

# Осуществление хозяйственной деятельности на Сахалине

Дж. Руссин, управляющий партнера юридической фирмы Russin & Vecchi LLC

## ЮРИДИЧЕСКИЕ ВОПРОСЫ:

*Вопросы, связанные с деятельностью совместных предприятий: распределение контрольных полномочий, перерасход средств (предприятия), разрешение споров*

Федеральный закон от 30 декабря 1995 г. № 225-ФЗ «О соглашениях о разделе продукции» с последующими изменениями и дополнениями (далее — Закон о СРП) требует использования не менее чем 70% российских материалов и услуг (доля российского участия) в ходе производства работ по проектам СРП. Закон о СРП также предусматривает, что российские юридические лица имеют преимущественное право на участие в работах в качестве подрядчиков. Операторы СРП обычно считают компанию, участвующую в соответствующем конкурсе, российской, если не менее 50% в ней принадлежит российским участникам.

Как правило, для того чтобы выполнить требование о 50%-ном участии российской стороны в капитале совместного предприятия, учреждается российское общество с ограниченной ответственностью (ООО). Одна из главных проблем, с которой сталкиваются нероссийские участники в этой ситуации, — это проблема раздела полномочий по управлению деятельностью совместного предприятия с равным (50:50) участием сторон в уставном капитале. Опыт подсказывает, что существует три подхода к решению этой проблемы.

### Равный раздел контрольных полномочий

Российское право довольно подробно регламентирует все вопросы, связанные с учреждением и организацией деятельности ООО, и содержит в себе ряд требований, которые не подлежат изменению сторонами. Одно из основных правил заключается в том, что требования действующего законодательства РФ не могут быть изменены соглашением между участниками, за-

ключаемым с целью отмены применимых к ним обязательных положений российских законов. Соглашения между акционерами, которые часто используются в США и Англии и в соответствии с которыми акционеры заблаговременно договариваются о разделе мест в Совете директоров, утверждают кандидатуру исполнительного директора, а также определяют объемы и источники финансирования будущих операций ООО, зачастую признаются российскими судами не имеющими юридической силы. В соответствии с действующим российским законодательством все эти вопросы подлежат рассмотрению и окончательному разрешению на годовом собрании участников либо в порядке и в сроки, которые устанавливаются внутренними документами Общества.

Учреждение стандартного российского ООО, где характер отношений между участниками определяется решениями периодически проводимых собраний участников, является, пожалуй, оптимальным решением в тех случаях, когда российский и иностранный участники на равных участвуют в управлении деятельностью совместного предприятия. В таких случаях стороны решают все вопросы, связанные с разделом полномочий по управлению деятельностью совместного предприятия, в соответствии с российским корпоративным правом.

При этом следует отметить, что, согласно установившейся в российской корпоративной практике традиции, исполнительный директор российского ООО является весьма влиятельной фигурой. Несмотря на то что сфера его компетенции может быть сужена внутренними документами Общества и ограничениями на делегирование ему полномочий собрания участников и Совета директоров, он по-прежнему обладает правом принимать по своему усмотрению важнейшие хозяйственные решения. Поэтому партнеры по совместному предприятию должны уделить особое внимание выбору кандидата на эту руководящую должность.

Неравный раздел контрольных полномочий посредством заключения Договора об управлении

Одно из классических решений в ситуации, когда фактический вклад иностранного участника в уставный капитал и в деятельность ООО значительно превышает вклад российской стороны, заключается в том, чтобы участники единогласно приняли и отразили в уставе ООО решение о передаче полномочий по управлению деятельностью общества третьей стороне в лице управляющей компании. Заключение Договора об управлении между ООО и иностранным участником (как правило, утверждаемого единогласным решением собрания участников) позволяет передать полномочия по управлению деятельностью Общества иностранной стороне. Договор об управлении может заключаться на определенный или неопределенный период времени и предусматривать расторжение по решению участников (причем равное распределение голосов между партнерами позволяет заблокировать любое решение, если участники не могут прийти к единому мнению) либо в случае неисполнения управляющей компанией своих обязательств (причем факт неисполнения обязательств должен быть подтвержден судебным решением, вступившим в законную силу).

