

УДК 341.215.2

ПРАВОВЫЕ И ОРГАНИЗАЦИОННЫЕ АСПЕКТЫ ДОЛЖНОСТИ ТЕНЕВОГО ДИРЕКТОРА ОФШОРНОЙ КОМПАНИИ: ПОЛНОМОЧИЯ, ИДЕНТИФИКАЦИЯ, ОТВЕТСТВЕННОСТЬ

Гаврилов Е.О. к.филос.н., доцент кафедры гражданского права и процесса юридического факультета, Кемеровский институт (филиал) ФГБОУ ВО «РЭУ им. Г.В. Плеханова»; Кандров М.И. студент гр. БЮ-161, IV курс, Кемеровский институт (филиал) ФГБОУ ВО «РЭУ им. Плеханова», юридического факультета
г. Кемерово

Современный мир приобретает все более отчетливые очертания, которые определяются доминирующим местом крупных транснациональных компаний в хозяйственных процессах. Особенностью этих организаций зачастую является офшорный характер деятельности, выводящий корпорации из-под юрисдикции национальных государств и даже международных организаций. Проблема состоит в том, что офшорные компании помимо явных структур имеют отчетливо выраженные теневые элементы, но эффективных механизмов их регулирования пока не найдено. Ведущую роль в офшорных компаниях играют «теневые директора», правовое регулирование деятельности которых затруднено особым их положением в составе руководимых ими компаний. Широкое распространение этого явления в современной экономике порождает противоречия между растущей глобализацией и суверенным правом национальных государств, не имеющих единого подхода к регулированию деятельности теневых директоров. Задача исследования состоит в том, чтобы раскрыть правовые и организационные аспекты должности теневого директора офшорной компании.

Теневые структуры не являются исключительно современным явлением. Они существуют с незапамятных времен и нередко становятся постоянными элементами социального порядка, приобретая порой официальный урегулированный правовыми актами статус [1. С. 62-68]. Есть такие структуры в сфере государственного управления, есть они и в области функционирования частных офшорных компаний. Несмотря на длительный период существования офшоров, единого подхода к природе офшорной компании не сложилось. Для бенефициаров компаний особое значение имеет регистрация компании за пределами страны проживания ее участников, включая руководителей, держателей акций, партнеров. Для страны образования офшорной компании ключевым признаком является выход компании за пределы юрисдикции государства, в котором компания была первоначально зарегистрирована [2]. Разница точек зрения не мешает выделить общая черту офшорных компаний, определяющую их природу и особенности их правового регулирования. Офшорная компания частично неподконтрольна праву тех государств, на

территории, которых осуществляет свою деятельность и создает штаб-квартиру. Наряду с этим она во многом не подчиняется и законодательству тех государств, на территории которых зарегистрирована.

Что же оказывает на офшорные компании преимущественное регулятивное воздействие? Отчасти это все-таки нормы государств, где располагается штаб-квартира и осуществляется деятельность компаний, а также нормы международного права. Правда, значительная часть международных актов имеет рекомендательный характер или предоставляет компаниям самостоятельно выбирать применимое право. Получается, что непреложной силой обладают прежде всего внутренние регламенты самих компаний. Это не означает, что офшорные компании действуют вразрез с правовыми актами, а лишь то, что внутригосударственное право и международные соглашения дают возможность компаниям функционировать, подчиняясь собственным правилам, прямо не нарушая правовые предписания.

Для чего и кому нужен особый правовой режим существования офшорной компании? Причина, по которой субъект может решить создать такую организацию, заключается в том, чтобы воспользоваться преимуществами законов офшорных территорий, отсутствующими в законодательстве государств. К такого рода преимуществам можно отнести почти полное или полное отсутствие налогообложения, защиту от судебного и иного государственного преследования, защиту от требований кредиторов, использование возможностей ведения иностранного бизнеса, возможность вывода прибыли за пределы государств и др.

