

УДК 347.72

Использование конструкции хозяйственного общества в противоречии с ее назначением: вопросы правовой квалификации



Михалев К.А.

Аспирант кафедры гражданского права
Уральского государственного юридического университета

В статье указывается на необходимость использования контролирующими лицами юридической конструкции хозяйственного общества в соответствии с ее назначением. Аргументируется, что иное поведение, даже прямо не названное в законе как неправомерное, будет означать нарушение общеправового принципа добросовестности. В связи с этим автор соотносит различные модусы добросовестного поведения.

Ключевые слова: юридическая конструкция, хозяйственное общество, добросовестность, злоупотребление правом, снятие корпоративной вуали, контролирующее лицо.

Хозяйственное общество представляет собой юридическую конструкцию, созданную для выполнения определенных функций (так называемый признак «инструментальности» юридической конструкции). Ценность юридической конструкции проявляется в ее назначении, поскольку именно им предопределено само ее появление. Назначение конструкции хозяйственных обществ как особого способа ведения хозяйственной деятельности видится, в общих чертах, в перенесении предпринимательского риска на кредиторов общества [1, с. 1317; 2, с. 146]. Если относиться к хозяйственным обществам как к инструменту решения конкретных задач, то следует признать, что данная конструкция не должна использоваться иным образом. Система права не может допускать, чтобы ее элементы использовались не в соответствии с назначением [3, с. 5]. В доктрине немало внимания уделяется конкретным проявлениям неправомерного использования корпоративной формы (в частности, в рамках обсуждения концепции «проникновения за корпоративный занавес»). Вместе с тем все многочисленные ситуации, в которых конструкция корпораций используется не по назначению, можно подвести под некий единый знаменатель, дав им обобщающую правовую квалификацию.

Квалификация действий по неправомерному использованию фигуры корпорации обсуждается в зарубежном праве в контексте вопроса о том, в каких случаях можно отступить от базовых характеристик

общества (самостоятельная правосубъектность; ограниченная ответственность участников) и наложить ответственность на бенефициарных владельцев. К числу наиболее известных можно отнести следующие концепции [4, с. 186-191; 5, с. 55-61; 6, с. 31-73; 7, с. 198-199]:

1) Теория злоупотребления, согласно которой корпорация как таковая заслуживает признания лишь тогда, когда используется для той законной цели, для которой создана. В частном праве институт корпорации создан для добросовестного участия в обороте, поэтому при установлении злоупотребления (уход от выполнения договорных обязательств; наносящие ущерб третьим лицам мошеннические действия; обход закона и т.д.) принцип сепарации теряет свою обоснованность.

2) Теория направленного применения норм, которая обосновывает возможность игнорирования юридической личности корпорации тем, что к этому ведет применение конкретной нормы в том или ином случае. В отличие от первой теории, идея исходит не из одного заранее определенного критерия для признания юридического лица самостоятельным образованием, а опирается на многообразие правовых норм, имеющих значение для корпорации. По мнению авторов концепции, юридическое лицо представляет собой не более чем фикцию, поэтому применение или игнорирование принципа сепарации определяется целями применения той или

иной нормы права. В этом плане проблема «проникающей ответственности» становится общей проблемой правоприменения, а не специфическим институтом корпоративного права.

Некоторое сходство теория имеет с предложенным в американском праве взглядом на корпорацию как на своеобразный метод, что позволяет признавать корпорацию самостоятельным и отдельным от участников юридическим лицом для определенных целей и не признавать для других [8, с. 38-39].

3) Теория разграничения участников и корпорации, которая критикует саму идею отказа или отступления от признаков самостоятельной правосубъектности общества и ограниченной ответственности, поскольку это ведет к отождествлению юридического лица и участников. По мнению сторонников этой теории, юридическое лицо не просто механически отделено от участников «корпоративным занавесом», а находится с ними в определенных правоотношениях. Участники скорее связаны с корпорацией, нежели отделены от нее. В таком понимании правовым основанием привлечения к ответственности являются нарушения, допущенные в рамках указанных правоотношений. Немецкий правовед Ян Вильгельм предлагает вместо лишения привилегии ограниченной ответственности ввести ответственность участников за нарушение обязанности добросовестного управления имуществом по аналогии с нормами об ответственности управляющих общества [5, с. 58-59].

