

# ПУТИ РАЗВИТИЯ КОРПОРАТИВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

С.И. Абрамов, А.Н. Гудиева, Р.А. Кокорев, И.В. Осколков, С.Н. Цыганков<sup>1</sup>

(1)

Концепция развития корпоративного законодательства (далее – КРКЗ), одобренная Правительством Российской Федерации в 2006 году, провозглашала своей основной целью «формирование комплексной и эффективной системы корпоративного законодательства, способствующей повышению конкурентоспособности и инвестиционной привлекательности российских компаний, а также обеспечивающей прозрачность и эффективность государственного регулирования сферы корпоративных отношений». Для достижения этой цели предполагалось решение следующих задач:

<sup>1</sup> Данная глава подготовлена следующими сотрудниками Департамента корпоративного управления Минэкономразвития России: Абрамов Святослав Игоревич – заместитель начальника отдела корпоративного законодательства; Гудиева Анна-Мария Николаевна – референт отдела корпоративного законодательства; Кокорев Ростислав Александрович – кандидат экономических наук, заместитель директора Департамента; Осколков Иван Валерьевич – кандидат экономических наук, директор Департамента; Цыганков Сергей Николаевич – начальник отдела корпоративного законодательства.

- внедрение в российское законодательство и правоприменительную практику принципов корпоративного управления, соответствующих международному уровню;
- обеспечение правового регулирования, направленного на установление баланса интересов всех заинтересованных участников корпоративных отношений;
- обеспечение гибкости корпоративного законодательства, формирование моделей регулирования, соответствующих разным стратегиям развития бизнеса (публичные и непубличные формы), обеспечение возможности выбора адекватной модели регулирования;
- развитие корпоративного законодательства в тех сферах, где отсутствует четкое правовое регулирование, прежде всего в сфере регулирования реорганизации и корпоративных поглощений.

(2)

Сформулированные таким образом цель и задачи КРКЗ никем особенно не оспаривались, однако ее практическая реализация на уровне принятия необходимых законов существенно затянулась из-за постоянных дискуссий между различными участниками законодательного процесса, представлявшими, в свою очередь, мнения различных групп интересов. И хотя в 2009 году корпоративное законодательство претерпело весьма существенные изменения, КРКЗ все же была реализована не в полном объеме. А утверждение в 2009 году Президентом Российской Федерации Концепции развития гражданского законодательства (далее – КРГЗ), предусматривающей фундаментальные изменения гражданского законодательства о юридических лицах, означает необходимость при дальнейшей работе по совершенствованию корпоративного законодательства сопрягать ее с постулатами КРГЗ.

Новые задачи по модернизации экономики и созданию в России международного финансового центра, озвученные в последнее время, безальтернативно ставят российское корпоративное законодательство в условия жесточайшей конкуренции национальных правовых систем. И множественность концептуальных документов по развитию гражданского законодательства не снимает с повестки дня цель – сделать российский рынок и российскую юрисдикцию комфортными для инвесторов как международных, так и отечественных. Колоссальные

объемы инвестиций, которые необходимо привлечь в российскую экономику, могут быть обеспечены только в условиях адекватности и даже превосходящего удобства российских организационно-правовых форм для структурирования проектов и развития бизнесов.

Минэкономразвития России как головной разработчик и идеолог КРКЗ продолжает нести ответственность за генеральную линию развития российского корпоративного законодательства и корпоративного управления. Данная глава «Национального доклада» подготовлена сотрудниками Департамента корпоративного управления Минэкономразвития России и включает как обзор ключевых изменений, внесенных за последний год в корпоративное законодательство, так и анализ планов соответствующей работы на ближайшее будущее. Результатом этой работы должно стать не только и не столько изменение правового поля, измеряемое количеством принятых законов, но повышение инвестиционной привлекательности регулирования российских юридических лиц.

(3)

#### 7.1. Основные результаты 2009 года

В 2009 году вступили в силу изменения в законодательстве, регулирующие правовой статус обществ с ограниченной ответственностью (федеральные законы № 312-ФЗ и № 205-ФЗ), порядок рассмотрения арбитражными судами корпоративных споров (Федеральный закон № 205-ФЗ), процедуры реорганизации юридических лиц (Федеральный закон № 315-ФЗ), ответственность лиц, исполняющих полномочия единоличного исполнительного органа управления, и теневых директоров (федеральные законы № 73-ФЗ и № 205-ФЗ). Поправки, внесенные Федеральным законом № 312-ФЗ, также коснулись и порядка государственной регистрации юридических лиц в его принципиальных моментах. Инкорпорированы в законодательство институты соглашений участников общества с ограниченной ответственностью и акционерных соглашений (федеральные законы № 312-ФЗ и № 115-ФЗ). Существенно изменено регулирование раскрытия информации о конечных бенефициарах (Федеральный закон № 115-ФЗ).

Поскольку достаточно подробный комментарий большинства из этих изменений уже дан в главе 5 «Национального доклада», в этом параграфе главы основное внимание будет уделено позиции Минэкономразвития России по отдельным вопросам, являвшимся предметом дискуссии в ходе подготовки и принятия соответствующих законов.

#### 7.1.1. Антирейдерский закон

Федеральный закон от 19 июля 2009 года № 205-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», известный среди участников законодательного процесса как антирейдерский, откровенно говоря, запоздал на два или три года. Разработанный еще в 2005 году и внесенный в Государственную Думу Правительством Российской Федерации в начале 2006 года, он нацелен на существенное ограничение возможностей рейдеров и арсенала используемых ими приемов. В первую очередь за счет четкого разграничения **подведомственности** ряда споров, теперь законодательно квалифицируемых в качестве корпоративных, с отнесением их к компетенции арбитражных судов. Это споры по поводу создания, реорганизации или ликвидации юридического лица; споры, связанные с принадлежностью акций или долей в капитале и реализацией прав из них; споры по поводу назначения, прекращения, приостановления полномочий руководителей юридического лица, обжалования решений органов юридического лица; споры, связанные с эмиссией ценных бумаг и др. (ст. 225.1 АПК РФ).

(4)

И если подведомственность споров, относимых теперь к корпоративным, судам общей юрисдикции (при том что в стране существует система арбитражных судов) – устоявшееся в силу традиций недоразумение, то другие новации законопроекта представляют собой закрытие «черных дыр» в законодательстве, позволявших недобросовестным участникам экономического оборота использовать нормы законов в ущерб интересам других экономических агентов.

С целью предотвращения манипулирования подсудностью и разрешения проблемы принятия

конкурирующих судебных актов по корпоративным спорам закон закрепил исключительную **подсудность** соответствующих дел по месту нахождения юридического лица, в отношении которого данный спор был инициирован. Предусматриваются нормы, обеспечивающие **объединение** в одно производство в рамках одного арбитражного суда различных требований, тесно связанных между собой и вытекающих из конкретного корпоративного спора, а также устанавливаются иные процессуальные механизмы, направленные на стечение связанных между собой дел к юрисдикции арбитражного суда по месту нахождения юридического лица. С учетом опыта ведения корпоративных войн при помощи **обеспечительных мер** закон конкретизирует правила принятия таких мер, с одной стороны, обеспечивая оперативность их введения, с другой – исключая возможность парализации хозяйственной деятельности компании.

(5)

Если бы все эти новеллы появились в законодательстве еще в 2006 или 2007 году, то удалось бы избежать или по крайней мере существенно ослабить негативные последствия многих корпоративных конфликтов. Однако можно надеяться, что работа в любом случае проделана не напрасно и окажет свой положительный эффект при разрешении будущих корпоративных споров. С другой стороны, многие нормы закона в результате долгой и тщательной работы над ним оказались более точными и выверенными. Большую роль в этом повышении качества закона сыграло взаимодействие специалистов Минэкономразвития России, ФСФР России и Высшего арбитражного суда.

Касаясь других значимых нововведений антирейдерского закона, имеющих значение не только для корпоративных конфликтов, отметим повышение информационной **прозрачности** арбитражного процесса. В соответствии с законом устанавливаются правила размещения на сайте арбитражного суда информации обо всех важных этапах производства по делу, а также доведения такой информации компанией, участвующей в споре, до сведения заинтересованных сторон: участников юридического лица, его органов управления, регистратора, осуществляющего ведение реестра акций данного эмитента.

Новеллой российского процессуального законодательства стал известный многим зарубежным правовым порядкам и теперь закрепленный в АПК **институт групповых исков**. Ранее пострадавшие инвесторы, даже имея тождественные требования, вынуждены были подавать отдельные иски, которые редко объединялись судом, а у новых истцов при этом отсутствовала возможность подключиться к уже начатому процессу. Теперь у инициатора процесса появляется возможность объединить такие требования в одно и выступить в защиту прав неопределенного круга пострадавших акционеров.

(6)

Законом регламентирована процедура присоединения к такому требованию, в том числе и после подачи заявления в суд. Наличие данного института, с одной стороны, существенно увеличит шансы на положительный для инвесторов исход дела, с другой стороны, снизит судебные издержки и повысит эффективность судопроизводства по делу.

Важным шагом в обеспечении упорядоченности гражданского оборота стали нормы, стандартизирующие **правила оспаривания корпоративных решений**, а также крупных сделок и сделок с заинтересованностью. Это сокращение сроков давности при обжаловании решений органов управления; конкретизация последствий признания их недействительными; разграничение корпоративных решений на оспоримые и не имеющие юридической силы; наконец, отход от законодательно закрепленного правила признания экстраординарных сделок недействительными только по формальным основаниям.

Как известно, ранее при решении вопроса о недействительности экстраординарной сделки закон не принимал во внимание, были ли такой сделкой нарушены права и интересы общества или акционера, т.е. не связывал совершение оспариваемых сделок с наступлением негативных последствий для общества или акционера. Это нередко становилось источником злоупотреблений, порождало неоправданные судебные и внесудебные издержки для добросовестных участников оборота (кредиторов, приобретателей имущества).

Стабильность экономических отношений определяет общий подход к регулированию, основанный на том, что акт хозяйственного оборота может быть развернут только в самых крайних случаях, при условии, что стороны знали о его незаконности и осознавали последствия, а в иных случаях при нарушении интересов одной из сторон или третьих лиц наступает ответственность нарушившего закон лица, но сделка недействительной не признается.

