

ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ И КОРПОРАТИВНОЕ ПРАВО

DOI: 10.17803/1994-1471.2020.114.5.073-078

И. И. Шувалов*

Проблемы гражданского законодательства через призму регулирования холдинговых структур

Аннотация. Действующее законодательство, которое так или иначе регулирует холдинговые отношения и деятельность холдингов, содержит весьма существенные пробелы, которые порождают проблемы практического характера. Одним из таких пробелов является отсутствие универсального законодательного определения понятия «холдинг», используемого в нормативных правовых актах различного уровня. Отсутствие официальной дефиниции рассматриваемого понятия неизбежно ведет к неопределенности при выявлении признаков данного объединения (в качестве таковых в доктрине называют экономический или корпоративный контроль, признак организационного единства, выстраивание отношений по модели дочерности хозяйственных обществ и т.д.) и, как следствие, обуславливает сложность квалификации того или иного интеграционного объединения двух и более юридических лиц в качестве холдинга. Недостаточность нормативного материала наблюдается также в решении вопросов создания холдинга, его организационной структуры, корпоративных отношений, включая вопросы управления холдингом. Поскольку в современной России холдинги являются одной из самых распространенных форм корпоративных объединений, изучение этих и иных аспектов правового регулирования создания и функционирования холдингов является одной из задач, имеющих первостепенное значение для развития предпринимательства. Автор ограничился рассмотрением понятия холдинга, его признаков, обращаясь при этом не только к доктринальным источникам, но и к судебной практике, а также к опыту зарубежных стран.

Ключевые слова: проблемы правового регулирования; понятие холдинга; юридическое лицо; зависимость; сделка; зарубежный опыт; концепции «разумный менеджер», «деловая возможность»; критерий «единый центр принятия решений»; право.

Для цитирования: Шувалов И. И. Проблемы гражданского законодательства через призму регулирования холдинговых структур // Актуальные проблемы российского права. — 2020. — Т. 15. — № 5. — С. 73—78. — DOI: 10.17803/1994-1471.2020.114.5.073-078.

© Шувалов И. И., 2020

* Шувалов Игорь Иванович, кандидат юридических наук, председатель Государственной корпорации развития «ВЭБ.РФ»
пр-т Академика Сахарова, д. 9, г. Москва, Россия, 107078
pr_shuvalova@veb.ru

Civil Legislation Challenges Through the Prism of Regulation of Holding Entities

Igor I. Shuvalov, Cand. Sci. (Law), Chairman of the VEB.RF State Development Corporation
pr-t Akademiya Sakharova, d. 9, Moscow, Russia, 107078
pr_shuvalova@veb.ru

Abstract. Current legislation governing relationships in the field of holdings in one way or another contains very significant gaps that give rise to practical problems. One of such gaps is the lack of a uniform legislative definition of the term "holding" used in various normative legal acts at different levels. The lack of an official definition of the concept under consideration inevitably leads to uncertainty in the identification of features of such an association (the doctrine enumerates economic or corporate control, organizational unity, building relationships according to the model of subsidiarity of economic societies, etc.) and, as a result, causes difficulty in qualifying integration associations of two or more legal entities as a holding. Insufficiency of regulation is also observed in resolving the issues regarding creation of the holding company, its organizational structure, corporate relations, including issues of management. Since holdings are one of the most common forms of corporate associations in modern Russia, the study of these and other aspects of legal regulation of the creation and functioning of holdings is a priority for entrepreneurship development. The author limited the study to considering the concept of the holding, its features, addressing not only doctrinal sources, but also judicial practice (jurisprudence), as well as the experience of foreign countries.

Keywords: problems of legal regulation; concept of a holding; legal entity; dependence; transaction; foreign experience; "reasonable manager" concept, "business opportunity"; "single decision center" criterion; law.

Cite as: Shuvalov II. Problemy grazhdanskogo zakonodatelstva cherez prizmu regulirovaniya kholdingovykh struktur [Civil Legislation Challenges Through the Prism of Regulation of Holding Entities]. *Aktualnye problemy rossiyskogo prava*. 2020;15(5):73—78. DOI: 10.17803/1994-1471.2020.114.5.073-078. (In Russ., abstract in Eng.).

Одна из основных проблем права — определение его взаимодействия с общественными отношениями. История права — это регулярное изменение баланса между регулирующей ролью права и его опорой на практику, т.е. на фактические общественные отношения, материальные условия жизни общества, реальное экономическое положение участников в отдельно взятой ситуации.

С одной стороны, очень распространено абсурдное требование изменять право под «жизненные реалии», «практику», «приблизить его к жизни». Это неминуемо низведет роль права до уровня простого отражения практики и лишит его смысла.

