

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

Соглашаясь с А.В. Асосковым по многим частным моментам, указанным им в своих тезисах (необходимость замены прямого иска на косвенный, проблема конкуренции исков в арбитраже и в государственном суде), считаю возможным не согласиться с ним концептуально по предлагаемому подходу относительно механизма регулирования крупных сделок и сделок с заинтересованностью.

**1. Эффективная защита прав и интересов миноритариев имеет не меньшее значение, чем защита третьих лиц и стабильности оборота**

В российском корпоративном праве «институт крупных сделок и сделок с заинтересованностью имеет уродливые очертания» не потому, что создается необоснованный риск оспаривания практически любой сделки, а как раз потому, что установленную процедуру одобрения можно совершенно легко и безнаказанно обойти.

Если ранее, до принятия постановления Пленума ВАС РФ от 20.06.2007 № 40<sup>1</sup>, проблема необоснованного оспаривания действительно существовала, то с принятием данного постановления, а тем более законодательных изменений от 19.07.2009, данная проблема была успешно разрешена.

Причем проблема была решена даже слишком успешно, поскольку введенные ограничения в большинстве случаев закрыли миноритариям путь к оспариванию сделок с заинтересованностью.

В Проекте постановления Пленума ВАС РФ (далее – Проект) предпринята попытка скорректировать данную проблему в сторону защиты интересов миноритариев, что представляется довольно правильным и обоснованным решением. На это направлены положения Проекта о фактической аффилированности, о возможности оспаривания сделок дочерних обществ и т.д.

Обеспечение гарантий защиты интересов миноритариев выступает не менее важным фактором повышения инвестиционной привлекательности экономики, чем защита третьих лиц и стабильности оборота.

В связи с этим подход, намеченный в Проекте, должен благотворно отразиться на российском инвестиционном климате, а не усугубить существующие проблемы.

**2. Российский компромиссный подход должен быть сохранен с некоторыми незначительными коррективами**

В зарубежных правовых системах выработано в основном два типа правового регулирования сделок с конфликтом интересов (self-dealing):

- 1) установление требования об одобрении сделок с конфликтом интересов большинством голосов незаинтересованных акционеров (the “majority of the minority” requirement) и недействительность сделки, заключенной с нарушением данного требования;

---

<sup>1</sup> «О некоторых вопросах практики применения положений законодательства о сделках с заинтересованностью».

- 2) разрешение заинтересованным мажоритариям совершать сделки с конфликтом интересов без одобрения миноритариев, однако в случае оспаривания таких сделок мажоритарии должны доказать в суде справедливость и рыночность условий заключенных сделок, т.е. выдержать the “fairness test” (наиболее яркий представитель данного подхода – штат Делавэр)<sup>2</sup>.

Изначально в российском корпоративном праве был закреплен первый подход, но показавшись слишком суровым, сначала ВАС РФ, а затем и законодатель выработали определенные ограничения, которые наметили некоторый отход в сторону второго подхода.

Однако и второй подход не был реализован в полной мере, поскольку российский суд не оценивает сделки с позиции объективной справедливости и рыночности их условий, а также не оценивает их экономическую целесообразность – во внимание принимаются совершенно иные факторы (причинение миноритариям убытков или иных неблагоприятных последствий, наличие возможности истца повлиять на решение о заключении сделки, осведомленность контрагента, наличие последующего одобрения).

В результате, российское правовое регулирование остановилось где-то посередине между первым и вторым подходом. По сути, законодатель позволяет не учитывать интересы незаинтересованных участников, если это не причиняет им убытков или иных неблагоприятных последствий.

Найденный компромисс нельзя признать неудачным. Как раз наоборот – именно такой подход в настоящий момент отвечает потребностям российского оборота и уровню развития судебной системы.

Очевидно, что ни российская судебная система, ни бизнес-практика (в которой еще не получило должного распространения страхование ответственности менеджмента) не готовы к переходу от оспаривания сделок к убыткам. Более того, в отношении взыскания убытков в судебной практике только недавно наметились определенные позитивные подвижки. В отношении ответственности контролирующих акционеров ситуация в сторону улучшения пока не меняется.

Поэтому убытки с членов органов управления никак не могут конкурировать с возможностью участников при определенных условиях вернуть актив обратно в общество.