Закон предлагает более сбалансированный механизм защиты интересов акционеров и общества, а именно закрепляет перечень оснований для признания сделок общества недействительными, фактически кодифицируя концепцию, предложенную Постановлением Пленума ВАС РФ от 20 июня 2007 года № 40. Впрочем в отношении крупных сделок и сделок с заинтересованностью антирейдерский закон решил не все проблемы, и предстоит работа еще над одним законопроектом, более подробно регулирующим данные вопросы, а также вопросы аффилированности юридических лиц.

(7)

#### 7.1.2. Защита прав кредиторов неплатежеспособной компании

Финансовый кризис 2008 года и последовавшая рецессия вновь негативно повлияли на мотивацию должников исполнять обязательства, не подкрепленные механизмами правового принуждения. Происходящие злоупотребления в сфере договорных обязательств вызвали волну критики в отношении корпоративного законодательства.

Например, появились призывы к существенному увеличению минимального размера уставного капитала хозяйственных обществ<sup>1</sup>, повышению императивности регулирования деятельности хозяйственных обществ<sup>2</sup>

<sup>1</sup> См., например: Концепция развития гражданского законодательства (с. 42–44) [http://www.privlaw.ru/index.php?page=news&page\\_news=2](http://www.privlaw.ru/index.php?page=news&page_news=2)

<sup>2</sup> Там же. С. 8, 27–44.

и субъектов корпоративных правоотношений<sup>1</sup>. Но правильно ли защищать права третьих лиц (кредиторов, фискальных органов, инвесторов), нарушаемые неисполнением договорных обязательств и публичных обязанностей, при помощи ужесточения норм корпоративного права и ограничения договорной свободы участников? Недействующий бизнес совсем не нарушает прав кредиторов, но в то же время не создает рабочих мест, налоговых платежей, не вносит вклад в ВВП, не повышает конкуренцию и не несет ценности потребителям. Поэтому законодательное регулирование должно исходить из цели поощрения деловой активности и создания дополнительных возможностей для всех категорий предпринимателей. Защита прав третьих лиц должна осуществляться иными, более традиционными, средствами, в том числе путем совершенствования института банкротства.

(8)

После многолетних обсуждений в законодательстве о банкротстве были произведены важные изменения в части конкурсного оспаривания сделок и ответственности руководителя и контролирующих лиц должника. Изменения, внесенные в законодательство о банкротстве Федеральным законом от 28 апреля

---

<sup>1</sup> Признавая юридическое равенство субъектов корпоративных правоотношений, тем не менее подчеркнем, что возможность выбора того или иного варианта поведения в рамках существующих между ними корпоративных связей существенным образом ограничена. Большинство норм корпоративного права как подотрасли гражданского права являются императивными, что вообще-то не характерно для частного права, предоставляющего своим субъектам широкую свободу действий (*Ломакин Д.* Корпоративные отношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. М.: Статут, 2008. Цит. по: СПС «Консультант плюс»). В настоящее время российский законодатель предоставляет субъектам корпоративных правоотношений неоправданно широкие возможности для самостоятельного выбора варианта поведения в рамках этих правоотношений, чему способствует право корпорации самостоятельно утверждать необходимые для этого положения учредительные документы. Таким образом, в настоящее время корпоративные правоотношения еще недостаточно регламентированы законодателем, что не отвечает интересам «слабых» участников (членов) корпорации и ее кредиторов (См. там же).

2009 года №73-ФЗ «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации», устанавливающих основания для оспаривания сделок, направленных на вывод активов, и меняют процедуры их оспаривания: соответствующие требования теперь подлежат рассмотрению арбитражным судом в рамках дела о банкротстве. Установлено два новых основания для оспаривания сделок: если сделка носила преференциальный характер или совершена с целью причинить вред кредиторам (подозрительная сделка). Подозрительная сделка может быть оспорена по субъективному основанию (доказывается цель ее совершения во вред кредиторам) и по объективному основанию (если встречное исполнение по двусторонней сделке носило неравноценный характер).

(9)

Закон, несмотря на продолжающуюся дискуссию о природе юридических действий, направленных на исполнение (прекращение) обязательств, прагматично расширил понятие сделки для целей оспаривания в процедурах банкротства (ст. 61.1 Закона). В ранних версиях законопроекта речь шла об особом институте опровержения юридических действий должника, отличном от предусмотренного главой 9 ГК РФ института недействительности сделок, однако в итоговом варианте эти особенности были «вырезаны бритвой Оккама», чтобы не умножать сущности сверх необходимости. И все же при внимательном прочтении нельзя не заметить своеобразия института оспаривания сделок в главе III.1 Закона о банкротстве по сравнению с недействительностью сделок в главе 9 ГК РФ. Можно отметить особенности оснований недействительности, при которых может быть оспорена сделка, не имеющая порока ни по форме, ни в воле лиц, ее совершивших, а также особенности последствий недействительности сделки (ст. 61.5 и ст. 61.6 Закона о банкротстве), включая право предъявить требования к правопреемникам контрагента по сделке и возможность возвращения имущества в конкурсную массу от лица, не являющегося стороной по недействительной сделке. Кроме того, в отличие от общегражданских положений, в соответствии с которыми судебное признание сделки недействительной

блокирует ее эффект, в новой редакции Закона о банкротстве последствия недействительности сделки другие: она подлежит исполнению, хотя и с учетом требований закона о банкротстве об очередности удовлетворения требований кредитора (п. 2 и 3 ст. 61.6 Закона о банкротстве). Все это позволяет говорить о некотором особом институте опровержения юридических действий<sup>1</sup>.

Другой проблемой, препятствующей возвращению выведенных активов, зачастую является отсутствие документов о хозяйственной деятельности должника, поскольку руководители последнего уничтожают их в преддверии банкротства. Эти документы в то же время являются основными доказательствами по судебным разбирательствам о недействительности сделок должника, совершенных в преддверии банкротства, т. е. по делам, связанным с выводом активов. Поэтому в качестве санкции для недобросовестных директоров вводится необычная конструкция субсидиарной ответственности (п. 5 ст. 10 Закона о банкротстве): руководитель должника несет субсидиарную ответственность по обязательствам должника, если документы бухгалтерского учета и отчетности, обязанность по сбору, составлению, ведению и хранению которых установлена законодательством, отсутствуют или не содержат необходимой информации об имуществе и обязательствах должника, либо если указанная информация искажена.

(10)

Данная конструкция явилась результатом компромисса. Ряд разработчиков законопроекта возражали против такого подхода, отмечая, что институт субсидиарной ответственности в законодательстве о банкротстве нарушает общеправовой принцип справедливости и гражданско-правовой принцип полного возмещения убытков. Однако доказать причинение убытков в случаях, предусмотренных в п. 5 ст. 10 Закона о банкротстве, не просто сложно, а невозможно: отсутствует юридически значимая причинная связь между неисполнением должником обязательства и уничтожением бухгалтерских документов его руководителем. С другой стороны,

<sup>1</sup> См. также: *Шершеневич Г.Ф.* Конкурсный процесс. М.: Статут, 2000. (Классика российской цивилистики)

в случае утраты или искажения учетных документов теряется важное свойство юридического лица – имущественная и организационная обособленность, исчезает формализованная граница между имуществом должника и его учредителей либо иных лиц. Практически невозможно отследить, сколько и кому отчуждено имущества, являлось ли такое отчуждение законным. В этой связи нарушение фундаментальной для руководителя организации обязанности по ведению и хранению учетных документов и бухгалтерской отчетности, безусловно, должно приводить к его ответственности по долгам организации<sup>1</sup>.

Для того чтобы усилить мотивацию экономических агентов к добросовестному поведению, иногда представляется целесообразным презюмировать в их поведении обратное. Разумеется, такой подход обоснован лишь в случаях выявления определенных проблем и нарушения чьих-либо интересов. Кроме обязанности заботиться о сохранности документов, характерной для исполнительных директоров, аналогичный подход мог бы найти применение, например, в подтверждении фидуциарности поведения неисполнительных директоров – членов советов директоров. Безусловно, наложение обязательств выполнения определенных действий и презумпция вины за причиненный ущерб в случае возникновения такового при условии невыполнения указанных действий будут являться серьезным стимулом к соблюдению обязательств.

### 7.1.3. Изменение подхода к обеспечительной функции уставного капитала

До недавнего времени в ГК РФ существовали ограничения по возможности оплаты уставного капитала путем зачета требований к хозяйственному обществу и возможности выпускать акции для покрытия понесенных

<sup>1</sup> Например, ст. 653-5 Французского торгового кодекса устанавливает субсидиарную ответственность членов правления в случае нарушения обязанности по ведению и хранению торговых книг, а в ст. 248 Гражданского кодекса Нидерландов предусмотрена солидарная ответственность руководителя.

(11)

обществом убытков. Данные нормы, по замыслу разработчиков ГК РФ – сторонников доктрины «твердого капитала», должны были противодействовать формированию дутых уставных капиталов, не подкрепленных реальными средствами. Однако опыт применения данных норм показал их малую эффективность: законодательные запреты не могут предотвратить все существующие на практике способы создания дутых уставных капиталов, а зачет требований может оказаться единственной возможностью для общества расплатиться по долгам и тем самым избежать банкротства<sup>1</sup>. Самым ярким проявлением несовместимости концепции «твердого капитала» с рыночной практикой, безусловно, являлось неограниченное право кредиторов общества требовать досрочного прекращения или исполнения обязательств при уменьшении уставного капитала (в том числе вызванного снижением стоимости чистых активов) – правило настолько же жесткое, насколько и бессмысленное в условиях низкой минимальной планки уставного капитала.

Более рациональный подход к защите прав кредиторов демонстрирует коммунитарное право ЕС: общий подход заключается в предоставлении обществом обеспечения исполнения обязательств, при этом кредитор общества не может повлиять на юридическую судьбу тех или иных корпоративных действий, включая уменьшение уставного капитала и реорганизацию общества. Из такого разумного правила исходит Федеральный закон от 27 декабря 2009 года № 352-ФЗ. Он существенно ограничивает право кредиторов требовать досрочного

(12)

<sup>1</sup> Вопрос реального наполнения уставного капитала средствами или имуществом представляется достаточно условным. Вряд ли запрет на оплату уставного капитала общества путем зачета требований к нему может считаться серьезной гарантией для кредиторов, коль скоро внесенное в оплату уставного капитала реальное имущество, общество не обязано держать на своем балансе вечно. С другой стороны, зачет требований к обществу не предполагает освобождения его участника от оплаты уставного капитала, поскольку общество таким образом погашает свои долги, а участник трансформирует одни имущественные права в другие.