В данном случае уместно привести ответ Д. А. Керимова на риторический вопрос немецкого теоретика права К.-М. Бергбома, который,

говоря о превосходстве практического права над «прекрасным теоретическим правом», спросил: «Зачем точить нож, если нечего резать?», имея в виду отсутствие необходимости объективной оценки действий законодателя. Ответ Д. А. Керимова звучал следующим образом: «Резать следует то "практическое" право, которое не соответствует прекрасному теоретическому праву»¹.

Право является наукой не столько о сущем, о стихийно сложившихся отношениях, сколько о должном, или, перефразируя И. Канта, о максимуме совершенства, который не всегда достижим на практике, но служит путеводной звездой².

С другой стороны, право действует не в вакууме, а в связи с общественными отношениями, которые оно регулирует.

¹ Керимов Д. А. Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права. 2-е изд. М. : Аванта+, 2001. С. 232.

² См.: Кант И. Критика чистого разума : в 6 т. / под общ. ред. В. Ф. Асмуса, А. В. Гулыги, Т. И. Ойзермана. М. : Мысль, 1964. Т. 3. С. 273.

Практическое значение норм корпоративного права очевидно. Например, право недропользования передается не через громоздкую, высокорисковую и затратную процедуру передачи участков недр согласно Закону РФ «О недрах» 1992 г., а путем приобретения контроля над обладателем недропользовательской лицензии за счет приобретения корпоративных прав участия (долей или акций).

Нормы законодательства о холдингах могут привести к неожиданному правовому результату. Так, 24 юридических лица Нидерландов, учрежденные для целей оптимизации налогообложения канадской добывающей компанией Khan Resources, приобрели в силу своего участия в этой холдинговой структуре статус истцов по спору между этой компанией и Монгольской Республикой, что позволило головной организации холдинга — Khan Resources — участвовать в арбитраже на основе Договора к Энергетической хартии, нормы которой защищают именно инвестора, притом что Канада (как, кстати, и Россия) даже не подписала этот международный договор (не говоря уже о его ратификации), что формально исключало для Khan Resources такую возможность³. Следует отметить, что юридическим основанием стало слишком широкое понимание термина «инвестор» в Договоре к Энергетической хартии.

До недавнего времени система соответствующих норм российского права была основана на сугубо позитивистском подходе — отсутствие доказательств участия одного хозяйственного общества в другом исключало возможность возложения на головную организацию холдинга ответственности за ненадлежащее исполнение гражданско-правовых обязательств и неуплату налоговых платежей.

Интересы кредиторов юридического лица, входящего в холдинг, и его акционеров нару-

шаются также путем аккумуляции руководством холдинга убытков на уровне строго определенных юридических лиц холдинга, что в силу правила о самостоятельности юридических лиц (п. 1 ст. 48 ГК РФ) и о презумпции их личной ответственности (ст. 56 ГК РФ) позволяет головной организации холдинга, в которой аккумулируется вся прибыль, уходить от ответственности.

Для противодействия трансфертному ценообразованию, установлению монопольных цен, картельных сговоров в зарубежной и международной практике (ОЭСР) был выработан принцип вытянутой руки, согласно которому юридические лица холдинга должны заключать друг с другом сделки на тех же условиях (в частности, по той же цене), что и с любыми иными третьими лицами. Однако для того, чтобы применить данный принцип, необходимо доказать факт наличия холдинговых отношений между взаимозависимыми лицами.

Отсутствие юридического определения холдинга на уровне законодательства (не считая банковского холдинга) не мешает фактическому существованию и успешному использованию данной организационной формы для ухода от административной и гражданско-правовой ответственности.

С точки зрения налоговых органов холдинговые компании представляют собой компании, специализирующиеся на владении и управлении принадлежащими им пакетами акций⁴. Несколько более широкий круг участников, включающий в себя не только акционерные общества, но и все хозяйственные общества в целом, содержит определение холдинговой компании, выводимое из содержания актов Президента РФ, определяющих задачи и полномочия государственных корпораций⁵.

Российская научная доктрина гражданского законодательства включает в холдинги не

³ Khan Resources Inc., Khan Resources B. V., CAUC Holding Company Ltd. v The Government of Mongolia, MonAtom LLC — PCA Case No. 2011-09 — Award on the Merits — 2 March 2015.