В американском праве применяется и иное обоснование существования правоотношений, возникающих между обществом и участниками. При высоком уровне контроля со стороны контролирующего лица констатируется (с немалой долей условности) наличие отношений «агент – принципал». Например, в часто цитируемом деле *Berkey v. Third Ave. Ry.* американский суд констатировал, что доминирование материнской корпорации над дочерней может происходить на двух уровнях в зависимости от интенсивности контроля: 1) более низкий уровень, при котором суду следует применять систему тестов, позволяющих привлечь контролирующее лицо к ответственности; 2) более высокий уровень, при котором материнская компания фактически использует дочернюю лишь в качестве агента (посредника) [8, с. 24]. Применение правил о посреднических договорах позволяет решить проблему ответственности «принципала» на основании общих норм договорного права. Сфера применения такого подхода существенно ограничена необходимостью одновременного наличия следующих факторов: (а) взаимное согласие создать отношения принципала и агента; (б) высокий уровень контроля со стороны принципала; (в) совершение агентом действий от имени принципала [9, с. 73]. Поскольку явно выраженное согласие материнской компании на то, чтобы до-

черняя структура выступала лишь посредником, как правило, не бывает, использование идеи агентских отношений применительно к «снятию корпоративной вуали» обычно сводится к метафорическим рассуждениям о «квазипредставительстве», а не к реальному применению норм договорного права [10, с. 1332; 11, с. 66].

Другое направление теоретических исследований концентрируется не на том, почему надо возлагать ответственность на одно лицо по долгам другого, а стремится обосновать выбор надлежащего способа защиты. Различные варианты использования конструкции корпорации в противоречии с назначением объясняются по-разному, например:

– в случае совершения действий в ущерб интересам организации и кредиторов – через правила о деликте [12, с. 34-45];

– в случае обмана материнской компанией кредитора дочерней компании относительно объема финансирования в пользу дочерней структуры – через нормы о преддоговорной ответственности (*culpa in contrahendo*) [5, с. 83-88];

– в случае недобросовестного вывода активов обществом, находящимся в предбанкротном состоянии, – через доступный кредиторам Паулианов иск (*actio Pauliana*), направленный на оспаривание сделок и возврат имущества в имущественную массу должника [11, с. 159-160, 173-175];

– и т.д.

Полагаем, что рассматриваемая проблема лежит в плоскости общеправовых принципов и идей, поскольку связана с абстрактным вопросом о том, как вообще должна использоваться любая юридическая конструкция. Использование правовой конструкции прямо не запрещенным способом, но в противоречии с ее назначением неизбежно приводит любую правовую систему к конфликтам позитивного права и справедливости. Как пишет А.М. Ширвиндт, «строгость позитивного права выявляется, сглаживается и преодолевается правовыми средствами на основе правового принципа. Юридическая оппозиция "строгое право – справедливость" демонстрирует автономию и жизнеспособность права, находящегося внутри механизмы самоконтроля» [13, с. 211].

Одним из средств достижения баланса между строгой буквой закона и справедливостью является принцип добросовестности, нашедший отражение в основных началах российского гражданского законодательства. Согласно п.п. 3 и 4 ст. 1 ГК РФ, при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно. Никто не вправе извлекать преимущество из своего недобросовестного поведения.

В теории принято разграничивать два вида добросовестности – субъективную и объективную [14,

с. 376; 15, с. 124-125, 131; 16, с. 107-115]. Субъективная добросовестность характеризует осознание субъектом тех или иных юридически значимых обстоятельств (например, в контексте ст. 302 ГК РФ добросовестным считается владлец, который не знал и не мог знать о приобретении вещи от неуправомоченного отчуждателя). Объективная добросовестность представляет собой общее требование честного поведения. В зарубежной цивилистике добросовестное поведение как объективная категория понимается в виде стандарта честного поведения, заключающегося в надлежащем исполнении своих обязанностей и заботе о контрагенте [17, с. 37-38].

Можно утверждать, что в п.п. 3 и 4 ст. 1 ГК РФ речь идет о добросовестности в объективном смысле. Указанными нормами установлен «глобальный» ограничитель поведения каждого субъекта на любой стадии развития правоотношений. При этом закон отграничивает добросовестность от разумности (в частности, в ст.ст. 53 и 53.1 ГК РФ).

