



Андрей Владимирович ГАБОВ родился 15 ноября 1973 г.

В 1995 г. с отличием окончил юридический факультет Сыктывкарского государственного университета. Впоследствии также окончил Северо-Западную академию государственной службы, Всероссийскую академию внешней торговли и Дипломатическую академию.

В 1999 г. защитил кандидатскую диссертацию в Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ по теме «Вексель в системе российских ценных бумаг». В 2010 г. там же защитил докторскую диссертацию по теме «Проблемы гражданско-правового регулирования отношений на рынке ценных бумаг».

В настоящее время работает в Институте государства и права Российской академии наук. Один из ведущих специалистов в области гражданского права и правового регулирования экономической деятельности.

Автор более 170 научных работ, в том числе 6 индивидуальных монографий; участник (соавтор, член редакционной коллегии, ответственный редактор) многих коллективных монографий по актуальным вопросам гражданского права, регулирования экономической деятельности и правосудия.

Заместитель председателя Экспертного совета по праву ВАК при Минобрнауки России, член Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства, член Научно-консультативного совета при Верховном Суде РФ, член Экспертного совета по научно-технологическому развитию и интеллектуальной собственности при Комитете Государственной Думы по образованию и науке, член Совета по совершенствованию третейского разбирательства при Минюсте России, член Коллегии Роспатента, член Экспертного совета по корпоративному управлению при Банке России.

Участует в подготовке нормативных документов, направленных на развитие цифровой экономики (в рамках рабочей группы по нормативному регулированию цифровой экономики АНО «Цифровая экономика»).

Активно участвует в деятельности РАН для реализации возложенных на нее задач, в частности осуществляет деятельность как член Научно-издательского совета РАН и член Комиссии по уставу РАН; является экспертом РАН.

Преподаватель МГУ имени М.В. Ломоносова, научный руководитель юридического института Белгородского государственного национального исследовательского университета. Входит в состав редакционных советов ряда научных журналов: «Журнал предпринимательского и корпоративного права», «Гражданское право», «Вестник Пермского университета. Юридические науки», «Вестник Арбитражного суда Московского округа».

Мы в полушаге от того, чтобы сказать, что крупная сделка — это реорганизация

Андрей Владимирович Габов,

член-корреспондент РАН, доктор юридических наук, заслуженный юрист РФ

— Андрей Владимирович, масштабные изменения в законодательном регулировании крупных сделок поставили новые вопросы перед правоприменителем, на которые попытался ответить прошлогодний Пленум Верховного Суда¹. Насколько успешно он справился с этим?

— Очень хорошо, что появились разъяснения Пленума Верховного Суда.

Во-первых, законодательство действительно поменялось радикально. Здесь, кстати, нельзя не сказать о непоследовательности законодателя: когда изначально задумывали реформу института крупных сделок и сделок с заинтересованностью, планировали существующие законоположения просто «подредактировать». Иначе говоря, речь велась о совершенствовании, уточнении законодательства, но никак не о радикальных изменениях, реформе в полном смысле слова — т.е. не о той правке, которую в итоге получили законы об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью².

Во-вторых, в принципе, я считаю, что то, что делает Верховный Суд, обобщая соответствующую практику, — это хорошо. С моей точки зрения, он успешно справился с задачей дать судам необходимые разъяснения. Документ получился обстоятельный, дающий ориентиры судам для принятия решений по конкретным делам. Пленум сделал много полезных вещей, и за это надо сказать спасибо Верховному Суду, они большие молодцы. В условиях существующего хаоса в правовом регулировании они просто вынуждены давать судам соответствующие рекомендации.

¹ См.: Постановление от 26.06.2018 № 27 «Об оспаривании крупных сделок и сделок, в совершении которых имеется заинтересованность».

² См.: Федеральный закон от 03.07.2016 № 343-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон „Об акционерных обществах“ и Федеральный закон „Об обществах с ограниченной ответственностью“ в части регулирования крупных сделок и сделок, в совершении которых имеется заинтересованность».

Но на этом положительный эффект Постановления заканчивается. И дело здесь не в нем самом, а в том, что оно не может исправить недостатки закона, переписать закон, грубо говоря. А таких недостатков в правовом режиме крупных сделок осталось достаточно и после реформы.

Вообще, у меня по поводу института крупных сделок давно сложилась вполне определенная точка зрения, которую я подробно изложил в своих публикациях, особенно в работе 2018 г. «Институт крупной сделки в российском праве: основные этапы, тенденции и перспективы развития»³.

Мне кажется, что изъян здесь был заложен изначально. Крупная сделка — это сделка, последствием совершения которой будет существенное изменение юридического лица.

До изменений законодательства об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью в 2016 г. такая существенность главным образом описывалась в нем через указание процента отчуждаемого (приобретаемого) имущества. После изменений 2016 г. (их эффект усилен, как думается, разъяснениями, содержащимися в Постановлении Пленума) законы оперируют не только количественным, но и качественным критерием. Ведь теперь говорится (в части потенциальных последствий сделки) ни много ни мало, как о прекращении деятельности общества, или изменении вида деятельности, или существенном изменении ее масштабов.