Передача контрольных полномочий по Договору об управлении не означает полного отстранения российской стороны от участия в управлении деятельностью общества. В соответствии с российским корпоративным правом решения, связанные с изменениями в структуре управления ООО, например решения о внесении исправлений и дополнений во внутренние документы общества, об увеличении или уменьшении уставного капитала, о реорганизации или ликвидации Общества, а также о выплате дивидендов, находятся в исключительной компетенции собрания участников и не могут быть делегированы управляющей компании по Договору об управлении. Еще один метод, который иногда используется при наличии неравенства в объеме фактического участия партнеров в деятельности совместного предприятия при номинальном равенстве долей в уставном капитале, предусматривает наделение доли, находящейся в собственности партнеров, различным объемом прав. Например, доля партнера, внесшего больший вклад, может давать ему право на получение дивидендов по более высокой ставке.

В целом следует решать проблемы, возникающие в результате неравенства фактических вкладов партнеров, в рамках структур, разрешенных российским корпоративным правом, не прибегая к решениям, основанным на использовании принятых в Соединенных Штатах Америки или Англии соглашений между акционерами, которые российские суды могут признать не имеющими юридической силы.

Полный контроль через двухуровневые структуры

Третий подход к решению вопроса о разделении контрольных полномочий предусматривает создание российского юридического лица без участия местного партнера. В этих целях необходимо учредить две российские компании. Например, компания А учреждается как российское ООО, 100%-ная доля в которой находится в собственности иностранных участников<sup>1</sup>. Затем компания А учреждает российскую дочернюю фирму, компанию Б, 100%-ная доля в которой находится в собственности компании А. Компания Б считается российской компанией, доли в которой на 50% или более принадлежат российским участникам. Несмотря на то что это решение отвечает всем юридическим требованиям в части «доли российского участия», его недостатком является то, что приходится создавать две компании, каждая из которых должна платить налоги в соответствии с российским законодательством.

Каждый из трех описанных выше подходов имеет свои преимущества и недостатки. Выбор того или иного варианта можно будет сделать только на основании анализа всех обстоятельств, связанных с тендерами, проводимыми операторами СРП. В частности, необходимо рассмотреть следующие вопросы: где будет осуществляться оказание соответствующих услуг — на территории Российской Федерации или за ее пределами? Какой объем работ будет передаваться субподрядчикам? Кто будет привлекаться в качестве субподрядчиков? Как в итоге будет складываться структура денежных потоков и налоговых платежей? Вопрос о распределении контрольных полномочий будет важным, но не единственным фактором, определяющим структуру российского ООО.

Пополнение уставного капитала

Вопросы, связанные с необходимостью пополнения уставного капитала, не имеют простого

<sup>1</sup> В данном случае в соответствии с российским корпоративным правом одна из двух российских компаний должна иметь более одного участника.

решения. Перспективы принудительного осуществления через российский суд соглашения между партнерами по совместному предприя-тию, в соответствии с которым они обязуются, если возникнет такая необходимость, попол-нить капитал совместного предприятия, пред-ставляются весьма сомнительными, поскольку в соответствии с действующим российским за-конодательством эти обязательства могут быть признаны не соответствующими принци-пу ограничения объема ответственности участ-ников ООО суммой их первоначального взноса в уставный капитал. Сомнительно также, что российские суды обеспечат принудительное исполнение в судебном порядке типового по-ложения, согласно которому партнер, который оказывается не в состоянии предоставить до-полнительное финансирование, заранее со-глашается на увеличение доли другого партне-ра в уставном капитале российского ООО на величину сделанного им дополнительного взноса. Столкнувшись с необходимостью ис-полнения такого положения, российский суд, вероятнее всего, сошлется на норму, в соот-ветствии с которой увеличение уставного ка-питала может быть утверждено только собра-нием участников, созданным специально с этой целью, и решит, что участников нельзя обязать утвердить такое увеличение до прове-дения собрания.

