



**РОЖКОВА
МАРИНА АЛЕКСАНДРОВНА**

профессор кафедры интеллектуального права Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА), главный научный сотрудник ИЗИСП при Правительстве РФ, доктор юридических наук



**ТАЙ
ЮЛИЙ ВАЛЕРЬЕВИЧ**

управляющий партнер адвокатского бюро «Бартолиус», кандидат юридических наук

О НЕКОТОРЫХ ВОПРОСАХ УСТАНОВЛЕНИЯ СУДОМ ГРУППЫ ЛИЦ, В КОТОРУЮ ВХОДИТ ИНОСТРАННЫЙ ИНВЕСТОР

Статья посвящена проблемам применения норм Закона № 57-ФЗ об определении группы лиц, в которую входит иностранный инвестор. Авторы, анализируя правовые позиции КС РФ и арбитражных судов, обосновывают тезис о содержащейся в Законе опровержимой презумпции установления контроля над обществом через выдвижение в органы управления, а также необходимости применения телеологического (целевого) способа толкования норм Закона, поскольку лишь при наличии фактического контроля над стратегическим предприятием возможно применение санкций.

Ключевые слова: иностранный инвестор, группа лиц, критерии отнесения к группе лиц, доказательственная презумпция, общество стратегического значения

Разница между понятиями «группа лиц» и «группа лиц, в которую входит иностранный инвестор»

На рассмотрение Конституционного Суда РФ несколько раз поступали жалобы, в которых оспаривалась конституционность некоторых положений Федерального закона от 29.04.2008 № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» (далее — Закон № 57-ФЗ). По мнению заявителей, неопределенность

положений Закона № 57-ФЗ позволяет неоднозначно толковать понятие «группа лиц, в которую входит иностранный инвестор», включая в такую группу российских юридических лиц, не находящихся под прямым корпоративным контролем иностранного юридического лица. Такая ситуация, с точки зрения заявителей, необоснованно расширяет пределы ограничительного правового режима приобретения акций хозяйственных обществ, имеющих стратегическое значение. КС РФ не рассмотрел данные жалобы по существу, однако в Определениях от 05.07.2011 № 924-О-О и от 29.09.2011 № 1109-О-О сформулировал ряд важных правовых выводов.

В соответствии с ч. 1 ст. 9 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) группой лиц признается *совокупность физических и (или) юридических лиц, соответствующих одному или нескольким установленным законом признакам* (эти признаки перечислены в п. 1–9 названной части). Определение группы лиц в такой формулировке Закона о защите конкуренции лишено *общего квалифицирующего критерия* — в нем лишь упоминаются применяемые для идентификации группы лиц признаки, которые разбросаны по п. 1–9.

В ч. 3 ст. 3 Закона № 57-ФЗ установлено, что понятие «группа лиц» используется в нем в том значении, которое указывается в Законе о защите конкуренции. По мнению КС РФ, выраженному в Определениях № 924-О-О и № 1109-О-О, применяемый в Законе № 57-ФЗ термин не предполагает какого-либо собственного, специального значения, отличающегося от закрепленного в ч. 1 ст. 9 Закона о защите конкуренции.

Таким образом, под *группой лиц, в которую входит иностранный инвестор, следует понимать совокупность физических и (или) юридических лиц, соответствующих одному или нескольким установленным законом признакам*. Однако применительно к группе с иностранным инвестором из норм Закона № 57-ФЗ выводятся общие квалифицирующие критерии, которые должны учитываться при выявлении этой группы.

Первый общий критерий для такой группы очевиден — это *наличие в составе данной группы иностранного инвестора*¹.

Определение подобной группы лиц должно осуществляться и на основании второго общего для нее критерия — *ее возможности осуществлять контроль над обществом, имеющим стратегическое значение*. Этот критерий вытекает из смысла ст. 1 Закона № 57-ФЗ, в которой федеральный законодатель закрепил цели данного Закона и указал, что предусмотренные им

изъятия ограничительного характера для иностранных инвесторов и группы лиц, в состав которой они входят, исчерпываются случаями участия в уставных капиталах стратегических обществ или совершения сделок, которые приводят к установлению контроля над такими обществами.