Абсолютный отказ от механизма оспаривания сделок с заинтересованностью и переход в плоскость оценочных средств защиты (взыскания убытков с директоров, выкупа акций несогласных акционеров) будет безусловным шагом назад в российских реалиях, т.к. лишит миноритарных участников хоть каких-то более или менее адекватных механизмов защиты своих интересов от притеснения со стороны мажоритариев.

Поэтому коррективы, вносимые в данный институт, должны быть точечными, а не кардинальными в виде его полной отмены. В этой связи поддержки заслуживает высказанное предложение о том, чтобы сделать иск акционеров косвенным, а не прямым.

### **3. Возложение бремени доказывания добросовестности на контрагента вполне обоснованно**

Возражения относительно возложения бремени доказывания собственной добросовестности на контрагента по сделке, заключенной с нарушением порядка одобрения сделок с заинтересованностью, вызывают некоторое недоумение.

В-первых, в большинстве случаев нарушения порядка одобрения сделок с заинтересованностью контрагент по сделке действует с заинтересованным лицом сообща, т.е. осведомлен о своей аффилированности с ним и несоблюдении требуемого порядка одобрения.

---

<sup>2</sup> Подробнее см. Zohar Goshen, The Efficiency of Controlling Corporate Self-Dealing: Theory Meets Reality, 91 Cal.L.Rev. 393 (2003). Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1379&context=californialawreview>

Лишь в исключительных случаях действительно добросовестные контрагенты могут пострадать из-за неожиданно возникшей аффилированности между лицами или иных оснований заинтересованности. Именно поэтому логично возложить бремя доказывания именно на ту сторону, которая часто бывает недобросовестной в данных правоотношениях.

Во-вторых, контрагент лучше, чем кто-либо другой сможет объяснить, какие именно мероприятия были им проведены для выявления признаков сделки с заинтересованностью, почему они были достаточны исходя из требований разумности, и почему он не мог на момент заключения сделки знать о допущенных нарушениях процедуры ее одобрения.

Во-третьих, данное бремя возлагается на контрагента с 2007 года. За истекший период мне не встречались в судебной практике случаи вопиющей несправедливости, когда бы рушились нормальные сделки в угоду миноритариям и в ущерб добросовестным контрагентам.

И, наконец, возложение на контрагента обязанность проявлять должную осмотрительность и проверять возможные основания для одобрения сделки как сделки с заинтересованностью (т.е. проводить минимальный *due diligence* в той мере, в какой информация предоставляется контрагентом) является нормальной практикой договорной работы, принятой во многих развитых правовых порядках.

#### **4. Установить минимальный порог владения акциями для целей оспаривания сделок с заинтересованностью не представляется возможным**

Установление минимального порога владения акциями для целей оспаривания сделок нецелесообразно, поскольку в ряде случаев, когда речь идет о сделках с заинтересованностью, даже микроминоритарии могут влиять на принятие решения, а потому выработать какой-либо четкий порог владения для предоставления права на оспаривание не представляется возможным.

#### **5. Установление фактической аффилированности**

Положения о фактической аффилированности действительно могут показаться довольно смелыми и кардинальными.

Однако данная мера представляется давно назревшей и необходимой для того, чтобы хоть немного отойти от крайне формалистского подхода, которые занимают российские суды в настоящий момент (нет признаков аффилированности – нет оснований для заинтересованности).

В Проекте предлагается телеологическое толкование положений закона – не исходя из его буквы, а исходя из его цели (борьба со злоупотреблениями менеджмента и мажоритарного акционера, т.н. *self-dealing*).

В зарубежных правовых порядках понятие действий с конфликтом интересов (*self-dealing*) никогда не ограничивается поименованным перечнем возможных вариаций, как это сделано в российском праве – обычно запрещаются или считаются нарушением обязанности действовать добросовестно любые сделки с прямым или косвенным, существующим или потенциальным конфликтом интересов<sup>3</sup>.

В российских реалиях институт сделок с заинтересованностью не работает так, как должен, поскольку участники оборота занимаются отлавливанием формальных связей и их дальнейшим обходом, а не оценкой сути отношений и возникающих в них конфликтов интересов.

---

<sup>3</sup> Art. 175 Companies Act 2006 (available at: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/section/175>).