Согласно действующему российскому законо-дательству, один из партнеров может предо-ставить совместному предприятию дополни-тельное финансирование в виде займа, после чего российское ООО может быть обязано в су-дебном порядке исполнить свои обязательства по погашению такого займа. В то же время из-менение долей партнеров в уставном капита-ле, равно как и другие изменения в структуре ООО, не может утверждаться заблаговременно путем заключения Соглашения между участни-ками, — для этого требуется совместное ре-шение всех сторон, принимаемое на собрании участников, которое специально созывается для утверждения подобных изменений.

### Разрешение споров

К сожалению, как иностранные, так и россий-ские граждане высказывают серьезные сомне-ния в справедливости и беспристрастности российских судов. В отчете, опубликованном в октябре организацией Transparency International и ее российским филиалом — Центром анти-коррупционных исследований и инициатив, от-

мечается, что коэффициент распространенно-сти взяточничества среди судей и других ра-ботников судебной системы подскочил с 26 до 47%<sup>1</sup>. В результате многие договоры, где в ка-честве сторон выступают российская и нерос-сийская стороны, предусматривают проведе-ние арбитражных разбирательств за пределами России. Российская Федерация присоеди-нилась к Нью-Йоркской конвенции об исполне-нии арбитражных решений<sup>2</sup>; к сожалению, ис-полнение в России решений иностранных ар-битражных судов без их повторного рассмотрения российскими судами имеет ме-сто крайне редко.

Кроме того, на то чтобы добиться вынесения арбитражного решения за рубежом и дождать-ся его исполнения в России, требуется доволь-но много времени, а отдача от этого может ока-заться сравнительно небольшой. Поэтому в ряде случаев выгоднее обращаться непосред-ственно в российский арбитражный суд<sup>3</sup>. Эти суды выгодно отличаются тем, что предостав-ляют правовую защиту в виде судебных запре-тов еще до начала судебного разбирательства, что позволяет немедленно прекратить дейст-вия партнера, виновного в нарушении прав участников, вместо того чтобы ожидать испол-нения окончательного решения иностранного арбитражного суда.

К сожалению, мне пока ничего не известно о практике сахалинских судов в области испол-нения иностранных арбитражных решений. На-сколько я знаю, подобных прецедентов в саха-линской судебной системе еще не было.

### *Вопросы, связанные с использованием рабо-чей силы: российское трудовое законодатель-ство, трудовые договоры, сверхурочные рабо-ты, «северные» льготы*

#### Российское трудовое законодательство и тру-довые договоры

В Трудовом кодексе Российской Федерации напрямую указывается, что он регламентирует отношения в сфере занятости и трудоустрой-ства с участием иностранных физических и юридических лиц. Иными словами, трудовые отношения с участием нероссийских граждан, которые являются сотрудниками иностранных компаний и работают на территории Россий-ской Федерации, подпадают под действие Тру-дового кодекса Российской Федерации. Ключевым фактором в данном случае является ме-

<sup>1</sup> См.: The Moscow Times. 2002. 10 октября.

<sup>2</sup> В отличие от арбит-ражных решений ис-полнение российски-ми судами иностран-ных судебных ре-шений возможно только в тех случаях, когда соответствующее иностранное го-сударство и Россия заключили договор о взаимном исполне-нии судебных реше-ний либо когда рос-сийскому суду, в ко-торый поступила просьба об исполне-нии иностранного су-дебного решения, бу-дут представлены убедительные дока-зательства возможно-сти исполнения реше-ний российских судов в таком государстве.

<sup>3</sup> Не следует смешивать российскую сис-тему арбитражных су-дов с частным арбит-ражем. Арбитражные суды возникли в рам-ках советской систе-мы разрешения спо-ров между государст-венными предприятиями, и се-годня они занимаются рассмотрением боль-шинства коммерчес-ких споров между юридическими лицами.