Обозначенные общие критерии для группы лиц с иностранным инвестором есть основа для идентификации данной группы. Вместе с тем в Законе № 57-ФЗ не только не дано определение понятия «группа лиц, в которую входит иностранный инвестор», но и не сформулированы указанные признаки. В результате принадлежность того или иного субъекта к такой группе в настоящее время выявляется по правилам антимонопольного законодательства — исходя из признаков, применяемых для идентификации группы лиц (т.е. п. 1–9 ч. 1 ст. 9 Закона о защите конкуренции).

При этом КС РФ по результатам предварительного рассмотрения жалоб на неконституционность положений Закона № 57-ФЗ в Определениях № 924-О-О и № 1109-О-О специально обратил внимание на возможность для федерального законодателя в порядке совершенствования правового регулирования внести изменения в Закон № 57-ФЗ, в том числе в части определения термина «группа лиц, в которую входит иностранный инвестор».

Таким образом, понятия «группа лиц» (используемое в Законе о защите конкуренции) и «группа лиц, в которую входит иностранный инвестор» (используемое в Законе № 57-ФЗ) по своему содержанию, бесспорно, не совпадают. Однако действующее законодательство пока не учитывает имеющиеся между ними различия.

Бремя доказывания возникновения группы лиц, в которую входит иностранный инвестор

Множественность оснований выявления группы лиц (п. 1–9 ч. 1 ст. 9 Закона о защите конкуренции) при отсутствии общего квалифицирующего критерия для этой группы осложняет задачу доказывания возникновения группы лиц, в которую входит иностранный инвестор.

¹ Согласно ч. 2 ст. 3 Закона № 57-ФЗ понятие «иностранного инвестора» используется в этом Законе в значении, указанном в ст. 2 Федерального закона от 09.07.1999 № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации». В целях Закона № 57-ФЗ иностранными инвесторами признаются также находящиеся под контролем иностранных инвесторов организации, в том числе созданные на территории Российской Федерации.



В соответствии с принципом состязательности обязанность доказывания возложена на стороны арбитражного процесса. Общее правило о распределении бремени доказывания установлено в ч. 1 ст. 65 АПК РФ: «Каждое лицо, участвующее в деле, должно доказать обстоятельства, на которые оно ссылается как на основание своих требований и возражений».

В ряде случаев от общего правила доказывания допускаются отступления, которые устанавливаются при помощи доказательственных презумпций — предусмотренных законом предположений о том, что определенные факты существуют, если доказаны некоторые другие связанные с ними факты. Сторона, ссылающаяся в обоснование своих требований или возражений на какой-либо факт, подпадающий под действие доказательственной презумпции, доказывать этот факт не должна, так как он предполагается существующим. Другая сторона может данное предположение опровергнуть, представив доказательства того, что в данном случае презюмируемый факт не имел места². Таким образом, правовым последствием презумпций является то, что обязанность по доказыванию переходит от одной стороны к другой.

По смыслу п. 5 ч. 1 ст. 9 Закона о защите конкуренции действует доказательственная презумпция, устанавливающая факт существования группы лиц в том случае, если по предложению одного (юридического или физического) лица был назначен единоличный исполнительный орган другого общества: «Группой лиц признается... хозяйственное общество (хозяйственное партнерство) и физическое лицо или юридическое лицо, если по предложению такого физического лица или такого юридического лица назначен или избран единоличный исполнительный орган этого хозяйственного общества (хозяйственного партнерства)».

То есть, если сторона спора представит доказательства, что физическое или юридическое лицо совершило действия по предложению о назначении или избрании единоличного исполнительного органа хозяйственного общества (в случае последующего назначения предложенного лица), эта сторона не должна будет доказывать факт существования группы лиц, в

состав которой входит это физическое или юридическое лицо и это хозяйственное общество, — *этот факт в силу упомянутых доказательств предполагается существующим (презюмируется)*. В силу данной презумпции первая сторона освобождается от обязанности доказывать возникновение группы лиц, тогда как на другую сторону процесса переходит бремя доказывания отсутствия данного факта (бремя опровержения факта).

