

Тезисы к заседанию научного круглого стола «Крупные сделки и сделки с заинтересованностью: стратегия регулирования»

1. В современном российском корпоративном праве институт крупных сделок и сделок с заинтересованностью имеет уродливые очертания, представляя потенциальную угрозу для действительности практически любой сделки, совершенной с участием российского хозяйственного общества. Изменения, внесенные ФЗ от 19.07.2009 г. №205-ФЗ, несколько смягчили остроту проблемы, однако многие черты рассматриваемого института продолжают серьезно угрожать стабильности гражданского оборота:

- в современной судебной практике иски акционеров (участников) квалифицируются как прямые, а не косвенные (производные): единственным истцом выступает акционер (участник), а общество вместе с контрагентом попадают в ответчики, после чего во многих случаях общество заявляет о признании иска, который, в действительности, заявлен в интересах общества. В результате появляется возможность оспаривания одной и той же сделки различными акционерами (участниками) в разных процессах;

- бремя доказывания добросовестности контрагента («не знал и не должен был знать о совершении сделки с нарушением предусмотренных требований») возлагается на самого контрагента;

- даже наличие одобрения сделки не гарантирует отсутствие последующих проблем. Например, встречающееся в судебной практике расширительное толкование «существенных условий», подлежащих включению в решение об одобрении, ведет к тому, что наличие в заключенном договоре любого дополнительного условия (например, об установлении неустойки за ненадлежащее исполнение обязательств или праве на односторонний отказ от договора) может в последующем дать возможность успешно оспорить сделку, если это условие не было «буква в букву» обозначено в решении об одобрении сделки;

- четко не устанавливается порог владения акциями (долями) для предъявления иска. Установленный законом критерий невозможности влияния голосования акционера (участника) на результаты голосования толкуется в судебной практике расширительно и во многих случаях не рассматривается в качестве непреодолимого препятствия для предъявления иска акционерами (участниками) с мизерным количеством акций (долей).

2. Проект постановления Пленума ВАС РФ в большинстве случаев не решает, а только усугубляет имеющиеся проблемы, предлагая расширительное толкование (а иногда и просто толкование *contra legem*) некоторых законодательных норм. В частности:

- предлагается наделить акционеров (участников) правом на оспаривание сделок не только того общества, чьим акционером (участником) они являются, но и сделок дочерних обществ (п.3);

- в жесткой форме подтверждается, что бремя доказывания добросовестности контрагента – это забота самого контрагента. Фактически фиксируется обязанность проведения *due diligence* по каждой сделке, «имеющей важное хозяйственное значение» - при этом критерии «важности» по понятным причинам остаются совершенно

расплывчатыми. Непроведение соответствующей проверки рассматривается в качестве достаточного основания для признания контрагента недобросовестным (п.5);

- санкционируется расширительное толкование «существенных условий сделки», подлежащих одобрению. Под такими существенными условиями предлагается понимать не условия, указанные в абз.2 п.1 ст.432 ГК РФ, а любые «основные условия, необходимые для оценки ее выгоды» (пп.1) п.7);

- при отчуждении имущества предлагается сделать возможным сравнение активов общества не с балансовой стоимостью активов, а с рыночной стоимостью отчуждаемого имущества, Таким образом, контрагент должен озаботиться тем, чтобы по каждой сделке рассчитать рыночную стоимость приобретаемого имущества (пп.3) п.8);

- предлагается ориентироваться на месячные бухгалтерские балансы общества – вне зависимости от того, представлялись они в налоговые органы или нет. Таким образом, общество получает возможность «задним числом» сформировать и представить в суд некий месячный бухгалтерский баланс, правильность сведений в котором достоверно проверить будет невозможно (пп.4) п.8);

- как сделка по отчуждению имущества квалифицируется любой договор аренды на «длительный срок» и лицензионный договор о предоставлении исключительной лицензии (пп.8) п.8);

- для сделок с заинтересованностью вводится критерий «фактической» аффилированности (пп.2) п.9);

- срок исковой давности предлагается считать не с даты совершения сделки или даты ближайшего годового общего собрания, а с даты, «когда истец узнал или должен был узнать о том, что такая сделка требовала одобрения» (пп.6) п.9). Назначение нового исполнительного органа также может в ряде случаев «обнулить» срок исковой давности (пп.1) п.11).

