

**1. Действующее понятие аффилированности (а) устарело и (б) требует уточнения.**

(а) Тезис о том, что действующее понятие устарело, представляется достаточно бесспорным. Тем не менее, для иллюстрации тезиса ниже приведены некоторые его пробелы, требующие устранения:

- действующее понятие аффилированности (исходя из буквального его содержания) признает наличие аффилированных лиц только у такого физического лица, которое официально осуществляет предпринимательскую деятельность (зарегистрировано в качестве индивидуального предпринимателя);
- если юр. лицо № 1 косвенно (через цепочку подконтрольных ему юр. лиц) контролирует юр. лицо № 2, то аффилированными они признаются, только если между ними в цепочке контроля находится не более трех юридических лиц (в силу правил о группе лиц, на которые опирается действующее понятие аффилированности);
- если юр. лицо № 1 и юр. лицо № 2 находятся под общим косвенным контролем юр. лица № 3 (через цепочку юр. лиц, подконтрольных юр. лицу № 3), то аффилированными они (юр. лицо 1 и юр. лицо 2) признаются, только если между каждым из них и юр. лицом № 3 в цепочке контроля находится не более одного юридического лица (либо если юр. лицо № 1 прямо подконтрольно юр. лицу № 3, то оно будет признано аффилированным с юр. лицом № 2 только если в цепочке контроля между юр. лицом № 3 и юр. лицом № 2 находится не более двух юридических лиц) (в силу правил о группе лиц, на которые опирается действующее понятие аффилированности);
- если лицо владеет 15 % голосующих акций АО, а аффилированное с ним лицо владеет еще 15 % голосующих акций АО, то никто из них не признается аффилированным лицом такого АО.

Кроме того, в части аффилированности через родственные отношения текущее понятие аффилированности, напротив, устанавливает слишком широкий перечень аффилированных лиц физического лица: (1) его супруг, родители (в том числе усыновители), дети (в том числе усыновленные), полнородные и неполнородные братья и сестры (родственники первого уровня), (2) супруг, родители (в том числе усыновители), дети (в том числе усыновленные), полнородные и неполнородные братья и сестры родственников первого уровня (родственники второго уровня), (3) супруг, родители (в том числе усыновители), дети (в том числе усыновленные), полнородные и неполнородные братья и сестры родственников второго уровня (в силу правил о группе лиц, на которые опирается действующее понятие аффилированности).

Наконец, действующее понятие аффилированности представляет собой исчерпывающий перечень оснований аффилированности, что позволяет легко обходить соответствующее регулирование, используя связанных лиц, не подпадающих под указанные в законе критерии (данный пробел является отдельным предметом дискуссии круглого стола).

Редакция действующего понятия за годы его существования практически не менялась.

(б) На данное единое понятие аффилированности ссылается порядка 30 федеральных законов, регулирующих тот или иной конфликт интересов или те или иные обязательства, при исполнении которых учитываются связанные лица соответствующего лица. Существующие пробелы понятия аффилированности не позволяют эффективно применять соответствующие нормы.

При этом некоторые очевидные пробелы на практике начинают устраняться судебной практикой (так, ВАС РФ исходит из того, что для целей регулирования корпоративных отношений понятие аффилированности распространяется, в том числе, на физических лиц, которые официально не являются индивидуальными предпринимателями). Очевидным недостатком подобного устранения пробелов (по сравнению с обновлением нормы) является то, что толкование нормы ВАС РФ имеет обратную силу и может быть применено ко всем тем правоотношениям, которые имели место и до появления соответствующего толкования (создавая, тем самым, риски для бизнеса).

Кроме того, обновление понятия аффилированности необходимо для введения эффективного понятия «контролирующее лицо» (призванного заменить неэффективное понятие «основное общество», не охватывающее многие случаи контроля над юридическим лицом), а именно для определения тех случаев контроля, когда он осуществляется совместно несколькими связанными лицами (соответствующая связанность лиц описывается с помощью понятия аффилированности).

