендуемые штатные нормативы медицинского персонала, перечень необходимого оборудования и инструментария.

Однако в соответствие со ст. 2 Федерального закона «О техническом регулировании»¹⁶, под стандартом понимается документ, в котором в целях добровольного многократного использования устанавливаются характеристики продукции, правила осуществления и характеристики

медицинскими организациями и другими организациями, входящими в частную систему здравоохранения, на территории инновационного центра «Сколково») // СЗ РФ. 2012 г. № 17 ст. 1965.

¹⁶ Федеральный закон от 27.12.2002 № 184-ФЗ «О техническом регулировании» // СЗ РФ. 2002. — № 52 (ч. 1). Ст. 5140.

процессов проектирования (включая изыскания), производства, строительства, монтажа, наладки, эксплуатации, хранения, перевозки, реализации, и утилизации, выполнения работ или оказания услуг.

Законодателем четко указывается на добровольный порядок применения стандартов оказания медицинской помощи. Таким образом, исходя из норм Федерального закона «О техническом регулировании» следует, что субъект частной системы здравоохранения имеет право не соблюдать существующие стандарты, оказания медицинской помощи. Однако такая позиция не соответствует нормам Основ охраны здоровья граждан.

На сегодняшний день остро стоит вопрос о возможности постепенного перехода от лицензирования к саморегулированию медицинской деятельности и сохранению за государственными органами лишь полномочий по аккредитации специалистов. По нашему мнению, их можно внедрить как дополнительную гарантию качества медицинских услуг, а не как полноценную замену государственного регулирования данной сферы.

Обязательным условием осуществления медицинской деятельности является наличие заключение **договора на оказание медицинских услуг**. Основным нормативным правовым актом, регулирующим отношения по возмездному оказанию медицинских услуг, является ГК РФ. В п. 3 ст. 779 ГК РФ указывается, что правила главы 39 ГК РФ «Возмездное оказание услуг» применяются к договорам оказания медицинских услуг. Однако глава 39 ГК РФ содержит всего лишь 5 статей, непосредственно регулирующих возмездное оказание услуг. По всем вопросам, не урегулированным главой 39 ГК РФ, имеются отсылочные нормы к общим положениям о подряде, бытовом подряде.

Ряд ученых предлагают выделить договор на осуществление медицинской деятельности в самостоятельный тип — «договор на оказание медицинских услуг». По нашему мнению, это нецелесообразно во избежание разрастания нормативно-правового поля. Думается, что особенности договора возмездного оказания медицинских услуг достаточно отразить в Правилах предоставления медицинских организациями платных медицинских услуг населению.

Изучение договора возмездного оказания медицинских услуг позволило классифицировать данный договор как консенсуальный,

двусторонний и возмездный. Ему присущи черты публичного договора и договора присоединения. При этом основной целью, определяющей публичность договора возмездного оказания медицинских услуг, является участие в нем потребителя-пациента как наименее защищенного лица. Что касается формы договора, то предпочтительно составление и подписание сторонами отдельного документа. Отсутствие письменного изложения условий договора свидетельствует о неинформированности пациента об оказываемой услуге, что на практике не позволяет установить пределы услуги, ее фактические границы, момент завершения.

В качестве существенных условия договора выступают сведения об исполнителе и пациенте; условия и сроки получения медицинской услуги; стоимость и порядок оплаты за эти услуги; права, обязанности и ответственность сторон, а также порядок изменения и расторжения договора.

По нашему мнению, необходимо закрепить в нормативных актах критерии и порядок установления предельных цен по договорам возмездного оказания медицинских услуг. Привлечь к их разработке медицинских работников. Автор убежден, что при определении предельной цены следует исходить из социального характера услуги, ее значимости для жизни и здоровья пациента. Так, ценообразование ряда медицинских вмешательств не подлежат такому регулированию со стороны государства, а именно пластическая хирургия, иначе называемая «эстетической медициной». В конечном счете цена на услугу зависит от конкретных технологий, определяющих затраты на оказание услуги и ее потребительские свойства (комфорт, современное оборудование).

Подводя итог, отметим, что на сегодняшний день осуществление деятельности в рамках частной медицинской деятельности практически не урегулировано, несмотря на большое количество нормативных правовых актов в сфере здравоохранения. Так, лишь с 1 января 2012 г. появились легальные определения таких базовых терминов, как медицинская услуга, медицинская помощь, пациент. В то же время большое количество вопросов ждут своего законодательного разрешения, среди них и системообразующий вопрос о качестве услуг, предоставляемых в рамках частной медицинской практики.

Евгений Архипов

Аспирант кафедры предпринимательского права
юридического факультета МГУ имени М.В.Ломоносова

Понятие и правовая природа краудфандинга

1. Что такое краудфандинг?

Краудфандинг (от англ. crowd funding) — это финансирование какого-либо проекта заранее не определённым кругом лиц. В краудфандинге принимают участие:

а) реципиент — лицо, организующее весь процесс. Именно он является получателем указанного финансирования. При этом вполне возможна ситуация, когда реципиент передаст собранные средства третьему лицу (назовём его «конечный получатель»). Однако о такой передаче должны быть заранее поставлены в известность доноры.

б) доноры — лица, которые передают те или иные средства реципиенту и таким образом осуществляют финансирование.

Финансирование может заключаться в передаче денег или любого другого имущества. Яркий пример краудфандинга — сбор музыкальной группой денежных средств для записи нового альбома. Участники коллектива предлагают своим поклонникам передать для этих целей любую сумму денег, а взамен обещают отдать один экземпляр нового альбома, когда его выпуск уже состоится.

Любой краудфандинг можно отнести к одному из двух его видов. Назовём их «возмездный краудфандинг» и «безвозмездный краудфандинг». Первый вид предполагает какое-либо встречное предоставление донору со стороны реципиента. Можно выделить, в частности, следующие возможные варианты такого предоставления:

а) передача донору какой-либо вещи, как правило, той, на создание которой были потрачены собранные средства;

б) передача донору денежных средств в размере определённого процента от продаж или иного введения в оборот имущества, создание которого финансировалось;

в) наделение донора некими правами по определению судьбы финансируемого проекта.

При безвозмездном краудфандинге доноры не получают взамен от реципиента ничего.

Можно выделить и иные критерии для классификации.

1) В зависимости от того, кому в итоге предназначаются собираемые средства, выделяют:

а) краудфандинг, при котором собранные средства предназначаются реципиенту (то есть он сам является конечным их получателем);

б) краудфандинг, где помимо реципиента есть третье лицо (лица) — конечный получатель (получатели) средств. Конечный получатель может иметься и при возмездном, и при безвозмездном краудфандинге. Пример первого — сбор инициативной группой денежных средств на финансирование проекта (например, создания какой-либо вещи), исполнитель которого определяется по результатам конкурса. При этом донорам обещают, например, передать экземпляр созданной вещи. Пример второго — сбор организацией средств, которые впоследствии будут переданы детскому дому (последний и будет конечным получателем).

2) В зависимости от того, имеется ли вероятность возврата переданного имущества донорам, можно выделить:

а) краудфандинг, при котором собранные средства ни при каких условиях не возвращаются донорам,

б) краудфандинг, при котором имущество возвращается донорам, если собранных средств оказалось недостаточно для реализации задуманного проекта.

Как правило, во втором случае устанавливается определённый срок, в течение которого средства должны быть собраны. Если отведённое время истекло, а результат так и не достигнут, имущество возвращается донорам. Наличие или отсутствие такого срока — ещё один критерий классификации. Можно выделить и иные виды краудфандинга.

2. Правовая природа краудфандинга

Очевидно, что общественные отношения, складывающиеся при использовании краудфандинговых схем, должны быть урегулированы нормами права. Представляется, что при появлении нового типа отношений (такого, как, например, рассматриваемые), прежде всего,

следует выяснить, годятся ли уже существующие правовые нормы для их регулирования. Другими словами, возможно ли назвать эти отношения частным случаем, подвидом уже известных нам отношений. На наш взгляд, постановка такого вопроса и получение на него правильного ответа весьма важны, поскольку следует избегать, с одной стороны, необоснованного увеличения числа правовых норм, а с другой — искусственной «подгонки» новых институтов под имеющиеся юридические конструкции.

Первое, в свою очередь, может привести либо к загрязнению права идентичными нормами, регулируемыми сходные отношения, либо к ситуации, когда сходные отношения урегулированы принципиально различным образом (по сути это можно назвать двойными стандартами). И то, и другое, без сомнений, негативным образом скажется на практике применения права.

В то же время, желание облачить новые конструкции в уже имеющиеся формы, если это явно противоречит их природе, может лишить эти нововведения некоторых преимуществ и даже сделать их совершенно непривлекательными в глазах бизнес-сообщества или иных субъектов права.

Принимая во внимание приведённые размышления, попробуем сравнить краудфандинг с другими, уже упомянутыми в праве, институтами. На наш взгляд, краудфандинг наиболее похож на:

- а) простое товарищество,
- б) куплю-продажу с предварительной оплатой товара,
- в) дарение.

Именно с указанными институтами мы и будем сравнивать краудфандинг ниже.

2.1 Краудфандинг и купля-продажа с предварительной оплатой товара

На первый взгляд, краудфандинг является разновидностью купли-продажи с предварительной оплатой товара. Если быть более точным, то с куплей-продажей в данном случае (а также и далее по тексту настоящей работы) сравнивается, конечно, не вся процедура краудфандинга, а отдельные её элементы — передача денежных средств каждого конкретного донора реципиенту и встречное предоставление реципиента конкретному донору. Однако регулирование краудфандинга должно,

на наш взгляд, отличаться определёнными особенностями, продиктованными спецификой его правовой природы. Эта специфика, как нам кажется, не позволяет назвать краудфандинг разновидностью купли-продажи и урегулировать соответствующие отношения нормами главы 30 ГК РФ. В чём же заключаются указанные особенности?

Главное, на наш взгляд, отличие отношений донора и реципиента при краудфандинге от отношений по купле-продаже заключается в цели, которую преследует лицо, передающее денежные средства. При купле-продаже цель покупателя при заключении очевидна: приобрести вещь. Однако донор в краудфандинге заключает договор не только и не столько ради получения определённой заранее вещи. Основная его цель — поспособствовать донору в решении конкретных задач. Если бы донор хотел лишь приобрести конечный продукт, решил бы он по своей воле поставить себя в такое относительно невыгодное положение?

Поясним сказанное на примере с инвестированием в создание музыкальной группой нового альбома. Мало того, что донор лишь в самых общих чертах понимает, что будет представлять из себя конечный продукт, так, помимо этого, между передачей денежных средств и получением товара в этом случае проходит порой довольно-таки много времени. Причём при заключении договора донор, как правило, не знает, сколько ему придётся ждать. Более того, есть вероятность того, что нужная сумма вообще не соберётся, а значит, донор никогда не получит встречное предоставление. Риски покупателя при заключении договора купли-продажи значительно меньше. В случае передачи денег одновременно с передачей товара они фактически сводятся лишь к возможности приобретения некачественной продукции. Если бы краудфандинговый донор хотел лишь получить товар, ему гораздо проще было бы дождаться выхода нового альбома и, оценив тем или иным образом его качество, заключить договор купли-продажи.

Если же посмотреть на краудфандинг с несколько иных позиций, то можно сказать, что его ценность для общества заключается, в первую очередь, не в переходе имущества от реципиента к донорам. Это способ аккумулирования первым денежных средств для последующего их использования в целях развития им своей деятельности. Таким образом, передача товара донору — это не эквивалентное встречное исполнение обязательства, а своего рода благодарность за финансовую помощь.

Конечно, возможна ситуация, когда донор имеет целью лишь приобретение товара по низкой цене. Это возможно, если было объявлено, что сумма выплаченных средств не имеет значения, то есть товар будет передан донору независимо от суммы внесённых им денег. Однако, на наш взгляд, подобная ситуация является скорее исключением и не может изменить сущность краудфандинга. Следует, скорее, признать, что такой донор действует против природы краудфандинга.

Кстати, возможность включения в договор участия в краудфандинге условия о том, что товар будет передан донору, не зависимо от размера его платежа, также говорит об особой природе анализируемых отношений.

Кроме того, природе краудфандинга противоречат некоторые нормы о купле-продаже, закреплённые в действующем законодательстве. Так, например, к отношениям, вытекающим из краудфандинга не должны применяться нормы п. 1 ст. 466, п. 1 и 3 ст. 468, п. 2 ст. 475, п. 2 ст. 482, п. 3 ст. 487 ГК РФ в той части, в которой они наделяют покупателя (донора в краудфандинге) правом требовать возврата уплаченной за товар денежной суммы. Как уже отмечалось, сумма передаваемых донором денежных средств может значительно отличаться от рыночной стоимости товара. Поэтому в случае неисполнения реципиентом своей обязанности по передаче имущества доноры должны быть вправе требовать передачи товара в натуре или выплаты денежных средств в размере его рыночной стоимости. И лишь доноры, передавшие в своё время денег меньше, чем оценивается получившееся имущество, могут требовать возврата уплаченных сумм. Выплата им денег в размере стоимости товара была бы несправедливой.

Таким образом, на наш взгляд, краудфандинг (или отдельные его элементы) нельзя назвать разновидностью купли-продажи.

2.2 Краудфандинг и простое товарищество

Краудфандинг также может показаться похожим на простое товарищество. На самом же деле, если попытаться сравнить два соответствующих договора, можно увидеть весьма важные отличия сущностного характера. Первым в списке отличий хотелось бы назвать то, что договор простого товарищества заключается между всеми товарищами. Напротив, при краудфандинге заключать один договор, объединяющий реципиента и каждого из доноров, не следует.

Доноры находятся не сразу, а в течение, как правило, длительного срока. Что делать с договором простого товарищества, опосредующим краудфандинг, когда находится новое лицо, желающее поучаствовать в проекте? Заключать новый договор? Недостатки этого способа разрешения проблемы, как представляется, чересчур очевидны, чтобы тратить на них время и внимание читателя. Тогда, может, следует каким-то образом распространить действие старого договора на новичка? Но глава 55 ГК РФ ничего не говорит по поводу принятия в число товарищей нового лица. Помимо этого, такая процедура также достаточно неудобна.

Кроме того — и это главное — доноры вполне могут обойтись без оформления каких-либо правоотношений друг с другом. Конечно, возможна ситуация, когда доноры объединяются против недобросовестного реципиента и оформляют свои отношения юридически. Доноры могут вступать в правоотношения друг с другом также и в случае, когда им предоставлено право каким-либо образом влиять на судьбу проекта — для выработки наиболее приемлемой политики, проведения дискуссий на эту тему. Однако в рамках краудфандинга донорам достаточно быть связанными лишь обязательством с реципиентом. Последний также не получит ничего от связанности всех доноров единым договором. Таким образом, напрашивается вывод о том, то при краудфандинге должно существовать несколько договоров¹⁷: реципиент вступает в отношения с каждым донором по отдельности.

Однако для противников признания краудфандинга институтом *sui generis* и установления для него специального регулирования приведённых доводов может оказаться недостаточно. Поэтому обратимся к характеристике договора простого товарищества. Учёные выделяют, в частности, следующие его характерные черты.¹⁸

Во-первых, «совместная деятельность товарищей выражается во внесении ими вкладов в общее дело и в дальнейших совместных действиях (без образования юридического лица) для извлечения прибыли или достижения общей цели». Вместе с тем, никакой совместной деятельности после внесения вкладов доноры могут не осуществлять. В дальнейшем основная деятельность (по привлечению новых

¹⁷ Конечно, если доноров набралось больше, чем один.

¹⁸ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга пятая. В двух томах. Том 1: Договоры о займе, анковском кредите и факторинге. Договоры, направленные на создание коллективных образований. — М.: Статут, 2006. С. 12–14.

доноров, по расходованию денежных средств и т.д.) ведётся лишь реципиентом от своего имени и за свой счёт. Возможная деятельность доноров по определению судьбы проекта, как уже отмечалось ранее, может иметь место не всегда.

Во-вторых, «в договоре простого товарищества перед его участниками стоят две общие цели: собственно создание коллективного образования (простого товарищества) и совместное участие в гражданском обороте. Более того, в договоре простого товарищества у всех его участников общими являются не только цель, но и интерес к результату их совместной деятельности». Однако дело в том, что ни доноры, ни реципиент не ставят перед собой цели создания коллективного образования. Точнее, они поставят её перед собой, только если решат оформить свои отношения договором простого товарищества, и только ради этого (или же в отдельных случаях для участия в определении судьбы проекта). То же касается и цели совместного участия в гражданском обороте.

В-третьих, «для договора простого товарищества особое значение имеет фидуциарность, лично-доверительный характер отношений, складывающихся между товарищами». Вместе с тем, краудфандинг не характеризуется фидуциарностью возникающих отношений. Процесс сбора денежных средств не будет поставлен под угрозу в случае отсутствия доверительных взаимоотношений между донорами и реципиентом. Более того, ввиду возможно большого количества доноров, которые, как правило даже не знакомы друг с другом и с реципиентом, ни о какой фидуциарности говорить не приходится в принципе.

Помимо приведённых различий, следует обратить внимание на то, что не все нормы из главы 55 ГК РФ не подходят для регулирования краудфандинга. Так, в п. 2 ст. 1041 ГК РФ установлено, что «сторонами договора простого товарищества, заключаемого для осуществления предпринимательской деятельности, могут быть только индивидуальные предприниматели и (или) коммерческие организации». Вместе с тем, участие в краудфандинговых схемах, направленных на получение прибыли, лишь доноров-предпринимателей противоречит смыслу этого института. Распространение такой нормы на соответствующие отношения способно стать серьёзным и совершенно необоснованным препятствием на пути развития краудфандинга в России.

Учитывая приведённые выше доводы, не следует регулировать краудфандинг нормами о простом товариществе.

2.3 Краудфандинг и дарение

Является ли безвозмездный краудфандинг разновидностью дарения? Опять же, с дарением в данном случае сравнивается не вся процедура сбора денежных средств, а отдельные её элементы — передача денежных средств (или иного имущества) каждого конкретного донора реципиенту. На наш взгляд, на поставленный вопрос следует ответить положительно. Это позволяет сделать достаточно широкое определение дарения, даваемое Гражданским кодексом РФ. При краудфандинге налицо безвозмездная передача одним лицом вещи в собственность другому лицу, а значит, речь в данном случае идёт именно о дарении.

Однако краудфандинг следует признать особым видом дарения. Его уникальность заключается в следующем. Сбор денег посредством краудфандинга — явление массовое. Порой оно объединяет несколько тысяч человек, а в результате у реципиентов концентрируются достаточно большие суммы денежных средств. Потенциально такая процедура таит определённую опасность для доноров, поскольку является очень привлекательной для разного рода мошенников. В этой связи законодателю следует особое внимание уделить защите интересов доноров. По сути, они заключаются в том, чтобы собранные средства:

- а) использовались в соответствии с ранее заявленной целью,
- б) не использовались никак иначе.

Защитить названные интересы доноров можно, закрепив обязанность реципиента с определённой периодичностью отчитываться, в частности:

- а) о количестве уже собранных денег,
- б) о том, на что они тратятся.

Кроме того, реципиент обязательно должен ещё до передачи донором денежных средств информировать его о том, что он будет участвовать именно в краудфандинге. Это станет стимулом для дополнительной оценки донором своих рисков.

Необходимость установления такого регулирования безвозмездного краудфандинга позволяет назвать его особым видом дарения, которые, по аналогии с пожертвованием, должен быть специально урегулирован в ГК РФ.

К слову, на наш взгляд, перечисленные обязанности реципиента должны быть закреплены и для возмездного краудфандинга.

2.4 Краудфандинг и акционерное общество

Конечно, вряд ли кому-либо придёт в голову идея урегулировать краудфандинг нормами Федерального закона «Об акционерных обществах». Однако, на наш взгляд, сравнительный анализ краудфандинга и процедуры создания акционерного общества будет полезен для познания природы первого и выявления некоторых базовых принципов регулирования соответствующих отношений.

То, что мы сегодня называем краудфандингом, очень похоже на процесс создания первых акционерных обществ.¹⁹ Безусловно, есть у него сходства и с современными «потомками» тех явлений. О каких именно общих чертах идёт речь? Главная из них заключается в том, что и при проведении краудфандинга, и при создании акционерного общества преследуется одна и та же цель — аккумулировать в одних руках денежные средства для решения тех или иных задач. При этом предложение о передаче денег адресуется неопределённому кругу лиц, а размер инвестиции, по сути, определяется самим лицом, её осуществляющим. Взамен такое лицо получает определённые права (речь идёт о возмездном краудфандинге, при котором не исключено получение прав по определению судьбы проекта, что ещё больше сближает его с процедурой создания акционерного общества).

При этом за долгие годы развития акционерное законодательство встало на путь защиты интересов акционеров. Это подтверждается большим числом норм, которые закрепляют права последних и/или в целом ориентированы на их правовую поддержку. Специальное же регулирование краудфандинга в нашей стране сегодня отсутствует вообще. Теоретически такая ситуация может привести к тому, что недобросовестные реципиенты будут использовать краудфандинг как альтернативу созданию акционерного общества. Эти лица смогут получить все преимущества этой организационно-правовой формы, уйдя при этом от его недостатков, связанных с обеспечением прав акционеров.

Чтобы предупредить такие игры с законом, нельзя допускать, чтобы с помощью возмездного краудфандинга финансировалась вся деятельность организации или индивидуального предпринимателя. На наш взгляд, такое регулирование будет полностью соответствовать природе как краудфандинга, так и хозяйственного общества. К слову,

¹⁹ Подробнее см., например: Корпоративное право: учебный курс: учебник / отв. ред. И.С.Шиткина. — М.: КНОРУС, 2011. С. 110–114.

высказанное имеет отношение и к краудфандингу, организованному для некоммерческих (непредпринимательских) целей. Для финансирования деятельности организации в целом в данном случае подходит, например, такая организационно-правовая форма юридического лица, как фонд.

В результате проведённого исследования мы пришли к выводу о том, что возмездный краудфандинг имеет уникальную правовую природу, не позволяющую урегулировать связанные с ним отношения уже действующими нормами права. Вероятно, следует дополнить Гражданский кодекс РФ новой главой, с названием, например, «Договор возмездного участия в краудфандинге», где будут собраны все нормы, регулирующие соответствующие отношения.

Безвозмездный же краудфандинг должен быть признан разновидностью дарения. Безусловно, следует учесть его особенности путём закрепления описанных выше норм в главе 32 ГК РФ. Однако всё же целесообразно было бы урегулировать отношения, вытекающие из двух видов краудфандинга общими нормами.

Представляется, что установление правового регулирования, не противоречащего природе краудфандинга и не создающего ненужных барьеров для его использования, способно привести к росту популярности этого института в России.

Екатерина Белычѐва

*Магистрант кафедры предпринимательского права
юридического факультета МГУ имени М.В.Ломоносова*

Распределение бремени доказывания в делах о привлечении к гражданско-правовой ответственности членов органов юридических лиц за действия (бездействие), причинившие убытки юридическому лицу

С развитием рыночных отношений в последние десятилетия, увеличением количества корпораций в различных видах и формах, растет и количество корпоративных конфликтов. Среди них выделяется конфликт с членами органов управления хозяйственных обществ, которые в силу своего статуса имеют определенные обязанности, зачастую нарушаемые ими, что приводит к убыткам для общества.

Действующее законодательство наделяет хозяйственное общество и его участников (акционеров) правом обращения в судебные органы с иском о возмещении таких убытков.

Однако, в силу фрагментарности правового регулирования в исследуемой области, наличия пробелов и противоречий в определении основных понятий и категорий, недостаточности научного исследования, вопрос о распределении бремени доказывания по рассматриваемой категории дел всё еще остается актуальным.

Устранение вышеназванных проблем имеет не только теоретическое, но и практическое значение. Оно позволит найти положительный ответ на вопрос о целесообразности и объективной обусловленности формирования в законодательстве определенных правил распределения бремени доказывания, позволит повысить качество режима законности и правопорядка, а также деятельности законодателя и правоприменителя.

Целью статьи является изучение существующих проблем в правовом регулировании распределения бремени доказывания по делам о привлечении членов органов управления хозяйственных обществ за действия (бездействие), повлекшее убытки обществу, исследование

правоприменительной практики и выработка предложений по совершенствованию действующего законодательства.

В статье исследуется и анализируется механизм распределения бремени доказывания, установленный Федеральными законами, Постановлением Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30 июля 2013 года № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица» (Далее — ПП ВАС РФ № 62), Проектом № 394587–5 Правительства Российской Федерации «О внесении изменений в отдельные законодательные акты российской Федерации в части привлечения к ответственности членов органов управления хозяйственных обществ» (далее — Проект закона об ответственности) и Кодексом корпоративного поведения. Автором классифицируются правила распределения бремени доказывания, детально освещаются основания признания действий членов органов управления недобросовестными и неразумными, изучаются основания освобождения от доказывания.

Правило о разграничении обязанности по доказыванию является важным проявлением состязательности — одного из основных принципов судебного процесса. Суд перестал быть основным субъектом собирания доказательств по делу, отводя основную роль в доказательственной деятельности лицам, участвующим в деле.

В зависимости от категории спора и обстоятельств дела бремя доказывания возлагается на одну из сторон.

Так, в Германии акционерное законодательство возлагает бремя доказывания на управляющих (например, п. 2 § 93, п. 2 § 117 Акционерного закона ФРГ от 06.09.1965 года)²⁰.

Вслед за требованиями немецкого акционерного законодательства некоторые авторы полагали, что и в отечественном законодательстве действуют аналогичные правила: управляющий обязан самостоятельно доказывать, что его поведение было добросовестным и разумным и соответствовало обычаям делового оборота²¹.

Другие авторы в противоположность считали, что бремя доказывания того, что директора осуществляли свои обязанности с должной

²⁰ Акционерное общество и товарищество с ограниченной ответственностью: сб. зарубежного законодательства / отв. ред. В.А.Туманов. М., 1998. С. 119, 128

²¹ Комментарий к Федеральному закону об акционерных обществах / под общ. Ред. М.Ю.Тихомирова, 3-е изд., доп. и перераб. М., 2002. С. 349

степенью заботливости, может быть возложено не на истца, а на самих директоров²².

В гражданском законодательстве закреплена презумпция добросовестности участников гражданских правоотношений (пункт 5 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации). Данное правило распространяется и на членов органов управления хозяйственных обществ.

За время, прошедшее с момента принятия Гражданского кодекса РФ, а также специального законодательства об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью, судебные органы по исследуемой категории дел начинают вырабатывать определенные тенденции, связанные с распределением бремени доказывания.

Проанализировав ПП ВАС № 62, Проект Закона об ответственности и Кодекс корпоративного поведения, представляется логичным установить, что бремя доказывания распределяется по исследуемой категории споров следующим образом.

По общему правилу, в силу пункта 5 статьи 10 ГК РФ истец должен доказать наличие обстоятельств, свидетельствующих о недобросовестности и (или) неразумности действий (бездействии) директора, повлекших неблагоприятные последствия для юридического лица.

Делаем вывод, что по искам о взыскании убытков, причиненных хозяйственному обществу действиями (бездействием) членов органов управления, доказать противоправность действий причинителя убытков, причинно-следственную связь между противоправными действиями и возникшими убытками, наличие и размер понесенных убытков должен истец.

Это положение подтверждается сложившейся за несколько лет и устоявшейся судебной практикой, в частности Постановлением Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 6 марта 2012 г. № 12505/11, Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 13 июня 2012 г. № Ф05–5631/12 по делу № А40–81067/2011 и другими.

С аналогичных позиций бремя доказывания распределяется и по другим корпоративным спорам. В частности, по делам о признании сделки с заинтересованностью недействительной также бремя доказывания

²² Сыроедова О.Н. Акционерное право США и России: сравнительный анализ. М., 1996, С. 72

наличия признаков заинтересованности в сделке возлагается на истца. Соответственно, истец должен представить доказательства, которые подтверждают фактические обстоятельства, позволяющие сделать вывод о наличии у совершенной акционерным обществом сделки признаков сделки с заинтересованностью. На истца также возлагается бремя доказывания того, каким образом оспариваемая сделка нарушает его права и законные интересы. При установлении арбитражным судом убыточности сделки для акционерного общества следует исходить из того, что права и законные интересы истца нарушены, если не будет доказано иное²³.

Второе правило необходимо условно обозначить как распределение бремени доказывания по усмотрению суда.

Речь идет об абзаце 4 пункта 1 ПП ВАС РФ № 62, где изложено следующее.

«Если истец утверждает, что директор действовал недобросовестно и (или) неразумно, и представил доказательства, свидетельствующие о наличии убытков юридического лица, вызванных действиями (бездействием) директора, такой директор может дать пояснения относительно своих действий (бездействии) и указать на причины возникновения убытков (например, неблагоприятная рыночная конъюнктура, недобросовестность выбранного им контрагента, работника или представителя юридического лица, неправомерные действия третьих лиц, аварии, стихийные бедствия и иные события и т.п.) и представить соответствующие доказательства.

В случае отказа директора от дачи пояснений или их явной неполноты, если суд сочтет такое поведение директора недобросовестным (статья 1 ГК РФ), бремя доказывания отсутствия нарушения обязанности действовать в интересах юридического лица добросовестно и разумно может быть возложено судом на директора».

Ранее в судебной практике встречались случаи, когда суд указывал на отказ от дачи пояснений как отказ от опровержения того факта, на наличие которого аргументированно со ссылкой на конкретные документы указывает процессуальный оппонент. Участвующее в деле

²³ Постановление Пленума Высшего Арбитражного суда РФ от 20.06.2007 года № 40 «О некоторых вопросах практики применения положений законодательства о сделках с заинтересованностью» // СПС «Консультант Плюс»

лицо, не совершившее процессуальное действие, несет риск наступления последствий такого своего поведения²⁴.

Предусмотрев такое положение в Постановлении, Высший арбитражный суд предоставил судам возможность перераспределять бремя доказывания в зависимости от условий, прямо не предусмотренных, а, следовательно, очень субъективных и целиком и полностью зависящих от усмотрения суда.

Суды фактически получили право считать признаками недобросовестности не только представленные истцом доказательства, но и отказ директора от доказывания своей добросовестности.

Это важный прорыв для истцов-миноритариев, ведь в подобных спорах все доказательства фактически находятся под контролем членов органов управления.

Третье правило — исключительное — бремя доказывания ложится на ответчика при наличии определенных оснований недобросовестности и неразумности действий членов органов управления.

Необходимо отметить, что в ППВАС № 62, как и в Проекте закона об ответственности, эти исключения дифференцированы. Рассматривается сначала недобросовестность действий (бездействия) директора в пункте 2 ППВАС № 62, а в пункте 3 указанного постановления — его неразумность.

Ранее суды часто использовали выражение «добросовестно и разумно» как некую неделимую идиому. Между тем, разница есть, в том числе и в правовых последствиях. Так, Президиум Высшего арбитражного суда допускал возможность признания сделок недействительными на основании недобросовестности действий директора (при наличии «сговора» с контрагентом), но не на основании их неразумности (Постановление Президиума ВАС РФ от 13.09.2011 № 1795/11 по делу № А56–6656/2010).

Абзац 1 п. 2 ПП ВАС № 62 выделяет пять оснований недобросовестности.

Первым основанием недобросовестности являются действия (бездействие) директора при наличии конфликта между его личными интересами (интересами аффилированных лиц директора) и интересами

²⁴ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 06.03.2012 г. № 12505/11 // СПС «Консультант Плюс»

юридического лица, в том числе при наличии фактической заинтересованности директора в совершении юридическим лицом сделки, за исключением случаев, когда информация о конфликте интересов была заблаговременно раскрыта и действия директора были одобрены в установленном законодательством порядке.

Конфликт интересов как правовая категория законодательно не нашла своего определения, однако в литературе данному понятию посвящено немало работ. В частности, Д.И.Дедов рассматривает конфликт интересов как противоречие между интересами, которые защищены правом и должны быть удовлетворены действиями другого уполномоченного принципалом лица (поверенного, агента, директора, доверительного управляющего) и личными интересами этого уполномоченного²⁵.

С.Ю.Филиппова определяет конфликт интересов через понятие корпоративного конфликта, который является особой характеристикой корпоративного правоотношения, показывающей наличие между участниками этого правоотношения любого разногласия (в том числе спора), возникшего в связи с участием в организации или ее органах, если оно затрагивает права или защищаемые правом интересы организации или участников организации²⁶. Другие исследователи определяют конфликт интересов как объективную ситуацию, при которой интересы участников корпоративных отношений не совпадают с интересами самой корпорации и (или) других участников корпоративных правоотношений²⁷.

Кодекс корпоративного поведения в п. 3.1.4 главы 4 закрепляет, что генеральному директору и членам правления следует воздерживаться от совершения действий, которые приведут к возникновению конфликта между их интересами и интересами общества, а в случае возникновения такого конфликта, они обязаны немедленно поставить об этом в известность совет директоров через секретаря общества.

Проект закона об ответственности также упоминает данное основание недобросовестности действий руководителя

²⁵ Дедов Д.И. Конфликт интересов. М., 2004. С. 1

²⁶ Филиппова С. Ю. корпоративный конфликт: возможности правового воздействия. М., 2009. С. 64

²⁷ Корпоративное право: учеб. курс для студентов вузов / [Афанасьева Е. Г. и др.] ; отв. ред. — И.С.Шиткина ; Моск. гос. ун-т им. М.В.Ломоносова, Юрид. фак. М.: КноРус, 2011. С. 583

Представляется, что само по себе наличие конфликта интересов не является противоправным, это объективное состояние. Обязанностью же участников корпоративных отношений состоит в воздержании от действий, которые приведут к возникновению такого конфликта, а если конфликт уже возник — в раскрытии данной информации.

Аналогичная обязанность закреплена в британском законе о компаниях — «избегать конфликта интересов»²⁸ и отнесена к фидуциарным обязанностям.

Следовательно, невыполнение этой обязанности является признаком недобросовестности директора.

Так, в Постановлении Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 12 мая 2012 г. № Ф04-1995/12 по делу № А45-12877/2011 указано: «Сделанный судами вывод о продолжительном корпоративном конфликте и противостоянии участников общества указывает на наличие обстоятельств, позволяющих критически оценивать добросовестность руководителя, а также на необходимость применения иного подхода к распределению бремени доказывания».

В литературе высказывается мнение, что нарушение интересов общества при совершении сделки от его имени может являться самостоятельной характеристикой противоправности поведения руководителя (независимо от установления неразумности (недобросовестности) его поведения), если неправомерное поведение сопряжено с его нахождением в конфликте интересов²⁹.

Авторами «Отчета о результатах сравнительного анализа правового регулирования ответственности членов органов управления хозяйственных обществ по состоянию органов управления хозяйственных обществ» предложено следующее определение действия с конфликтом интересов: «...лицо считается действующим с конфликтом интересов при принятии решения или при совершении сделки с обществом в случае, если само оно или его аффилированные лица прямо или косвенно получают финансовую (имущественную) или иную выгоду от этого решения или сделки с обществом»; «...суть конфликта интереса заключается в получении выгоды, в основном финансовой, но также это

²⁸ Companies Act 2006, Pp. 171–177.

²⁹ Жукова Ю.Д. Содержание обязанности руководителя действовать в интересах общества: проблемы квалификации поведения как противоправного // «Право и экономика», 2013, № 4

может быть и иная выгода — использование деловой возможности или реализация собственного интереса, не связанного с благополучием общества»³⁰. Таким образом, в данном определении основной акцент делается именно на получение руководителем выгоды от принятого в рамках конфликта интересов решения. Концептуально такая позиция представляется более корректной, чем определения, в которых просто указывается на наличие связей, поскольку отражает саму суть неправомерности поведения руководителя в ситуации формального конфликта интересов: не наличие конфликта интересов является неправомерным, а совершение в его рамках определенных действий (бездействия), влекущих личную выгоду для самого руководителя или иных заинтересованных лиц.

Вторым основанием недобросовестности в ПП ВАС № 62 указаны действия (бездействие) директора по сокрытию информации о совершенной им сделке от участников юридического лица (в частности, если сведения о такой сделке в нарушение закона, устава или внутренних документов юридического лица не были включены в отчетность юридического лица) либо предоставлении участникам юридического лица недостоверной информации в отношении соответствующей сделки.

Противоправность действий (бездействия) в данном случае состоит из сокрытия информации о совершенной им сделке от участников юридического лица либо предоставлении участниками юридического лица недостоверной информации.

Сразу возникает ряд вопросов — идет ли здесь речь о любой сделке, так как, судя по исчерпывающей формулировке, подразумеваются именно любая сделка, даже совершаемая директором в процессе текущей хозяйственной деятельности. А входит ли в обязанности директора сообщать участникам юридического лица информацию о любой, совершаемой им в процессе текущей хозяйственной деятельности, сделке? Если не входит, то почему сокрытие информации автоматически является противоправным действием (бездействием), а, следовательно, недобросовестным действием (бездействием) директора?

³⁰ Analysis on Legal Regulation of the Liability of Members of the Board of Directors and Executive Organs of Companies (as of December 2006) / Отчет о результатах сравнительного анализа правового регулирования ответственности членов органов управления хозяйственных обществ по состоянию органов управления хозяйственных обществ (по состоянию на декабрь 2006 г.). URL: <http://ssrn.com/abstract=1001991>

Данная ситуация в судебной практике не встречается. В Кодексе корпоративного поведения в пунктах, посвященных обязанности членов органов управления действовать разумно и добросовестно, не указана.

Видимо, в исследуемом абзаце 2 п. 2 ПП ВАС №62 требуется уточнение критерия таких сделок.

В Проекте закона об ответственности есть такое основание признания действий руководителя недобросовестными как наличие ситуации, когда его действия (бездействие) и (или) принятое решение, за которое он голосовал, не соответствуют требованиям настоящего Федерального закона, иных федеральных законов, нормативных правовых актов, устава или внутренних документов общества.

Такая формулировка представляется более правильной и обоснованной, так как включает в себя не только конкретные нарушения, такие как сокрытие информации о совершенной сделке от участников юридического лица либо предоставлении участникам юридического лица недостоверной информации в отношении соответствующей сделки, а позволяет отнести и все иные действия, которые не соответствуют требованиям федеральных законов, нормативных правовых актов, устава или внутренних документов общества.

Логичным было бы и третье основание недобросовестности — когда директор совершил сделку без требующегося в силу законодательства и устава одобрения соответствующих органов юридического лица — включить в вышеназванное определение.

Представляется, что данный абзац дублирует положения ст. 173.1 Гражданского кодекса РФ. В частности, в ч.1 этой статьи изложено «Сделка, совершенная без согласия третьего лица, органа юридического лица или государственного органа либо органа местного самоуправления, необходимость получения которого предусмотрена законом, является оспоримой, если из закона не следует, что она ничтожна или не влечет правовых последствий для лица, управомоченного давать согласие, при отсутствии такого согласия. Она может быть признана недействительной по иску такого лица или иных лиц, указанных в законе».

Здесь речь идет, прежде всего, о совершении директором сделок с заинтересованностью. В судебной практике достаточно часто встречается такое основание недобросовестности.

В частности, в Определении ВАС РФ от 13.11.2009 года № ВАС-14621/09 по делу № А76-26426/2007-11-942/39/7-176/16-452/63

указано: «Решением Арбитражного суда Арбитражного суда Челябинской области от 06.12.2007 по делу № А76-19319/2007 названный договор купли-продажи нежилого помещения признан недействительным, как заключенный с нарушением порядка совершения сделок с заинтересованностью».

Следует отметить, что в данной ситуации необязательно предварительно признавать сделку с заинтересованностью недействительной. Такая позиция была высказана в Постановлении Пленума Высшего арбитражного суда РФ от 20.06.2007 года №40 «О некоторых вопросах практики применения положений законодательства о сделках с заинтересованностью»

«Отказ в иске о признании недействительной сделки с заинтересованностью, предъявленном акционером или акционерным обществом, не лишает этих лиц возможности предъявить требование о возмещении убытков, причиненных обществу лицами, названными в пункте 5 статьи 71 Закона об акционерных обществах».

Четвертым основанием недобросовестности действий (бездействия) директора указано следующее — когда директор после прекращения своих полномочий удерживает и уклоняется от передачи юридическому лицу документов, касающихся обстоятельств, повлекших неблагоприятные последствия для юридического лица.

Данное основание недобросовестности исследовано в судебной практике, является логичным и обоснованным, так как п. 1 ст. 89 Федерального закона «Об акционерных обществах» прямо предусматривает обязанность общества хранить определенный перечень документов общества, следовательно, названные документы должны быть у общества, а не «уходить» вместе с директором.

Так, в Постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 3 декабря 2012 г. № 09АП-33221/2012 по делу № А40-32405/12-45-308 указано:

«В связи с освобождением ответчика от должности генерального директора и неисполнением обязанности по передаче документов о деятельности Общества, истец обратился с настоящим иском в суд.

С учетом изложенного, апелляционный суд, оценив в совокупности все представленные доказательства, принимая во внимание характер и объем запрашиваемой информации, приходит к выводу о правомерности оспариваемого решения суда первой инстанции, в связи

с отсутствием в материалах настоящего дела доказательств исполнения ответчиком требований общества о передаче указанных документов в порядке и сроки, установленные законом».

Интересно отметить, что депутатом Государственной Думы ФС РФ С.Е.Вайнштейном 17.09.2013 года в Государственную Думу ФС РФ был внесен текст законопроекта, предусматривающего, в том числе, внесение изменений в Федеральный закон от 26 декабря 1995 года № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» об аналогичных обязанностях директора: «... дополнить пункт 2 статьи 71 абзацем четвертым следующего содержания:

«Едиличный исполнительный орган общества (директор, генеральный директор), временный едиличный исполнительный орган, члены коллегиального исполнительного органа общества (правления, дирекции), равно как и управляющая организация или управляющий, в соответствии с заключаемым с ними договором несут ответственность перед обществом:

— за утерю по их вине печати(ей) и документов общества, хранение которых возложено на исполнительный орган общества;

— за отказ от возврата, передачи вышеуказанных документов и печати(ей) либо совершения виновных действий, вследствие которых привело к невозможности их получения в срок, установленный уполномоченным органом общества».

Последним основанием недобросовестности действий (бездействия) директора является ситуация, когда директор знал или должен был знать о том, что его действия (бездействие) на момент их совершения не отвечали интересам юридического лица, например, совершил сделку (голосовал за ее одобрение) на заведомо невыгодных для юридического лица условиях или с заведомо неспособным исполнить обязательство лицом («фирмой-однодневкой» и т.п.).