3. Анализ существующей судебной практики и проекта постановления Пленума ВАС показывает, что вместо декларируемой борьбы с исками о признании сделок недействительными (то есть черты, которая давно считается «ахиллесовой пятой» российского правопорядка) в реальности мы видим поощрение этой практики и ее всемерную поддержку. При принятии Постановления Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 г. N 62 "О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица" также было много разговоров о том, что это «революционное» постановление даст возможность взять курс на уменьшение случаев оспаривания сделок. В действительности, мы видим развитие идей в обратном направлении. Судебная практика уже не ограничивается институтом крупных сделок и сделок с заинтересованностью, а дает (или предлагает дать) в руки акционеров (участников) целый набор многочисленных потенциальных оснований для оспаривания сделок, совершенных обществом:

- ст.168 + ст.10 ГК РФ (уже активно используется в судебной практике);

- п.2 ст.174 ГК РФ (сделка, совершенная представителем или органом юридического лица в ущерб интересам юридического лица) – см. п.2 проекта постановления Пленума;

- ст.173.1 ГК РФ (сделка, совершенная без согласия органа юр. лица) – см. п.1 проекта («сделки, совершенные без необходимого согласия (одобрения органа юридического лица ... но не подпадающие под критерии крупной сделки и (или) сделки с

заинтересованностью, могут быть оспорены в соответствии с общими правилами, предусмотренными ст.173.1...»)

- п.1 ст.174 ГК РФ (ограничение полномочий органа юридического лица) – см. пп.1) п.8 проекта в отношении ситуаций, когда уставом общества требуется получение одобрения для дополнительного круга сделок.

Причем для указанных выше различных составов недействительных сделок в законе установлены разные условия – во многих случаях эти условия преодолеть еще легче, чем в отношении крупных сделок и сделок с заинтересованностью (например, не требуется доказывать, что голосование акционера (участника) могло повлиять на результаты голосования).

Парефразируя известную юридическую поговорку, «было бы желание признать какую-то сделку недействительной, а уж подходящий состав (недействительности) у нас в российском праве всегда найдется».

4. Такие широкие (и разрушительные для гражданского оборота) основания для оспаривания сделок акционерами/участниками не существуют ни в одной западно-европейской стране.

Так, в английском праве основное средство защиты миноритарного акционера – это производный иск (derivative action) о взыскании убытков с директоров в связи с нарушением ими своих фидуциарных обязанностей (fiduciary duties). Акционер может также подать в суд заявление о его «недобросовестном притеснении» (unfair prejudice). Английский суд имеет широкую дискрецию, если он признает заявление акционера обоснованным. Однако в большинстве случаев средством правовой защиты будет обязанность компании выкупить акции миноритарного акционера по справедливой цене. Английский суд может обязать менеджмент компании предпринять какие-то действия в отношении третьих лиц (например, оспорить сделку) в редких случаях, когда иные средства правовой защиты не могут защитить интересы миноритарных акционеров. Специальные правила об одобрении сделок установлены для сделок директоров в собственном интересе (self-dealing transactions) и сделок с другими заинтересованными лицами (related-party transactions), хотя и по этим категориям сделок акционеры не имеют возможности прямого оспаривания сделок.

