

# БЫТЬ ИЛИ НЕ БЫТЬ

## корпоративному договору



**Максим Распутин**

старший юрист адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры», член проектной группы № 2 (по корпоративному праву и управлению, налогообложению финансовых операций) Рабочей группы по созданию МФЦ

НЕСМОТРЯ НА ВНЕСЕНИЕ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО О ХОЗЯЙСТВЕННЫХ ОБЩЕСТВАХ ИЗМЕНЕНИЙ, ПРЯМО ЗАКРЕПИВШИХ КОРПОРАТИВНЫЕ СОГЛАШЕНИЯ, ОНИ ТАК И НЕ ПОЛУЧИЛИ ШИРОКОГО РАСПРОСТРАНЕНИЯ НА ПРАКТИКЕ. ПРИ ЗАКЛЮЧЕНИИ БОЛЬШИНСТВА ПОДОБНЫХ СДЕЛОК НА УРОВНЕ ЗАРУБЕЖНЫХ ХОЛДИНГОВЫХ КОМПАНИЙ ПО-ПРЕЖНЕМУ ИСПОЛЬЗУЕТСЯ ИНОСТРАННОЕ (ОБЫЧНО АНГЛИЙСКОЕ) ПРАВО. ПРЕДПОЧТЕНИЕ ЕМУ ОТДАЕТСЯ ДАЖЕ В СИТУАЦИИ, КОГДА ДЛЯ ЭТОГО НЕТ НАЛОГОВЫХ ПРИЧИН. ПРИМЕНЕНИЮ РОССИЙСКОГО ПРАВА ПРЕПЯТСТВУЮТ НЕСОВЕРШЕНСТВО СПЕЦИАЛЬНЫХ НОРМ О КОРПОРАТИВНОМ ДОГОВОРЕ, А ТАКЖЕ НЕГИБКОСТЬ ДОГОВОРНОГО И КОРПОРАТИВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА. В РАМКАХ НАЧАТОЙ РЕФОРМЫ В ГК РФ ПЛАНИРУЕТСЯ ВНЕСТИ ИЗМЕНЕНИЯ, ПОЗВОЛЯЮЩИЕ ЗАМЕТНО РАСШИРИТЬ ВОЗМОЖНОСТИ И СФЕРУ ЗАКЛЮЧЕНИЯ И ИСПОЛНЕНИЯ КОРПОРАТИВНЫХ СОГЛАШЕНИЙ. РЕГУЛИРОВАНИЕ СТАНЕТ БОЛЕЕ ГИБКИМ, ПОЯВЯТСЯ НОВЫЕ ДОГОВОРНЫЕ МЕХАНИЗМЫ, В Т. Ч. СВЯЗАННЫЕ С ЗАЩИТОЙ КРЕДИТОРОВ.

### Недостатки регулирования

В настоящий момент ни закон, ни судебная практика не дают ответа на вопрос о том, могут ли быть сторонами корпоративных договоров (акционерных соглашений, договоров об осуществлении прав участников ООО) лица, не являющиеся участниками общества. Например, само общество, кредиторы, потенциальные покупатели акций (долей), залогодержатели, владельцы депозитарных расписок. Неясно также, могут ли акционерные соглашения заключаться до создания общества (в отношении соглашений участников ООО такая возможность в законе закреплена), что на практике часто бывает необходимым. Указанные соглашения могут регулировать в т. ч. вопросы создания

компании и порядка оплаты уставного капитала. Формы уставов, подлежащих утверждению учредителями, могут согласовываться в качестве приложений к таким акционерным соглашениям.

Российскому гражданскому праву не известна конструкция опционного договора. При этом в международной практике условия об опционах позволяют сторонам договориться, например, о порядке перераспределения пакетов акций в случае нарушения соглашения одной из них или возникновении тупиковой ситуации, описать условия Tag-along и Drag-along, закрепить порядок выхода инвестора из проекта в случае его реализации. В отсутствие прямого законодательного регулирования и при крайне осторожном отношении российских судов к непоимено-

ванным договорным моделям включение в корпоративные договоры, заключаемые по отечественному праву, соответствующих условий может быть довольно рискованно.