И вот результат: сейчас мы в полушаге от того, чтобы сказать ровно то, о чем я говорю давно, — что крупная сделка — это реорганизация.

В таком подходе была бы определенная логика.

Ведь для чего реорганизация нужна? Для того чтобы предоставить лицам, которые находятся в отношениях с реорганизуемым лицом по разным основаниям, определенные гарантии. И гарантии эти возникают из-за того, что юридическое лицо в результате реорганизации прекращает существование (примеры здесь — слияние, разделение, присоединение для присоединяющегося лица), либо меняется его имущественная сфера (выделение), либо происходят иные существенные изменения (сейчас — это случай преобразования). Эти изменения для лица, которое было, предположим, кредитором или участником, влекут риск того, что оно не получит те выгоды, ради которых оно вступало в договорные отношения или становилось участником корпорации.

Сегодня совершение крупной сделки — это не реорганизация, хотя мы понимаем, что после него юридическое лицо меняется иногда даже радикальнее (существеннее, говоря языком законов), чем в тех случаях, которые закон называет реорганизацией (сравним крупную сделку и реорганизацию в форме преобразования).

Но если реорганизация (при всех минусах действующего регулирования) предполагает систему гарантий как для кредиторов, так и для участников корпорации, то с крупной сделкой все не так — аналогичной системы там нет.

³ Предпринимательское право. 2018. № 3.

Если решение о согласии (одобрении) такой сделки относится к компетенции общего собрания, то акционер может предъявить свои акции к выкупу в установленном законом порядке. Однако если согласие (одобрение) сделки относится к компетенции совета директоров, то закон такой гарантии акционеру не предоставляет. А кредиторы? И для них гарантий мы не видим.

Мне представляется, что эти вопросы требуют решения. И главное решение здесь — изменение правового режима крупной сделки. Это — реорганизация. И никто меня в обратном не убедит.

Конечно, такой радикальный шаг, как признание крупной сделки реорганизацией, возможен только в случае, когда мы радикально меняем не просто институт крупной сделки, но и сам институт реорганизации.

Оба они сегодня не в лучшем состоянии; идеология регулирования и того и другого давным-давно потеряна. Если говорить о реорганизации, то после изменений 2014 г. (я имею в виду реформу положений ГК РФ о юридических лицах⁴) не только не появилась ясность, но, скорее, вопросов стало еще больше. Важно заметить и то, что с тех пор мы не привели в соответствие с обновленным Кодексом ни один специальный закон! Если вы посмотрите Законы об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью, Закон о государственной регистрации юридических лиц⁵, да и многие другие, то увидите, что их положения о реорганизации были написаны задолго до реформы ГК. А ведь после нее прошло уже пять лет. Когда сегодня мы смотрим на институты, которые обеспечивают прежде всего функционирование бизнес-структур и различные изменения в них, мы понимаем, что в этих институтах нет главного — определенности, зато есть много противоречий. В результате возникает множество специфических рисков, в том числе чрезмерного усмотрения регистрирующих органов, рисков, связанных с тем, что ты никогда не знаешь, соответствует твое действие закону или нет. Когда мы сможем прийти к предлагаемому изменению — признанию крупной сделки реорганизацией — большой вопрос. Но рано или поздно это придется сделать. Как минимум ясно и четко поставить и обсудить этот вопрос.

Серьезная проблема, которую Постановление Пленума не могло, да и не сможет решить, — разъяснение оценочных понятий, используемых для квалификации сделки как крупной. Я имею в виду понятия обычной хозяйственной деятельности и взаимосвязанных сделок. Сколько на эту тему уже было дискуссий, попыток объяснить, что это такое. В реальности ответа как не было, так и нет, а по факту для судов после изменений 2016 г. вопросов, может быть, стало даже больше — в силу некоторых юридино-технических ляпов.

Возьмем понятие «обычная хозяйственная деятельность» и зададимся вопросом: а что это такое сегодня? До 2016 г. (реформы крупных сделок) закон, используя эти слова, ничего не объяснял. Говорилось о сделках, совершаемых *в процессе обычной*

⁴ См.: Федеральный закон от 05.05.2014 № 99-ФЗ «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации».

⁵ Федеральные законы от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах», от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью», от 08.08.2001 № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей».

хозяйственной деятельности, но что это за процесс такой, не раскрывалось. Разъяснения Высшего Арбитражного Суда, данные в 2014 г.⁶, были очень нечеткими.

Теперь — в части, касающейся крупных сделок, это важно — закон говорит о сделках, *не выходящих за пределы обычной хозяйственной деятельности*. А каковы эти «пределы»? Чем они отличаются от «процесса», о котором закон говорил ранее и продолжает говорить применительно к сделкам с заинтересованностью?

Сейчас определение того, что такое «обычная хозяйственная деятельность», не то что невозможно, а, строго говоря, лишено смысла, поскольку это — вообще любая деятельность хозяйственного общества. Крупность же надо определять по последствиям, но они могут наступить в результате нескольких действий (сделок), а значит, надо доказать их связь (взаимосвязанность), т.е. объяснить еще одно оценочное понятие. Кроме того, эти последствия надо учитывать на момент совершения сделки; наступление их в дальнейшем, по логике закона и Постановления Пленума Верховного Суда, само по себе ни о чем не свидетельствует. Но как такое возможно? Ведь последствия некоторых действий — сегодня на первый взгляд безобидных — могут как раз проявляться далеко в будущем.