Данное основание возникает из обязанности членов органов управления действовать в интересах того, перед кем оно несет ответственность³¹. Наиболее полно этот принцип — принцип лояльности управляющих — разработан в англо-саксонской системе права, однако и в российском законодательстве он присутствует. В частности, уже в Указе Президента РФ от 01 июля 1992 года №721 «Об организационных

³¹ Шашков Ю.В. Фидуциарные обязанности директора: от англо-американской доктрины к российской корпоративной практике // Закон. 2009. №12. С. 221.

мерах по преобразованию государственных предприятий в акционерные общества» в п. 7.2 типового устава акционерного общества содержится такая обязанность членов правления, как соблюдать лояльность к обществу.

В Проекте закона об ответственности также такое основание признания действий руководителя недобросовестными предлагалось установить.

Само ПП ВАС №62 конкретизирует пятый пункт последующими абзацами, указывая критерии невыгодности условий сделки.

Под сделкой на невыгодных условиях понимается сделка, цена и (или) иные условия которой существенно в худшую для юридического лица сторону отличаются от цены и (или) иных условий, на которых в сравнимых обстоятельствах совершаются аналогичные сделки (например, если предоставление, полученное по сделке юридическим лицом, в два или более раза ниже стоимости предоставления, совершенного юридическим лицом в пользу контрагента).

Арбитражные суды в принимаемых решениях прямо ссылаются на данный пункт Постановления № 62, например, в Постановлении Десятого арбитражного апелляционного суда от 28.11.2013 по делу № А41-6418/13.

Важным указанием является то, что невыгодность сделки определяется на момент ее совершения; если же невыгодность сделки обнаружилась впоследствии по причине нарушения возникших из нее обязательств, то директор отвечает за соответствующие убытки, если будет доказано, что сделка изначально заключалась с целью ее неисполнения либо ненадлежащего исполнения.

Подобные положения уже имели место в судебной практике, в частности, в Постановлении ФАС Западно-Сибирского округа от 25.06.2013 по делу № А46-19160/2008 указано:

«Недобросовестность и неразумность действий (бездействия) руководителя предполагается, в том числе, когда он совершал сделку на заведомо невыгодных для юридического лица условиях. Заведомая невыгодность сделки определяется на момент ее совершения».

Также рассматриваются условия освобождения директора от ответственности по данному пункту Постановления № 62.

В частности, директор освобождается от ответственности, если докажет, что заключенная им сделка хотя и была сама по себе невыгодной,

но являлась частью взаимосвязанных сделок, объединенных общей хозяйственной целью, в результате которых предполагалось получение выгоды юридическим лицом.

Кроме того, он освобождается от ответственности, если докажет, что невыгодная сделка заключена для предотвращения еще большего ущерба интересам юридического лица.

Указанные основания для освобождения уже существовали в судебной практике. Так, в соответствии с Постановлением ФАС Западно-Сибирского округа от 09.12.2009 по делу № А27-4037/2008,

«Рассматривая иски о взыскании, арбитражные суды посчитали обоснованной продажу спорного недвижимого имущества по цене, соответствующей рыночной стоимости для целей быстрой реализации, поскольку такая необходимость была вызвана тяжелым финансовым положением ОАО „ЗСЭМ“ в рассматриваемый период».

В Проекте закона об ответственности среди оснований недобросовестности указана также ситуация, когда руководитель без уважительных причин не исполнял или уклонялся от исполнения возложенных на него обязанностей. В ПП ВАС № 62 этот пункт не нашел своего отражения, что представляется логичным, так как любое из перечисленных выше пяти оснований недобросовестности можно квалифицировать как не исполнение либо уклонение от исполнения возложенных на руководителя обязанностей: не действовать при наличии конфликта интересов, не действовать в противоречии с положениями федеральных законов и т.д.

В п. 3 ПП ВАС № 62 описаны три основания, когда неразумность действий (бездействия) директора считается доказанной:

1. Если директор принял решение без учета известной ему информации, имеющей значение в данной ситуации. Такое основание было предложено ввести еще в Проекте закона об ответственности. В кодексе же корпоративного поведения о нем не упоминается.

2. Если до принятия решения директор не предпринял действий, направленных на получение необходимой и достаточной для его принятия информации, которые обычны для деловой практики при сходных обстоятельствах, в частности, если доказано, что при имеющихся обстоятельствах разумный директор отложил бы принятие решения до получения дополнительной информации. Подобное основание в более узкой формулировке было зафиксировано и в Проекте закона об ответственности.

3. Если директор совершил сделку без соблюдения обычно требующихся или принятых в данном юридическом лице внутренних процедур для совершения аналогичных сделок (например, согласования с юридическим отделом, бухгалтерией и т.п.). Это основание является новеллой.

Данная формулировка неразумности в п. 3 Постановления №62 отличается от уже сложившейся в решениях арбитражных судов. В частности, в Определении ВАС РФ от 12.12.2011 года № ВАС-12505/11 по делу № А56-1486/2010 указано:

«Закон об акционерных обществах требует, чтобы генеральный директор такого общества при осуществлении своих прав и исполнении обязанностей действовал разумно (пункт 1 статьи 71) .

Это означает, что он как лицо, которому акционеры доверили руководство текущей деятельностью общества, должен совершать действия, ожидаемые в аналогичной ситуации при аналогичных обстоятельствах от хорошего руководителя (пункт 3.1.1 главы 4 Кодекса корпоративного поведения, являющегося приложением к распоряжению Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг от 04.04.2002 № 421/р)».

С.В.Будылин считает, что по примеру Великобритании, также возможно включить в перечень противоправных действий (бездействия) руководителя получение руководителем «секретного дохода» в ходе выполнения своих обязанностей, но если при этом прямых убытков обществу не причинено, а также неосторожные действия директора, например, заключение сделки без достаточного анализа ее последствий³².

Представляется сомнительной целесообразность таких оснований, поскольку убытки являются одним из условий привлечения к ответственности, и при их отсутствии (как в первом случае) это невозможно. Второе же действие можно сказать проявляется в том, что руководитель до принятия решения не предпринял действий, направленных на получение необходимой для принятия решения информации.

Таким образом, рассмотрев вопрос распределения бремени доказывания в делах о привлечении к гражданско-правовой ответственности членов органов юридических лиц за действия (бездействие), причинившие убытки юридическому лицу, сделаны следующие выводы:

³² Будылин С.Л. Разум и добрая совесть: обязанности директора в США, Великобритании, России // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2013. №2. С. 27-28.

1. В настоящий момент данная область недостаточно урегулирована законодательством и исследована судебными органами, выявлено множество противоречий и пробелов.

2. Установлено, что бремя доказывания может быть распределено следующим образом. Общее правило — истец должен доказать наличие обстоятельств, свидетельствующих о недобросовестности и (или) неразумности действий (бездействия) директора, повлекших неблагоприятные последствия для хозяйственного общества. В случае отказа директора от дачи пояснений или их явной неполноты бремя доказывания распределяется по усмотрению суда. Исключение из общего правила — бремя доказывания ложится на ответчика — в случае присутствия в его действиях оснований недобросовестности и неразумности, перечисленных в ПП ВАС №62.

3. Основания недобросовестности и неразумности, установленные для действий руководителя в ПП ВАС №62, не могут быть установлены исчерпывающим образом, однако само закрепление неких универсальных примеров является положительной тенденцией и способствует единообразию судебной практики по рассматриваемой категории дел.

3. Целью перераспределения бремени доказывания в противоречие со ст. 65 Арбитражно-процессуального кодекса является стремление законодателя содействовать истцу, относиться с пониманием к его ограниченным возможностям в сфере доказывания, предоставления определенного рода документов, которые доступны только ответчику.

Наталья Бредун

Выпускник юридического факультета
МГУ имени М.В.Ломоносова

Гражданско-правовая ответственность членов совета директоров хозяйственного общества

Гражданско-правовая ответственность членов органов управления — вид юридической ответственности.

Общие нормы, регламентирующие ответственность членов органов управления, содержатся в ст. 71 закона об АО и ст. 44 Закона об ООО. Согласно п. 2 ст. 71 Закона об АО к субъектам гражданско-правовой ответственности относятся: члены совета директоров, единоличный исполнительный орган, временный единоличный исполнительный орган, члены коллегиального исполнительного органа общества, управляющая организация или управляющий.

Перечень лиц, к которым могут быть применены меры гражданско-правовой ответственности, предусмотренные законами о хозяйственных обществах, является закрытым.

По общему правилу основанием гражданско-правовой ответственности членов органов управления, и членов совета директоров в частности, является совершение ими правонарушения.

К условиям гражданско-правовой ответственности традиционно относят: противоправный характер поведения (действий или бездействия) лица, на которое предполагается возложить ответственность, наличие убытков, причинную связь между действием (бездействием) и причиненными убытками и вину³³.

Недоказанность хотя бы одного из элементов состава правонарушения является достаточным основанием для отказа в удовлетворении требований о возмещении убытков³⁴.

³³ Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 21.08.2013 № 18АП-7454/2013 по делу № А76-226/2013, Постановлении ФАС Центрального округа от 17.03.2011 по делу № А68-3143/10

³⁴ Постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 07.05.2013 по делу № А65-12803/2012.

Привлечение к ответственности членов совета директоров основывается на общих принципах ответственности членов органов управления компанией, хотя есть и определенные отличия.

Особенность привлечения к ответственности членов совета директоров обусловлена фактом того, что члены совета директоров в большинстве случаев могут быть привлечены к ответственности не за абстрактные действия (бездействия), а за действия, непосредственно связанные с осуществлением своих управленческих полномочий, реализация которых возможна в рамках деятельности совета директоров, в частности, посредством голосования по вопросам, входящим в повестку заседания совета директоров.

Волеизъявление отдельного члена совета директоров в большинстве случаев не порождает каких-либо правовых последствий для общества. Правовые последствия возникают в результате согласованного волеизъявления всех членов совета директоров или большинства, выражающегося в принятии решения советом директоров.

Рассмотрим подробнее условия привлечения членов совета директоров к гражданско-правовой ответственности.

Противоправным признается такое поведение, которое связано с нарушением предусмотренных законом юридических обязанностей³⁵.

Следует иметь в виду, что применительно к корпоративным отношениям: обязанность действия (бездействия) может вытекать как из закона, так и из устава и внутренних документов компании.

Говорить о нарушении конкретных обязанностей членами совета директоров в принципе невозможно, поскольку российские законы о хозяйственных обществах не перечисляют конкретные обязанности членов органов управления, указывая на общую обязанность действовать добросовестно и разумно в интересах общества.

Таким образом, действия членов совета директоров расцениваются как противоправные в случае, если они не соответствуют требованиям разумности и добросовестности, а также противоречат интересам хозяйственного общества.

В соответствии с п. 2 ст. 71 Закона об АО противоправное поведение может выражаться как в действиях, так и в бездействии. В.П.Грибанов отмечал, что бездействие в его юридическом понимании, как

³⁵ Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. М.: Статут, 2000. С. 325.

одно из условий гражданско-правовой ответственности, нельзя понимать в обыденном смысле как «ничего неделание». Бездействие есть одна из форм поведения лица³⁶.

На данный момент в судебной практике мы практически не встречаем дел, связанных с привлечением члена совета директоров к ответственности за бездействие. Суд в постановлении ФАС Северо-Кавказского округа от 12.03.1998 № Ф08–306/98–2 указал, что «бездействие становится противоправным лишь в том случае, если на лицо возложена юридическая обязанность действовать в соответствующей ситуации»³⁷. При этом, как уже ни раз отмечалось, законодательство не содержит так называемый «каталог» прав и обязанностей членов совета директоров, называя лишь общие принципы осуществления их полномочий. В связи с этим, возникает вопрос, чем определены обязанности действовать в соответствующей ситуации именно так, а не иначе?

Очевидно, обязанности члена совета директоров должны быть прописаны в законе более детально. На наш взгляд, достаточно перечислить в законе наиболее важные права и обязанности членов совета директоров, перечень которых может быть дополнен уставом конкретного общества.

Противоправные действия (бездействия) в большинстве случаев выражаются в причинении обществу имущественного вреда. Наличие убытков является следующим условием применения мер гражданско-правовой ответственности в отношении членов совета директоров, что прямо предусмотрено в п. 2 ст. 71 Закона об АО и п. 2 ст. 44 Закона об ООО. Если при рассмотрении дела, факт причинения убытков не доказан, суд отказывает в удовлетворении иска³⁸.

Определенным нововведением в правоприменительной практике стало положение, содержащееся в п. 6 Постановления Пленума ВАС РФ № 62 от 30 июля 2013 года «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица», где сказано, что «суд не может полностью отказать в удовлетворении требования о возмещении убытков, причиненных юридическому лицу, только на том основании, что размер этих убытков невозможно установить

³⁶ Грибанов В.П. Указ. соч. С. 325.

³⁷ Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 12.03.1998 № Ф08–306/98–2

³⁸ Решение Арбитражного суда Новосибирской области от 09.03.2010 по делу № А45–26588/2009

с разумной степенью достоверности»³⁹. В этом случае размер подлежащих возмещению убытков суд определяет с учетом всех обстоятельств дела, исходя из принципа справедливости и соразмерности ответственности.

Ранее судебная практика в большинстве случаев, придерживалась иной позиции: если истец не в состоянии обосновать размер убытков, ему может быть отказано в иске только по этому основанию⁴⁰.

Понятие убытков содержится в ст. 15 ГК РФ. Согласно данной норме убытки складываются из реального ущерба в виде расходов, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утраты или повреждения его имущества; и упущенной выгоды в виде неполученных доходов, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено. Судебная практика исходит из того, что причинение убытков обществу выражается в понесении им необоснованных расходов, в убывании денежной массы из оборота, а также в уменьшении прибыли общества⁴¹.

При решении вопроса о применении мер гражданско-правовой ответственности к членам органов управления важное значение имеет наличие причинно-следственной связи между противоправным поведением и наступившими последствиями в виде убытков. В законодательстве отсутствует понятие причинно-следственной связи. В доктрине сформировались определенные суждения относительно природы причинно-следственной связи. Наиболее распространена позиция, согласно которой «взаимосвязь причины и следствия — объективно существующая разновидность взаимосвязи явлений, которая характеризуется тем, что в конкретной ситуации из двух взаимосвязанных явлений одно (причина) всегда предшествует другому и порождает его, а другое (следствие) всегда является результатом действия первого»⁴².

Однако применительно к гражданско-правовой ответственности управляющих разработана и иная концепция причинно-следственной

³⁹ Постановление Пленума ВАС РФ №62 от 30 июля 2013 года «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица»// Экономика и жизнь. 2013. №34

⁴⁰ Определение ВАС от 16 мая 2008 года №6399/08 по делу №А-53-5718/07-С1-30

⁴¹ Постановление ФАС Поволжского округа от 27.02.2009 по делу №А65-5974/2008.

⁴² Гражданское право: учебник: в 2 т. Т.1/Отв. Ред. Е.А.Суханов. М. 2003. С 445.

связи, в основе которой лежит теория возможности и действительности, разработанная О.С.Иоффе⁴³. Согласно данному подходу причинная связь между поведением управляющих и вредным результатом приобретает правовое значение как элемент основания их гражданско-правовой ответственности только при условии, что это поведение вызвало действительность результата или создало конкретную возможность его наступления. Поведение лица в соответствии с этой теорией создает лишь возможность наступления вредоносных последствий, превращение которой в действительность обусловлено наличием определенных обстоятельств, поскольку любое поведение, даже неправомерное, может не породить вредоносных последствий.

Таким образом, применительно к ответственностям членов органов управления, под причинно-следственной связью следует понимать условие наступления гражданско-правовой ответственности членов органов управления, в результате такой взаимосвязи между действиями (бездействиями) членов органов управления хозяйственным обществом и причинением ему убытков, при которой последнее в результате совершенного действия (бездействия) понесло убытки.

Вина в силу указания п. 2 ст. 71 Закона об АО и п. 2 ст. 44 Закона об ООО является обязательным условием гражданско-правовой ответственности членов совета директоров.

Вина в науке гражданского права понимается по-разному. Так, О.С.Иоффе пишет о том, что «виновность лица выражается в двух моментах: осознание естественной связи между совершенным действием (или воздержанием от действия) и наступившим результатом; ...осознание общественной значимости совершенных действий (или воздержания от действий) и наступившего результата»⁴⁴.

В данном случае вина рассматривается как психическое отношение лица к своему противоправному поведению. Другие авторы рассматривают вину не как субъективное, психическое отношение лица к своему поведению, а «как неприятие им объективно возможных мер по устранению или недопущению отрицательных результатов своих

⁴³ Иванов И.Л.Гражданско-правовая ответственность лиц, участвующих в управлении акционерных обществ в праве России и Германии: автореф. дис. канд. юрид. наук. М.1999. С.73-75.

⁴⁴ О.С.Иоффе Ответственность по советскому гражданскому праву//Избранные труды: в 3 т. Т. 1 СПб. 2004. С. 329.

действий, диктуемых обстоятельствами конкретной ситуации. Иначе говоря, здесь вина переводится из области трудно доказуемых субъективно психических ощущений конкретного человека в область объективно возможного поведения участников имущественных отношений, где их реальное поведение сопоставляется с определенным масштабом должного поведения»⁴⁵.

В силу этого общепризнанным в науке гражданского права стало определение вины через категорию непринятия правонарушителем всех возможных мер по предотвращению неблагоприятных последствий своего поведения, необходимых при той степени заботливости и осмотрительности, которая требовалась от него по характеру лежащих на нем обязанностей и конкретным условиям оборота⁴⁶.

Следует учитывать, что вина членом органов управления хозяйственными обществами может быть в форме не только умысла, но и неосторожности⁴⁷.

Учитывая, что решение принимается коллегиально, ответственность членом совета директоров является солидарной. (п. 4 ст. 71 Закона об АО, п. 4 ст. 44 Закона об ООО).

До недавнего времени в науке и в правоприменительной практике весьма актуальным оставался вопрос о распределении бремени доказывания по делам, касающимся привлечения членом органов управления к гражданско-правовой ответственности. По общему правилу, предусмотренному в ст. 65 АПК РФ, каждое лицо, участвующее в деле, должно доказать обстоятельства, на которые оно ссылается как на основании своих требований и возражений.

К тому же, согласно пункту 3 статьи 10 ГК РФ разумность и добросовестность участников гражданских правоотношений презюмируются, значит, обязанность по доказыванию недобросовестности и неразумности действий членом органов управления, повлекших причинение убытков, возлагается на истца. Таковым является традиционное понимание распределения бремени доказывания по данной категории дел, которое до недавнего времени было преобладающим в судебной практике.

⁴⁵ Российское гражданское право: учебник: в 2 т. Т. отв. Ред. Е.А.Суханов. М., 2010. С. 463.

⁴⁶ Там же. С. 463

⁴⁷ Корпоративное право: учебник /под ред. Шиткиной И.С. С. 583.

Однако в настоящий момент правоприменительная практика развивается по иному пути: в п. 2 постановления Пленума № 62 содержится правовая позиция о возможности перераспределения бремени доказывания в определенных случаях, в частности, когда директор действовал при наличии конфликта интересов; скрывал информацию от участников юридического лица, совершил сделку без требующегося в соответствии с законодательством или уставом одобрения; совершил сделку на заведомо невыгодных для юридического лица условиях или с заведомо неспособным исполнить обязательство лицом.

Высший Арбитражный Суд РФ разъяснил, что если истец представил достаточно серьезные доказательства и привел убедительные аргументы в пользу того, что сделки убыточны, бремя доказывания обратного переходит на ответчика.

Ранее Высший Арбитражный Суд РФ уже использовал возможность перераспределения бремени доказывания при рассмотрении конкретных споров, например, по делу «Кировского завода»; по делу «Акционерного банка „РОСТ“» против гражданина Горькова А.Н. При этом, если ранее такие подходы были скорее исключением, чем правилом, то теперь Высший Арбитражный Суд РФ перераспределение бремени доказывания в указанных случаях рассматривает как общий подход⁴⁸.

К субъектам, имеющими право обратиться в суд с иском к члену совета директоров о возмещении причиненных обществу убытков, относятся само общество или акционер (акционеры), владеющие в совокупности не менее чем 1 процентом размещенных обыкновенных акций общества (участник общества с ограниченной ответственностью, вне зависимости от размера его доли в уставном капитале общества).

По своей правовой природе иск акционера (участника) о взыскании убытков, причиненных обществу членами его органов управления является косвенным, поскольку он предъявляется в интересах общества.

С учетом характера косвенного иска акционер (участник), обращающийся с ним, рассматривается как процессуальный истец (ст. 225.8 АПК РФ); лицом, имеющим материально-правовые требования («материальным истцом»), во всех случаях следует считать общество, в интересах которого предъявляется иск⁴⁹.

⁴⁸ Шиткина И.С.Комментарии к Постановлению Пленума № 62 от 30 июля 2013 года // Закон. 2013. № 3.

⁴⁹ См., напр.: Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 06.04.2011 по делу

Следует отметить, что в судебной сложился определенный подход, согласно которому лица, предъявляющие иски о возмещении убытков по основаниям, предусмотренным ст. 71 Закона об АО, должны обладать статусом акционера на момент совершения правонарушения, иначе принадлежащие им права участника нарушенными не считаются⁵⁰.

Вместе с тем, в постановления Пленума Высшего арбитражного суда РФ № 62 содержится иной подход: «Арбитражным судам следует учитывать, что участник, обращающийся с иском о возмещении директором убытков, действует в интересах юридического лица. В связи с этим не является основанием для отказа в удовлетворении иска тот факт, что истец на момент совершения директором действий (бездействия), повлекших для юридического лица убытки, или на момент непосредственного возникновения убытков не был участником юридического лица» (п. 7).

Как видно, документ предполагает, что любой участник вправе предъявить требование о возмещении убытков вне зависимости от того, был ли он участником на момент совершения действий или нет.

Такая позиция Высшего Арбитражного Суда РФ, на наш взгляд, заслуживает одобрения, поскольку в результате неправомерных действий членов органов управления негативные имущественные последствия возникают как для участника, который имел такой статус в момент причинения обществу убытков, как и для участника, ставшего таковым после.

№ А32–17725/2010.

⁵⁰ См., напр., Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 18 января 2007 года № 09АП-17212/2006-ГК по делу № А40–44424/06–81–223

Юрий Дмитриев-Ильин

*Магистрант юридического факультета
МГУ имени М.В.Ломоносова*

Правовая природа актов коллегиальных органов корпорации

Введение

В связи со включением в предмет гражданско-правового регулирования корпоративных отношений (п. 1 ст. 2 ГК РФ), а также законодательного признания решений собраний как самостоятельных юридических фактов, в научной общественности с новой силой разгорелась дискуссия относительно правовой природы актов коллегиальных органов корпорации.

Целью настоящей статьи является выяснение правовой природы актов коллегиальных органов корпорации. Автор ставит своей задачей не просто доказать признание за актами коллегиальных органов корпорации значения самостоятельных юридических фактов (тем более, что данное обстоятельство уже нашло свое отражение в действующем гражданском законодательстве), но и попытаться выявить конституирующие признаки этих актов, определить их место в системе оснований возникновения гражданских прав и обязанностей.

В процессе работы над данной статьей изучению подлежат взгляды ученых-юристов на рассматриваемую проблему (доктрина), соответствующие законодательство и судебная практика.

По мнению автора собственно корпоративными актами являются только акты коллегиальных органов корпорации, обладающие рядом отличительных признаков, позволяющих отграничить их как от сделок, так и от источников права.

Вопросы, освещаемые в статье, обусловлены предметом исследования и в конечном итоге сводятся к анализу следующих основных точек зрения на правовую природу корпоративных актов:

- корпоративные акты как сделки (многосторонние, односторонние);
- корпоративные акты как источники права (локальные нормативные акты);
- корпоративные акты как самостоятельные юридические факты (выводы).

Корпоративные акты как сделки (многосторонние, односторонние)

Среди специалистов нет единого мнения относительно природы корпоративных актов. В юридической литературе широкое распространение получило понимание таких актов как разновидности сделок (многосторонних либо односторонних). Главным образом, данной концепции придерживаются представители науки гражданского права, следуя известному принципу бритвы Оккама «не следует умножать сущности без необходимости» и пытаясь применять старое, достаточно давно разработанное и отшлифованное в цивилистике понятие сделки к относительно новому правовому явлению — корпоративным актам. Такой подход известен в правовой науке как «субсуммирование» нового правового явления в одну из известных, устоявшихся категорий с целью его признания действующим правопорядком. По этому поводу, применительно к акционерным компаниям, писал еще известный дореволюционный ученый-правовед И.Т.Тарасов: «...правовые отношения, вырабатывающиеся в акционерных компаниях, следует очень осторожно подводить под известные старые юридические построения, имея в виду, что новые формы предприятий вызывают и новые юридические отношения»⁵¹.

В целом, концепции, объясняющие правовую природу актов коллегиальных органов корпорации через призму гражданско-правовых сделок можно подразделить на концепции, признающие за указанными актами качества: 1) многосторонних или 2) односторонних сделок.

В первом случае участниками сделки становятся сами акционеры (участники) корпорации, действующие в рамках соответствующего коллегиального органа управления, тогда как с точки зрения авторов

⁵¹ Тарасов И.Т. Учение об акционерных компаниях. М.: Статут, 2000. С. 412.

второй концепции лицом, совершающим сделку признается сама корпорация, действующая через свои коллегиальные органы управления.

При характеристике корпоративных актов как гражданско-правовых сделок иногда прибегают к различного рода модификациям, добавляя дополнительные признаки, характеризующие эти акты как определенную разновидность сделок, условно называемую корпоративные сделки⁵².

Так, по мнению Н.В.Козловой, корпоративные акты, принимаемые коллегиальными органами организации следует считать многосторонней гражданско-правовой корпоративной сделкой. При этом понятие корпоративной сделки охватывает собой и трудовые отношения (например, коллективный договор)⁵³, а субъектами, ее совершающими, являются физические лица, образующие коллегиальный орган юридического лица⁵⁴.

Специфику гражданско-правовой многосторонней корпоративной сделки указанный автор видит в том, что она может создавать корпоративные права и обязанности для акционерного общества и акционеров даже в тех случаях, когда отдельные акционеры не принимали участия в совершении сделки или выступили против ее совершения⁵⁵.

Д.И.Степанов также придерживается мнения, что корпоративные акты — суть разновидность сделок, отводя им место вида в соотношении с родом, которым в данном случае не перестает оставаться ранее известная идея, и пишет по этому поводу: «Видимо, все же на самостоятельную группу (род или тип) рассматриваемые юридические факты, что называются, не тянут, поскольку какого-либо глубинного и сущностного различия со сделками как разработанной категорией науки гражданского права корпоративные акты, принимаемые единогласно, не обнаруживают. Максимум, на что можно в таком случае пойти, это прибавить предикат корпоративности и вести речь о корпоративных

⁵² См., например.: Козлова Н.В. Правосубъектность юридического лица. М.: Статут, 2005. С. 115, 384–387, 403–404. Степанов Д.И. Устав как форма сделки // Вестник гражданского права. 2009. Т. 9. № 1. С. 4–62.

⁵³ Козлова Н.В. Гражданско-правовой статус органов юридического лица. С. 53, 55–56.

⁵⁴ Козлова Н.В. Правосубъектность юридического лица // СПС «КонсультантПлюс».

⁵⁵ Козлова Н.В. Правосубъектность юридического лица по российскому гражданскому праву: Автореф. дис. докт. юрид. наук. М., 2004. С. 13.

сделках <17>, имея в виду указание на соотнесенность таких сделок со сферой корпоративного»⁵⁶.

Следует отметить, что признавая за корпоративными актами наличие таких признаков как обязательность подобных актов для других лиц или отсутствие у собрания участников свойства самостоятельного субъекта права, Д.И. Степанов отрицает их конституирующее значение для признания этих актов в качестве самостоятельных юридических фактов и считает, что в данном случае «... можно вполне обойтись общим понятием сделки как универсального юридического факта, в конструкцию которого включаются правомерность, волевой характер и изначально присутствующая в идее сделки нацеленность на достижение правового результата»⁵⁷.

В целом, данный автор отрицает конституирующее значение принципа единогласия (согласования волей) для совершения многосторонней сделки, указав при этом, что такая ситуация является скорее исключением, чрезвычайно редко встречающимся на практике. В обоснование своей позиции Д.И. Степанов ссылается на цивилистов, обеспечивавших, по его мнению, преемственность традиций от дореволюционного гражданского права к праву советского периода, в частности, И.С. Перетерского⁵⁸, допускавшего такого рода отклонения от общего правила, а также на опыт зарубежной доктрины и иностранных правопорядков⁵⁹.

Однако, на наш взгляд, исключения, вопреки распространенному мнению, не подтверждают общего правила, но скорее наоборот, опровергают его, а зарубежный опыт следует с осторожностью применять к отечественным условиям, имея в виду преимущественно

⁵⁶ Степанов Д.И. Устав как форма сделки // Вестник гражданского права. 2009. Т. 9. № 1. С. 4–62.

⁵⁷ Степанов Д.И. Там же.

⁵⁸ Перетерский И.С. Гражданский кодекс РСФСР. Сделки. Договоры. Вып. V. Институт советского права, РАНИОН. М.: Юридическое издательство НКЮ РСФСР, 1929. С. 8.

⁵⁹ Подавляющее большинство арбитражных судов не рассматривает решения органов управления в качестве сделки. См. напр.: постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 21 февраля 2001 г. по делу № КГ-А40/458-01; постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 23 октября 2003 г. по делу № Ф04/5420-945/А75-2003, постановление Президиума ВАС РФ от 27 апреля 2010 г. № 67/10 по делу № А40-13353/09-158-149//СПС «КонсультантПлюс».

национальный характер системы российского права, в том числе и системы частного (гражданского) права.

Предложенная автором идея сделки как универсального юридического факта, в конструкцию которого включаются лишь правомерность, волевой характер и нацеленность на достижение правового результата, ничем не отличает понятие сделки от общепризнанного понятия юридического акта, который также является правомерным, волевым действием и, в отличие от юридического поступка и аналогично сделке, имеет своим признаком именно нацеленность на достижение правового результата. Тем самым автор, обвинив ряд ученых в совершении формально-логической ошибки и подмене понятий, сам оказывается в описанной им ситуации, подменив видовое понятие сделки родовым понятием юридического акта, фактически поставив знак равенства между указанными разнопорядковыми правовыми явлениями.

В формальной логике распространенным методом определения понятий является их определение через род и видовое отличие. Соответственно этому подходу понятие сделки должно содержать в себе как родовые признаки (включаемые Д.И. Степановым в конструкцию сделки как универсального юридического факта), так и отличительные видовые признаки этого правового явления.

По нашему мнению, к такому отличительному признаку сделки следует отнести именно принцип единогласия, необходимость согласования волей субъектов, ее совершающих. Применительно к односторонним сделкам этот признак выражается в том, что она создает обязанности только для лица, совершившего сделку (статья 155 ГК РФ). Принять или нет исполнение по этой сделке зависит от воли лица, в чью пользу данная сделка совершена. Оговорка законодателя о том, что она может создавать обязанности для других лиц в случаях, установленных законом, мы относим к приему юридической техники, который имеет место быть во многих нормативных положениях, но, тем не менее, не отражает существа правовых явлений в целом и понятия сделки в частности. Что касается случаев, «установленных соглашением с этими лицами», то данное законоположение вполне соотносится с нашими взглядами на существо сделки.

В этой связи уместно привести точку зрения Д.В. Ломакина, который не соглашаясь с пониманием решения общего собрания акционеров как многосторонней сделки пишет, что признавая у такого

решения наличие свойств сделки, необходимо как минимум полностью изменить сложившееся в настоящее время в научной литературе и нормативных правовых актах представление о гражданско-правовых сделках. Получается, что акционер, голосовавший против принятия того или иного решения, т. е. выразивший свою волю не участвовать в совершении многосторонней сделки, все равно является ее участником⁶⁰.

Далее автор справедливо указывает, что при признании у такого решения наличия свойств сделки не совсем понятно, как соотносятся в данном случае процессы волеобразования и волеизъявления, ведь общее собрание традиционно рассматривается как волеобразующий орган хозяйственного общества. Так, если решение общего собрания об одобрении крупной сделки — не итог волеобразования, а сделка, то непонятно, как вырабатывалась воля общества на совершение этой сделки. Может быть, ее формировал каждый акционер — и решивший проголосовать «за», и выбравший вариант «против», и даже тот, кто вообще не принял участия в общем собрании? Получается, что в словосочетании «корпоративная сделка» от сделки ничего не остается⁶¹.

В свою очередь, С.Ю.Филиппова справедливо отмечает, что корпоративный акт исходит не от акционеров (или иных членов коллегиального органа), но от самой корпорации, действующей через свои органы. Таким образом, субъект, издавший корпоративный акт, лишь один — сама организация, независимо от того, каким органом — единоличным или коллегиальным — принято решение. В связи с этим о корпоративном акте как о многосторонней сделке говорить не приходится в любом случае⁶².

А.В.Габов, проведя сравнительный анализ сделки и управленческого решения, предлагал выделить последнее «как отдельное основание (юридический акт) возникновения гражданских прав и обязанностей»⁶³, что в настоящее время нашло отражение в гражданском законодательстве (ст. ст. 8, 12, гл. 9.1 ГК РФ).

⁶⁰ Ломакин Д.В. Общее собрание акционеров // Законодательство. 2005. № 3. С. 29.

⁶¹ Ломакин Д.В. Там же. С. 29.

⁶² Филиппова С.Ю. Внутренние правоотношения в хозяйственном обществе. С. 214.

⁶³ Габов А.В. Сделки с заинтересованностью. Практика акционерных обществ. М., 2004. С. 158

В частности, он указывал следующие отличия вышеуказанных понятий:

— решения и сделка юридического лица соотносятся как причина и следствие;

— сделка и решение различаются по правовым последствиям. Тогда как сделка всегда направлена на возникновение, изменение и прекращение именно гражданских прав и обязанностей (ст. 153 ГК РФ) и приводит к их возникновению, изменению и прекращению, решение инвариантно: оно может касаться любых вопросов жизнедеятельности организации (юридического лица);

— сделка и решение могут различаться по форме. Управленческие решения подразделяются на индивидуальные акты, которые, собственно, и порождают права и обязанности, и акты, устанавливающие правила поведения (локальные нормативные акты) органов управления (в некоторых случаях — иных субъектов корпоративных отношений) в конкретных ситуациях. Существование в качестве локального нормативного акта совершенно несвойственно сделкам;

— сделка и решение различаются по субъекту действия. Сделка всегда реально совершается представителем юридического лица либо по закону, либо по доверенности, либо в силу иного уполномочия. Решение принимается органом юридического лица — как единоличным, так и коллегиальным.

Отсутствие в актах коллегиальных органов корпорации признака единогласия, или необходимости согласования воли, может привести к выводу, что такие акты являются не многосторонними, а односторонними гражданско-правовыми сделками, совершаемыми либо самой корпорацией либо ее коллегиальным органом.

В частности, А.В.Габов осторожно указывает на то, что: «Вывод о возможности правовых отношений между органами... является достаточно рискованным... но другого пути нет. В противном случае все, что происходит внутри сложной структурной организации, находится вне правового поля, что совершенно не соответствует действительному положению дел»⁶⁴.

Вопрос о возможности совершения сделок органами корпорации приводит к еще более общему вопросу о правосубъектности органов

⁶⁴ Габов А.В. Там же. С. 157.

юридических лиц, носящему спорный характер. Не вдаваясь в дискуссию отметим тот факт, что современное гражданское законодательство не называет органы юридических лиц в качестве участников регулируемых им отношений (ст. 2 ГК РФ). В большинстве случаев органы юридических лиц не относят к правосубъектным лицам ни доктрина⁶⁵, ни судебная практика⁶⁶. Следовательно, на вопрос о возможности совершения односторонних гражданско-правовых сделок коллегиальными органами корпорации в современном российском правовом порядке следует ответить отрицательно.

Что касается рассмотрения правовой природы актов коллегиальных органов корпорации как односторонних гражданско-правовых сделок самой корпорации, то, на первый взгляд, такое решение проблемы кажется привлекательным.

Действительно, согласно пункту 1 статьи 53 ГК РФ, юридическое лицо приобретает гражданские права и принимает на себя гражданские обязанности через свои органы, действующие в соответствии с законом, иными правовыми актами и учредительными документами.

Вместе с тем, необходимо учитывать, что в соответствии со статьей 8 ГК РФ гражданские права и обязанности могут возникать не только из сделок, но и на основании других юридических фактов, таких, например, как решения собраний.

Простая констатация того факта, что решения собраний в настоящее время включены в перечень оснований возникновения гражданских прав и обязанностей, т. е. признаны законодателем самостоятельными юридическими фактами (ст. 8 ГК РФ), ничего не дает правовой науке в вопросе о правовой природе актов коллегиальных органов корпорации.

Попытаемся провести сравнительно-правовой анализ актов коллегиальных органов корпорации, принимаемых в форме решения собраний и гражданско-правовых сделок.

При этом анализу должны подлежать именно сущностные, конституирующие, а не формальные признаки (отличия) указанных понятий.

⁶⁵ Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения. С. 281; Могилевский С.Д. Общество с ограниченной ответственностью. С. 116–226; Филиппова С.Ю. Корпоративный конфликт: возможности правового воздействия. М., 2009. С. 38–47.

⁶⁶ Постановление ВАС РФ от 9 февраля 1999г. № 6164/98//Вестник ВАС РФ. 1999. № 5.

Мы считаем, что к сущностным, конституирующим признакам (отличиям) гражданско-правовых сделок и актов коллегиальных органов корпорации прежде всего относятся принципы, распространяющиеся на все, или почти все, гражданско-правовые отношения, в частности, сделки.

Так, согласно статье 2 ГК РФ гражданское законодательство регулирует отношения, связанные с участием в корпоративных организациях или с управлением ими (корпоративные отношения), договорные и иные обязательства, а также другие имущественные и личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников.

Следовательно, институт сделок, получивший широкое распространения в гражданском законодательстве, доктрине, судебной и договорной практике должен подчиняться общему юридическому режиму равенства, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников, что мы и наблюдаем в действительности.

Что же касается корпоративных актов, то, по справедливому замечанию С.Ю.Филипповой, в отличие от договора, направленного на регламентацию деятельности равных и свободных контрагентов, участвующих в договорном процессе по собственной воле, и считающегося заключенным только при согласии каждого, в процессе принятия корпоративных актов ситуация кардинально иная — решения коллегиальными органами принимаются путем голосования, при этом возможно несогласие некоторых членов органа управления. Надеяться на постоянное единогласие по всем вопросам деятельности организации было бы утопично. Единственным средством игнорирования правовых целей субъектов является голосование как способ принятия решения, имеющего юридическое значение, заведомо направленного на удовлетворение правовых целей только лиц, проголосовавших за него. Основным моментом в голосовании является возможность принятия решения даже при явно выраженном несогласии с ним части группы лиц, среди которых проводится голосование. Целью голосования является не выявление истинного или наиболее полезного решения, а всего лишь принятие решения, удовлетворяющего наибольшее количество участников. Проголосовавшие за такое решение готовы принять на себя имущественный риск при его неуспешности. Проголосовавшие против, но вынужденные принять результаты голосования

большинства приняли соответствующий риск в момент входа в корпоративную организацию, ибо она изначально построена на необходимом противоречии решения большинства решению меньшинства. Сама принципиальная возможность принятия решения большинством (вопреки воле меньшинства) говорит об имманентности несогласия корпоративному устройству.

Как справедливо указывает В.С.Ем, реализуя свои корпоративные права, например, путем принятия решения общего собрания о совершении или несовершении конкретной сделки, участники корпорации, выражая собственную волю, формируют волеизъявление высшего органа корпоративного юридического лица. В свою очередь сформированное членами корпорации волеизъявление высшего органа порождает модус поведения, обязательный для исполнительного органа корпоративного юридического лица, являющегося самостоятельным субъектом гражданского права. Такая ситуация нетипична для гражданско-правового регулирования, так как по общему правилу в гражданском обороте субъекты самостоятельны и независимы друг от друга и поэтому не могут непосредственно участвовать в формировании воли контрагента⁶⁷.

Таким образом, факт влияния воли физических лиц, составляющих органы корпорации на волеобразование самой корпорации признается всеми или большинством правоведов⁶⁸.

Соответственно, об автономии воли при принятии актов коллегиальных органов корпорации говорить не приходится.

Кроме того, в силу прямого указания закона корпоративные акты принятые в соответствии с законом, учредительными документами и соответствующими договорами являются обязательными для самого юридического лица, других органов корпорации (точнее, для физических лиц, составляющих эти органы, либо иных субъектов, выполняющих функции органов), а также для всех участников этой корпорации (акционеров, членов).

⁶⁷ Ем В.С. Понятие, содержание и виды гражданских правоотношений // Гражданское право: Учебник. В 4 т. / Отв. ред. проф. Е.А. Суханов. 3-е изд., перераб. и доп. Т. 1. М., 2004. Гл. 5. Цит. по: Козлова Н.В. Правосубъектность юридического лица // СПС «КонсультантПлюс».

⁶⁸ Обзор взглядов на корпорацию как «целевую» и «волевою организацию» см.: Корпоративное право: учебный курс: учебник/отв. ред. И.С. Шиткина. — М.: КНОРУС, 2011. С. 4–8.

Ситуация, когда один субъект частного (гражданского права) вправе давать обязательные для исполнения предписания другому такому же субъекту лишь в силу занимаемого им в правоотношении положения не типична для гражданского законодательства, которое, по общему правилу, не применяется к имущественным отношениям, основанным на административном или ином властном подчинении одной стороны другой.

По нашему мнению, в сфере регламентации корпоративных правоотношений как раз и находит свое место исключение, предусмотренное законодательством (ст. 2 ГК РФ) на тот случай, когда властное подчинение, не являясь по своей сути административным, происходит в рамках отношений частных (непубличных, негосударственных) субъектов.

Следовательно, о равенстве в данном случае не может быть и речи. Утверждения о том, что якобы лицо, становясь участником (членом) корпорации само согласилось на определенное ограничение его прав не имеет достаточных оснований, поскольку трудно определить предмет такого соглашения. Речь скорее идет о подчинении лица определенному юридическому режиму, являющемуся исключением из общего правила о равенстве участников гражданских правоотношений, а раз так, то сущность этого режима, как раз наоборот, заключается в их неравенстве. Разумеется, с определенной системой «сдержек и противовесов», обеспечивающих баланс системы корпоративной организации.

Относительно имущественной самостоятельности участников корпоративных отношений лишь заметим, что с учетом вышеизложенного данный принцип носит весьма ограниченный и во многом чисто формальный характер, не наполненный полноценным материальным содержанием.

Проведенный автором статьи анализ законодательства, доктрины и судебной практики позволяет сделать вывод, что акты коллегиальных органов корпорации нельзя отнести ни к многосторонним, ни к односторонним сделкам, кто бы или что бы ни рассматривался лицом, их совершающим: сама корпорация, ее органы либо ее участники (члены).