исполнения обязательств при уменьшении уставного капитала акционерного общества. Это требование может быть заявлено только в судебном порядке, и суд вправе отказать в его удовлетворении, если общество докажет, что права кредиторов в результате уменьшения уставного капитала не нарушаются или предоставленное обеспечение достаточно для надлежащего исполнения соответствующих обязательств. Для информирования кредиторов об уменьшении уставного капитала общество обязано дважды с периодичностью один раз в месяц публиковать соответствующее сообщение, ставить в известность о принятом решении орган, осуществляющий государственную регистрацию юридических лиц, а также обеспечить отражение в ЕГРЮЛ информации о том, что оно находится в процессе уменьшения уставного капитала.

(13)

Законом № 352-ФЗ также устранено ограничение на оплату уставного капитала акционерного общества путем зачета требований к нему; изменены неблагоприятные последствия уменьшения чистых активов ниже величины уставного капитала; расширены возможности выпуска необеспеченных облигаций (подробнее см. главу 5). Вместе с тем закон ужесточает требования к поручителям по обеспеченным облигациям: таковыми смогут быть только коммерческие организации, стоимость чистых активов которых не меньше суммы (размера) предоставляемого поручительства, государственные корпорации или государственные компании, если предоставление ими поручительства допускается федеральным законом, а также международные финансовые организации. При этом ответственность поручителя и эмитента должна быть солидарной.

Данные меры трудно назвать повышающими диспозитивность регулирования, наоборот, в данной части оно ужесточается, но такое ужесточение объяснимо с учетом резкого увеличения числа дефолтов на рынке корпоративных облигаций в 2008–2009 годах. (О других мерах по защите интересов владельцев облигаций см. раздел 7.2.)

Первоначально законопроект, внесенный в Государственную Думу, предусматривал, что новые

правила уменьшения уставного капитала будут относиться не только к акционерным обществам, но и к ООО. Однако в окончательной редакции такая возможность для ООО была исключена, так как Закон № 352-ФЗ жестко увязывает эти правила с обязанностью ежеквартально отражать стоимость чистых активов общества в ЕГРЮЛ. Если для АО это не является проблемой, то для большинства ООО обязанность ежеквартального расчета стоимости чистых активов и внесения соответствующих изменений в ЕГРЮЛ была бы излишне обременительной, а иногда и просто нереализуемой, поскольку многие из этих обществ находятся на упрощенном налогообложении и вообще не составляют бухгалтерского баланса.

(14)

Так ли необходимо для ООО отражать стоимость своих чистых активов в ЕГРЮЛ, да еще и обновлять эту информацию ежеквартально? Полагаем, что закрепленной в Законе № 352-ФЗ обязанности письменно проинформировать регистрирующий орган о принятом решении об уменьшении уставного капитала и дважды с периодичностью один раз в месяц опубликовать сообщение об уменьшении уставного капитала в издании, предназначенном для публикации сведений о госрегистрации юридических лиц, вполне достаточно для обеспечения прав кредиторов.

#### 7.1.4. Реорганизация юридических лиц

Особое место в системе имущественных и корпоративных отношений занимает институт реорганизации. Чем эффективнее (с точки зрения затрат и юридических рисков) нормы корпоративного законодательства позволяют осуществлять реорганизацию, тем больше возможностей у бизнеса для повышения эффективности деятельности посредством реструктуризации бизнес-процессов и для реализации связанных с этим конкурентных преимуществ. Понятно, что в период ускорения макроэкономических процессов и особенно в точках резкого изменения траектории макроэкономической динамики потребность бизнеса в реорганизационных процедурах возрастает. И глобальная конкурентоспособность юрисдикции во многом

определяется гибкостью и эффективностью правовых механизмов, позволяющих модифицировать конфигурацию бизнеса.

Федеральный закон № 315-ФЗ, вступивший в силу 31 декабря 2008 года, внес изменения в законодательство о реорганизации, включая ст. 60 ГК РФ и отдельные положения банковского законодательства. Нововведения коснулись общих правил защиты прав кредиторов, а также особенностей реорганизации кредитных организаций в форме слияния, присоединения и преобразования. При этом значительная часть поправок не претендует на системное изменение института реорганизации, а носит скорее технический характер и касается организационной стороны процедур реорганизации.

(15)

Более принципиальный характер носят положения, посвященные гарантиям прав кредиторов. Здесь законом сделан первый шаг по изменению подходов к защите прав кредиторов реорганизуемого юридического лица: предусмотрены исключения из общего принципа абсолютной защиты кредиторов. Теперь согласно новой редакции части 3 ст. 60 ГК РФ кредитор юридического лица, реорганизуемого в форме слияния, присоединения или преобразования и являющегося открытым акционерным обществом или кредитной организацией, вправе требовать досрочного исполнения или прекращения обязательства и возмещения убытков, но только в судебном порядке и только в случае, если реорганизуемым юридическим лицом, его участниками или третьими лицами не предоставлено достаточное обеспечение исполнения соответствующих обязательств.

Кроме того, в соответствии с частью 5 ст. 60 ГК РФ кредиторы, обязательства перед которыми обеспечены залогом, лишаются права требовать предоставления дополнительного обеспечения<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Аналогичное правило существует, например, в законодательстве Германии и Франции и распространяется на случаи реорганизации и уменьшения капитала (§ 225 ГГУ, § 22 Закона Германии о реорганизации, ст. L. 236–14, L. 225–205 ККФ).

Новым законом оставлены без внимания другие формы реорганизации, такие, как разделение и выделение, а также иные организационно-правовые формы юридических лиц, не унифицированы правила защиты кредиторов хотя бы в отношении хозяйственных обществ. В результате существовавший ранее принцип безусловной защиты кредиторов, по сути, сохранен, но в несколько усеченном виде<sup>1</sup>. Кроме того, новым законом не были решены чрезвычайно важные с точки зрения гарантирования прав инвесторов вопросы: обеспечение прозрачности реорганизационных процедур; проведение независимой экспертной оценки реорганизации на предмет справедливости конверсионных квот; развитие механизмов ответственности лиц, получивших незаконные выгоды в результате реорганизации.

(16)

Указанные упущения были связаны с необходимостью оперативной реализации мер, направленных на преодоление экономического кризиса, в контексте которых оптимизация реорганизационных процедур выдвинулась актуальной только при проведении операций слияния и присоединения, причем исключительно для банковского сектора и крупных компаний, имевших на момент начала кризиса значительные обязательства перед кредиторами, в том числе иностранными. Закон

<sup>1</sup> Во Франции вплоть до 1970-х годов кредиторы имели весьма широкие полномочия в отношении признания реорганизации недействительной, что приводило к массовым злоупотреблениям этим правом; в настоящее время данные полномочия существенно ослаблены. В целом по нормам французского права интересы предприятия, т. е. его экономическая деятельность, почти всегда стоят выше интересов различных категорий стейкхолдеров – акционеров, менеджеров, кредиторов, работников, казны. Предполагается, что экономическая деятельность организации сама по себе представляет особую ценность и должна быть защищена от любых инициатив и попыток сопротивления, не связанных с целями выживания предприятия или его развития. Вследствие этого общие правила, допускающие без достаточных на то оснований возможность со стороны перечисленных лиц воспрепятствовать проведению предприятием серьезной операции, либо вообще отсутствуют, либо сопровождаются ограничениями.

готовился и принимался в ускоренном режиме, и задачи, решаемые им, отличались от задач реформирования института реорганизации в целом, о которых было ранее заявлено в Концепции развития корпоративного законодательства (КРКЗ). В частности, предлагавшийся Минэкономразвития России механизм обеспечения интересов кредиторов при разделении (выделении), основанный на солидарной ответственности вновь созданных в результате реорганизации и продолжающих существовать юридических лиц, так и не был реализован, хотя указанная правовая конструкция с успехом используется в странах ЕС<sup>1</sup>.

Следует напомнить, что Минэкономразвития России в 2006–2007 годах подготовило законопроект, предусматривающий комплексное реформирование института реорганизации коммерческих организаций, включая как организационную сторону процесса реорганизации, так и вопросы обеспечения прав и интересов кредиторов и инвесторов юридического лица. Законопроект во многом воспринял подходы к регулированию процедур реорганизации, предусмотренные как на наднациональном уровне ЕС<sup>2</sup>, так и на уровне национального законодательства о компаниях стран – участниц ЕС.

К сожалению, несмотря на высокую степень готовности законопроекта и его поддержку со стороны бизнес-сообщества и заинтересованных ведомств, он так и не был принят даже в первом чтении. Основные претензии критиками законопроекта предъявлялись именно к изменению подходов в части защиты кредиторов, а также к так называемой смешанной реорганизации (как по формам ее осуществления, так и по организа-

(17)

<sup>1</sup> Отечественное законодательство предусматривает похожий механизм, однако только применительно к случаям, когда в результате разделения (выделения) невозможно определить правопреемника.

<sup>2</sup> Третья Директива от 9 октября 1978 года (78/855/ЕЕС) «О слияниях», Шестая Директива от 17 декабря 1982 года (82/891/ЕЕС) «О разделении», Директива 2005/56/ЕС «О трансграничных слияниях».

ционно-правовым формам юридических лиц) из-за опасения возможных злоупотреблений со стороны реорганизуемых юридических лиц и ухудшения положения кредиторов<sup>1</sup>.