Еще более ограниченными являются возможности в германском праве. Также основным является требование о взыскании убытков с директоров (Ersatzanspruch), причем до изменений 2005 г. такие требования вначале должны были заявляться акционерами самому обществу и только при непринятии обществом мер по взысканию убытков акционер мог обращаться в суд. В германской судебной практике также была признана другая разновидность косвенных исков участников (actio pro socio), однако ответчиками по таким искам выступают другие участники того же общества, нарушившие свои обязанности перед обществом (например, обязанность внести вклад в имущество общества или обязанность действовать с учетом интересов общества – Treuepflicht). Специальные правила об одобрении сделок установлены для сделок, в которых контрагентом выступают директора самого общества. Действительность сделки может быть поставлена под сомнение только в случае, если директора (рассматриваемые в германском праве в качестве законных представителей обществ) не могут осуществлять полномочия в конкретной ситуации (по аналогии с правилами о недопустимости совершения представителем сделок в

отношении себя лично) либо когда налицо злоупотребление директором полномочиями, о которых известно контрагенту (*Missbrauch der Vertretungsmacht*).

Анализ зарубежного опыта показывает, что сфера применения российского института крупных сделок и сделок с заинтересованностью должна быть существенно сужена. *De lege ferendae* оспаривание акционерами сделок, совершенных обществом с третьими лицами, следует допустить лишь для сделок с заинтересованностью с формализованным перечнем таких заинтересованных лиц. Подавляющее большинство злоупотреблений, которыми пугают сторонники расширительного толкования рассматриваемого института, касаются именно таких ситуаций. При этом с юридико-технической точки зрения это предложение может быть урегулировано либо через изменение правил корпоративного законодательства о сделках с заинтересованностью, либо через развитие новой нормы п.2 ст.174 ГК РФ с одновременной отменой правил корпоративного законодательства о крупных сделках и сделках с заинтересованностью.

Отдельного обсуждения требуют сделки, совершенные под влиянием коммерческого подкупа ("откатов"). Наиболее подходящим основанием недействительности здесь выглядит ст.169 ГК РФ (сделки, противные основам правопорядка и нравственности), в новой редакции которой теперь нет обязательного применения конфискационных санкций. Требуется отдельного обсуждения вопрос о том, следует ли акционерам (участникам) давать возможность предъявлять косвенные иски по этому основанию недействительности сделок. У меня есть большие сомнения на этот счет.

De lege ferendae защита миноритарных акционеров должна обеспечиваться, прежде всего, не за счет «опрокидывания» сделок с третьими лицами, а за счет развития средств правовой защиты во внутренних корпоративных отношениях – например, через поощрение исков о взыскании убытков с директоров, развитие института страхования ответственности директоров, расширение возможностей акционеров требовать принудительного выкупа акций обществом, введение обязанности мажоритарных акционеров действовать в интересах общества и установление возможности привлечения акционеров (участников) за нарушение этой обязанности и т.п.

5. Часто звучит аргумент о том, что мы не должны смотреть на зарубежный опыт, потому что там эффективно работает уголовная превенция, а у нас миноритарных акционеров можно защитить только на гражданско-правовом уровне. Но в ситуациях откровенной «уголовщины» со стороны менеджеров на практике для вывода активов из общества будут использоваться фирмы-однодневки, «пустые» векселя «нулевых» компаний и другие механизмы, в рамках которых реституция по недействительной сделке не даст сколько-нибудь эффективной защиты. В том-то и дело, что реституция может эффективно работать только в отношении платежеспособных контрагентов, когда речь вряд ли идет о банальной «уголовщине». В итоге жесткие механизмы, наличие которых пытаются объяснить через пресечение уголовных схем, бьют преимущественно по добросовестным контрагентам.