Решения собраний, в том числе акты коллегиальных органов корпорации, являются самостоятельными юридическими фактами (актами), сущность которых проявляется в том, что они хотя и принимаются субъектами частного права (непубличными, негосударственными образованиями) — корпорациями, тем не менее являются обязательными для

иных участников корпоративных отношений. Вместе с тем, на процесс волеобразования корпорации существенное влияние оказывают лица, входящие в состав коллегиальных органов, участники (члены) корпорации. В этом проявляется иной юридический режим регулирования корпоративных правоотношений и лежащих в их основе корпоративных актов, отличный от «общегражданского», основанного на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников.

Корпоративные акты как источники права (локальные нормативные акты)

В современной юридической доктрине нормативная теория решения органа юридического лица, безусловно, является господствующей. Она широко представлена в работах по теории права⁶⁹, трудовому праву⁷⁰, а также сторонниками предпринимательского (хозяйственного) права⁷¹.

⁶⁹ Афанасьев В.С. Правоустановление (правообразование и правотворчество) // Общая теория права и государства: Учебник / Под ред. В.В.Лазарева. М., 2007. С. 200–201; Венгеров А.Б. Теория государства и права. М., 2008. С. 399; Лазарев В.В. Источники права // Общая теория права и государства: Учебник / Под ред. В.В.Лазарева. М., 2007. С. 174–177; Марченко М.Н. Источники права. М., 2005. С. 262–264; Мицкевич А.В. Формы выражения, или источники, права // Общая теория государства и права. Академический курс / Отв. ред. М.Н.Марченко. 3-е изд. Т. 2. М., 2007. С. 283. Цит. по: Вилкин С.С. О нормативной теории решения органа юридического лица. С. 7//СПС «КонсультантПлюс».

⁷⁰ Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / Отв. ред. А.М.Куренной, С.П.Маврин, Е.Б.Хохлов (автор комментария — С.П.Маврин). М., 2005. С. 59–63; Дмитриева И.К. Источники трудового права // Трудовое право России: Учебник / Под ред. А.М.Куренного. М., 2004. С. 49–51, 55–60; Хныкин Г.В. Нормативные акты организации: субъекты и пределы действия // Законодательство. 2005. № 1. С. 43–48; Он же. Особенности локального нормотворчества // Законодательство. 2005. № 4. С. 42–49; Он же. Понятие, признаки и классификация локальных нормативных актов, содержащих нормы трудового права // Законодательство. 2004. № 11. С. 42–47. Цит. по: Вилкин С.С. О нормативной теории решения органа юридического лица. С. 7//СПС «КонсультантПлюс».

⁷¹ Гаджиев Г.А. Источники предпринимательского права // Предпринимательское право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. Е.П.Губин, П.Г.Лахно. М., 2005. С. 68, 85; Губин Е.П., Лахно П.Г. Предпринимательство и предпринимательское право // Предпринимательское право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. Е.П.Губин, П.Г.Лахно. М., 2005. С. 44; Лахно П.Г. Нормативные акты акционерного общества // Хозяйство и право. 1997. № 10. С. 168–170; Шиткина И.С. Источники корпоративного права // Корпоративное право: Учебник / Отв. ред. И.С.Шиткина. М., 2007. С. 39, 45–52; Она же. Правовое регулирование деятельности акционерных обществ

Сторонниками этой точки зрения являются, в частности, И.С.Шиткина, Р.С.Кравченко, В.В.Лаптев, Т.В.Кашанина, Н.Н.Пахомова и В.В.Долинская.

Р.С.Кравченко прямо называет акты органов акционерных обществ локальными (корпоративными) нормативными актами⁷².

В.В.Лаптев подразделяет локальные нормативные акты на акты, утверждаемые учредителями при создании юридического лица, и акты, утверждаемые органами общества в процессе его деятельности. Устав, например, становится актом органа управления акционерного общества после внесения в него изменений и дополнений или утверждения в новой редакции⁷³.

Так, Н.Н.Пахомова, не относя корпоративные акты к числу нормативных правовых актов, все же признает их нормативный характер, и пишет по этому поводу: «Локальные корпоративные акты не могут быть отнесены к нормативным правовым актам в контексте ст. 3 ГК РФ, так как не имеют свойств последних, не достигли степени их обобщенности. Но локальным корпоративным актам присуща иная нормативность. Эта нормативность отражает социально-обязательный аспект взаимодействия между субъектами в конкретном корпоративном объединении и обеспечивается корпоративными санкциями»⁷⁴.

И.С.Шиткина дает следующее определение локальных нормативных актов: «... локальные нормативные акты, в корпоративной сфере — это документы, принимаемые компетентными органами управления корпорации, и обязательные для всех участников, членов корпорации не в силу публичного принуждения, а исходя из самой сущности организации предпринимательской деятельности, заключающейся в том, что участники корпорации при вступлении в нее добровольно приняли на себя бремя подчинения воле большинства, которая, в частности, выражается в принятии внутренних документов», и далее пишет: «Законодатель, предусмотревший возможность нормотворчества

внутренними (локальными) документами: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1997. Цит. по: Вилкин С.С. О нормативной теории решения органа юридического лица. С. 7//СПС «КонсультантПлюс».

⁷² Кравченко Р.С. Корпоративное управление: обеспечение и защита права акционеров на информацию (российский и англо-американский опыт). М., 2002. С. 74.

⁷³ Лаптев В.В. Акционерное право. М., 1999. С. 17.

⁷⁴ Пахомова Н.Н. Основы теории корпоративных отношений. С. 168.

корпораций (иногда прямо обязывая их принимать внутренние документы), тем самым санкционирует принятие этих документов и придает им обязательную силу»⁷⁵.

По нашему мнению давать определение того или иного понятия через понятие документа не совсем оправдано, поскольку документально оформляется множество юридических действий (решений), те же сделки, тогда как сам документ является лишь «оболочкой», формой объективированы, выражения вонне соответствующего правового явления. Тем не менее в данном конкретном случае это оправдано, поскольку: 1) сам законодатель использует термин «внутренние документы»; 2) сама авторская позиция, рассматривающая корпоративные акты в качестве локальных нормативных актов предопределяет их определение через понятие документа как формально-юридического источника правовых норм.

Не в пользу нормативной теории свидетельствует тот факт, что согласно пункту 1 статьи 2 ГК РФ отношения, связанные с участием в корпоративных организациях или с управлением ими (корпоративные отношения) регулируются гражданским законодательством, которое, тем не менее, не упоминает локальных нормативных актов в качестве актов, содержащих нормы гражданского права. Отсутствует упоминание о них и в гражданско-процессуальном (статья 11 ГПК РФ) и арбитражно-процессуальном законодательстве (статья 13 АПК РФ). Эта понятие относится к понятийному аппарату трудового законодательства.

По нашему мнению, в настоящее время нет оснований говорить об актах коллегиальных органов корпорации как о локальных нормативных актах, поскольку действующее гражданское законодательство (ст. ст. 8, 12, глава 9.1 ГК РФ), прямо относит решения собраний к юридическим фактам, т.е. жизненным обстоятельствам, с которыми закон или иной правовой акт связывают возникновение, изменение и прекращение гражданских правоотношений, а не к самим этим нормативным правовым актам.

Совершенно противоположная ситуация установлена в Трудовом кодексе РФ, который прямо относит локальные нормативные акты,

⁷⁵ Корпоративное право: учебный курс: учебник/отв. ред. И.С.Шиткина. — М.: КНОРУС, 2011. С. 80.

принимаемые работодателями к источникам трудового права (ст. ст. 5, 8 ТК РФ).

В.А.Тарасова выделяла следующие признаки, которым должна соответствовать локальная норма права:

- 1) данная норма должна иметь ограниченную сферу действия;
- 2) она должна конкретизировать и модифицировать общую норму соответственно с местными условиями производства;
- 3) норма должна охватывать более или менее значимый круг общественных отношений;
- 4) норма должна регулировать комплекс общественных отношений, не урегулированных нормами общего значения, но правовое опосредование которого обусловлено принципами данной отрасли права⁷⁶.

Локальные нормативные акты, как правило, принимаются единоличным органом корпорации, который в трудовой сфере выступает как представитель работодателя — юридического лица.

Не вдаваясь в дальнейшие дискуссии относительно актов единоличных органов корпорации только отметим, что указанные акты можно назвать корпоративными лишь с достаточной условностью, в трудовой сфере указанные акты могут носить как индивидуальный, так и нормативный характер (локальные нормативные акты), в гражданско-правовой сфере — в основном сделочный характер.

Относительно нормативного характера внутренних документов корпорации, в том числе принимаемых коллегиальными органами управления, считаем, что данные акты призваны регламентировать внутренние отношения в корпорации и в этом смысле обладают свойствами некоторой нормативности, однако не являются источниками права и не содержат правовых норм (с точки зрения теории позитивизма). Такие корпоративные акты целесообразней обозначить как акты регламентации корпоративных отношений. Впрочем, И.С.Шиткина вполне разделяет условность понятия «нормативности» внутренних документов корпорации (корпоративных актов), а по ее справедливому (или не очень!) замечанию личное знакомство с автором освобождает от цитирования его трудов. Поэтому читателю остается лишь поверить на слово сделанному здесь отступлению.

⁷⁶ Тарасова В.А. Предмет и понятие локальных норм права // Правоведение. 1968. № 4. С. 94.

Корпоративные акты как самостоятельные юридические факты (выводы)

В связи с тем, что автором настоящей статьи разделяются взгляды на правовую природу актов коллегиальных органов корпорации как самостоятельных юридических фактов, изложение данного раздела будет носить скорее тезисный, резолютивный характер, основанный на проведенном выше анализе этого правового явления.

Итак, акты коллегиальных органов корпорации, в предусмотренных законом случаях являются юридическими актами, которые наряду со сделками, направлены на возникновение, изменение, прекращение гражданских прав и обязанностей, но влекут такие последствия, как правило, в совокупности с иными юридическими фактами, в совокупности называемые фактическим составом.

Акты коллегиальных органов корпорации, принимаемые в форме решений собраний, в отличие от сделок не предусматривают согласования воли их участников и создают обязанности как для самой корпорации, так и для иных лиц, в том числе голосовавших против или не голосовавших за то или иное решение.

Именно акты коллегиальных органов корпорации, принимаемые в форме решений собраний, являются собственно корпоративными актами или корпоративными актами в узком значении. На корпоративные отношения, связанные с их принятием и действием не распространяется «общегражданский» юридический режим равенства, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников.

В тех случаях, когда корпоративный акт носит чисто организационный характер, его функции заключаются в упорядочивании деятельности корпорации внутренними силами, таким образом, не оценимо их влияние на развитие социальной системы для достижения правовых целей участниками и урегулирование конфликта⁷⁷.

⁷⁷ Филиппова С.Ю. Инструментальный подход в науке частного права // СПС «КонсультантПлюс».

Артем Кофанов

Магистрант юридического факультета
МГУ имени М.В.Ломоносова

Применение доктрины «снятия корпоративной вуали» в международном коммерческом арбитраже.

В современном праве очень остро стоит вопрос о так называемом «снятии корпоративной вуали» — процедуре, позволяющей распространить ответственность за действия юридического лица на его участников или конечных бенефициаров. Российское право — не исключение. В предпринимательской практике не редки случаи злоупотреблений со стороны хозяйствующих субъектов ограниченной ответственностью юридических лиц. Привычным для предпринимателей стало использование компаний, учрежденных в офшорных юрисдикциях для вывода активов, сокрытия конечных бенефициаров, оптимизации налогообложения, и прочего. Особой популярностью пользуются такие юрисдикции как Кипр, Британские Виргинские острова, Сейшельские острова, и другие.

В связи с этим весьма актуальным является проблема привлечения к ответственности лиц, которые осуществляют реальный контроль предпринимательской деятельности, а не подставных компаний, созданных для одной-двух операций, и не обладающих достаточными средствами для удовлетворения требований кредиторов.

В судебной практике Соединенных Штатов Америки и Великобритании доктрина «снятия корпоративной вуали» применяется давно, и уже выработаны определенные условия применения данной процедуры.⁷⁸ Не редки и случаи её применения в третейских разбирательствах.⁷⁹

⁷⁸ *Watson v. Commonwealth Insurance Co.*, 8 Cal. 2nd 61, 68 (1936); *Associated Vendors, Inc. v. Oakland Meat Co.*, 210 Cal. App. 2nd 825, 837 (1962); *RRX Industries, Inc. v. Lab-Con, Inc.*, 772 F.2nd 543 (9th Cir. 1985); *Van Dorn Co. v. Future Chemical & Oil Corp.*, 753 F. 2nd 565 (7th Cir. 1985); *National Elevator Industry v. Lutyk*, 332 F.3rd 188 (3rd Cir. 2003); *American Fuel Corp. v. Utah Energy Development Co.*, 122 F. 3rd 130, 134 (2nd Cir. 1997); *Bridas S.A.P.I.C. v. Government of Turkmenistan*, 447 F. 3d 411, 416 (5th Cir. 2006); *Stark v. Coker* 20 Cal. 2d 839, 846 (1942); *Andrew Martin Marine Corp v. Stork-Werkspoor Diesel B.V.*, 480 F. Supp. 1270 (D. La. 1979); *Thompson-CSF, S.A. v. American Arbitration Association* 64 F. 3rd 773, 776 (2nd Cir. 1995).

⁷⁹ ICC Case no. 2375 of 1976; ICC Case no. 5721 of 1990; ICC Case no. 6519 of 1991; ICC Case

В данной статье автор раскрывает возможность применения доктрины снятия корпоративной вуали в международном коммерческом арбитраже, а именно возможность распространения действия арбитражной оговорки на третьих лиц, не подписывавших такую оговорку или соглашение.

Как отмечает Gary Born, распространение арбитражной оговорки на третьих лиц в соответствии с доктриной «снятия корпоративной вуали» — исключительный случай, а не общее правило. Это выводится из принципа договорной природы третейского разбирательства. Арбитражное соглашение, по общему правилу связывает только лиц, подписавших её. Исключение составляют лишь случаи, когда третье лицо, по сути, представляет собой *alter ego* одной из сторон соглашения.⁸⁰

Считается, что впервые термин «снятие корпоративной вуали» употребил профессор Wormster в 1912 году.⁸¹ Несмотря на то, что случаи привлечения к ответственности конечных бенефициаров встречались на практике и ранее, как например в деле *United States v. Milwaukee Refrigeration Transit Co.*,⁸² возникновение доктрины «снятия корпоративной вуали» связывают с тремя документами: труды профессора Wormster в 1912–1927 годах, особым мнением судьи Benjamin Cardozo в деле *Berkey v. Third Avenue Railway Co.*,⁸³ и известная монография профессора Frederick Powell о дочерних компаниях.⁸⁴ Последняя книга считается в наибольшей степени сформировавшей доктрину.

В своей книге профессор Powell высказал мнение, что если одна компания контролирует другую прямо или косвенно, использует её для противоправных целей, причиняя при этом вред правам и законным интересам других субъектов права, то в данном случае имеет место злоупотребление корпоративной формой компаний.⁸⁵ Из приведенного отрывка можно

no. 7155 of 1993; ICC Case no. 8385 of 1995; ICC Case no. 8910 of 1998; ICC Case No 9058 of 2001; ICC Case no. 11405 of 2001; ICC Case no. 11160 of 2002; *Dow Chemical v. Isover Saint Gobain*, Case no. 4131, Interim Award of 23 September 1982, 9 YBCA 131 (1984); *Map Tankers, Inc. v. MOBIL Ltd, Society of Maritime Arbitrators* Case no. 1510

⁸⁰ Gary B. Born, *International Commercial arbitration* 517 (2011)

⁸¹ Maurice Wormster, *Piercing the veil of the corporate entity*, 12 Colum. L. Rev. 496 (1912).

⁸² *United States v. Milwaukee Refrigeration Transit Co.*, 142 F. at 255.

⁸³ *Berkey v. Third Avenue Railway Co.*, 244 N.Y. 84 (App. Ct. 1926)

⁸⁴ Frederick J. Powell, *Parent and Subsidiary Corporations: Liability of a Parent Corporation for the Obligations of its Subsidiary* (1931).

⁸⁵ Frederick J. Powell, *Parent and Subsidiary Corporations: Liability of a Parent Corporation for*

выделить некоторые критерии «снятия корпоративной вуали», такие как контроль, недобросовестность и вред, причиненный другим лицам. Тем не менее, это не единственные применимые критерии. В разных процессах суды по-разному применяли данную доктрину, и критерии рознились. Более того, в разных юрисдикциях существуют различные правила, относящиеся к данной доктрине. Суды выделяют различные виды «снятия корпоративной вуали»: горизонтальную (привлечение одной дочерней компании по долгам другой, обе из которых принадлежат одному бенефициару), вертикальную (привлечение основной компании к ответственности по обязательствам дочерней), обратную (привлечение дочерней компании к ответственности по обязательствам основной).

Очевидно, что для каждого из вышеупомянутых видов «снятия корпоративной вуали» требуется учёт всех обстоятельств конкретного дела, и особенностей требований заинтересованных лиц и взаимоотношений между задействованными компаниями.

Наиболее часто доктрина применяется в тех случаях, когда кредиторы ищут способ обратить взыскание на имущество акционеров, менеджмента, или имущество компании, являющейся дочерней по отношению к той же компании, что и компания-должник. В случае обратного «снятия корпоративной вуали», кредиторы акционера стремятся обратить взыскание на активы компании, или кредиторы основного общества стремятся обратить взыскание на активы дочернего.

Выбор сторонами права играет ключевую роль в объеме фактов, подлежащих доказыванию истцом. В деле *FR8 Singapore Pte. Ltd., v. Albacore Maritime Inc.* суд постановил, что выбор права определяет те условия применения доктрины «снятия корпоративной вуали», которые должны быть выполнены. По праву штата Делавэр необходимо доказать факт совершения мошеннических действий или введения в заблуждение. По английскому праву «снятие корпоративной вуали» в данном отдельно взятом деле было вообще невозможно. По федеральному праву США не требовалось вообще доказывать недобросовестность, достаточно было лишь установить факт контроля компании иными лицами.⁸⁶

the Obligations of its Subsidiary (1931). См. также: Gary B. Born, *International Commercial arbitration* 1162 (2009); Pietro Ferrario *The group of companies doctrine in international commercial arbitration* 26(5) J. Int'l Arb. 647, 668–672 (2009)

⁸⁶ *FR8 Singapore Pte. Ltd., v. Albacore Maritime Inc.*, 754 F. Supp. 2d 628, 622 (D.N.Y. 2010)

Одна из причин, по которой сделки с иностранным элементом часто подчиняют праву США — детальная разработанность условий применения доктрины «снятия корпоративной вуали». Ниже будет приведен анализ американского подхода к доктрине.

В праве США нет четкого разделения между различными вариантами «снятия корпоративной вуали», но, тем не менее, общепризнано, что превалируют две основных теории — теория *alter ego* и инструментальная теория.

Как было уже обозначено выше, при анализе дела *FR8 Singapore Pte. Ltd., v. Albacore Maritime Inc.*, в праве США существует как минимум два теста, позволяющих применить доктрину. Первый тест требует лишь установить наличие такой аффилированности между несколькими компаниями, что, по сути, они представляли бы собой одно и то же лицо.⁸⁷

Второй тест предъявляет более жесткие требования к доказыванию. Необходимо установить, что лицо осуществляло полный контроль компании, а так же что совершались определенные мошеннические действия, обман или иное злоупотребление.

Первый критерий, который признается всеми судами — это критерий контроля. Разные суды по-разному толкуют данный критерий, и предъявляют разные требования к набору факторов, которых достаточно для констатации того, что одна компания или физическое лицо осуществляет контроль над другой. В деле *Associated Vendors* был назван целый ряд таких факторов. Среди них: наличие общих активов или фондов денежных средств, невозможность отделить имущество одной компании от имущества другой, использование акционерами корпоративного имущества в личных целях, использование компанией личного имущества акционеров, поручительство акционеров по обязательствам компании, отсутствие или искажение протоколов общего собрания акционеров (участников общества), обременение имущества одной компании правами другой, наличие одних и тех же лиц в органах управления разных компаний, владение 100% капитала разных компаний одним лицом или членами его семьи, использование одного офиса несколькими компаниями, совпадение адресов, совпадение

⁸⁷ См. *Watson v. Commonwealth Insurance Co.*, 8 Cal. 2nd 61, 68 (1936); *Associated Vendors, Inc. v. Oakland Meat Co.*, 210 Cal. App. 2nd 825, 837 (1962); *RRX Industries, Inc. v. Lab-Con, Inc.*, 772 F.2nd 543 (9th Cir. 1985); *Van Dorn Co. v. Future Chemical & Oil Corp.*, 753 F. 2nd 565 (7th Cir. 1985); *National Elevator Industry v. Lutyk*, 332 F.3rd 188 (3rd Cir. 2003);

работников разных компаний, недостаточность имущества общества, использование компании как инструмент для выполнения разовых задач, сокрытие компанией информации о руководстве и собственниках, сокрытие компанией финансовой информации и информации о предпринимательской деятельности, игнорирование корпоративных формальностей, использование одной дочерней компании для совершения сделок с другой, манипуляция активами компании с целью сокрытия их от кредиторов, сосредоточение активов в одной дочерней компании, а обязательств — в другой.⁸⁸

Несмотря на большой объем данного перечня, он не является исчерпывающим. В деле *Bridas* также были перечислены определенные критерии: 1) основная и дочерняя компания участвуют в капитале третьей; 2) в состав органов управления основной и дочерней компании входят одни и те же лица; 3) основная и дочерняя компания имеют одинаковую корпоративную структуру; 4) основная и дочерняя компания предоставляют консолидированную отчетность; 5) основная компания финансирует дочернюю; 6) основная компания является учредителем дочерней; 7) дочерняя компания наделена малым количеством имущества; 8) основная компания отвечает по обязательствам дочерней; 9) дочерняя компания выступает в гражданском обороте исключительно под руководством основной; 10) основная компания использует имущество дочерней; 11) компании не соблюдают корпоративные формальности в отношениях; 12) руководство дочерней компании действует в интересах основной; 13) основная компания поручается по обязательствам дочерней.⁸⁹

В деле *Andrew Martin Marine* суд установил, что наличия схожий фирменных наименований, совпадения руководства и собственников, стопроцентного участия основной компании в капитале дочерней, недостаточно для «снятия корпоративной вуали».⁹⁰ В деле *Associated Vendors* суд установил, что почти полное отсутствие собственного имущества у дочерней компании и преобладающее финансирование основной компанией так же недостаточно для применения доктрины.⁹¹

⁸⁸ *Associated Vendors, Inc. v. Oakland Meat Co.*, 210 Cal. App. 2nd 825, 837 (1962) at 837.

⁸⁹ *Bridas S.A.P.I.C. v. Government of Turkmenistan*, 447 F. 3d 411, 416 (5th Cir. 2006)

⁹⁰ *Andrew Martin Marine Corp v. Stork-Werkspoor Diesel B.V.*, 480 F. Supp. 1270 (D. La. 1979)

⁹¹ *Associated Vendors, Inc. v. Oakland Meat Co.*, 210 Cal. App. 2nd 825, 837 (1962)

Также, по общему правилу, факт действия одной компании в соответствии с указаниями другой недостаточно для «снятия корпоративной вуали».⁹² Таким образом, очевидно, что наличие какого-то одного фактора не всегда достаточно для применения доктрины. В идеале, должна присутствовать совокупность ряда признаков, делающая очевидным наличие полного контроля одной фирмы другой.

Другой признак, необходимый для применения доктрины — недобросовестность руководства компании, а также вред, причиненный другим лицам. В деле *Associated Vendors* суд указал, что для применения доктрины недостаточно лишь доказать, что истец является кредитором, не получившим должное удовлетворение требований. Почти во всех процессах истец является кредитором, не получившим должное удовлетворение. Для применения доктрины «снятия корпоративной вуали» необходимо доказать, что кредитор пострадал в результате злого умысла и недобросовестных действий ответчика.⁹³ Ярким примером является ситуация, в которой одна компания вводит в заблуждение кредиторов, давая им все основания полагать, что в случае её неисправности, кредиторы смогут обратиться за взысканием на активы другой компании, и в результате этого не происходит.⁹⁴

В деле *Bridas* Ответчик утверждал, что для применения доктрины «снятия корпоративной вуали» необходимо доказать факт мошенничества.⁹⁵ Тем не менее суд принял более мягкую позицию, указав, что для применения доктрины достаточно лишь доказать наличие противоправных действий, или иное злоупотребление корпоративной формой.

Вторая теория, или разновидность доктрины «снятия корпоративной вуали» — инструментальная теория. Одно из самых известных дел, в котором суд применил доктрину именно таком варианте — дело *Lowendahl v. Baltimore and Ohio Railroad Co.*⁹⁶ В данном деле суд установил, что «снятие корпоративной вуали» возможно в том случае, когда одна компания осуществляет такой контроль в отношении другой компании, что последняя представляет собой не отдельное юридическое

⁹² Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 517 (2011), at 1158

⁹³ *Associated Vendors, Inc. v. Oakland Meat Co.*, 210 Cal. App. 2nd 825, 837 (1962)

⁹⁴ *Webnan Estate Inc. v. Hewlett*, 193 Cal. 675, 689 (1924)

⁹⁵ *Bridas S.A.P.I.C. v. Government of Turkmenistan*, 447 F. 3d 411, 416 (5th Cir. 2006)

⁹⁶ *Lowendahl v. Baltimore and Ohio Railroad Co.*, 247 A.D. 144 (N.Y. 1936)

лицо с собственной волей, а скорее инструмент, или подразделение первой компании, и такой контроль осуществляется в противоправных целях, с причинением вреда другим лицам.

В деле *Steven v. Roscoe Turner Aeronautical Corp.* суд указал ряд признаков, указывающих на полный контроль одной компании другой.⁹⁷ Данные признаки отчасти совпадают с теми, на которые указывали суды в других делах: стопроцентное участие одной компании в капитале другой компании, полное совпадение состава органов руководства основной и дочерней компании, полное спонсирование одной компании другой, основная компания является учредителем дочерней, и др. В случае с инструментальным подходом требование к наличию контроля значительно жестче, чем в случае с теорией *alter ego*.

Таким образом, в исключительных случаях третейские суды применяли доктрину «снятия корпоративной вуали» для распространения действия арбитражной оговорки на третьих лиц, и привлечения их к ответственности. Как было показано выше, существуют различные подходы к объему фактов, подлежащих доказыванию, но общепризнано, что для применения доктрины необходимо установить факт контроля одной компании другой, и недобросовестное поведение данных компаний.

Также в рамках данной статьи считаю необходимым осветить схожую теорию — теорию группы лиц. Согласно теории группы лиц, несколько компаний, которые образуют корпоративное объединение, могут быть расценены как единое целое (*une realite economique unique*), и на них всех может быть распространено действие арбитражного соглашения, подписанного одной компанией из группы. Данная теория была впервые предложена в 1970-х годах во Франции.⁹⁸

Самым известным прецедентом, в котором была применена данная теория, является дело *Dow Chemical*.⁹⁹ В данном деле Международный арбитражный суд при МТП установил, что для применения данной доктрины необходимо, чтоб одна из сторон входила в группу лиц, чтоб какая-либо другая компания из данной группы лиц активно участвовала

⁹⁷ *Steven v. Roscoe Turner Aeronautical Corp.*, 324 F.2d 157, 160 (7th Cir. 1963)

⁹⁸ Stephan Wilske, Laurence Shore & Jan-Michael Ahrens, *The “Group of Companies Doctrine” — Where Is It Heading?*, 17 *Am. Rev. Int’l Arb.* 73, 75 (2006).

⁹⁹ *Dow Chemical v. Isovex Saint Gobain*, Case no. 4131, Interim Award of 23 September 1982, 9 YBCA 131 (1984)

в заключении или исполнении контракта, к которому была предусмотрена арбитражная оговорка, и чтоб у обеих сторон было намерения связать данной арбитражной оговоркой иные компании, входящие в группу лиц. Суд не уточнил, необходимо ли наличие одновременно всех трёх условий, или достаточно одного из них, что в дальнейшем привело к неоднозначному толкованию данного прецедента.

Большинство ученых сходятся во мнении, что основным условием является взаимное желание сторон распространить действие арбитражной оговорки на третьих лиц, входящих в группу лиц одной из сторон.¹⁰⁰ Проблема же заключается в том, чтоб понять в каждом конкретном случае, было ли согласие обеих сторон, или же его не было. Один из признаков такого согласия — участие одной из компаний группы лиц одной из сторон в переговорах о заключении арбитражного соглашения.¹⁰¹

Довольно важен вопрос о том, достаточно ли просто наличие группы лиц на стороне одной из компаний, подписавших арбитражное соглашение для распространения действия этого соглашения на все компании группы лиц. В случае если только некоторые компании группы лиц участвовали в заключении и исполнении контракта, будет ли арбитражное соглашение распространяться на те компании, которые не принимали в этом участия?

Также существенным является вопрос о том, насколько активное участие компания группы лиц одной из сторон должна принимать в заключении и исполнении контракта? В случае, если в группу лиц входит компания, специализирующаяся на письменных переводах с английского языка на русский, и предоставила перевод контракта, который заключался на двух языках с английской компанией, можно ли констатировать, что такой степени участия достаточно для того, чтоб распространить на данную переводческую компанию действие арбитражной оговорки, и соответственно в дальнейшем привлечь к ответственности наряду с компанией группы лиц, которая непосредственно подписывала

¹⁰⁰ Fouchard, Gaillard & Goldman, *On International Commercial Arbitration*, p. 1153–1178 (2009); Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, p. 1169–1170 (2009); Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Action*, p. 108 (2006).

¹⁰¹ William W. Park, *Non-Signatories and International Contracts: an Arbitrator's Dilemma*, in *Multiple Party Actions in International Arbitration*, 1.26–1.28 (2009).

данное соглашение? Невозможно однозначно ответить на данный вопрос. Очевидно, что на сегодняшний день практики по данному вопросу не достаточно для того, чтоб выработать четкий критерий.

Так, например, в деле *Sponsor A.B. v. Lestrade* суд констатировал, что компания, подписавшая арбитражное соглашение, по сути представляла собой лишь прикрытие, а реальным исполнителем контракта была другая компания, и это позволяет распространить на неё действие арбитражной оговорки.¹⁰² Международный арбитражный суд при МТП в одном из дел применил критерий, схожий с аналогичным критерием доктрины «снятия корпоративной вуали» — критерий аффилированности. В данном случае единоличный исполнительный орган компании, подписавшей арбитражное соглашение, также занимал позицию единоличного исполнительного органа другой компании, входившей в одну группу лиц с первой компанией.

Таким образом, выше были рассмотрены две основные теории, позволяющие распространить действие арбитражной оговорки на лиц, не подписавших её. Судебная и арбитражная практика выработала ряд критериев, позволяющих применить данные теории. Некоторые из этих критериев остаются не ясными, и вызывают ряд вопросов, которые в дальнейшем должны быть решены судебной практикой. В целом необходимо отметить, что практическая потребность в данных теориях достаточно велика, и необходимо и далее заниматься исследованием доктрины «снятия корпоративной вуали» и теории группы лиц.

¹⁰² *Sponsor A.B. v. Lestrade*, Cour d'Appel de Pau, Judgment of 26 November 1986, Rev. Arb. 153, 156 (1998).

Эльвира Кунакова

Аспирант кафедры предпринимательского права
юридического факультета МГУ имени М.В.Ломоносова

Система информационного обеспечения на рынке ценных бумаг

Современная система информационного обеспечения на рынке ценных бумаг основывается на двух основных принципах: принципе информационной прозрачности и принципе доступности¹⁰³. Реализация указанных принципов обеспечивается за счёт выделения в рамках единой системы нескольких взаимосвязанных элементов.

В связи с этим необходимо отметить, что до внесения изменений раздел IV Федерального закона от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» (далее — Закон о рынке ценных бумаг), посвященный информационному обеспечению рынка ценных бумаг, состоял из следующих глав:

- «О раскрытии информации на рынке ценных бумаг»;
- «Об использовании служебной информации на рынке ценных бумаг»;
- «О рекламе на рынке ценных бумаг».

В настоящее время главы об использовании служебной информации и о рекламе на рынке ценных бумаг утратили силу. Глава об использовании служебной информации утратила силу в связи с принятием Федерального закона от 27.07.2010 № 224-ФЗ «О противодействии неправомерному использованию инсайдерской информации и манипулированию рынком и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее — Закон об инсайдерской информации). Глава о рекламе на рынке ценных бумаг утратила силу в связи с принятием Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), в котором рекламе ценных бумаг посвящена отдельная статья.

¹⁰³ См. Мухаметшин Т. Современные механизмы раскрытия и предоставления информации на рынке ценных бумаг // Хозяйство и право. 2012. № 1. С. 34–41.

Таким образом, в настоящее время в законодательстве не закреплена единая система информационного обеспечения. Тем не менее, основные элементы системы остаются неизменными: раскрытие информации на рынке ценных бумаг, использование инсайдерской информации и манипулирование рынком, реклама ценных бумаг. Среди наиболее проблемных аспектов можно выделить следующие.

1. Раскрытие информации на рынке ценных бумаг

Раскрытие информации на рынке ценных бумаг является основным элементом системы информационного обеспечения. Связано это с тем, что именно раскрытие информации представляет основной массив достоверной информации о ценных бумагах и их эмитенте. В связи с этим Д.А.Вавулин выделяет следующие функции раскрытия информации на рынке ценных бумаг¹⁰⁴:

- 1) обеспечение роста эффективности рынка и увеличения объемов инвестиций;
- 2) снижение затрат на получение необходимой информации об эмитенте;
- 3) обеспечение осуществления инвестиций теми российскими и зарубежными инвесторами, у которых существуют строгие стандарты инвестирования, запрещающие инвестировать в компанию, которая не раскрывает регулярно информацию о себе;
- 4) защита инвесторов от мошенничества, воспрепятствование случаям использования конфиденциальной информации инсайдерами;
- 5) разрешение проблем конфликта интересов, обеспечение общественного контроля за действиями органов управления.

В теории сложилось две доктрины раскрытия информации. Условно их можно назвать «законодательной» и «рыночной».

Так, в работе «Основы государственного регулирования финансового рынка» в качестве названия одного из разделов указан вопрос: «Раскрытие информации: необходимо законодательство или достаточно действия рыночных сил?»¹⁰⁵. Для того чтобы продемонстрировать на-

¹⁰⁴ См. Вавулин Д.А. Раскрытие информации акционерными обществами. М.: Юстициформ, 2012 (СПС Консультант Плюс).

¹⁰⁵ См. Рот А., Захаров А., Миркин Я., Бернгард Р., Баренбойм П., Борн Б. Основы государственного регулирования финансового рынка. Зарубежный опыт: Учебное пособие

сколько две доктрины сплетены между собой, в работе приводится отрывок из Frank H. Easterbook, Daniel R. Fishel, "Mandatory Disclosure And The protection of Investors," 70 VIRGINIALAW REVIEW 669, 773, 680–682 (1984). В данном отрывке авторы пытаются показать, что законодательное установление обязательного раскрытия информации не является более эффективным стимулом, чем действие рыночных сил.

На это есть две причины. Во-первых, то, что покупатель физически не может ознакомиться со всей информацией о том или ином объекте не означает, что необходимо на законодательном уровне установить обязанность продавца раскрывать такую информацию. Во-вторых, новая цена на ценную бумагу содержит в себе информацию, ценность которой падает по мере того, как эта информация распространяется среди неограниченного круга лиц. Также авторы отмечают, что в данном случае противопоставляются не законодательное регулирование и давление рыночных сил, а два вида регулирования — законодательное и рыночное¹⁰⁶.

Аналогичного мнения придерживается и Д.А.Вавулин, непосредственно в отношении России выделяя два фактора, которые побуждают эмитента раскрывать информацию: «инвестиционный» и «законодательный».

Под инвестиционным фактором подразумевается раскрытие информации акционерными обществами в целях привлечения инвестиций, которые они планируют направлять на модернизацию производства (для Российской Федерации также характерно то, что указанные акционерные общества возникли на фоне массовой приватизации, то есть в большом количестве и с достаточно крупными уставными капиталами, в связи с чем они могут составлять друг другу серьезную конкуренцию). Под законодательным фактором автор понимает закрепление в законодательстве обязанности по раскрытию информации, а также введение ответственности за нарушение этой обязанности (например, статья 15.19 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях)¹⁰⁷.

для юридических и экономических вузов. М.: Юридический дом «Юстицинформ», 2002. С. 35–36.

¹⁰⁶ См. там же. С. 35–36.

¹⁰⁷ См. Вавулин Д.А. Раскрытие информации акционерными обществами.

В то же время ряд авторов склоняется к преобладанию регулирующего воздействия законодательного фактора, например, Н.Г.Удальцова указывает, что раскрытие информации «не является добровольным актом волеизъявления компании эмитента, а совершается во исполнение возложенной законодательством юридической обязанности»¹⁰⁸. Вместе с тем она не отрицает, что эмитент также заинтересован в том, чтобы исполнить данную обязанность как можно лучше.

Тем не менее, раскрытие информации является своего рода реакцией на такую совокупность факторов, как потребность рынка в обеспечении баланса интересов эмитента и инвестора и необходимость защитить интересы инвестора на законодательном уровне.

2. Использование инсайдерской информации и манипулирование рынком

Как уже упоминалось ранее, до 2010 года Закон о рынке ценных бумаг содержал главу 8 «Об использовании служебной информации на рынке ценных бумаг», которая утратила силу в связи с принятием Закона об инсайдерской информации. Таким образом, необходимо подробнее рассмотреть вопрос о соотношении инсайдерской и служебной информации.

Вопрос о соотношении указанных понятий встал в связи с тем, что до 2010 года механизм противодействия использованию инсайдерской информации не был развит в достаточной степени. Тем не менее, абсолютного пробела в российском законодательстве тоже не было, так как нормы, посвященные защите прав акционеров и инвесторов от действий лиц, обладающих важными сведениями об эмитенте и его ценных бумагах, содержались в главе 8 Закона о рынке ценных бумаг¹⁰⁹. Поэтому в теории и на практике понятие служебной информации (в смысле главы 8 Закона о рынке ценных бумаг) и инсайдерской информации часто отождествляют.

В то же время ряд авторов придерживается иного мнения. В частности, существует точка зрения, согласно которой понятие инсайдерской

¹⁰⁸ Удальцова Н.Г. Первое публичное предложение (размещение) ценных бумаг: правовая природа. М.: Инфотропик Медиа, 2012 (СПС Консультант Плюс).

¹⁰⁹ См. Киселева И. Правовое регулирование инсайдерской торговли в России // Корпоративный юрист. 2005. № 4 (СПС Консультант Плюс).

информации шире, чем понятие служебной информации, так как включает в себя иные виды сведений с ограниченным доступом¹¹⁰.

Не отождествляются указанные понятия и в американском праве, где под служебной информацией понимаются сведения, доступ к которым возможен в силу работы в органах государственной власти¹¹¹. Аналогичное разграничение проявляется и в Кодексе корпоративного поведения, где понятие «коммерческой или служебной тайны» рассматриваются отдельно от понятия «инсайдерской информации»¹¹².

В соответствии с определением, которое содержалось в статье 31 Закона о рынке ценных бумаг в редакции от 22.04.2010 г. к ключевым характеристикам служебной информации можно отнести то, что:

- данная информация не является общедоступной;
- это информация об эмитенте и его ценных бумагах;
- она ставит ее обладателя в преимущественное положение по сравнению с теми, кто ею не обладает.

В то же время данное определение служебной информации не содержит двух важных признаков, которые характерны для инсайдерской информации:

1) «информация должна быть важной, существенной, а в случае ее раскрытия — оказывающей влияние на принятие инвесторами решения в отношении ценных бумаг эмитента и, соответственно, их цену»¹¹³;

2) данная информация должна быть включена в соответствующий перечень.

Как показала практика, режим служебной информации не мог должным образом обеспечить защиту инвесторов от злоупотреблений на организованном рынке финансовых инструментов и товаров¹¹⁴. В связи с этим был принят Закон об инсайдерской информации.

¹¹⁰ См. Шаповалов А.Г. Отличие инсайдерской информации от служебной информации по Закону «О рынке ценных бумаг» // Юрист. 2006. № 11 (СПС Консультант Плюс).

¹¹¹ См. Погосова (Фролова) А.С. Инсайдерская и служебная информация: соотношение понятий // Информационное право. 2010. № 4. С. 20–22.

¹¹² См. Распоряжение ФКЦБ РФ от 04.04.2002 № 421/р «О рекомендации к применению Кодекса корпоративного поведения» // «Вестник ФКЦБ России», № 4, 30.04.2002 (распоряжение).

¹¹³ Киселева И. Указ. соч.

¹¹⁴ См. Смирнов И.Е. В интересах противодействия махинациям инсайдеров // Управление в кредитной организации. 2009. № 4 (СПС Консультант Плюс).

Определение инсайдерской информации, содержащееся в указанном законе, является достаточно громоздким и не позволяет четко выявить основные ее характеристики. В связи с этим в теории дается упрощенное определение: «Инсайдерская информация — это достоверные сведения конфиденциального характера, распространение или предоставление которых может оказать существенное влияние на цены одного или нескольких финансовых инструментов, иностранной валюты и (или) товаров»¹¹⁵.

Как указывает сам автор данного определения, в нем учтена только существенная характеристика инсайдерской информации. Формальная характеристика заключается как раз в том, что сведения должны быть включены в перечень инсайдерской информации, указанный в статье 3 Закона об инсайдерской информации¹¹⁶. Стоит отметить, что в легальном определении данная характеристика содержится.

3. Реклама ценных бумаг

Одним из наиболее эффективных механизмов продвижения того или иного объекта в современном мире является реклама. Не является исключением и рынок ценных бумаг. Однако в силу его специфики Законом о рекламе установлены дополнительные требования к рекламе ценных бумаг. Отдельные требования также содержатся и в Федеральном законе от 05.03.1999 № 46-ФЗ «О защите прав и законных интересов инвесторов на рынке ценных бумаг».

Необходимость в установлении дополнительных требований ярко продемонстрировала себя в 1990-ые годы, когда «под влиянием агрессивной рекламы, распространяемой в СМИ, россияне вкладывали свои сбережения в суррогаты ценных бумаг и иные финансовые инструменты»¹¹⁷. Данные суррогаты и финансовые инструменты выпускались массово и серийно в целях привлечения денежных средств в различные фонды и финансовые компании. Однако в связи с тем, что

¹¹⁵ Пыхтин С.В. Инсайдерская информация: раскрытие и защита конфиденциальности // Юридическая работа в кредитной организации. 2012. № 3.