Мы по-прежнему придерживаемся мнения, что сохранение статус-кво в данной ситуации неэффективно. Нормы, предусматривающие судебный порядок заявления кредиторами требований и возможность предоставления реорганизуемым юридическим лицом обеспечения исполнения обязательств, должны быть распространены на все без исключения юридические лица. Что касается разделения и выделения, то здесь вместо положений о досрочном исполнении обязательств, можно либо закрепить общее правило, предусматривающее солидарную ответственность всех правопреемников и правопродшественников (при наличии последних), либо предоставить реорганизуемым компаниям возможность включать в решение о реорганизации соответствующее условие о солидарной ответственности, при наличии которого кредиторы будут лишены права на заявление требований о досрочном исполнении или прекращении обязательств. При этом подобная ответственность должна быть ограничена жесткими временными рамками<sup>2</sup>.

(18)

<sup>1</sup> Реорганизация далеко не всегда влечет уменьшение вероятности исполнения обязательств перед кредиторами. Кроме того, использование реорганизационных процедур с целью избавления от определенных долгов представляется весьма дорогостоящим для организации и не может претендовать на массовость. Очень часто реорганизация, например, в форме слияния или присоединения, направлена на повышение эффективности организации, а не на ущемление интересов ее кредиторов. Что касается кредиторов, то прекращение или досрочное исполнение обязательств может представлять для них интерес вне всякой связи с возможным ухудшением финансового положения должника. В любой ситуации следует отличать механизмы защиты тех или иных лиц, основанные на балансе интересов, от средств борьбы с мошенничеством – в этих случаях цели различны, поэтому смешивать их опасно.

<sup>2</sup> Аналогичные правила существуют, например, во Франции (ст. L236–20, L236–21 ККФ) и Германии (§ 25 Закона Германии о реорганизации).

Как и в других разделах корпоративного законодательства, при проектировании юридических конструкций по реорганизации важно не упустить главенство экономической динамики над сохранением избыточной защищенности сторон хозяйственного оборота. Тем более что ослабление контроля кредиторов над самой процедурой вполне может быть восполнено созданием мотивации для акционеров к добросовестному поведению через последующую солидарную ответственность. Более цивилизованный способ сохранять баланс интересов кредиторов и заемщиков состоит не в нагромождении дополнительных механизмов контроля и запретов, а в создании направленных стимулов для сторон вести себя добросовестно. Немаловажно также максимально повысить прозрачность процедур, поскольку симметричная информация всегда снижает ощущение риска.

(19)

Таким образом, необходимо повышение гарантий для стейкхолдеров компаний, включая обеспечение прозрачности реорганизационных процедур. Для этого требуется закрепление обязанности реорганизуемого юридического лица раскрывать своим участникам информацию о принципиальных условиях данной процедуры, детализировать правила конвертации (обмена) акций (долей, паев), а также положения об ответственности менеджеров, членов советов директоров, оценщиков за убытки, причиненные по их вине участникам и кредиторам в результате полученных от реорганизации незаконных выгод.

Назрела необходимость предусмотреть на законодательном уровне возможность осуществления смешанных реорганизаций как по организационно-правовым формам, так и по формам реорганизации. Следует конкретизировать основания и порядок оспаривания реорганизации, а также соответствующих юридических фактов, составляющих указанную процедуру. При этом необходимо с осторожностью подходить к закреплению в законодательстве идеи поворота реорганизации<sup>1</sup>, т. е. проведения

<sup>1</sup> Следует отметить, что в европейской научной литературе вопрос поворота реорганизации носит дискуссионный характер. Возможность такого иска предусмотрена германским Законом о реорганизации, но практически она не используется.

обратной принудительной реорганизации, поскольку восстановление законности путем осуществления такой операции может пагубно отразиться как на всем обороте, так и на правах и интересах контрагентов юридического лица, и в конечном итоге на его участниках<sup>1</sup>. Признание реорганизации несостоявшейся либо принудительная обратная реорганизация не могут иметь место лишь по мотивам формального нарушения правовых предписаний – если и допускать подобную процедуру, то, очевидно, в исключительных случаях, при наличии существенных и неустрашимых нарушений.

## 7.2. Ближайшие перспективы законотворчества

(20)

### 7.2.1. Аффилированные лица и экстраординарные сделки

Закрепленные в отечественном корпоративном законодательстве специальные нормы об одобрении так называемых экстраординарных сделок<sup>2</sup>, как известно, призваны регулировать возможные конфликты между интересами хозяйственного общества – участника соответствующей сделки и интересами лиц, не являющихся таковыми, но обладающих в силу должностного положения либо наличия определенного уровня корпоративного контроля возможностью в собственных интересах влиять на совершение таких сделок и их условия. Поэтому необходимость в дополнительном контроле за менеджментом

<sup>1</sup> В случае закрепления в законодательстве возможности поворота реорганизации необходимо предусмотреть, что сделки, совершенные юридическими лицами, возникшими в результате реорганизации, признанной впоследствии незаконной, по общему правилу являются действительными, а юридические лица, существовавшие до момента признания реорганизации недействительной или несостоявшейся. Недействительными могут быть признаны лишь сделки, причинившие ущерб реорганизованному юридическому лицу (или направленные на причинение такого ущерба) при условии установления недобросовестности контрагентов по таким сделкам.

<sup>2</sup> Общий термин для крупных сделок и сделок, в которых имеется заинтересованность.

при заключении сделок, в которых интересы самой компании могут быть подменены интересами названных лиц, очевидна. Однако правовая конструкция, используемая в настоящее время для решения указанной задачи, не только неэффективна для осуществления такого контроля, но и порождает массу неоправданных издержек для добросовестных участников корпоративных отношений, в том числе из-за необходимости одобрения сделок, объективно не несущих в себе конфликта интересов.

Эффективность контроля в отношении сделок с заинтересованностью определяется возможностью выявления реального конфликта интересов лиц, оказывающих влияние на жизнедеятельность компании, т.е. (21) аффилированных лиц. Между тем действующее регулирование аффилированных лиц представляется во многом формальным и зачастую оставляет за кадром лиц, в действительности определяющих принимаемые юридическим лицом решения, тогда как лица, номинально попадающие в число аффилированных, реального влияния на такие решения не имеют.

Вопросы контроля в отношении лиц, способных оказывать влияние на принятие юридическим лицом управленческих решений, неразрывно связаны с возможностью привлечения их к ответственности за убытки, причиненные ими как в результате использования своего влияния, так и в результате нераскрытия конфликта интересов при заключении экстраординарных сделок. Очевидно, что в данном случае существующие положения ст. 105 ГК РФ, призванные регулировать вопросы ответственности основного общества по долгам дочернего, не только недостаточны в силу того, что распространяются исключительно на хозяйственные общества, но и оказываются неработающими, поскольку их действие парализовано положениями п. 3 ст. 6 закона об АО. К сожалению, нормы, регулирующие конфликт интересов в отношении тех или иных форм и видов юридических лиц, разрознены, порой основаны на разных подходах и принципах регулирования соответствующих правоотношений, что свидетельствует об отсутствии какой-либо унификации в вопросах выявления конфликта интересов и привлечения к ответственности недобросовестных лиц.

Отмеченные системные недостатки в регулировании аффилированных лиц и сделок с конфликтом интересов должны быть решены законопроектом «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации, Федеральный закон „Об акционерных обществах“ и некоторые другие законодательные акты Российской Федерации», подготовленным Правительством РФ.

Прежде всего законопроект предлагает комплексное регулирование института аффилированности и сделок с конфликтом интересов. Основные положения об аффилированности и сделках с конфликтом интересов предлагается закрепить непосредственно в ГК РФ и детально регламентировать в отдельных законах (22) о юридических лицах. Предполагается дать универсальное для корпоративного права определение аффилированности, признав в качестве основного критерия для квалификации конфликта интересов возможность оказывать реальное влияние на принятие юридическим лицом управленческих решений. При этом новая правовая конструкция позволяет охватить все формы значимых для корпоративных отношений связей – и по вертикали: отношения контроля – подконтрольности (как прямого, так и косвенного), и по горизонтали: отношения непосредственной связи (руководители компании, члены органов управления, владельцы более чем 20% уставного капитала) и отношения опосредованной связи (родственники прямо связанных с юридическим лицом либо контролирующих его лиц). При этом корпоративный контроль презюмируется в случае более чем 50%-ного участия лица в уставном капитале подконтрольного общества.

В части механизма ответственности лиц, причинивших убытки юридическому лицу в результате использования своего влияния на последнее, законопроект предлагает расширение круга лиц, которые могут быть привлечены к такой ответственности (путем использования конструкции контролирующего лица), и уточняет основания ее наступления. Предлагается также отказаться от правила о солидарной ответственности материнского и дочернего общества по обязательствам последнего вне рамок процедуры банкрот-

ства (п. 2 ст. 105 ГК РФ). Сегодня совершенно понятно, что нельзя создать мотивацию к добросовестному поведению, не построив эффективного механизма ответственности за нанесение убытков.

В части устранения недостатков регулирования сделок с конфликтом интересов законопроект на уровне ГК РФ закрепляет базовые для юридических лиц правила совершения таких сделок, включая требования об их одобрении, последствия неодобрения, условия признания таких сделок недействительными (аналогичные тем, что были закреплены в корпоративном законодательстве недавно вступившим в силу антирейдерским законом). Также закрепляются положения о возмещении по требованию участников юридического лица или самого юридического лица убытков, причиненных аффилированными лицами, независимо от признания сделки с конфликтом интересов недействительной. С целью повышения эффективности выявления конфликта интересов законопроект определяет порядок раскрытия информации о конфликте интересов, а также уточняет правила об ответственности за нераскрытие такой информации.

Одновременно с целью снижения неоправданных издержек законопроект предлагает в рамках законов об АО и ООО вывести из-под процедуры одобрения отдельные сделки, объективно не связанные с конфликтом интересов. Речь идет, к примеру, о сделках, совершаемых юридическим лицом при размещении ценных бумаг, в процессе реорганизации или же в рамках обычной хозяйственной деятельности (для этого в законопроекте дается определение обычной хозяйственной деятельности). Кроме того, с целью расширения возможностей юридического лица при структурировании экстраординарных сделок законопроектом допускается возможность их последующего одобрения, а также возможность указания в решении об одобрении не конкретных параметров сделки, а соответствующих максимальных и минимальных величин.

Таким образом, во главу угла вновь предлагается поставить экономическую деятельность общества, одновременно заставив работать механизмы ответственности за нарушение интересов миноритарных акционеров.