В общем, как было здесь множество вопросов, так оно и осталось.

— Насколько я понимаю, у норм о крупных сделках есть определенная цель — отсечь злоупотребления, связанные с выводом активов.

— Я с этим согласен, но главная проблема в том, что законодатель не знает, как этой цели достичь. А иногда его решения имеют и совершенно противоположный вектор.

Это хорошо видно на динамике изменения законодательства. Если мы проследим его начиная с 1995 г., когда институт крупных сделок появился в Законе об акционерных обществах, то увидим, что все изменения в основном сводятся к увеличению числа исключений из Закона в части обязательности положений о специальном порядке совершения крупной сделки.

О чем это говорит? С одной стороны, о том, что на самом деле этот институт не очень устраивает рынок, участников правоотношений. Он для них слишком жесткий, и они все время пытаются от него каким-то образом отделаться. С другой стороны, есть государство, которое мы обычно называем абстрактным законодателем и которое такие «стремления» поощряет.

Мне совершенно не нравится эта тенденция, мне она кажется неправильной. Это тупиковый путь. Мы таким образом этот институт девальвируем, создаем очередной блок фиктивных норм, который будет существовать на бумаге, но работать не будет.

Но ведь цели-то, как Вы правильно говорите, были другие — создать механизм пресечения злоупотреблений, недобросовестного поведения! А развитие института идет

⁶ См.: Постановление Пленума ВАС РФ от 16.05.2014 № 28 «О некоторых вопросах, связанных с оспариванием крупных сделок и сделок с заинтересованностью».

путем исключения его применения. Парадокс. Подход здесь простой: если сделка крупная и влечет существенные изменения, то никаких исключений быть не может. Никакой обычной хозяйственной деятельности, ничего. Если есть крупность, значит, должен быть специальный порядок, который предусматривает гарантии для кредиторов и участников корпорации.

Подчеркну еще раз: никаких исключений быть не может. Либо мы имеем дело с существенным изменением юридической личности, которое запускает механизмы гарантий и специальный порядок совершения сделки, либо нечего о крупной сделке и говорить. Точка.

— Под крупностью Вы подразумеваете относительный критерий, т.е. отношение цены сделки к стоимости крупных активов?

— Совершенно верно. Выделение как количественного, так и качественного критерия, которое считается сегодня едва ли не достижением реформы 2016 г., — просто вынужденная мера для обоснования существования института крупной сделки в его нынешнем виде, со всей этой сложной системой исключений.

На самом деле перед нами пример ничем не оправданного усложнения регулирования.

Опять вернусь к своей мысли: если мы понимаем, совсем упрощенно говоря, что отчуждение более 25% активов — это существенное изменение юридического лица, и признаем это реорганизацией, то все эти излишние наслоения в регулировании просто отлетают как ненужные.

— Пленум, как я понимаю, пытался закрыть риски, связанные с неопределенностью, — во всяком случае для оборота. И сейчас стало намного сложнее оспорить сделки.

— Да, конечно, сложнее.

Для того чтобы это понять, надо осознать то, насколько поменялось отношение к понятию «обычная хозяйственная деятельность», о котором мы уже говорили.

Посмотрите на то, как в Постановлении подчеркнуто это изменение: **любая сделка считается совершенной в пределах обычной хозяйственной деятельности, пока не доказано иное, а бремя доказывания лежит на истце**. Ранее подход был другой, и бремя доказывания совершения оспариваемой сделки в процессе обычной хозяйственной деятельности лежало на ответчике. Строго говоря, участникам оборота и судам еще предстоит понять масштаб изменения в подходах к оценке обычности деятельности.

Раньше проблема заключалась в том, что существовали специальные основания для признания сделки крупной и положения ГК РФ с общими основаниями для признания сделки недействительной. В рамках прошедшей реформы эту проблему устранили; если мы посмотрим и закон, и Постановление Пленума, то увидим связку со ст. 173.1 и 174 ГК.

Но закрылись ли все риски, связанные с неопределенностью для оборота? У меня не сложилось такого впечатления. И не только в части обычной хозяйственной деятельности.

Возьмем понятие «взаимосвязанные сделки». Я не вижу какого-то прорыва в определении критериев связанности. Все критерии — преследование так называемой единой хозяйственной цели (еще бы понимать, что это такое!), общее хозяйственное назначение имущества, консолидация имущества у одного лица, непродолжительный период между совершением сделок — мы знали и ранее. Они были и в предыдущем документе, принятом Высшим Арбитражным Судом в 2014 г. Эти положения были неясны и тогда, остались они неясными и сейчас.

Тем не менее хочу подчеркнуть: я смотрю на проблемы института крупной сделки с другой стороны. Не с той точки зрения, легче оспорить такую сделку или сложнее — мне-то кажется, что это не та проблема, которую надо обсуждать. Конечно, она может быть интересна для определенных специалистов и имеет значение для практиков.

