

Холдинги в России: проблемы и решения

В предыдущей статье¹ мы рассмотрели основные правовые и налоговые аспекты деятельности холдингов в России. Теперь рассмотрим важнейшие практические аспекты рождения и жизни российского холдинга. Его создание может происходить различными способами, при этом структурные элементы могут иметь различную организационно-правовую форму. Для дальнейшего существования холдинга ключевое значение имеет организация финансирования в рамках холдинга, а также организационное обеспечение управляемости созданной структуры.²

Способы создания холдинга

На практике холдинг обычно создается не на пустом месте, а в результате реструктурирования уже существующего бизнеса. Чаще всего речь идет о крупной организации, образованной в результате приватизации или выросшей естественным образом, которой стали тесны рамки одного юридического лица. Такая организация нередко ведет несколько несвязанных видов деятельности, имеет несколько территориально разнесенных отделений и т.д. Мотивацией для образования холдинга могут служить как соображения улучшения эффективности работы данной структуры за счет перераспределения обязанностей и полномочий по нескольким уровням, так и повышение ее экономической прозрачности с целью привлечения внешних инвесторов. Естественная идея реструктуризации состоит в том, что каждому фактически существующему (формально или неформально) отделению придается статус отдельного юридического лица. Вновь создаваемые организации связаны между собой отношениями владения, а также, возможно, договорными и др. Впрочем, наиболее распространенным видом холдинга является, безусловно, имущественный. Это не в последнюю очередь связано с упоминавшимися выше соображениями: в договорном холдинге основное общество несет солидарную с дочерним ответственность; лишь в имущественном холдинге возможна безналоговая передача средств и имущества (если доля владения более 50%).

Существует несколько альтернативных способов создания двух (или нескольких) организаций из одной. Во-первых, существующая организация может просто учредить новую (дочернюю) организацию. Во-вторых, возможна реорганизация существующей организации в форме разделения (с прекращением существующей организации) или, чаще, выделения (без прекращения). Выделение также может осуществляться в нескольких различных формах. Рассмотрим эти варианты на примере акционерного общества (для общества с ограниченной ответственностью, варианты, по существу, те же).

1. Учреждение дочернего общества

При этом основное общество просто вносит часть имущества (как правило, это имущество, относящееся к преобразуемому отделению) в уставный капитал нового общества. На балансе самого учредителя вместо имущества появляются акции дочернего общества.

Если акции нового общества оплачиваются не денежными средствами, то это имущество должен оценить независимый оценщик (п. 3 ст. 34 Закона «Об АО», п. 2 ст. 15 Закона «Об ООО»; для ООО – если вклад превышает 200 МРОТ). Однако при оплате акций (долей) создаваемого общества учредитель может оценить это имущество и в меньшей сумме (главное, не большей).

Если речь идет о внесении в уставный капитал 25% и более балансовых активов общества-учредителя, сделка является крупной и решение о ней принимается в описанном выше порядке, в противном случае решение об учреждении может быть принято непосредственно руководителем (единоличным исполнительным органом) учредителя, если иное не предусмотрено уставом.

В данном случае нет возможности передать создаваемому обществу долги основного общества, пусть даже относящиеся к преобразуемому отделению.

2. Реорганизация (выделение)

Решение о реорганизации принимается общим собранием акционеров АО (большинством в 3/4 голосов от принимающих участие в собрании; п. 4 ст. 49 Закона «Об АО») или участников ООО (единогласно; п. 8 ст. 37 Закона «Об ООО»). Оценивать имущество в данном случае нет необходимости – оно передается по балансовой стоимости.

Составляется так называемый разделительный баланс, распределяющий между двумя обществами активы и пассивы реорганизуемого. Таким образом, в данном случае можно передавать не только имущество, но и долги, а также фонды и т.п., что очень ценно.

О реорганизации необходимо заблаговременно уведомить кредиторов общества, которые вправе потребовать досрочного погашения долгов и возмещения убытков. В случае реорганизации у акционеров возникает право потребовать выкупа акций, но об этом чуть позже.

Выделение может происходить в следующих формах (п. 3 ст. 19 Закона «Об АО»).