(23)

### 7.2.2. Создание и ликвидация компаний

В 2002 году вступил в силу Федеральный закон № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц», который ввел уведомительный порядок создания коммерческих организаций. Однако со временем регистрирующий орган (ФНС России) своими подзаконными актами фактически вернул себе полномочия по проверке сведений, отказывая в регистрации документов, которые, по мнению чиновников, не соответствуют закону, т.е. на практике была воссоздана разрешительная система регистрации. Данная позиция ведомства основывалась на необходимости создания фильтров для недобросовестных предпринимателей, регистрирующих юридические лица с целью осуществления противоправной деятельности (уклонения от уплаты налогов и сборов, получения незаконного возмещения НДС, рейдерских захватов и др.).

Реформа законодательства о государственной регистрации юридических лиц и последующее его применение исполнительными и судебными органами государственной власти получили широкое публичное обсуждение, в том числе в профессиональной литературе. В ходе дискуссий позиции сторонников разрешительной системы учреждения юридических лиц, представляющих в основном правоохранительные и судебные органы, академическую науку, и сторонников либеральной концепции действующего закона о государственной регистрации юридических лиц, представляющих в основном предпринимательское сообщество<sup>1</sup>, радикально разошлись.

Принципиальная научная дискуссия нашла отражение в нормативных актах, концепциях и решениях различных ведомств. На укрепление действующей (либеральной) концепции регистрации направлены вступившие в силу с 1 июля 2009 года изменения в Закон № 129-ФЗ (п. 4.1 ст. 9), которые устанавливают в явном виде запрет на юридическую экспертизу документов, предоставляемых для государственной регистрации. Напротив, в КРГЗ

(24)

<sup>1</sup> См. материалы круглого стола по обсуждению КРГЗ, проведенного ОКЮР в Минэкономразвития России в апреле 2009 года <http://www.rcca.com.ru/news/news1.shtml?id=58&grid=3>

предусматривается необходимость реформирования законодательства о регистрации юридических лиц в направлении воссоздания разрешительной системы и передачи функций по ведению ЕГРЮЛ в систему арбитражных судов.

В то же время в рамках дискуссии наметились точки соприкосновения. В частности, сторонники уведомительной системы учреждения юридических лиц, в том числе представители Минэкономразвития России и бизнес-сообщества, соглашались с необходимостью расширения полномочий госорганов при создании юридических лиц в части экспертизы сведений фактического характера (паспортных данных, сведений о фактах волеизъявления участников (учредителей) организации, оплаты государственной пошлины и др.). Все согласны также с необходимостью повышения прозрачности деятельности по государственной регистрации юридических лиц, установления публичной достоверности ЕГРЮЛ в законе, ужесточения ответственности за предоставление недостоверных сведений. Законопроект, содержащий схожие решения, в феврале 2009 года внесен в Государственную Думу<sup>1</sup>.

Подробный комментарий проекта дан в главе 5, поэтому здесь мы коротко остановимся на критическом анализе позиций оппонентов уведомительной системы учреждения юридических лиц. Они настаивают на необходимости более тщательного контроля «на входе» законности учредительных документов. При этом с юридической экспертизой связываются надежды на повышение достоверности сведений в ЕГРЮЛ<sup>2</sup>. Сторонники уведомительной системы<sup>3</sup> считают бесперспективной борьбу с недобросовестными экономическими агентами через

(25)

ужесточение правил для всех хозяйствующих субъектов. Юридическая экспертиза учредительных документов не позволяет на этапе создания спрогнозировать законность дальнейшей деятельности юридического лица, его органов и участников, которые к тому же могут меняться. Несоответствия положений устава как документа, регулирующего прежде всего отношения внутри хозяйственного общества, законодательству РФ должны устанавливаться в исковом производстве, например, в случае возникновения споров между участниками. При этом введение юридической экспертизы не гарантирует отсутствие ошибок и недосмотров. В то же время под флагом борьбы с недобросовестными участниками оборота могут быть созданы серьезные препятствия добросовестным малым и средним предпринимателям.

(26)

Указанный законопроект также вносит изменения в законодательство в части ликвидации юридических лиц. Положения об ответственности за ликвидацию юридического лица с долгами в основном развивают существующие положения ст. 56, 61 и 65 ГК РФ. При общем согласии в отношении необходимости ужесточать ответственность за недобросовестные действия при ликвидации основным предметом дискуссии являются вопросы о форме ответственности: должны ли лица, виновные в неисполнении ликвидированной организацией обязательств перед кредиторами, возмещать убытки, или их следует привлекать к субсидиарной ответственности по обязательствам организации в случае причинения вреда имущественным правам кредиторов? Однако, как и в случае с ответственностью директоров при банкротстве должника, с применением института убытков могут возникнуть практические и правовые сложности (подробнее см. раздел 7.1.2 «Защита прав кредиторов неплатежеспособной компании»).

### 7.2.3. Независимые директора

Обсуждение темы независимых директоров в компаниях обычно получает новый толчок с началом очередного кризиса корпоративного управления. Так было в 1998 и 2001 годах, это же случилось и в 2008 году. Всякий раз внутреннюю причину кризиса находят в необдуманных

1 Проект Федерального закона № 164018-5 «О внесении изменений в некоторые законодательные акты в части совершенствования механизмов учреждения и ликвидации коммерческих организаций».

2 Суханов Е.А. Опасные юридические лица. Источник: СПС «Консультант Плюс».

3 См. материалы круглого стола по обсуждению КРГЗ, проведенного ОКЮР в Минэкономразвития России в апреле 2009 года <http://www.rcca.com.ru/news/news1.shtml? id=58&grid=3>

действиях топ-менеджеров и директоров-инсайдеров, которые в погоне за прибылью пренебрегают элементарными правилами риск-менеджмента<sup>1</sup>. Всякий раз участники дискуссий соглашались, что для повышения эффективности корпоративного управления необходимо развитие института независимых директоров. Затем предпринимаются конкретные шаги для расширения практики избрания независимых директоров в крупнейших акционерных обществах (от неявных указаний на имиджевую составляющую деятельности до вполне конкретных требований к компаниям, ценные бумаги которых находятся в листинге фондовых бирж). Однако частота, с которой случаются новые кризисы, приводит к выводу о том, что либо этих действий недостаточно, либо в целом не решена системная проблема института независимых директоров – обеспечение их реальной независимости. Полагаем, что в российских условиях справедливыми можно считать оба эти утверждения.

(27)

Для того чтобы директор считался независимым, важно, во-первых, отсутствие у него как явного, так и скрытого конфликта интересов в конкретно взятой компании, во-вторых, наличие способности выносить независимые суждения, в-третьих, обладание высокой квалификацией и репутацией в профессиональном сообществе. Это самые общие критерии, но в действительности они не отражают многообразных вариаций, при которых директор, формально считающийся независимым, выступает на самом деле как представитель интересов тех или иных акционеров. Это характерно и для директоров, выбранных по квоте миноритарных акционеров, хотя в России бытует мнение, что именно такие директора являются независимыми, поскольку они создают противовес контролирующим акционерам в принятии решений, не отвечающих интересам всех акционеров общества, и обеспечивают тем самым необходимый баланс. В действительности же они нередко принципиально не отлича-

<sup>1</sup> Конкретно в 2008 году виновниками всего были объявлены бонусы членов советов директоров и исполнительных органов компаний и деривативы, которые, в свою очередь, использовались для максимизации бонусов.

ются от директоров, избранных по квоте мажоритариев, так как имеют явное или неявное указание, как и в чью пользу голосовать в том или ином случае.

Уже давно очевидно несоответствие между содержанием понятий «независимого директора» в значении, которое в него вкладывается мировой практикой корпоративного управления, и «независимого директора, не заинтересованного в совершении сделки»<sup>1</sup>. На наш взгляд, нормам о независимых директорах не место в правилах закона об одобрении сделок с заинтересованностью, по крайней мере для непубличных компаний, не регистрировавших проспект эмиссии ценных бумаг, где акционеры с небольшой долей участия имеют иные способы воздействия на поведение контролирующего стейкхолдера.

(28)

Что действительно следовало бы прописать на уровне закона – это правило о том, что общество самостоятельно устанавливает критерии, которым должен соответствовать независимый директор. Известно, что подобное правило существовало в редакции закона об АО, действовавшей до 2002 года, однако было исключено из него под флагом борьбы с недобросовестной практикой установления заведомо невыполнимых для всех, кроме своего кандидата в члены совета директоров, требований. Эта практика действительно исчезла (или по крайней мере приобрела гораздо менее вызывающие формы), однако с водой, как это часто бывает, выплеснули и ребенка – право общества самостоятельно определять, какой директор нужен ему для выполнения его стратегических задач.

<sup>1</sup> Критерии, которые установлены ст. 83 закона об акционерных обществах применительно к одобрению сделок с заинтересованностью, основаны исключительно на выявлении формальных отношений аффилированности и в отсутствие адекватной регламентации института аффилированных лиц не только не позволяют эффективно отслеживать и выявлять конфликт интересов менеджмента, но и существенно затрудняют оперативную финансово-хозяйственную деятельность общества, стимулируя контролирующих акционеров либо обходить правила главы XI закона об АО (под риском признания сделок недействительными), либо вытеснять несогласных миноритариев.

Полагаем, что существуют фундаментальные предпосылки вернуться к этому правилу, ограничив его запретом на выстраивание требований под конкретного кандидата – требования не должны носить дискриминационного характера. Вероятно, здесь не избежать определенной дискреции суда при рассмотрении споров по искам обиженных кандидатов в члены совета директоров; однако установить четкий перечень случаев, при которых условие будет считаться дискриминационным, практически невозможно. Кроме того, принципиально важно обеспечить, чтобы вопрос об установлении критериев независимости решался при участии миноритарных акционеров – квалифицированным большинством голосов (по меньшей мере 75%).

(29)

Приблизительно такой подход заложен в подготовленном ФСФР России проекте изменений в Федеральный закон «Об акционерных обществах», направленном на создание условий для избрания независимых директоров в советы директоров акционерных обществ. Важно, что законопроект предоставляет обществу право выбрать, нужны ли ему независимые директора в принципе, и если нужны, то каким критериям такие директора должны соответствовать. Одновременно закрепляется условие о недопустимости установления в отношении кандидатов на замещение вакансии независимого директора требований дискриминационного характера. В проекте достаточно четко (хотя и неизбежно сложно с точки зрения терминологии) разводятся понятия «независимого директора в принципе» и «независимого директора для целей одобрения сделок с заинтересованностью», что можно отнести к его достоинствам.