Для стран, открывающих у себя офшорные зоны и предоставляющих эти льготы, выгода заключается в привлечении средств в виде регистрационного сбора и в качестве налогов, размер которых, как правило, во много раз ниже принятых за пределами офшора. Дело в том, что большая часть офшорных зон открывается на островных территориях и в малых государствах, которые не имеют собственной ресурсной и иной базы для получения доходов, необходимых для их нужд. Часто эти небольшие государства находятся в ассоциации или под контролем крупных держав, но имеют свою автономную юрисдикцию¹. Они создали собственное корпоративное законодательство об офшорных компаниях, которые делают их привлекательным для инвесторов со всего мира.

Зачем это нужно государствам, где компании осуществляют свою деятельность или имеют штаб-квартиру? Ответить на этот вопрос сложнее всего. Сама идея создания привилегированных анклавов и организаций не нова. В эпоху Нового времени, когда формировались современные формы управления и хозяйствования, известна деятельность Британской Ост-Индской ком-

¹ Например, о-в. Невис в составе островного государства Сент-Китс, Виргинские о-ва, являющиеся частью заморских владений Великобритании с правом самоуправления, государство Центральной Америки – Белиз, входящее в Британское Содружество, Острова Кука, находящиеся в ассоциации с Новой Зеландией и мн.др. К слову сказать, и в России существуют подобные территории, носящие название специальных административных районов, особых экономических зон и т.п. Есть подобного рода территории и в других крупных странах.

пании - монополиста (создана 1600 г.). Она управлялась не британской короной, а акционерами, но в то же время обеспечивала экспансию Англии, а затем Великобритании в Индии и странах Востока [см.: 3]. Подобные компании создавались и другими странами: Голландия, Дания, Франция, Швеция [4]. Внутри государств также могли создаваться анклавы, обладающие привилегированным статусом. Так, в России только часть купечества («гости») наделялась правом торговли за границей и освобождалась от тягла. Кроме того, до 1649 года в российских городах существовали белые слободы, население которых было освобождено от государственных повинностей и налогов [5].

Все эти очень разные примеры нужны для описания модели организации деятельности, которая полностью или частично выпадает из юрисдикции государства, что создает для субъектов этой деятельности преимущества. Цель создания этих образований может быть как экономической, так и политической. Организация, не скованная юрисдикцией государства, получает значительную свободу деятельности, что позволяет заинтересованным лицам обходить законы конкретных стран. Это может быть выгодно как предпринимательским и связанным с ними чиновничьям группам, а также криминальным структурам, так и государству в целом.

Это значит, что офшорная компания помимо целей осуществления хозяйственной деятельности или в ее рамках может реализовывать государственные задачи, в то же время находясь на определенной дистанции от него. Конечно, для экономики конкретной страны такая компания не выгодна, поскольку в значительной степени избегает налогообложения и валютного контроля. Однако существует контраргумент, представляющий такие компании как драйвер экономики и основу благополучия государства, показатель свободы ведения экономической деятельности. Но такая модель бизнеса позволяет использовать офшорную компанию как средство выкачивания капиталов и ресурсов из национальных экономик, игнорировать налоговое право национальных государств, осуществлять отмывание криминальных доходов, полученных преступным путем, не соблюдать трудовые права работников, заниматься ведением бизнеса, запрещенного на территории национальных государств, ну и, конечно же, засекречивать информацию о себе [см.: 6, 7].

Конкретный пример такой модели представляет компания Apple Inc. Ее штаб-квартира находится в США (Калифорния), а зарегистрирована компания в офшорной территории в Ирландии. Структурно компания сегментирована и состоит из множества юридических лиц, имеющих разные организационно-правовые формы и назначение. Они включают и управленческие центры, и технологические цепочки, и торговые сети, и медиа ресурсы и мн.др. Но Apple Inc почти не платит налог на прибыль в Ирландии, имея статус нерезидента, поскольку головной ее офис находится в США. Не платит этот налог компания и в США, где уплата налогов предусматривается по месту регистрации. То есть и в США компания - тоже нерезидент. Дочерние компании Apple Inc в силу этого не подпадают под действие налогового соглашения

между США и Ирландией как нерезиденты, и, следовательно, тоже избегают налогообложения [2, 8].