Но когда мы обсуждаем вопрос с позиции возможности/невозможности оспаривания, мы сваливаемся в анализ конкретных кейсов, деталей. Это нас ни к чему не приведет: завтра закон поменяется, и мы будем обсуждать новые детали. Однако так мы не найдем корень проблем, не сможем сделать прогноз развития.

Именно поэтому мне гораздо интереснее рассуждать о том месте, которое занимает институт крупной сделки в ряду других, решающих функционально сходные задачи, о тех идеях, которые лежат (должны лежать) в основании этого института, и о том, как они реализованы законодателем: эффективно или неэффективно, найден ли в законодательных решениях баланс различных интересов и пр.

И в этом смысле, повторюсь, я не вижу глобального улучшения в институте крупной сделки.

Его ведь критикуют с разных точек зрения, не только с той, о которой я сказал. Концепция развития гражданского законодательства 2009 г. говорит, что он нарушает интересы добросовестных контрагентов; представители крупных публичных компаний считают, что миноритарным участникам дается слишком много права; миноритарные акционеры возражают, что прав у них нет вообще, особенно в части специфики крупной сделки, совершаемой организацией — участником холдинга, и т.д.

И при этом мы постоянно видим какие-то импульсы по улучшению, изменению (причем почему-то чаще всего применительно к институту сделок с заинтересованностью).

Нам надо посмотреть на этот институт не только как на часть законодательства об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью. Сейчас крупные сделки используются и для иных, в том числе унитарных, организаций. И подходы здесь не всегда одинаковые (пример — учет взаимосвязи сделок), но объяснения дифференциации нет и не было никогда.

— Можно определить направление, в котором должна развиваться практика, исходя из баланса интересов — нужно ли защищать в большей степени оборот или

все же интересы акционеров и прежде всего миноритариев, которым, судя по нынешнему регулированию, будет сложнее оспаривать экстраординарные сделки корпорации.

— Это проблема не только практики, но и подхода к формулированию законодательных решений, и она давно известна, хотя с течением времени нам открываются ее дополнительные аспекты. Чаще всего мы смотрим на институт крупной сделки сквозь призму Закона об акционерных обществах (вопрос только, с какой стороны, менеджмента крупной компании или миноритарного акционера). И в этом — наша принципиальная ошибка, потому что этот институт давно уже вышел за рамки Закона об акционерных обществах; существует не только проблема «миноров» и «мажоров», но и целый ряд других проблем, например столкновение интересов контролирующего лица и кредиторов. А если мы возьмем крупные холдинговые структуры, то тут видны линии конфликтов интересов «миноров» в контролирующем обществе и «миноров» в подконтрольных обществах.

Но вернемся к акционерным обществам. Здесь надо вспомнить, что институт крупной сделки появился именно для защиты интересов акционеров, которые не являются контролирующими. Ни о каком балансе интересов других стейкхолдеров, помимо таких акционеров, речь при его появлении не шла.

За это его со временем и стали критиковать. В Концепции развития гражданского законодательства, как я уже сказал, говорилось, что в том виде, в каком он существует, он находится в противоречии с интересами контрагентов акционерных обществ. Проблема, по мнению авторов Концепции, состояла в том, что на контрагентов перекладывались последствия недобросовестных и незаконных действий органов таких обществ, а это подрывает оборот.

Правильно обнаружена болевая точка? Вполне: отсутствует баланс интересов контролирующего лица, миноритарных участников и кредиторов.

Но важно не только обнаружить болевую точку, но и найти решение. Если бы тогда признали крупную сделку реорганизацией, эту проблему решили бы вполне понятным образом.

Но Концепция шла традиционным путем обсуждения того, как надо ограничить право хозяйственных обществ на оспаривание таких сделок. Предлагалось дать обществу возможность оспаривать сделку, только если оно является добросовестным контрагентом (это оно должно было само доказать), который не знал и не должен был знать о нарушении порядка совершения таких сделок его исполнительным органом.

Реформа 2016 г. подошла к этому вопросу с другой стороны: для признания сделки недействительной стало важным знание другой стороны (контрагента акционерного общества) о том, что сделка являлась для общества крупной или о том, что отсутствует согласие на ее совершение.

Однако тенденция очевидна: сегодня у нас явный приоритет интересов контролирующего лица, «мажора». Некоторое исключение — сделки между связанными лицами (на это указывается в Постановлении в части так называемой заведомой осведомленности).

Можно ли сказать, что баланс выстроен правильно? Не думаю. Регулирование осуществляется сегодня совершенно не в соответствии с теми идеями, ради которых создавался этот институт и которые определяли его развитие долгие годы. И здесь опять большой вопрос — витальный, если хотите: зачем он нам нужен в таком виде?

Есть такое выражение: «Природа не терпит пустоты». Оно в полной мере относится и к обсуждаемой ситуации: если заинтересованные лица будут лишены возможности использовать для защиты своих прав институт признания сделки недействительной, то они, вероятно, будут использовать другие правовые средства, и не только из числа тех, что предусмотрены гражданским законодательством.