## Защита кредитора

Одним из главных препятствий к структурированию корпоративных договоров по российскому праву является общая проблема защиты кредиторами своих нарушенных прав. В случае невыполнения многих из типичных условий корпоративного договора кредитору будет крайне сложно получить эффективную защиту в российском суде.

В качестве примера подобного условия можно привести обязательство по согласованному голосованию. Если один из акционеров принял на себя обязательство голосовать за определенного кандидата на должность генерального директора и впоследствии нарушил его, проголосовав за другого, то кредитору, скорее всего, будет очень сложно защитить свои права. Даже если неэффективное управление обществом со стороны генерального директора, избранного в нарушение корпоративного договора, приведет к существенному уменьшению стоимости акций, взыскать убытки с акционера, не выполнившего взятое на себя обязательство, будет очень нелегко. Успех в доказывании размера убытков и причинно-следственной связи при текущих стандартах доказывания в российских судах маловероятен. Принуждение к исполнению обязательства по согласованному голосованию в натуре вряд ли возможно.

Неустойка, несмотря на усилия, предпринимаемые ВАС РФ в этом направлении, скорее всего, будет существенно снижена судом на основании ст. 333 ГК РФ. Уверенности в том, что компенсация как специальный способ правовой защиты кредиторов по акционерным соглашениям (не предусмотрена для соглашений участников ООО и других договоров) не будет квалифициро-

вана в качестве неустойки или снижена на ином основании (например, по ст. 10 ГК РФ), также нет. В подобной ситуации оспаривание решений органов управления общества на основании их противоречия корпоративному договору (разумеется, при условии защиты интересов всех акционеров и третьих лиц) могло бы стать единственным эффективным способом защиты кредитора, чьи права нарушены. Однако, к сожалению, текущая редакция Федерального закона от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (далее – Закон № 208-ФЗ) содержит прямой запрет оспаривания решений общего собрания акционеров по данному основанию.

Федеральный закон от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее – № 14-ФЗ) ответа на вопрос о возможности оспаривания корпоративных решений, противоречащих корпоративным соглашениям, не дает. Данное обстоятельство, теоретически, дает судам возможность выработать правила оспаривания решений общих собраний участников ООО, но вероятность этого невелика.

## Императивность

Другим серьезным препятствием для использования корпоративных договоров по российскому праву является общая императивность и негибкость национального корпоративного законодательства. Она проявляется в т. ч. в слишком жестких правилах корпоративного управления в непубличных компаниях.

Например, российское законодательство не позволяет участникам совместного предприятия договориться о непропорциональном контроле в отношении него. В отечественном законодательстве, в отличие от подавляющего большинства иностранных юрисдикций, правило «один голос – одна акция» является императивным. Эффективно договориться о распределении полномочий между несколькими директорами невозможно.

Ищите нас на Facebook



корпоративный юрист



Установленные в законе правила распределения имущества в случае ликвидации компании являются обязательными, и договоренность об ином порядке, установленная в соглашении, не будет исполнима. Сказанное в совокупности не дает возможности участникам совместного предприятия настраивать правила управления им под свои конкретные нужды.

### Реформа

Разработчиками первоначальной редакции поправок в ГК РФ было предложено закрепить в нем общее понятие корпоративного договора, под которым в законопроекте понималось соглашение акционеров и участников ООО. Предлагалось установить запрет на:

- отчуждение прав на голосование отдельно от акций;
- определение в корпоративном договоре структуры органов общества и порядка принятия ими решений;
- оспаривание корпоративных решений на основании нарушения корпоративного договора.

По сравнению с первоначальной редакцией подход к регулированию корпоративного договора в законопроекте № 47538-6 (далее – Законопроект) существенно изменился. Предлагаемый в нем вариант ст. 67.2 ГК РФ («Корпоративный договор») содержит подробные положения, направленные на расширение использования корпоративных договоров, заключенных по российскому праву.

### Новеллы

#### 1. Смягчение требований

Законопроект существенно либерализует правовой режим непубличных компаний (любых хозяйственных обществ, акции которых публично не размещаются и не обращаются). Участники непубличных обществ на основании их единогласного решения смогут (ст. 66.3 ГК РФ в редакции Законопроекта), в частности:

- более свободно определять структуру и порядок формирования органов управления

(в т. ч. отказаться от создания исполнительного органа, передав его полномочия наблюдательному совету);

- изменять порядок созыва, подготовки, проведения общих собраний акционеров (участников) и принятия решений органами управления.

