

Холдинги в России: правовой и налоговый статус

С конца девятнадцатого века, когда в США в массовом порядке начали создаваться холдинговые корпорации, пришедшие на смену устаревшим организационным формам крупных коммерческих предприятий (трестам), холдинг в международном масштабе стал стандартным инструментом для владения и управления крупными и (или) разнородными активами. Обычно под холдингом понимают компанию, основное назначение которой - владеть акциями (долями в капитале) других компаний, а иногда и другими активами (недвижимость и т.п.). Однако холдингом может именоваться и целая совокупность компаний (основная и дочерние). Название происходит от английского глагола *to hold* – держать, владеть. Во многих странах холдинговым компаниям предоставляется специальный налоговый, а иногда и особый корпоративный режим. В России холдинги не менее распространены, чем в других странах, однако законодательство о холдингах находится, можно сказать, в зачаточном состоянии.

В России слово «холдинг» не является в полном смысле слова правовым термином. Оно, правда, встречается в различных правовых актах (в основном относящихся к приватизации), но как-то по мелочи и вразнобой. Единого нормативного акта о холдингах в РФ нет, готовившийся же к принятию законопроект о холдингах был в последний момент снят с рассмотрения. Более или менее урегулированными являются лишь банковские холдинги и группы (Закон «О банках и банковской деятельности»), но мы их здесь касаться не будем. Ввиду этого отношения внутри холдинговой структуры, а также отношения холдинга с внешним миром, регулируются отдельными положениями различных правовых актов общего назначения. Наиболее важные из них мы и рассмотрим далее.

Под **холдингом** мы будем понимать вертикально интегрированное объединение юридических лиц, основанное на экономической субординации. (Вторая половина определения является, по существу, расшифровкой первой: вертикальная интегрированность как раз и означает экономическую субординацию и подчинение.) Отметим, что российская традиция именуется холдингом не головную компанию, а всю совокупность связанных юридических лиц. Предполагается, что природа упомянутой субординации может быть различной (не обязательно владение акциями или долями в капитале), о чем чуть ниже.

Составляющие холдинг юридические лица остаются с правовой точки зрения именно отдельными лицами, каждое со своими органами, активами, пассивами, правами, обязанностями и т.п. Какой-либо особой регистрационной процедуры для холдинга в целом законодательством не предусмотрено. Холдинг следует отличать от других организационно-правовых форм объединений юридических лиц, таких как финансово-промышленная группа, простое товарищество, ассоциация, некоммерческое партнерство и др., определенных теми или иными правовыми актами.¹

Гражданско-правовые аспекты

С точки зрения гражданского права, холдинг – это совокупность основного («материнского») общества и его дочерних обществ, а также их дочерних обществ и так далее. (В качестве составляющих элементов холдинга мы будем рассматривать лишь общества, а не экзотические для России товарищества или иные формы юридических лиц.) Определение основного и дочернего обществ дается в ст. 105 ГК РФ.

Хозяйственное общество признается **дочерним**, если другое (**основное**) хозяйственное общество или товарищество в силу преобладающего участия в его уставном капитале, либо в соответствии с заключенным между ними договором, либо иным образом имеет возможность определять решения, принимаемые таким обществом.

Как видим, ключевым моментом для определения отношения «основное общество – дочернее общество» является возможность определять решения другого лица (то есть именно экономическая субординация). Кодекс предусматривает три возможных основания такой субординации. Во-первых, это преобладающее участие в капитале дочернего общества. Слово «преобладающее» здесь не несет какого-либо количественного смысла: для акционерного общества с распыленным капиталом определять решения может и акционер с 10% акций. Во-вторых, это договорные отношения. Подразумевается так называемый договор подчинения, то есть договор, предполагающий выполнение дочерним обществом указаний основного. Здесь не имеется в виду тот тип договора, который заключается между управляющей организацией и управляемым ею юридическим лицом, а скорее тот, что может быть заключен (хотя и не обязательно заключается), например, между крупным заводом и поставщиком каких-то специфических комплектующих для выпускаемой им продукции: по договору поставщик обязан выполнять требования своего генерального партнера. Наконец, в-третьих, это «иные» основания субординации. Таковыми могут быть формальные или неформальные отношения административного характера. Например, физическое лицо, учредившее несколько юридических лиц, может распределить роли между ними роли руководства и подчинения в соответствии со своими собственными экономическими соображениями, никак не связанными с отношениями владения юридическими лицами акциями (долями) друг друга или заключаемыми ими между собой договорами.