¹¹⁶ См. там же.

¹¹⁷ Вавулин Д.А. О рекламе ценных бумаг // Право и экономика. 2007. № 5 (СПС Консультант Плюс).

данные фонды и компания не имели реальных активов, они не могли удовлетворить имущественные требования обманутых вкладчиков¹¹⁸.

Помимо того, что в данной ситуации имело место мошенничество, указанный пример наглядно доказывает, что реклама, не соответствующая требованиям законодательства, может причинить существенный вред общественным отношениям. Такая «ненадлежащая реклама, с одной стороны, нарушает законные интересы и права потребителей рекламы — потенциальных потребителей услуг на достоверную и добросовестную информацию об оказываемых услугах, с другой — нарушает законные интересы и права хозяйствующих субъектов-конкурентов — на добросовестную конкуренцию»¹¹⁹.

Особое внимание необходимо обратить на запрещенные пунктом 5 статьи 29 Закона о рекламе обещание выплаты дивидендов и прогноз курсовой стоимости могут быть отнесены к информации о перспективе развития бизнеса эмитента, в получении которой заинтересован каждый инвестор. Однако в данном случае запрещены только прямые ссылки на количественные показатели результатов будущей деятельности эмитентов. Таким образом, можно сделать вывод, что указание на то, какие именно действия приведут к увеличению прибыли или к росту курсовой стоимости, вполне допустимо¹²⁰.

В отличие от российского законодательства в законодательстве США в соответствии с The Private Securities Litigation Reform Act of 1995 предусмотрена так называемая «безопасная гавань» для эмитентов. Положения о «безопасной гавани» предполагают право эмитента делать заявления, содержащие как качественные, так и количественные показатели результатов будущей деятельности. В связи с тем, что такие заявления носят исключительно субъективный характер, эмитент вправе рассчитывать на освобождение от ответственности с соблюдением определенных условий в том случае, если его прогнозы не оправдаются¹²¹. Roussel R.G. в своей работе «Securities fraud or mere puffery:

¹¹⁸ См. там же.

¹¹⁹ Пунанова У. Финансовая реклама: вопросы правоприменения // Конкуренция и право. 2013. № 1. С. 11–18 (СПС Консультант Плюс).

¹²⁰ См. Дедова М.Д. Раскрытие информации и реклама ценных бумаг: различия правового регулирования в России и США // Предпринимательское право. 2012. № 3. С. 44–48 (СПС Консультант Плюс).

¹²¹ См. там же.

refinement of the Corporate Puffery Doctrine» указывает, что в таких ситуациях судам необходимо оценивать степень расплывчатости и неопределенности содержания таких заявлений. Если заявление не обладает конкретным содержанием, его необходимо оценивать в контексте всей доступной информации. Если суд придет к выводу, что, несмотря на свою неопределенность, такое заявление повлияло на курсовую стоимость ценных бумаг, он рассмотрит по существу иск инвесторов о возмещении ущерба в целях выяснения в каком контексте были оценены прогнозные заявления и имеющаяся информация¹²².

Несмотря на отсутствие такой «безопасной гавани» в российском законодательстве, как уже было указано, в рекламе ценных бумаг может содержаться указание на перспективу развития бизнеса эмитента. Более того, несмотря на достаточное количество ограничений, содержащихся в законе, именно реклама позволяет эмитенту в более свободной и благоприятной форме предложить свои ценные бумаги потенциальным инвесторам.

¹²² См. там же.

Айс Лиджанова

*Аспирант кафедры предпринимательского права
юридического факультета МГУ имени М.В.Ломоносова*

**Трансграничная несостоятельность (банкротство):
проблемы правового регулирования**

В настоящее время динамичное развитие экономических отношений, обусловленное глобализацией социально-экономических процессов, приводит к необходимости для множества компаний не ограничиваться территорией одного государства и выходить на международные рынки, становясь при этом полноценными участниками процесса интернационализации бизнеса.

Активно развивая внешнеэкономические связи, компании вступают в правоотношения с контрагентами со всего мира, приобретают за рубежом имущество, меняют собственную структуру владения, открывают представительства на территории различных государств, подчиняя себя тем самым действию различных правопорядков.

Между тем, с учетом того, что основополагающей характеристикой предпринимательской деятельности является ее рисковый характер, даже крупные компании с многомиллионным оборотом не застрахованы от банкротства.

В связи с этим можно отметить масштабное нашумевшее банкротство банка Lehman Brothers, в рамках банкротства которого было возбуждено 75 производств в 16 юрисдикциях¹²³.

В чем заключается основная проблема несостоятельности (банкротства)¹²⁴ таких компаний?

¹²³ Практическое руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам сотрудничества в делах о трансграничной несостоятельности. Нью-Йорк, 2010. С. 34, 134, 135 // www.uncitral.org/pdf/russian/texts/insolven/Practice_Guide_Ebook_russian.pdf.

¹²⁴ В настоящей работе термины «несостоятельность» и «банкротство», а также «трансграничная несостоятельность» и «трансграничное банкротство» будут рассматриваться в качестве имеющих синонимичное значение. См., напр.: *Васильев Е.А., Комаров А.С.* Гражданское и торговое право зарубежных государств. М., 2008. С. 398; *Телюкина М.В.* Соотношение понятий «несостоятельность» и «банкротство» в дореволюционном и современном праве // *Юрист.* 1997. № 12. С. 42; *Шершеневич Г.Ф.* Курс торгового права. Казань, 1912. С. 580; *Щенникова Л.* Банкротство в гражданском праве России:

Как правило, банкротство трансграничных компаний связано с правопорядками сразу нескольких стран, законодательство о банкротстве которых порой существенно отличается. Более того, в разных государствах может возбуждаться несколько параллельных производств по делу о несостоятельности одного и того же лица.

Все это требует разрешения большого количества вопросов, связанных с определением применимого материального и процессуального права к данным правоотношениям, с координацией производств, возбужденных в различных юрисдикциях, с признанием возбужденного производства по делу о несостоятельности на территории других государств, с исполнением судебных решений и иных актов, выносимых по делу о несостоятельности, на территории иностранных государств.

В последние годы проблема правового регулирования трансграничной несостоятельности становится крайне актуальной также и для российских компаний. Многие крупные российские компании имеют сложные корпоративные структуры, значительная часть которых расположена за пределами Российской Федерации (в частности, можно отметить банкротства группы JFC, OMG, Mirax).

Между тем, в настоящее время российское законодательство фактически не содержит какого-либо правового регулирования трансграничной несостоятельности. Более того, проблематика трансграничной несостоятельности недостаточно разработана в российской науке¹²⁵.

Обратимся к опыту западных коллег. На данный момент мировая научная литература выработала несколько подходов к пониманию трансграничной несостоятельности.

Первый («материальный») подход связывает возникновение отношений трансграничной несостоятельности с банкротством специального субъекта — транснациональной компании (ТНК)¹²⁶.

традиции и перспективы // *Российская юстиция.* 1998. № 10. С. 39.

¹²⁵ В России исследования, посвященные проблемам трансграничной несостоятельности, впервые начали появляться буквально несколько лет назад. См., например, диссертационные исследования Н.В.Калининой, В.В.Кулешова, Т.П.Мельник, Е.В.Моховой, А.А.Рягузова, Л.Ю.Собиной, А.А.Хргиана. В то же время в таких странах, как США, Англия, Франция, Германия, проблемы трансграничной несостоятельности довольно успешно разрабатываются не первое десятилетие. В связи с этим хотелось бы отметить работы Ф. Вуда, Дж. Вестбрука, Д. Дойча и А. Хаммера, Л.М.ЛоПаки, Д. МакКензи, Я. Флетчера и др.

¹²⁶ *Wood P.* Principles of International Insolvency. L., 2007. P. 619; *Buxbaum H.L.* Rethinking

Действительно, на первый взгляд может показаться, что трансграничная несостоятельность в принципе исчерпывается лишь случаями банкротства ТНК. Однако это не так. Физические лица, имеющие активы и кредиторов в различных юрисдикциях также могут выступать субъектами правоотношений, возникающих при трансграничной несостоятельности. В связи с этим данный подход подвергается обоснованной критике. Таким образом, банкротство с участием ТНК является лишь частным случаем трансграничной несостоятельности.

Второй («процессуальный») подход отождествляет понятие трансграничной несостоятельности с понятием «трансграничное производство». Однако сторонники данного подхода упускают тот факт, что возбуждение производств в рамках дел о банкротстве не всегда обязательно: достаточным является признание судебного акта другого государства. К тому же, один лишь факт наличия или отсутствия производства по делу о трансграничной несостоятельности не позволяет разобраться в сущности данных правоотношений, имеющих крайне сложную природу.

Третий («коллизийный») подход поддерживается большинством исследователей и указывает в качестве обязательного признака отношений, возникающих при трансграничной несостоятельности, наличие того или иного иностранного элемента¹²⁷.

Так, известные американские исследователи в сфере трансграничной несостоятельности Дуглас Дойч и Аарон Хаммер полагают, что иностранный элемент в отношениях, связанных с трансграничной несостоятельностью, может присутствовать в трех вариантах — «должник, кредиторы, активы должника»¹²⁸.

International Insolvency: The Neglected Role of Choice-of-Law Rules and Theory // Stanford Journal of International Law. 2000. Vol. 36:23. P. 23; *Tung F.* Is International Bankruptcy Possible? // Michigan Journal of International Law. 2001. Vol. 23:1. P. 2; *Хайрюзов В.В.* Некоторые проблемы правового регулирования трансграничной несостоятельности (банкротства) // Право и политика. 2006. № 7. С. 75.

¹²⁷ *Bebchuk L.A., Guzman A.T.* An Economic Analysis of Transnational Bankruptcies // NBER Working Paper 6521. April 1998. P. 4; *Verougstraete I.* Manuel de la Faillite et du Concordat // Kluwer Editions Juridiques Belges. 1998. P. 617; *Toremans P.* Cross-Border Insolvencies in EU, English and Belgian Law // Kluwer Law International. 2001. P. 3; *Рягузов А.А.* Трансграничная несостоятельность — институт международного частного права // Международное публичное и частное право. 2007. № 4. С. 2–4.

¹²⁸ *Doetsch D.A., Hammer A.L.* Observation on Cross-Border Insolvencies and Their Resolution in the NAFTA Region: Where Are We Now? // United States — Mexico Law Journal. Spring

Российское законодательство развивается именно в этом направлении. Статья 29 Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» определяет трансграничную несостоятельность как «несостоятельность (банкротство), осложненную иностранным элементом».

Комиссия ООН по праву международной торговли при разработке Типового закона о трансграничной несостоятельности 1997 года отнесла к случаям трансграничной несостоятельности «дела, когда несостоятельный должник имеет активы в нескольких государствах или когда в числе кредиторов должника имеются кредиторы из другого государства, чем то, в котором осуществляется производство по делу о несостоятельности»¹²⁹.

В результате многочисленных дискуссий в настоящее время сложился комплексный подход к пониманию трансграничной несостоятельности как к совокупности правоотношений, возникающих в связи с несостоятельностью, осложненной иностранным элементом, в том числе:

- 1) наличием иностранных кредиторов и должника;
- 2) наличием иностранных участников (учредителей) должника;
- 3) нахождением имущества должника в разных юрисдикциях;
- 4) возбуждением в отношении одного должника производств

по делу о несостоятельности в двух и более государствах¹³⁰.

Вопрос о правовом регулировании трансграничной несостоятельности породил не меньшее количество обсуждений. В настоящее время признано выделять две основные модели правового регулирования трансграничной несостоятельности: «универсализм» и «территориализм».

Каждая из моделей правового регулирования отношений, связанных с трансграничной несостоятельностью, основывается на различных подходах к вопросам компетентного суда, применимого права,

2002 (доступно на сайте: www.mayerbrouwnrowe.com).

¹²⁹ Руководство по принятию Типового закона о трансграничной несостоятельности. С. 21 (доступно на сайте www.uncitral.org).

¹³⁰ *Westbrook J.L., Booth C.D., Paulus C.G., Rajak H.* A Global View of Business Insolvency Systems. Washington DC. 2010. P. 239; *Собина Л.Ю.* Признание иностранных банкротств в международном частном праве. Изд. Статут. 2012. С. 94.

экстерриториальности судебных актов по делам о трансграничной несостоятельности (банкротстве)¹³¹.

«Территориализм» предполагает параллельное рассмотрение в нескольких государствах независимых производств¹³². Данная модель характеризуется следующими особенностями:

- открытие в отношении одного лица в разных государствах параллельных процедур банкротства;
- процедуры несостоятельности регулируются внутренним правом (*lex fori concursus*¹³³);
- в конкурсную массу включается лишь имущество должника, находящееся на территории этого государства;
- отсутствует координация с иностранными производствами.

Данная модель фактически приводит к неравенству статуса кредиторов, обуславливает их «гонку»¹³⁴ и делает невозможным финансовое оздоровление или продажу всего трансграничного бизнеса компании как единого целого¹³⁵.

Между тем, каждое государство в отдельности, разумеется, стремится установить именно режим территориальности¹³⁶.

¹³¹ *Мохова Е. В.* Обеспечение «изначальной предсказуемости» при определении «базовой страны должника» в случаях трансграничной несостоятельности юридических лиц // Северокавказский юридический вестник. 2007. №2. С. 33; *Рягузов А. А.* Методы регулирования трансграничной несостоятельности // Международное публичное и частное право. 2007. №3 (36). С. 2.

¹³² Принцип территориализма также называют принципом множественности производств (*principle of plurality*). Зарубежные исследователи удостоили его названия *grab rule* («правило захвата», «правило присвоения») из-за стремления каждого государства «захватить» местные активы должника с целью протекции собственных кредиторов.

¹³³ *Lex fori concursus* — коллизионная привязка, по которой правом, применимым в рамках отношений трансграничной несостоятельности, является право государства суда, возбудившего производство по делу о несостоятельности.

¹³⁴ «Гонкой кредиторов» называется ситуация, когда в условиях нахождения активов должника в различных государствах кредитор стремится удовлетворить свои требования в полном объеме путем возбуждения производств в юрисдикциях с наибольшим количеством имущества должника.

¹³⁵ Среди недостатков исследователи также отмечают отсутствие скоординированных действий управляющих и ликвидаторов параллельных производств, излишнее расходование средств кредиторов и должника на судебные процессы и доступ к ним.

¹³⁶ *Bebchuk L.A., Guzman A. T.* An Economic Analysis of Transnational Bankruptcies // NBER Working Paper 6521. April 1998. P. 4.

Однако наличие столь существенных недостатков и отсутствие эффективных механизмов защиты участников оборота в конечном счете привели к поиску новой модели¹³⁷. Именно в качестве альтернативной и более гибкой модели появился универсализм¹³⁸.

Модель «универсализма» основывается на двух основных принципах¹³⁹:

- принцип универсальности процедуры, согласно которому в процедуру банкротства включается все имущество должника (как на территории государства, возбудившего эту процедуру, так и находящееся за рубежом), а судебные акты по делу о банкротстве приобретают экстерриториальный характер;
- принцип единства производства по делу о банкротстве, который предполагает, что дело о банкротстве в отношении всего имущества и всех кредиторов рассматривается только одним судом.

Модель универсализма позволяет обеспечить применение единых правил производства, соблюдение принципа равенства кредиторов, предсказуемость применимого права для кредиторов, а также рассмотрения дела в отношении компании должника «в целом».

Между тем реализация данной модели в настоящее время крайне затруднительна, поскольку требует унификации законодательства о трансграничной несостоятельности всех государств, что в настоящее время вряд ли возможно.

В результате этого чистая модель универсализма, как и чистая модель территориализма, оказалась неудовлетворительной. Исследователи занялись разработкой так называемых модифицированных моделей правового регулирования трансграничной несостоятельности.

На данный момент выделяют две модифицированные модели правового регулирования трансграничной несостоятельности:

¹³⁷ *Westbrook J. L.* Choice of Avoidance Law in Global Insolvencies // Brooklyn Journal of International Law. 1991. № 17. P. 499, 516.

¹³⁸ Ф. К. Савиньи уже в XIX столетии отстаивал идеи универсализма в восьмом томе своего трактата о римском праве. К этому же времени относится и работа итальянского юриста Дж. Карле, опубликовавшего в конце XIX в. свой труд «Несостоятельность по международному частному праву». Сторонниками данной модели регулирования являются профессора П. Л. Торреманс, Дж. Вестбрук, А. Гузман, Л. Бебчук и др.

¹³⁹ *Verougstraete I.* Manuel de la Faillite et du Concordat // Kluwer Editions Juridiques Beligues. 1998. P. 617; *Toremans P.* Cross-Border Insolvencies in EU, English and Belgian Law // Kluwer Law International. 2001. P. 3.

«территориализм, основанный на сотрудничестве», и «модифицированный универсализм»¹⁴⁰.

Первый подход предполагает, что каждое государство распространяет свою юрисдикцию и применяет собственное право по отношению к активам должника, расположенным только на территории этого конкретного государства. Производства могут проходить в любом государстве, где находятся активы должника, однако данная модель предполагает сотрудничество по делам о банкротстве. Сотрудничество достигается посредством взаимодействия агентов, назначенных судом каждого из таких государств, для совместного распоряжения активами должника¹⁴¹. Взаимодействие агентов выражается в оформлении *ad hoc protocols* или «мини-договоров». Эти соглашения в основном регулируют процесс распределения активов должника.

Практика оформления протоколов часто применяется при трансграничных банкротствах американских и канадских компаний. В деле *Maxwell Communication Corporation* взаимодействие производств, открытых одновременно в США и Великобритании, осуществлялось на основе протокола, подготовленного арбитражными управляющими, назначенными в одном государстве и признанными в другом.

Другим подходом является модель «модифицированного универсализма»¹⁴². Данная модель предполагает возможность открытия территориальных (дополнительных, вторичных) производств по делу о несостоятельности в разных государствах. Она может быть реализована только с помощью международно-правовых документов (как обязательного, так и рекомендательного характера)¹⁴³. Между тем, создание подобной модели является значительно более простым, чем использование модели чистого «универсализма». В настоящее время наиболее последовательно данная модель реализуется в рамках ЕС¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Мохова Е. В. Указ. соч. С. 35.

¹⁴¹ *LoPucki L. M. The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy // Michigan Law Review. 2000. Vol. 98. P. 742.*

¹⁴² Термин «модифицированный универсализм» используется в работах Дж. Вестбрука. См. *Westbrook J. L. A Global Solution to Multinational Default // Michigan Law Review. 2000. Vol. 98. P. 2278.*

¹⁴³ На сегодняшний день такая модель реализована в договорах Монтевидео 1889 и 1940 гг., в Кодексе Бустаманте, а также в ряде двусторонних договоров.

¹⁴⁴ Council Regulation (EC) of 29.05.2000 № 1346/2000 «On insolvency proceedings».

Ключевой проблемой для трансграничной несостоятельности является *проблема применимого права*. Проблема применимого права состоит из двух категорий вопросов: вопросы применения материального права и вопросы применения процессуального права.

В части определения материального права в настоящее время отсутствует какой-либо единый подход. Напротив, в части вопросов применения процессуального права доминирующим является подход, согласно которому применяется право того государства, судебное учреждение которого рассматривает дело («*lex fori*»).

Вопросы определения применимого права затрагивают вопросы определения оснований возбуждения дела, процедуры банкротства, круг возможных должников, состав конкурсной массы, режим имущества должника, полномочия арбитражного управляющего, порядок предъявления требований кредиторов, порядок распределения имущества должника, порядок оспаривания сделок и др.

В рамках модели «территориализма» процедура рассмотрения дела полностью регулируется правом суда («*lex fori*»). Соответственно, во многих государствах в отсутствие международных договоров именно данный подход является доминирующим.

Напротив, в рамках модели «универсализма» в различных ее модификациях применимое право определяется с помощью концепций «центра основных интересов» и «места ведения основной деятельности» должника, а производство процедур трансграничной несостоятельности осуществляется в соответствии с внутренним законодательством государства, на территории которого ведется соответствующее производство.

Между тем данные подходы не исключают применение к некоторым вопросам, которые прямо не связаны с законодательством о несостоятельности, права иного государства (например, для определения применимого права при зачете, при возникновении вещных прав и т.п.).

Однако во многих случаях указанные «побочные» вопросы существенным образом корректируются специальными положениями о несостоятельности, что создает значительные трудности для участников оборота.

Так, например, в одних государствах зачет при банкротстве допускается, тогда как в других зачет запрещен. Аналогичным образом существуют разные подходы к вопросу удержания правового титула. Особую проблему представляют различные способы обеспечения.

Применительно ко всем указанным вопросам возникают риски выбора наиболее удобного форума для проведения процедур банкротства, что может существенно нарушить права лиц, участвующих в деле о банкротстве.

При этом следует проводить четкое различие в том, как понимается *lex fori*, в зависимости от того, какой принцип положен в основу регулирования в той или иной стране. Так, если данное государство разделяет принцип «универсальности», то существует только один закон суда, т.е. право того государства, в котором открывается производство по делу о несостоятельности. В противоположность этому страны, придерживающиеся принципа «территориальности», должны быть готовы к применению множества законов суда, поскольку в каждой стране, где имеются имущество и активы юридического лица, должны быть открыты отдельные процедуры в связи с несостоятельностью должника. В результате не исключена ситуация, когда удовлетворение одного требования будет подчиняться нескольким правовым порядкам.

Однако, поскольку ни одно из государств не применяет принципы универсальности или территориальности в их безусловном виде, решение вопросов о применимом к процедурам праве иногда превращается в обстоятельство, делающее производство по делу о несостоятельности более длительным, что, в свою очередь, сказывается на эффективности всех процедур.

В мировой практике выработался общепризнанный подход к коллизионной привязке в данной области — применимое право следует праву государства места возбуждения производства (*lex fori concursus*). Это позволяет обеспечить единство процессуального и материального права при регулировании трансграничной несостоятельности, что видится совершенно обоснованным в силу природы подобных правоотношений. Невозможно применение в деле о банкротстве процессуального права одной страны и материального банкротного законодательства другой страны. Действующие нормативные модели содержат указание на *lex fori concursus* с определением пределов действия статута несостоятельности (тех вопросов, применимое право к которым определяется на основе данной коллизионной привязки).

Зарубежный и международный опыт регулирования трансграничной несостоятельности также предполагает разграничение действия договорного статута и статута несостоятельности. Регламент ЕС

не предусматривает переключения права, применимого к договору, на право, применимое в случае несостоятельности должника.

В силу повсеместно принятой коллизионной нормы *lex fori concursus* в трансграничных банкротствах применимое право следует суду, значит, можно сказать, что международная подсудность определяет все и становится ключевым вопросом.

Именно по этой причине в рамках развития и унификации международных норм, регулирующих трансграничную несостоятельность, вопрос о международной подсудности является основным. Так, данный вопрос подробно пытаются урегулировать в Регламенте ЕС, предусматривая необходимости обращения в суд по месту нахождения центра основных интересов. И даже в рамках ЕС реализация данных идей оказалась под вопросом, поскольку многие государственные суды воспользовались неопределенностью понятия «центр основных интересов» и начали принимать к рассмотрению дела, которые имеют к данным государствам опосредованное отношение (например, суды Великобритании).

Между тем для большинства государств за пределами ЕС вопросы определения международной подсудности регулируются исключительно национальным правом, которое в большинстве случаев не учитывает особенности трансграничного банкротства.

Данные обстоятельства также в свою очередь создают значительные трудности для участников оборота.

Подводя итог вышесказанному, отметим, что отношения, возникающие в сфере трансграничной несостоятельности, имеют крайне сложную правовую природу и сопряжены с возникновением множества спорных вопросов, упирающихся в столкновение различных правовых порядков, разрешать которые необходимо путем взаимодействия для обеспечения максимального соблюдения интересов как кредиторов, так и должника.

Владимир Мартынов

Выпускник юридического факультета
МГУ имени М.В.Ломоносова

Практика разрешения доменных споров с участием отечественных корпораций в рамках UDRP

Развитие законодательства всегда было связано с технологическим прогрессом и новыми общественными отношениями. С интенсивным развитием цифровых технологий участилось нарушение баланса между правами и интересами участников гражданского оборота и общества в целом¹⁴⁵. Такой дисбаланс возникает и в сети Интернет.

Число пользователей современной сети Интернет превышает 2 миллиарда человек. В России, к концу 2014 г. ожидается, что численность интернет-пользователей составит около 80 млн. человек или 71 % населения страны старше 18 лет¹⁴⁶.

Доменные имена (например, www.msu.ru) являются неотъемлемой и очень важной частью общего механизма функционирования сети Интернет, осуществляя не только обеспечение адресации запросов в сети, но и позволяя индивидуализировать информационные ресурсы.

Доменное имя — уникальное символическое обозначение, разделенное точками, предназначенное для идентификации электронных ресурсов и компьютерных устройств в сети Интернет. Термины «доменное имя» и «домен» не являются синонимами. Домен и доменное имя соотносятся как часть и целое в рамках иерархии доменного имени. В этой связи, под доменом стоит понимать символическую часть иерархии доменного имени. Домен (например, ru, msu, www) не содержит точек-разделителей, а лишь находится между ними.

¹⁴⁵ Все топ-менеджеры «Газпрома» оказались владельцами доменных имен типа amiller.ru // ЗАО «Газета.Ру»: сайт. — URL: http://www.gazeta.ru/news/lastnews/2011/08/20/n_1974625.shtml.

¹⁴⁶ Все топ-менеджеры «Газпрома» оказались владельцами доменных имен типа amiller.ru // ЗАО «Газета.Ру»: сайт. — URL: http://www.gazeta.ru/news/lastnews/2011/08/20/n_1974625.shtml.

Доменный спор — спор между администратором и правообладателем, чьи права были нарушены в связи с регистрацией и/или использованием доменного имени.

Доменные имена стали ценным активом, имеющим высокую коммерческую ценность, и предметом повседневной необходимости для большинства корпораций. Доменные имена являются важной составляющей имиджа корпорации в сети Интернет, именно поэтому крупнейшие российские корпорации, такие как ОАО «Газпром», ОАО «Нефтяная компания «ЛУКОЙЛ»», ОАО «Нефтяная компания «Роснефть»», ОАО «Сургутнефтегаз» регистрируют не только доменные имена, соответствующие средствам индивидуализации, но и доменные имена, соответствующие фамилиям топ менеджеров¹⁴⁷. На начало 2013 г. общее число доменных имен в мире составило 246 миллионов, а их число в двух национальных доменах России приблизилось к 5 млн¹⁴⁸.

Количество доменных споров пропорционально растёт. При использовании в домене без разрешения правообладателя средств индивидуализации юридических лиц, и корпораций в частности, становится понятно, что правообладатель как минимум лишен возможности развивать свою деятельность в интернет-пространстве и всемирной паутине.

Учитывая общемировой рост количества доменных споров в 1999 г. Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) приняла Единообразную политику разрешения доменных споров, которая успешно применяется рядом арбитражных органов для внесудебного разрешения указанных споров. Среди таких органов можно выделить Центр ВОИС по арбитражу и посредничеству (Швейцария), Национальный арбитражный форум (США), Азиатский центр по разрешению доменных споров (Китай), Арбитражный центр по интернет спорам при чешском арбитражном суде (Чехия)¹⁴⁹. В конце февраля 2014 г. приступил к работе Арабский центр по разрешению доменных споров (Иордания)¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Все топ-менеджеры «Газпрома» оказались владельцами доменных имен типа amiller.ru // ЗАО «Газета.Ру»: сайт. — URL: http://www.gazeta.ru/news/lastnews/2011/08/20/n_1974625.shtml.

¹⁴⁸ Серго А.Г. Указ соч. С. 7–8.

¹⁴⁹ List of Approved Dispute Resolution Service Providers // Internet Corporation for Assigned Names and Numbers: сайт. — URL: <http://www.icann.org/en/help/dndr/udrp/providers>.

¹⁵⁰ The Arab Center for Domain Name Dispute Resolution (ACDR) // Internet Corporation for

Для ряда доменов верхнего уровня (например, .com) возможно внесудебное урегулирование споров в рамках Единообразной политики разрешения доменных споров (UDRP)¹⁵¹.

Стоит отметить, что не во всех странах возможен выбор органа урегулирования спора. Так, например, правила регистрации доменов немецкого координатора DENIC обязывают пользователей урегулировать споры в немецких гражданских судах, а Великобританский координатор Nominet обязывает пользователей предварительно урегулировать споры, касающиеся доменного имени, в специально созданном при координаторе центре по разрешению споров (dispute resolution service)¹⁵².

Но, к примеру, в США возможен выбор между подачей искового заявления в суд в рамках Закона «О защите потребителей от киберсквоттинга» (ACPA) или разрешение спора через UDRP. Последняя позволяет владельцам товарных знаков защитить свои права в рамках более ускоренной и менее затратной административной процедуры, нежели судебное разбирательство. Решения по доменным спорам в рамках UDRP преимущественно выносятся в пользу истцов, поскольку арбитрами чаще всего выступают юристы по товарным знакам¹⁵³.

Что касается UDRP, то политика предусматривает следующую совокупность оснований для рассмотрения доменного спора:

- Доменное имя ответчика идентично или способно вызвать смешение с товарным знаком или знаком обслуживания истца;
- У ответчика нет права или законного интереса в отношении доменного имени;
- Доменное имя было зарегистрировано и использовалось недобросовестно¹⁵⁴.

Assigned Names and Numbers: сайт. — URL: <http://www.icann.org/en/help/dndr/udrp/providers>.

¹⁵¹ WIPO Arbitration and Mediation Center // World Intellectual Property Organization [сайт]. — URL: <http://www.wipo.int/amc/en/index.html>.

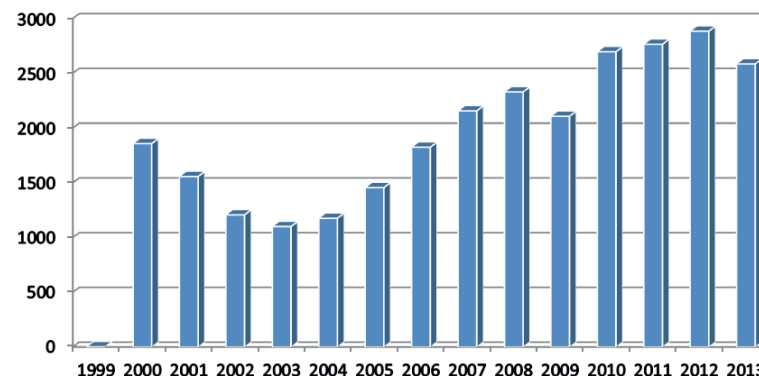
¹⁵² Dispute Resolution Service Overview // Nominet [сайт]. — URL: <http://www.nominet.org.uk/disputes/drs/>.

¹⁵³ Gilson Jerome. On Trademarks, Trademark Cyberpiracy and Cybersquatting. Matthew Bender & Co. 2009

¹⁵⁴ Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy. // Internet Corporation for Assigned Names and Numbers [сайт]. — URL: <http://www.icann.org/en/help/dndr/udrp/policy>.

Рисунок 1

Количество дел по доменным спорам в Центр ВОИС по арбитражу и посредничеству с 1999 г. по 2013 г. (в абсолютных цифрах)



Центр по арбитражу и посредничеству ВОИС активно разрешает споры с декабря 1999 г. За это время Центром было рассмотрено более 20 тысяч доменных споров¹⁵⁵. Приведенный график (Рисунок 1) показывает динамику подачи заявлений в Центр ВОИС по арбитражу и посредничеству с декабря 1999 г. по декабрь 2013 г. включительно.

По состоянию на 2011 г. 91% из всех рассмотренных дел о доменных спорах в Центре ВОИС по арбитражу и посредничеству были решены в пользу истцов¹⁵⁶. В таблице (Таблица 1) отражено процентное соотношение дел, рассмотренных в Центре по арбитражу и посредничеству ВОИС со сферой деятельности истца.

¹⁵⁵ The Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy and WIPO // ICANN. — URL: <http://wipo.int/export/sites/www/amc/en/docs/wipointaudrp.pdf>.

¹⁵⁶ Cybersquatting Hits Record Level, WIPO Center Rolls out New Services // WIPO. — URL: http://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2011/article_0010.html.

Таблица 1

Процентное соотношение дел, рассмотренных в Центре ВОИС по арбитражу и посредничеству со сферой деятельности истца по состоянию на 9 марта 2014 г.¹⁵⁷

Сфера деятельности истца	% от общего числа дел
1	2
Торговля	12.21%
Банковское дело и финансы	9.25%
Другая	8.82%
Биотехнологии и фармацевтика	8.65%
Мода	8.65%
Интернет и информационные технологии	7.81%
Еда, напитки и ресторанный бизнес	5.95%
Развлечения	5.04%
СМИ и издательства	4.70%
Отели и путешествия	4.66%
Электроника	4.24%
Тяжелая промышленность и машиностроение	4.17%
Автомобили	3.95%
Телекоммуникации	3.36%
Транспортные услуги	2.95%
Спорт	1.89%
Предметы роскоши	1.88%
Страхование	1.82%

¹⁵⁷ Areas of Complainant Activity // World Intellectual Property Organization. — URL: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/statistics/legalindex.jsp>.

Важно отметить, что ни один из национальных российских доменов (.ru, .рф) не является объектом регулирования политики UDRP¹⁵⁸. Таким образом, разрешение споров о регистрации или использовании доменного имени осуществляется преимущественно на основании российского законодательства и договором об оказании услуг регистрации доменных имен заключаемым между пользователем и регистратором доменного имени (договор основывается на терминах и правилах, установленных координатором доменного имени верхнего уровня, которые не противоречат договору, заключенному между координатором и ICANN).

Несмотря на то, что UDRP не регулирует доменные споры, касающиеся российских национальных доменных имен, практически ежегодно российские корпорации выступают истцами и ответчиками в делах, рассматриваемых Центром ВОИС по арбитражу и посредничеству (Рисунок 2 и Рисунок 3). Данные доменные споры затрагивают доменные имена, подпадающие по регулирование UDRP. Интересно отметить, что количество ответчиков из Российской Федерации в несколько раз превышает количество истцов. Более того, Российская Федерация занимает 12 место из 168 среди стран по числу ответчиков за весь период действия UDRP¹⁵⁹.

Одним из первых и наиболее значимых для отечественных корпораций доменных споров, разрешенных в рамках UDRP, является спор о доменном имени *denso.com*¹⁶⁰.

При рассмотрении указанного спора, была доказана недобросовестность регистрации и использования доменного имени, а также приоритет товарного значка заявителя, перед товарным знаком ответчика.

Данный доменный спор был позже рассмотрен Президиумом ВАС РФ в 2008 г. Это первый спор о доменном имени в не национальных доменных зонах России, который был разрешен Президиумом ВАС РФ¹⁶¹.

¹⁵⁸ Domain Name Dispute Resolution Service for country code top level domains (ccTLDs) // WIPO (ВОИС). URL: <http://wipo.int/amc/en/domains/ccTld/index.html>.

¹⁵⁹ Respondent Country Filing (Ranking) // WIPO. URL: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/statistics/countries.jsp?party=R>.

¹⁶⁰ Решение Административной группы Центра ВОИС по арбитражу и посредничеству по делу № D2003-0482 // WIPO. — URL: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2003/d2003-0482.html>.

¹⁶¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 11 ноября 2008 г. № 5560/08 по делу № А56-46111/2003 // СПС Консультант Плюс: сайт. — URL: <http://base.consultant.ru/>.

Рисунок 2

Количество истцов из Российской Федерации в доменных спорах, рассмотренных в Центре ВОИС по арбитражу и посредничеству (в абсолютных цифрах)

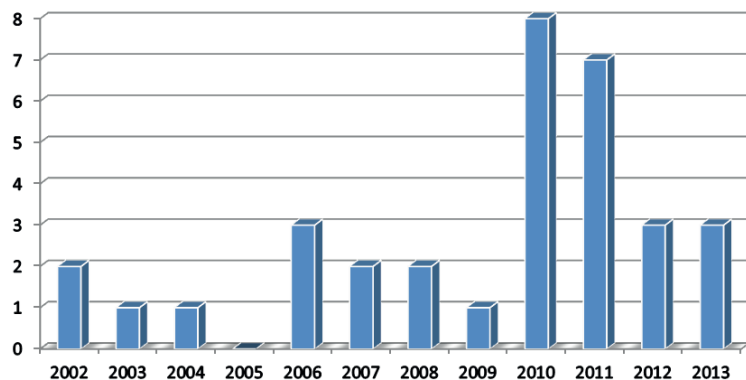
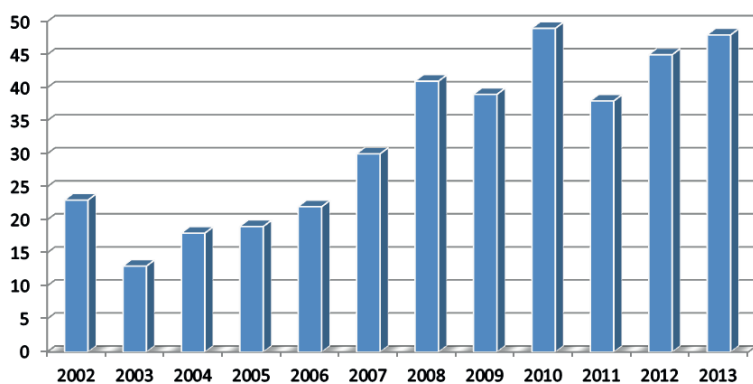


Рисунок 3

Количество ответчиков из Российской Федерации в доменных спорах, рассмотренных в Центре ВОИС по арбитражу и посредничеству (в абсолютных цифрах)



Президиумом ВАС РФ заключил, что для установления содержания честных обычаев при регистрации доменных имен в зоне .com могут использоваться положения Единообразной политики по разрешению споров в связи с доменными именами ICANN и Правила по единообразной политике разрешения споров в связи с доменными именами ICANN¹⁶². Данные положения и правила применяются на основе типового соглашения о регистрации любого доменного имени в зоне .com. На их применение общество «ДенСо» согласилось при регистрации своего доменного имени.

Президиум посчитал, что общество «ДенСо» знало или не могло не знать о существовании правообладателя товарного знака denso — японской компании «Denso Corporation»; у общества не было реального намерения самому использовать спорное обозначение в коммерческом обороте, регистрация товарного знака со сходным словесным обозначением преследовала цель избежать аннулирования регистрации доменного имени в соответствии с Единообразной политикой по разрешению споров в связи с доменными именами ICANN. При таких обстоятельствах требование общества «ДенСо» не подлежало удовлетворению.

Наряду со спором касательно доменного имени denso.com, в Центре ВОИС по арбитражу и посредничеству были разрешены, среди прочих, следующие доменные споры с участием российских корпораций:

- lactacyd.com (ответчик: ООО «Евроконтроль» 2008 г.¹⁶³)
- russianstandardbank.com (истец: ЗАО «Банк Русский Стандарт» 2009 г.¹⁶⁴)
- navitel.com (истец: ЗАО «Центр Навигационных Технологий» 2010 г.¹⁶⁵)

¹⁶² Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy // Internet Corporation For Assigned Names and Numbers: сайт. — URL: <http://www.icann.org/en/help/dndr/udrp/rules>.

¹⁶³ Решение Административной группы Центра ВОИС по арбитражу и посредничеству по делу № D2008-1048] // WIPO. — URL: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2008/d2008-1048.html>.

¹⁶⁴ Administrative panel Decision of WIPO Arbitration and Mediation Center Case No. D2009-0732 // WIPO. — URL: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2009/d2009-0732.html>.

¹⁶⁵ Administrative panel Decision of WIPO Arbitration and Mediation Center Case No. D2010-1224 // WIPO. — URL: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/text/2010/d2010-1224.html>.

- russian-standard.com, russian-standard.net, russianstandart.com и russianstandart.net (истец: ЗАО «Руст Инкорпорэйтэд» 2011 г.¹⁶⁶)
- aeroflot.xxx (истец: ОАО «Аэрофлот — российские авиалинии» 2012 г.¹⁶⁷)
- yandex.com (истец: Yandex Technologies Ltd, 2002 г.¹⁶⁸)
- kommersant.com (истец: ЗАО «Коммерсантъ. Издательский дом», 2002 г.¹⁶⁹)

В связи со стремительным ростом сети Интернет доменные имена стали ценным коммерческим активом. Доменные имена предоставляют корпорациям возможность закрепить свое присутствие в сети Интернет и привлечь к себе внимание Интернет-пользователей во всем мире. Получая большие выгоды от использования известных средств индивидуализации, корпорации для ведения своей деятельности стараются зарегистрировать доменные имена, идентичные принадлежащим им словесным средствам индивидуализации, либо включающие их в качестве составной части. Проблемы могут возникнуть в том случае, когда доменные имена, включающие средства индивидуализации, уже были зарегистрированы другими лицами, в том числе киберсквоттерами¹⁷⁰.

Для целей превенции доменных споров и обеспечения стабильности гражданского оборота корпорациям рекомендуется:

1. Регистрировать доменные имена на саму корпорацию (юридическое лицо), а не на сотрудников, контрагентов или третьих лиц;

¹⁶⁶ Administrative panel Decision of WIPO Arbitration and Mediation Center Case No. D2011-1104 // WIPO. — URL: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/word/2011/d2011-1104.doc>.

¹⁶⁷ Administrative panel Decision of WIPO Arbitration and Mediation Center Case No. D2012-1181 // WIPO. — URL: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/word/2012/d2012-1181.doc>.

¹⁶⁸ Administrative panel Decision of WIPO Arbitration and Mediation Center Case No. D2001-1486 // WIPO. — URL: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2001/d2001-1486.html>.

¹⁶⁹ Administrative panel Decision of WIPO Arbitration and Mediation Center Case No. D2002-0531 // WIPO. — URL: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2002/d2002-0531.html>.

¹⁷⁰ Рекомендации ICC по интеллектуальной собственности. // International Chamber of Commerce. — URL: http://www.iccwbo.org/Data/Documents/Intellectual-property/IP-Roadmap/IP-Roadmap-2012_Russian/.

2. При регистрации доменных имен использовать в качестве доменов второго и/или последующих уровней наименования, идентичные словесным средствам индивидуализации, права на которые принадлежат корпорации (включая словесные товарные знаки, полные или сокращенные фирменные наименования);

3. При отличии языка, используемого в доменном имени, а также при отсутствии словесного средства индивидуализации на соответствующем языке необходимо использовать максимально близкую транслитерацию, а не буквальный перевод;

4. Информация на идентифицируемом ресурсе, если она находится в открытом доступе, должна относиться к самой корпорации, её деятельности и/или соответствующим товарам, работам и услугам;

5. Договор возмездного оказания услуг (по регистрации доменного имени) должен быть долгосрочным и предусматривать возможность приоритетного права на продление услуги по делегированию доменного имени;

6. При намерении зарегистрировать новое доменное имя, отличное от словесных средств индивидуализации, права на которые уже принадлежат корпорации, необходимо подать документы на регистрацию соответствующего словесного товарного знака (знака обслуживания).