⁴ См.: письмо ФНС России от 8 августа 2019 г. № ЕД-4-13/15696@ «О фактическом праве холдинговых компаний на доход от источников в Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ См., например: Указ Президента РФ от 22 июля 2016 г. № 356 «О некоторых вопросах Государственной корпорации по содействию разработке, производству и экспорту высокотехнологичной промышленной продукции «Ростех»» // СЗ РФ. 2016. № 30. Ст. 4906.

только хозяйственные общества, используя такие критерии, как «обладание контрольной долей участия в уставном капитале» и «значительный размер пакета акций». Эти критерии крайне двусмысленны. Более того, автор одного из таких определений холдинга И. С. Шиткина делает существенную оговорку, указывая, что для холдинга «наличие преобладающего участия в уставном капитале необязательно должно превышать 50 % голосующих акций (долей участия) в уставном капитале общества. При многочисленности акционеров или участников и “распыленности” контрольного пакета в отдельных обществах требуется значительно меньшее число голосов (долей участия), чтобы добиться подавляющего влияния»⁶.

Получается, что даже эти размытые критерии холдинга — «обладание контрольной долей участия в уставном капитале» и «значительный размер пакета акций» — чрезмерно строги.

Фактически холдингом можно назвать даже два юридических лица, учрежденные родственниками, чему соответствует определение группы лиц (ст. 9 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»), взаимозависимых лиц (ст. 105.1 Налогового кодекса РФ), а также аффилированных лиц (ст. 4 Закона РСФСР от 22 марта 1991 г. № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», ст. 53.2 ГК РФ).

Проведенная в 2008—2013 гг. реформа гражданского законодательства, во-первых, усилила принцип защиты слабой стороны договора — кредитора юридического лица, входящего в холдинг, и его акционера, а во-вторых, обусловила отказ судов от формализма при определении наличия контроля одного лица другим.

Российские суды стали выяснять экономический смысл сделок между лицами, входящими

ми в один холдинг. Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ в постановлении от 4 декабря 2012 г. № 8989/12 отказался признать дарением безвозмездную передачу имущества между лицами, являющимися, по мнению суда, с экономической точки зрения единым хозяйствующим субъектом⁷. Затем российскими арбитражными судами был выработан критерий «единый центр принятия решений»⁸.

Этот же подход используется судами США, в прецедентном праве которых сформулирована доктрина «содержание превыше формы» (substance over form)⁹: если налогоплательщику удалось придумать некую схему (в том числе корпоративной, холдинговой природы), формально выводящую доход из-под налогообложения, то суд будет руководствоваться именно существом, а не формой и скорее признает налог подлежащим уплате¹⁰. Аналогичен и подход немецкого законодателя. Законодательство ФРГ при квалификации поведения того или иного лица с точки зрения правомерности исходит из принципа приоритета фактически сложившихся отношений (результата) перед формально-юридическим соответствием или несоответствием требованиям закона.

Судебные органы ФРГ достигли значительных успехов в квалификации взаимной зависимости одних лиц от других и, соответственно, квалификации сделок между ними в качестве притворных. В ходе практики оценки действий юридических лиц они разработали концепции маркеров притворных сделок, прикрывающих действительные финансовые взаимоотношения между участниками холдингов: «разумный менеджер» и «деловая возможность» (Geschäftschancenlehre, или Business Opportunity Doctrine).

Концепция «разумный менеджер» исходит из того, что условия спорной сделки настоль-

⁶ Шиткина И. С. Холдинги. Правовой и управленческие аспекты. М. : Городец-Издат, 2003. С. 24.

⁷ Вестник ВАС РФ. 2013. № 8.

⁸ См., например: постановление Арбитражного суда Московского округа от 28 февраля 2019 г. № Ф05-740/2019 по делу № А40-17635/2018 ; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 18 ноября 2019 г. № 09АП-61591/2019 по делу № А40-12921/2016.

⁹ См.: Gregory v. Helvering, 293 U.S. 465 (1935).

¹⁰ См.: Likhovski A. The Duke and the Lady: Helvering v. Gregory and the History of Tax Avoidance Adjudication // Cardozo Law Review. 2004. № 25.

но невыгодны для одной из сторон, что разумный менеджер не согласился бы на них, если бы в качестве контрагента представляемого им юридического лица в сделке выступало независимое лицо¹¹. Таким образом, принцип «вытянутой руки» не соблюден. Высший финансовый суд ФРГ в одном из дел указал, что «любой покупатель продукции, осуществляющий ее приобретение с целью ее дальнейшей перепродажи, никогда не согласился бы с закупочной ценой, которая не позволила бы ему продавать купленные товары с определенной прибылью. Если между покупателем и продавцом уже заключен договор, покупатель инициировал бы переговоры о пересмотре таких цен»¹².

