

## Информационное письмо

**«ПОДНЯТИЕ КОРПОРАТИВНОЙ ЗАВЕСЫ» – возможные риски для собственников бизнеса**

17 июля 2012 года

*Недавно Президиум ВАС в решении по делу А40-21127/2011 предпринял попытку определить, может ли быть основанием для рассмотрения дела в российской юрисдикции тот факт, что ответчик – зарубежная компания – имеет в России свои представительства, но неофициальные. Этот судебный акт может затронуть интересы собственников бизнеса.*

Исходя из указанного решения суда, а также имеющихся тенденций как в законотворчестве, так и в правоприменительной практике, уже в ближайшем будущем при рассмотрении споров, в первую очередь с иностранным элементом, можно ожидать исследования судами следующих вопросов:

- возможности привлечения к ответственности по долгам хозяйственного общества его собственников (материнскую компанию, реальных бенефициаров) либо иных аффилированных с ним лиц;
- ограниченность ответственности хозяйственного общества, его самостоятельности как отдельной экономической единицы в рамках холдинга;
- понимание понятия представительства не как юридически определенного термина, а дефиниции, устанавливаемой в каждом отдельном случае исходя из общих принципов и сути правоотношений между подразделениями холдинга, между его зарубежными и отечественными блоками.

*Кратко суть дела такова: ООО «Олимпия» обратилось в Арбитражный суд г. Москвы (АСГМ) с требованием взыскать с латвийских Parex Bank солидарно с Citadele Bank сумму депозита и процентов по нему. АСГМ и 9-ый Арбитражный апелляционный суд отказались слушать дело, не найдя оснований для рассмотрения: и Parex, и Citadele зарегистрированы в Латвии и не открывали официальных представительств и филиалов в России, что, по мнению судов, исключает возможность их пребывания в российской юрисдикции. Однако ФАС Московского округа постановил направить дело на рассмотрение по существу в суде первой инстанции, указав при этом на то, что у ответчиков есть имущество на территории РФ. Судебная коллегия ВАС в определении о передаче дела в Президиум ВАС указала на две возможные позиции.*

*Первая: по смыслу заключенного между Россией и Латвией договора о правовой помощи нахождение на территории государства органа управления, представительства или филиала юридического лица является единственным основанием подсудности при рассмотрении споров с участием иностранных лиц.*

*Вторая – противоположная: в судебном определении судебная коллегия ВАС обращает внимание на то, что фактически ответчики вели на территории России банковскую деятельность через представительство со схожим наименованием, функционирующим от их имени. То есть «предпринимательскую деятельность на территории РФ осуществляют именно ответчики, используя аффилированных лиц». И если считать существование этой комбинации доказанным, то, по логике судебной коллегии ВАС, это может служить основанием для признания за арбитражными судами РФ компетенции в подобных делах.*

В решении Президиума ВАС возобладала в конечном итоге вторая позиция. Вместе с тем, коль скоро вопрос стал предметом исследования высшей судебной инстанции, а также учитывая тенденции изменения российского законодательства, ситуация представляется не столь однозначной. Вопрос, по сути, коснулся такой относительно непривычной для российского законодательства и правоприменения доктрины как «lifting the corporate veil!» («piercing the corporate veil»), что можно перевести как «поднятие корпоративной завесы» или «снятие корпоративной вуали», которая давно разработана и применяется в зарубежной юридической практике (далее – Доктрина).

В основе Доктрины заложена идея о возможности нарушения принципа ограниченной ответственности юридического лица и возложения ответственности за самостоятельное юридическое лицо на третьих лиц, с которым у данного юридического лица имеются какие-либо юридически значимые связи: материнскую компанию, фактических собственников (бенефициаров) либо иные структуры в рамках холдинговых образований. Наиболее часто эти термины применяются, например, тогда, когда суд при решении вопроса об ответственности игнорирует обособленный характер юридических лиц, входящих в холдинг или корпорацию, исходя из принципа «единой экономической единицы», и возлагает ответственность самостоятельного юридического лица на другие юридические лица, входящие в холдинг или корпорацию.

Следует отметить, что речь идет именно о правовой доктрине – системе идей и аргументов, а не императивных норм законодательства. Доктрина пришла из английского права и нашла широкое применение в судах стран, использующих английское право в качестве базового. В последние годы Доктрина все более широкое применяется в ЕС, особенно в борьбе с укрытием от налогообложения посредством оффшорных, трастовых и иных структур, направленных на сокрытие реальных бенефициаров – фактических получателей прибыли, когда суд рассматривает заключенные компанией сделки так, как если бы они были заключены действительными собственниками бизнеса.