В советское время в теории гражданского права обсуждалась правовая природа так называемых «обязанностей-принципов», например, закрепленных в ст. 5 ГК РСФСР 1964 г. требований при осуществлении прав и обязанностей «соблюдать законы, уважать правила социалистического общежития и моральные принципы общества, строящего коммунизм». В частности, С.Ф. Кечекьян указывал, что «существуют обязанности, устанавливаемые ради правопорядка в целом или ради обеспечения законных интересов какой-либо группы субъектов права» [18, с. 63-64]. По мнению В.П. Грибанова, В.С. Ема, такие предписания можно рассматривать в качестве полноценных юридических обязанностей, которые обладают всеобщим характером и имеют конкретные формы выражения. Несоблюдение обязанностей-принципов само по себе уже является правонарушением [19, с. 20-23; 20, с. 25-28]. Несколько иначе рассуждал А.В. Мицкевич, деливший обязанности на «общие» (являющиеся элементами правоспособности) и «конкретные» (как элементы индивидуализированных правоотношений) [21, с. 34]. Вопросы о существовании правоотношений с неопределенным кругом субъектов на одной из сторон, а также прав и обязанностей вне правоотношений стали предметом серьезных дискуссий в советском праве, однако окончательной точки в этом споре поставлено не было [22, с. 291, 569; 23, с. 32-46; 24, с. 209-230]. Ответы на эти вопросы требуют самостоятельного развернутого исследования.

В рамках заявленной темы можно отметить, что «обязанность-принцип» действовать добросовестно вряд ли может считаться явлением одного порядка с обязанностями, противостоящими субъективным правам. Соблюдение или нарушение требования добросовестности можно констатировать только проанализировав правоотношение, возникшее на осно-

вании действий контролирующего лица. Требование проявлять добросовестность является принципом осуществления любых гражданских прав и обязанностей, задает границы допустимого поведения и по своей значимости ничуть не уступает требованию соблюдать законы.

Принцип добросовестности, в наиболее общем виде описываемый формулой «веди себя честно по отношению к другим», имеет множество модусов. В частности, не будет преувеличением сказать, что во взаимоотношениях, связанных с участием в них фигуры хозяйственных обществ, проявлением стандарта добросовестности является использование конструкции общества в соответствии с ее назначением.

Многочисленность частных модусов генерального требования добросовестного поведения влечет их взаимное пересечение. В частности, в некоторых способах использования конструкции корпорации в противоречии с назначением можно усмотреть следующие нарушения добросовестности:

1) Нарушение требования честности перед своим кредитором. В обязательственных отношениях важнейшим является принцип надлежащего исполнения, который трудно представить в отрыве от добросовестности по отношению к кредитору. В большинстве гражданских законов зарубежных стран прямо закреплено, что должник обязан осуществлять исполнение добросовестно (например, в § 242 Германского гражданского уложения, § 1134 Гражданского кодекса Франции, § 1375 ГК Италии и т.д.) [25, с. 33-36]. Весьма характерно рассуждение Апелляционного суда Нью-Йорка в решении по конкретному делу: «В любом контракте существует подразумеваемое условие о том, что ни одна из сторон не должна допускать такого поведения, которое нарушит право контрагента получить причитающееся по контракту. Это означает, что в любом контракте имеет силу подразумеваемое условие доброй совести и честного ведения дела» [26, с. 24]. По этой причине не может быть признано добросовестным поведение лица, уклоняющегося от личной ответственности с помощью подконтрольной фигуры корпорации.

2) Нарушение требования честности по отношению к кредитору иного лица. Несмотря на то, что обязательство носит личный характер и по общему правилу не может быть нарушено другим лицом, необходимо учитывать, что воля хозяйственных обществ формируется извне его контролирующими лицами. В некоторых странах (например, в Голландии) установлено, что принцип заботливости существует не только между должником и своим кредитором, но и между контролирующим корпорацию лицом и кредиторами этой корпорации (*voorzichtigheidsplicht*) [9, с. 75; 11, с. 26-27].

3) Нарушение требования лояльности по отношению к подконтрольному юридическому лицу. Такая обязанность, прежде всего, возлагается на

руководящий менеджмент, что является отражением существующего в зарубежном праве подхода, согласно которому должность исполнительного органа соответствует позиции фидуциария, то есть, лица, которому вверено управление имуществом в интересах другого лица [27, с. 10-11]. Фидуциариями являются не только директора в обществе, но и другие лица, действующие в рамках представленных им полномочий по своему усмотрению в интересах представляемого лица, имеющие власть в отношении имущества или над процессом принятия решений – поверенный в отношении доверителя, агент в отношении принципала, опекун для недееспособного лица, учредитель в отношении компании, подлежащей регистрации и т.д. Такие лица могут использовать свое положение противоправным образом, чем обусловлено признание их субъектами обязанности перед теми, кого они представляют [28, с. 23-25; 29, с. 380]. В связи с этим директор как фидуциарий несет особые обязанности по отношению к обществу (*fiduciary duties*).

Кроме того, в корпоративном праве ряда стран, в частности, США, Великобритании, Германии, допускается принципиальная возможность распространения подобных обязанностей на участников корпораций [5, с. 70-71, 75; 30, с. 86-91; 29, с. 381-387].