UDRP показала свою эффективность в разрешении многих доменных споров за более чем 14 лет. У разрешения спора в Центре ВОИС по арбитражу и посредничеству обнаруживается масса преимуществ: это и высокая квалификация арбитров, и оперативность, и обоснованность вынесенных решений. Во многом благодаря этому в последние годы идет планомерная работа по совершенствованию правил рассмотрения споров о принадлежности доменов, к 2015 г. не исключается возможность присоединение российских национальных доменов к процедуре UDRP, которая упростит и ускорит разрешение подобных споров.

Александр Молотников

*Доцент кафедры предпринимательского права
юридического факультета МГУ имени М.В.Ломоносова*

Роман Янковский

*Ассистент кафедры предпринимательского права
юридического факультета МГУ имени М.В.Ломоносова*

Конвертируемый заём и перспективы его имплементации в российскую правовую систему

Речь идёт о том, как сделать этот [инновационный] бизнес более эффективным, сформулированы конкретные предложения, касающиеся и опционных договоров, и конвертируемых займов, и так далее, и так далее, в том числе даже предложения по изменению некоторых статей и дополнениям в Гражданский кодекс, в другие законы... Мы всё это обобщим, и я прошу Правительство проработать все эти предложения, они конкретные и, на мой взгляд, весьма полезные.

*В.В.Путин,
стенограмма совещания Правительства 11 июня 2014 г.*

Инвестиции в инновации обладают особенностями, связанными с оценкой потенциала компании, распределением рисков, структурированием самих инвестиционных сделок. Яркий пример, на котором видна вся специфика венчурной сделки — сделка конвертируемого займа.

1. Место конвертируемого займа

В венчурной индустрии прибыльность нового предприятия — понятие весьма условное. Предприятие может долгое время вообще не приносить прибыли, поскольку все доходы, а также дополнительные инвестиции, направлены на рост компании и скорейший захват новых рынков. Зачастую компании показывают прибыль только после выхода на биржу (IPO).

Это совершенно не значит, что инвесторы в ходе роста компании не получают прибыль. Для них оптимальной стратегией на стадии роста является как можно более раннее финансирование стартапа: это позволяет получить максимальную долю в компании, когда стартапер больше всего нуждается в деньгах. При этом риски на ранних этапах также наибольшие. По сути, все развитие правовой и финансовой «инфраструктуры» венчурного бизнеса представляет собой поиск механизмов уменьшения высоких рисков.

На «среднем уровне» инвестирования (венчурные фонды) инвестиционные механизмы достаточно хорошо разработаны. Существуют и применяются способы снижения рисков как предпринимателя, так и инвестора: предварительные проверки технологий независимыми инспекторами, конкурсный отбор, менторство. Сама корпоративная структура венчурного фонда служит снижению рисков инвесторов. Все это позволяет инвесторам достигать 30% средней доходности по рынку, при том, что на окупаемость выходит одна компания из шести или даже меньше¹⁷¹.

Однако на самой ранней, «посевной» или «предпосевной» стадии инвестиционные сделки заключаются с гораздо большей опаской. В таком масштабе, когда требуется лишь несколько десятков тысяч долларов инвестиций, венчурные фонды не заинтересованы в сделке: ее скромный размер делает венчурный капитал чересчур дорогим. На помощь стартаперу готовы прийти бизнес-ангелы — сообщества независимых инвесторов (физических лиц). Однако одного наличия сообщества мало; требуются эффективные способы инвестирования в подобном масштабе.

Классический механизм инвестирования с выпуском акций здесь не подходит. Во-первых, он дорог и требует времени. Во-вторых, оценка акций на начальном этапе практически невозможна: слишком небольшой путь пройден от идеи до ее реализации. Использование залога также вряд ли возможно: имущества у компании на «посевном» этапе нет.

Существует один вариант, который сочетает в себе достоинства всех остальных. Это способ «дать в залог» акции компании без их выпуска (то есть залог пока не оформленной доли в компании под определенные средства). Это и есть «конвертируемый заем».

¹⁷¹ Дрейпер, У.Г. Стартапы: профессиональные игры Кремниевой долины. М., Эксмо, 2012.

2. Модель конвертируемого займа

Конвертируемый заем появился в англо-саксонской правовой системе. Суть его заключается в следующем: юридическое лицо берет кредит от инвестора или группы инвесторов. Обычным является срок в год-полтора. Юридически кредит оформляется соглашением о конвертируемом займе (convertible debt) или, реже, выпуском конвертируемых облигаций (convertible notes). Ставка займа (обычно невысокая, около 6% в год) выплачивается вместе с погашением самого займа. Заем часто ничем не обеспечен.

В чем же экономический смысл такой сделки? Цель инвестора — использование права конвертации, которое сулит инвестору высокую прибыль. Оно реализуется так: когда компания достигнет следующей стадии роста, она скорее всего проведет «серьезную» эмиссию акций. В этот момент наличие конвертируемого займа дает право займодавцу получить выплату акциями (чаще всего привилегированными). Таким образом, если компания будет показывать хорошие результаты, займодавец окажется с крупным пакетом акций растущей компании, что сулит ему значительную прибыль по сравнению с вложенными средствами.

Таким образом, если компания покажет быстрый рост, то займодавцу будет выплачена своего рода «премия» акциями, которая также погасит долг компании перед ним. Такой механизм позволяет стартапам находить деньги под сравнительно низкий процент: ведь риски займодавца окупаются возможностью хорошо заработать после первой эмиссии.

В случае, если компания не проведет эмиссию в условленный срок либо по иной причине конвертации не произойдет (например, займодавец не устроит условия выпущенных акций), долг сохранит денежную форму. Заемщик должен будет его вернуть вместе с процентами по ставке займа. При этом, в соответствии с нормами общего права, займодавцы являются должниками приоритетной очереди по сравнению, например, с акционерами компании. Следовательно, если должник не в состоянии вернуть долг, суд сможет передать собственность компании займодавцу в приоритетном порядке — если такая собственность еще останется на момент банкротства.

Важным параметром займа является механизм оценки коэффициента и способа конвертации. Наиболее распространенным способом является конвертация долга в акции по цене размещения с определенным

дисконтом (20–30%). Соответственно, после первой эмиссии займодавец сможет не только конвертировать свой заем в акции, но и получить прибыль в размере 20–30%. При этом стоимость одной акции определяется исходя из оценки компании (которая в любом случае будет проведена в рамках эмиссии).

При таком способе оценки возникает еще один риск: в случае, если компания будет оценена на первом раунде инвестиций сразу очень дорого, займодавец получит небольшое количество акций: на большее не хватит скромной суммы его займа. Таким образом, он может оказаться в невыгодном положении: если инвесторы намеренно переоценят компанию, например, в 12 миллионов долларов вместо трех, займодавец сможет конвертировать долг, скажем, не в 20% акций, а лишь в 5%. Для защиты от такого события применяется так называемый valuation cap (предел оценки): устанавливается некий предел, после которого размер конвертированной доли займодавца не меняется. В приведенном выше примере это может быть 6 млн долларов; тогда минимальная доля займодавца составит 10% и далее снижаться не будет, даже если компания будет оценена, например, в \$ 100 млн.

3. Экономические преимущества модели

Как мы уже отмечали, конвертируемый заем призван увеличить потенциальное вознаграждение инвестора, повысив таким образом доступность венчурного капитала для предпринимателей-стартаперов. При этом такая модель не требует дополнительных вложений со стороны стартапера в момент заключения сделки. Следовательно, конвертируемый заем мотивирует инвесторов финансировать высокорисковые стартапы и развивать их, чтобы заинтересовать венчурные фонды и других крупных инвесторов и провести эмиссию ценных бумаг.

В отличие от других способов инвестирования, конвертируемый заем — недорогой инструмент. Профессионалы оценивают стоимость оформления одной такой сделки в США в несколько тысяч долларов¹⁷², что очень мало по сравнению с крупными сделками венчурных фондов

¹⁷² Tom Taulli. How to Create the Next Facebook: Seeing Your Startup Through, from Idea to IPO. P. 60.

(где стоимость может составлять до 50 000 долларов и выше)¹⁷³. Почему так происходит?

1. Конвертируемый заем не предполагает эмиссии акций. Следовательно, не потребуются определять типы акций, регистрировать эмиссию и так далее.

2. Не проводится оценка компании: как и эмиссия, она фактически ложится на плечи инвесторов следующего раунда. Оценка также является дорогостоящей процедурой и ее отсутствие экономит деньги сторон.

3. В странах общего права эмиссия акций практически всегда означает заключение акционерного соглашения. В нем устанавливаются права преимущественной покупки (tag-along и drag-along), распределение мест инвесторов в совете директоров, нормы о защите акционеров от размывания долей. В случае с конвертируемым займом отсутствие соглашения сильно снижает расходы на юристов и, следовательно, стоимость сделки в целом.

Фактически конвертируемый заем стоит столько, сколько стоит заключение самого соглашения и издержки непосредственной транзакции. Никакие дополнительные процедуры при этом не оплачиваются. Это и предопределяет такую низкую стоимость конвертируемого займа.

Именно «перенос» расходов на следующие этапы инвестирования и на будущих инвесторов является причиной того, что на практике инвестиционные сделки (в том числе сделки конвертируемого займа), предшествующие первой эмиссии, часто называются «Серией 0» (Round 0), в противовес «Серии А» (далее В, С и т. д.), которая следует позже и предполагает эмиссию.

4. Правовые ограничения и специфика российского права

В силу ограничений отечественного права модель конвертируемого займа в России неприменима. Можно назвать ряд оснований для этого:

1. Залог невыпущенных акций может рассматриваться как разновидность залога не существующих на момент заключения договора вещей. Российское право с крайней неохотой допускает случаи,

¹⁷³ Weekly, David. An Introduction to Stock and Options.

в которых возможно заключение сделок с несуществующей вещью — пример тому судебная практика, связанная с ипотекой (квартиру в непостроенных домах).

2. Сделка конвертируемого займа может быть квалифицирована как условная, поскольку конвертация всецело зависит от воли сторон. Как известно, сделки с потестативным условием российское право по общему правилу (ст. 157 ГК РФ) не допускает.

3. Наибольшая сложность связана с отсутствием возможности «автоматического» принятия решения обществом при невыраженной воле последнего. Эмиссия ценных бумаг и их распределение по закрытой подписке является сложным правовым механизмом. Она требует волеизъявления общества, выражающегося в документах, подписанных акционерами, советом директоров, в ряде случаев — даже бухгалтером общества. Следовательно, при отсутствии волеизъявления общества займодавец своей волей не сможет конвертировать долг в определенное количество акций либо долей.

Определенным выходом из этого является предлагаемая отдельными экспертами концепция «волезамещающего решения суда»¹⁷⁴. В соответствии с ним решение суда сможет обладать силой волеизъявления общества и его органов. В частности, решением суда можно будет осуществлять выпуск ценных бумаг. Несмотря на всю фантастичность такой конструкции (с точки зрения российского права), пока нет другой возможности адаптировать целый ряд институтов английского права (в первую очередь связанных с акционерными соглашениями).

Отметим, что в российском праве существуют некоторые механизмы, обладающие признаками конвертируемого займа. Например, это оплата уставного капитала правами требования к обществу. Также можно вспомнить залог акций (долей в уставном капитале). Эти модели представляют собой ситуации, в которых обязательственные права могут «конвертироваться» в корпоративные (и наоборот). При этом перечисленные конструкции не являются конвертацией в изначальном смысле и малоприменимы для целей займа.

¹⁷⁴ Термин создан по аналогии с «substitute decision», поскольку более близких аналогов в российском праве нет.

5. Теоретически допустимые российским правом модели

Говоря о конвертируемом займе с участием заемщика-общества, мы имеем в виду возможность установления (договором либо акционерным соглашением) условий отчуждения акций следующего выпуска. При этом такой договор или соглашение могут не содержать:

- точного количества и стоимости отчуждаемых в будущем акций, поскольку доля займодавца будет зависеть от разных факторов, в том числе от будущей оценки компании;
- условий о сроках проведения следующего выпуска;
- типа отчуждаемых акций и так далее.

Следовательно, потенциально возможный по российскому праву механизм должен дать сторонам возможность оформить все возможные вопросы эмиссии. Также (и это самое важное!) займодавец должен иметь возможность принудить заемщика продать ему ценные бумаги даже при отсутствии воли последнего.

С точки зрения теории можно описать конвертируемый заем с точки зрения различных правовых моделей, найти в нем природу предварительного договора или же договора купли-продажи будущей вещи. Однако мы сразу перейдем к моделям, имеющим практический смысл с точки зрения имплементации конвертируемого займа в российское право.

1. Конвертируемый заем может быть включен в российское право путем создания механизма «волезамещающего решения суда», о чем мы писали выше. Это значит, что обязанности, происходящие из корпоративных соглашений, а также договоров, затрагивающих корпоративные права иным образом, будут подлежать исполнению в бесспорном порядке после принятия решения судом. Основной вопрос, который таким образом удастся снять — проблема принуждения лица к исполнению конвертации.

2. В качестве упрощенного варианта можно предложить законодателю создание нового типа акций и долей наподобие объявленных или казначейских. Данный тип акций будет эмитироваться в рамках упрощенной процедуры после заключения соответствующего договора займа. Затем акции или доли переводятся для хранения на специальный залоговый счет в депозитарии. В случае принятия займодавцем положительного решения о конвертации этот новый тип акций будет

конвертироваться в обыкновенные либо привилегированные акции общества в счет долга.

Этот способ потребует создания упрощенного и защищенного от злоупотреблений механизма эмиссии «будущих акций». Однако такой механизм позволит обойти отсутствие института «волезамещающего решения суда» в российском праве.

3. Есть и еще один вариант: воспользоваться существующим институтом облигаций, добавив возможность их дальнейшей конвертации в акции либо в доли. К сожалению, этот способ, как и предыдущий, предполагает некую «дополнительную эмиссию» перед основной, что удорожит и усложнит всю процедуру конвертируемого займа. Однако с точки зрения российского законодательства подобный подход является наиболее «безболезненным».

6. Выводы

Конвертируемый заем — важный институт, позволяющий предпринимателям с большей вероятностью привлечь инвестиционный капитал, не вкладывая дополнительных сил и средств в момент инвестирования. Важность этого инструмента понятна многим в нашей стране, однако интегрировать его в российскую правовую систему гораздо сложнее, чем, например, акционерные соглашения или ликвидационные привилегии.

На данный момент можно сказать точно, что внедрение института «конвертируемого займа» возможно лишь путем внесения изменений в часть первую и вторую Гражданского кодекса РФ, а также законодательство о хозяйственных обществах. При этом изменения будут значительными и, возможно, повлекут «цепную реакцию» для ряда других правовых норм.

Дмитрий Текутьев

*Аспирант кафедры предпринимательского права
юридического факультета МГУ имени М.В.Ломоносова*

Правовые аспекты выплаты вознаграждений членам совета директоров хозяйственных обществ

Совет директоров¹⁷⁵ хозяйственных обществ как орган, осуществляющий соблюдение баланса интересов между собственниками и менеджерами, определяющий тактику и стратегию развития компании и осуществляющий контроль за деятельностью исполнительных органов, занимает важнейшее место в системе органов управления корпорации. Именно от степени квалификации членов совета директоров компании в области права, экономики, менеджмента, финансов, маркетинга и т.д. в немалой степени зависит уровень капитализации компании, темпы развития и устойчивость ее позиции на рынке. При этом, необходимо учитывать, что далеко не все профессионалы в указанных областях имеют возможность сотрудничать с компанией на постоянной основе в сфере трудовых правоотношений, поэтому привлечение их в совет директоров в качестве экспертов или независимых консультантов, радикально не отвлекая их от исполнения основных профессиональных обязанностей, является выгодным бизнес-решением для компании.

Однако сам факт привлечения в совет директоров специалистов высокой квалификации еще не означает эффективную работу данного органа и выполнение стоящих перед ним задач. Не менее остро перед компанией стоит вопрос стимулирования деятельности членов совета директоров, позволяющий решить проблему независимости и эффективности директоров и сформировать у каждого из них мотивацию в долгосрочном развитии компании. В противном случае, даже совет директоров, который состоит из профессиональных директоров с хорошей репутацией, но при этом не обладающих достаточной

¹⁷⁵ Согласно сложившейся традиции российского корпоративного законодательства понятия «совет директоров» и «наблюдательный совет» являются синонимичными терминами. Здесь и далее, в целях упрощения восприятия работы, для обозначения данного органа употребляется термин «совет директоров»

материальной мотивацией для активной работы рискует превратиться в сообщество «свадебных генералов», не имеющих стимулов вмешиваться в деятельность менеджмента компании, не говоря уже о том, что и контроль за менеджментом в таком случае также будет осуществляться ими весьма формально. Особенно актуальна данная проблема для России, где советы директоров крупных корпораций зачастую состоят из представителей менеджмента. Имеющаяся норма Закона об акционерных обществах (п. 2 ст. 66) согласно которой члены коллегиального исполнительного органа общества не могут составлять более одной четвертой состава совета директоров общества, а лицо, осуществляющее функции единоличного исполнительного органа, не может быть одновременно председателем совета директоров общества не способна в полной мере решить данную проблему, т.к. на практике, места в совете директоров могут занимать лица, формально не являющиеся членами правления, но фактически находящиеся в подчинении у членов правления или генерального директора общества (скажем, работники общества, для которых генеральный директор или член правления является непосредственным руководителем).

Таким образом, эффективная система вознаграждения членов совета директоров, позволяющая мотивировать директоров к независимому и эффективному руководству компанией и принятию управленческих решений исходя из стратегических ориентиров в ее развитии является актуальной задачей практически для любого крупного бизнеса и необходимым условием его конкурентоспособности.

1. Текущее регулирование выплаты вознаграждений членам совета директоров на законодательном уровне.

Правовой основой выплат членам совета директоров вознаграждения выступает п. 2 ст. 64 ФЗ «Об акционерных обществах»¹⁷⁶, согласно которой «по решению общего собрания акционеров членам совета директоров (наблюдательного совета) общества в период исполнения ими своих обязанностей могут выплачиваться вознаграждение и (или) компенсироваться расходы, связанные с исполнением ими функций

¹⁷⁶ Федеральный закон «Об акционерных обществах» от 26.12.1995 №208-ФЗ (далее — Закон об АО)

членов совета директоров (наблюдательного совета) общества. Размеры таких вознаграждений и компенсаций устанавливаются решением общего собрания акционеров». Аналогичная норма содержится в п. 2 ст. 32 ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»¹⁷⁷. Таким образом, действующее законодательство предусматривает два вида материального обеспечения для членов совета директоров — выплата вознаграждения и компенсация расходов.

Говоря о *выплате вознаграждения* членам совета директоров отметим, что общие собрания могут осуществлять подобные выплаты только за счет тех финансовых источников, которыми они могут распоряжаться, т.е. из чистой прибыли компании. При этом необходимо различать *условия* выплат вознаграждений членам совета директоров (наличие у компании чистой прибыли по итогам года) и *основания* подобных выплат (достижение компанией определенных результатов, влияние деятельности директоров на эти результаты, степень участия того или иного директора в успехах компании и т.п.). Итак, сам факт выплаты и размер вознаграждения членов совета директоров определяется только по воле совладельцев компании, выраженной в соответствующем решении общего собрания акционеров (участников). Таким образом, действующее законодательство не содержит обязательных требований как к самому наличию, так и к размеру вознаграждения членов совета директоров, соответственно, директора могут исполнять свои обязанности безвозмездно¹⁷⁸. Что же касается *компенсации расходов*, понесенных членами совета директоров, то, как справедливо замечает М.В.Телюкина, «закон каких-либо параметров определения объема выплат не содержит, т.е. общее собрание может принять решение о компенсации расходов в меньшем объеме, нежели они реально понесены»¹⁷⁹.

Справедливости ради заметим, что на практике случаи совсем «бесплатного» исполнения членами совета директоров своих обязанностей

¹⁷⁷ Федеральный закон «Об обществах с ограниченной ответственностью» от 08.02.1998 № 14-ФЗ (далее — Закон об ООО)

¹⁷⁸ Подтверждение этому можно найти в ряде нормативных актов, так, согласно п. 2 Письма Минфина РФ от 16.04.2007 г. № 03-04-06-02/72 «Выплаты вознаграждений членам Советов директоров не носят обязательный характер и могут производиться только из чистой прибыли...».

¹⁷⁹ См. Комментарий к Федеральному закону «Об акционерных обществах» под ред. Телюкиной М.В.М., 2004.

встречается не так часто¹⁸⁰, поскольку предложение о вознаграждении и рекомендации о размере вознаграждения инициируются, как правило, самим советом директоров, осуществляющим подготовку к годовому собранию, что, по словам, О.В.Осипенко «сильно напоминает «приказ о премиях самим себе» и определенным образом нарушает корпоративную этику»¹⁸¹. С последним утверждением можно согласиться только отчасти, т.к. окончательное решение по данному вопросу принимает общее собрание, и ничто не мешает собственникам компании в случае необходимости скорректировать информацию о размере выплат членам совета директоров учитывая текущее финансовое положение компании и прочие факторы.

Таким образом, отечественное корпоративное законодательство уделяет небольшое внимание правовому регулированию выплат материального вознаграждения членам совета директоров, предоставляя тем самым значительную свободу для регулирования этого вопроса во внутренних документах компании, что на взгляд автора статьи, является рациональным шагом, поскольку вопрос вознаграждения менеджмента является внутренним делом каждой конкретной компании и решается в зависимости от ее финансовых возможностей, специфики ее бизнеса, краткосрочных и долгосрочных целей и т.д. Установление обязательных для всех компаний императивных норм может только усложнить ведение бизнеса, поэтому в данном вопросе государство может лишь «порекомендовать» компаниям применять лучшие практики вознаграждения менеджмента, изложив их в специальном акте, носящем рекомендательный характер.

¹⁸⁰ Исключение составляют представители интересов РФ как акционера в совете директоров акционерных обществ, акции которых находятся в собственности РФ, являющиеся государственными служащими (См. Постановление Правительства РФ № 738 от 3.12.2004 «Об управлении находящимися в федеральной собственности акциями открытых акционерных обществ...»). В соответствии со ст. 17 ФЗ «О государственной гражданской службе РФ» «в связи с прохождением гражданской службы гражданскому служащему запрещается <...> участвовать **на платной основе** в органе управления коммерческой организации, за исключением случаев, установленных федеральным законом.

¹⁸¹ Осипенко О.В. Конфликты в деятельности органов управления акционерных компаний, М., Статут, 2007, С. 37

2. Вознаграждения членов совета директоров в рекомендациях кодексов корпоративного поведения РФ и зарубежных стран.

Рекомендации по политике вознаграждений в отношении членов совета директоров содержатся в разделе 5 главы 5 Кодекса корпоративного поведения РФ¹⁸² (далее — ККП РФ). Так, статья 5.1 ККП РФ рекомендует компаниям устанавливать равное вознаграждение для всех членов совета директоров независимо от того, является ли член совета директоров исполнительным, неисполнительным или независимым директором¹⁸³. В соответствии со ст. 5.1.2 ККП РФ критерии определения размера вознаграждения членов совета директоров должны разрабатываться комитетом совета директоров по кадрам и вознаграждениям и одобряться советом директоров, при этом рекомендуется включить их во внутренний документ общества, регулирующий деятельность совета директоров в целях создания прозрачного и доступного для акционеров механизма контроля за деятельностью членов совета директоров и назначения им вознаграждения. Наконец, ст. 5.1.3 ККП РФ рекомендует компаниям отражать результаты оценки деятельности совета директоров, а также информацию об общей сумме, выплаченной в качестве вознаграждения и (или) компенсаций членам совета директоров в годовом отчете. На этом рекомендации ККП РФ по политике вознаграждений в отношении членов совета директоров можно считать исчерпанными, что, на взгляд автора статьи, является явно недостаточным. К примеру, в Принципах ОЭСР¹⁸⁴ (ч.2, Гл.6, Г-4 и ч.2, Гл.2, В-3) особенности вознаграждения

¹⁸² Распоряжение ФКЦБ РФ от 04.04.2002 № 421/р «О рекомендации к применению Кодекса корпоративного поведения»

¹⁸³ Оценивая эффективность предусмотренного в ККП РФ «уравнительного подхода» к вознаграждению членов совета директоров, можно констатировать, что, с одной стороны, он исключает внутреннюю конкуренцию членов совета за «бонусный фонд», тем самым, с одной стороны, определенным образом гармонизируя их партнерские отношения, с другой, не слишком способствует их личной активной работе в совете (Подробнее — см. Осипенко О.В. Мотивация членов совета директоров. Акционерное общество: вопросы корпоративного управления, № 11(78), ноябрь 2010).

¹⁸⁴ Принципы корпоративного управления Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), принятые 27 мая 1999 г. (<http://www.corp-gov.ru/projects/principles-ru.pdf>)

членов совета директоров раскрыты более подробно. В частности, в Принципах ОЭСР говорится о возможности акционеров высказывать своё мнение относительно договоров с членами совета директоров в части вознаграждения. Рекомендуется также, чтобы совет директоров обнаруживал не только фактический размер, но и политику своего вознаграждения, стандарты оценки, а также условия участия директоров в капитале и совершения операций с акциями компании. Помимо этого, в Принципах ОЭСР содержится рекомендация установить зависимость вознаграждения членов совета директоров от долгосрочных интересов компании и ее акционеров, а также необходимость преобладания в вознаграждении членов совета директоров долгосрочных интересов над краткосрочными.

Важно отметить, что в отличие от ККП РФ, Принципы ОЭСР не рекомендуют установление равного вознаграждения для всех членов совета директоров, упоминая, к примеру, что размер вознаграждения председателя совета директоров и комитетов совета может быть выше за счет более высоких затрат времени и уровня ответственности. Отметим также, что аналогичные нормы содержатся в Кодексе корпоративного управления Германии¹⁸⁵, устанавливающим, что выплаты директорам должны быть дифференцированы в зависимости от роли члена совета и могут быть привязаны к результатам деятельности совета и в Кодексе корпоративного управления Великобритании¹⁸⁶, предусматривающим систему дифференцированного вознаграждения, учитывающего реальный вклад каждого директора в результаты, достигнутые компанией. Кроме того, Кодекс корпоративного управления Великобритании устанавливает принцип неправомерности участия директора в решении вопросов о его вознаграждении (Раздел D. Основные принципы), чего нет в ККП РФ.

¹⁸⁵ German Corporate Governance Code, принят 26 февраля 2002 года (http://www.ecgi.org/codes/documents/corgov_endfassung_e.pdf)

¹⁸⁶ UK Corporate Governance Code (http://www.ecgi.org/codes/documents/cg_code_uk_sep2012_en.pdf)

3. Правовые формы выплат вознаграждения членам совета директоров.

Немалый интерес с практической точки зрения представляют правовые формы, в рамках которых могут осуществляться выплаты вознаграждения членам совета директоров, в связи с чем представляется важным рассмотреть все возможные варианты юридического оформления выплат вознаграждения членам совета директоров, их потенциальную эффективность, плюсы и минусы как для самой компании, так и для членов совета директоров.

Итак, первый из возможных вариантов — это *выплата вознаграждения без заключения договора (контракта) между членом совета директоров и хозяйственным обществом на основании решения годового общего собрания*. В данном случае факт выплаты и размер вознаграждения определяется решением годового общего собрания акционеров в соответствии с уже упомянутой выше нормой п. 2 ст. 64 ФЗ «Об акционерных обществах». В рамках решения общего собрания о выплате вознаграждения членам совета директоров возможно либо установление равного вознаграждения для всех членов совета директоров либо применение так называемого дифференцированного подхода в зависимости от степени участия того или иного директора в деятельности и успехах компании.

Отметим, что противники данной правовой формы выплаты вознаграждения членам совета директоров справедливо отмечают ее недостаточную эффективность с мотивационной точки зрения, т. к. принимая решение баллотироваться в состав совета директоров, кандидат не может знать наверняка, будет ли ему выплачиваться вознаграждение и в каком размере. Как отмечает А.С.Семенов «Подобная система не создает стимулов к активному участию в работе этого органа. Предпочтительным является иной подход, выработанный мировой практикой, — утверждение положений о выплате вознаграждений, действующих вплоть до принятия общим собранием акционеров иного решения»¹⁸⁷.

¹⁸⁷ См. Семенов А.С. О размере вознаграждений членов совета директоров. Акционерное общество: вопросы корпоративного управления, № 11 (78), ноябрь 2010

Второй возможный вариант — *выплата вознаграждения с заключением договора (контракта) между членом совета директоров и хозяйственным обществом*. Следует отметить, что институт договорных отношений компании с членом совета директоров прямо не предусмотрен действующим законодательством, однако на практике подобные соглашения заключаются¹⁸⁸, причем на заключении подобных соглашений как правило настаивают сами члены совета директоров по вполне понятным мотивам — отдавая время и силы работе в совете, директорам хочется иметь некое документальное подтверждение с заранее четко определенными условиями сотрудничества и материальными стимулами.

Рассмотрим все теоретически возможные варианты оформления договорных отношений между компанией и членом совета директоров:

1) «Классический» индивидуальный трудовой договор с членом совета директоров. О возможности заключения трудового договора с членом совета директоров упоминается в ряде правовых актов. Так, п. 1 Постановления Пленума Верховного суда РФ от 20 ноября 2003 г.¹⁸⁹ устанавливает: «Дела об оспаривании руководителями организаций, членами коллегиальных исполнительных органов организаций а также членами советов директоров (наблюдательных советов) организаций, заключивших с данными организациями трудовые договоры об освобождении их от занимаемых должностей подведомственны судам общей юрисдикции и рассматриваются ими в порядке искового производства как дела по трудовым спорам о восстановлении на работе...». В качестве подтверждения возможности заключения трудового договора с членом совета директоров можно назвать и ст. 11 Трудового кодекса РФ¹⁹⁰, которая устанавливает, что трудовое законодательство и иные акты, содержащие нормы трудового права, не распространяются на военнослужащих при исполнении ими обязанностей военной службы; членов советов директоров (наблюдательных советов) организаций

¹⁸⁸ К примеру, договор с членом совета директоров упоминается в Кодексе корпоративного поведения, где в п. 3.3 гл. 3 акционерам и специалистам компаний в договоре с членом совета директоров предлагается закрепить обязательства директора в части нераспространения инсайдерской и иной конфиденциальной информации.

¹⁸⁹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 20 ноября 2003 г. № 17 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел по трудовым спорам с участием акционерных обществ, иных хозяйственных товариществ и обществ»

¹⁹⁰ Трудовой кодекс Российской Федерации от 30 декабря 2001 г. № 197-ФЗ

(за исключением лиц, заключивших с данной организацией трудовой договор); лиц, работающих на основании договоров гражданско-правового характера и других лиц, если это установлено федеральным законом.

Отметим, что с возможностью существования между членом совета директоров и организацией трудовых отношений согласны далеко не все исследователи. К примеру, О.В.Осипенко, анализируя упомянутую норму полагает, что «В этих актах речь идет не о «специальных» договорах между членами советов директоров с одной стороны, и компаниями — с другой, а о «чистых» трудовых соглашениях граждан, которые одновременно являются работниками хозяйственного общества и членами их наблюдательных советов»¹⁹¹. Данное замечание автора представляется обоснованным, т.к. при детальном анализе норм трудового кодекса РФ можно обнаружить множество противоречий между предполагаемым статусом члена совета директоров как работника общества и его особым правовым статусом с точки зрения корпоративного законодательства. К примеру, согласно ст. 17 ТК РФ «трудовые отношения на основании трудового договора в результате избрания на должность возникают, если избрание на должность предполагает выполнение работником определенной *трудовой функции*», при этом согласно ст. 64 ФЗ «Об акционерных обществах», «совет директоров (наблюдательный совет) общества осуществляет общее руководство деятельностью общества», поэтому участие в заседаниях совета директоров вряд ли можно назвать определенной трудовой функцией с наличием у членов этого органа конкретных трудовых обязанностей. Помимо этого, если рассматривать члена совета директоров как работника общества, то в теории он должен пользоваться всеми правами и исполнять обязанности, предусмотренными ст. 21 ТК РФ («Основные права и обязанности работника»), в частности, иметь право на объединение в профсоюз (что трудно представить на практике); право на ежегодный оплачиваемый отпуск (что на практике может парализовать работу общества, к примеру, при невозможности провести заседание совета директоров в порядке п. 1 ст. 68 ФЗ «Об акционерных обществах»), право на ежемесячную оплату труда, обязанность соблюдать правила внутреннего трудового распорядка организации, трудовую дисциплину и т.д. что не осуществимо на практике. Кроме того,

¹⁹¹ Осипенко О.В. Конфликты в деятельности органов управления акционерных компаний, М., Статут, 2007. С. 55

не стоит забывать что заключение трудового договора предполагает для работодателя большое количество социальных взносов в Пенсионный фонд, ФСС и т.п. с каждой выплаты работнику. На практике компания вряд ли согласится нести подобное бремя в отношении членов ее совета директоров. Наконец, члены совета директоров, будучи работниками общества, состоящими в его штате, должны подчиняться генеральному директору компании, что полностью противоречит роли совета директоров в системе корпоративного управления.

Таким образом, практику заключения индивидуальных трудовых договоров с директорами следует признать порочной вследствие ее противоречия особому правовому статусу члена совета директоров в силу корпоративного законодательства.

2) *Договор гражданско-правового характера между обществом и членом совета директоров.* В юридической литературе высказывается мнение о возможности регламентации отношений компании с членом совета директоров путем заключения с ним договора возмездного оказания услуг (гл. 39 ГК РФ)¹⁹², отмечая что конструкция договора возмездного оказания услуг хорошо подходит для регулирования отношений между членом совета директоров как исполнителем (по сути, осуществляющим услуги профессионального юридико-управленческого консалтинга) и организацией как заказчиком. К примеру, Т.В.Васильева отмечает: «Заключение трудового договора с членом совета директоров обоснованно, если член совета директоров не является независимым директором. С независимым директором, являющимся членом совета директоров, как правило заключается договор возмездного оказания услуг по управлению организацией»¹⁹³. Предметом подобного договора могут быть консультационные, маркетинговые, юридические услуги, услуги по разработке бизнес-плана, по оптимизации бизнес-процессов и т. п., кроме того возможна и общая формулировка — «услуги по осуществлению функций члена совета директоров». Данная точка зрения не лишена смысла, однако имеет и ряд

¹⁹² По договору возмездного оказания услуг исполнитель обязуется по заданию заказчика оказать услуги (совершить определенные действия или осуществить определенную деятельность), а заказчик обязуется оплатить эти услуги (ст.779 ГК РФ).

¹⁹³ См. Васильева Т.В. Вознаграждение членов совета директоров акционерного общества. Финансовая газета. № 18., 2004

недостатков. К примеру, как отмечает О.В.Осипенко «согласно ст. 782 ГК РФ «исполнитель вправе отказаться от исполнения обязательств по договору возмездного оказания услуг лишь при условии полного возмещения заказчику убытков». При реализации данного права у сторон могут возникнуть определенные правовые трудности. Все-таки при классическом прочтении гл. 39 ГК РФ «отказ исполнителя» — это его безоговорочная привилегия. Член же совета не может прекратить свои полномочия в одностороннем порядке без соответствующего решения внеочередного общего собрания акционеров»¹⁹⁴. Добавим также, что проблематичным будет являться отражение в таком договоре состава услуг, которые должен выполнить член совета директоров, и, как следствие, неясной остается процедура сдачи результатов оказания таких услуг заказчику (обществу). Кроме того, договор оказания услуг является строго возмездным, в то время как решение о выплате или невыплате вознаграждения членам совета директоров является исключительной прерогативой общего собрания акционеров.

3) *заклучение договора особого рода, не поименованного в Гражданском кодексе РФ*. В соответствии со ст. 421 ГК РФ «стороны могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами». Кроме того, «стороны могут заключить договор, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами (смешанный договор)». По словам О.В.Осипенко «Применение данной правовой конструкции является эффективным средством мотивации надлежащего исполнения своих функций членом совета директоров. В подобном договоре возможно комбинирование различных трудовых и гражданско-правовых институтов и добавление к ним ряда конкретных внутрифирменных мотивов стимулирования членом совета директоров»¹⁹⁵.

Отметим, что заключение особого рода смешанного договора представляется наиболее оптимальной из перечисленных форм договорных отношений с членом совета директоров. В таком договоре, в частности,

¹⁹⁴ Осипенко О.В. Конфликты в деятельности органов управления акционерных компаний, М., Статут, 2007, с. 73

¹⁹⁵ Осипенко О.В. Конфликты в деятельности органов управления акционерных компаний, М., Статут, 2007, с. 75

могут закрепляться как специфические права и обязанности директора (к примеру, обязательность явки на заседания совета; обязанности исполнения функции руководителя того или иного комитета совета директоров, обязательства раскрытию сведений об аффилированности, относительно нераспространения конфиденциальной информации и т.д.), так и соответствующие обязательства компании (порядок, условия и размеры выплаты вознаграждения, порядок участия в опционных программах, порядок и размеры компенсации расходов, связанных с исполнением функций члена совета директоров — питания, проживания, перелетов и т.п.).

Однако, целесообразность применения и этой правовой конструкции в отношении члена совета директоров далеко не бесспорна все по той же причине особого корпоративного статуса члена совета директоров и специфичной функцией, выполняемой им в компании. В частности, такие атрибуты любого договора как свобода определения условий договора, равенство сторон, автономии воли и другие принципы договорного права не совместимы со статусом члена совета директоров как гаранта интересов собственников и органа стратегического управления компанией. Кроме того, на практике компаниям просто невыгодно заключать договоры оказания услуг с членами совета директоров по уже упоминавшейся причине социальных взносов¹⁹⁶.

¹⁹⁶ В соответствии с частью 1 ст. 7 Федерального закона от 24.07.2009 № 212-ФЗ «О страховых взносах в Пенсионный фонд Российской Федерации, Фонд социального страхования Российской Федерации, Федеральный фонд обязательного медицинского страхования и территориальные фонды обязательного медицинского страхования» (далее- Закон № 212-ФЗ) объектом обложения страховыми взносами для плательщиков страховых взносов, производящих выплаты и иные вознаграждения физическим лицам, признаются выплаты и иные вознаграждения, начисляемые плательщиками страховых взносов в пользу физических лиц в рамках трудовых отношений и гражданско-правовых договоров, предметом которых является выполнение работ и оказание услуг. В силу части 1 ст. 8 Закона № 212-ФЗ база для начисления страховых взносов определяется как сумма выплат и иных вознаграждений, предусмотренных частью 1 ст. 7 Закона № 212-ФЗ, начисленных плательщиками страховых взносов за расчетный период в пользу физических лиц, за исключением сумм, указанных в ст. 9 Закона № 212-ФЗ. Перечень выплат и вознаграждений, не облагаемых страховыми взносами, является исчерпывающим и не подлежит расширительному толкованию, при этом что выплаты членам совета директоров в указанном перечне не поименованы. Следовательно, если с членами совета директоров заключаются договоры гражданско-правового характера, то оплата за оказанные услуги, производимая в рамках данных договоров, подлежит обложению страховыми взносами на основании части 1 ст. 7 Закона № 212-ФЗ (п. 6 письма Минздравсоцразвития России от 05.08.2010

Таким образом, на сегодня единственной приемлемой для компании правовой формой материального стимулирования за исполнение обязанностей членом совета директоров является выплата вознаграждения без заключения договора на основании решения годового общего собрания. Вопрос же иных правовых форм, в рамках которых могут осуществляться выплаты вознаграждения членам совета директоров, на сегодня остается нерешенным на законодательном уровне, что является существенным пробелом и на практике вызывает широкую возможность для локального правотворчества корпоративных юристов.

4. Выводы и рекомендации.

Подводя итог проблеме правового закрепления выплат вознаграждения членам совета директоров, отметим, что не так важна форма фиксации прав и обязанностей директоров, как их содержание. Поэтому в заключении исследования представляется важным сформулировать ключевые принципы и механизмы, которыми следует руководствоваться компаниям при разработке эффективной системы стимулирования деятельности членом совета директоров в целях повышения эффективности данного органа.

— Прежде всего, для решения проблемы придания законного статуса выплатам членам совета директоров¹⁹⁷ необходимо отразить порядок и формы таких выплат во внутренних документах компании (положении о совете директоров, положении о выплате вознаграждения членам совета директоров и т.д.). Кроме того, предварительное закрепление системы мотивации членом совета директоров на уровне локального акта позволит решить и упомянутую выше проблему

№ 2519–19, письма от 01.03.2010 № 421–19, от 07.05.2010 № 1145–19). При этом вознаграждения по гражданско-правовым договорам облагаются взносами в ПФ РФ, ФФ ОМС, ТФ ОМС РФ, а в базу для начисления страховых взносов в части суммы, подлежащей уплате в ФСС РФ, не включаются (п. 2 части 3 ст. 9 Закона № 212-ФЗ).

¹⁹⁷ В соответствии со статьей 252 Налогового Кодекса РФ любые расходы налогоплательщика должны быть документально подтвержденными и обоснованными. Под документально подтвержденными расходами понимаются затраты, подтвержденные документами, оформленными в соответствии с законодательством Российской Федерации, либо документами, оформленными в соответствии с обычаями делового оборота, или документами, косвенно подтверждающими произведенные расходы. Под обоснованными расходами понимаются экономически оправданные затраты, оценка которых выражена в денежной форме.

отсутствия у директоров заранее известного стимула при избрании в совет директоров, т.к. с управленческой точки зрения стимул гораздо лучше работает в условиях, когда он заранее известен сторонам и является вполне конкретным.

— Во-вторых, более эффективным инструментом стимулирования деятельности членом совета директоров по сравнению с «уровнительным» вознаграждением, представляется упомянутый в кодексах корпоративного поведения многих зарубежных стран т.н. «дифференцированный подход», учитывающий реальный вклад каждого директора в деятельность органа и в результаты, достигнутые компанией. На практике возможно и применение т.н. «смешанного подхода», в силу которого члену совета директоров изначально гарантируется определенная (как правило, сравнительно меньшая) часть возможного вознаграждения, (т.н. «гарантированная часть» или «статусный минимум»), а другая часть вознаграждения ставится в зависимость от ряда факторов (исполнение функций председателя совета, руководство комитетом совета директоров или курирование определенного направления, посещаемость заседаний совета директоров, достижение компанией определенных результатов (увеличение ее чистой прибыли, капитализации, исполнение корпоративного бизнес-плана и т.п.).