В России правовая Доктрина в качестве источника российского права официально не признается. Вместе с тем роль правовой Доктрины проявляется в создании конструкций, понятий, определений, которыми пользуются как законодатели, так и судебные органы. В настоящее время суды не могут опереться на положения нормативных актов. Более того, второй подход судебной коллегии, который, по сути, и явился бы использованием принципа «поднятия корпоративной завесы», противоречил бы сложившемуся в российской практике и опирающемуся на положения правовых актов пониманию невозможности выхода за пределы ограниченной ответственности хозяйственных обществ.

Тем не менее, по нашему мнению, есть все основания полагать, что существует устойчивая тенденция к изменению законодательства на принципах включения идей Доктрины в законодательные акты. В частности, рассматривается возможность привлечения в судебном порядке бенефициаров бизнеса к гражданско-правовой ответственности за нарушения, неисполнение обязательств, допущенные фактически подконтрольными им юридическими лицами вне зависимости от способов и порядка контроля, выстраивания тех или иных маскирующих структур, предназначенных для минимизации рисков предъявления требований со стороны третьих лиц, государственных органов.

Так, рассматриваемые в настоящее время поправки в ГК РФ в случае их принятия будут предусматривать:

- установление конкретных признаков аффилированности и наличия контроля, а также понятия контролирующего и подконтрольного лиц;
- установление возможности для суда, даже при отсутствии формальных оснований, проанализировав все обстоятельства дела, констатировать фактическую аффилированность;

- усиление ответственности контролирующих лиц. В определенных случаях они будут нести солидарную ответственность с подконтрольными лицами, а также отвечать за убытки, причиненные последними и их участниками;
- ответственность менеджмента за убытки, причиненные обществу виновными неразумными или недобросовестными действиями. Ответственность будут нести и те, кто фактически определяет действия юридического лица, не имея формальных оснований для контроля.

Кроме того, подготовленные ФНС поправки в НК РФ предполагают следующее:

- практически любые выплаты в адрес компании, зарегистрированной в юрисдикции из списка оффшоров Минфина, нельзя будет списывать на расходы и, соответственно, снижать базу по российскому налогу на прибыль;
- российская компания сможет избежать этого запрета, если предоставит несколько документально подтвержденных доказательств: во-первых, она не является конечным бенефициаром (т. е. не контролирует оффшорного получателя платежа), во-вторых, слишком не экономит на налогах (налог, уплаченный в оффшоре, должен быть не более чем вдвое ниже аналогичного российского – либо нужно доплатить соответствующую сумму в бюджет России);
- если компания признает, что является бенефициаром оффшора, то с выплат ему должна заплатить 9%. Если же отрицает связь, а налоговики докажут ее – 20%.

Таким образом, по мнению ФНС, это стимулирует бизнес самостоятельно раскрывать информацию о конечных бенефициарах: в случае обмана или отказа от сотрудничества придется заплатить максимальную ставку. Вопрос же доказательства аффилированности российской компании с зарубежным оффшором, тем или иным бенефициаром - физическим лицом, фактически означает «снятие корпоративной завесы» с отношений между субъектами, отрицающими наличие между ними юридически значимых связей.

В судебной практике, как мы видим, применение Доктрины опережает законотворчество – возможность «поднятия корпоративной завесы» уже является предметом рассмотрения судебных органов, в том числе высших. Лишь сложившиеся принципы толкования законодательства и понимания его терминов и категорий в данной области пока сдерживают эти тенденции. Однако не стоит ожидать, что и в дальнейшем ситуация будет оставаться таковой, сама возможность их принятия уже формирует соответствующее отношение к Доктрине в правоприменительной и судебной практике.

По нашему мнению, собственникам бизнеса уже сейчас следует учитывать риски, связанные с «поднятием корпоративной завесы», и выработать адекватные механизмы их устранения, снижения при планировании сделок, построении холдинговых структур. Кроме того, сохраняет актуальность экспертиза рисков, связанных с возможностью применения Доктрины в отношении зарубежных частей холдингов в юрисдикциях, где такое применение основано на нормативном регулировании и (или) является распространенным в судебной практике.

С уважением,  
Аудиторско-консалтинговая компания BEFL

**Роман Симонов**

*Заместитель директора по корпоративным процедурам*

[simonov@befl.ru](mailto:simonov@befl.ru)

\*Информационное письмо компании BEFL не должно рассматриваться как правовое заключение или консультация, поскольку является кратким обзором изменений в законодательстве и правоприменительной практике.