Что касается российского законодательства, то новая редакция главы 4 ГК РФ «Юридические лица» предусматривает, что лицо, имеющее фактическую возможность определять действия юридического лица (в том числе, «теневой директор»), обязано действовать в интересах юридического лица разумно и добросовестно и несет ответственность за убытки, причиненные по его вине юридическому лицу (п. 3 ст. 53.1 ГК РФ). В норме об обязанностях участников корпорации прямо закреплена обязанность не совершать действия, заведомо направленные на причинение вреда корпорации, а также действия (бездействия), существенно затрудняющие или делающие невозможным достижение целей, ради которых создана корпорация (п. 4 ст. 65.2 ГК РФ).

Представляется, что признание обязанности действовать в интересах общества направлено, в том числе, против использования конструкции корпорации в противоречии с ее назначением. Вместе с тем нарушение обязанности действовать в интересах общества возможно и при надлежащем использовании конструкции хозяйственного общества (например, если директор перед совершением сделки не предпринял разумных мер, направленных на получение достаточной информации, в результате чего обществу причинены убытки (абз. 2 п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 г. № 62).

Требование объективной добросовестности, с точки зрения регулятивной функции права, действует в двух вариантах.

Во-первых, оно задает рамки допустимого поведения в любых правоотношениях, что дает воз-

можность правоприменителю напрямую использовать п.п. 3 и 4 ст. 1 ГК РФ при разрешении споров при отсутствии специальной нормы, связанной с требованием добросовестности (поскольку недобросовестность сама по себе является нарушением закона). Установив несоблюдение объективной добросовестности, правоприменитель может:

– при наличии признаков злоупотребления правом – использовать заложенные в ст. 10 ГК РФ санкции (отказ в защите права; взыскание убытков; иные меры, предусмотренные законом; а также созданную российскими судами санкцию в виде признания сделки ничтожной на основании ст.ст. 10 и 168 ГК РФ);

– при попытке одного субъекта извлечь преимущества перед другими – не допустить этого, лишив недобросовестного субъекта возможности получить преимущество;

– в иных случаях – применить нормы права, в которых так или иначе учтена недобросовестность (например, признать сделку недействительной на основании ст. 179 ГК РФ при наличии обмана).

Во-вторых, некоторые конструкции специально сформулированы законодателем как частные случаи общего требования добросовестности. Наиболее показательный пример – упомянутые выше обязанности контролирующих лиц действовать не только разумно, но и добросовестно в интересах общества (п. 3 ст. 53 ГК РФ). Последствием несоблюдения обязанности является ответственность контролирующих лиц перед обществом.

Необходимость использования конструкции хозяйственного общества в соответствии с ее назначением является одним из модусов общеправового требования добросовестности, сформулированного в п. 3 и п. 4 ст. 1 ГК РФ. Нарушение требования (то есть, недобросовестность) само по себе означает правонарушение, которое может быть основанием для применения мер защиты или ответственности.

Литература:

1. Cheffins B.R. Company Law: Theory, Structure and Operations. – Oxford, 1997. – 786 p.
2. Singhof B. Equity Holders Liability for Limited Liabilities Companies Unrecoverable Debts – Reflections on Piercing the Corporate Veil Under German Law // Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review. – 1999. – Vol. 22. – Iss. 2. – P. 143-174.
3. Волков А.В. Соотношение принципа добросовестности и принципа недопустимости злоупотребления правом // Юрист. – 2013. – № 8. – С. 3-7.
4. Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. – М.: Статут, 2014. – 456 с.
5. Нанаева Э.А. Гражданско-правовая ответственность основного общества (товарищества) по