Обратимся к особенностям организации хозяйственной деятельности транснациональной корпорации, так как они, являясь крупнейшими субъектами в мировой экономике, предпочитают офшорную регистрацию. «Тело» такой компании имеет вид сети, раскинутой по многим странам, имеющей множество управляющих звеньев и цепочек соподчиненных фирм. То есть речь идет о множественности юридических лиц, чья деятельность осуществляется на территории нескольких государств [9]. Эта сеть действует подобно единому образованию, обеспечивая бесперебойное движение капиталов и ресурсов, минуя торговые барьеры, налоговые требования, валютные ограничения и разницу курсов. Управленческий центр или центры существуют, но имеют двух или многослойный характер. Здесь уместно перейти к главному вопросу исследования: кто же такой «теневой директор»?

Директором офшорной компании может быть как номинальный директор, так и физическое или юридическое лицо, реально управляющее делами компании. Директор несет полную ответственность за последствия деятельности компании, при этом берет на себя все административно- и уголовно-правовые риски с возможными финансовыми потерями. Эти возможные «отрицательные» для директора офшорной компании последствия стали одной из главных причин создания института «теневых директоров». Вопрос о наличии теневого директора в структуре офшорной компании может быть поднят, когда компания своими действиями причиняет финансовые убытки или иной ущерб третьим лицам и происходит процесс, при котором номинальный директор компании заявляет о своем номинальном статусе, чтобы снять с себя полномочия и уйти от ответственности. Когда статус теневого директора подтверждается, то он приравнивается к обычному директору компании и несет ответственность [10, 11, 12]. Иными словами, «теневой директор» в отношении компании означает любое лицо, в соответствии с указаниями или инструкциями которого директоры и иные менеджеры компании привыкли действовать. На английском языке данный термин звучит как «Shadow director». Более ранние эпитеты в английском праве звучали как «скрывающиеся в тени» и «марionеточные мастера» [12]. Классическим примером теневого директора является «второстепенная» фигура в структуре компании, которая намеренно скрывает свое реальное влияние на директоров компаний.

Не следует думать, что «теневой директор» – это своего рода мafiозный босс, незаконно скрывающийся за номинальным директором как за фасадной структурой. Обе должности вполне легальны и обоснованы доктриной о «теневом директоре» в англо-американской судебной практике. Закрепление этой должности в праве произошло в 1986 году в связи с появлением норм в британском законодательстве о дисквалификации теневого директора [9. С. 335]. Как отмечает Т.С. Яценко, согласно п. 5 статьи 22 Закона о дисквалификации директора компании, теневой директор определяется как «ли-

цо, в соответствии с указаниями или инструкциями которого действует менеджмент компании» [13. С. 44]. Английское право имеет другие аналогичные термины для обозначения номинального и теневого директора, используя понятия директора *de jure* и директора *de facto* [14]. В российском законодательстве отсутствует определение термина «теневой директор», но существуют схожие определения, позволяющие выделять и привлекать к ответственности директора *de facto*. В п. 3 ст 53.1 ГК РФ используется формулировка «лицо, имеющее фактическую возможность определять действия юридического лица, в том числе возможность давать указания лицам», которые выступают от имени юридического лица, а также членам коллегиального органа юридического лица [15]. В свою очередь, Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» использует идентифицирующую формулировку «контролирующее должника лицо» [16]. Определению теневого директора так же способствуют закрепленные в ст. 3 Федерального закона «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» дефиниций «выгодоприобретатель», «бенефициарный владелец», «идентификация» [17]. Отсутствие унифицированной формулировки, позволяет говорить об определенной нечеткости закрепления российским законодательством правового положения теневого директора, но в то же время позволяет судить о необходимых признаках позволяющих его идентифицировать.