При этом, при привязке размера вознаграждения члена совета директоров к результатам деятельности компании следует учитывать особый статус совета директоров: как известно, он определяет стратегические цели и задачи, которые реализуются исполнительными органами общества. Зависимость между результатами деятельности членом совета директоров и текущими показателями бизнеса менее явные, чем в случае с руководителями компании. Поэтому систему вознаграждения для директоров общества рекомендуется формировать на основе компенсации (как денежной, так и путем участия директоров в капитале компании — т.н. «опционных программах»¹⁹⁸) за достижение долгосрочных (стратегических) целей бизнеса. Иными словами, размер вознаграждения члена совета директоров не должен ставиться

¹⁹⁸ Отметим, что сама целесообразность участия членом совета директоров в опционных программах ставится по сомнению не только на доктринальном уровне, но и на уровне международных документов (см., к примеру, Рекомендации о вознаграждении членом советов директоров публичных компаний, принятые Европейской комиссией в апреле 2009 г. согласно которым вознаграждение неисполнительных директоров не должно включать опционные программы).

в зависимость от показателей, достижение которых может потребовать рискованных решений.

В третьих, для учета указанных выше факторов а также в целях проведения эффективной и гибкой политики в области стимулирования деятельности членов совета директоров представляется важным формирование в структуре совета специального профильного комитета (комитета по вознаграждению, комиссии по мотивации и т.п.), либо привлечение для указанных целей независимых консультантов, компетентных в вопросах мотивационного менеджмента и кадрового администрирования.

Наконец, надлежащей практикой корпоративного управления, обеспечивающей его прозрачность и подотчетность акционерам, является раскрытие информации о размере и критериях определения вознаграждения, выплаченного в текущем году членам совета директоров, в годовом отчете компании.

Михаил Филатов

*Выпускник кафедры предпринимательского права
юридического факультета МГУ имени М.В.Ломоносова*

Правовые проблемы осуществления иностранных инвестиций на финансовых рынках России

Введение

В настоящее время в рамках финансового рынка Российской Федерации функционирует значительное количество субъектов предпринимательской деятельности, включая как профессиональных участников рынка ценных бумаг, так и субъектов, не являющихся таковыми. Среди них немаловажную роль в обеспечении инфраструктуры российского рынка ценных бумаг на сегодняшний день играют клиринговые организации, сравнительно недавно исключенные законодателем из списка профессиональных участников рынка ценных бумаг.

Несмотря на процесс постоянного совершенствования законодательства о рынке ценных бумаг, в частности его положений, регулирующих статус клиринговых организаций и порядок осуществления ими клиринговой деятельности, отдельные проблемы регулирования до сих пор сохраняются. Так, остается открытым вопрос об увеличении объемов привлечения иностранных инвестиций в ценные бумаги российских эмитентов. Одной из главных причин данному обстоятельству является отсутствие соответствующей инфраструктуры, удовлетворяющей потребностям иностранных инвесторов. Законодателем не в полной мере разработаны механизмы осуществления клиринговой деятельности в отношении ценных бумаг российских эмитентов, принадлежащих иностранным инвесторам. В частности, сохраняется значительная степень неопределенности в полноценном допуске на отечественный рынок основных европейских депозитарно-клиринговых центров — Euroclear и Clearstream, с которыми привыкли взаимодействовать зарубежные инвесторы. В связи с этим, актуальным становится изучение состояния действующего российского и зарубежного законодательства о клиринговой деятельности, в частности деятельности Euroclear и Clearstream.

В рамках данной статьи анализируются положения действующего российского законодательства в отношении понятия клиринговой деятельности. Отдельно рассматриваются вопросы, связанные с генезисом депозитарно-клиринговых центров Euroclear и Clearstream, а также их текущего правового статуса. Значительное внимание уделяется автором исследованию отдельных правовых аспектов функционирования указанных клиринговых центров наряду с рассмотрением перспектив развития их деятельности в Российской Федерации.

1. Понятие клиринговой деятельности

В качестве самостоятельного вида деятельности клиринг возник довольно давно¹⁹⁹. Однако до недавнего времени объем правового регулирования клиринговой деятельности в Российской Федерации был невелик²⁰⁰. В частности, лишь отдельные положения Федерального закона от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» (далее — «**Закон о рынке ценных бумаг**») и некоторых нормативных правовых актов ФКЦБ России, ФСФР России и Банка России касались клиринговой деятельности. Однако в результате принятия Федерального закона от 7 февраля 2011 г. № 7-ФЗ «О клиринге и клиринговой деятельности» (далее — «**Закон о клиринге и клиринговой деятельности**») и Приказа ФСФР России от 11 октября 2012 г. № 12–87/пз-н «Об утверждении Положения о требованиях к клиринговой деятельности» фрагментарное регулирование было устранено.

Действующая редакция ст. 2 Закона о клиринге и клиринговой деятельности определяет клиринговую деятельность через понятие клиринговой услуги. Так, под клиринговой деятельностью законодатель понимает деятельность по оказанию клиринговых услуг в соответствии с утвержденными клиринговой организацией правилами клиринга, зарегистрированными в установленном порядке федеральным органом исполнительной власти в области финансовых рынков, а под клиринговой услугой — услугу по осуществлению клиринга. Совершенно очевидно, что принципиальное значение для понимания правовой

¹⁹⁹ Судейкин В. Расчетные палаты и их устройство. СПб., 1886. С. 1.

²⁰⁰ Комплексное нормативное правовое регулирование клиринговой деятельности в СССР также отсутствовало.

природы клиринговой деятельности и клиринговой услуги имеет понятие клиринга.

В соответствии с п. 3 ч. 1 ст. 2 Закона о клиринге и клиринговой деятельности клиринг представляет собой определение подлежащих исполнению обязательств, возникших из договоров, в том числе в результате осуществления неттинга обязательств, и подготовку документов (информации), являющихся основанием прекращения и (или) исполнения таких обязательств.

Данное легальное определение позволяет выделить два составных элемента клиринга:

1. определение подлежащих исполнению обязательств, возникших из договоров, в том числе в результате осуществления неттинга обязательств;
2. подготовка документов (информации), являющихся основанием прекращения и (или) исполнения таких обязательств.

Следует отметить, что до вступления в силу с 1 января 2013 г. п. 3 ст. 2 Федерального закона от 7 февраля 2011 г. № 8-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О клиринге и клиринговой деятельности» действовали два законодательные определения клиринговой деятельности. Первоначальная редакция Закона о рынке ценных бумаг содержала ст. 6, из содержания которой следовало, что клиринговая деятельность представляет собой деятельность по определению взаимных обязательств (сбор, сверка, корректировка информации по сделкам с ценными бумагами и подготовка бухгалтерских документов по ним) и их зачету по поставкам ценных бумаг и расчетам по ним. Вряд ли данное определение позволяет верно определить правовую природу клиринговой деятельности, поскольку возникает возможность ошибочного понимания клиринга как зачета требований. В частности, клиринг не следует отождествлять с общегражданским зачетом, так как решение о прекращении обязательства принимается не сторонами обязательства, а третьим лицом — клиринговой организацией, которая обладает правом зачета²⁰¹.

Необходимо отметить, что в научной литературе высказывается мнение об обоснованности выделения банковского клиринга

²⁰¹ Бевзенко Р.С., Фахретдинов Т.Р. Зачет в гражданском праве: Опыт исследования теоретической конструкции и обобщения судебной практики. М., 2006. С. 77–79.

и клиринговой деятельности на рынке ценных бумаг в качестве самостоятельных видов профессиональной деятельности²⁰². Однако противники данной идеи полагают, что причины для выделения банковского клиринга и клиринговой деятельности на рынке ценных бумаг отсутствуют, так как названные виды деятельности в конечном счете направлены на определение величины обязательств сторон по сделкам и осуществлению по ним расчетов, основанных на взаимозачете встречных требований²⁰³.

Представляется, что банковский клиринг и клиринговая деятельность на рынке ценных бумаг в действительности образуют самостоятельные виды деятельности, поскольку связаны со специфическими рисками и требуют специального правового регулирования.

Клиринг на рынке ценных бумаг всегда предшествует процедуре расчетов по сделкам с ценными бумагами, представляющей собой деятельность по переводу денежных средств между участниками рынка в связи с переходом прав на ценные бумаги.

В сложившихся условиях рынка клиринг и расчеты корреспондируют отдельным стадиям сделки по приобретению ценных бумаг:

1. стадия заключения договора купли-продажи ценных бумаг;
2. стадия определения подлежащих исполнению обязательств, возникших из договора купли-продажи ценных бумаг:
 - a. осуществление расчетов по сделке;
 - b. подготовка документов (информации), являющихся основанием прекращения и (или) исполнения таких обязательств;
3. стадия исполнения сделки, т.е. передача ценных бумаг покупателю и денежных средств продавцу²⁰⁴.

Несмотря на то, что в последние годы законодательство в области расчетов и клиринговой деятельности стало более развитым, отдельные проблемы сохраняются до сих пор. Понимает это и регулятор. Стратегия развития финансового рынка Российской Федерации

²⁰² Габов А.В. Ценные бумаги: вопросы теории и правового регулирования рынка. М., 2011. С. 800.

²⁰³ Хоменко Е.Г. Правовые проблемы осуществления кредитными организациями профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг: Автореф. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 10.

²⁰⁴ Рынок ценных бумаг: учебник для бакалавров / Под общ. ред. Н.И. Берзона. М., 2013. С. 291.



Схема 1. Место клиринговых организаций в структуре расчетов в отношении сделок купли-продажи ценных бумаг.

на период до 2020 года, утвержденная распоряжением Правительства РФ от 29 декабря 2008 г. № 2043-р, определяющая приоритетные направления деятельности государственных органов в данной сфере, среди основных причин недостаточной капитализации финансового рынка называет несовершенство клиринговых процедур и существующих механизмов расчетов между участниками финансового рынка.

Существующая инфраструктура финансового рынка России постоянно обнаруживает недостаточный уровень развития отдельных институтов. Актуальна эта проблема и для существующих механизмов расчетов и клиринговых процедур на российском рынке ценных бумаг, особенно в рамках осуществления трансграничных сделок, поскольку осуществление иностранных инвестиций в российские ценные бумаги сопряжено с более высоким уровнем риска. Именно поэтому иностранные инвесторы, чьи средства представляют значительный интерес для российских эмитентов, предпочитают обслуживание в крупных расчетно-клиринговых центрах, таких как Euroclear Bank и Clearstream Banking.

2. История возникновения и развития европейских депозитарно-клиринговых центров

Динамичное развитие европейского рынка ценных бумаг в конце 1960-х годов обнаружило необходимость создание единого механизма осуществления депозитарных и расчетных операций в отношении ценных бумаг. В связи с этим в Европе возникают два клиринговых центра — Euroclear в 1968 г. и Cedel в 1970 г., которые стали фундаментом для дальнейшего создания крупнейших международных расчетно-клиринговых организаций.

В декабре 1968 г. брюссельский офис инвестиционного банка Morgan Guaranty Trust Company основал дочернюю компанию Euroclear Brussels, первоначально оказывавшую своим клиентам услуги по обслуживанию рынка еврооблигаций. В 1972 г. во избежание конфликта интересов Morgan Guaranty Trust Company, сохранив функции управления, продал большую часть акций Euroclear компании Euroclear Clearance System Public Limited, акции которой были распределены между крупнейшими банками, брокерами, дилерами и другими финансовыми учреждениями. Позднее, для того, чтобы дать пользователям центра Euroclear участвовать в его капитале, в 1986 г. лицензия Euroclear была передана специально созданной Euroclear Clearance System Société Coopérative.

С середины 1970-х годов группа Euroclear начала проводить активную интеграционную политику слияния с европейскими депозитарно-клиринговыми организациями, способствуя созданию и развитию международного расчетно-клирингового пространства²⁰⁵. Так, в 1977 г. был основан и включен в группу Euroclear Центральный депозитарий и расчетно-клиринговый центр Нидерландов — Euroclear Nederland. В течение 2000–2009 гг. было организовано и завершено присоединение CREST, Центрального депозитария Великобритании и Ирландии, созданного в 1941 г. французского клирингового центра Sicovam, а также иных клиринговых центров и депозитариев. Таким образом, в ходе активной горизонтальной консолидации произошло возникновение крупного международного расчетно-клирингового центра Euroclear.

²⁰⁵ Мозгин Д. Euroclear и Clearstream: 35 лет конкуренции и сотрудничества // Депозитариум. 2005. № 4. С. 5.

Центральной организацией, выполняющей функции управляющего системой Euroclear и обеспечивающей расчеты на национальных рынках ценных бумаг, становится созданный 31 декабря 2000 г. Euroclear Bank. С этого момента все функции по управлению и осуществлению банковских операций переходят от Morgan Guaranty Trust Company к Euroclear Bank, деятельность которого находится под надзором Национального банка Бельгии и Комиссии по банкам, финансам и страхованию Бельгии.

На начало 2002 г. центр Euroclear объединял уже около 2,5 тыс. участников. Данное обстоятельство потребовало принятия мер по совершенствованию действовавшей системы корпоративного управления, в связи с чем в 2005 г. происходит реформирование корпоративной структуры группы: создается материнская компания Euroclear SA/NV, владеющая Euroclear Bank и входящими в группу центральными депозитариями.

Однако, несмотря на горизонтальную консолидацию в области расчетов на европейском пространстве, в 1970 г. основывается клиринговая компания Cedel, на базе которой в последующем возникнет Clearstream, основной конкурент Euroclear. Изначальной целью Cedel стала минимизация рисков, связанных с осуществлением расчетов в ходе международной торговли, прежде всего на рынке еврооблигаций. В 1995 г. происходит преобразование Cedel в Cedel Bank Luxembourg.

В январе 2000 г. в результате стратегического альянса Cedel Bank с Deutsche B rse Clearing создается Clearstream International, включающая в себя три структурных подразделения: Clearstream Banking Frankfurt (Центральный депозитарий на рынке ценных бумаг ФРГ), Clearstream Banking Luxembourg (центр, оказывающий кастодиальные и расчетно-клиринговые услуги на международных рынках) и Clearstream Services (центр развития информационных технологий и технической поддержки участников рынка ценных бумаг)²⁰⁶.

На данный момент Clearstream International является расчетным центром немецкой биржи Deutsche B rse, осуществляющим обслуживание около 2,5 тыс. клиентов из 110 государств на 50 национальных рынках. Система Clearstream осуществляет более 250 тыс. операций в сутки, а объем ценных бумаг на хранении составляет более 300 тыс.

²⁰⁶ Ремнев А. Инфраструктура европейского рынка: конкуренция или централизация? // Депозитариум. 2005. № 4. С. 9.

3. Отдельные аспекты деятельности Euroclear и Clearstream в России

До недавнего времени ни Euroclear, ни Clearstream не могли осуществлять свою деятельность на территории Российской Федерации. Но благодаря вступлению в силу с 1 июля 2012 г. ч. 4 ст. 25 Федерального закона от 7 декабря 2011 г. № 414-ФЗ «О центральном депозитарии» и принятию Приказа ФСФР России от 27 июля 2012 г. № 12–65/пз-н Euroclear и Clearstream были включены в Перечень иностранных организаций, которым центральный депозитарий открывает счета депо иностранного номинального держателя, и соответственно допущены на российский рынок ценных бумаг. Основной целью допуска Euroclear и Clearstream на российский рынок стало привлечение иностранных инвесторов, привыкших осуществлять расчеты в данных системах, в российские ценные бумаги, прежде всего в облигации федерального и муниципального займа.

Однако в соответствии с п. 2 названного приказа на счета депо иностранных номинальных держателей, которые открыты центральным депозитарием иностранным организациям, являющимся международными централизованными системами учета прав на ценные бумаги и (или) расчетов по ценным бумагам, до 1 июля 2014 г. зачисляются только ценные бумаги, выпущенные от имени Российской Федерации, субъекта Российской Федерации, муниципального образования, облигации иных российских эмитентов, а также ценные бумаги иностранных эмитентов. Таким образом, доступ на национальный рынок акций Euroclear и Clearstream смогут получить только 1 июля 2014 г.²⁰⁷ Из двух конкурентов наиболее заинтересованной в этом процессе организацией является именно Euroclear Bank, поскольку значительная часть прибыли приходится на рынок акционерного капитала. Для Clearstream, напротив, данное ограничение на обслуживание акций российских компаний не имеет существенного значения, так как подавляющая часть бизнеса компании приходится на рынок еврооблигаций.

²⁰⁷ Министерство финансов РФ выступило с инициативой предоставить возможность Euroclear и Clearstream выйти на российский рынок акционерного капитала раньше, с 1 января 2014 г. Несмотря на это, Служба Банка России по финансовым рынкам считает такой срок чрезмерно оптимистичным, поскольку необходимо внесение соответствующих изменений в налоговое законодательство и законодательство о раскрытии информации.

Участникам трансграничных сделок в отношении ценных бумаг следует помнить, что помимо оказываемого регулирующего воздействия со стороны законодательства Российской Федерации деятельность Clearstream регулируется также законодательством Люксембурга, в частности Законом от 1 августа 2001 г. «Об обращении ценных бумаг и других заменимых инструментов» (далее — «Закон Люксембурга 2001 г.»).

Закон Люксембурга 2001 г. закрепляет положение, согласно которому депонируемые без указания номеров ценные бумаги одного выпуска считаются взаимозаменяемыми, что означает возможность их перемещения путем записей по счетам депозитария.

Одной из особенностей данного акта является экстерриториальный характер его действия. Так, Закон Люксембурга 2001 г. закрепляет правило, согласно которому ценные бумаги или иные финансовые инструменты, размещенные, а также зачисленные на счета люксембургского депозитария вне зависимости от факта эмиссии в Люксембурге или иностранном государстве, считаются размещенными в Люксембурге.

Наряду с положениями указанного закона правовую основу деятельности Clearstream составляют Общие положения и условия Clearstream Banking, содержащие специальные условия в отношении ценных бумаг, депонированных в системе:

1. возможность депонирования;
2. пригодность для поставки;
3. осуществление физической поставки ценных бумаг на риск и за счет клиента;
4. отсутствие обязанности Clearstream хранить ценные бумаги в том месте, где было произведено депонирование;
5. осуществление поставки заменимых ценных бумаг одного выпуска.

Деятельность Euroclear в Российской Федерации также подчинена двум правовым порядкам: российскому и бельгийскому. Euroclear Bank функционирует на основании Королевского указа от 10 ноября 1967 г. № 62, закрепившего принцип взаимозаменяемости некоторых ценных бумаг и возможность их эмиссии в бездокументарной форме, а также Положений и условий Euroclear. Среди прочих принципиальных норм, Положения и условия Euroclear закрепляют:

1. невозможность привлечения к ответственности Euroclear Bank за совершение действий (бездействие) эмитента, андеррайтера, за юридическую действительность ценных бумаг и гарантий по ним;

2. право Euroclear Bank в одностороннем порядке прекратить участие в системе любого участника в случае наступления определенных событий (например, банкротства);

3. право Euroclear Bank отменять любые ошибочные операции по счету и др.²⁰⁸.

Системы Euroclear и Clearstream обслуживают ценные бумаги, обращающиеся на международном или национальном рынке, а также на международном и одном или нескольких локальных рынках. Существует возможность размещения всего объема выпуска на международном рынке или на внутреннем рынке с последующим обращением определенного количества ценных бумаг, депонируемых в локальном депозитарии, через системы Euroclear и (или) Clearstream. В процессе размещения ценных бумаг Euroclear Bank и Clearstream Banking осуществляют взаимодействие с лид-менеджерами, координирующими действия участников размещения и представляющими андеррайтеров, или агентами по размещению, выступающими в роли посредников между дилерами и эмитентами в отсутствие андеррайтеров.

Размещение ценных бумаг может быть осуществлено двумя способами: «против платежа» и «свободно от платежа». При осуществлении размещения «против платежа» денежные средства покупателя поступают на счет продавца одновременно с зачислением ценных бумаг на счет покупателя, открываемый в Euroclear/Clearstream или вне этих систем. Размещение, «свободное от платежа», предполагает зачисление ценных бумаг лид-менеджерами и агентами по размещению, напротив, за определенное время до даты расчетов.

Вывод

Современное состояние законодательства и структуры финансового рынка позволяет эмитентам размещать, а инвесторам приобретать ценные бумаги на рынках капитала множества государств. Такие возможности, в свою очередь, создают реальную необходимость

²⁰⁸ Шамраев А.В. Правовое регулирование международных банковских сделок и сделок на международных финансовых рынках. М., 2009. С. 119–120.

в создании соответствующей условиям рынка и интересам его участников инфраструктуры. Одним из наиболее важных ее элементов является механизм осуществления расчетно-клиринговой деятельности.

На протяжении длительного времени интерес иностранных инвесторов к российским ценным бумагам оставался на низком уровне. Одной из главных причин тому было отсутствие возможности проведения расчетов через привычные для инвесторов системы Euroclear и Clearstream. Многие крупные иностранные инвесторы ограничены своей инвестиционной декларацией и поэтому не могут осуществлять расчеты вне систем Euroclear и Clearstream. В связи с этим предоставление регулятором полноценного доступа данным организациям к ключевым сегментам финансового рынка России позволит, с одной стороны, привлечь дополнительные объемы иностранных капиталовложений в ценные бумаги отечественных эмитентов, а с другой стороны, даст толчок к развитию конкуренции и, соответственно, совершенствованию качества услуг, оказываемых российскими клиринговыми организациями.

Анджур Хечиев

*Аспирант кафедры предпринимательского права
юридического факультета МГУ имени М.В.Ломоносова*

Корпоративный контроль: проблемы правового регулирования

Введение

В настоящее время хозяйственные общества занимают преобладающее место среди хозяйствующих субъектов в российской экономике. Согласно статистическим данным количество обществ с ограниченной ответственностью (ООО) — около 4 миллионов, а акционерных обществ (АО) — приблизительно 170 тыс. При этом хозяйственные общества занимают и львиную долю по основному капиталу. Подчеркнем, что важным вопросом деятельности хозяйственных обществ является проблемы корпоративного управления. Ведь во многом от этого и зависит вопрос контроля над обществами. В то же время динамика экономических процессов обуславливает смену субъектов контролируемых хозяйственных обществ. Причем это является вполне приемлемым явлением в условиях рыночной экономики, если конечно оно протекает в рамках, установленных законом. Однако, в этой сфере нередко наблюдаются нарушения законодательства. Именно поэтому в тех сферах корпоративного законодательства, связанных с переходом корпоративного контроля происходят достаточно частые изменения. Нет единства и в судебной практике по данной проблематике. В связи с этим актуальным в настоящее время является изучение проблем, связанных со способами перехода корпоративного контроля в хозяйственных обществах и особенностях правового регулирования соответствующих отношений.

Цели, стоящие перед автором статьи. В рамках настоящей статьи предполагается определить некоторые особенности способов перехода корпоративного контроля в Российской Федерации. Кроме того, предполагается рассмотреть порядок восстановления корпоративного контроля, в случае его неправомерного перехода. В связи с этим в статье будет

дана характеристика основных способов перехода корпоративного контроля по законодательству Российской Федерации (покупка голов, приобретение контрольного пакета акций, реорганизация в форме слияний и присоединений). В связи с этим предполагается дать характеристику основных признаков корпоративного контроля в российском праве в сравнительном анализе с зарубежным законодательством. Также будут освещены основные способы восстановления нарушенного контроля, а также предложены, некоторые замечания относительно возможно применения каждого из них в российском праве.

Основная часть. Прежде чем перейти к анализу способов перехода корпоративного контроля имеет смысл остановиться на характеристике соответствующего контроля. Существуют различные точки зрения по определению корпоративного контроля. Так, согласно определению И.С.Шиткиной под корпоративным контролем понимается возможность субъектов акционерных отношений обеспечивать постоянное влияние на принятие стратегических управленческих решений. Как представляется, исследователь понимает под ним всю совокупность возможностей по извлечению выгоды от деятельности корпорации²⁰⁹. Отметим, что в таком понимании понятие контроль во многом теряет юридическое значение. Данная точка зрения, которая рассматривает таким образом корпоративный контроль является весьма распространенной.

В то же время, представляется правильной позиция тех ученых, которые рассматривая вопросы контроля в корпорациях, и указывают, что то или иное понимание корпоративного контроля зависит от правовой системы. В странах общего права контроль рассматривают как проявление господства, а не простого влияния на функционирование корпорации. Проявление господства усматривается в реальной возможности принятия решений изменении (увеличении и уменьшении) уставного капитала, установления уровня курсов акций путем дивидендной политики, в образовании в своих интересах органов управления, в возможности ликвидации общества²¹⁰. По мнению американского ученого Д. Котца, контроль — это возможность определять результаты управленческой

²⁰⁹ Управление и корпоративный контроль в акционерном обществе/под ред. Е.П.Губина. — М.:Юрист,1999.-С.18.

²¹⁰ Ломакин Д.В.Акционерное правоотношение. — М.: Спарк.1997.- С.135; Рубеко Г.Л.Правовой статус органов управления акционерных обществ. — М.:Статут,2007.-С.22.

деятельности, которая относится к выработке политики корпорации²¹¹. В указанном, широком, понимании данного понятия контроль, по сути, и означает управлением обществом.

В России как стране, относящейся к континентальной системе права, имеет смысл понимать корпоративный контроль в узком смысле. Нужно отметить, что именно в хозяйственных обществах — особенно в такой их разновидности, как акционерном обществе, важным моментом является выявление механизмов управления и контроля. Это обусловлено тем, что в рамках акционерных обществ действуют субъекты с разными, а зачастую и прямо противоположными интересами. Как отмечается исследователями, в системе корпоративных отношений функционирует довольно сложная, многоуровневая система противоречий. Так, О.В.Осипенко выделяет около десяти групп субъектов, так или иначе, участвующих в корпоративных отношениях, и выделяет четыре фрагмента таких противоречий²¹². В этой связи представляется, что эффективное правовое регулирование механизмов корпоративного управления и контроля является существенным фактором защиты прав и законных интересов субъектов корпоративных отношений. При этом важно установить порядок законного перехода корпоративного контроля от одних лиц к другим. Особенно это актуально для акционерных обществ, так как одним из важных признаков этой организационно — правовой формы является относительная легкость перехода акций.

Рассматривая различные типы корпоративного контроля обычно в зависимости от субъекта выделяют акционерный и управленческий (менеджеральный) контроль. Первый предполагает контроль осуществляемый акционерами, имеющими определенное количество акций необходимого для вынесения общим собранием акционеров требуемого решения²¹³. Именно подобный контроль и характерен для российских хозяйственных обществ. Однако, как показывает практика, возможность осуществления такого контроля зависит от числа акций (долей), которые принадлежат участнику. Применительно

²¹¹ Котц Д. Банковский контроль над крупными корпорациями в США. М., 1982. С.33.

²¹² Осипенко О.В. Конфликты в деятельности органов управления акционерных обществ. М., 2007. С.38.

²¹³ Гомця С.В. Правила поглощения акционерных обществ: сравнительно-правовой анализ. — М.: Волтерс Клувер, 2010. — С.5.

к акционерным обществам принято говорить о так называемом контрольном пакете акций. Легального определения контрольного пакета российское законодательство не содержит, да и вряд ли такое понятие необходимо закреплять. Это объясняется тем, что сложно сформулировать понятие применимое ко всем возможным случаям. В.В.Долинская определяет общий контрольный пакет акций как «количество акций, которое должно принадлежать акционеру (основному владельцу) для осуществления реального воздействия на акционерное общество при принятии решений на общем собрании акционеров»²¹⁴.

По сути, контрольный пакет в большей степени представляет собой экономическую категорию, которая как раз таки и предполагает выяснение в каждом конкретном случае каким количеством акций необходимо владеть, чтобы осуществлять контроль над акционерным обществом. И в самом деле, это зависит от самых различных факторов. Например, таким фактором, безусловно, является количество акционеров. Чем больше количество акционеров в обществе, тем меньше требуется акций для проведения нужных решений. Также на контрольный пакет влияет количество акций находящихся в собственности отдельных акционеров. Чем больше количество акционеров обладает небольшим количеством акций, тем меньше акций необходимо для контрольного пакета и наоборот. Также влияет на контрольный пакет взаимоотношение между акционерами, например наличие между ними акционерных соглашений и т.д. В этой связи справедливыми являются рассуждения С.В.Гомцяна, полагающего, что не существует твердо установленного размера пакета акций, который позволяет его владельцу контролировать деятельность корпорации. Размер такого пакета зависит от контекста, в частности, количества акционеров, размеров их пакетов акций, доли голосующих акций от их общего количества, участвующих на общем собрании акционеров²¹⁵.

Менеджеральный контроль проявляется в случаях дисперсности капитала корпораций, когда вследствие наличия проблемы координации воли и действий акционеров полномочия по контролю за текущей деятельностью корпорации сосредоточены в руках совета директоров. При этом совет директоров в данном случае следует понимать в рамках

²¹⁴ Долинская В.В. Акционерное право: основные положения и тенденции. М., 2006. С. 592.

²¹⁵ Гомця С.В. Правила поглощения акционерных обществ: сравнительно-правовой анализ. — М.: Волтерс Клувер, 2010. С.7.

американской корпоративной модели где, по сути, он является аналогом российских исполнительных органов. Правовой формой в данном случае выступает выполнение менеджерами своих полномочий по повседневному управлению деятельностью компании. Этот вид контроля получил распространение в США, что во многом обусловлено особенностями американской модели управления корпорациями. Таким образом, в основе менеджериального контроля лежит не превышение советом директоров своих полномочий за счет компетенции общего собрания акционеров, а осуществление этих полномочий без фактического контроля со стороны общего собрания акционеров. Более того, действующее в стране законодательство может способствовать распространению менеджериального контроля. Например, это имеет место в странах, где диспозитивные нормы законов позволяют расширить компетенцию совета директоров за счет общего собрания акционеров. Также выделяют финансовый контроль. Он представляет собой возможность влиять на решения акционерного общества путем использования финансовых инструментов (банковского кредитования, факторинга и т.п.). Появление этого вида контроля связывают с повышением роли внешнего финансирования деятельности компаний. Особенно ярко этот финансовый контроль проявляется в таких странах как Япония и Германия. Показательным признаком развития корпораций в этих странах после второй мировой войны стало повышения контроля над их деятельностью, их кредиторами (финансовыми организациями). Хотелось бы отметить тот факт, что в определенной степени финансовый контроль был характерен для дореволюционных акционерных товариществ. Исследователями отмечалась значительная роль банков в концентрации капиталов акционерных товариществ²¹⁶.

В связи с разными видами корпоративного контроля в разных странах имеется специфика и в способах установления корпоративного контроля. Для стран, где преобладает акционерный контроль основным способом перехода установление контроля над акциями (долями) общества. В этой связи принято говорить о получении контрольного пакета акций. В случае с менеджериальным контролем переход корпоративного контроля связан с установлением влияния на совет директоров корпорации.

²¹⁶ Бовыкин В.И. Финансовый капитал в России накануне первой мировой войны. М., 2001.

В настоящее время принято выделять следующие способы перехода корпоративного контроля.

Отметим следующие основные способы, целью которых является установление корпоративного контроля, которые предполагают:

- покупку голосов;
- прямое приобретение акций;
- реорганизацию путем слияния или присоединения;
- покупка активов.

Покупка голосов, или борьба за голоса (*proxy contest, proxy fight*). Данный способ не распространен в России и большинстве стран, а применяется в основном в США. Является наиболее дорогим механизмом установления контроля над акционерным обществом. Суть покупки голосов состоит в противостоянии двух групп: действующих менеджеров и (или) контролирующих акционеров (инсайдеров) и владельцев небольшого пакета акций, желающих сменить членов совета директоров и установить контроль над советом директоров акционерной корпорации — за получение голосов других миноритарных акционеров, выразивших согласие на голосование за них по доверенности. Распространению этого способа в нашей стране препятствует то, что у нас не распространен механизм голосования по доверенности. Хотя надо отметить, что крупные российские общества (например, ОАО «Газпром») практикуют рассылку форм доверенностей с целью получить голоса миноритариев на общем собрании.

В российских условиях применение этого способа контроля приобрело определенную актуальность в связи с внесением в Закон об АО положений, регулирующих заключение акционерных соглашений. Ст. 32.1 была введена Федеральным законом от 3 июня 2009 года. Акционерное соглашение представляет собой договор об осуществлении прав, удостоверенных акциями и (или) об особенностях осуществления прав на акции. Предметом акционерных соглашений является договоренность об осуществлении определенным образом прав, удостоверенных акциями или наоборот воздержание от осуществления указанных прав. В частности, это может быть установление обязанности сторон голосовать определенным образом на общем собрании акционеров, согласование варианта голосования с другими акционерами, а также осуществление согласованно иных действий по управлению обществом и др. Предметом акционерного соглашения, однако, не могут

быть обязательства его сторон голосовать согласно указаниям органов управления общества, в отношении которого заключено данное соглашение. Акционерное соглашение должно быть заключено в письменной форме путем составления одного документа, подписанного сторонами. Прямо подчеркивается, что акционерное соглашение связывает только его участников. Также следует отметить то обстоятельство, что нарушение акционерного соглашения никоим образом не влияет на действительность решения общего собрания акционеров. Введение акционерных соглашений следует рассматривать как появление нового инструмента, позволяющего получить новые возможности осуществления прав, вытекающих из акций. С точки зрения установления корпоративного контроля, акционерные соглашения позволяют приобрести контроля над голосами миноритарных акционеров. При этом появление соответствующих норм, добавляет определенности во взаимоотношения сторон. Что касается обществ с ограниченной ответственностью, то федеральным законом от 30 декабря 2008 года № 312-ФЗ ст. 8 Закона об ООО была дополнена п.3, которым предусмотрено право участников общества с ограниченной ответственностью заключить договор об осуществлении прав участников общества. Предметом данного соглашения является осуществление определенным образом и (или) воздержание от осуществления прав участников общества.

Прямое приобретение акций, или поглощение, позволяет установить контроль над компанией в максимально сжатые сроки, но требует наличия значительных источников финансирования. При использовании данного способа покупатель приобретает все голосующие акции или необходимый для установления контроля пакет голосующих акций компании.

Правовое регулирование отношений, связанных с приобретением акций осуществляется Федеральным законом от 26 декабря 1995 года «Об акционерных обществах» и Федеральным законом от 22 апреля 1996 года «О рынке ценных бумаг». В России порядок публичного поглощения регулируется принятой в 2006 году главой X.1 Закона об АО. В частности предусматривается право лица, имеющего намерение приобрести более 30 процентов общего количества акций открытого общества направить в общество публичную оферту. Речь в данном случае идет о добровольном предложении приобрести акции. Она адресуется акционерам — владельцам акций соответствующих категорий (типов) в целях приобретения у них акций общества. Нужно отметить, что

публичная оферта представляет собой документ, который должен содержать ряд обязательных сведений, указанных в п. 2 ст. 84.1. Закона об АО. Следует обратить внимание на срок принятия добровольного предложения — срок в течение, которого заявление о продаже ценных бумаг должно быть получено лицом, сделавшим добровольное предложение. Этот срок не может быть менее 70 дней и более 90 дней с момента получения добровольного предложения обществом. Также необходимо указать срок, порядок и форму оплаты, приобретаемых ценных бумаг. Причем добровольным предложением может предусматриваться возможность выбора формы оплаты ценных бумаг деньгами или другими ценными бумагами.

Для установления корпоративного контроля могут использоваться такие известные российскому законодательству способы реорганизации, как слияние и присоединение. При реорганизации общества права и обязанности, прекративших деятельность юридических лиц, переходят к его правопреемникам. В данном случае речь идет о так называемом правопреемстве, т.е. о переходе всех прав и обязанностей правопреемникам. Реорганизация может осуществляться как в добровольном, так и в принудительном порядке.

Добровольная реорганизация общества осуществляется на основании свободного волеизъявления его органов. Принудительная реорганизация может осуществляться как в судебном порядке, так и по решению некоторых административных органов (например, антимонопольного органа)²¹⁷. Естественно, что при переходе корпоративного контроля речь идет именно о добровольной реорганизации.

Что касается особенностей российского правового регулирования реорганизации как способа перехода корпоративного контроля, то российский законодатель не установил ограничений взаимозависимости хозяйственных обществ, что позволяет применять схемы перехвата корпоративного контроля менеджментом компаний²¹⁸.

Законодательство многих зарубежных государств, под разными наименованиями, предусматривает аналогичные по сути способы реорганизации юридического лица.

²¹⁷ Более подробно о процедуре реорганизации см. например, Рубеко Г.Л. Акционерное право. М.: Статут, 2012. С. 48–50.

²¹⁸ Глушецкий А.А. Размещение ценных бумаг: экономические основы и правовое регулирование. М., 2013. С.232.

В строгом смысле слова при покупке всех или части активов объектом приобретения контроля является имущество определенной корпорации, а не сама корпорация. Поэтому, буквальное толкование законодательства не позволяет утверждать, что покупка активов представляет собой механизм перераспределения корпоративного контроля. Однако фактическое содержание данной операции и ее результат являются схожими с содержанием и результатом остальных трех вышеуказанных инструментов приобретения корпоративного контроля. В связи с этим покупка активов рассматривается наряду с другими способами приобретения контроля над корпорациями. В отличие от приобретения акций и реорганизации, акционеры напрямую не получают средства от продажи активов. Продавцом выступает компания, которая может в последующем распределить полученные средства между акционерами. При этом компания, активы которой приобретаются, сохраняет статус юридического лица. При осуществлении данного способа перехода корпоративного контроля важно соблюдение законодательства относительно согласования крупных сделок. Как правило, вывод активов, который позволяет говорить об установлении доминирования над корпорацией и является крупными сделками. Как показывает анализ судебно-арбитражной практики в данном случае возможны споры. К примеру, неприменение нижестоящими судами, положений об одобрении крупных сделок, явилось основанием для отмены судом кассационной инстанции их постановлений. При этом суд кассационной инстанции исходил из того, что ряд сделок, направленных на вывод активов, являются взаимосвязанными, и поэтому должен применяться механизм их согласованию²¹⁹.

Названные выше способы представляют собой вполне законные способы перехода корпоративного контроля, естественные для любой развитой социально-экономической системы.

В то же время в странах с переходной экономикой (каковой является в настоящее время и экономика нашей страны) распространение получили и, по сути, незаконные способы захвата контроля над хозяйственными обществами, лишь прикрываемые легальными схемами. При этом как отмечается в литературе, речь в любом случае идет о недобросовестном присвоении прав участника юридического лица либо

²¹⁹ Постановление ФАС Центрального округа по делу № А 68 -199 /ГП — 16 -05 от 13.08.2007 г.

самим обществом, либо другим участником общества, либо третьим лицом, не являвшимся до совершения указанных действий субъектом корпоративных отношений²²⁰.

Анализ судебной практики говорит о том, что фактическое восстановление нарушенных прав и законных интересов осуществляется в основном путем возврата акций (долей) лицу, который лишился владения в силу незаконных действий других лиц. В то же время потеря контроля над хозяйственным обществом не может быть в полной мере компенсирована взысканием убытков в размере стоимости соответствующих ценных бумаг. Российское законодательство, в том числе ст. 67 ГК РФ, устанавливающая права участников обществ, не предусматривает эффективных мер противодействия лишению участников юридических лиц корпоративного контроля, а также восстановления нарушенных прав указанных субъектов.

В этой связи задачей гражданского (корпоративного) законодательства является выработка механизма восстановления корпоративного контроля. Однако, как показывает анализ юридической литературы, существуют серьезные разногласия относительно способов защиты нарушенных корпоративных прав. Противоречива на этот счет и судебная практика. На наш взгляд при исследовании этого вопроса следует признать правоту тех исследователей, которые считают невозможным применение вещно-правовых способов защиты прав на утраченные акции как бездокументарную ценную бумагу. Это объясняется тем, что предметом защиты при применении указанных выше способов могут являться исключительно вещи, но никак не обязательственные (относительные права). Поэтому говорить о виндикации бездокументарных ценных бумаг, а также долей в уставном капитале общества юридически некорректно²²¹. Однако, в судебной практике можно встретить обращение к этому способу защиты. Подобное положение стало возможным благодаря Информационному письму Президиума Высшего Арбитражного суда РФ от 21.04.1998 года. В нем было указано, что требования, носящие виндикационный характер, распространяются и на

²²⁰ Андреев А.В. Гражданско-правовые способы восстановления корпоративного контроля // Вестник Федерального Арбитражного Суда Московского округа. 2011. № 4. С. 67.

²²¹ См. например: Маттеи У., Суханов Е.А. Основные положения права собственности. М.: Юрист, 1999. С.375; Сарбаш С.В. Восстановление корпоративного контроля // Вестник гражданского права. 2008. № 4.

истребование из чужого незаконного владения именных ценных бумаг, в том числе акций.

Полагаем, что при восстановлении корпоративного контроля (прав на утраченные акции) могут применяться такие способы как реституция, признание права и восстановление положение, существовавшее до нарушения права²²². К примеру, в практике арбитражных судов активно развивается такой подвид восстановления в первоначальное положение, как восстановление корпоративного контроля на основании положений ст. 12 ГК РФ.

В качестве отправной точки применения судами категории «восстановление корпоративного контроля» послужило рассмотрение в июне 2008 г. Президиумом ВАС РФ двух дел в порядке надзора. Судебные акты, принятые по результатам рассмотрения надзорных жалоб, содержали в себе выводы о направленности исков, в том числе и на восстановление права корпоративного контроля над обществом²²³.

Выводы.

Изложенное свидетельствует, что в теории и практике возникают проблемы, связанные с переходом корпоративного контроля в хозяйственных обществах от одних участников (акционеров) к другим.

При этом установлены виды корпоративного контроля в зависимости от субъекта. Выделяют по этому основанию: акционерный, менеджериальный и финансовый контроль. При этом применительно к российским хозяйственным обществам, можно говорить в основном об акционерном контроле. В то же время, имеется тенденция на усиление менеджериального контроля.

Выделены основные способы легального перехода корпоративного контроля. Основными способами в российской практике являются такие способы как прямое приобретение контрольного пакета акций, а также использование для этих целей механизмов реорганизации в форме слияния и присоединения. Другие способы относительно менее

²²² См. более подробно об этом: Андреев А.В. Гражданско-правовые способы восстановления корпоративного контроля // Вестник Федерального Арбитражного Суда Московского округа. 2011. № 4. С. 67–75.

²²³ Постановления Президиума ВАС РФ от 03.06.2008 № 1176/08 по делу № А14–14857/2004–571/21, от 10.06.2008 № 5539/08 по делу № А40–11837/06–138–91.

распространены. В то же время изменение законодательства возможно приведет к их большему применению.

Кроме того, рассмотрены проблемы, связанные с разработкой механизма восстановления корпоративного контроля.