а. Выделение с конвертацией акций

Часть акций реорганизуемого общества конвертируются в акции нового общества. В результате акционеры реорганизуемого общества получают акции нового общества взамен части акций реорганизуемого. При этом происходит уменьшение уставного капитала реорганизуемого общества.

б. Выделение с распределением акций

Уставный капитал реорганизуемого общества не уменьшается, акции нового общества выпускаются за счет добавочного капитала реорганизуемого общества, нераспределенной прибыли и т.п. Акционеры реорганизуемого общества получают акции нового общества дополнительно к имеющимся у них акциям.

с. Выделение с приобретением акций

Реорганизуемое общество само приобретает все акции нового общества. Капитал реорганизуемого общества не меняется, его активы и обязательства уменьшаются, на сумму разницы на балансе появляются акции нового общества. Акционеры остаются при своих акциях реорганизуемого общества.

В отношении выделения с конвертацией или распределением Закон «Об АО» устанавливает, что если акционер голосовал против или не участвовал в голосовании по вопросу о реорганизации, то он получает акции нового общества с теми же правами и в той же пропорции, что он владеет ак-

циями реорганизуемого общества. Таким образом, возможны и иные (непропорциональные) варианты раздачи акций нового общества, но они касаются только тех, кто сам голосовал за этот вариант или воздержался. (Для ООО таких жестких требований закон не предусматривает).

Возможны также и смешанные варианты: например, акции нового общества частично распределяются между акционерами, а частично приобретаются самим реорганизуемым обществом; при этом также действует вышеупомянутое требование пропорциональности.

Организационно-правовые формы

Основными формами юридических лиц, составляющих холдинг, являются акционерное общество и общество с ограниченной ответственностью. Какая из этих двух форм является оптимальной в том или ином случае? Между ними есть множество крупных и мелких различий, установленных Гражданским кодексом и соответствующими законами. Обобщенно можно сказать, что общество с ограниченной ответственностью подразумевает большую вовлеченность участников в текущие дела общества, при этом оно несколько проще в администрировании, чем акционерное общество.

Быть может, важнейшим вопросом для холдингов является вопрос управляемости, то есть возможности проведения централизованной политики в рамках всего холдинга в целом. Как уже отмечалось, наличие миноритариев в организациях холдинга бывает юридически необходимо, и зачастую эти миноритарии являются независимыми от руководства холдинга в целом. В какой степени они способны повлиять на деятельность общества или блокировать принимаемые им решения? Как мы видели выше, некоторые решения в обществе с ограниченной ответственностью принимаются участниками единогласно. В акционерных же обществах для принятия любого решения требуется не более 3/4 голосов акционеров.

Кроме того, участник общества с ограниченной ответственностью вправе в любое время выйти из общества независимо от согласия других его участников или самого общества (ст. 26 Закона «Об ООО»). При этом общество обязано выплатить участнику действительную стоимость его доли (определяемую на основании данных бухгалтерской отчетности).

В акционерном же обществе понятия «выхода» из общества не существует. Конечно, акционер всегда может продать принадлежащие ему акции (причем в закрытом АО другие акционеры пользуются преимущественным правом их приобретения). Однако право требовать выкупа своих акций от общества у акционера возникает лишь в следующих случаях (ст. 75 Закона «Об АО»):

1. реорганизация;
2. изменение устава;
3. совершение крупной сделки, требующей одобрения общего собрания акционеров.

Право выкупа возникает лишь у акционеров, которые голосовали против соответствующего решения или не принимали участия в голосовании. Выкуп осуществляется по цене, определенной советом директоров, но не ниже рыночной стоимости, определенной независимым оценщиком. Однако, что очень существенно, общая сумма средств, направленная на выкуп акций, не может превышать 10% чистых активов общества (если денег не хватило, акции выкупаются лишь частично, пропорционально заявленным акционерами требованиям) (ст. 76 Закона «Об АО»).