В соответствии с вышесказанным, выделяют три вида холдингов.

1. Имущественный холдинг.
2. Договорный холдинг.
3. Административный холдинг.

Разумеется, в рамках одной холдинговой структуры могут сочетаться элементы нескольких различных видов холдинга. При этом абсолютное первенство по распространенности занимает имущественный холдинг, причины чего мы увидим далее.

Каковы же гражданско-правовые последствия того факта, что два общества находятся в отношении «основное – дочернее»? Как уже упоминалось, такие общества рассматриваются как вполне самостоятельные юридические лица; однако в некоторых случаях закон предусматривает их имущественную ответственность по долгам друг друга. Во-первых, если основное общество имеет право давать дочернему обязательные для него указания, то оно отвечает солидарно с дочерним обществом по сделкам, заключенным последним во исполнение таких указаний. (Термин «солидарно» значит, что иск можно предъявить любому из них или обоим сразу.) Таким образом, для применения этого положения необходимо, чтобы имело место не просто отношение «основное – дочернее», а еще и было «право давать обязательные указания». Это значит, что между организациями должен быть заключен договор подчинения либо отношения подчинения должны быть зафиксированы в учредительных документах (хотя суды бывают склонны трактовать эту норму расширительно, не требуя формального договора). Во-вторых, если дочернее общество обанкротилось по вине основного, последнее несет субсидиарную ответственность по его долгам. (Термин

«субсидиарная ответственность» означает, что если у дочернего общества не хватает средств, возмещения можно потребовать у основного.) Для применения этого положения необходимо доказать вину основного общества (умысел или неосторожность). Наконец, в-третьих, участники дочернего общества вправе требовать возмещения основным обществом убытков, причиненных по его вине дочернему обществу (если иное не установлено законом). Как видим, и в этом случае необходимо доказать вину основного общества в причинении убытков.

Кроме того, одно из гражданско-правовых последствий рассматриваемого отношения устанавливается не Гражданским, а Налоговым кодексом (п. 16 ст. 31 НК РФ): при определенных условиях налоговым органам дано право предъявлять иски о взыскании налоговой задолженности (а также пени и штрафа) с основного общества за дочернее или наоборот, а также с преобладающего за зависимое (см. ниже) или наоборот. Эти условия таковы: за одной из организаций более трех месяцев числится налоговая задолженность, а выручка от реализуемых ею товаров (работ, услуг) поступает на счета второй организации. По-видимому, эта норма относится и к случаю, когда выручка поступает на эти счета, например, по каким-либо взаиморасчетам. Несмотря на некоторую корявость формулировки (почему-то попавшую в статью о правах налоговых органов; к тому же в оригинале она абсолютно неудобочитаема), намерения законодателя не оставляют сомнений: одно общество несет ответственность по долгам другого.

Кроме отношения «основное – дочернее», Гражданский кодекс определяет также отношение «преобладающее – зависимое» (ст. 106 ГК РФ). Хозяйственное общество признается **зависимым**, если другое (**преобладающее, участвующее**) общество имеет более 20% голосующих акций акционерного общества или 20% уставного капитала общества с ограниченной ответственностью. Как видим, в данном случае речь идет о строгом количественном критерии; при этом определения дочернего и зависимого общества не коррелируют между собой: зависимое общество может быть, а может и не быть дочерним, и наоборот. Гражданско-правовых последствий данного отношения Кодекс, по существу, не предусматривает: далее следуют лишь отсылочные нормы о том, что сведения о факте зависимости «незамедлительно» публикуются в порядке, предусмотренном законом, а пределы взаимного участия обществ в уставных капиталах и соответствующее число голосов на собрании участников тоже определяются законом. Порядок упомянутой публикации действительно устанавливается Законами «Об обществах с ограниченной ответственностью» (п. 4 ст. 6) и «Об акционерных обществах» (тоже п. 4 ст. 6), а также соответствующими подзаконными актами, но вот «пределов участия» закон в настоящее время не предусматривает. Отметим, что двадцатипроцентный порог существенен и для антимонопольного законодательства, но об этом ниже.