Анализ законодательства и судебной практики позволяет выделить следующие гражданско — правовые способы восстановления корпоративного контроля. К ним следует отнести требования о реституции, виндикации, признании права и восстановлении в первоначальное положение. Как правило, каждый из перечисленных способов защиты нарушенных корпоративных прав применяется путем обращения в арбитражный суд с соответствующим иском.

Андрей Черкашин

Магистрант юридического факультета
МГУ имени М.В.Ломоносова

Законодательство об инсайдерской информации РФ и ЕС: проблемы и перспективы

27 июля 2010 года был принят Федеральный Закон № 224 «О противодействии использованию инсайдерской информации и манипулированию рынком и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее — ФЗ об инсайте), который впервые на уровне законодательства закрепил понятие «инсайдерской информации» и ввёл правовое регулирование этого института. Данный термин, в принципе, встречался и раньше в нормативных актах РФ, но его можно было обнаружить только в некоторых подзаконных актах, таких как приказы ФКЦБ²²⁴ и ФСФР, реже Банка России²²⁵, а также в Кодексе Корпоративного Поведения от 05.04.2002г. (применение которого носит рекомендательный характер). К тому же, в указанных актах, не было понятия инсайдерской информации, более того, оно, как правило, использовалось как синоним понятия «служебная информация»²²⁶, например в п.6.4 приказа ФСФР РФ от 10.10.2006г. «Об утверждении Положения о раскрытии информации эмитентами эмиссионных ценных бумаг»²²⁷. Толкование термина «инсайдерская информация» можно было обнаружить только в Кодексе Корпоративного Поведения (п.4.2.1), но, во-первых, как было отмечено выше, данный акт носит рекомендательный характер, во-вторых, это толкование очень узкое и относится только к ценным бумагам и деятельности общества, в котором принят этот Кодекс.

В ст.2 ФЗ об инсайте впервые в истории российского законодательства было закреплено подробное определение инсайдерской информации. Однако, по нашему мнению, оно не лишено недостатков.

²²⁴ Большинство из которых на сегодня утратило силу

²²⁵ В частности, инструкция ЦБ РФ от 10.03.2006г. «О правилах выпуска и регистрации ценных бумаг кредитными организациями на территории РФ»

²²⁶ Которое, кстати, тоже не раскрывалось в законодательстве РФ

²²⁷ На данный момент этот акт также утратил силу

Во-первых, оно является очень большим и неудобным. В зарубежном законодательстве мы, как правило, можем найти более лаконичные определения данного института. Например, по Закону Великобритании 2001г. «О финансовых услугах»²²⁸, инсайдерской информацией является информация, которая не является общедоступной для участников рынка и которую участники, если бы она была им доступна, вероятно, посчитали бы значимой для принятия решения о том, на каких именно условиях следует осуществлять сделки с соответствующими финансовым инструментом. Закон Германии 1994г. «О торговле ценными бумагами»²²⁹ определяет инсайдерскую информацию как факты, которые не являются публично известными, относятся к одному или нескольким эмитентам ценных бумаг и могут существенно повлиять на цену ценных бумаг в случае их раскрытия. Самое удачное определение инсайдерской информации дано, на наш взгляд, в п.1 ст.1 Директивы 2003/6/ЕС от 28.01.2003г. «Об использовании инсайдерской информации в процессе торгов и манипулировании рынком» (далее — Директива 2003/6/ЕС), согласно которому, инсайдерской информацией — это не распространенная прямо или косвенно конкретная информация, касающаяся одного или нескольких владельцев финансовых инструментов, а также самих финансовых инструментов. Будучи раскрытой, такая информация с большой долей вероятности повлияет на цены таких финансовых инструментов или на цены производных финансовых инструментов. Достоинством данного понятия можно назвать то, что оно охватывает и сведения об эмитенте и сведения об эмитированных им финансовых инструментах, при этом, в отличие от ФЗ об инсайте, делает это достаточно лаконично.

Во-вторых, определение инсайдерской информации, в качестве формального признака таковой, выделяет отнесение её к исчерпывающему перечню инсайдерской информации, утверждённым ФСФР (ст.3 ФЗ об инсайте). На данный момент он закреплён в Перечне информации, относящейся к инсайдерской информации лиц, указанных в ФЗ об инсайте, утв. Приказом ФСФР от 12.05.2011г. Сам же закон не содержит даже примерного перечня информации, которая может

²²⁸ https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/81410/consolidated_fsma050911.pdf

²²⁹ <http://www.gesetze-im-internet.de/wphg/>

быть отнесена к инсайдерской (исключение составляет информация государственных и муниципальных органов, в отношении которых в ст.3 ФЗ об инсайте такой перечень есть), не говоря уже о том, что зарубежное законодательство, как правило, не выделяет формальный критерий для отнесения информации к инсайдерской. В частности, не выделяет такой формальный критерий и упомянутая выше Директива 2003/6/ЕС. И это не случайно: рыночные цены на финансовые инструменты могут формироваться под воздействием любых факторов, как экономического или политического характера, так и совершенно не связанных с рынком. И невозможно заранее предусмотреть весь круг таких фактов.

В-третьих, в ФЗ об инсайте проведено разграничение понятия «инсайдерская информация» с охраняемыми законом тайнами (коммерческая, профессиональная, банковская и др.). Данные правовые институты не соотносятся как общее и частное. Инсайдерской является информация, которая может подпадать под режим, например, коммерческой тайны определённого ОАО, но, в тоже время, не всякая информация, составляющая коммерческую тайну, может быть инсайдерской, а только та, которая, при распространении или предоставлении может существенно повлиять на цены эмиссионных ценных бумаг данного ОАО. Однако, существенное отличие правового режима инсайдерской информации от режима охраняемой законом тайны состоит в том, что она должна быть раскрыта (ст.8 ФЗ об инсайте). Смысл же правового режима охраняемой законом тайны состоит в том, чтобы информация, составляющая, например, коммерческую тайну, как можно дольше не становилась доступной широкому кругу лиц. Процедура раскрытия инсайдерской информации на сегодняшний день урегулирована в изданном во исполнение ст.8 ФЗ об инсайте Положении о порядке и сроках раскрытия информации лиц, указанных в ФЗ об инсайте, утв. Приказом ФСФР от 28.02.2012г. (далее — Положение о раскрытии инсайдерской информации). Проблема заключается в следующем. В Положении о раскрытии инсайдерской информации не урегулированы случаи, когда сведения, составляющие инсайдерскую информацию подпадают под какой-либо режим охраняемой законом тайны. В п.15 рассматриваемого Положения, посвящённого инсайдерской информации, не подлежащей обязательному раскрытию, предусматривается лишь возможность

эмитента не сообщать о принятых его советом директоров решениях по вопросам, относящимся к его компетенции в соответствии с уставом (учредительными документами) такого эмитента, если такая информация в установленном эмитентом порядке относится к его конфиденциальной информации. При этом данное правило не относится к информации о принятых советом директоров эмитента решениях по вопросам, относящимся к его компетенции в соответствии с федеральными законами. Дело в том, что, например, ст.65 Федерального закона от 26 декабря 1995г. «Об акционерных обществах» предусматривает ряд вопросов, по которым совет директоров АО может принимать решения. Однако данный перечень не является исчерпывающим, он может быть расширен в уставе конкретного АО. Именно о таких дополнительных полномочиях и идёт речь в п.15 Положения о раскрытии инсайдерской информации. Больше в данном Положении никаких исключений для сведений, составляющих охраняемую законом тайну эмитента, не предусмотрено. На наш взгляд, данная коллизия нуждается в разрешении. Так, например, п.2 ст.6 Директивы 2003/6/ЕС от 28.01.2003г. позволяет не раскрывать эмитенту информацию, отнесённую к одному из видов охраняемых законом тайн. Более того, указанная статья допускает не раскрывать любую инсайдерскую информацию, раскрытие которой, по мнению эмитента, способно причинить ему убытки. Однако, в указанных случаях эмитент несёт всю полноту ответственности, если нераскрытие инсайдерской информации принесло убытки остальным участникам рынка.

В-четвёртых, в литературе часто отмечают, что, если понятие инсайдерской информации, содержащееся в зарубежном законодательстве (в том числе в Директиве 2003/6/ЕС от 28.01.2003г), говорит о сведениях, которые в случае их распространения или предоставления могут оказать влияние на цены ценных бумаг (то есть понятие связано с фондовым рынком), то по ст.2 ФЗ об инсайте инсайдерской информацией являются сведения, которые могут оказать влияние не только на цены финансовых инструментов, но и на цены товаров и иностранной валюты (то есть понятие связано не только с фондовым рынком, но и с товарным и валютными рынками). На самом деле это не совсем верно. Дело в том, что, если ст.2 Федерального закона от 22 апреля 1996г. «О рынке ценных бумаг» под финансовыми инструментами понимает лишь ценные бумаги и производные финансовые

инструменты, то Директива ЕС № 2004/39/ЕС «О рынках финансовых инструментов» под финансовыми инструментами подразумевает не только ценные бумаги, но практически всё, что может обращаться на организованных торгах (в том числе товары и иностранные валюты). В свою очередь ст.1 Директивы 2003/6/ЕС говорит о том, что сфера её действия распространяется на любые финансовые инструменты в определении, данном Директивой ЕС № 2004/39/ЕС. Аналогичного подхода придерживается, кстати, и законодательство США, так как в ст.2 Security Act of 1933²³⁰ приводится такое же широкое понятие финансовых инструментов. Но, даже если бы российское определение инсайдерской информации и было бы шире, чем в западных законодательствах, то указанный плюс нивелировался бы тем, что, в силу ч.2 ст.1, ФЗ № об инсайде регулирует отношения, связанные лишь с теми финансовыми инструментами, иностранной валютой и товарами, которые обращаются на организованных торгах²³¹. Если оборот ценных бумаг крупных российских эмитентов (и то далеко не всех) и иностранной валюты, в основном, происходит на организованных торгах, то оборот товаров на товарном рынке в значительной степени происходит за пределами организованной торговли. Кроме того, какие-либо поправки в связи с изданием ФЗ об инсайде были внесены лишь в законодательство о рынке ценных бумаг, в то время, как в валютное законодательство и законодательство о товарных рынках (в частности, касающегося деятельности товарных бирж) практически никаких новелл внесено не было.

Значительным шагом вперёд для российского законодательства стало закрепление в ст.4 ФЗ об инсайде списка инсайдеров, то есть лиц, владеющих инсайдерской информацией. Значение закрепления списка инсайдеров заключается в том, что, в силу ст.6 ФЗ об инсайде, указанные лица не могут использовать инсайдерскую информацию для совершения сделок с финансовыми инструментами, иностранной валютой и товарами, которых касается обладаемая ими инсайдерская информация, а также давать рекомендации третьим лицам на совершение подобных сделок. Кроме того, в соответствии со ст.9

²³⁰ <http://www.sec.gov/about/laws/sa33.pdf>

²³¹ То есть на фондовых, валютных и товарных биржах соответственно, или у других организаторов торговли, которые в соответствии с федеральными законами могут осуществлять организацию торговли данным имуществом

ФЗ об инсайде, эмитенты ценных бумаг (или производители товаров), которых касается инсайдерская информация, должны вести списки инсайдеров и передавать эти списки (а также уведомлять обо всех изменениях в них) в федеральный орган исполнительной власти в области финансовых рынков, а также организатору торговли, у которого обращаются ценные бумаги (товары) указанного эмитента (производителя товаров). На данный момент уведомление лиц о включении их в список инсайдеров регулируется Положением о порядке уведомления лиц об их включении в список инсайдеров и исключении из такого списка (утв. приказом ФСФР от 21 января 2011 г.). В соответствии со ст.10 ФЗ об инсайде инсайдеры, включенные в такой список обязаны уведомлять указанные организации, включивших их в список инсайдеров, а также федеральный орган исполнительной власти в области финансовых рынков об осуществленных ими операциях с ценными бумагами (товарами) этого эмитента (хозяйствующего субъекта) или и о заключении договоров, являющихся производными финансовыми инструментами, цена которых зависит от таких ценных бумаг (товаров).

Однако и в закреплении в ФЗ об инсайде списка инсайдеров не обошлось без изъянов. Главным из них, по нашему мнению, является исчерпывающий характер перечня инсайдеров, из-за чего им могут быть не охвачены иные лица, которые могут фактически располагать инсайдерской информацией. Например, это могут быть, не упомянутые в ст.4 ФЗ об инсайде родственники инсайдеров-физических лиц (в частности, членов совета директоров эмитента). Здесь интересно отметить, что за долго до принятия ФЗ №224, ЦБ РФ издал 17.12.2004г. официальное разъяснение «О применении отдельных положений инструкции Банка России от 16.01.2004г. «Об обязательных нормативах банков», в котором закрепил перечень лиц, которые могут быть инсайдерами банка и среди таковых отдельно выделил родственников инсайдеров. В ст. 32 Модельного Закона СНГ от 24.11.2001г. также указываются среди инсайдеров родственники инсайдеров-физических лиц. Поэтому отсутствие в ФЗ об инсайде среди списка инсайдеров родственников инсайдеров-физических лиц кажется, по меньшей мере, странным. Необходимо также отметить, что ст.4 ФЗ об инсайде относит к инсайдерам, в частности, лиц, имеющих доступ к инсайдерской информации эмитента-инсайдера в силу

договора (например, аудиторские организации, оценщики и т.п.), также ст.4 ФЗ об инсайте относит к инсайдерам лиц, владеющих более 25% голосов в высшем органе управления эмитента-инсайдера, но «забывает» упомянуть от лицах, владеющих более 25% голосов в высшем органе управления в юридических лицах, имеющих доступ к инсайдерской информации эмитента-инсайдера в силу договора. Более того, ст.4 ФЗ об инсайте вообще не выделяет иных оснований получения доступа к инсайдерской информации, кроме договора (например, афиллированность). Это подтверждается также п.2 информационного письма ФСФР от 21.12.2012г. «О разъяснении отдельных вопросов практики применения ФЗ №224», в котором разъяснено, что условиями отнесения лиц, инсайдерам имеющих доступ к инсайдерской информации эмитента-инсайдера являются: во-первых, наличие договора (при этом он должен предусматривать, что он содержит допуск к инсайдерской информации!), во-вторых, наличие фактического доступа к инсайдерской информации. Лишь фактического допуска достаточно для отнесения к инсайдерам эмитента только для лиц, направивших данному эмитенту добровольное, обязательное или конкурирующее предложение в соответствии с гл.ХI.1 ФЗ «Об акционерных обществах».

Ни Директива 2003/6/ЕС, ни законодательство США не закрепляют закрытый перечень инсайдеров. Более того, ст.4 Директивы 2003/6/ЕС говорит, что запреты, связанные с обладанием инсайдерской информацией, распространяются на лиц, которые знают или должны знать(!) о природе такой информации. Более того, законодательство об инсайдерской информации и практика его применения в зарубежных странах идёт ещё дальше. Так, согласно зарубежной практике и доктрине инсайдером можно стать не только при совершении активных действий для получения инсайдерской информации, но и при бездействии. Здесь имеется хрестоматийный пример из практики Палаты Лордов Великобритании: обвиняемый намеревался купить крупный пакет акций компании у ее акционера, однако продавец предпочел продать их другому лицу, и через своего брокера сообщил об этом обвиняемому. Обнародование информации о продаже крупного пакета акций должно было существенно повысить цену всех акций данного эмитента. Получив информацию, обвиняемый дал поручение своим агентам о скупке максимального количества

данных ценных бумаг на бирже, а затем продал их по значительно выросшей цене²³². В РФ бы такого обвиняемого в рамках действующего законодательства вряд ли бы удалось привлечь к ответственности. Законодательство Франции выделяет «случайных инсайдеров», то есть лиц, случайно получивших доступ к инсайдерской информации, на них также распространяются все запреты и ограничения, связанные с инсайдерской информацией²³³.

Резюмируя критику закрытого перечня инсайдеров хочется отметить, однако, что в российских реалиях при открытом перечне инсайдеров (а, тем более, при закреплении «случайных инсайдеров») возможны злоупотребления со стороны контролирующего органа, что очень опасно для бизнеса при несовершенстве судебной системы РФ.

Другой проблемой института инсайдеров в российском законодательстве является то, что оно не содержит положений, касающихся неправомерного включения лица в список инсайдеров, а также какого-либо порядка обжалования неправомерного включения лица в данный список. В п.5 вышеупомянутого информационного письма ФСФР от 21.12.2012г., лишь высказано мнение, что обязанности, связанные с включением лица в список инсайдеров возникают только при правоммерном включении, а неправомерное включение можно обжаловать. При этом ФСФР рекомендует не прекращать исполнение лицом обязанностей, связанных с его включением в список инсайдеров, даже если оно считает, что включено неправомерно, т.к. иначе при решении суда не в свою пользу оно будет нести ответственность. На наш взгляд, подобные важные положения должны непременно содержаться в ФЗ №224, а не в подзаконном акте разъяснительного характера.

В силу ст.6 ФЗ об инсайте, запрещается использовать инсайдерскую информацию для совершения сделок и иных действий по приобретению и отчуждению финансовых инструментов, которых касается инсайдерская информация (исключение: обязательство возникло ранее того момента, когда лицо стало инсайдером), для сообщения инсайдерской информации другому лицу (исключение: обязанность в силу закона или договора), а также для дачи рекомендаций третьим лицам совершить сделки с указанными финансовыми инструментами. При этом

²³² Добровольский В.И. «Корпоративное право для практикующих юристов» — М — 2009г. — С.134

²³³ Добровольский В.И. Там же.

формально данные запреты касаются любого лица, а не только лица, включённого в список инсайдеров, т.к. ст.6 ФЗ об инсайте не упоминает, что эти запреты относятся лишь к инсайдерам. Неясным правда остаётся вопрос о том, как устанавливается то, что лицо, не являющееся инсайдером, совершило сделки с использованием инсайдерской информации. Передача же инсайдерской информации для ее опубликования редакции СМИ, а также ее опубликование в СМИ не являются нарушением ст.6 ФЗ об инсайте. Однако, данные действия не освобождают от ответственности за незаконное получение, использование, разглашение сведений, составляющих охраняемую законом тайну, и от соблюдения обязанности по раскрытию или предоставлению инсайдерской информации. Дискуссионной является норма ч.8 ст.7 ФЗ об инсайте, согласно которой совершение сделок, сопровождающихся использованием инсайдерской информации, не является основанием для признания их недействительными. В соответствии с ч.7 ст.7 ФЗ об инсайте, единственным гражданско-правовым способом защиты прав лиц, кому были причинены убытки неправомерным использованием инсайдерской информации, является требование об их возмещении. Встает вопрос: а нужно ли сделки, совершённые с неправомерным использованием инсайдерской информации признавать недействительными или достаточно такого способа защиты, как взыскание убытков? Однозначный ответ дать сложно: с одной стороны размер и причины убытков являются труднодоказуемыми, особенно в российской судебной практике, с другой стороны: такая жёсткая мера может навредить обороту финансовых инструментов (инвесторы станут опасаться их приобретать). К тому же, согласно ст. п.2 ст.167 Гражданского Кодекса РФ (далее — ГК РФ), при недействительности сделки каждая из сторон обязана возратить другой все полученное по ней. Такое последствие было бы трудно применить к недействительной сделке за нарушение запрета использования инсайдерской информации, в связи с тем, что на организованном рынке, как правило, участники сделки, приобретая ценные бумаги, перепродают их дальше третьим лицам, к которым, в свою очередь, последствия недействительности сделки в виде реституции неприменимы — только в виде виндикации по правилам, установленные в ГК РФ для данного способа защиты (ст.301–303 ГК РФ)²³⁴.

²³⁴ Данная правовая позиция была сформулирована в Постановлении Конституционного Суда РФ от 21 апреля 2003 г. № 6-П

Здесь интересно отметить, что в судебном прецеденте Верховного Суда США, произошедшем в 1909 г., который общепризнанно считается первым случаем наказания за сделку с использованием инсайдерской информации, суд признал сделку недействительной с применением двухсторонней реституции. Директор Philippine Sugar Estates Development Company выкупил у одного из акционеров долю (800 акций), утаив информацию о грядущей продаже компании по существенно более высоким ставкам. Верховный суд США присудил вернуть акции пострадавшему акционеру, руководствовался суд, однако, исключительно этическими соображениями, поскольку, как было упомянуто выше, первые законодательные акты, запрещающие использовать инсайдерскую информацию, были приняты лишь в после Великой депрессии в 1933–1934 гг.²³⁵.

Ответственность за неправомерное использование инсайдерской информации может быть и публично-правовой: вместе с изданием ФЗ инсайте законодатель внёс соответствующие новые составы правонарушений в Кодекс об Административных Правонарушениях (далее — КоАП) и в Уголовный Кодекс (далее — УК РФ). Так, ст. 15.21. КоАП предусматривает ответственность за неправомерное использование инсайдерской информации. Важно отметить, что ответственность по данной статье наступает не только за получение излишнего дохода, но и за избежание убытков. В ст. 15.35. КоАП предусмотрена ответственность за иные нарушения законодательства об инсайдерской информации, не связанные с извлечением дохода или избежанием убытков (нераскрытие инсайдерской информации, отсутствие списка инсайдеров и др.). К сожалению, арбитражная практика по применению вышеуказанных статей КоАП в настоящий момент отсутствует. Отсутствует практика применения и новой ст.185.6 УК РФ, предусматривающей наказание за умышленное неправомерное использование инсайдерской информации, если это привело к извлечению лицом дохода или избежанию убытков в размере 2,5 миллиона рублей (данная статья вступила в силу лишь 31 июля 2013 года). Согласно Директиве 2003/6/ЕС публичная ответственность за нарушение законодательства об инсайдерской информации может наступать и при неосторожной форме вины. В РФ, как по КоАП, так и по УК,

²³⁵ Тимошина Т.М. Экономическая история зарубежных стран. // М.: Юстицинформ, 2003. — С. 221

ответственность возможна только за умысел. Необходимо ли следовать опыту ЕС в данном вопросе? С одной стороны, умысел сложнее доказать, к тому же закрытый перечень инсайдеров также осложняет расследование по таким правонарушениям. С другой стороны, в российских реалиях иной подход приведёт к злоупотреблениям со стороны контролирующих органов.

Недостатком действующей санкции КоАП за неправомерное использование инсайдерской информации является, по нашему мнению, её размер. Согласно, ст.15.21 КоАП она составляет штраф для граждан в размере от трех тысяч до пяти тысяч рублей; для должностных лиц — от тридцати тысяч до пятидесяти тысяч рублей или дисквалификацию на срок от одного года до двух лет; для юридических лиц — в размере суммы излишнего дохода либо суммы убытков, которых юридическое лицо избежало в результате неправомерного использования инсайдерской информации (но не менее семисот тысяч рублей). Получается, что если предполагаемый доход от неправомерного использования инсайдерской информации составит более семиста тысяч рублей, то юридическое лицо может не опасаться быть в последствии привлечённым к административной ответственности: все неблагоприятные для него последствия сведутся к тому, что он просто вернёт государству доход, который оно заработало. Установление двукратного или троекратного от дохода штрафа за совершение рассматриваемого правонарушения, на наш взгляд, в большей мере соответствовало бы функции санкции в данном случае. Так, например, в США Insider Trading Sanctions Act of 1984²³⁶ были внесены изменения в The Securities Exchange Act of 1934²³⁷, согласно которым за незаконное использование инсайдерской информации виновное лицо подлежит штрафу в размере трёхкратного дохода (или избежания убытков) этого лица, если сумма дохода (избегаемых убытков) составила более 100 тысяч долларов, и в размере десятикратного дохода (или избежания убытков) этого лица, если сумма дохода (избегаемых убытков) составила менее 100 тысяч долларов.

Таким образом, законодательство РФ в части регулирования инсайдерской информации было, в целом, приведено в соответствие

²³⁶ <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2926&context=dlj>

²³⁷ <http://www.sec.gov/about/laws/sea34.pdf>

со стандартами ЕС. Положения ФЗ об инсайде отличаются от Директивы 2003/6/ЕС в основном в решениях относительно открытости (в Директиве 2003/6/ЕС) или закрытости (в ФЗ об инсайде) перечня инсайдерской информации и инсайдеров. Возможно, это связано с переходным характером рыночной экономики РФ и недостаточным становлением правового государства в РФ. Дело в том, что такие открытые перечни могут привести к злоупотреблениям со стороны контролирующих органов, что при известной несовершенстве судебной системы в России способно нанести вред участникам фондового рынка. Однако, в перспективе, особенно в контексте планов России по созданию международного финансового центра, возможно, законодательству РФ об инсайдерской информации стоит воспринять положительный опыт ЕС в регулировании данного института.

Елизавета Черторийская

Выпускник кафедры предпринимательского права
юридического факультета МГУ имени М.В.Ломоносова

Актуальные проблемы правового регулирования венчурных фондов в РФ

Инновационный путь развития, провозглашенный высшим руководством страны²³⁸ как приоритетное направление действий, невозможен без создания благоприятных условий для осуществления предпринимательской деятельности в сфере венчурной экономики²³⁹. Мировое сообщество в настоящее время уверенно переходит в стадию «экономики, основанной на знании». Основу финансирования новых технологий составляет венчурный капитал.

В российском законодательстве до недавнего времени отсутствовали соответствующие специфическим требованиям участников венчурной деятельности организационно-правовые формы юридического лица и договорные формы, в достаточной мере учитывающие особенности реализации венчурных бизнес-проектов²⁴⁰. По этой причине Президент РФ поручил обеспечить «развитие законодательства, регламентирующего способы организации коллективных инвестиций»²⁴¹. Во исполнение этого поручения 21 ноября 2011 г. был принят Федеральный закон № 380-ФЗ «О хозяйственных партнерствах», а 28 ноября 2011 г. — Федеральный закон № 335-ФЗ «Об инвестиционном товариществе». В связи с вышесказанным, целью настоящей статьи является анализ существующих правовых форм ведения бизнеса применительно к венчурному предпринимательству, выявление их достоинств и недостатков, оценка перспектив развития. В соответствии с указанной целью, в статье предлагается изучить определения понятий «венчурное инвестирование», «венчурный капитал», «венчурный

²³⁸ Российская газета. №5350(271). 2011. Федеральный выпуск.

²³⁹ Борисов А.Н. Комментарий к Федеральному закону «О хозяйственных партнерствах» (постатейный). М.: Деловой двор, 2012. С. 5.

²⁴⁰ Семко А.М. Основы правового регулирования венчурного инвестирования в России и за рубежом // Предпринимательское право. 2011. №3. С. 7–10.

²⁴¹ Там же.

фонд»; описать историю развития венчурного капитала в России, США и Европе; исследовать различные организационно-правовые формы юридических лиц (товарищество на вере, общество с ограниченной ответственностью, акционерное общество, хозяйственное партнерство) применительно к осуществлению венчурной деятельности; исследовать институт простого товарищества и инвестиционного товарищества применительно к венчурной деятельности; исследовать инвестиционные фонды особо рискованных (венчурных) инвестиций (акционерные инвестиционные фонды и закрытые паевые инвестиционные фонды).

Смещение акцента с сырьевых отраслей на высокотехнологичные индустрии является одной из основных задач, стоящих перед экономикой России в настоящее время и во многом зависит от темпов развития технологически ориентированного предпринимательства. Мировой опыт показывает: малые и средние инновационные компании наиболее мотивированны и гибки в достижении цели вывода научнотехнической продукции на рынок и играют важную роль в освоении новых перспективных ниш²⁴².

Однако многие инвесторы не предоставляют финансирование новым компаниям из-за того, что усилия и расходы, которые будут необходимы, чтобы организовать финансирование малого предприятия, будут такими же, как и для обыкновенных предприятий, а ожидаемая прибыль от такого финансирования может не покрыть их риски.

В этих случаях малые и средние предприятия обычно ищут венчурного инвестора, который может предоставить достаточные денежные средства для того, чтобы новые компании могли развиваться на соответствующих рынках²⁴³.

Таким образом, венчурное финансирование — это долгосрочные высокорисковые инвестиции частного капитала в капитал вновь создаваемых малых высокотехнологичных перспективных компаний, ориентированных на разработку и производство наукоемких продуктов,

²⁴² Объединенные Нации. Европейская Экономическая Комиссия. Финансирование Инновационного Развития. Сравнительный обзор опыта стран ЕЭК ООН в области финансирования на ранних этапах развития предприятий. Перевод с английского — СПб.: РАВИ, 2008

²⁴³ Буркова А.Ю. Некоторые правовые концепции, не известные российскому праву // Право и экономика. 2012. №5. С. 14–19.

для их развития и расширения, с целью получения прибыли от прироста стоимости вложенных средств²⁴⁴.

Главную суть венчурного капитала хорошо поясняет семантика слова «венчур». По-английски *venture* означает «рискованное предприятие», причем это слово имеет тот же корень, что и *adventure*, то есть «приключение». Таким образом, венчурные инвестиции — это высокорисковые вложения капитала. При этом объектом инвестирования становятся находящиеся на ранних этапах развития инновационные компании с пока еще трудно просчитываемыми рыночными перспективами, но имеющие высокий потенциал. Основателями малых инновационных компаний, как правило, становятся ученые, инженеры и изобретатели, которые стремятся коммерциализировать результаты своей интеллектуальной деятельности, но редко имеют для этого достаточные средства²⁴⁵.

Европейская Ассоциация Венчурного Капитала — профессиональная ассоциация европейских венчурных капиталистов, образованная в 1983 г. (*Private Equity and Venture Capital Investing in Europe*, далее по тексту — «EVCA»), — дает следующее определение понятия венчурного капитала: венчурный капитал — это акционерный капитал, предоставленный профессиональными фирмами, инвестирующими вместе с менеджментом для создания, развития или трансформации частных компаний обладающих потенциалом значительного роста²⁴⁶.

Позитивная роль венчурной индустрии состоит в следующем:

- 1) происходит активизация создания новых коммерчески успешных инновационных предприятий;
- 2) венчурный бизнес становится еще одним способом перераспределения финансовых ресурсов в масштабах экономики благодаря определенным преимуществам — оперативности, отсутствию лоббирования и субъективистских подходов;

²⁴⁴ Особенности деятельности венчурных фондов в РФ // Ресурс «Инновации и предпринимательство» URL: <http://goo.gl/Za1IqV>

²⁴⁵ Инновационное предпринимательство: как работает венчурная «лестница» // Сборник статей. М.: ОАО «Российская венчурная компания», «Бизнес-журнал», 2010. С. 4.

²⁴⁶ Введение в венчурный бизнес. Российская ассоциация венчурного инвестирования (РАВИ) // Электронная библиотека портала «Венчурная Россия», www.allventure.ru. 2003. С. 16.

3) создаются рабочие места для высококвалифицированного персонала в новых инновационных сферах²⁴⁷.

Центральной проблемой правового регулирования венчурной деятельности является эффективное сочетание целей государства, связанных с развитием наукоемких производств и новых технологий с целями самих предпринимателей, главным стимулом которых является эффективность инвестирования. Для этого необходимы правовые нормы и экономические предпосылки, которые обеспечивали бы предпринимателям должную степень компенсации за все риски, связанные с венчурным инвестированием²⁴⁸.

Перед венчурными фондами в настоящий момент стоит целый ряд проблем, самой важной из которых является проблема правового регулирования. Необходимо, прежде всего, дать определение понятию «венчурный фонд»²⁴⁹. М.В.Плетнев определяет венчурный фонд следующим образом: «Венчурный фонд — это обособленный имущественный комплекс, состоящий из добровольных имущественных взносов физических и юридических лиц, связанных с риском неполучения доходов, с целью осуществления совместных инвестиций в научно-технической и инновационной сферах»²⁵⁰. В качестве примера определения венчурного фонда с точки зрения экономики, можно привести определение Е.А.Угнич: «Венчурный фонд представляет собой особый системообразующий элемент инновационного развития, реализующийся в объединении различных субъектов, их знаний, идей, опыта, управления, финансов и способствующий мобильности имеющихся ресурсов, их возможности капитализоваться»²⁵¹.

Для образования и деятельности венчурных фондов законодательством до недавнего времени не было установлено какой-то определенной организационно-правовой формы. Имеющиеся в российском

²⁴⁷ Правовая среда венчурной деятельности в Российской Федерации. Российская Ассоциация Прямого и Венчурного Инвестирования, Адвокатское Бюро Горемыкина, Цокол И Партнеры. // М. 2009. С. 5–6.

²⁴⁸ Там же. С. 3–4.

²⁴⁹ Плетнев М.В. Проблемы правового регулирования деятельности венчурных фондов // Безопасность бизнеса. 2008, № 1. С. 10–12.

²⁵⁰ Плетнев М.В. Указ. соч. С. 10–12.

²⁵¹ Угнич Е.А. Венчурный капитал как источник финансирования инновационного процесса. Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата экономических наук // М.: 2008

праве конструкции, которые могут использоваться для целей коллективной инвестиционной деятельности, в том числе в венчурных проектах, не в полной мере отвечают практике венчурного инвестирования²⁵².

В США начало формирования венчурной индустрии пришлось на 1950-е годы. Позже американскую модель заимствовали и адаптировали Европа, Азия и Россия, однако по размаху деятельности они пока не смогли приблизиться к родине венчурного капитала²⁵³.

Основателем современной венчурной индустрии принято считать генерала Джорджа Дориота. В 1946 г. он основал первую в истории Америки частную фирму венчурного капитала — Американскую Корпорацию Исследований и Развития (АКИР), социальную миссию которой Дориот первоначально определил так: способствовать инвестициям частного сектора в стартапы, запускаемые демобилизовавшимися после окончания Второй мировой войны военнослужащими. Самым крупным успехом АКИР стал проект Диджитал Эквипмент Корпорейшн. Она обеспечила АКИР рентабельность 101% в год²⁵⁴.

Одним из первых шагов к управляемой на профессиональной основе венчурной индустрии стал Закон «Об инвестициях в малый бизнес» 1958 г.²⁵⁵. Это событие стало прямым следствием озабоченности властей США технологическими успехами СССР, в частности, запуском первого искусственного спутника Земли в 1957 году. Одним из способов сократить отставание, по замыслу законодателей США, должно было стать создание условий, которые обеспечили бы приток денег в небольшие быстрорастущие технологические компании. Закон предусматривал создание так называемых SMIC (Small Business Investment Company) — частных компаний по инвестициям в малый бизнес. Пройдя лицензирование в Агентстве по развитию малого бизнеса

²⁵² Комментарий к Федеральному закону от 28 ноября 2011 г. № 335-ФЗ «Об инвестиционном товариществе» (постатейный) / Е.Я.Гулиева, А.А.Кирилловых, А.Е.Молотников и др.; отв. ред. А.Е.Молотников. М.: Юстицинформ, 2012. С. 5.

²⁵³ Инновационное предпринимательство: как работает венчурная «лестница» // Сборник статей. М.: ОАО «Российская венчурная компания», Бизнес-журнал. 2010. С. 5.

²⁵⁴ Парасоцкая Н.Н., Азуев З., Чузавков С. Венчурное инвестирование и перераспределение финансовых ресурсов в пользу инновационного развития // Финансовый вестник: финансы, налоги, страхование, бухгалтерский учет. 2012. № 4. С. 3–15.

²⁵⁵ Small Business Investment Act of 1958 // An Official Website of the United States Government. The US Small business administration. URL: <http://goo.gl/196ygz>

США (The US Small Business Administration), такие компании получали значительный финансовый рычаг в пропорции 4:1 к собственному капиталу за счет доступа к федеральным средствам, выделенным на развитие малого бизнеса, и могли осуществлять венчурные инвестиции в перспективные стартапы. Соответствующая программа бюджетного финансирования действует в США и по сей день²⁵⁶.

Фундаментом для создания и развития современной инновационной экономики США являлся Федеральный закон 1976 г. «О государственной научно-технологической политике, организации и приоритетах». Он предусматривал особую роль федерального правительства в определении инновационной стратегии развития государства как «главного организатора по содействию развитию фундаментальных наук, как особой сферы стратегических интересов США, определив федеральный бюджет в качестве источника покрытия этих расходов»²⁵⁷.

Европейский рынок венчурного капитала относительно молод. Исключением считается Великобритания, обладающая длительной историей венчурного инвестирования. Процесс становления венчурного бизнеса на определенном этапе потребовал создания профессиональных организаций. Они стали возникать как некоммерческие ассоциации. Сначала создавались национальные ассоциации, из которых самой старой является Британская ассоциация венчурного капитала (BVCA), основанная в 1973 году. EVCA, основанная в 1983 году всего 43 членами, в настоящее время насчитывает 320 членов. Сама потребность формальной структуризации венчурного движения свидетельствует о его зрелости и растущем влиянии²⁵⁸.

В России венчурные фонды стали создаваться в 1994 г. по инициативе Европейского Банка Реконструкции и Развития (ЕБРР). В 1997 г. двенадцать действующих венчурных фондов образовали Российскую ассоциацию венчурного инвестирования (РАВИ). Создаются институты развития, призванные увеличить объем инвестиций в наукоемкие

²⁵⁶ Инновационное предпринимательство: как работает венчурная «лестница» // Сборник статей. М.: ОАО «Российская венчурная компания», «Бизнес-журнал», 2010. С. 5.

²⁵⁷ Правовая среда венчурной деятельности в Российской Федерации. Российская Ассоциация Прямого и Венчурного Инвестирования, Адвокатское Бюро Горемыкина, Цок И Партнеры. // М. 2009. С. 10.

²⁵⁸ Гулькин П. Венчурный капитал. Немного истории и статистики. URL: <http://goo.gl/XzSj9G>

отрасли экономики, например, ОАО «Российская венчурная компания» (РВК)²⁵⁹.

Механизм венчурного финансирования в российском бизнесе имеет определенную специфику: в условиях неразвитости российского фондового рынка трудно найти рисковый капитал, но, тем не менее, российский венчурный капитал в Российской Федерации за последние годы значительно вырос²⁶⁰.

В целом в России отсутствует развитая законодательная база по венчурному финансированию²⁶¹.

Для активизации венчурной деятельности в России необходима разработка комплексного подхода, охватывающего законодательную область, макроэкономическое регулирование, институциональное развитие. Активное развитие этих процессов как внутри страны, так и в международном масштабе послужит достижению важнейших государственных целей: оздоровлению инновационной сферы и ее соответствию мировому уровню, усилению конкурентоспособности российской экономики путем выхода на мировые наукоемкие рынки²⁶².

Большинство предпринимателей и аналитиков признают, что наиболее подходящей для регистрации венчурного фонда формой является англо-американская Limited Partnership (LP, ограниченное партнерство, командитное товарищество). Одна из основных причин регистрации за рубежом большого количества фондов прямых и венчурных инвестиций, работающих с Россией — наличие уже готовой и хорошо отлаженной юридической конструкции типа LP²⁶³.

В рамках LP все участники подразделяются на ограниченных (отвечающих по обязательствам партнерства в пределах своих вкладов) и генеральных (отвечающих по обязательствам всем своим имуществом и принимающих основные управленческие решения). Форма

²⁵⁹ Венчурное финансирование. Сайт МСО ФМ. URL: <http://goo.gl/Af7KNk>

²⁶⁰ Особенности венчурного финансирования малого бизнеса в России. Брялина Г.И. // Башкирский государственный университет. URL: <http://goo.gl/MB7vld>

²⁶¹ «Стратегия развития науки и инноваций в Российской Федерации на период до 2015 года» утв. Межведомственной комиссией по научно-инновационной политике. Протокол от 15.02.2006 № 1.

²⁶² Ильенкова С.Д. Инновационный менеджмент. URL: <http://goo.gl/ABhFrb>

²⁶³ Семенов А. Договор простого товарищества и венчурные фонды // Сайт медиа-группы «РЦБ». URL: <http://goo.gl/eP4pz5>

LP с налоговых позиций является прозрачной, т.е. налоги платят лишь участники, а не партнерство на уровне юридического лица. Это позволяет избежать «двойного налогообложения». Для LP характерен малый уровень транзакционных издержек и отчетности, возможность заключения гибких и сложных контрактов между инвесторами.

Таким образом, мировой эталон организационно-правовой формы для венчурного фонда уже существует. И опытный инвестор будет сравнивать имеющиеся в стране формы с LP. И чем более похожими будут эти формы, тем выше вероятность положительного решения о вложении в фонд. Следует отметить, что и венчурная программа Великобритании, и венчурная система Израиля основаны на LP. По мнению израильских экспертов, принятие за основу именно этой формы стало одним из базовых компонентов их успеха²⁶⁴.

Близким аналогом LP в российском праве является товарищество на вере (командитное товарищество), которое предоставляет своим участникам различный объем прав и тем самым приближает характер деятельности такого товарищества к инвестиционным правоотношениям²⁶⁵.

Несмотря на наличие ряда преимуществ данной организационно-правовой формы (в том числе возможность поэтапного увеличения складочного капитала, возможность привлечения вкладчиков к участию в управлении товариществом и др.), товарищество на вере не лишено недостатков. Законодательство определяет невозможность ограничения права на выход из товарищества полных товарищей, а также вкладчиков (после окончания финансового года). А деятельность венчурных фондов никогда не ограничивается финансовым годом²⁶⁶. У формы товарищества есть еще множество ограничений. В частности, товарищами не могут стать ни существующие в форме некоммерческих организаций государственные корпорации,

²⁶⁴ Семенов А. Договор простого товарищества и венчурные фонды // Сайт медиа-группы «РЦБ». URL: <http://goo.gl/eP4pz5>

²⁶⁵ Комментарий к Федеральному закону от 28 ноября 2011 г. № 335-ФЗ «Об инвестиционном товариществе» (постатейный). Е.Я. Гулиева, А.А. Кирилловых, А.Е. Молотников и др.; отв. ред. А.Е. Молотников. М.: Юстицинформ, 2012.

²⁶⁶ Комментарий к Федеральному закону от 28 ноября 2011 г. № 335-ФЗ «Об инвестиционном товариществе» (постатейный) / Е.Я. Гулиева, А.А. Кирилловых, А.Е. Молотников и др.; отв. ред. А.Е. Молотников. М.: Юстицинформ, 2012. С. 5

ни пенсионные фонды, которые в международной практике выступают основными венчурными инвесторами²⁶⁷.

Венчурные фонды могут также создаваться в качестве инвестиционных фондов особо рискованных (венчурных) инвестиций²⁶⁸.

До 2007 г. паи инвестиционных фондов особо рискованных (венчурных) инвестиций были предназначены для неограниченного круга инвесторов, в связи с чем их деятельность была излишне регламентирована и вызывала критику со стороны участников венчурного рынка²⁶⁹. Теперь паи инвестиционных фондов особо рискованных (венчурных) инвестиций могут распределяться только среди квалифицированных инвесторов²⁷⁰. Допускается возможность включения в правила доверительного управления обязанности владельцев инвестиционных паев в случае увеличения их количества, предусмотренного правилами, приобрести дополнительно выдаваемые инвестиционные паи (аналог конструкции «commitments», используемой в зарубежных венчурных фондах)²⁷¹.