- обязательствам дочернего общества в праве России и Германии: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2008. – 258 с.
6. Егоров А.В., Усачева К.А. Доктрина «снятия корпоративного покрова» как инструмент распределения рисков между участниками корпорации и иными субъектами оборота // Вестник гражданского права. – 2014. – № 1. – С. 31-73.
 7. Altung C. Piercing the Corporate Veil in American and German Law – Liability of Individuals and Entities: A Comparative View // Tulsa J. Comp. & Int'l L. – 1995. – Vol. 2:187. – P. 187-251.
 8. Федчук В.Д. De facto зависимость de jure независимых юридических лиц: проникновение за корпоративный занавес в праве ведущих зарубежных стран. – М.: Волтерс Клувер, 2008. – 364 с.
 9. Быканов Д.Д. Снятие корпоративной вуали по праву США, Нидерландов и России // Закон. – 2014. – № 7. – С. 71-80.
 10. Millon D. K. Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility, and the Limits of Limited Liability // Emory Law Journal. – 2007. – Vol. 56. – P. 1305-1382.
 11. Vandekerckhove K. Piercing the Corporate Veil: A Transnational Approach. – Netherlands, 2007. – 647 p.
 12. Егоров А.В., Усачева К.А. Субсидиарная ответственность за доведение до банкротства – неудачный эквивалент западной доктрины снятия корпоративного покрова // Вестник ВАС РФ. – 2013. – № 12. – С. 6-61.
 13. Ширвиндт А.М. Принцип добросовестности в ГК РФ и сравнительное правоведение // Aequum ius. От друзей и коллег к 50-летию профессора Д.В. Дождева / Отв. ред. А.М. Ширвиндт. – М.: Статус, 2014. – 245 с.
 14. Агарков М.М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве // Избранные труды по гражданскому праву: в 2 т. Т. 2. – М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. – 452 с.
 15. Новицкий И.Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права. – 2006. – № 1. – С. 124-181.
 16. Якубчик М.М. Комплексное понятие добросовестности: соотношение с доктриной злоупотребления правом // Журнал российского права. – 2012. – № 10. – С. 107-115.
 17. Яценко Т.С. Понятие добросовестного поведения в зарубежном гражданском праве // Нотариус. – 2013. – № 8. – С. 36-38.
 18. Кечекьян С.Ф. Правоотношение в социалистическом обществе. – М.: Изд. АН СССР, 1958. – 185 с.
 19. Грибанов В.П. Ответственность за нарушение гражданских прав и обязанностей. – М.: Знание, 1973. – 96 с.
 20. Ем В.С. Обязанности-принципы и формы их проявления в гражданском праве // Проблемы развития частного права: Сборник статей к юбилею Владимира Саурсеевича Ема / Отв. ред. Е.А. Суханов, Н.В. Козлова. – М.: Статут, 2011. – 559 с.
 21. Мицкевич А.В. Некоторые вопросы учения о субъективных правах // Правоведение. – 1958. – № 1. – С. 28-36.
 22. Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву. – М.: Статут, 2000. – 781 с.
 23. Генкин Д.М. Право собственности в СССР. – М.: Госюриздат, 1961. – 223 с.
 24. Флейшиц Е.А. Соотношение правоспособности и субъективных прав // Вестник гражданского права. – 2009. – № 2. – С. 209-230.
 25. Вердиян Г.В. Концепция доброй совести и институт злоупотребления правом в зарубежном законодательстве // Евразийский юридический журнал. – 2012. – № 3. – С. 33-36.
 26. O'Donovan J. Lender Liability: English Edition. – London, 2005. – 675 p.
 27. Будылин С.Л. Разум и добрая совесть: обязанности директора в США, Великобритании, России // Вестник ВАС РФ. – 2013. – № 2. – С. 10-40.
 28. Агламазова В.В. Концепция фидуциарных правоотношений и возможность ее применения в корпоративном праве России // Предпринимательское право. Приложение «Бизнес и право в России и за рубежом». – 2012. – № 1. – С. 23-29.
 29. Cohen Z. Fiduciary Duties of Controlling Shareholders: A Comparative View // The University of Pennsylvania Journal of International Law. – 1991. – Vol. 12:3. – P. 379-410.
 30. Эбралидзе Л.Д. Аффилированные лица как правовой институт и правовое средство разрешения конфликта интересов в сфере предпринимательской деятельности: дис. ... канд. юрид. наук. – Казань, 2014. – 212 с.

Construction of Business Entity in Contradiction with Its Assignment: Legal Classification

K.A. Mikhalev
Urals State Law Academy

The paper justifies the necessity of application of legal construction of business entity in accordance with its assignment by controlling bodies. It is argued that different behavior, even the one not stated as illegal by law, would mean the breakage of legal requirement of good faith. In this regard the author correlates different modes of good faith.

Key words: legal construction, business entity, good faith, abuse of right, piercing corporate veil, controlling body.

УДК 347.669

Доверительное управление как правовой институт для осуществления инвестиционных операций

**Мороз М.И.**

Аспирант кафедры гражданского права и процесса Балтийского федерального университета им. И. Канта

В статье обосновывается актуальность изменения правовой основы для срочных операций при осуществлении инвестиционной деятельности доверительных управляющих. Исследуется влияние обременительных законов США за контролем инвестиционных операций для резидентов и нерезидентов, использующих для инвестиционных операций трастовую правовую конструкцию доверительного управления. Разрабатывается правовой механизм, дифференцирующий подход Налоговых органов власти и Федеральной Комиссии по финансовым рынкам к инвестиционным операциям доверительных управляющих в рамках правового поля Особой экономической зоны.