6. Сложно согласиться с мнением сторонников расширительного толкования, которые обвиняют своих противников в том, что они защищают исключительно жуликов (эта идея рефреном звучала на заседании Президиума ВАС в ходе обсуждения проекта постановления Пленума). В отличие от п.2 ст.174 ГК РФ (которая говорит о явном ущербе для юридического лица либо о сговоре контрагента с представителем или органом), нормы о крупных сделках и сделках с заинтересованностью содержат достаточно низкий порог – должно быть «доказано, что совершение данной сделки повлекло или может повлечь за

собой причинение убытков обществу или акционеру, обратившемуся с иском, либо возникновение иных неблагоприятных последствий для них». Таким образом, даже отклонение цены сделки от средних цен на 20-30% формально подпадает под «причинение убытков обществу». А аморфное указание на «иные неблагоприятные последствия» вообще открыто для сколь угодно широкого понимания. Таким образом, любой контрагент, который выговаривает себе скидку от текущей цены, формально подпадает под описанный критерий. На мой взгляд, не выдерживает критики и идея о том, что «сделки нужно совершать по рыночной стоимости, и тогда у добросовестных контрагентов не будет проблем». Очевидно, что в ряде случаев определить рыночную стоимость имущества непросто, это может быть связано с дополнительными существенными издержками (напр., на получение заключения оценщика). И нет никакой гарантии того, что впоследствии акционер или общество не принесет в суд заключение другого оценщика, в котором будет обоснован другой размер рыночной стоимости. Таким образом, тезис про «защиту жуликов» выглядит красиво, но в действительности является недопустимым упрощением обсуждаемой проблемы.

7. Ключевое значение сегодня имеет вопрос о распределении бремени доказывания (не)добросовестности контрагента. На мой взгляд, сегодняшний подход, возлагающий на контрагента бремя доказывания его добросовестности, является неудачным и возник вследствие случайного стечения субъективных факторов. Следует вспомнить, что впервые в российском корпоративном праве дополнительный критерий добросовестности для сделок с заинтересованностью был сформулирован в п.2 Постановления Пленума ВАС от 20.06.2007 г. №40 «О некоторых вопросах практики применения положений законодательства о сделках с заинтересованностью». Причем сделано это было в условиях, когда данный критерий в законодательстве отсутствовал. То есть фактически Пленум ВАС РФ придумал новую норму (или, как более изящно сказали бы германские ученые, осуществил телеологическую редукцию куцых законодательных норм первоначальной редакции ФЗ об АО и ФЗ об ООО). В тех исторических условиях было понятно стремление высшей судебной инстанции не бросаться «из огня да в полымя» и сбалансировать новый критерий добросовестности возложением бремени доказывания наличия этой добросовестности на самого контрагента. К сожалению, в 2009 г. в ФЗ №205 законодатель просто скопировал в текст закона положения Постановления Пленума ВАС №40, указав, что должно быть «доказано, что другая сторона по данной сделке не знала и не должна была знать о ее совершении с нарушением предусмотренных настоящим Федеральным законом требований к ней».

Возложение бремени доказывания добросовестности на самого контрагента влечет катастрофические транзакционные издержки, обременяя весь гражданский оборот и каждую сколько-нибудь значимую сделку с участием российских хозяйственных обществ. При совершении любой сделки возникает необходимость истребовать и тщательно проанализировать целый ворох документов, включая бухгалтерскую отчетность, списки аффилированных лиц, правильность отражения оценки отчуждаемого имущества в бухгалтерских регистрах продавца и т.д. Причем чем дальше лицо погружается в массив документов контрагента, тем больше у него шансов ошибиться и тем меньше у него шансов впоследствии доказать свою добросовестность. В крупных компаниях целый штат юристов и финансистов фактически занимается именно тем, что проводит «сплошной» due diligence по всем сделкам общества. Не нужно быть большим специалистом в экономическом анализе права, чтобы прийти к выводу о том, что такое решение вопроса совершенно неэффективно, и рано или поздно этот подход должен быть изменен.

При решении вопроса о распределении бремени доказывания в отношении сделок с заинтересованностью (только для которых *de lege ferendae* рассматриваемый институт и должен быть сохранен) можно было бы использовать компромиссный подход, который апробирован в последних делах о взыскании убытков с директоров: вначале истец должен привести доказательства, ставящие под сомнение добросовестность ответчика, после чего при объективном отсутствии у истца доступа к соответствующей информации суд может переложить бремя доказывания на ответчика.