сто, где производятся работы. Если сотрудник компании работает в России, к нему применяются положения Трудового кодекса РФ. Другие нормы Трудового кодекса лишают исковой силы любые положения трудового договора, которые противоречат обязательным положениям Кодекса, в том числе в случаях, когда предпринимается попытка установить в качестве права, регламентирующего трудовые отношения, законодательство любой другой юрисдикции. Если подрядчики и субподрядчики по проектам, которые реализуются в рамках СРП, привлекают иностранных рабочих для производства работ на территории Российской Федерации, они должны отдавать себе отчет в том, что, несмотря на то что эти рабочие были наняты по контрактам, которые регламентируются законами соответствующих иностранных юрисдикций, они имеют право на все льготы, предоставляемые Трудовым кодексом РФ.

### Сверхурочные работы

Трудовой кодекс вводит ограничения на использование сверхурочных работ. Работодатель вправе применять сверхурочные работы только в исключительных случаях, например для устранения случайных или неожиданных обстоятельств, нарушающих правильное функционирование систем газоснабжения, отопления, освещения и других инженерных коммуникаций, а также когда это необходимо «для предотвращения общественного или стихийного бедствия»<sup>1</sup>. Положения Трудового кодекса РФ, регламентирующие использование сверхурочных работ, носят крайне ограничительный характер, в результате чего работодатели не вправе прибегать к сверхурочным работам для достижения таких целей, как соблюдение договорных или иных сроков, если это не связано с чрезвычайными обстоятельствами.

Единственная возможность обойти эти ограничения — использование так называемого ненормированного рабочего дня. Соответствующие положения Трудового кодекса РФ широко применяются многими частными и государственными организациями в ситуациях, когда существует необходимость произвести большой объем работ к конкретному сроку, что требует более гибкой организации рабочего времени. Между тем, декларируя концепцию ненормированного рабочего дня, Трудовой кодекс не содержит детализированных норм, регламентирующих ее реализацию. На практике большинство работодателей оговаривают эти во-

просы в письменных трудовых договорах с соответствующими работниками. Согласно таким договорам, на этих работников не распространяются общепринятые ограничения продолжительности рабочего дня (8 часов) или рабочей недели (40 часов); для них может быть установлено более раннее время начала и более позднее время завершения ежедневной работы. При производстве строительных работ использование ненормированного рабочего дня позволяет работодателю устанавливать рабочие часы в соответствии с реальными потребностями строительства. Как правило, работодатель составляет отдельные графики для тех, кто работает стандартный и ненормированный рабочий день.

При этом дополнительные часы, отработанные теми, кто работает на условиях ненормированного рабочего дня, не квалифицируются как сверхурочные работы, и доплата за них не предусмотрена. Вместо этого работодатель и работник заранее оговаривают в трудовом договоре общую сумму ежемесячного вознаграждения. Это вознаграждение рассматривается Трудовым кодексом как полное вознаграждение за весь комплекс произведенных работ, хотя работодатель вправе по своему усмотрению дополнительно премировать работника. Единственная дополнительная льгота, предусмотренная Трудовым кодексом в таких случаях, — это предоставление сверх установленного законом ежегодного оплачиваемого отпуска дополнительного отпуска, продолжительность которого устанавливается трудовым договором, однако не может быть менее трех календарных дней.

### «Северные» льготы

Согласно российскому трудовому законодательству, вся территория острова Сахалин является зоной с суровыми климатическими условиями, что дает работникам право на получение особых льгот. На территории Сахалина имеются регионы, которые считаются местностями, приравненными к районам Крайнего Севера (например, Южно-Сахалинск), и регионы, которые квалифицируются как районы Крайнего Севера (например, Ноглики и Оха). Главная льгота — это надбавка к заработной плате и отпускному пособию. Так, в Южно-Сахалинске к тарифным ставкам применяется повышающий районный коэффициент 2,1, в Ногликах и Охе — 2,3.