Концепция «деловая возможность» состоит в том, что если одна из сторон сознательно и по собственной воле отказывается реализовать принадлежащее ей материальное право, например возмещения нанесенного ей в результате реализации спорной сделки ущерба, то эта сделка заключена с созависимым лицом.

Примечателен также опыт международных интеграционных объединений. В частности, согласно ст. 9 Модельной конвенции по налогам на доход и капитал ОЭСР 1963 г. налогоплательщики признаются взаимосвязанными в случае, если: предприятия прямо или косвенно участвуют в управлении, контроле или капитале другого (других) предприятия(й) одного и (или) другого государства; между предприятиями устанавливаются особые коммерческие и финансовые условия, отличные от тех, что имели бы место между независимыми предприятиями.

Отсутствие сотрудничества между ОЭСР и Россией и юридическая необязательность данной Модельной конвенции не препятствуют использованию данной модели при формировании экономической интеграции в рамках Союзного государства Беларуси и России и (или) в рамках ЕАЭС. Впрочем, даже вне интеграционных процессов судам государственной судебной системы России, не говоря уже о судах международного коммерческого арбитража (постоянно действующих арбитражных учреждениях), ничто

не мешает использовать данную Модельную конвенцию как доказательство общераспространенной практики — аналогично Принципам международных коммерческих договоров (УНИДРУА).

Таким образом, отсутствие общепринятого определения холдинга в законодательстве и доктрине привело к тому, что холдингом правомерно называть даже юридические лица, участниками которых являются родственники. Критерии, предлагаемые научной доктриной, также крайне размыты. Фактически это означает свободу усмотрения правоприменительных органов в оценке корпоративных связей как холдинговых структур. Вместе с тем холдинговая структура позволяет головной организации обходить нормы законодательства и даже, как показал пример с канадской добывающей компанией, международных договоров.

В связи с этим целесообразно изменение подходов российского законодательства и российской судебной практики, которые перешли от формальной квалификации наличия (отсутствия) участия одного юридического лица в другом к определению наличия взаимной зависимости лиц, к оценке фактической ситуации в каждом конкретном случае.

Если российские суды с 2012 г. перешли к квалификации сторон спорных сделок с экономической точки зрения, признавая холдинги единым хозяйствующим субъектом, и, далее развивая этот принцип, выработали критерий наличия «единого центра принятия решений», то немецкие суды оценивают не структуру корпоративных связей, а спорную сделку с точки зрения разумности ее заключения при нормальном течении оборота («разумный менеджер») и с точки зрения разумности поведения стороны, которой данная сделка причинила убытки («деловая возможность»). Соответственно, если сделка не могла быть заключена при отсутствии зависимости и (или) если сторона сделки после ее реализации не предпринимает никаких действий по компенсации причиненных ей спорной сделкой убытков, то сделка считается заключен-

¹¹ BFH 11 Februar 1987, BStBl. II 1987, at 461 ; Hessen FinanzGericht, 17 Oktober 1988, EFG 1989, at 200.

¹² Решение Высшего финансового суда I R 22/04 от 6 апреля 2005 г.

ной в рамках холдинга. Подход немецких судов представляется возможным для использования в российской судебной практике, тем более что согласно ч. 5 ст. 10 ГК РФ разумность действий участников гражданских правоотношений пред-

полагается, а представители юридического лица, члены его коллегиальных органов и лица, контролирующие действия юридического лица, согласно ч. 3 ст. 53, ч. 3 ст. 53.1 ГК РФ обязаны действовать разумно.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Керимов Д. А. *Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права.* — 2-е изд. — М. : Аванта+, 2001. — 560 с.
2. Кант И. *Критика чистого разума* : в 6 т. / под общ. ред. В. Ф. Асмуса, А. В. Гулыги, Т. И. Ойзермана. — М. : Мысль, 1964. — Т. 3. — 799 с.
3. Шиткина И. С. *Холдинги. Правовой и управленческие аспекты.* — М. : Городец-Издат, 2003. — 368 с.

Материал поступил в редакцию 1 декабря 2019 г.

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Kerimov D. A. *Metodologiya prava. Predmet, funkcii, problemy filosofii prava.* — 2-e izd. — M. : Avanta+, 2001. — 560 s.
2. Kant I. *Kritika chistogo razuma* : v 6 t. / pod obshh. red. V. F. Asmusa, A. V. Gulygi, T. I. Ojzermana. — M. : Mysl, 1964. — T. 3. — 799 s.
3. Shitkina I. S. *Xoldingi. Pravovoj i upravlencheskie aspekty.* — M. : Gorodecz-Izdat, 2003. — 368 s.