8. Российская трактовка института крупных сделок и сделок с заинтересованностью искажает многие правовые институты и порождает серьезные проблемы, для которых очень трудно найти адекватное решение. Я приведу только два актуальных примера из современной практики.

Пример 1 – вопрос о возможности утверждения судом (третейским судом) мирового соглашения, принятия отказа от иска или признания иска. Поскольку в судебной практике все большее признание находит (вполне правильная) точка зрения о том, что в своей основе эти институты являются сделками, утверждение мирового соглашения, принятие отказа от иска или признание иска с формальной точки зрения становится невозможным без проверки соблюдения правил о крупных сделках и сделках с заинтересованностью. То есть теперь уже суд (третейский суд) должен затребовать у сторон весь описанный выше ворох бумаг и углубиться в изучение бухгалтерской отчетности сторон, а также анализ строения их корпоративной структуры. Эта картина выглядит абсурдно, но именно по данному пути пошел Президиум ВАС в постановлении от 15 января 2013 г. №9597/12. Данную правовую позицию также предлагается зафиксировать в проекте постановления Пленума ВАС (пп.3) п.10): «Поскольку мировое соглашение представляет собой в том числе гражданско-правовую сделку, к нему помимо норм процессуального права подлежат применению нормы гражданского права, в том числе об одобрении крупных сделок и сделок с заинтересованностью».

Так и вижу перед собой картину маслом: когда в следующий раз в МКАС довольные стороны придут в заседание за утверждением мирового соглашения, над которым спорили на протяжении последних недель, я им говорю: «Нет, голубчики. Никакое мировое соглашение состав арбитража вам сейчас не утвердит. Вы сначала принесите нам свою бухгалтерскую отчетность, списки аффилированных лиц и всякие другие документы, а там мы уж посмотрим, утверждать ли ваше мировое соглашение». Интересно, какой процент договоренностей после этого может сорваться, или стороны просто скажут: «А не нужно нам тогда никакое мировое соглашение. Если вы такие умные, то тогда выносите полноценное арбитражное решение».

И уж иностранный суд или арбитраж точно не будет изучать бухгалтерские балансы российской стороны. Интересно, на каком основании российский суд затем откажет в признании и приведении в исполнение на территории России иностранного судебного или арбитражного решения, утвердившего мировое соглашение, которое подпадает под критерии крупной сделки? Установит противоречие публичному порядку? Или проверка бухгалтерских балансов и списков аффилированных лиц останется развлечением только для российских судей?

Пример 2 – сегодня нормы о крупных сделках и сделках с заинтересованностью превратились в удобный способ обхода арбитражных (третейских) оговорок, а также излюбленную тактику российских ответчиков по блокированию признания и приведения в исполнение в России иностранных судебных и арбитражных решений. Типичный сценарий

выглядит следующим образом. Российское общество заключает международный контракт с иностранным контрагентом и включает в контракт оговорку о разрешении всех споров в арбитраже в Париже, Лондоне или Стокгольме (возможно, иначе иностранец и контракт бы не заключил). Однако затем если сделка оказывается невыгодной (например, российская сторона допускает просрочку или иное неисполнение обязательств, либо речь идет о договоре поручительства) и возникает угроза вынесения в иностранном арбитраже решения против российского общества, находится дружественный акционер, который подает в российский государственный суд иск о признании контракта недействительным со ссылкой на нарушение правил о крупных сделках или другое основание (см. выше о многообразии потенциальных оснований недействительности сделок). Российский государственный суд рассматривает иск по существу, поскольку считает, что акционер (в отличие от общества) не связан арбитражной оговоркой. Выносится решение о признании сделки недействительной, причем, учитывая быстроту разрешения дел в российских арбитражных судах, это решение, как правило, опережает решение иностранного арбитража или иностранного гос. суда. Если затем иностранный арбитраж проигнорирует выводы российского суда и вынесет решение в пользу иностранного контрагента (например, решение о взыскании договорной неустойки или решение о привлечении к ответственности российского поручителя), то затем такое решение вряд ли удастся признать и привести в исполнение на территории России. Российский суд скажет о том, что признание иностранного решения в рассматриваемой ситуации «приведет к существованию на территории Российской Федерации судебных актов равной юридической силы, содержащих взаимоисключающие выводы, что вступает в противоречие с принципом обязательности судебных актов» (см., напр., Определение ВАС РФ от 27.08.2012 г. №ВАС-17458/11).