Однако человек не считается теневым директором исключительно потому, что директора *de jure* действуют по совету, данному этим человеком как специалистом. Также существует исключение в отношении директоров дочерней компании, действующих по указанию или поручению ее основной компании[11]. Иными словами, при определении принадлежности лица к теневому директору во внимание принимается именно фактическое руководство компании лицом, которое не является номинальным директором, но играет определяющую роль, императивно принимая решения руководствуясь собственным усмотрением. Кроме того, в структуре компании теневой директор является фактическим получателем выгод от деятельности компании, в то время как номинальный директор получает вознаграждение штатного сотрудника, наемного менеджера нанятого компанией [11].

Зачем нужна юридическая категория теневого директора? Для самого теневого директора наличие теневого статуса гарантирует негласность его деятельности и закрытость информации, связанной с его деятельностью, его персоной, его доходами и другими значимыми обстоятельствами, включая вопросы об ответственности за причинение вреда. Для законодателя такая легализация теневого статуса директора означает возможность официально включить его в структуру организации. Теневой директор также может lawально управлять номинальным директором и другими менеджерами на основе документов особого рода, которые обеспечивают возможность действовать от его имени и при этом следовать его указаниями. Несмотря на это, в самом статусе теневого директора содержится возможность избегать открытого до-

кументально подтверждаемого способа ведения дел, что учитывается в законодательстве и создает потенциально негативный эффект от использования данной юридической формы. Помимо приведенных правовых актов, деятельность теневого директора регламентируется британским Законом о компаниях 2006, Законом о несостоятельности от 1986 г.; Правилами в отношении несостоятельности 1986 г [см.: 13]. Можно отметить, что британское корпоративное право, будучи одним из старейших, создает своего рода образцы, которые воспринимаются международным правом и корпоративным правом других стран. Иными словами, современное законодательство содержит средства для идентификации теневого директора. Для чего это нужно?

Уже исходя из обстоятельств принятия правовых актов, нацеленных на идентификацию теневого директора, можно сказать, что основной целью законодателя является получение возможности возложить на теневого директора ответственность за результаты принимаемых им решений. Например, налоговая служба прибегает к использованию ст. 61.1 и 61.10 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» для привлечения к субсидиарной ответственности лиц, реально контролирующих деятельность организаций. Также теневой директор может быть привлечен к ответственности за незаконную или мошенническую деятельность, связанную с руководством компанией, что регламентируется, в частности, ст. 6.1 Федерального закона «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма». В случае причинения убытков юридическому лицу в соответствии со ст. 53.1 ГК РФ теневые директора могут нести солидарную ответственность с членом органа управления, действующим по его инструкциям. Подобного рода нормы предусмотрены и иностранным законодательством, в первую очередь Великобритании, где прямо используется дефиниция «теневой директор» или директор «de-jure». Такого рода субъекты могут быть подвергнуты ответственности в виде дисквалификации, что лишает их «права выступать в качестве директора компании, прямо или косвенно участвовать в продвижении, формировании или управлении компанией, быть ликвидатором или администратором компании, быть менеджером или приемником собственника компании» [18. С. 81]. В КоАП РФ дисквалификация теневого директора не предусматривается, что можно рассматривать как законодательный пробел. Однако, Центральный банк РФ, используя Федеральный закон «О совершенствовании обязательных требований к учредителям (участникам), органам управления и должностным лицам финансовых организаций» самостоятельно осуществляет дисквалификацию лиц осуществляющих контроль за деятельностью финансовых организаций (по смыслу – включая теневых директоров), внося их в специальный реестр, после чего они не могут занимать должность руководителя, члена совета директоров банка или покупать свыше 10% его акций [19]. Резюмируя проведенный обзор, отметим, что все перечисленные нормы предоставляют определенные возможности по привлечению теневых директоров компаний находящихся в Российской юрисдикции или избравших ее для рассмотрения споров

хозяйствующих субъектов. Применительно к исследуемой теме весь накопленный российским правом опыт идентификации и привлечения к ответственности теневого директора, может быть невостребованным в связи с офшорной регистрацией его компании.