Ключевые слова: правовое регулирование хеджирования, спекулятивная прибыль, беспоставочные форварда, должная заботливость, портфолио управления.

В настоящее время в Российской Федерации существует потребность в разработке гибких юридических механизмов, которые позволили бы обеспечить осуществление инвестиционных сделок с иностранными инвестиционными банками, регулируемых ФАТФ¹[1], налоговыми органами, таможенными органами, Росфинмониторингом, Росфиннадзором. Идентификация инвестиционных сделок позволит предприятиям минимизировать риски компании, которые возникают на различных рынках. Хотя в условиях нестабильности валютных и товарных рынков, по мнению финансового директора Louis Dreyfus Vostok И. Гридневой [2], следует использовать финансовые инструменты для возмещения затрат, которые компания понесла от изменившейся конъюнктуры рынка. Но из-за отсутствия правовой базы для осуществления инвестиционных операций при помощи деривативов предприятия стремятся переводить капитал в другие юрисдикции, когда передавая право собственности трасту как доверительному собственнику, учредитель управления получает льготный налоговый режим в качестве правовой нормы для соб-

ственных инвестиционных операций, не включающих спекулятивную прибыль. Инвестиционные доходы могут быть получены в качестве спекулятивной прибыли либо предназначаться для ликвидации рисков компании с помощью хеджирования. По мнению Д. Тюхтенко, вице-президента по корпоративным финансам группы компаний «Разгуляй», использование финансовых инструментов в российской правовой конструкции нецелесообразно, так как отсутствуют правовые нормы, регулирующие форвардные, опционные, фьючерсные и своп-сделки, поэтому в настоящий момент правовая база для осуществления срочных сделок возможна только с иностранными контрагентами [2].

Инвестиционные операции хеджирования, заключаемые компаниями для нивелирования рисков, связанных с изменением стоимости товаров, торгуемых на биржах, либо колебаниями курсов иностранных валют, не регулируются в настоящий момент российским законодательством. Согласно ГК РФ, поставочный форвард является договором контрактации, как договор купли-продажи, регулируемый п. 5 гл. 30 ГК РФ, поэтому поставочные форварды рассматриваются как операции с поставкой базисного актива либо регулируются п. 7 гл. 30 ГК РФ как договоры купли-продажи (поставки, куп-

¹ Группа разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег (ФАТФ) (англ. *Financial Action Task Force on Money Laundering – FATF*).

ли продажи-недвижимости), или гл. 39 ГК РФ как договоры о возмездном оказании услуг [3]. Расчётный или беспоставочный форвард представляет собой обязательство и право субъекта права на получение разницы в ценах изменения спот-цены и форвардной цены на дату исполнения форварда без поставки базисного актива. Но ГК РФ трактует беспоставочный форвардный контракт как игровую сделку, когда у бенефициара нет права истребовать от ответчика предполагаемую разницу по неттингу в ценах по расчётному форварду в соответствии с решением суда [4] на основании дефиниции ст. 1062 ГК РФ [3]. Согласно международной правовой практике определения дефиниций прибыли или убытка по форвардным сделкам, по своей юридической сущности инвестиционные инструменты хеджирования не могут относиться к спекулятивному интересу на внебиржевом рынке, так как именно за счёт выплаченного убытка или полученной прибыли предприятие нивелирует свои хозяйственные риски.

Отсутствие налогообложения в правовой конструкции оффшорных трастов обеспечивает предприятиям возможность нивелировать валютные или товарные риски в абсолютных пропорциях к физическим контрактам. Как отмечает финансовый директор регионов России и СНГ компании Содружества – Сои А.В. Шендерюк-Жидков, компаниям требуется страхование собственных финансовых рисков путём их передачи третьей стороне – инвестиционным банкам, которые могут находиться в оффшорных юрисдикциях. Доверительный управляющий, обладающий налоговыми льготами и правовой основой для осуществления операций хеджирования, мог бы выступить третьей стороной в правоотношениях, возникающих по отношению хеджирования рисков компаний [5, с. 48].