Это может быть, во-первых, механизм гражданско-правовой ответственности членов органов управления, тем более что теперь совет директоров (исполнительный орган) должен давать заключение по сделке. Во-вторых, механизм иной ответственности, ведь если доказывается, что сделка была крупной, повлекла существенные негативные последствия, а специальный порядок ее совершения не был соблюден (и, более того, все действия и были направлены именно на исключение применения такого порядка — здесь обратите внимание на лексику Постановления Пленума: «состояли в сговоре» (!)), то налицо не что иное, как умысел. Выводы, как говорится, делайте сами.

— Хорошо. Но если пойти путем, который Вы предлагаете, т.е. признавать каждую крупную сделку реорганизацией, то получается, что каждый раз необходимо проходить процедуру в регистрирующем органе.

— Вы рассуждаете с точки зрения тех стереотипов восприятия реорганизации, которые у нас сложились к сегодняшнему дню. Что это за стереотипы?

Первый из них: реорганизация — это предусмотренные законом пять форм (слияние, присоединение, разделение, выделение, преобразование). Данный подход сложился в 1987 г., когда эти пять форм были впервые обозначены таким образом в советском Законе о государственном предприятии⁷, хотя в реальности их непонятно что объединяет, кроме общего зонтика, называемого реорганизацией. Затем эта пятерка попала в Основы гражданского законодательства 1991 г.⁸, а потом и в действующий ГК.

Но реорганизация — это не слияние, не присоединение или выделение, разделение, преобразование. В сложной смешанной экономике участники это быстро понимают. Соответствующие вопросы начали звучать в 2000-х гг. Вспомните практику, когда в судах хотели доказать, что создание акционерным обществом своей стопроцентной дочки — это реорганизация, поскольку ее последствия ровно такие же, как и выделение из такого общества другого общества, в котором выделившее будет владеть всеми акциями. Или реформу бюджетных организаций, когда создали симулякр «изменение типа учреждения», который не является реорганизацией, но предоставляет кредиторам те же механизмы гарантий. Или дискуссии еще 1990-х гг. о том, является ли реорганизацией изменение типа акционерного общества с открытого на закрытое и обратно. И понятно, почему эти дискуссии возникают. Потому что понимание реорганизации как пятерки форм — это нонсенс. Потому что реорганизация — про другое.

⁷ Закон от 30.06.1987 «О государственном предприятии (объединении)».

⁸ Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик (утв. ВС СССР 31.05.1991 № 2211-1).

Реорганизация — это существенное изменение юридической личности; весь вопрос только в том, какие критерии существенности следует признавать и как, соответственно, определять архитектуру законодательства. Изменение наименования организации, по-хорошему, тоже реорганизация. Я не говорю о том, что все надо сводить к ней. Но здесь нужен четкий подход, которого у нас нет в Гражданском кодексе.

Второй стереотип: у реорганизации всегда один путь, в конце которого запись в ЕГРЮЛ о прекращении и/или создании юридического лица, о чем нам говорит Закон о государственной регистрации юридических лиц. На самом же деле порядков реорганизации при том подходе, о котором мы говорим, может быть несколько. И все может заканчиваться записями в ЕГРЮЛ, но необязательно о прекращении/создании, а может и не заканчиваться ими. Об этом надо еще думать. Юридический состав, который должен сопровождать соответствующие изменения, может быть различный: для крупной сделки один, для других существенных, более многоступенчатых изменений, сопровождающих реструктуризацию бизнеса (к примеру, выделение), — другой.

Кстати, замечу, что после реформы гражданского законодательства приоткрыт ящик Пандоры в части преобразования. Вы посмотрите практику по ней, она очень интересная! Есть постановления, из которых видно, что суды не могут понять, как может быть реорганизацией ситуация, при которой права и обязанности не меняются (т.е., к примеру, для подтверждения права в ЕГРН «бежать» не надо, ибо правообладатель и так понятен, он не изменился), а новое юридическое лицо создается. То есть лицо новое, ОГРН у него другой, а права и обязанности старые. Что это за симулякр такой и почему мы до сих пор называем преобразование реорганизацией?

Вот и ответьте сами: почему крупная сделка до сих пор не признается реорганизацией? Потому, что мы ее рассматриваем как сделку, а реорганизацию — как юридический состав? Это не объяснение, это не более чем решение практической задачи.

— Чем реорганизация в новом понимании будет принципиально отличаться от *ex ante* барьеров, которые защищают от вывода активов и сейчас существуют в виде одобрения тех же крупных сделок?

— А сегодня есть барьеры? Мне кажется, я привел достаточно примеров, которые показывают: нет таких барьеров благодаря все разрастающейся системе исключений из общих правил одобрения крупной сделки, особенно в части обычной хозяйственной деятельности.

Институт крупной сделки выхолащивается; в его нынешнем виде он утратил связь с первоначальными идеями, лежавшими в его основе. Мы вышли на прямую дорогу, которая нас приведет к развилке: или дальше «развивать» его таким образом, превращая в совокупность фиктивных норм, или обсуждать вопрос о его существовании как самостоятельного института в принципе.

Что касается принципиальных отличий предлагаемого мной пути, то они следующие: барьером будет специальный порядок принятия решения, а также механизм гарантий для лиц, интересы которых могут быть затронуты изменениями юридического лица в результате совершения такой сделки.