Как видим, акционерные общества значительно лучше защищены от возможных деструктивных действий миноритариев. Ввиду этого при наличии сторонних участников (в частности, когда предполагается привлечение внешних инвесторов) предпочтительной формой является именно акционерное общество. Однако если участниками данного общества являются исключительно структуры, контролируемые самим холдингом, то имеет смысл оформить его в виде общества с ограниченной ответственностью. Как правило, головной холдинг создается в форме АО, а его дочерние общества – в форме ООО или, если требуется отдельное привлечение инвесторов в дочернюю структуру, АО. В последнем случае приходится «держаться в уме» права миноритарных акционеров дочернего АО, в частности, при совершении сделок с заинтересованностью. Это является естественной платой за привлечение в холдинг средств этих самых миноритариев. Ввиду сказанного желательно по возможности выносить общества со сторонними участниками на «верхние» уровни холдинга (начиная с головной холдинговой компании), а нижестоящими компаниями владеть централизованно. Если, предположим, сотрудникам или менеджерам организаций холдинга в качестве стимула выдаются акции, то это также по возможности должны быть акции головного холдинга, а не дочерних подразделений (так называемый «принцип единой акции»).

Финансирование в холдинге

Как уже отмечалось, одной из важнейших задач для холдинга является обеспечение беспрепятственного финансирования в рамках всей интегрированной структуры. Существуют различные механизмы такого финансирования, к основным из которых можно отнести следующие.

1. Вклад в капитал

Осуществляется при учреждении дочерней организации или увеличении ее капитала. Налогообложения при этом не возникает.

2. Заем

Возможен между любыми организациями в рамках холдинга. Сумма займа не облагается налогом, но получаемые проценты – облагаются налогом на прибыль. При этом выплачиваемые проценты являются расходами для целей налога на прибыль (но лишь в определенных пределах, ст. 269 НК РФ). Таким образом, заимствование может служить не только инструментом финансирования, но и механизмом перераспределения налогооблагаемой прибыли между организациями холдинга, однако лишь до определенной степени.

3. Безвозмездная передача имущества (включая денежные средства)

В безналоговом режиме осуществляется лишь между организациями, связанными владением более 50% капитала одна в другой. Из условий передачи должно явствовать, что это не дарение, а именно финансирование (пополнение централизованных фондов и т.п.).

4. Распределение дивидендов

Естественно, осуществляется лишь в одном направлении: от общества к его акционеру (участнику). В отличие от многих европейских стран, полученные юридическим лицом дивиденды не освобождаются от налогообложения. Это фактически ведет к двойному налогообложению коммерческого дохода: один раз в составе прибыли дочерней компании, второй раз - материнской. Двойное налогообложение экономическая теория считает крайне нежелательным

явлением. Для смягчения его последствий получаемые юридическим лицом дивиденды облагаются налогом на прибыль по пониженной ставке 6% (дивиденды от иностранных компаний и выплачиваемые иностранным компаниям – 15%) (п. 3 ст. 284 НК РФ).

5. Трансфертное ценообразование

Имеется в виду совершение сделок между организациями холдинга по «внутренним» ценам, отличающимся от рыночных. Пожалуй, именно трансфертное ценообразование является наиболее мощным и универсальным методом перераспределения средств между элементами холдинга. Зачастую все сделки с внешними организациями происходят через одну или несколько специализированных торговых компаний, являющихся «центрами прибыли» холдинга, которые затем перечисляют полученные средства головной холдинговой организации. При этом все остальные (производственные и т.п.) организации холдинга продают такой торговой компании продукцию по себестоимости или чуть выше, работая на грани безубыточности. При этом средства, необходимые им для инвестирования и т.д., они получают в централизованном порядке от головной холдинговой организации.

Методом трансфертного ценообразования, однако, следует пользоваться с большой осторожностью. Как уже упоминалось, Налоговый кодекс (ст. 40) накладывает некоторые ограничения на такие сделки. А именно, при выполнении некоторых условий налоговый орган вправе проверить правильность применения цен по сделкам. К таким сделкам относятся:

- 1) сделки между взаимозависимыми лицами (в обсуждавшемся выше смысле);
- 2) товарообменные (бартерные) операции;
- 3) внешнеторговые сделки;
- 4) сделки с отклонением цены более чем на 20% от уровня цен, применяемых налогоплательщиком по идентичным товарам (работам, услугам) в пределах не-продолжительного периода времени.

Последний случай может иметь место, например, если организации холдинга реализуют свою продукцию одновременно и своему «центру прибыли», и внешним покупателям. Однако, как видим, при должном структурировании отношений владения и исключении прямых сделок производителей с внешним миром, юридическую возможность контроля цен нетрудно исключить.