Спорным представляется избранный в законопроекте подход к определению критериев независимости. Сначала устанавливаются своего рода антикритерии, т.е. условия, при наличии которых директор не может считаться независимым для данного общества (а если ранее был таковым, то обязан немедленно сообщить обществу об утрате своей независимости и добровольно сложить с себя полномочия), а затем уже – собственно критерии независимости, которые

общество предусматривает самостоятельно. Помимо того, что это неизбежно ведет к дублированию перечня требований, предъявляемых к кандидатам в независимые директора, возникает еще и необходимость максимально подробной и четкой детализации антикритериев, хотя многие из них носят достаточно спорный характер<sup>1</sup>.

Далее, поскольку большинство антикритериев основаны на признаке аффилированности, сохраняется общая проблема регулирования аффилированных лиц: формальное отношение к выявлению оснований контроля-подконтрольности, с одной стороны, и избыточная широта перечня, с другой стороны. Все это приводит к необходимости продолжать перечень антикритериев (или критериев зависимости) до бесконечности, чтобы учесть малейшую возможность оказывать влияние на независимого директора, и фактически лишает общество свободы творчески подойти к процедуре отбора необходимых ему независимых директоров<sup>2</sup>. Таким образом, по нашему мнению, изначально правильная идея законопроекта о возможности для общества самостоятельно устанавливать критерии независимости директоров самим же законопроектом и нивелируется.

(30)

Что касается второй (после обеспечения реальной независимости директора) проблемы – недостаточности предпринимаемых шагов для расширения практики избрания независимых директоров в советы директоров

<sup>1</sup> Так, например, в большинстве кодексов корпоративного управления содержится указание на то, что директор, в течение определенного срока (как правило, 7 лет) занимающий должность в определенной корпорации, утрачивает свою независимость. Однако этот срок погружения в компанию для каждого индивидуален: кто-то может выносить независимые суждения и после 7 лет работы в конкретной компании, а кто-то и по истечении первого года, получив в качестве вознаграждения опцион по хорошей цене, будет стремиться максимизировать стоимость акций в краткосрочной перспективе.

<sup>2</sup> По существу, обществу останется лишь закрепить в уставе требования к образованию и профессиональным навыкам директоров, учитывая при этом, что такие требования не должны быть дискриминационными.

акционерных обществ, то решение ее, кажется, лежит на поверхности. Компания, исходя из соображений имиджа, самостоятельно определяет, нужны ли ей независимые директора, или, если это крупное общество с большим количеством акционеров, либо действующее в чужой агрессивной правовой среде<sup>1</sup>, следует императивным предписаниям регуляторов.

При этом у нас вызывает большие сомнения идея законопроекта об обеспечении приоритета независимых директоров при прохождении процедуры выбора членов совета директоров<sup>2</sup>. В теории эта новелла вступает в противоречие с принципом кумулятивного голосования, а на практике может привести к ущемлению прав миноритарных акционеров. Ведь в настоящее время принцип кумулятивного голосования обеспечивает акционеру или группе акционеров при наличии пакета голосующих акций определенного размера возможность избрать в совет директоров своего представителя или нескольких представителей. А в случае принятия предлагаемых изменений не исключается ситуация, при которой мажоритарные акционеры закрепят в уставе жесткие требования к кандидатам в независимые директора, которым заведомо будет отвечать лишь небольшое количество лиц, фактически подконтрольных таким акционерам. Затем эти акционеры смогут заполнить квоту независимых директоров, отдав незначительное число голосов за своих кандидатов, и таким образом перераспределить общее количество

(31)

<sup>1</sup> Например, на фондовых рынках США или Великобритании.

<sup>2</sup> Это может иметь место в случае, если количество кандидатов в состав совета директоров, набравших наибольшее число голосов и соответствующих критериям, предъявляемым к независимым директорам, меньше минимального количества независимых директоров, предусмотренного уставом. В такой ситуации подведение итогов голосования фактически производится по двум разным квотам – для независимых директоров и для всех остальных. Тем самым допускается возможность избрания в состав совета директоров кандидатов, набравших незначительное количество голосов, при условии их соответствия критериям, установленным для независимых директоров.

мест в совете директоров в свою пользу и в ущерб миноритарным акционерам.

Это лишь один из примеров негативных последствий, которые заключает в себе регулятивный подход. Мы полагаем, что регулирование института независимых директоров должно, как и прежде, опираться в первую очередь на практику при минимальном вмешательстве законодателя. Максимум, что может сделать государство, – это стимулировать расширение подобных практик, например, путем предоставления определенных преференций или льгот компаниям, соответствующим листинговым требованиям бирж и раскрывающим информацию, тем самым сигнализируя рынку о выгоде соблюдения подобных требований.

(32)

Также не стоит недооценивать роль государства в выстраивании института независимых директоров, которая проявляется во введении независимых директоров в советы обществ с госучастием. Фактически создавая спрос на рынке независимых директоров, государство стимулирует предложение, которое на сегодняшний день пока не показало своей состоятельности. Очевидно, что уйдут годы, прежде чем средняя российская компания, решив, что она должна стать публичной, или просто поставив цель повысить профессионализм совета директоров, сможет выйти на рынок в поисках независимого директора и гарантированно найти в многочисленных перечнях продукт требуемого качества: институт должен еще сильно повзрослеть и окрепнуть.

#### 7.2.4. Ответственность членов органов управления хозяйственных обществ

Развитый институт ответственности, без сомнения, является залогом эффективного корпоративного управления. Известно, что в российской юрисдикции институт корпоративной ответственности традиционно выступает чем-то вроде слабого звена. Бытует мнение, что это прямое следствие неэффективности законодательства, однако проблема лежит значительно глубже. В девяти случаях из десяти она уходит корнями в традицию юридического позитивизма (формализованную в нормах ГК РФ

об ответственности), прямым следствием чего является нежелание судов творчески подойти к осмыслению конструкции фидуциарных обязанностей директора и работать на основе ее анализа единообразную **положительную** практику<sup>1</sup>.

Доктрина фидуциарных обязанностей была выработана судами стран англо-саксонской правовой семьи в середине прошлого века, и ее реализация немислима без известной дискреции судов (т.е. суд, по существу, реализует правотворческую функцию). Это справедливо даже для юрисдикций, которые традиционно относятся к континентальной системе права (Германия, Австрия, Швейцария, Нидерланды). В этих странах предполагается большая роль суда при определении размера убытков, причинности. Российский же суд даже при наличии доказательств вины, причинной связи и наличия убытков откажет истцу, если не доказан размер убытков.

Правда, было бы несправедливо не упомянуть о том, что положительная практика по делам о привлечении к ответственности членов органов управления хозяйственных обществ за убытки, причиненные обществу, начала складываться и в России. Так, по делу о взыскании убытков с компании «Теленор Ист Инвестмент АС» в пользу ОАО «Вымпел-Коммуникации»<sup>2</sup> Арбитражный

(33)

суд ХМАО<sup>1</sup> и Восьмой арбитражный апелляционный суд<sup>2</sup> пришли к выводу, что добросовестность и разумность членов совета директоров презюмируются только в том случае, если они действовали в интересах общества. В указанном деле презумпция добросовестности была опровергнута: директора, будучи заведомо осведомленными о возможности несения компанией убытков в виде упущенной выгоды и снижения капитализации компании, действовали в интересах не компании, а выдвинувших их акционеров и в течение длительного периода блокировали совершение сделки, для одобрения которой требовалось квалифицированное большинство голосов членов совета директоров.

(34)

Таким образом, в законе возможно (хотя и не обязательно) указать некоторые признаки, при которых директор, причинивший убытки, не может считаться действовавшим разумно и добросовестно; но это, скорее всего, будут такие совершенно очевидные вещи, как действия при отсутствии необходимой информации и попыток эту информацию изыскать, или прямое нарушение императивных правил закона об одобрении сделок, приобретении крупных пакетов акций ОАО и тому подобные действия<sup>3</sup>.

В действительности будущие поправки в законодательство о хозяйственных обществах должны быть направлены на изменение подхода к распределению бремени доказывания по делам об ответственности директоров и менеджеров. Предложенная действующим законом об АО расстановка презумпций в сочетании с общей для всего гражданского законодательства проблемой определения и доказывания размера убытков на практике

<sup>1</sup> Слово «положительную» мы выделяем не случайно, потому что на практике единообразие судами все же достигается, но какое: «...не доказана причинно-следственная связь между действиями генерального директора и причиненными обществу убытками», «...истцом не доказан размер причиненных убытков», «...в удовлетворении исковых требований отказать» – вот наиболее часто встречающиеся формулировки судебных решений. Вряд ли это происходит потому, что истцы не имеют элементарного представления о распределении бремени доказывания по делам об ответственности или злоупотребляют правом на судебную защиту в целях корпоративного шантажа (хотя и такие случаи, конечно, встречаются).

<sup>2</sup> Мы сознательно обходим стороной встречающиеся суждения о несправедливости и ангажированности рассматриваемого судебного решения. Для нас оно примечательно только как попытка выработать критерии добросовестного и разумного поведения директора в конкретно взятом случае.

<sup>1</sup> Постановление от 16 августа 2008 года по делу № А75-2374/2008.

<sup>2</sup> Постановление от 2 марта 2009 года № 08-АП-5018/2008.

<sup>3</sup> Недавний опыт кодификации фидуциарных обязанностей директоров в новой редакции закона о компаниях Великобритании (2006) лишь подтверждает данное правило: в закон перенесены основные критерии добросовестного и разумного поведения, выработанные судебной практикой в течение нескольких десятков лет; при этом перечень фидуциарных обязанностей не является исчерпывающим.

приводит к тому, что акционеры не могут взыскать убытки с виновных лиц даже в случае очевидного нарушения ими своих обязанностей действовать добросовестно и разумно.