— А что Вы думаете по поводу применения такой категории, как осведомленность, и ее современного прочтения Верховным Судом? Насколько я понимаю, сейчас, если в уставе нет ограничений на совершение сделки, требований об ее одобрении как крупной, считается, что контрагент осведомлен. Есть презумпция добросовестности. Это в какой-то мере решает проблему стабильности оборота и соответствует интересам добросовестных контрагентов. Если говорить языком *law & economics*, в противном случае могут увеличиться транзакционные издержки, что, в свою очередь, увеличит цену сделки. А Верховный Суд своим толкованием убирает лишние риски для добросовестных контрагентов.

— Все это — еще одно проявление тенденции к отрыву нынешнего института крупной сделки от тех идей, благодаря которым он появился. Законодатель стал уделять больше внимания не защите интересов акционеров, а интересам абстрактного оборота. Именно поэтому вопрос об осведомленности обрел сегодня такое значение в законе.

Закон прямо говорит, что нельзя признавать сделку недействительной, если не доказано, что другая сторона знала или заведомо должна была знать о том, что сделка являлась крупной, и (или) об отсутствии надлежащего согласия на ее совершение.

С точки зрения *law & economics* можно сказать, что перед нами типичная проблема безбилетника: норма формально создана для защиты интересов «оборота», как Вы его называете, но в реальности-то ее эффектами пользуется не кто иной, как контролирующий акционерное общество участник. Ну и менеджмент, — конечно, ведь тут, как известно, интересы могут очень даже расходиться. Можно долго критиковать наш законотворческий процесс, но на приведенном примере очевидно: такие последствия, скорее всего, никто предварительно даже и не просчитывал.

В Постановлении Пленума есть один очень умный страховочный ход — учтена специфика крупных компаний холдингового типа (или, для простоты, связанных компаний) через понятие «заведомая осведомленность». Такая осведомленность имеет место (а сделка, соответственно, считается крупной, пока не доказано иное), если: контрагент по сделке с обществом является одновременно его участником; контрагент по сделке с обществом является участником контролирующего лица общества; участником общества является контролирующее лицо контрагента; участником общества является подконтрольное лицо контрагента; контрагент (здесь речь идет о сделках с лицом физическим) входит в состав органов общества или органов его контролирующего лица.

Для остальных случаев есть положение, которое можно понимать как указание на отсутствие обязанности по проверке того, является ли сделка для контрагента крупной или была ли она одобрена. Более того, отмечено, что третьи лица, полагающиеся на данные ЕГРЮЛ о лицах, уполномоченных выступать от имени юридического лица, по общему правилу вправе исходить из наличия у них полномочий на совершение любых сделок. Бремя доказывания того, что другая сторона знала или заведомо должна была знать, что сделка являлась крупной и что отсутствовало надлежащее согласие на ее совершение, возлагается на истца, который хочет признать сделку недействительной.

Можно ли назвать это презумпцией добросовестности? Наверное, да.

Но кое-что здесь смущает. С одной стороны, мы видим посыл, что дополнительных проверок проводить не надо. С другой стороны, как исключить случай заведомой осведомленности через корпоративное владение, чтобы не попасться на крючок другой презумпции, если не проверять все досконально? К примеру, как понять, что контрагент по сделке с обществом не является участником контролирующего лица общества (а тут и одной акции будет достаточно), если речь идет не о какой-то живопырке, а о крупной публичной компании с сотнями тысяч акционеров? Реестр запрашивать? Не так все просто, как кажется на первый взгляд.

Я вообще слабо представляю себе ситуацию, когда совершается сделка, которая с точки зрения экономики явно имеет существенные последствия, а контрагенты (даже не будучи связанными друг с другом) тычут пальцами в соответствующие пункты Постановления и говорят: я не буду ничего дополнительно проверять и никакую информацию запрашивать, устав прочитал, выписку из ЕГРЮЛ запросил, презумпция добросовестности и все такое прочее. Какой дивный мир перед нами предстает, населенный добросовестными сплошь участниками...

Вы в это верите? Я нет. Ну не будет так никогда! Сейчас даже обычные сделки с точки зрения налоговых рисков просто так совершить нельзя. Надо проверить контрагента, а то попадешь на сделку с фирмой-однодневкой. Для директоров современной эпохи расцвета института ответственности такие действия вообще могут иметь плачевные последствия, им лучше на все случаи жизни вооружиться лишним правовым заключением, чтобы всегда сказать, что они действовали разумно и осмотрительно, проявили, так сказать, должную заботливость. Про сделки, имеющие существенные последствия, я просто молчу — тут проверка будет полная, со всех сторон, учитывая все риски, которые принимают во внимание бизнес-структуры. Так что ни о каком снижении трансакционных издержек и речи не идет. Мечты все это. Можно сказать и по-другому: типичный случай создания фиктивных норм — внешне красиво, а в реальности все иначе.

— Как Вы в целом оцениваете наше корпоративное законодательство с точки зрения баланса интересов миноритариев и мажоритариев? Например, должен ли миноритарий иметь право оспаривать любую сделку общества? Или здесь правильнее будет ограничить его права в зависимости от размера пакета? Сказать, что если у него 0,00001%, то он не должен иметь право оспаривать крупные сделки общества.

— Это хороший вопрос и очень сложный. У него нет однозначного ответа из серии «действующее законодательство отдает предпочтение тому-то».