Гражданский кодекс содержит одну норму, крайне неприятную для многих холдингов. Как известно, общество вполне может иметь всего лишь одного участника. Однако такое общество с единственным участником не может быть единственным участником другого общества (ст. 88, ст. 98 ГК РФ). Зачастую (если холдинг «многоэтажный») это приводит к необходимости искусственного введения в состав участников общества неких миноритариев, что, как мы увидим далее, может быть чревато разнообразными неприятными последствиями.

Наконец, Гражданский кодекс запрещает дарение в отношениях между коммерческими организациями (п. 4 ст. 575). Казалось бы, это исключает возможность безвозмездного финансирования в рамках холдинга. Однако это не совсем так. Финансирование (передача имущества или денежных средств для выполнения определенных задач) – это не то же самое, что дарение (безвозмездная передача, носящая безусловный характер; гл. 32 ГК РФ). Кроме того, как мы вскоре увидим, На-

логовый кодекс явно допускает возможность безвозмездного финансирования в отношениях юридических лиц.

Налоговые аспекты

Налоговый кодекс почти не пользуется гражданско-правовыми понятиями «дочернего» или «зависимого» общества (с вышеупомянутым исключением). Вместо этого он водит другое близкое понятие – «взаимозависимые лица» (ст. 20).

Взаимозависимыми лицами для целей налогообложения признаются физические лица и (или) организации, отношения между которыми могут оказывать влияние на условия или экономические результаты их деятельности или деятельности представляемых ими лиц.

Кодекс предусматривает следующие основания признания взаимозависимости:

1. одна организация непосредственно и (или) косвенно участвует в другой организации, и суммарная доля такого участия составляет более 20%;
2. одно физическое лицо подчиняется другому физическому лицу по должностному положению;
3. физические лица являются состоят в брачных отношениях, отношениях родства или свойства, усыновителя и усыновленного, попечителя и опекаемого.

Кроме того, лица могут быть признаны взаимозависимыми судом и по другим основаниям (если отношения между ними могут повлиять на результаты сделок).

Таким образом, для юридических лиц основной критерий взаимозависимости – участие в другой организации. При этом, в отличие от рассматривавшихся норм Гражданского кодекса, принимается во внимание не только прямое, но и косвенное участие, то есть через последовательность других организаций. Доля косвенного участия определяется как произведение соответствующих долей прямого участия организаций из этой цепочки одна в другой (например, $20\% \times 20\% = 4\%$).

Каковы налоговые последствия взаимозависимости? Прежде всего, взаимозависимость контрагентов по сделке является одним из оснований, по которым налоговые органы вправе правильность применения цен по этой сделке (ст. 40 НК РФ). Если в результате выяснилось, что цена сделки отклоняется от рыночной цены более чем на 20%, налоговый орган вправе доначислить налог (и пеню), исходя из рыночной цены.

Кроме того, понятие взаимозависимых лиц используется еще в нескольких местах Кодекса (ст. 212 и 221 – применительно к налогу на доходы физических лиц, ст. 308 – налогообложение иностранных строительных организаций), но к холдингам это уже не имеет прямого отношения.

Важнейшим практическим вопросом для холдингов является возможность беспрепятственного осуществления безвозмездного финансирования в рамках холдинга, то есть передачи денежных средств или имущества от одного элемента холдинговой структуры к другому для выполнения тех или иных экономических задач. Мы уже пришли к выводу, что это не противоречит гражданско-правовым нормам. Однако каковы налоговые последствия такой передачи?

НДС при финансовой помощи (а также пополнении фондов и т.п.) не возникает, если только она не является скрытой «добавкой к цене» при реализации товаров (работ, услуг) (пп. 2 п. 1 ст. 162 НК РФ). Однако безвозмездно полученное имущество, включая денежные средства, а также работы и услуги, облагаются, вообще говоря, налогом на прибыль (пп. 8 ст. 250 НК РФ). К счастью для холдингов, законодателем предусмотрено одно важное исключение: если одна организация владеет более чем 50% капитала другой организации, безвозмездная передача имущества или денег между ними (в обе стороны) осуществляется без возникновения налога на прибыль (пп. 11 п. 1 ст. 251 НК РФ); также в безналоговом режиме принимается имущество и от физического лица, владеющего более чем 50% капитала получающей организации. Для применения данной налоговой льготы полученное имущество (кроме денежных средств) не должно передаваться третьим лицам в течение года.