<sup>1</sup> Статья 54 Трудового кодекса Российской Федерации.

Кроме того, в Южно-Сахалинске работникам, занятым стандартную 40-часовую рабочую неделю, кроме установленного законом ежегодного оплачиваемого отпуска продолжительностью 28 календарных дней предоставляются дополнительные отпуска продолжительностью 16 календарных дней. В Ногликах и Охе продолжительность дополнительного (полагающегося в дополнение к 28-дневному) отпуска составляет 24 календарных дня. Кроме того, работодатель обязан один раз в два года компенсировать работникам расходы на оплату стоимости проезда к месту проведения отпуска и обратно в пределах Российской Федерации.

### *Другие законодательные и нормативные правовые акты, влияющие на подрядную/субподрядную деятельность*

#### Подходное налогообложение иностранных работников

В соответствии с Налоговым кодексом РФ с 1 января 2001 г. иностранные граждане — налоговые резиденты Российской Федерации платят подходный налог по фиксированной ставке 13% со всей суммы трудового дохода, полученного ими на территории России.

Налоговым резидентом является любое лицо, фактически находящееся на территории РФ не менее 183 дней в календарном году. Указанная сниженная ставка подходного налогообложения применима и ко всем работникам — гражданам Российской Федерации.

В то же время в отношении лиц, находящихся на территории РФ менее 183 дней в календарном году, действует положение об удержании и уплате подходного налога по фиксированной ставке 30% со всей суммы дохода, полученного в период пребывания в России. Это положение, по всей видимости, распространяется даже на иностранных работников, которые работают по трудовому договору с нероссийской компанией и получают заработную плату в иностранной валюте в нероссийском банке. В данном случае главным фактором возникновения обязательств по уплате подходного налога в соответствии с российским налоговым законодательством является получение заработной платы за услуги, оказанные на территории РФ. Остается, однако, неясным, как нероссийская компания, которая не является налоговым резидентом Российской Федерации, должна осуществлять удержание и уплату российских на-

логов с дохода, получаемого такими работниками. Налоговые органы еще не опубликовали никаких нормативных документов, регламентирующих этот вопрос.

#### Разрешения на работу для иностранных работников

Статья 18 недавно введенного в действие Федерального закона «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» устанавливает новый порядок выдачи иностранным гражданам приглашений на въезд в Российскую Федерацию в целях осуществления трудовой деятельности и разрешений на работу. Нормативные документы с подробным разъяснением порядка применения новых правил еще не опубликованы, и многие практические вопросы до сих пор остаются неясными. В соответствии с Законом Правительство РФ ежегодно утверждает квоту на выдачу иностранным гражданам приглашений на въезд в Российскую Федерацию в целях осуществления трудовой деятельности. Приглашения на въезд в Российскую Федерацию в целях осуществления трудовой деятельности и разрешения на работу теперь выдаются не Министерством по делам Федерации, национальной и миграционной политики, как это было ранее, а Министерством внутренних дел РФ. Приглашения на въезд в Российскую Федерацию в целях осуществления трудовой деятельности выдаются при условии перечисления работодателем на специальный счет Министерства внутренних дел РФ и средств, необходимых для обеспечения выезда иностранного работника из Российской Федерации в страну постоянного проживания. Эти средства возвращаются работодателю после того, как работник покидает территорию РФ по завершении срока трудового договора. Приглашения на въезд в Российскую Федерацию в целях осуществления трудовой деятельности и разрешения на работу выдаются работодателям только при условии наличия прямых трудовых договоров с иностранными работниками.

До введения в действие этого нового Закона разрешения на работу выдавались сахалинским отделением Миграционной службы по согласованию с сахалинской областной администрацией, и проблем с получением таких разрешений для специализированного персонала практически не было. Остается надеяться, что это положение сохранится и после введения новых правил.