Федеральная антимонопольная служба с целью единообразного применения условий, позволяющих признать факт возникновения группы лиц по основанию, указанному в п. 5 ч. 1 ст. 9 Закона о защите конкуренции (в ранее действовавшей редакции Закона это был п. 7 ч. 1 ст. 9), разъяснила следующее: «Подтверждением группы лиц по указанному основанию являются протоколы общих собраний акционеров, учредительные документы общества, повестки дня заседаний общих собраний акционеров и другие документы»³.

Аналогичными являются правила распределения бремени доказывания факта существования группы лиц, в которую входит иностранный инвестор.

|| Таким образом, при решении вопроса идентификации группы лиц, включающей в себя иностранного инвестора, суд не может исходить исключительно из формального признака, установленного п. 5 ч. 1 ст. 9 Закона о защите конкуренции, — необходимо учитывать действительные, реальные обстоятельства дела.

Данный вывод подтверждается Определениями КС РФ № 924-О-О и № 1109-О-О, в которых указано: «Выяснение же в каждом конкретном случае того, достаточно ли оснований для вывода о том, что хозяйствующие субъекты входят в одну группу лиц с иностранным инвестором, составляет прерогативу правоприменительных органов, включая арбитражные суды, которые обязаны при разрешении соответствующих вопросов учитывать все юридически значимые обстоятельства конкретного дела»⁴.

² См. об этом: *Гражданский процесс: учеб. / под ред. М.С. Шакарян. М., 1996. С. 155.*

³ www.fas.gov.ru/clarifications/clarifications_11677.html.

⁴ Аналогичный по сути подход см.: п. 2.3 Рекомендаций Научно-консультативного совета при ФАС Северо-Кавказского округа от 01.06.2012 // www.fassko.arbitr.ru/about/nks/zasedan

Соотношение признака выдвигания и критерия контроля над обществом стратегического значения при установлении наличия группы лиц с иностранным инвестором

Вхождение физических и юридических лиц в группу обусловлено экономическими факторами: возможностью использовать экономические активы этой группы либо определять стратегию ее поведения. Исходя из анализа признаков, предусмотренных п. 1–4, 6–9 ч. 1 ст. 9 Закона о защите конкуренции, ключевым для них является *общий критерий контроля одного лица над другим* (далее — *общий критерий контроля*) — когда одно или несколько лиц имеют возможность определять решения, принимаемые другим (юридическим) лицом⁵. Группам лиц, выявляемым на основании всех этих признаков, обусловленных общим критерием контроля, присущи устойчивые взаимные связи на экономической основе.

Анализ законодательства развитых (Европейского Союза, США, Китая) и развивающихся стран (в частности, Бразилии, Турции, Украины) свидетельствует, что ключевым для выявления группы лиц является *общий критерий контроля*. Несоответствие оснований для вхождения лица в группу общему критерию контроля подтверждает отсутствие у этого лица влияния на поведение этой группы, на доступность для него возможности пользоваться экономическими активами группы, т.е. доказывает невхождение данного лица в группу.

Закон о защите конкуренции *не закрепляет общего квалифицирующего критерия*, т.е. в нем не указано, что ключевым для определения группы является *общий критерий контроля*. В формулировке этого Закона упоминаются только применяемые для идентификации данной группы признаки, установленные п. 1–9 ч. 1 ст. 9.