**2. (а) Обновленное понятие аффилированности должно быть единым и универсальным.  
(б) Оно должно быть включено в Гражданский кодекс Российской Федерации.**

(а) В действующем законодательстве понятие «аффилированные лица» только одно, прочие законы лишь ссылаются на него, не вводя своего понятия аффилированности (то есть действующее понятие - единое и универсальное). Оно закреплено в полностью отмененном (кроме, собственно, нормы об аффилированных лицах) Законе РСФСР от 22 марта 1991 г. N 948-I «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках». Предлагаемые нормы призваны заменить действующее единое и универсальное понятие аффилированности на новое. Поэтому и новое понятие, в соответствии с логикой действующего регулирования, предлагается сделать по умолчанию единым и универсальным (предоставив, тем не менее, возможность (которой нет сейчас) иными законами устанавливать иные правила).

При этом следует отметить, что антимонопольная «группа лиц» и налоговая «взаимозависимость», которые понятие аффилированности не используют (и через нее не определяются), остаются теми же самими (то есть структура регулирования всех перечисленных взаимоотношений остается неизменной и никакого дублирования не происходит).

(б) Представляется, что Гражданский кодекс в настоящее время является единственным в системе законодательства Российской Федерации нормативно-правовой акт, в котором возможно прописать правила об аффилированности, по следующим причинам:

- обновленное регулирование аффилированности вряд ли возможно прописать в Законе РСФСР от 22 марта 1991 г. N 948-I "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках" (в котором содержится текущее регулирование аффилированности) – он практически полностью отменен;
- его также нецелесообразно прописывать в Федеральном законе «О защите конкуренции», поскольку понятие аффилированности уже не используется для основной цели данного закона – контроля за экономической концентрацией (он основан на термине «группа лиц», не использующем понятие аффилированности);
- на единое понятие аффилированности ссылается порядка 30 действующих федеральных законов – в силу этого его необходимо прописать в законодательном акте высокого уровня

(которым применительно к регулированию рассматриваемых правоотношений в системе законодательства России является Гражданский кодекс);

- Минюст, Минэкономразвития и ВАС РФ считают, что понятие аффилированности должно быть прописано именно в Гражданском кодексе.

При этом следует особенно подчеркнуть, что:

- за основу работы по устранению пробелов действующего регулирования аффилированности было логично и последовательно взято существующее отечественное понятие аффилированности (а не зарубежные нормы о связанности);

- правка существующего понятия осуществляется исходя из отечественного опыта его применения;

- «размещение» обновленного понятия в системе российских нормативно-правовых актов предлагается осуществлять исходя из перечисленных выше особенностей российского законодательства, использующего понятие аффилированности и определяющего его действующую редакцию.

**3. Понятие аффилированности не должно ограничиваться лишь перечнем формальных критериев и должно предоставлять суду право в определенных случаях устанавливать наличие аффилированности в отсутствие формальных оснований, указанных в законе.**

Аргументы «за» и высказываемые аргументы «против» (с комментариями о том, почему аргументы «против» можно не принимать во внимание):

ЗА: без указанного права суда права норма об аффилированности останется закрытым перечнем оснований аффилированности – то есть, по сути, инструкцией о том, как обойти норму
ЗА: если сохранить норму в виде закрытого перечня – суды будут пытаться «открывать» его с помощью толкования в наиболее очевидных случаях злоупотреблений – это повлечет риски для бизнеса, так как такое толкование (в отличие от обновленной нормы закона) будет применяться с обратной силой (то есть, в том числе, в отношении уже совершенных сделок)
ЗА: текущий проект нормы о соответствующем праве суда говорит о «ситуативной» аффилированности – будет применяться только судом при рассмотрении конкретной ситуации применительно к конкретному юридическому лицу (будет подлежать доказыванию истцом вновь при рассмотрении следующего спора в связи с участием таких лиц в этом же юридическом лице или в другом юридическом лице)
ЗА: без данного права суда не будут работать нормы о лицах, контролирующих юридическое лицо, и их ответственности – достаточно будет «разложить» контрольный пакет акций на несколько формально неаффилированных лиц
ЗА: норма в ее последней редакции будет иметь ограниченную сферу действия – только для ответственности лиц, которые формально не аффилированы, скрывают совместный контроль над юридическим лицом и осуществляют очевидные злоупотребления