Данное положение дает холдингам ценный механизм финансирования, однако, как видим, средства в рамках холдинга могут беспрепятственно передаваться лишь по цепочкам из организаций, владеющих более 50% капитала одна в другой. Особого термина для данного отношения между организациями Кодекс не предусматривает.

Антимонопольное законодательство

Антимонопольное законодательство, в свою очередь, не пользуется терминологией, существующей в гражданском и налоговом праве, а вводит свою собственную. Закон «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» (еще от 1991 г.) определяет понятия «группа лиц» и «аффилированные лица» (ст. 4 Закона «О конкуренции...»). Определения эти очень длинные и довольно запутанные. Ниже мы приводим **в сокращенном виде** лишь важнейшие положения, относящиеся к юридическим (а не физическим) лицам.

Группа лиц определяется следующими условиями:

1. лицо (или несколько лиц согласованно) имеет право на прямое или косвенное (через третьих лиц) распоряжение более чем 50% голосами, приходящихся на голосующие акции (либо составляющие уставный или складочный капитал вклады, доли) одного юридического лица;
2. лицо (или несколько лиц) получило возможность на основании договора или иным образом определять решения, принимаемые другим лицом (в том числе исполнение полномочий исполнительного органа другого лица);
3. лицо имеет право назначать единоличный исполнительный орган [Генерального директора] и (или) более 50% состава коллегиального исполнительного органа [Правления] юридического лица и (или) по предложению лица избрано более 50% состава Совета директоров юридического лица;
4. юридические лица входят в одну финансово-промышленную группу.

При этом под «косвенным распоряжением» голосами юридического лица понимается возможность фактического распоряжения ими через третьих лиц, по отношению к которым первое лицо обладает аналогичным правом. Таким образом, здесь не идет речи о перемножении долей (как в определении взаимозависимости): если первая компания владеет 51% акций второй, а вторая – 51% акций третьей, то все три входят в одну группу.

Аффилированные лица определяются как физические и юридические лица, способные оказывать влияние на деятельность юридических и (или) физических лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность. К аффилированным лицам юридического лица относятся:

1. член его Совета директоров, член его коллегиального исполнительного органа [Правления], лицо, осуществляющее полномочия его единоличного исполнительного органа [Генеральный директор];
2. лица, принадлежащие вместе с ним к одной группе лиц;
3. лица, которые имеют право распоряжаться более чем 20% общего количества голосов, принадлежащих на голосующие акции (либо составляющие уставный или складочный капитал вклады, доли) данного юридического лица;
4. [в обратную сторону:] юридическое лицо, в котором данное юридическое лицо имеет право распоряжаться более чем 20% общего количества голосов, принадлежащих на голосующие акции (либо составляющие уставный или складочный капитал вклады, доли) данного юридического лица;
5. если юридическое лицо является участником финансово - промышленной группы, к его аффилированным лицам также относятся члены органов [следует список органов] участников финансово - промышленной группы.

Таким образом, «группа лиц» – более узкое понятие, чем «аффилированные лица»: все лица в группе по определению являются аффилированными. Если для аффилированности достаточно иметь более 20% участия, то для образования группы нужно более 50%. Что касается группы лиц, то для целей антимонопольного законодательства она рассматривается, по существу, как единый субъект: в тексте закона формулировки постоянно включают фразу «лицо (группа лиц)».

Важнейшей с точки зрения холдингов частью антимонопольного законодательства является то, что некоторые часто встречающиеся в их практике операции и сделки осуществляются с обязательным уведомлением или с предварительного согласия антимонопольного органа. А именно, к таким сделкам относятся (ст. 18 Закона «О конкуренции...»):

1. приобретение лицом (группой лиц) акций (долей) с правом голоса в уставном капитале хозяйственного общества, при котором такое лицо (группа лиц) получает право распоряжаться более чем **20% указанных акций** (долей);
2. получение в собственность, пользование или владение одним хозяйствующим субъектом (группой лиц) **основных производственных средств или нематериальных активов** другого хозяйствующего субъекта, если балансовая стоимость имущества, составляющего предмет сделки (взаимосвязанных сделок), превышает 10% балансовой стоимости основных производственных средств и нематериальных активов хозяйствующего субъекта, отчуждающего или передающего имущество;
3. приобретение лицом (группой лиц) прав, позволяющих определять условия ведения хозяйствующим субъектом его предпринимательской деятельности либо осуществлять функции его **исполнительного органа**.