Инвестиционные фонды особо рискованных (венчурных) инвестиций могут быть только акционерными инвестиционными фондами и закрытыми паевыми инвестиционными фондами.

Акционерный инвестиционный фонд вправе осуществлять свою деятельность на основании специального разрешения (лицензии). При этом размер собственных средств акционерного инвестиционного фонда на дату представления документов для получения

²⁶⁷ Калышева Е. Форма для венчура. Интервью с членом Комитета Госдумы по информационной политике, информационным технологиям и связи Ильей Пономаревым // Российская Бизнес-газета: Инновации.

²⁶⁸ № 812. URL: <http://goo.gl/V7oAg>

²⁶⁹ Приказ ФСФР РФ от 28.12.2010 № 10–79/пз-н «Об утверждении Положения о составе и структуре активов акционерных инвестиционных фондов и активов паевых инвестиционных фондов».

²⁷⁰ Смирнов И.Е. Новое в законодательстве о рынке ценных бумаг. Инвестиционный банкинг // 2008, № 4.

²⁷¹ Приказ ФСФР России от 20.05.2008 № 08–19/пз-н «Об утверждении Положения о составе и структуре активов акционерных инвестиционных фондов и активов паевых инвестиционных фондов».

²⁷² Правовая среда венчурной деятельности в Российской Федерации. Российская Ассоциация Прямого и Венчурного Инвестирования, Адвокатское Бюро Горемыкина, Цокол И Партнеры. // М. 2009. С. 10.

лицензии должен составлять не менее 35 млн. рублей²⁷². Есть особенности в проведении общего собрания акционеров: письменное уведомление о созыве общего собрания акционеров, помимо собственно акционеров, также направляется специализированному депозитарию, оценщику и аудитору. При этом установлено, что порядок, форма и сроки уведомления этих лиц определяются нормами Федерального Закона «Об акционерных обществах» и уставом акционерного инвестиционного фонда²⁷³. Очевидно, что повышенные требования к уставному капиталу и жесткая регламентация деятельности акционерного инвестиционного фонда делают его непригодным для венчурной деятельности.

Паевой инвестиционный фонд, в отличие от акционерного инвестиционного фонда, не является юридическим лицом. Российская модель паевого инвестиционного фонда основывается на договоре доверительного управления, в соответствии с которым собственник имущества передает его управляющей компании, которая совершает сделки в его интересах.

Закрытый паевой инвестиционный фонд отличает отсутствие у владельца инвестиционных паев права требовать от управляющей компании прекращения договора доверительного управления паевым инвестиционным фондом до истечения срока его действия иначе как в случаях, предусмотренных Федеральным законом от 29.11.2001 № 156-ФЗ «Об инвестиционных фондах». Так достигается определенная стабильность имущественного комплекса.

Тем не менее, форма закрытого паевого инвестиционного фонда особо рискованных (венчурных) инвестиций является, по мнению многих экспертов, весьма далекой от оптимальной и, как следствие, неудобной для потенциальных частных инвесторов²⁷⁴.

В рамках закрытого паевого инвестиционного фонда обращает на себя внимание невозможность реализации принципа «поэтапного финансирования», так как по закону закрытый паевой инвестиционный

²⁷² Приказ ФСФР РФ от 13.08.2009 № 09–32/пз-н «Об утверждении требований к размеру и порядку расчета собственных средств акционерного инвестиционного фонда».

²⁷³ Вавулин Д.А. Комментарий к Федеральному закону «Об инвестиционных фондах» (постатейный). М.: Юстицинформ, 2009. С. 472.

²⁷⁴ Статья: Финансовый потенциал «Российской венчурной компании». Погорелов Д.И. // «Финансы», 2006, № 10. С. 4–5.

фонд должен быть закрыт к определенному моменту времени. Кроме того, для закрытого паевого инвестиционного фонда характерно наличие обременительной отчетности и регламентации вложений — мер, направленных на обеспечение гарантированного дохода для инвесторов, что излишне для венчурного фонда. Управляющая компания обязана предоставлять ежемесячно баланс имущества фонда, отчет о приросте стоимости имущества фонда, справку о стоимости активов фонда, а ежеквартально — бухгалтерскую отчетность управляющей компании и отчет о владельцах паев.

Закрытый паевой инвестиционный фонд особо рискованных (венчурных) инвестиций является очень далеким от формы LP, и его перспективы в качестве базы для венчурных фондов вызывают сомнения. Почти все существующие сегодня закрытые паевые инвестиционные фонды особо рискованных (венчурных) инвестиций — это не венчурные фонды в классическом смысле, а фонды прямых частных инвестиций, ориентированные на компании поздних стадий²⁷⁵.

Следующей правовой формой совместной коллективной деятельности, приближенной к области венчурного финансирования, является простое товарищество. ГК РФ дает простым товариществам такие важные для венчурного инвестирования преимущества, как выбор методов оценки имущества и вкладов по договору между участниками, возможность постоянного внутреннего контроля деятельности фонда со стороны инвесторов, возможность вложения по принципу commitments²⁷⁶.

Имеющиеся недостатки договора простого товарищества в случае венчурного фонда (солидарная ответственность участников по обязательствам (что отличает договор простого товарищества от LP), возможность досрочного выхода партнера из соглашения, распад партнерства в случае банкротства одного из участников) не являются препятствием к его деятельности и могут быть легко устранены посредством заключения договоров между участниками.

В силу специфики процесса венчурного инвестирования обязательства, по которым участники фонда будут вынуждены отвечать всем своим имуществом, могут возникнуть лишь в случае работы

²⁷⁵ Там же.

²⁷⁶ Семенов А. Договор простого товарищества и венчурные фонды // Сайт медиа-группы «РЦБ». URL: <http://goo.gl/eP4pz5>

фонда в убыток. Однако в договоре простого товарищества можно четко прописать, что управляющий товарищ не имеет права использовать больше средств, чем передано в управление, и привлекать заемные средства. В этой ситуации убытки венчурного фонда невозможны.

Для страховки от расторжения договора простого товарищества в нем следует четко прописать возможные основания для расторжения, например, только банкротство. При попытке расторгнуть договор по другим причинам участник договора простого товарищества должен будет возместить причиненный ущерб, например, в объеме принятых при вхождении в фонд обязательств, что станет сильным сдерживающим фактором.

Нужно отметить, что в России уже действуют частно-государственные фонды в форме простых товариществ. Например, как простое товарищество структурирован венчурный фонд корпорации «Аэрокосмическое оборудование».

Однако осуществление венчурной деятельности в форме простого товарищества не лишено проблем. Императивное требование ст. 1041 ГК РФ определяет, что сторонами такого договора могут быть только предприниматели, что, как и в случае с товариществом на вере, одновременно исключает из сферы инвестиционного процесса все публичные институты развития²⁷⁷.

Наиболее распространенные формы коммерческих организаций в России — общества с ограниченной ответственностью и акционерные общества, — хотя и соответствуют в некоторой степени ряду требований, предъявляемых бизнесом, но не свободны от многих недостатков, серьезно затрудняющих их использование в венчурных проектах. Одним из таких недостатков является крайняя степень зарегулированности условий формирования (изменения) уставного капитала, что серьезно затрудняет возможность реализации столь важного для венчурных компаний поэтапного финансирования. Негативную роль играет также невозможность заключения всеобъемлющих гибких соглашений — акционерных соглашений в АО и договоров об осуществлении прав участников общества в ООО — между

²⁷⁷ Комментарий к Федеральному закону от 28 ноября 2011 г. № 335-ФЗ «Об инвестиционном товариществе» (постатейный) / Е.Я. Гулиева, А.А. Кирилловых, А.Е. Молотников и др.; отв. ред. А.Е. Молотников. М.: Юстицинформ, 2012. С. 88.

участниками (акционерами) общества, в полной мере соответствующих международной практике (например, в российских условиях невозможно участие в таких соглашениях самой компании, ее будущих участников и иных лиц, а объем допустимых для включения в такое соглашение положений жестко законодательно ограничен).

Недостатки существующих организационно-правовых форм коммерческих организаций особенно негативно сказываются на малых и средних инновационных проектах, которые лишены возможности привлекать заемные средства и развитие которых существенным образом зависит от договоренностей с инвесторами.

В связи с вышесказанным, 21 ноября 2011 г. был принят Федеральный закон № 380-ФЗ «О хозяйственных партнерствах» (далее — Закон о хозяйственных партнерствах), а 28 ноября 2011 г. — Федеральный закон № 335-ФЗ «Об инвестиционном товариществе» (далее — Закон об инвестиционном товариществе).

Если инвестиционное товарищество представляет собой договор, особый вид договора простого товарищества (ч. 2 ст. 1 Закона об инвестиционном товариществе), то хозяйственное партнерство — новая организационно-правовая форма юридического лица. По мысли разработчиков законопроекта, хозяйственное партнерство — нечто среднее между товариществом и ООО²⁷⁸.

Хозяйственным партнерством признается созданная двумя или более лицами коммерческая организация, в управлении деятельностью которой в соответствии с Законом о хозяйственных партнерствах принимают участие участники партнерства и иные лица в пределах и в объеме, которые предусмотрены соглашением об управлении партнерством. Законодатель в данном определении подчеркивает, что в управлении деятельностью партнерства могут участвовать лица, в том числе и не обязательно инвестировавшие в него какое-либо имущество (и не несущие не только хотя бы ограниченной ответственности по его долгам, но и вообще никакого имущественного риска за результаты своей деятельности). Менеджмент становится неподконтрольным обычным участникам корпорации и приобретает статус и возможности, иногда недоступные последним²⁷⁹.

²⁷⁸ Пьянкова А. Будем знакомы: хозяйственное партнерство // ЭЖ-Юрист. 2012. № 11. С. 13.

²⁷⁹ Суханов Е. А. Хозяйственное партнерство или инвестиционная командита?

Участники партнерства не отвечают по обязательствам партнерства и несут риск убытков в пределах сумм внесенных ими вкладов.

Иными особенностями хозяйственных партнерств являются следующие:

1) партнерство создается не менее чем двумя учредителями (и даже впоследствии не может стать «компанией одного лица»), количество его участников ограничено пятьюдесятью;

2) отсутствуют какие-либо требования к размеру складочного капитала партнерства²⁸⁰;

3) в соглашении об управлении партнерством может предусматриваться непропорциональность вкладов (долей) и прав на участие в управлении;

4) структура управления свободно определяется его участниками в соглашении об управлении, требуется лишь наличие единоличного исполнительного органа, которым может быть только участник партнерства.

5) права и обязанности участников, в том числе относительно возможности отчуждения принадлежащих им долей и выхода из партнерства, также определяются в соглашении об управлении партнерством;

При этом возможность практического использования хозяйственного партнерства существенно снижена ограничением его правоспособности. По Закону о хозяйственных партнерствах оно не может быть учредителем (участником) иных юридических лиц (за исключением ассоциаций и союзов), осуществлять эмиссию облигаций и иных ценных бумаг, осуществлять рекламу своей деятельности²⁸¹.

Хозяйственное партнерство одновременно обладает чертами как «объединения капиталов» в виде отсутствия ответственности участников по долгам корпорации, так и «объединения лиц» в виде отсутствия минимального уставного капитала и свободно определяемой структуры управления.

(размышления над законопроектами). Развитие основных идей Гражданского кодекса России в современном законодательстве и судебной практике: Сборник статей, посвященный 70-летию С. А. Хохлова / С. С. Алексеев, В. С. Белых, В. В. Витрянский и др.; под ред. С. С. Алексеева. М.: Статут, 2011. С. 99.

²⁸⁰ Там же. С. 100.

²⁸¹ Новые формы для инвестирования: инвестиционные товарищества и хозяйственные партнерства / Юридическая фирма «Гольцблат БЛП», Корпоративная практика / Слияния и поглощения // СПС КонсультантПлюс. 2012.

Можно отметить, что теоретической основой создания хозяйственных партнерств является концепция «Law and Economics», на базе которой выдвигаются требования улучшения инвестиционного климата, которое предполагается достигнуть путем отказа от традиционных постулатов корпоративного права (защиты интересов кредиторов и миноритариев, контроля акционеров за корпоративным менеджментом, пропорциональности прав участников корпораций их вкладам и др.)²⁸². Е.А. Суханов отмечает, что в таких корпорациях господствующие позиции займут экономически наиболее сильные участники имущественного оборота, получающие различные экономические и юридические привилегии (прежде всего в виде освобождения от ответственности) с помощью договорных и иных правовых способов принуждения своих партнеров и контрагентов. Произойдет ослабление ответственности во всех звеньях корпоративных отношений. Теоретическим результатом может стать исчезновение корпоративного права как самостоятельной отрасли права, поскольку все конструкции будут определяться нормами договорного права. Такой вариант развития вряд ли сможет способствовать улучшению инвестиционного климата и стабильности, необходимой для развития имущественного оборота²⁸³. Также, как отмечает А. Маковский, возможность подменить нормативно-правовое регулирование отношений в корпорации договорным регулированием с лицами, в этой корпорации не участвующими создает возможность превратить корпорацию в фикцию, а реальные отношения вынести за ее рамки, поскольку реальными будут отношения с участием лиц, в корпорации не участвующих²⁸⁴. На основании этого О. Серова отмечает, что соз-

²⁸² Суханов Е.А. Сравнительный очерк корпоративного права / Проблемы развития частного права: Сборник статей к юбилею Владимира Саурсеевича Ема / С.С. Алексеев, А.В. Асосков, В.Ю. Бузанов и др.; отв. ред. Е.А. Суханов, Н.В. Козлова. М.: Статут, 2011. С. 249.

²⁸³ Е.А. Суханов. Сравнительный очерк корпоративного права / Проблемы развития частного права: Сборник статей к юбилею Владимира Саурсеевича Ема / С.С. Алексеев, А.В. Асосков, В.Ю. Бузанов и др.; отв. ред. Е.А. Суханов, Н.В. Козлова. М.: Статут, 2011. 559 с.

²⁸⁴ Калышева Е. Форма для венчура. Интервью с членом Комитета Госдумы по информационной политике, информационным технологиям и связи Ильей Пономаревым // Российская Бизнес-газета: Инновации.

№ 812. URL: <http://goo.gl/V7oAg>

дание специальных форм для поддержки венчурного предпринимательства было возможно и путем изменения существующих видов юридических лиц, в частности хозяйственного товарищества²⁸⁵. Однако с этим нельзя безоговорочно согласиться. Существующие правовые формы осуществления венчурной деятельности непригодны для эффективного функционирования. Совершенствование имеющихся институтов потребует внесения масштабных изменений в российское законодательство, например, замены обязательных законодательных норм на нормы, используемые по выбору²⁸⁶. Это затронет деятельность всех предприятий, функционирующих в уже существующих формах, что делает этот путь неприемлемым²⁸⁷.

Далее следует рассмотреть следующую новую модель оформления венчурного бизнеса в России, о которой говорилось выше — договор инвестиционного товарищества.

Договор инвестиционного товарищества представляет собой разновидность договора о совместной деятельности (простого товарищества). Такой вывод позволяет сделать систематическое толкование норм статьи 1041 ГК РФ, выделяющих «общие» и «специальные» положения в правовом регулировании товарищества.

Основная цель договора — совместная инвестиционная деятельность. Сам договор не может предусматривать осуществление его участниками иной совместной деятельности, за исключением совместной инвестиционной (п. 2 ст. 11 Закона об инвестиционном товариществе), что говорит о единстве реализуемой цели²⁸⁸.

Правовая конструкция инвестиционного товарищества, вводимая новым Законом, максимально приближена к LP.

Участники инвестиционного товарищества подразделяются на две категории:

— управляющие товарищи, которые осуществляют ведение общих дел товарищества;

²⁸⁵ Серова О.А. Хозяйственное партнерство и хозяйственное товарищество: возможные пути интеграции организационно-правовых форм // Законы России: опыт, анализ, практика. 2012. № 2. С. 35–40.

²⁸⁶ Борисов А.Н. Комментарий к Федеральному закону «О хозяйственных партнерствах» (постатейный). М.: Деловой двор, 2012. С. 8.

²⁸⁷ Там же.

²⁸⁸ Борисов А.Н. Указ соч. С. 8.

— обычные товарищи (инвесторы), которые по общему правилу принимают только финансовое участие в деятельности товарищества.

Ответственность обычных товарищей ограничена пределами стоимости их доли в товариществе. В отличие от иностранных право-порядков, ограничение ответственности не распространяется на налоговые, внедоговорные обязательства и отношения с участием контрагентов, не являющихся субъектами предпринимательской деятельности. Управляющие товарищи отвечают по таким обязательствам всем своим имуществом²⁸⁹.

Конструкция инвестиционного товарищества снимает ряд известных отечественной практике барьеров участия и отражает мировые стандарты осуществления деятельности в венчурной сфере. Закон об инвестиционном товариществе будет способствовать созданию правовых условий для развития инновационной экономики, реализации бизнес-проектов в инновационной сфере, активизации коллективной инвестиционной деятельности российских и зарубежных инвесторов²⁹⁰.

Общий анализ законодательства в сфере венчурных инвестиций позволяет сделать вывод о том, что в российском законодательстве не имеется специального нормативного акта, регулирующего венчурную деятельность; нормативно не определены понятия «венчурная деятельность», «венчурный капитал», «венчурный фонд». Правовое регулирование в области венчурных инвестиций осуществляется в рамках общих юридических норм действующего законодательства, определяющих правила инвестиционной и инновационной деятельности, организационно-правовые формы, объекты инвестиций, ограничения и преференции при осуществлении деятельности²⁹¹. Виды юридических лиц и иные возможные для деятельности венчурных фондов правовые институты, существовавшие в российском праве до принятия Закона о хозяйственных партнерствах, и Закона

²⁸⁹ Новые формы для инвестирования: инвестиционные товарищества и хозяйственные партнерства / Юридическая фирма «Гольцблат БЛП», Корпоративная практика / Слияния и поглощения // СПС КонсультантПлюс. 2012.

²⁹⁰ Новые формы для инвестирования: инвестиционные товарищества и хозяйственные партнерства / Юридическая фирма «Гольцблат БЛП», Корпоративная практика / Слияния и поглощения // СПС КонсультантПлюс. 2012.

²⁹¹ Правовая среда венчурной деятельности в Российской Федерации. Российская Ассоциация Прямого и Венчурного Инвестирования, Адвокатское Бюро Горемыкина, Цокол и Партнеры. // М. 2009. С. 88.

об инвестиционном товариществе, были весьма далеки от соответствия требованиям международного инновационного (венчурного) сообщества. При этом новые принятые законы отражают мировые стандарты осуществления коллективной инвестиционной деятельности в инновационной и венчурной, сфере. В новых правовых конструкциях будет обеспечена реализация большинства важнейших требований, предъявляемых к организационно-правовым формам инновационных бизнес-проектов, что позволит в полной мере обеспечить выполнение поручения Президента РФ.

Александра Чинёнова

Аспирант кафедры предпринимательского права
юридического факультета МГУ имени М.В.Ломоносова

Коррупция и Международная Торговля: Роль ВТО в Борьбе с Коррупцией

Введение

Коррупция в том или ином виде существует по всему миру, как в развитых, так и в развивающихся странах. Она препятствует торговой деятельности, но вместе с тем часто порождается самой торговлей. Существует также связь между либерализацией торговли и коррупцией. Последняя негативно влияет на процесс либерализации торговли, но в тоже время именно либерализация может помочь в борьбе с коррупцией, например, путем возложения определенных обязанностей на участников торговли и создания более открытых и прозрачных процедур в международной торговле.

Всемирная торговая организация (далее — «ВТО») напрямую не занимается проблемой коррупции в торговых отношениях. Коррупция не рассматривается в качестве традиционного нетарифного торгового барьера. Однако, некоторые из существующих положений соглашений ВТО, в особенности, касающиеся прозрачности (например, статья 10 Генерального соглашения по тарифам и торговле, далее — ГАТТ) и способности организации пересматривать торговую политику своих участников, могут помочь в снижении уровня коррупции. Более того, в 2013 году ВТО представила новый антикоррупционный пакет поправок в Соглашение по правительственным закупкам (далее — «СПЗ»), что может означать потенциальное изменение в политике организации.

Коррупция затрагивает процесс торговых переговоров между странами и мешает достижению либерализации международной торговли. Например, она препятствует свободному движению товаров (путем дополнительных проверок на территории государств и нечетко определенных требований и процедур) и увеличивает стоимость

международных сделок. Коррупция также может серьезно подорвать международную торговлю. Отдельные государства внедряют различные инструменты для борьбы с международной коррупцией, но данные меры также затрудняют международную торговлю.

Существует несколько документов, посвященных противодействию международной коррупции, таких как Конвенция по борьбе с подкупом иностранных должностных лиц при осуществлении международных коммерческих сделок Организации Экономического Сотрудничества и Развития (далее — «Конвенция ОЭСР») и Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (далее — «Конвенция ООН»).

Данная статья описывает связь между международной торговлей и коррупцией, а также рассматривает значение ВТО для противодействия международной коррупции. В заключение, будут даны рекомендации в отношении потенциальной роли ВТО в международном антикоррупционном движении.

1. Торговля и коррупция

Для освещения вышеуказанных проблем необходимо ответить на такие вопросы как: Что такое международная торговля? Какова связь между торговлей и коррупцией? Каково возможное влияние коррупции на международную торговлю? Какую роль ВТО может играть в разрешении проблемы коррупции?

Начать стоит с приведения определения торговли. В общем виде, торговлю можно описать как «акт обмена товарами и услугами через бартер или продажу. Международная торговля является продолжением товарооборота за пределами границ страны на международной арене»²⁹².

Далее необходимо разобраться с тем, что представляет собой коррупция. В действительности, очень трудно дать точное определение данному феномену. Коррупция включает в себя такие виды деятельности, как взяточничество и политическая коррупция. Кроме того, существует правительственная коррупция и коррупция на частном уровне.

²⁹² Бэтлехем, Даниэль, Учебник Оксфордского университета по международному торговому праву, 2009, С. 6 //Bethlehem Daniel, The Oxford Handbook of International Trade Law, 2009, p. 6

Данная работа затрагивает только вопросы государственной коррупции. Для целей исследования коррупцией будет считаться «злоупотребление официальной должностью для получения личной выгоды или выгоды для определенной группы»²⁹³. Также основное внимание статьи направлено на взяточничество в международной торговле, представляющее собой наиболее часто встречающийся вид коррупции и наиболее легко выявляемый. Дача международной взятки происходит, когда лицо дает взятку официальному лицу другой страны или в другой стране. Взятничество в общем виде может быть определено как «действие, в котором злоупотребление должностными полномочиями обменивается на какую-либо форму личной выгоды»²⁹⁴.

Преследование международного взяточничества затрагивает важные политические вопросы: такое взяточничество оказывает значительный негативный эффект на инвестиционный имидж страны, где происходит взятка.

Какова же связь между торговлей и коррупцией? Исследователи указывают, что «транснациональное антикоррупционное движение создавалось, исходя из посылки, что коррупция является основным препятствием к успеху рыночной экономики».²⁹⁵

Торговля некоторыми своими аспектами сама создает коррупцию, особенно в форме взяточничества. Глобализация экономики и внедрение реформ, направленных на создание свободного рынка, увеличивает возможности для возникновения коррупции²⁹⁶. В то же время,

²⁹³ Фритц, Верена, Коррупция и борьба с коррупцией: Исследования, ключевые аспекты политики и возможные планы действий, Информационная записка № 1 Института развития зарубежных стран (ноябрь 2006) // Verena Fritz, Corruption and anti-Corruption Efforts: Research, policy highlights and ways forward, Overseas Development Institute Background Note 1 (November 2006)

²⁹⁴ Николс, Филип М., Коррупция во Всемирной Торговой Организации: Устанавливая границы компетенции Всемирной Торговой Организации, Журнал Нью-Йоркского университета по международному праву и политике, 1996, С.60 // Philip M. Nichols, Corruption in the World Trade Organization: Discerning the Limits of the World Trade Organization's Authority, p.60

²⁹⁵ Элай, Падиш. WTO и анти-коррупционное движение, Журнал университета Лойолы Чикаго по международному праву 6, № 1 (2008–2009), С. 272 // Ala'I, Padideh, The WTO and the Anti-Corruption Movement, Loyola University Chicago International Law Review 6, no.1 (2008–2009), p. 272

²⁹⁶ Хоули, Сьюзан, Корнер Хауз, экспортируя коррупцию: приватизация, международные компании и взяточничество // Susan Hawley, The Corner House, Exporting Corruption:

именно либерализация торговли может препятствовать коррупционной деятельности. Такой эффект может быть достигнут через требования прозрачности (transparency) и соблюдения процедур (due process).

2. Роль ВТО в борьбе с коррупцией

В данной части будет рассмотрен вопрос о роли ВТО в снижении международной коррупции. Иностранные исследователи высказывают несколько точек зрения в отношении потенциала данной организации в противодействии коррупции.

Филип М. Николс был одним из первых ученых, исследовавших данную проблему. Его работа «Коррупция во Всемирной Торговой Организации: Устанавливая границы компетенции Всемирной Торговой Организации» была написана в 1997 году вскоре после образования ВТО. Данный труд до сих пор остается наиболее детальным исследованием взаимосвязи международной торговли и коррупции, а также роли ВТО в борьбе с коррупцией.

Позиция Николса состояла в том, что ВТО призвана бороться с коррупцией в международной торговле и должна принять директиву, направленную на сокращение международного взяточничества²⁹⁷. Он отметил, что «ВТО является наиболее явно заметным органом, осуществляющим регулирование международной торговли, и в качестве такового будет призвана иметь дело с массой спорных вопросов, которые наносят вред торговле и вызваны самой торговлей»²⁹⁸. Одновременно он пояснил, что ВТО, конечно, не уполномочена и не призвана решать все существующие проблемы в торговле и должна проявлять осмотрительность при выборе вопросов, которые собираются регулировать²⁹⁹. Более того, расширение компетенции ВТО может привести к размыванию целей организации.

Господин Николс приводит четыре критерия для определения проблем, которые могут быть урегулированы ВТО. Во-первых, вопрос должен находиться в компетенции организации. Во-вторых, проблема

privatization, Multinationals and Bribery (2000)

²⁹⁷ Николс, Филип М., Коррупция во Всемирной Торговой Организации: Устанавливая границы компетенции Всемирной Торговой Организации, С.6

²⁹⁸ Указ.Соч, С.4

²⁹⁹ Указ.Соч, С. 5

должны быть значительной. В-третьих, ВТО должна быть способна обеспечить выполнение любых директив по данному поводу. Наконец, проблема должна требовать международного сотрудничества, и ВТО должна являться организацией, которая может предоставить оптимальное международное взаимодействие³⁰⁰.

Пределы полномочий ВТО определены в ее основных документах. Единственным очевидным ограничением полномочий организации является относимость вопроса к многосторонней торговле³⁰¹.

Во-вторых, суть проблемы должна существенно влиять на торговлю. Согласно господину Николсу, «суть проблемы должна оцениваться через объем торговли, которому такая проблема, предлагаемая к урегулированию, препятствует, через объем торговли, который будет вызван урегулированием проблемы или через значимость проблемы для существования или управления либерального торгового режима»³⁰².

В-третьих, исполнение правил и процедур ВТО находится в руках ее членов, которые могут приносить жалобы против других членов, в случае, если действия последних «сводят на нет или уменьшают» преимущество, которое должен был получить член ВТО, приносящий в жалобу в соответствии с соглашениями.

Также не все вопросы требуют международного сотрудничества, некоторые проблемы международной торговли лучше решаются на локальном или региональном уровне³⁰³.

Господин Николс признает, что контроль межгосударственного взяточничества представляет весьма спорный вопрос для ВТО. Однако, после применения предложенных критериев к этой проблеме, он пришел к выводу, что вопросы коррупции могут регулироваться организацией. При этом ВТО может использовать опыт как односторонних средств, таких как Закон США о противодействии зарубежной коррупционной практики, так и многосторонних инструментов, например, Конвенции ОЭСР.

Он также считает, что ВТО должна установить определенные требования для своих участников в целях уменьшения уровня коррупции:

³⁰⁰ Николс, Филип М., Коррупция во Всемирной Торговой Организации: Устанавливая границы компетенции Всемирной Торговой Организации, С.6

³⁰¹ Указ.Соч., С.20

³⁰² Указ.Соч, С.40; С.48

³⁰³ Указ.Соч, С.30

пропагандировать культуру честности и прозрачности при получении государством товаров или услуг; объявить преступным транснациональное взяточничество; ввести некие стандарты бухгалтерской отчетности для предотвращения создания секретных фондов, и содействовать остальным членам ВТО в их усилиях по наказанию взяточдателей и взяточполучателей³⁰⁴.

Таким образом, основным выводом работы Николса является то, что ВТО способна регулировать вопросы борьбы с коррупцией, и их регулирование будет соответствовать целям организации.

Множество иных исследователей выступает за то, что ВТО должна принять на себя роль лидера в продвижении прозрачности и ответственного управления.

В 2002 году господин Питер Эйген из организации «Трансперенси Интернешнл» подчеркнул значимость роли ВТО, наряду с многочисленными иными заинтересованными лицами, в решении вопросов коррупции и назвал ВТО «настоящим всеобщим защитником против коррупции»³⁰⁵.

Другой ученый, Паидеш Элай, в своей работе «ВТО и анти-коррупционное движение» также поддерживает значимость роли ВТО в борьбе с коррупцией. Однако, при этом, она высказывается более скептически, чем вышеописанные исследователи.

Она считает, что «ВТО, более чем какая-либо иная организация, способна к продвижению культуры прозрачности и соблюдения процедур». Однако, в то же самое время она также признает, что проблема коррупции существует испокон веков, и ВТО не может ни разрешить ее, ни полностью уничтожить коррупцию³⁰⁶.

Она также отмечает, что ВТО уже сейчас исполняет важную роль в продвижении прозрачности и ответственного управления, но «организации рекомендуется воздерживаться от прямого регулирования вопросов коррупции»³⁰⁷.

³⁰⁴ Указ.Соч, С.66

³⁰⁵ Питер Эйген, Не будет развития при коррупционном управлении — и ВТО является настоящим всеобщим защитником от коррупции, 29 апреля 2002, http://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/paper_peter_eigen.pdf // Peter Eigen, There will be no development with corrupt governance — and WTO is the natural universal guardian against corruption, 29 April 2002,

³⁰⁶ Элай, Паидеш. ВТО и анти-коррупционное движение, Журнал университета Лойолы Чикаго по международному праву 6, № 1 (2008–2009), С.278

³⁰⁷ Указ.Соч, С.278

ВТО вносит свой вклад в анти-коррупционное движение путем предоставления форума, на котором признаются проблемы, связанные с прозрачностью и соблюдением процедур при управлении или осуществлении мер (таких как правила, судебные и административные решения), и страны-участники могут вести переговоры о детальных критериях, направленных на улучшение прозрачности, в отдельных областях регулирования торговли³⁰⁸.

Исследование «Коррупция и правовая система ВТО» Кристины Надакавукарен Шефер предлагает собой еще более критический подход к роли ВТО в регулировании вопросов международного взяточничества и коррупции. Во-первых, госпожа Шефер утверждает, что очень трудно реалистично оценить, «каким образом коррупция сама по себе влияет на достижение целей ВТО»³⁰⁹. Для раскрытия данной проблемы она предлагает ответить на вопрос о том, каков эффект коррупции на либерализацию торговли. Госпожа Шефер считает, что современные исследования, посвященные воздействию коррупции, являются ненадежными, так как методы измерения коррупции сами по себе неточны³¹⁰. Она признает, что существует статистика, свидетельствующая о негативном влиянии коррупции на либерализацию торговли. Однако, по ее мнению, такие исследования достаточно узки и не представляют объяснений либерализации торговли, произошедшей во многих странах, режимы которых считались высококоррупционными³¹¹.

В итоге госпожа Шефер пришла к выводу, что «не существует четких доказательств, необходимых для предоставления окончательной поддержки антикоррупционной платформе ВТО, того, что либерализационные процессы затрудняются коррупцией»³¹².

Рассмотрев все вышеописанные исследования, представляется, что основной позицией, высказываемой в литературе, является то, что ВТО может и должна играть определенную роль в борьбе

³⁰⁸ Указ.Соч, С. 260.

³⁰⁹ Кристина Надакавукарен Шефер, Коррупция и правовая система ВТО, Рабочий документ Швейцарского национального экспертно-консультационного центра, июнь 2008, С.37 // Krista Nadakavukaren Schefer, Corruption and the WTO Legal System, Working Paper, Swiss National Centre of Competence in Research, June 2008, p.37

³¹⁰ Указ.Соч., С.37

³¹¹ Указ.Соч, С.38

³¹² Указ.Соч, С.41

с коррупцией. Даже наиболее скептически настроенные исследователи признают, что «нормы, которые уже существуют в различных правовых инструментах ВТО, в особенности, процедурные требования, направленные на прозрачность, так же как и положения о гармонизации в значительных вопросах и доступе к рынкам, представляют собой орудие, применимое против коррупционных требований, разрушающих конкуренцию»³¹³.

3. ГАТТ, ГАТС и СПЗ как средства борьбы с коррупцией

ВТО может стать очень эффективным инструментом уменьшения международной коррупции. Принцип прозрачности, закрепленный в статье X ГАТТ, может служить основой будущей директивы по борьбе с международной коррупцией.

Статья X ГАТТ 1994 года является «старейшим обязательством ВТО по ответственному управлению и прозрачности»³¹⁴. Текст статьи X был изначально предложен Государственным Департаментом США в 1946 году, и на него оказал влияние Акт о процедуре принятия административных решений США³¹⁵. Статья X требует, чтобы «все законы, правила, судебные решения и административные распоряжения общего характера... применяемые любой Договаривающейся Стороной, должны быстро публиковаться таким путем, чтобы дать возможность правительствам и коммерсантам ознакомиться с ними. Существующие соглашения между Договаривающимися Сторонами и правительством или правительственной организацией любой другой Договаривающейся Стороны, затрагивающие международную торговую политику, должны также публиковаться»³¹⁶.

Значимость требований о прозрачности, предусмотренных в статье X ГАТТ, состоит в том, что они являются обязательными для всех Договаривающихся Сторон.

³¹³ Указ.Соч, С.42

³¹⁴ Элай, Падидеш. ВТО и анти-коррупционное движение, Журнал университета Лойолы Чикаго по международному праву 6, № 1 (2008–2009), С 261.

³¹⁵ Остри, Сильвия. Взаимодействие и суверенитет: Политические рамки компромиса // Sylvia Ostri, Convergence and Sovereignty: Policy Scope for Compromise, in Coping With Globalization 52, 67 (Aseem Prakash & Jeffrey A. Hart eds., 2000)

³¹⁶ Перевод взят: <http://tinyurl.com/p6a73hm> <http://tinyurl.com/p9ngo8h>

Другие Соглашения ВТО, такие как Соглашение о процедурах импортного лицензирования ВТО, Соглашение по применению статьи VI ГАТТ (антидемпинговое соглашение), Соглашение ВТО по техническим барьерам в торговле, также содержат обширные требования в отношении прозрачности и соблюдения процедур, являющиеся потенциально важными для борьбы с коррупцией.

Требования Статьи X ГАТТ «воспроизводятся по всему Генеральному Соглашению о торговле услугами (ГАТС)»³¹⁷. Статья II ГАТС содержит тот же текст, что и статья X ГАТТ, и применяется к торговле услугами. Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС) также содержит объемные требования в отношении прозрачности (статья 63).

Падидеш Элай отмечает, что «в качестве результата наличия положений о прозрачности, а также иных обязательств в отношении ответственного управления членами ВТО были приняты тысячи законов и нормативных актов по всему миру, и были созданы организации для того, чтобы заставить членов организации соблюдать данные обязательства»³¹⁸.

В 2013 году ВТО приняла не имеющие обязательной силы анти-коррупционные изменения СПЗ³¹⁹. Данные изменения станут обязательными, если минимум 10 из 15 участников СПЗ их ратифицируют. Согласно статистике Трансперенси Интернешнл, коррупция увеличивает стоимость контрактов, заключаемых в рамках государственных закупок в развивающихся странах на 25 процентов³²⁰.

Исследователи отмечают, что «СПЗ является наиболее явно распознаваемым инструментом для борьбы с коррупцией среди правительств государств-членов ВТО»³²¹.

Изменения СПЗ содержат прямую ссылку на Конвенцию ООН. Преамбула СПЗ содержит в настоящее время следующий текст: «осознавая

³¹⁷ Элай, Падидеш. ВТО и анти-коррупционное движение, С. 263.

³¹⁸ Указ. Соч.. С.266

³¹⁹ ВТО обратилась к коррупции в сфере государственных закупок, 1 мая 2013 //WTO Begins to Address Corruption in Government Procurement, May 1, 2013, <http://www.pkrllp.com/wordpress/index.php/wto-begins-to-address-corruption-in-government-procurement/>

³²⁰ Рабочий доклад Трансперенси Интернешнл, 05/2010 Transparency International Working Paper, 05/2010, http://www.transparency.hu/uploads/docs/CORRUPTION_AND_PUBLIC_PROCUREMENT.pdf

³²¹ Криста Надакавукарен Шефер, Коррупция и правовая система ВТО, С.11

значимость избегания конфликта интересов и коррупции...». Практика применения актов ВТО ясно показывает, что хотя текст преамбулы сам по себе не является обязательным, он, тем не менее, может быть использован для информирования об обязательных положениях соглашений, служа в качестве руководства для толкования³²². Измененное СПЗ также включает в себя требование о прозрачности: «стороны должны осуществлять закупки прозрачным и непредвзятым способом... который предотвращает коррупцию».

Отмечается, что данные изменения в СПЗ содержат положения, способные обеспечить форум для предотвращения и пресечения коррупции в процессе правительственных закупок³²³.

СПЗ имеет три основные цели, которые описаны в преамбуле. Во-первых, оно направлено на открытие рынка правительственных закупок для поставщиков всех стран-участников соглашения. Следующей целью СПЗ является поддержание недискриминационного режима в процессе закупок. Третья цель — это улучшение «прозрачности законов, нормативных актов, процедур и практик по осуществлению правительственных закупок» и установление «справедливых» процедур для обеспечения эффективности правил по закупкам³²⁴. Данная цель является наиболее важной для борьбы с коррупцией.

Стоит отметить, что СПЗ обладает ограниченным действием. Оно применяется только к тем членам ВТО, которые согласились с его положениями, и только в том объеме, в котором они его приняли.

Прямое включение в текст СПЗ анти-коррупционных положений может свидетельствовать о появлении новой важной тенденции в политике ВТО. Это может стать первым шагом организации, чтобы попросить себя в роли международного форума по борьбе с коррупцией.

Скорее всего, мировому сообществу не стоит ожидать подобных изменений в ГАТС или ТРИПС. Очень трудно будет набрать необходимые 2/3 голосов, да и такие изменения не являются обязательными. Существующая практика ВТО уже включает важные требования в отношении прозрачности и соблюдения процедур.

³²² ВТО обратилась к коррупции в сфере государственных закупок, <http://www.pkrllp.com/wordpress/index.php/wto-begins-to-address-corruption-in-government-procurement/>

³²³ ВТО обратилась к коррупции в сфере государственных закупок, <http://www.pkrllp.com/wordpress/index.php/wto-begins-to-address-corruption-in-government-procurement/>

³²⁴ Криста Надакавукарен Шефер, Коррупция и правовая система ВТО, С. 12

Конечно, недостаточно рассчитывать только на существующие торговые инструменты ВТО в борьбе с коррупцией. Во-первых, средства ВТО адресуют только небольшую часть от общего объема понятия коррупции. Во-вторых, потенциал торговых инструментов в отношении снижения коррупции значительным образом зависит от активного сопротивления коррупции в любой ее форме самими участниками торговли.

Заключение

Все вышеуказанное свидетельствует о том, что ВТО может и должна играть важную роль в борьбе с коррупцией. Данная организация обладает необходимой компетенцией и ресурсами для этого. Можно легко аргументировать, что коррупция оказывает сильное влияние на торговлю. Исходя из этого, можно заключить, что противодействие коррупции, хотя бы в части торговых отношений, является обязанностью ВТО.

Возможны различные варианты того, каким образом ВТО может участвовать в борьбе с коррупцией. Так, организация может решить взять на себя роль основного игрока и попытаться принять нормативные акты, направленные на борьбу с коррупцией. Недавние изменения СПЗ могут свидетельствовать о том, что ВТО выбрала именно этот путь. Однако, не все члены ВТО, возможно, согласятся на включение положений по противодействию коррупции в иные соглашения, такие как ГАТС или ТРИПС.

Другим методом участия ВТО может стать принятие так называемого «мягкого права» — не имеющих обязательной юридической силы, но рекомендуемых указаний.

Также ВТО может пойти по пути сотрудничества с иными международными организациями. Филип М. Николс отмечал, что «несомненно существуют вопросы, которые попадают не только в компетенцию ВТО, но и в компетенцию многих иных международных организаций»³²⁵. Например, ВТО может работать совместно с Международным валютным фондом. Продвижение идеалов надлежащего управления и борьбы с коррупцией являются ключевыми для всех финансовых организаций.

Трансперенси Интернешнл может стать подходящим компаньоном ВТО. Это основная организация, целью деятельности которой является борьба против коррупции, и которая создает глобальную коалицию для борьбы как на внутригосударственном, так и международном уровнях³²⁶.

³²⁵ Николс, Филип М., Коррупция во Всемирной Торговой Организации: Устанавливая границы компетенции Всемирной Торговой Организации, С.34

³²⁶ О Трансперенси Интернешнл, с сайта организации // About Transparency International. URL - http://www.transparency.org/about_us

Актуальные проблемы предпринимательского права:

Выпуск 4

Ответственный редактор — к. ю. н. *А.Е.Молотников*

Менеджер проекта *Р.М.Янковский*

Редактор *Т.К.Жарикова*

Дизайн и оформление *С.А.Заньков*

Верстка *Р.Г.Набиев*

Подписано в печать 15.10.2014. Формат 60×90/16.
Гарнитура «CharterС». Печать офсетная. Бумага офсетная.
Усл.-печ.л. 12. Тираж 1000 экз. Заказ № 000.

Издано

**Автономной некоммерческой организацией
«Центр поддержки бизнес-инициатив Стартап»**

119992, Москва, Ленинские горы, вл. 1, стр. 75 Г (Научный парк МГУ)

Тел.: +7 (495) 585-76-09

books@strtp.ru

Другие книги нашего издательства:

<http://books.strtp.ru>

Отпечатано в типографии «Новые авторы»