

**Принято на заседании Совета
28 мая 2018 г.
№ 177-3.1/2018**

**ЭКСПЕРТНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ
по проекту федерального закона «О внесении изменений
в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации
(в части определения контролирующих и подконтрольных лиц
и их ответственности)»**

1. Проект федерального закона «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации (в части определения контролирующих и подконтрольных лиц и их ответственности)» (далее – Проект) направлен на экспертизу в Совет при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства Министерством экономического развития Российской Федерации (письмо от 3 мая 2018 г. № 12151-ИТ/Д22и).

Проект подготовлен в соответствии с пунктом 14 Плана мероприятий («дорожная карта») «Совершенствование корпоративного управления», утвержденного распоряжением Правительства Российской Федерации от 25 июня 2016 г. № 1315-р, которым предусмотрено введение в Федеральный закон от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» норм об ответственности контролирующего лица за убытки, причиненные по его вине подконтрольному хозяйственному обществу.

К Проекту прилагается подробная пояснительная записка.

2. Давая оценку представленному Проекту, следует отметить, что при подготовке проекта изменений главы 4 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) были сделаны предложения закрепить в нормах о юридических лицах положения об аффилированности применительно к корпоративным отношениям.

Соответствующие положения вошли в статьи 53² – 53⁴ ГК РФ в редакции проекта федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части

первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также отдельные законодательные акты Российской Федерации», принятого Государственной Думой в первом чтении 27 апреля 2012 г. При этом в нормах данного законопроекта отношения «связанности» (аффилированности) между лицами раскрывались через категории «контролирующего и подконтрольного лиц».

Однако в ходе дальнейшей работы над законопроектом было признано, что новый подход к определению отношений аффилированности не вносит большей ясности и определенности в понимание этих отношений. Об этом, в частности, свидетельствует и заключение специально созданной Российским союзом промышленников и предпринимателей арбитражной комиссии, которое было подготовлено в январе-феврале 2014 года после изучения нескольких ситуационных примеров о возможных проблемах введения нового понятия аффилированности с учетом комментариев представителей бизнес-сообщества, Минэкономразвития России и Рабочей группы по созданию международного финансового центра в России при Совете при Президенте Российской Федерации по развитию финансового рынка Российской Федерации и с учетом состоявшегося обсуждения, в котором принимал участие широкий круг заинтересованных лиц.

В результате в статью 53² ГК РФ была включена норма, предусматривающая, что в случаях, если «...Кодекс или другой закон ставит наступление правовых последствий в зависимость от наличия между лицами отношений связанности (аффилированности), наличие или отсутствие таких отношений определяется в соответствии с законом».

Вместе с тем в ГК РФ были использованы иные конструкции, указывающие на наличие определенных связей между субъектами гражданского права: основное и дочернее общества; лица, осуществляющие фактическую возможность определять действия юридического лица; лица, волеизъявление которых имело значение при принятии решения собранием.

Однако некоторые федеральные законы (Федеральный закон от 26 декабря 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», Федеральный закон от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах», Федеральный закон от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью», Федеральный закон от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг») используют или стали использовать понятия контролирующего и подконтрольного лица.

3. Предлагаемый Проект помимо того, что содержит ряд внутренних структурных недостатков, вносит избыточные нормы, потребность в которых представляется сомнительной, прежде всего в силу наличия в действующем ГК РФ концепций (институтов) «основного – дочернего общества» и «лица, имеющего фактическую возможность определять действия юридического лица». При этом аргументы, выдвигаемые в пояснительной записке к Проекту в части отсутствия/неполноты в российском праве тех или иных оснований для признания наличия корпоративного контроля, и, как следствие, необходимости предлагаемых изменений, представляются недостаточно обоснованными.

I. Концепция «основное – дочернее общество»

Пояснительная записка к Проекту в качестве одного из главных недостатков текущего регулирования вопросов корпоративного контроля называет несовершенство концепции «основное – дочернее общество», закрепленной в статье 67³ ГК РФ. Однако данная концепция благодаря наличию в ней остаточного критерия установления отношений дочернего – основного общества в виде формулировки «*иным образом иметь возможность определять решения, принимаемые таким обществом*» (пункт 1 статьи 67³ ГК РФ) является достаточно гибким инструментом регулирования гражданско-правовых отношений.

Определение контролирующего лица, предлагаемое Проектом, помимо аналогичного открытого критерия наличия в силу тех или иных причин «права определять действия (решения) подконтрольной организации», вводит также,

как равнозначные, чисто формальные критерии, как, например, право распоряжаться более 50 (или, при соответствующих обстоятельствах, не менее 30) процентами голосов.