Если суммарная балансовая стоимость активов участвующих в операции лиц превышает 100 тыс. МРОТ, требуется уведомление антимонопольного органа; если она превышает 200 тыс. МРОТ, или одно из лиц внесено в реестр монополистов, требуется предварительное согласие антимонопольного органа.

Кроме того, уведомление или с согласие антимонопольного органа может требоваться для **слияния и присоединения** коммерческих организаций (суммарная балансовая стоимость активов свыше 100 тыс. МРОТ – уведомление, свыше 200 тыс. МРОТ – предварительное согласие). Наконец, создание коммерческих организаций также производится с уведомлением антимонопольного органа, если суммарная стоимость активов учредителей превышает 200 тыс. МРОТ (п. 1, п. 5 ст. 17 Закона «О конкуренции...»).

(В августе 2004 г. правительство внесло в Государственную думу законопроект, значительно повышающий пороговые значения упомянутых величин: с 200 тыс. до 30 млн. МРОТ).

Корпоративное законодательство

Понятие аффилированности, введенное антимонопольным законом, довольно широко используется также в законах «Об акционерных обществах» и «Об обществах с ограниченной ответственностью». Общество обязано хранить списки своих аффилированных лиц (ст. 50 Закона «Об ООО», ст. 89 Закона «Об АО»). Акционерное общество (в отличие от общества с ограниченной ответственностью), обязано предоставлять эти списки государственному регистрирующему органу (п. 4 ст. 93 Закона «Об АО»). Аффилированные лица акционерного общества должны сами уведомлять общество о приобретении ими его акций (п. 2 ст. 93 Закона «Об АО»). Кроме того, понятие аффилированного лица используется при определении порядка приобретения 30% и более акций АО (ст. 80 Закона «Об АО»). Оно же используется при определении сделок с заинтересованностью, но об этом ниже. Как уже упоминалось, информация о приобретении более 20% акций (долей) общества подлежит обязательной публикации, однако именно эта норма не использует термина «аффилированность».

Бюрократические процедуры, предписываемые антимонопольным законодательством, подчас довольно обременительны для руководства холдингов. Но настоящей головной болью для них являются нормы корпоративного законодательства, связанные с крупными сделками и, в особенности, сделками с заинтересованностью, которые порождают еще большую волокиту.

Крупными сделками считаются сделки общества (одна или несколько взаимосвязанных), связанные с приобретением, отчуждением или возможностью отчуждения обществом прямо либо косвенно имущества, стоимость которого составляет 25% и более балансовой стоимости активов общества (ст. 78 Закона «Об АО», ст. 46 Закона «Об ООО»). Решение о их совершении принимается в особом, предусмотренном законом, порядке. Для акционерного общества сделка на сумму от 25% до 50% активов одобряется решением советом директоров (единогласно) или, если единогласие не достигнуто, общим собранием акционеров (простым большинством от участвующих в собрании); на сумму от 50% активов – общим собранием акционеров (большинством в 3/4 от участвующих в собрании) (ст. 79 Закона «Об АО»). В обществе с ограниченной ответственностью решение принимается общим собранием участников, но в случае образования совета директоров принятие решений о совершении сделок на сумму от 25% до 50% активов может быть отнесено уставом к его компетенции (ст. 46: Закона «Об ООО»).

Кроме того, глава о крупных сделках Закона «Об АО» предусматривает особый порядок приобретения 30% и более обыкновенных акций акционерного общества (всем акционерам должно быть сделано предложение о приобретении их акций) (ст. 80 Закона «Об АО»).

К счастью, сделки, совершаемые в процессе обычной хозяйственной деятельности, не считаются крупными и не требуют специального одобрения.