Если же дело дошло до проверки правильности цен, налоговый орган вправе доначислить налогоплательщику налог и пеню исходя не из «внутренних» цен сделок, а из рыночной цены, но лишь в том случае, если цена отклоняется от рыночной более чем на 20%.

Рассматриваемая статья Кодекса направлена прежде всего на борьбу с уменьшением выплачиваемого налога. В данном контексте мы рассматриваем трансфертное ценообразование прежде всего как механизм финансирования в рамках холдинга. При этом если все элементы холдинга облагаются налогом по одной ставке, то налоговой экономии, в сущности, не возникает. Но если «центры прибыли» облагаются налогом по иной, более низкой ставке, трансфертное ценообразование становится мощным методом налоговой оптимизации. При этом, как мы видели, относительно несложно выполнить все требования ст. 40 НК РФ (в частности,

если отклонение цены от рыночной не превышает 20%, то статья вообще неприменима ни при каких условиях).

В недавнем прошлом (во времена существования «внутренних офшоров», то есть до принятия гл. 25 Налогового кодекса) эта схема уменьшения налога поучила широчайшее распространение, в частности, среди нефтедобывающих компаний. Однако «дело «ЮКОСа» показало, что даже несмотря на формальное соответствие схемы налоговой оптимизации закону, государство не готово мириться с налоговыми потерями: при использовании трансфертного ценообразования для уменьшения налога организация может быть привлечена к ответственности на основании признания ее «недобросовестным налогоплательщиком» (впрочем, дело еще не прошло всех судебных инстанций).

Другой аспект сделок трансфертного ценообразования касается миноритариев. Если у дочерних (производственных) организаций холдинга имеются независимые миноритарные акционеры (участники), их интересы очевидным образом ущемляются при реализации продукции организации по ценам ниже рыночных. Ввиду этого они могут чинить те или иные препятствия таким сделкам, в частности, при одобрении сделок с заинтересованностью. Это еще один довод в пользу того, что миноритариям есть место лишь на «верхних этажах» холдинга.

Управление холдингом

Все организации холдинга являются самостоятельными юридическими лицами, действующими через свои собственные органы (собрание акционеров, совет директоров, генеральный директор). Таким образом, «приказ по холдингу» юридически невозможен, как бы этого ни хотелось многим руководителям холдингов. Каким же образом обеспечивается централизованная управляемость всей этой структуры? В числе основных методов можно назвать следующие.

1. Через собрания акционеров (участников) и совет директоров

Это – классический, наиболее прямой, метод управления дочерней организацией. Материнская организация через своих представителей на собрании акционеров и в совете директоров назначает единоличный исполнительный орган (генерального директора) дочерней организации, который затем ведет всю текущую деятельность последней. Недостатком метода является отсутствие оперативности управления и прямых механизмов контроля деятельности генерального директора дочерней организации. Именно вопрос контроля над руководством дочерней организации во многих случаях является важнейшим, особенно в холдингах, возникших в результате приватизации. Часто желательно юридически ограничить полномочия генерального директора. Это можно сделать, внося соответствующие положения в устав дочерней организации (ограничивающие полномочия генерального директора на совершение сделок по их предмету или цене). Возможно также распространить режим одобрения крупных сделок на те или иные сделки сверх предусмотренных законом, но, вообще говоря, это непрактично ввиду бюрократической сложности процедуры одобрения таких сделок.

2. Через договор подчинения

На практике почти не встречается. Как мы видели, такой договор влечет солидарную ответственность материнского общества по сделкам дочернего. Кроме того, юридическая ценность подобного договора вообще сомнительна. Если генеральный директор дочернего общества заключил сделку в рамках своих уставных полномочий, хотя и в нарушение договора подчи-

нения, (например, отчуждение какого-либо ценного имущества), сделку вряд ли удастся оспорить в суде.

3. Через управляющую организацию

Функции единоличного исполнительного органа может исполнять не только физическое, но и юридическое лицо. В последнее время нашла широкое применение практика создания в рамках холдинга одной или нескольких управляющих организаций, которые выполняют функции единоличного исполнительного органа дочерних обществ холдинга. Между управляющей и управляемой организациями заключается договор о выполнении функций единоличного исполнительного органа. По юридической природе такой договор является не договором подчинения, а договором (возмездного) оказания услуг управления.