ПРОТИВ: плохая судебная система – кого угодно признают аффилированными	Комментарий:  1) Судебное усмотрение строго ограничено: нужно доказать <u>совокупность</u> следующих обстоятельств:  А. совокупность обстоятельств, необходимая для установления возможности признания согласованно действующих лиц аффилированными (установление которых само по себе не влечет негативных последствий): - согласованные действия (что уже само по себе означает, что это не просто одинаковые действия),
--	---

	<ul style="list-style-type: none"> <li>- фактическая возможность определять действия юридического лица (признак контроля),</li> <li>- причинно-следственная связь между согласованными действиями и получением контроля,</li> <li>- заблаговременная известность соответствующих действий каждому из участвующих в них лиц,</li> <li>- связанность совершения таких действий каждым из соответствующих лиц с совершением их иными лицами, участвующими в совершении таких действий,</li> <li>- фактическая возможность извлекать выгоду в ущерб юридическому лицу и (или) его участникам,</li> <li>- причинно-следственная связь между согласованными действиями и возможностью извлекать выгоду в ущерб юридическому лицу и (или) его участникам.</li> </ul> <p>Б. совокупность обстоятельств, установить которую необходимо в связи с предметом спора (например, в случае, если спор идет о возмещении убытков юр. лицу, причиненных действиями таких согласованно действующих лиц):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- причинение юридическому лицу убытков;</li> <li>- определенные действия указанных согласованно действующих лиц;</li> <li>- причинно-следственная связь между их действиями и убытками;</li> <li>- вина согласованно действующих лиц в причинении убытков.</li> </ul> <p>2) <u>Таким образом, усмотрение судов при применении данной нормы крайне ограничено.</u> При этом у судов давно есть различные полномочия гораздо более широкого усмотрения в сфере корпоративных отношений (например, от усмотрения суда зависит вопрос действительности эмиссии акций, совершенной с нарушением закона).</p> <p>3) Согласованно действующие лица, даже если истцом будут доказаны все перечисленные выше обстоятельства, могут доказать, что их согласованные действия были совершены добросовестно и разумно в интересах юридического лица, в частности (достаточно доказать любое из перечисленных ниже обстоятельств, либо иное другое обстоятельство, свидетельствующее о добросовестности и разумности):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- действия соответствовали обычным условиям гражданского оборота,</li> <li>- действия были объективно вызваны изменением внешних обстоятельств, влияющих на хозяйственную деятельность юридического лица,</li> <li>- действия являлись частью совокупности действий, объединенных общей целью, в результате которых юридическое лицо получило выгоду или избежало большего ущерба,</li> </ul> <p><u>и в этом случае суд откажет в признании их аффилированными и в удовлетворении требования о возмещении ими убытков.</u></p>
ПРОТИВ: Такое право приведет к массовой отмене сделок	<p>Комментарий:</p> <p><u>В случае признания лиц аффилированными судом отмена сделки с заинтересованностью практически невозможна (т.к. практически</u></p>

	<p><u>невозможно доказать знание контрагента об аффилированности до решения суда (наличие такого знания – обязательное условие отмены сделки с заинтересованностью)).</u></p> <p>Кроме того, если доказана убыточность сделки для общества (также обязательное условие отмены сделки с заинтересованностью), то ее отмена – это уже не риск общества, а риск заинтересованного лица, которому она была выгодна.</p>
<p>ПРОТИВ: акционерное общество (АО) не сможет составлять список своих аффилированных лиц</p>	<p>Комментарий:</p> <p>В соответствии с прямым указанием норм законодательства, от АО не требуется включать в список ту информацию, которой у него нет и не должно быть (до признания лиц аффилированными судом у него ее не может быть).</p> <p>Норма о признании лиц аффилированными судом не применяется самим АО при составлении списка аффилированных лиц (в норме прямо говорится о том, что применяется она только судом).</p> <p>АО не считает аффилированными лиц, которые были признаны судом аффилированными в связи с участием <u>в другом</u> АО (норма говорит о ситуативной аффилированности в связи с совместным контролем над конкретным юридическим лицом).</p>