Сделки общества, в совершении которых имеется **заинтересованность** определенного законом круга лиц, также подлежат совершению в особом порядке. Этот круг лиц включает (ст. 45 Закона «Об ООО», ст. 81 Закона «Об АО»):

1. члена совета директоров;
2. лицо, осуществляющее функции единоличного исполнительного органа [генерального директора];
3. члена коллегиального исполнительного органа [правления];
4. акционера (участника) общества, имеющего совместно со своими аффилированными лицами 20% и более голосов;
5. для АО – «лицо, имеющее право давать обществу обязательные для него указания».

Эти лица считаются **заинтересованными** в совершении обществом сделки, если они сами, а также их родственники (по установленному законом списку) и (или) их аффилированные лица:

1. участвуют в сделке;
2. владеют 20% и более акций (долей) юридического лица, участвующего в сделке;
3. занимают должности в органах управления юридического лица, участвующего в сделке;
4. в иных случаях, определенных уставом общества.

(Формулировки сокращены.)

Указанные лица обязаны доводить до общества информацию о своей заинтересованности в сделках.

Общество с ограниченной ответственностью совершает сделку с заинтересованностью решением общего собрания участников (большинством от общего числа незаинтересованных участников), а в случае образования совета директоров одобрение сделок на сумму до 2% стоимости имущества общества может быть отнесено уставом к его компетенции (ст. 45 Закона «Об ООО»).

В акционерном обществе правила сложнее (и тоже приводятся в сокращении) (ст. 83 Закона «Об АО»).

1. Если число акционеров – до 1000, решение выносится советом директоров (большинством незаинтересованных директоров). Если незаинтересованные директора не образуют кворума – общим собранием акционеров.

2. Если число акционеров более 1000, решение выносится советом директоров (большинством незаинтересованных независимых директоров). Если они все заинтересованы или зависимы - общим собранием акционеров. (Зависимые директора – это члены руководства общества и их родственники, а также аффилированные лица общества, кроме самих членов совета директоров.)
3. Если сделка заключается на сумму 2% и более активов общества или сводится к размещению 2% и более обыкновенных акций общества, решение выносится общим собранием акционеров (большинство голосов всех незаинтересованных акционеров).

Формулировки Закона «Об АО» не предусматривают возможности одобрения сделок с заинтересованностью постфактум: генеральный директор общества не может вначале совершить сделку, а затем получить ее одобрение от уполномоченного органа общества. Однако для крупных сделок аналогичной формулировки Закон «Об АО» не содержит, так что последующее одобрение допускается.

Сделки, как крупные, так и с заинтересованностью, совершенные с нарушением установленного порядка, являются оспоримыми: они могут быть признаны судом недействительными по иску самого общества (обычно такое случается после смены руководства) или его акционера (участника).

Поскольку большинство юридических лиц в реально существующих холдингах связаны теми или иными отношениями аффилированности, общего руководства и т.д., то едва ли не любая сделка между ними попадает под определение сделки с заинтересованностью, а во многих случаях – и под определение крупной сделки. Это не только порождает бюрократические формальности, связанные с должным оформлением решения о сделке, но иногда создает совершенно тупиковые ситуации. Как мы видели, в ряде случаев решение принимается большинством голосов незаинтересованных акционеров. Таким образом, если почти все акции общества принадлежат структурам холдинга (заинтересованным лицам), но, допустим, две из них достались по приватизации физическим лицам - пресловутым «чубайсовым бабушкам», - то бабушек необходимо найти и доставить на собрание акционеров: именно они должны принять решение о совершении сделки. Найти же их бывает не так-то просто. Те же бабушки имеют право предъявить иск о признании сделки недействительной, если она совершена без их ведома, чем нередко с удовольствием пользуются разного рода конкуренты (более успешные в поисках).

Выводы

Холдинговая структура – эффективный инструмент владения и управления крупными разнородными активами. Единый закон о холдингах в РФ отсутствует. Деятельность холдингов регулируется отдельными положениями гражданского, налогового, антимонопольного, корпоративного законодательства. Закон налагает определенные ограничения на деятельность холдингов, но в целом дает необходимые средства для эффективного управления и финансирования в рамках холдинга.

Материал подготовлен компанией Roche & Duffay
тел. (095) 790-2660; 924-1300

¹ Шиткина И.С. Холдинги. Правовой и управленческий аспекты. – М.: Городец-издат, 2003.