Таким образом, вопросы ответственности соответствующего лица предлагается решать не на основе действительной возможности определения таким лицом действий юридического лица, использованных в ущерб последнему, а на основе наличия у него такого формального признака, который вовсе необязательно обеспечивает фактическую возможность действительного влияния на другое лицо. Например, если лицо владеет долей, составляющей 51 процент, в обществе, уставом которого определено, что все решения общего собрания принимаются двумя третями от общего числа голосов участников, то «контроль» такого лица в отношении такого общества представляется иллюзорным. Следует признать, что в некоторых случаях, допускающих некоторую схематичность и условность, применение формального критерия контроля и подконтрольности может быть допустимым и целесообразным (как, например, при определении заинтересованности в сделке общества либо для определения состава консолидированной группы для применения требований отчетности), как это сделано в законодательстве об акционерных обществах и о рынке ценных бумаг. Однако Проект предполагает использование таких формальных критериев в вопросе ответственности одного субъекта, вытекающей из действий другого субъекта, что, конечно же требует применения критериев, основанных на фактической, а не формальной их связи.

В то же время формулировки Проекта при буквальном толковании в некотором аспекте *ограничивают* случаи, при которых могут возникать ситуации корпоративного контроля. Так, при определении всех критериев контроля Проект апеллирует к *праву* лица распоряжаться голосами, назначать (избирать) соответствующие органы или определять действия (решения) подконтрольной организации (в то время как в действующей концепции «основное – дочернее общество» в соответствии со статьей 67³ ГК РФ в основу

определения положено наличие *возможности* определять решения, принимаемые дочерним обществом).

При этом, например, лицо, обладающее достаточным количеством голосов, все-таки, строго говоря, не имеет *права* избрать генерального директора – этим правом, в силу своей компетенции, обладает соответствующий орган общества – например, общее собрание участников. У обладателя же соответствующего количества голосов имеется лишь фактическая *возможность* обеспечить избрание таким компетентным органом на такую должность определенное лицо.

Предлагаемые нормы Проекта очевидно пренебрегают фактом, что действующая редакция ГК РФ позволяет учитывать специфику отдельных ситуаций, при которых суд может установить наличие у одного юридического лица возможности определять решения, принимаемые другим юридическим лицом.

Также нельзя согласиться с доводом авторов Проекта о том, что *«такое основание «дочерности», как преобладающее участие в уставном капитале, суды, как правило, толкуют как наличие более половины акций, долей и не учитывают соотношение с долями других участников»*.

В действительности существующее определение «дочернего» общества (в силу его отмеченной выше открытости) не противоречит тому факту, что при многочисленности акционеров и дисперсном владении акциями в отдельных обществах может требоваться значительно меньшее число голосов, чтобы добиться подавляющего влияния на принятие решения, равно как и тому, что не только доля в уставном капитале, но и другие обстоятельства могут быть основанием для квалификации общества в качестве дочернего. И эти обстоятельства судами оцениваются в совокупности.

Нельзя также согласиться и с выводом авторов Проекта о том, что концепция «основное – дочернее общество» не признает ситуации косвенного корпоративного контроля через подконтрольных лиц.

Упоминание авторами Проекта в качестве недостатка действующего регулирования о том, что *«такое основание, как договор, в силу отсутствия развернутой формулировки, которая могла бы указать на правовую природу подразумеваемых договоров или включать их перечень, не позволяет сказать, о каких договорах идет речь: о договорах, предметом которых является осуществление прав, удостоверенных акциями (долями) подконтрольной организации, или о любых договорах, ситуативно порождающих отношения зависимости в каждой конкретной ситуации»*, также не представляется обоснованным, так как относить тот или иной договор к числу договоров, порождающих отношения «дочерности», – вопрос условий конкретного договора и фактических обстоятельств, в которых он заключен и исполняется. Соответственно, сохранение в предлагаемом тексте Проекта ссылки только на договоры, предметом которых является осуществление прав, удостоверенных акциями (долями) подконтрольной организации, необоснованно ограничивает потенциальные ситуации корпоративного контроля.

Наконец, предлагаемые для введения в ГК РФ термины «контролирующее лицо» и «подконтрольное лицо» имеют ряд специфических критериев, в частности, указание на то, что контролирующее лицо признается таковым при наличии права прямо или косвенно распоряжаться более 50 процентами голосов или не менее 30 процентами голосов в подконтрольном обществе, которые их отличают от критериев, применяемых в определении аналогичных терминов, используемых в других федеральных законах («Об обществах с ограниченной ответственностью», «Об акционерных обществах», «О несостоятельности (банкротстве)», «О рынке ценных бумаг», Налоговый кодекс Российской Федерации).