Любой иностранный специалист по международному коммерческому арбитражу подтвердит, что сегодня это главная проблема в отношении российских компаний – никогда нельзя быть уверенным в том, что споры будут рассматриваться в согласованном сторонами арбитраже, а не получится так, что иностранного контрагента будут затаскивать в разбирательства в российских государственных судах.

Конечно, шагом вперед была бы квалификация исков акционеров (участников) в качестве косвенных исков (что предлагается сделать в п.11 проекта постановления Пленума) и признание связанности акционеров (участников) арбитражной оговоркой из оспариваемого контракта (проект обходит этот очень важный вопрос молчанием). Однако даже такое решение выглядит довольно странным с точки зрения зарубежных подходов: заключая контракт, иностранный контрагент был уверен, что он может спорить в согласованном арбитраже только с конкретным российским обществом, а в итоге он оказывается втянут в арбитражное разбирательство с участием десятков акционеров российского общества. Кроме того, возникает масса процессуальных проблем того, в каком порядке об арбитражном разбирательстве нужно уведомлять всех акционеров (участников) общества и какие процессуальные права эти многочисленные акционеры (участники) должны получить.

К сожалению, опубликованные законопроекты Минюста о реформировании третейского разбирательства также не предлагают эффективного решения данной проблемы. Из проектов следует, что как акционеры (участники), так и контрагенты по сделке должны заранее согласиться на рассмотрение споров в определенном третейском суде. Но как это сделать на практике? При совершении любой сделки собирать подписи всех акционеров под ней? Выглядит абсурдно. Опирается на арбитражную оговорку в уставе (законопроекты допускают фиксацию арбитражных оговорок в уставах)? Но многие

ли российские общества будут включать арбитражную оговорку в устав? И устроит ли иностранного контрагента тот третейский суд, который будет упомянут в уставе российского общества? В итоге опять вопросов больше, чем ответов.

И все это похоже на попытки бороться с симптомами болезни, а не с ее причиной – наличием в российском праве необоснованно широких возможностей акционеров (участников) по оспариванию сделок, совершенных обществом.

ВЫВОД: в современном российском корпоративном праве институт крупных сделок и сделок с заинтересованностью приобрел гипертрофированный характер, угрожая стабильности гражданского оборота. На словах многими декларируется желание уменьшить число оспариваемых сделок, однако на практике мы видим обратное – как изменения ГК РФ, так и проект постановления Пленума ВАС ведут к существенному и ничем не обоснованному росту возможностей по оспариванию акционерами (участниками) сделок, совершенных обществом. Игнорируя иностранный опыт, мы вновь изобретаем свой российский велосипед, который отказывается нормально ездить, приводя к сложным дорожно-транспортным происшествиям с участием не только российских, но и иностранных контрагентов. Продолжая упорствовать с конструкцией нашего велосипеда, мы рискуем тем, что по нашим дорогам будут ездить все меньше и меньше иностранных водителей. Осторожные иностранные водители, которые не привыкли к такой манере езды, все чаще будут настаивать на том, чтобы российские участники пересаживались на автомобили иностранного производства (то есть, создавали иностранные холдинговые структуры и операторские компании) и ездили с применением иностранных правил дорожного движения (то есть, использовали иностранное право при структурировании сделок и определении личного закона участников сделок). Вряд ли это тот политико-правовой результат, к которому мы стремимся.