В настоящий момент в правовом регулировании Соединённых Штатов Америки правоотношения хеджирования попадают под деятельность FATCA [6, с. 49], законопроект которого был принят Конгрессом США 18 марта 2010 г., в соответствии с ним все трастовые фонды, инвестиционные банки и оффшорные компании раскрывают информацию о счетах, с которых осуществляются инвестиционные операции с целью предотвращения незаконного финансирования экстремистских и террористических организаций либо легализации доходов, полученных преступным путём. Таким образом, в случае если траст либо инвестиционный банк, являющийся налогоплательщиком США, не раскроет информацию об определении статуса своих владельцев счетов, либо информацию об этих владельцах, то траст будет обложен налогом (аналогом штрафа) в размере 30 % от общих выплат налогов. Как правило, инвестиционные банки не допускают дополнительного налогообложения, стимулируют владельцев

счетов присоединяться к FATCA либо прекращают отношения доверительного управления и обслуживания инвестиционных предприятий. Возникают множественные споры и разногласия о незаконности иностранных юрисдикций раскрывать информацию о владельцах счетов [7, с. 22] в соответствии с правовой конструкцией других стран либо споры о релевантности межправительственных организаций решать проблемы противодействия незаконных операций на глобальном уровне, а не с помощью «навязывания» правовых механизмов от одной страны.

В Канаде, Дж. Фитц-Моррис [8, с. 22], утверждает, что финансовые институты, использующие услуги американских трастов по управлению имуществом, для выполнения операций хеджирования и других инвестиционных операций вынуждены вступать в FATCA. Таким образом, правовая природа диспозитивного права предприятий, оказывающих услуги хеджа или выступающих продавцом финансовых инструментов для осуществления инвестиционных операций, проявляющаяся в праве выбора при вступлении в FATCA де юре, де факто, сменилась императивным правом предприятий вступать в FATCA и ликвидировать конфиденциальность о бенефициарах в операциях, связанных с наиболее удобной, по мнению налогового управления США (IRS), формой избегания компаниями уплаты налогов. Правовой парадокс формируется из нарушенных FATCA обязательств офшоров о конфиденциальности, трастов о поддержании политики выступления от собственного имени как лица, обладающего титулом собственности, так как бенефициары трастов должны быть зарегистрированы в FATCA. Автор рекомендует установить новые, различные подходы к установлению налоговых режимов для инвестиционных операций, в результате которых предприятие хеджирует «риски изменения базовой цены на товар, валютных колебаний, колебаний стоимости доставки товаров и процентной ставки по кредитам» [2], и инвестиционных операций, в результате которых предприятие получает «спекулятивную прибыль». Прибыль или убыток по поставочным форвардным контрактам, прибыль или убыток по беспоставочным форвардным контрактам, опционным контрактам, фьючерсам, своп-контрактам и другим структурированным финансовым инструментам, включая вариационную маржу.

Со стороны Росфиннадзора, Центрального Банка Российской Федерации операции, которые осуществляет доверительный управляющий согласно Инструкции ЦБ РФ [9], расчёты по договорам доверительного управления регулируются на основании 57 группы валютных операций между резидентами и нерезидентами либо между резидентами Российской Федерации, а также операции по срочным

операциям регулируются 56 группой валютных операций, в которых они идентифицируются по гарантийному обеспечению, маржинальным требованиям или премиям по срочным контрактам. Таким образом, налоговые органы могут идентифицировать операции по срочным контрактам как операции, подлежащие льготному налогообложению при осуществлении хеджирования, и операции особого налогообложения при извлечения спекулятивной прибыли [6], после создания правовых дефиниций различной классификации инвестиционных операций и порядку их налогообложения в НК РФ [10], применяемой для Особых экономических зон. Сложность финансовых инструментов для российских контролирующих органов является причиной их классификации как необычных сделок [11], хотя в международной практике уровень развития финансовой грамотности позволил ФАТФ разработать правовое поле для идентификации срочных сделок с беспоставочными финансовыми инструментами как с инструментами хеджирования для ликвидации финансовых рисков компании и не вносить сделки с данными инструментами как сделки, относящиеся к способам ухода от налогов, финансирования террористической или экстремистской деятельности.

В настоящее время существует Генеральное соглашение о срочных сделках на финансовых рынках с финансовыми институтами или RISDA (Российская Международная ассоциация Свопов и Деривативов), как российский аналог ISDA. Но в Российской Федерации, согласно RISDA, компании всё равно обязаны уплачивать налог с прибыли, и обоснование сделок в рамках RISDA не раскрывает прозрачности цели осуществления срочных сделок для Федеральной службы по финансовым рынкам.

Существование предложенного автором правового акта не создаст деликты физического лица или организации, так как не будут нарушены ратифицированные Российской Федерацией Международные конвенции [12; 13]. По мнению автора, в редакцию норм ГК РФ следует добавить отсутствие права доверительного управляющего оказывать услуги по инвестиционным операциям по срочным сделкам без дополнительной лицензии.