Законопроект об ответственности должностных лиц хозяйственных обществ, подготовленный ФСФР России, предлагает перераспределить бремя доказывания добросовестности и разумности с акционеров на членов органов управления общества в случае причинения ими убытков. Кроме того (скорее, в силу сильных традиций юридического позитивизма, чем реальной необходимости), устанавливается примерный перечень ориентиров, позволяющих судить о недобросовестности (неразумности) действий директоров. Наиболее высокие стандарты ответственности предусматриваются в отношении должностных лиц компаний, ценные бумаги которых обращаются на организованном рынке (*prospectus liability*).

(35)

В целях повышения уровня защищенности как акционеров, так и самих директоров, законопроект устанавливает правила о страховании ответственности директоров и менеджеров (*D&O liability insurance*) – инструмент, распространенный во всех правовых системах с развитым корпоративным законодательством<sup>1</sup>. При этом необходимо законодательное решение относительно налоговых последствий страхования директоров за счет компании. По меньшей мере, следует урегулировать вопросы налогообложения лиц, застрахованных по полисам *D&O*, в связи с уплатой за них страховых взносов (действующая

<sup>1</sup> Известно, что после ряда громких судебных процессов в США в 1960–1970-х годах только посредством повсеместного страхования ответственности директоров за счет самой компании стало возможно переломить общую практику самоустранения директоров от принятия инвестиционных решений, отказа от занятия должностей в корпорациях. В то же время эксперты отмечают, что повсеместное вытеснение гражданско-правовой ответственности страхованием имеет и оборотную сторону. Наличие у директора полиса *D&O*, приобретенного компанией, зачастую приводит не к усилению защиты потерпевших, а, напротив, к ее ослаблению, так как в расчете на страхование ответственности своей деятельности лицо ведет себя более беспечно. Это в том числе следует учитывать в связи с расширением практики замещения государственных служащих в советах директоров госкомпаний независимыми и профессиональными директорами.

редакция п. 3 ст. 213 НК РФ не освобождает их от обязанности уплаты налога на доход физических лиц даже в случае, если страховые взносы за них перечисляет общество) и вопрос о возможности отнесения издержек по данному договору на расходы общества (сейчас в соответствии с пп. 8 п. 1 ст. 263 НК РФ это возможно только в случае, если страхование является условием осуществления налогоплательщиком деятельности в соответствии с международными обязательствами РФ или общепринятыми международными требованиями).

Полагаем, что при доработке законопроекта целесообразно вернуться к возможности использовать дополнительные к *D&O* механизмы освобождения директоров и менеджеров от ответственности или уменьшения ее размера. Речь, в частности, идет о возможности в договоре с руководителем общества установить ограничение его ответственности. Закрепленный в текущей редакции законопроекта запрет на ограничение ответственности руководителя общества в договоре с ним не согласуется с общей тенденцией развитых корпоративных правовых систем, в соответствии с которой ответственность директоров перед акционерами (но не кредиторами) по отдельным основаниям (проявление недостаточной заботливости при управлении обществом, *duty of care*) может быть ограничена во внутренних документах общества. Обычно аргументы против такого ограничения ответственности сводятся к потенциальным нарушениям прав миноритариев, однако следует также принимать во внимание фактор конкуренции правовых систем и структуру акционерного капитала российских компаний.

(36)

#### 7.2.5. Защита прав владельцев облигаций

О необходимости изменения существующих подходов к защите прав облигационеров говорилось давно; в настоящее время в Государственной Думе ко второму чтению готовится внесенный Правительством РФ законопроект (№ 217052-5). Очевидно, что с принятием рассматривавшихся выше поправок в законодательство в части расширения возможностей для выпуска необеспеченных корпоративных облигаций потребность в этом законе многократно возрастает. Снижение кредитного качества долговых

ценных бумаг в условиях финансового кризиса увеличивает риск потенциальных дефолтов и неисполнения эмитентами обязательств перед владельцами облигаций.

Наиболее обсуждаемой новеллой данного законопроекта является введение в российский правовой порядок института общего собрания облигационеров. Впрочем, для правовых порядков с развитым корпоративным законодательством ничего нового он собой не представляет: вопросы, связанные с общим собранием владельцев облигаций, достаточно давно и подробно детализированы в законодательстве Германии, Франции, Испании и др.<sup>1</sup> Его смысл – в обеспечении взаимодействия между эмитентом и облигационерами, в том числе для урегулирования разногласий между ними. Для повышения эффективности такого взаимодействия вводится также институт **представителя владельцев облигаций**. Кроме того, предполагается установить норму о пропорциональном распределении средств между владельцами облигаций в случае невозможности их досрочного погашения в полном объеме.

На наш взгляд, в целом законопроект заслуживает поддержки, однако есть ряд вопросов, которые должны быть разрешены до принятия его в окончатель-

(37)

---

<sup>1</sup> По законодательству Германии, объединение облигационеров составляет единый орган, чьи решения обладают обязывающей силой. Облигационеры действуют через собрание, а при необходимости еще и через общего представителя. В законе очерчен круг вопросов, по которым собрание облигационеров правомочно принимать решения; полномочия собрания владельцев облигаций и их представителей не могут быть ограничены учредительными документами компании-эмитента. Испанское законодательство о корпорациях содержит положение о том, что собрание облигационеров одобряет требование об обращении взыскания на заложенное имущество. Институты представителя владельцев облигаций и общего собрания облигационеров известны и французскому законодательству. Коммерческий кодекс Франции устанавливает исключительное право представителя владельцев облигаций, уполномоченного общим собранием облигационеров, предъявлять от имени владельцев облигаций любые иски, имеющие целью защиту общих интересов владельцев облигаций. Предусматривается обязательное назначение представителя владельцев облигаций по облигациям, размещаемым по публичной подписке.

ной редакции. Во-первых, проектом предусматривается, что для внесения изменений в решение о выпуске облигаций с обеспечением не обязательно требуется согласие лица, предоставившего обеспечение по облигациям – решением общего собрания владельцев облигаций может быть предусмотрено и другое. Это небесспорное правило может привести к ущемлению интересов лица, предоставившего обеспечение. Нужна большая ясность в части соотношения положений законопроекта с общими правилами законодательства о банкротстве: невозможность произвести расчеты с владельцами облигаций в полном объеме является основанием для возникновения обязанности эмитента по подаче заявления должника в арбитражный суд, и в ходе дела о банкротстве в соответствующем порядке должны удовлетворяться требования всех кредиторов, а не только владельцев облигаций. Наконец, следует конкретизировать права, обязанности и полномочия представителя владельцев облигаций: является ли он представителем в гражданско-правовом значении данного термина (действует ли он от имени владельцев облигаций), каковы содержание и порядок заключения договора эмитента с представителем владельцев облигаций, оплата услуг последнего и др.

(38)

### 7.3. ДАЛЬНЕЙШИЕ ПЕРСПЕКТИВЫ ЗАКОНОТВОРЧЕСТВА

#### 7.3.1. Публичные и непубличные акционерные общества

Как было отмечено выше, несмотря на отдельные важные новеллы, повышающие диспозитивность регулирования (например, акционерные соглашения), российское акционерное законодательство в целом по-прежнему характеризуется высокой зарегулированностью, а судебная практика стремится применять при его толковании императивный метод, полагая: все, что прямо не разрешено в законе, – запрещено.

У такого регулятивного подхода есть серьезная идеологическая база, выдвигаемая сторонниками рыночной модели финансирования бизнеса, которая

противопоставляется банковской или кредитной модели<sup>1</sup>. В частности, они исходят из того, что в случае максимально четкой фиксации в законе прав мелких акционеров инвесторы будут без опаски приобретать небольшие пакеты акций, в итоге общий размер инвестиций в капитал акционерных обществ возрастет; если же права акционеров, а значит, и модель корпоративного управления могут изменяться уставом общества, то доверия со стороны мелких инвесторов будет меньше. На стороне такого подхода оказались и разработчики КРГЗ, обосновывающие императивный метод регулирования корпоративных отношений необходимостью защиты прав третьих лиц: мелких инвесторов, кредиторов и государства. Фактически в российской правовой системе оказалась закреплена именно эта модель корпоративного законодательства, но гипотеза, что население в результате принесет свои средства на фондовый рынок, а акционерный капитал – должен расплыться, экспериментального подтверждения не получила. При высокой концентрации корпоративного контроля, видимо, нужны иные механизмы.

(39)

Сторонники договорного подхода в корпоративном законодательстве, напротив, исходят из предпосылки, что чрезмерная защита прав мелких инвесторов влечет для владельцев компаний рост издержек на осуществление финансирования через акционерный капитал, что обусловлено опасениями утратить корпоративный контроль. В то же время договорная модель корпоративного законодательства позволяет акционерам самостоятельно договариваться об условиях передачи корпоративного контроля, допуская существенные отклонения от принципа пропорциональности (одна акция – один голос). Стимулировать распыление акций через установление единой императивной модели корпоративного управления для всех обществ невозможно. Только спрос на деньги и публичный информент контрактов, заключаемых с другими инвесторами, может привести к снижению уровня корпоративного контроля до блокирующего пакета и распылению капитала.

<sup>1</sup> См., например: *Капелюшников Р.И.* Концентрация собственности в системе корпоративного управления: эволюция представлений // Российский журнал менеджмента. 2006. Том 4. №1. С. 11.

Вместе с тем и сегодня среди российских компаний существуют акционерные общества с большим количеством акций, свободно обращающихся среди мелких инвесторов (free float). В частности, у компании МТС более 45% акций свободно обращаются на рынке, в том числе в виде ADR; некоторые акционерные общества имеют структуру акционерного капитала, разделенную среди нескольких блокирующих акционеров. Таким образом, тезис «один размер подходит всем» не работает. Назрела необходимость в формировании различных режимов корпоративного управления для разных типов компаний – публичных и непубличных.

(40)

В определенной степени это уже происходит. Например, согласно ст. 30 Закона «О рынке ценных бумаг» режим раскрытия информации о существенных фактах распространяется на хозяйственные общества, выпуск ценных бумаг которых сопровождался регистрацией проспекта эмиссии. Однако требования о раскрытии информации не могут лежать в основе деления компаний на публичные и непубличные – оно должно следовать из более общих различий.