Таким образом, вопреки информации, содержащейся в приложенном к Проекту перечне федеральных законов, подлежащих признанию утратившими силу, приостановлению, изменению или принятию в связи с принятием Проекта, данные поправки в ГК РФ для того, чтобы действительно достичь

унифицированного регулирования, потребуют внесения изменений в целый ряд других федеральных законов, цели и сфера регулирования которых носят специальный характер и отнюдь не совпадают с предметом регулирования ГК РФ.

II. Концепция «фактического контролирующего лица»

Предлагаемая концепция «контролирующее лицо – подконтрольное лицо» фактически не содержит каких-либо новых элементов правового регулирования по сравнению с теми, что содержатся в пункте 3 статьи 53¹ ГК РФ в отношении лица, «имеющего фактическую возможность определять действия юридического лица» (включая обязанность «действовать добросовестно и разумно»). Данная концепция «фактического контролирующего лица» (как она названа в пояснительной записке) закрывает все те недостатки, которые авторы Проекта обозначили в отношении концепции «основное – дочернее общество». В частности, в пояснительной записке подчеркнуто, что *«... в соответствии с предлагаемой нормой публично-правовые образования также могут выступать контролирующими лицами...»*. Несмотря на отсутствие судебной практики по привлечению государства как фактического контролирующего лица к имущественной ответственности по правилам пункта 3 статьи 53¹ ГК РФ, в доктрине подчеркивается, что публично-правовое образование может быть привлечено к имущественной ответственности по указанному основанию. При отсутствии релевантной судебной практики считается возможным сделать такой вывод потому, что он обусловлен характером и способами участия государства в управлении хозяйственными обществами.

Включение в пункт 1 статьи 53⁴ ссылки на пункт 3 статьи 53¹ ГК РФ является дополнительным подтверждением внутренней нелогичности текста Проекта, так как для описания термина «контролирующее лицо» ссылка дается на понятие «фактического контролирующего лица» из уже существующей статьи ГК РФ, о чем упомянуто выше.

Таким образом, включение в пункт 1 статьи 53⁴ ссылки на пункт 3 статьи 53¹ ГК РФ создает дополнительную путаницу и усложняет текст Гражданского кодекса.

III. Ответственность контролирующего лица за убытки, причиненные подконтрольному лицу

Проектом предлагается исключить статью 67³ ГК РФ, определяющую понятие дочерних обществ и режим ответственности основного общества, и включить в Кодекс статью 53⁴, посвященную ответственности лиц, контролирующих юридическое лицо. Представляется, что предложенный подход создает дополнительные пробелы в законодательстве в части регулирования ответственности контролирующего лица перед третьими лицами, а где-то просто воспроизводит существующие нормы.

Во-первых, Проект предлагает исключить из ГК РФ статью 67³, устанавливающую солидарную ответственность основного общества с дочерним обществом по сделкам, заключенным последним во исполнение указаний или с согласия основного общества, а также субсидиарную ответственность основного общества в случае банкротства по его вине дочернего общества. При этом проектируемые статьи не содержат какого-либо регулирования ответственности основного общества перед третьими лицами взамен исключаемых положений.

Таким образом, преследуя цель устранить пробелы в существующем ныне режиме ответственности, Проект в действительности создает новый пробел в законодательстве.

Во-вторых, заменяемый Проектом режим ответственности основного общества в целом воспроизводит положения статьи 53¹ ГК РФ, которая и без того предусматривает солидарную ответственность в случае совместного причинения убытков (пункт 4 статьи 53¹), что противоречит тезису пояснительной записки к Проекту о том, что действующая норма об ответственности основного общества сформулирована так, что

«...предполагает наличие только одного основного общества и по этой причине не указывает на природу ответственности при множественности основных обществ». Действующая редакция пункта 3 статьи 53¹ ГК РФ не исключает множественности лиц, соответствующих критериям «лица, имеющего фактическую возможность определять действия юридического лица».

Таким образом, предлагаемые Проектом изменения в ГК РФ:

- во-первых, не решают каких-либо проблем, которые не решались бы надлежащим применением действующих норм ГК РФ;

- во-вторых, вводят параллельные с существующими в законодательстве институтами новые понятия, что может привести к запутанности правовых норм и затруднениям их толкования и применения;

- в-третьих, множат сущности категорий «контролирующее» и «подконтрольное лицо», вводят новые (наряду с используемыми в других законодательных актах) определения этих понятий.

В этой связи предложенный Проект по концептуальным предложениям не может быть поддержан.

х х х

Вывод: проект федерального закона «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации (в части определения контролирующих и подконтрольных лиц и их ответственности)» не может быть поддержан.

Председатель Совета

В.Ф.Яковлев