Проблема баланса мажоритарных и миноритарных участников корпораций, скорее, не правовая. Баланс возникает не из закона. Более того, в законе могут быть одни решения, а в реальной жизни — совсем другие отношения, этим решениям не соответствующие.

Это проблема экономическая, отчасти философская, этическая. Это вопрос культуры в широком смысле этого слова. С точки зрения экономики — привычной культуры экономических отношений, сложившейся модели экономического развития. С точки зрения культуры вообще — это вопрос об отношении большинства

к меньшинству, солидарности в обществе, основанной на уважении интересов и мнений других.

После известных событий 1990-х, трансформации отношений собственности мы получили корпорации с большим числом миноритариев, причем абсолютно неквалифицированных. Если бы в нашей культуре отношения к меньшинству преобладали солидаристские настроения, то и реальные взаимоотношения между контролирующими участниками и миноритариями строились бы аналогичным образом.

Но мы получили иное: тотальную скупку акций за копейки, консолидацию пакетов, полное игнорирование интересов меньшинства; ни о какой нормальной дивидендной политике долго и речи не шло; были случаи и незаконного исключения миноритариев из корпораций, лишения их своей доли; лишения их информации о том, что в реальности происходит в компании.

На таком фоне обозначился явный в свое время приоритет защиты интересов миноритарных участников, об этих правах начали активно говорить, принимать необходимые правовые решения, направленные на обеспечение их доступа к информации, возможности оспаривания сделок и т.д.

Затем в ходе этой борьбы обнаружилась иная крайность — злоупотребление со стороны некоторых миноритарных акционеров своими правами, использование миноритариев в иных целях (в корпоративных войнах). Это также привело к определенным законодательным решениям — уже не в пользу миноритариев, а в сторону ограничения некоторых их прав.

Прочитав все это, можно сделать вывод, что баланс сейчас сместился на сторону мажоритариев. Но это неправильный вывод. За последние годы сильно изменились отношения, отчасти — культура экономических отношений. Хотя здесь тенденции противоречивы. Посмотрите, сколько наших публичных компаний выплачивают дивиденды, следуют лучшим практикам корпоративного управления. И прямые выгоды от этого получают миноритарные участники. Информацию о деятельности такие компании публикуют в доступных ресурсах, акции у них котируются: не нравится компания, вызывает вопросы политика ее руководства — найди удобный момент и выйди из компании по рынку. Есть и ликвидность, и информационная прозрачность, и рост акционерной стоимости. Опять же миноритарий миноритария рознь. Если у акционера совсем небольшой пакет акций — он разделяет экономические выгоды деятельности общества, но не может ни оспорить сделку, ни привлечь к ответственности менеджмент; есть и крупные миноритарии, их возможности значительно больше. На другой стороне — проблемы делистинга, узости нашего фондового рынка. Можно ведь быть миноритарием в компании, которая хотя формально и считается публичной, но ее акции не котируются на бирже. И это другая ситуация, гораздо более печальная.

Вообще, очень легко сказать «баланс» или указать на необходимость баланса интересов миноритарных и мажоритарных участников. В принципе, уже за счет такого утверждения можно выглядеть вполне умным, однако на самом деле от слова «халва» во рту слаще не станет — надо понять, где он, этот баланс. Определить эту точку сейчас я не могу: картина очень мозаична, скорее, есть ощущение какого-то неустойчивого, текучего состояния.

У нас был долгий период, когда мы ставили защиту интересов миноритарных акционеров на первый план. Сколько документов по этому поводу принято, даже специальная дорожная карта была, если не ошибаюсь, в 2016 г.⁹ Но вот что удивительно: сколько бы мы этих дорожных карт и иных документов ни принимали, а баланс-то все смещается не в их сторону.

— Сейчас часто говорят, что баланс резко сместился в пользу мажоритариев, потому что оспаривать сделки пойдут скорее миноритарии, а им стало гораздо сложнее делать это после принятия Постановления Пленума.

— Соглашусь. Применительно к крупным сделкам я могу точно сказать, что баланс сместился в сторону мажоритарных акционеров. Причем резко и необдуманно. Доводы не буду повторять — о них мы уже говорили. Хотя вопрос все равно не про черное и белое. Миноритарии разные, надо понимать, чего хочет миноритарий.

— В первую очередь он хочет сохранить стоимость своей доли.

— Конечно. Но дело в том, что, когда мы говорим о стоимости, мы должны понимать, что стоимость в нормальных рыночных условиях определяется биржей. Если организация не на бирже, то сказать, сколько чего стоит, очень сложно. И тут есть о чем подумать.

Мы ведем речь про возможности оспаривания, а ведь корни проблемы глубже — нам надо продолжать формировать свой фондовый рынок, в котором должен быть кто-то, кто функционально занимается интересами миноритарных акционеров, прежде всего экономическими. Экономический интерес здесь главный, все остальное, в том числе и право на оспаривание, вторично. А этого пока нет, число публичных обществ только сокращается. Вообще, миноритарных акционеров притеснять нельзя, без них самого рынка не будет. Когда мне говорят, что права миноритарных акционеров не надо защищать, их и так достаточно, я иногда спрашиваю: а вы когда-нибудь были миноритарным акционером в какой-нибудь публичной компании, акциями владели? Так же, как вы владеете любым имуществом и хотите, чтобы оно приносило доход или как минимум не уменьшалась его стоимость? Если человек отвечает «Нет, я не был», то здесь не о чем разговаривать. Купите несколько акций крупной компании и побудьте несколько лет миноритарным акционером, посмотрите, сколько эти акции приносят дивидендов и как к вам как к миноритарному акционеру относятся.