В результате только генеральный директор управляющей организации вправе без доверенности представлять дочернее общество. На практике он обычно назначает в дочернее общество исполнительного директора, действующего на основании доверенности. Исполнительный директор, как правило, состоит в штате управляющей организации (а не дочерней), что во многом решает проблему управляемости. Впрочем, это также не исключает возможности ограничения полномочий единоличного исполнительного органа дочернего общества его уставом.

Напомним, что назначение одной организации единоличным исполнительным органом другой может требовать уведомления или разрешения антимонопольного органа (см. выше).

4. Через коммерческие договоры

Помимо действующих в рамках холдинга на постоянной основе договоров поставки и т.п., могут заключаться договоры на оказание услуг, связанных с управлением и администрированием дочерних компаний. В частности, бухгалтерия дочерних компаний может вестись не их штатными бухгалтерами, а внешней компанией на основе договора об оказании бухгалтерских услуг. В частности, такой компанией может быть та же управляющая организация, ведущая бухгалтерию всех управляемых ею организаций. То же относится и к юридическим делам, охране труда и т.п. Централизация такого рода функций позволяет не только улучшить управляемость и контроль, но и резко сократить соответствующие издержки.

Относительно новым приемом из этого ряда является договорное предоставление персонала. В рамках холдинга могут создаваться специализированные организации, назначение которых – держать в своем штате всех (или некоторых) работников холдинга и предоставлять их на основе договоров предоставления персонала другим организациям холдинга. В этом случае другие организации могут вообще не иметь в штате ни одного работника, несмотря на заполненные офисы и цеха. Все эти сотрудники числятся в той самой специализированной организации, которая и платит им зарплату; сама же дочерняя организация холдинга лишь перечисляет ей средства по договору предоставления персонала. Этот договор также является по своей сути договором о возмездном оказании услуг. По такому договору могут предоставляться не только шоферы и менеджеры, но даже генеральный директор. В качестве побочного эффекта, в зависимости от характера налогообложения организаций, предоставляющих персонал, может достигаться экономия на зарплатных налогах (но не следует забывать и о теории «недобросовестного налогоплательщика»).

Важной целью для руководства холдинга является создание «единого правового пространства» в рамках холдинга, то есть унификация и формализация отношений между организациями холдинга, а также выработка единых для всех принципов управленческого учета, отчетности и т.д. Хотя «приказ по холдингу» и невозможен, центральное руководство холдинга обычно разрабатывает разного рода внутренние документы (например, положение о холдинге, положение об оплате труда), которые затем утверждаются внутренними решениями каждого дочернего общества в установленном законом порядке.

Указанные механизмы позволяют обеспечить управляемость в рамках холдинга. Но, быть может, еще более важной задачей является нахождение оптимального баланса между управляемостью и самостоятельностью элементов холдинга. Ведь мотивировкой создания холдинга нередко является именно желание передать часть полномочий на низшие уровни, разгрузив центральное руководство. В этом вопросе единых рецептов, конечно, нет. В зависимости от конкретных условий каждый холдинг выбирает для себя ту или иную модель – от жесткой централизованной (иногда даже происходит обратная реорганизация холдинга в одно юридическое лицо с сетью филиалов), до либерально-демократической, с широчайшими полномочиями руководителей «на местах».

Выводы

Закон допускает различные варианты создания холдинга, каждый со своими плюсами и минусами. Важнейшие задачи для руководства холдинга – обеспечение централизованного финансирования и управления в рамках холдинга, а также нахождение баланса между управляемостью и самостоятельностью организаций холдинга. Путем к решению этих задач является создание единого правового пространства в рамках холдинга.

Материал подготовлен компанией Roche & Duffay

тел. (095) 790-2660; 924-1300

1 Будылин С.Л. Холдинги в России: правовой и налоговый статус. // Коллегия, №11, 2004 (готовится к публикации)

2 Псарева Н.Ю. Холдинговые отношения: теоретические и методические аспекты. – М.: Издательский дом «Высшее образование и наука», 2003.