Основными критериями деления акционерных обществ на публичные и непубличные в известных нам правовых порядках являются следующие (некоторые из них или все сразу): публичность обращения акций, прямое указание в учредительном документе на статус компании или на преимущественное право покупки акций другими акционерами, количество акционеров, иногда размер выручки общества. Представляется, что именно они должны быть взяты за основу при разработке соответствующего регулирования. Необходимо предусмотреть как возможность «going public» для непубличных компаний, так и обратную возможность «going private» для компаний публичных, разумеется, при соблюдении прав и законных интересов тех акционеров, которые вложили свои средства в акции этого общества, поверив в его публичность.

Последствием деления акционерных обществ на публичные и непубличные может стать повышение диспозитивности при выборе моделей корпоративного управления для непубличных компаний и одновременный рост требований с еще более детальным регулированием

модели корпоративного управления для публичных обществ. При этом возможно будет отказаться от понятия «закрытое акционерное общество» как особого правового института. Наиболее сложным вопросом с практической точки зрения при определении водораздела между публичными и непубличными компаниями в современной России является классификация акционерных обществ с большим количеством миноритарных акционеров, которые приобрели свои акции в процессе приватизации, если модель корпоративного управления в таких обществах уже построена по принципу закрытой корпоративной структуры.

Для непубличных компаний представляется необходимым расширить количество инструментов перераспределения корпоративного контроля, допустив возможность выпуска обыкновенных акций с разным номиналом или многоголосых акций, установив право акционеров самостоятельно фиксировать в уставе общества размер кворума для принятия решения общим собранием акционеров, свободно перераспределять компетенции между органами управления общества и устанавливать порядок формирования этих органов, определять виды сделок, подлежащих особому порядку одобрения и др. В то же время для публичных обществ требуется установить продуманные ограничения их права изменять установленные законом модели и процедуры корпоративного управления. Защита прав миноритарных акционеров должна стать действенной и нести в себе меньше издержек для самих обществ. В частности, следует изменить подходы к определению аффилированности в корпоративных отношениях для того, чтобы можно было выявлять реальный конфликт интересов при совершении обществом сделок, в которых имеется заинтересованность менеджмента и контролирующих акционеров.

Лучше защитить права меньшинства поможет также изменение кворума по решению отдельных вопросов. В соответствии с этим изменением решение будет считаться принятым, если за него не только отдано необходимое по закону количество голосов, но и против него проголосовало не более установленного законом числа акционеров, представляющих меньшинство. Необходимо дальнейшее совершенствование правил раскрытия информации и гражданско-правовых санкций, в частности, огра-

(41)

ничение права на голосование по иску акционеров для публичных обществ. Как и в других вопросах корпоративного управления, некоторые проблемы не могут быть решены без изменения общегражданского законодательства и практики применения акционерного законодательства, в том числе в отношении ответственности директоров.

Законопроект, посвященный делению акционерных обществ на публичные и непубличные, разработан Минэкономразвития России и планируется в 2010 году к вынесению на широкое общественное обсуждение.

### 7.3.2. Медиация

Впервые к помощи медиатора при урегулировании различных споров, в том числе корпоративных, стали прибегать в Соединенных Штатах Америки, где этот институт хорошо себя зарекомендовал. Позже он получил распространение и в странах континентальной Европы, в Канаде, Австралии, Великобритании и других государствах<sup>1</sup>.

Под «медиацией» (англ. mediation) понимается процедура примирения конфликтующих сторон путем их вступления в добровольные переговоры с помощью третьей стороны – посредника (медиатора), оказывающего содействие для урегулирования спора. В англосаксонской правовой системе медиацию относят к отдельной разновидности альтернативных способов разрешения споров – ADR (alternative dispute resolutions)<sup>2</sup>. По сравнению

(42)

<sup>1</sup> А.Ю. Коннов со ссылкой на статистику британского Центра эффективного разрешения споров (Center for Effective Dispute Resolution) указывает: 85% споров, которые разрешались путем посредничества в указанном Центре, завершались заключением мирового соглашения (при средней продолжительности посредничества в полтора дня), 6% – были мирно урегулированы в течение трех месяцев после проведения посредничества и лишь 9% – были переданы на разрешение в суд (Коннов А.Ю. Понятие, классификация и основные виды альтернативных способов разрешения споров // Журнал российского права. 2004. № 12. С. 121).

<sup>2</sup> Коннов А.Ю. Понятие, классификация и основные виды альтернативных способов разрешения споров // Журнал российского права. 2004. № 12. С. 123; Бегаева А.А. Институт медиации – альтернативный способ разрешения корпоративных конфликтов. Источник: СПС «Консультант Плюс».

с остальными ADR<sup>1</sup> и, тем более судебными механизмами урегулирования споров медиация обладает важными преимуществами: оперативность рассмотрения спора и невысокие затраты, отсутствие необходимости принудительного исполнения решения, поскольку стороны сами вырабатывают удовлетворяющее их решение и заинтересованы в его исполнении, конфиденциальность. Стороны конфликта добровольно приходят к компромиссному решению, а не получают его в качестве императива, поэтому ответственность как за принятие решения, так и за его выполнение лежит на самих сторонах. Это благоприятно сказывается на сроках разрешения спора: если в судах рассмотрение дела может продолжаться в течение нескольких месяцев, а то и лет, то средний срок разрешения дела в порядке медиации не превышает месяца. Наконец, в корпоративных конфликтах бывает важно сохранить конфиденциальность: известно, что любые слухи о плохом положении дел в компании не лучшим образом сказываются на котировках акций, сведения же об исках, поданных против компании, способны их просто обрушить.

(43)

Итак, преимущества медиации по сравнению с традиционными судебными процедурами очевидны. На необходимость оказания поддержки внесудебным формам разрешения корпоративных конфликтов, изыскания возможностей для применения нового для российской деловой практики способа поиска решений и выхода из критических ситуаций указывалось в Концепции развития корпоративного законодательства на период до 2008 года, а также в Стратегии развития финансового рынка Российской Федерации на период до 2020 года.

Как свидетельствует опыт других государств по успешному применению медиации, для более эффективного развития этого института необходимо законодательное закрепление целого ряда вопросов и установление определенных гарантий от злоупотреблений в этой сфере. В частности, требуется регламентация видов спо-

<sup>1</sup> Переговоры, примирение сторон (conciliation), независимое разрешение (adjudication), мини-процесс (mini-trial), установление обстоятельств (fact finding), досудебное совещание (settlement) и упрощенный суд присяжных (summary jury trial).

ров, которые могут быть переданы для урегулирования посреднику, требований, предъявляемых к посреднику, гарантии независимости и беспристрастности посредника, юридическая сила соглашения, достигнутого сторонами в ходе посредничества, и др.

К настоящему времени в различной стадии подготовки находятся несколько законопроектов, имеющих целью упорядочение правового регулирования отношений медиации. Отличаются данные проекты, по существу, лишь в некоторых деталях: в одних случаях более четко прописывается статус посредника и посреднической организации, в других – больше внимания уделяется принципам медиаторской деятельности, включая вопросы конфиденциальной информации. Так, и проект №201888-5, внесенный Законодательным собранием Санкт-Петербурга, и проект №126244-5, внесенный депутатами Государственной Думы РФ П. Крашениниковым, В. Плигиным и В. Груздевым, объединяет их рамочный характер: предполагается, что стороны спора будут в известной степени свободны в определении условий посреднического соглашения и специфических требований к медиаторам. Предполагается максимально широкая сфера действия закона – все отношения по урегулированию споров, возникающих в сфере гражданского оборота и связанных с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности российскими и иностранными организациями, гражданами Российской Федерации, иностранными гражданами и лицами без гражданства, а также отношения по урегулированию споров, возникающих из трудовых, семейных и иных отношений, если иное не вытекает из закона или существа соответствующих отношений. Проектируемые нормы носят большей частью диспозитивный характер, что, на наш взгляд, следует поддержать.

(44)

Вместе с тем, видимо, вследствие стремления к максимальной гибкости из поля зрения разработчиков обоих законопроектов ускользнуло правило, являющееся стандартом в мировой практике медиации. Согласно этому правилу течение срока исковой давности приостанавливается на время урегулирования спора в рамках процедуры медиации. Возможный контраргумент о повышении в данном случае рисков затягивания разбирательства нам кажется

несостоятельным: основная идея медиации заключается в том, что она основана на взаимном волеизъявлении сторон и связывает только их. Стороны конфликта добровольно приходят к компромиссному решению, поэтому ответственность как за принятие решения, так и за его выполнение лежит на самих сторонах. Это подтверждает и статистика по срокам рассмотрения споров в медиативном порядке в странах, где этот институт развит<sup>1</sup>.

Наконец, несколько слов о формах медиации. Представленные законопроекты предусматривают в их числе только одну – добровольную. Не следует ли рассмотреть и возможность (на начальном этапе развития данного института) установления в определенных случаях обязательности медиации? Некоторые зарубежные специалисты считают: «Иначе крайне трудно сделать эту процедуру популярной. Добровольной она может стать лишь тогда, когда к ней привыкнут. Ведь труднее всего заставить спорщиков начать диалог, а обязательная медиация их к этому подталкивает. В Англии спорщики стали рассматривать медиацию всерьез лишь тогда, когда за отказ от нее начали накладывать штрафы»<sup>2</sup>. Однако вопрос о том, где проходит грань между стимулированием положительной практики и навязыванием сторонам ненужной им услуги, весьма непросто. В целом же медиация как альтернативный способ разрешения корпоративных споров снижает общую нагрузку на арбитражные суды всех уровней, позволяя судьям сконцентрироваться на решении вопросов, требующих наличия самой высокой юридической квалификации и опыта работы. Это особенно важно с учетом вступивших в силу поправок в АПК РФ, отнесших корпоративные споры к исключительной подсудности арбитражных судов.

(45)

---

1 См.: Коннов А.Ю. Указ. соч.

2 Маки К. Выступление на конференции «Медиация. Альтернативные методы разрешения споров и их значение в совершенствовании деловой и корпоративной этики» 16–17 ноября 2007 года, Москва. Цит. по: Лисицын В.В. Медиация – важный элемент правовой культуры российского бизнеса. Источник: СПС «Консультант Плюс».