— Экономика — это хорошо, но в части оспаривания сделок какие-то спорные вещи до сих пор трактуются в пользу миноритариев. Все равно остается вопрос, может ли право на оспаривание быть абсолютным или все-таки оно должно зависеть от возможности миноритария повлиять на заключение сделки.

— Здесь нельзя перегибать палку, конечно. Потому что возникают риски использования миноритариев для реализации не их, а каких-то сторонних интересов. Но ситуации, о которых Вы говорите, это скорее не вопрос о балансе интересов. Это про другое. Такое использование интересов миноритарных акционеров вредит им самим.

⁹ См.: Распоряжение Правительства РФ от 25.06.2016 № 1315-р «Об утверждении плана мероприятий („дорожной карты“) „Совершенствование корпоративного управления“».

— В последнее время многие разговоры о дальнейшем реформировании нашего корпоративного законодательства основаны на том, что у нас отсутствует достаточно гибкое регулирование прав, которые дают акции или доли участия. Согласны ли Вы с тем, что это требует кардинального пересмотра существующего регулирования?

— Я не вижу здесь проблемы вообще. И я не понимаю, откуда эти разговоры о том, что чего-то там нам не хватает. Эта проблема обсуждалась достаточно давно, были предложения сделать более либеральным регулирование в части прав, предоставляемых акциями, но мы в этом плане хорошо продвинулись. У нас уже есть и продолжает углубляться различие публичных/непубличных акционерных обществ. Все изменения последних лет как раз направлены на то, чтобы разнообразие в непубличных обществах можно было, собственно, увеличивать.

Мне кажется, что для обычных граждан должно быть гораздо интереснее состояние наших публичных компаний — с точки зрения возможной диверсификации своих имущественных вложений, что требует определенных стандартов корпоративного управления, соблюдения дивидендной политики и т.д. Все-таки непубличное общество — это больше бизнес-сфера.

Само собой, нужен комплексный подход, потому что сегодня общество публичное, а завтра принимается решение о делистинге. Человек должен иметь возможность оценить риски, чтобы не попасть внезапно из сферы публичного в сферу непубличного. Поэтому я не говорю о том, что мы не должны эту сферу учитывать.

Но проблема делистинга меня намного больше интересует. У нас и так узкий рынок по объему. Инструментов для инвестирования, по сути, не так много. А он еще и сужается...

— В таком случае в чем основные риски с точки зрения прав акционера?

— Здесь затрагиваются не абстрактные права миноритарных акционеров, а конкретные имущественные интересы. У человека были акции в публичной компании, которые котировались на бирже. Общество перестало котироваться на бирже — всё. Что он имеет?

— То есть ему будет сложнее продать свою долю в обществе, потому что рынка нет?

— Это мягко говоря. Как определить цену в таком случае? Вот это проблема большая. Когда акции на бирже, там есть свои вопросы по определению цены, но я понимаю, сколько акция стоит в каждый конкретный момент времени. Есть более или менее справедливая оценка рынка.

— Но в случае делистинга, утраты обществом статуса публичного миноритарии имеют возможность получить какую-то компенсацию? Закон содержит какую-то процедуру для этого?

— Да, закон это предусматривает. В случае прекращения публичного статуса общества, принятия решения об обращении с заявлением о делистинге акций есть право

на выкуп. Но меня не возмещение здесь интересует, а немного другое. В реальности миноритарный участник все равно в такой ситуации несет потери.

— Но если ему важно оставаться акционером, то он же им и останется, не так ли?

— Останется. Вот только акционером какой компании? Это серьезная проблема. В части понимания трудностей баланса интересов миноритариев и мажоритариев мы, конечно, очень сильно продвинулись в последние годы. В начале 2000-х гг., наверное, мы смотрели на вещи очень просто: имеет ли право миноритарий запросить информацию и если да, то какую? Ответ очень сильно зависел от того, на какой стороне баррикад вы были. Потом главным стал вопрос, что и когда миноритарий может оспаривать. И здесь ответ тоже очень сильно зависел от того, кто на него отвечает. Но это все был такой переходный период. Сейчас все-таки мне кажется, что многие его проблемы пройдены. Вопросы баланса «миноров» и «мажоров», которыми мы сегодня интересуемся, уже не такие примитивные; и правовые решения требуются более сложные, ювелирные — своего рода стратегия не прямых действий. Здесь надо не только обсуждать то, кто и что может оспорить и т.д., но и думать о развитии рынка, о стимулирующих нормах, о наиболее полной реализации экономических интересов наших граждан при условии безопасности государства. Это особенно важно во времена непростой экономической ситуации, негативного внешнего воздействия (санкции). И это касается не только законодательных решений, но и сферы правоприменения.