Литература:

1. Федеральный закон от 29.11.2001 г. № 156-ФЗ (ред. от 12.03.2014 г.) «Об инвестиционных фондах». – URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_157068/
2. Гриднева И., Тюхтенко Д. Как составить форвардный контракт. – URL: <http://fd.ru/articles/10504-kak-sostavit-forvardnyy-kontrakt>
3. Гражданский кодекс Российской Федерации (ГК РФ), Ч. 2 от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ (принят ГД ФС РФ 21.10.1994 г.) (действующая редакция от 02.11.2013 г.) Гл. 53 ГК РФ, ст. 1016. Условия договора доверительного управления. – URL: http://www.universalinternetlibrary.ru/book/50589/chitat_knigu.shtml
4. Постановление ВАС РФ от 08.06.1999 г. № 5347/98. – URL: <http://docs.procspsb.ru/content/base/52437>
5. Шендерюк-Жидков А.В. К вопросу о достоверном анализе хеджирования хозяйственного риска // Вестник БФУ им. И. Канта. – 2014. – № 3. – С. 48-53. – URL: http://journals.kantiana.ru/upload/iblock/b94/Shenderyuk-Zhidkov%20A._48-53.pdf
6. Ричард Х.Дж. Во всем мире Налогообложение граждан США, проживающих за рубежом: Влияние FATCA и два предложения // Журнал международного коммерческого права. – 2014. – № 4. – С. 48-53.
7. Явецкий В.Н. Налогообложение, учет и отчетность в коммерческом банке. – 2012. – № 4. – URL: <http://bankir.ru/tehnologii/s/zakon-sshao-nalogooblozhenii-inostrannykh-schetov-fatca-v-rossiiskom-pravovom-pole-10002417/>
8. Джеймс Ф.-М. Канадские банки, которые будут вынуждены делить данные клиентов с США // CBC News. – 2013. – 25 ноября. – URL: <http://www.linuxformat.ru/download/fosrussia/1.2.%20%D0%A4%D0%B8%D0%BD%D0%B0%D0%BD%D1%81%D0%BE%D0%B2%D0%BE-%D1%8D%D0%BA%D0%BE%D0%BD%D0%BE%D0%BC%D0%B8%D1%87%D0%B5%D1%81%D0%BA%D0%BE%D0%B5%20%D0%BE%D0%B1%D0%BE%D1%81%D0%BD%D0%BE%D0%B2%D0%B0%D0%BD%D0%B8%D0%B5%20%D0%BF%D1%80%D0%BE%D0%B5%D0%BA%D1%82%D0%B0.pdf>
9. Инструкция Банка России от 04.06.2012 г. № 138-И (ред. от 14.06.2013 г.) «О порядке представления резидентами и нерезидентами уполномоченным банкам документов и информации, связанных с проведением валютных операций, порядке оформления паспортов сделок, а также порядке учета уполномоченными банками валютных операций и контроля за их проведением» (Зарегистрировано в Минюсте России 03.08.2012 г. № 25103) (с изм. и доп., вступающими в силу с 01.10.2013 г.). – URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_151324/
10. Налоговый кодекс Российской Федерации (НК РФ). Ч. 1 от 31.07.1998 г. № 146-ФЗ (принят ГД ФС РФ 16.07.1998 г.) (действующая редакция от 05.04.2013 г.). – URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_157512/
11. Федеральный закон от 24.07.2002 г. № 111-ФЗ «Об инвестировании средств для финансирования накопительной части трудовой пенсии в РФ». – URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_165340/

12. Международные конвенции о борьбе с финансированием терроризма от 10.01.2000 г. – URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/terfin.shtml
13. Конвенция об отмывании, выявлении, изъятии и конфискации доходов от преступной деятельности от 08.11.1990 г. – URL: <http://conventions.coe.int/Treaty/RUS/Treaties/Html/141.htm>

Confidential Management as a Legal Institute for Conducting of Investment Operations

M.I. Moroz
Immanuel Kant Baltic Federal University

The paper dwells upon topical character of changes in legal basis for fixed-term operations in the process of investment activities of fiduciaries. The author analyzes the effect of the US chargeable laws controlling the investment activities of residents and non-residents who use trust legal constructions of confidential management. As a result the author works out the legal mechanism, differentiating approaches of government tax authorities and Federal Financial Markets Board to investment activities of fiduciaries in the legal framework of special economic zone.

Key words: legal regulation of hedging, speculative profit, non-deliverable forward contracts, due care, portfolio management.