Такое правовое регулирование привело к тому, что в п. 5 ч. 1 ст. 9 Закона о защите конкуренции был включен признак выдвигания, который принципиально отличается от всех прочих признаков, соответствующих общему критерию контроля. Названной нормой

предусматривается признание группой лиц общества (с одной стороны) и физического или юридического лица (с другой стороны), если по предложению последнего назначен или избран единоличный исполнительный орган общества. Поскольку в данном случае группа лиц выявляется в ситуации *отсутствия экономической связи тех лиц, которые признаются входящими в эту группу*, налицо несоответствие признака выдвигания упомянутому выше общему критерию контроля. Примечательно, что в законодательстве перечисленных развитых и развивающихся стран предложение на должность не является основанием для включения в одну группу лиц и не считается существенным для антимонопольного регулирования.

Подчеркнем, что в отличие от Закона о защите конкуренции, не закрепляющего общего квалифицирующего критерия (на что уже указывалось в начале работы), Закон № 57-ФЗ формулирует два таких критерия, которые должны учитываться при выявлении группы лиц, в которую входит иностранный инвестор. К ним относится, во-первых, наличие в составе этой группы иностранного инвестора и, во-вторых, возможность осуществлять контроль над обществом, имеющим стратегическое значение.

В таких условиях при доказывании наличия/отсутствия группы лиц, имеющей в своем составе иностранного инвестора, использование критерия контроля и признака выдвигания должно осуществляться следующим образом.

Представление одной стороной доказательств совершения физическим или юридическим лицом действий по предложению о назначении или избрании единоличного исполнительного органа хозяйственного общества освобождает эту сторону от обязанности доказывать возникновение группы лиц, в которую входит иностранный инвестор, — наличие этой группы презюмируется (доказательственная презумпция). То есть, доказав признак выдвигания, эта сторона возлагает на другую сторону бремя опровержения — процессуальную обязанность доказывания отсутствия группы лиц.

Опровергая такую доказательственную презумпцию, другая сторона может обосновывать свою позицию, в частности, несоответствием выявляемой группы общим квалифицирующим критериям группы лиц, в ко-

⁵ Например, в силу преобладающего участия одного лица в уставном капитале другого лица.



торую входит иностранный инвестор. Во-первых, она может доказывать отсутствие в составе группы иностранного инвестора. Во-вторых, она может представить доказательства отсутствия у выдвигающего лица возможности осуществлять контроль над стратегическим обществом (а именно определять принимаемые им решения), т.е., по сути, доказательства *отсутствия экономической связи лиц, которая только и способна сформировать эту группу*. Помимо названного, эта сторона вправе представлять также и доказательства, опровергающие факт совершения физическим или юридическим лицом действий по предложению о назначении или избрании единоличного исполнительного органа хозяйственного общества.

Опасность при решении вопроса о наличии группы лиц, в которую входит иностранный инвестор, использовать только признак выдвижения состоит в том, что последствием этого может стать *необоснованное признание этой группы в случаях ее реального отсутствия*. Например, в ситуации, когда одно и то же физическое лицо задействовано в органах управления нескольких обществ, вовсе не связанных друг с другом.

Немаловажно и то обстоятельство, что предложение определенной кандидатуры на должность единолично-

го исполнительного органа стратегического общества требует, чтобы она была поддержана необходимым числом голосов органа управления, уполномоченного принимать соответствующее решение. То есть сам по себе факт выдвижения не означает автоматически, что кандидат займет соответствующую должность — назначенного единоличным исполнительным органом наделяет полномочиями не лицо, предложившее его кандидатуру, а уполномоченные органы стратегического общества. Следовательно, связь выдвигающего лица и выдвинутого им кандидата лишена какого-либо правового значения.

Таким образом, для правильного решения вопроса относительно существования группы лиц, в которую входит иностранный инвестор, необходимо совокупное использование общих квалифицирующих критериев, указанных в Законе № 57-ФЗ, и признака выдвижения, предусмотренного п. 5 ч. 1 ст. 9 Закона о защите конкуренции. Только последовательное, комплексное применение общих квалифицирующих критериев и признака выдвижения, в совокупности являющихся основаниями для включения лиц в группу с иностранным инвестором, позволит сделать обоснованный вывод о реальном наличии или отсутствии такой группы.