Рассмотрим приемы и методики идентификации и привлечения к ответственности теневых директоров. Они выражаются в установлении правила, что если человек является теневым директором, он принимает на себя все юридические обязательства и обязанности официально назначенного директора или должностного лица в соответствии с положениями устава данной компании [20]. Однако, не существует шаблонного метода идентификации для определения статуса теневого директора. Все значимые обстоятельства требующие установления в суде сводятся к выяснению реального участия лица в делах компании и вменении ему обязанности блюсти интересы компании и нести ответственность так, как это следует из уставных документов регламентирующих деятельность номинального директора. Вырабатываемые судебной практикой критерии позволяют отличать теневых директоров от консультантов, акционеров или кредиторов, которые могут формально подпадать по статьи о теневом директоре.

Выработанные иностранным правом приемы и методики выявления и привлечения к ответственности теневого директора не являются сугубо внутренними правилами, а нередко выступают в качестве прецедентных решений или модельных норм, значение которых возрастает в условиях глобализации. Следует учитывать, что офшорные территории, в которых регистрируются компании, не являются суверенными в строгом смысле этого слова, а находятся под более или менее жестким контролем крупных государств (США, Великобритания и др.)². Однако вопрос реального контроля над деятельностью компаний не так прост. Дело в том, что крупнейшими офшорными компаниями являются транснациональные корпорации, большая часть которых имеют штаб-квартиру в США и ряде других развитых стран. А как было сказано в начале статьи, офшорная регистрация частично выводит их из под юрисдикции государств, где расположены головные офисы компаний (пример с компанией Apple Inc). Сказанное дает основания говорить, что в лице теневого директора могут фигурировать обладатели невероятного финансово-экономического могущества, выпадающие из поля зрения государств и международных организаций и находящиеся частично вне правового поля, имен которых население не знает, ориентируясь на раскручиваемые в СМИ личности мультимилиардеров.

Таким образом, главная проблема в раскрытии правовых и организационных аспектов должности теневого директора состоит в том, что трудно установить субъектный состав руководства офшорной компании, а так же

² Характерным примером влияния США на деятельность компаний стал переход в 2018 году управления офшорной компанией О. Дерипаски En+ Group, куда в частности входит алюминиевый гигант Объединённая компания «РУСАЛ», под контроль лиц согласованных с Управлением по контролю за иностранными активами Министерства финансов США.

определить связь теневого директора с подконтрольными ему структурами. Трудности вызывают и процедуры привлечении к ответственности теневого директора. На сегодняшний день еще только ведется серьезная работа на международном уровне над созданием механизма, который бы позволил четко и безошибочно привлекать к ответственности теневых директоров или оспаривать данный процесс как неправомерный. Тем не менее, судебная практика пополняется все новыми и новыми средствами идентификации и привлечения к ответственности теневых директоров офшорных компаний.

Список литературы:

1. Гаврилов Е.О., Пальчиков М.М. Роль теневых структур в формировании политической жизни современного общества // Материалы Международной научно-практической конференции «Коррупция в сфере исследований и разработок: выявление причин, специфики и мер противодействия» 7-8 декабря 2018 г. М.: Водолей, 2018. С. 62-68.
2. «What is an Offshore Company? » // Offshore Company // URL: <https://www.offshorecompany.com/company/what-is-an-offshore-company/> (дата обращения 14.01.2020).
3. Фурсов К.А. Держава-купец: отношения английской ост-индской компании с английским государством и индийскими патrimonиями. М.: Товарищество научных изданий КМК, 2006. 364 с.
4. Ост-индские компании // Большая российская энциклопедия URL: https://bigenc.ru/world_history/text/2682022 (дата обращения 14.01.2020).
5. Смирнов П.П. Посадские люди и их классовая борьба до середины XVII века. В 2 т. М., Л.: Акад. наук СССР, 1947-1948.
6. "Райское досье" разоблачает 120 политиков из 50 стран, включая британскую королеву // InoPressa от 06.11.2017. URL: https://www.inopressa.ru/article/06Nov2017/inotheme/paradise_obzor.html (дата обращения 14.01.2020).
7. Старостина М.И. Оффшорный бизнес в современном мире // Российский внешнеэкономический вестник. 2014. № 6. С. 65-80.
8. Оверченко М. Как Apple удавалось платить в Ирландии 0,005%-ный налог на прибыль // Ведомости от 31.08.2016 URL: <https://www.vedomosti.ru/economics/articles/2016/08/31/655187-soglasheniya-apple-irlandii-0005-nii-nalog> (дата обращения 14.01.2020).
9. Гетьман-Павлова И.В. Международное частное право: учебник для магистров. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Издательство Юрайт, 2013. 959 с.
10. Differences Between a Nominee Director and a Shadow Director ? // Coddan CPM LTD. URL: <https://www.coddan.co.uk/private-limited-company-formation/set-up-company-with-nominee-director/differences-between-nominee-director-and-shadow-director/> (дата обращения 14.01.2020)
11. Shadow Directors // Keystonelaw 17.02.2012/ URL: <https://www.keystonelaw.com/keynotes/shadow-directors> (дата обращения 10.01.2020).

12. Benjamin L.R., Delaney J.K.F, QC. Out Of The Shadows Into The Light: "Shadow Directors" Now Recognized In Bahamian Companies Law» (by Lisa R. Benjamin and John Delaney. // Mondaq 25.02.2014. URL: <https://www.mondaq.com/CorporateCommercial-Law/295380/Out-Of-The-Shadows-Into-The-Light-Shadow-Directors-Now-Recognized-In-Bahamian-Companies-Law> (дата обращения 09.01.2020).

13. Яценко Т.С. Фиктивные юридические лица в России и зарубежных странах: понятие, признаки и правовые способы противодействия им // Юристъ-Правоведъ. - Ростов-на-Дону: Изд-во Рост. юрид. ин-та МВД России, 2008. № 4. С. 42-47

14. Brown M., Evans R.G. Shadow Directors In the BVI: Who Are They, What Duties Do They Owe and What Are Their Risks? // Conyers dill & Pearman March 2019. URL: <https://www.conyers.com/wp-content/uploads/2019/03/2019-03-BVI-Article-Shadow-Directors.pdf> (дата обращения 13.01.2020).

15. Гражданский кодекс Российской Федерации от «30.11.1994» № 51-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 05.12.1994. № 32. ст. 3301.

16. Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» от 26.10.2002 № 127-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 28.10.2002. № 43. ст. 4190.

17. Федеральный закон «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» от 07.08.2001 № 115-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 13.08.2001. № 33 (часть I). ст. 3418.

18. Дацко Н.П. Дисквалификация должностных лиц: сравнение российского и английского законодательства // Вестник Южно-Уральского государственного университета. 2013. Т. 13. № 2. С. 80-82.

19. Федеральный закон от 29 июля 2017 г. № 281-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части совершенствования обязательных требований к учредителям (участникам), органам управления и должностным лицам финансовых организаций» // Российская газета. 07.08.2017. № 173.

20. Macfarlanes LLP. Benefits from Companies: Shadow Directors Liable to Schedule E Tax // Mondaq 06/09.1999. URL: <http://www.mondaq.com/uk/x/7641/Trusts/Benefits%2Bfrom%2BCompanies%2BShad-ow%2BDirectors%2BLiable%2Bto%2BSchedule%2BE%2BTax&prev=search> (дата обращения 14.01.2020).