Смягчение требований к корпоративному управлению несомненно, сделает российское право более привлекательным для структурирования совместных предприятий и заключения корпоративных договоров. Через передачу полномочий коллегиального исполнительного органа наблюдательному совету и при условии введения требования, например, о единогласном одобрении последним определенных решений и сделок стороны корпоративных договоров смогут в т. ч. эффективно закреплять свои договоренности о совместном принятии определенных операционных решений.

#### 2. Перераспределение контроля

Более гибким порядок управления российскими компаниями делает еще одна новелла Законопроекта. Так, корпоративный договор при условии внесения сведений о нем в ЕГРЮЛ может предусматривать непропорциональный объем правомочий участников общества относительно их долей (ст. 66 ГК РФ в редакции Законопроекта). Иными словами, предлагается разрешить на уровне корпоративного договора отход от вышеупомянутого правила «один голос – одна акция». В случае принятия соответствующих поправок участники корпоративных договоров смогут договариваться о непропорциональном их долям контроле в отношении общества, а также о перераспределении прав голоса без переуступки акций (долей).

Правило о том, что информация о таком корпоративном договоре должна раскрываться в ЕГРЮЛ, логично и направлено на защиту интересов третьих лиц, для которых сведения о фактическом контроле в обществе, могут оказаться принципиально важными.

Следует обратить внимание на то, что Законопроект не предполагает раскрытия коммерче-

ских условий таких корпоративных договоров. Хотя детальный порядок раскрытия информации в ЕГРЮЛ не определен, очевидно, что оно должно происходить в минимальном объеме, обеспечивающем, с одной стороны, уведомление третьих лиц о факте перераспределения контроля в обществе, а с другой – сохранение конфиденциальности условий соответствующего корпоративного договора. Представляется логичным предусмотреть в данном случае такой порядок раскрытия информации, который соответствовал бы действующим правилам п. 5 ст. 32.1 Закона № 208-ФЗ.

### 3. Стороны договора

Статья 67.2 ГК РФ в редакции Законопроекта вносит ясность в вопрос о том, могут ли иные лица, кроме непосредственно акционеров (участников), быть сторонами корпоративных договоров. Согласно Законопроекту кредиторы общества и иные третьи лица, обладающие охраняемым законом интересом, смогут фактически заключать с участниками хозяйственных обществ корпоративные договоры. Законопроект прямо не называет такие договоры корпоративными, однако устанавливает, что к ним применяются правила о корпоративных договорах. Таким образом, существующие сейчас на практике риски признания корпоративных договоров с участием кредиторов, залогодержателей акций, держателей депозитарных расписок, доверительных управляющих недействительными им устраняются. В случае одобрения соответствующих поправок третьи лица, обладающие обоснованным интересом, смогут беспрепятственно заключать корпоративные договоры де-факто.

При этом необходимо обратить внимание на такую категорию потенциальных участников обществ, как члены совета директоров. Директора несут по отношению к обществу фидуциарные обязанности. То есть они обязаны действовать в интересах общества добросовестно и разумно. В случае несоблюдения фидуциарных обязанностей директора могут быть привлечены к ответственности за убытки, причиненные обществу.

К нарушению фидуциарных обязанностей может привести исполнение членом совета директоров определенных обязательств по голосованию, принятых им на себя в соответствии с корпоративным соглашением, заключенным с акционерами (участниками) общества (иные обязательства он, не являясь акционером (участником), взять на себя, скорее всего, не сможет). Наличие корпоративного договора в подобных обстоятельствах, конечно, не освободит директора от ответственности. Таким образом, в случае закрепления в ГК РФ правил об участии третьих лиц в качестве сторон корпоративного соглашения члены советов директоров обществ, скорее всего, не смогут их заключать.

### 4. Момент заключения

В Законопроекте дан ответ на вопрос о том, могут ли корпоративные договоры заключаться до создания общества (ст. 67.2 ГК РФ в редакции Законопроекта). Поскольку правила о корпоративном договоре применяются к соглашению об учреждении хозяйственного общества, то препятствия для заключения корпоративного договора до создания общества устраняются. Такой договор фактически будет являться смешанным (об учреждении общества и корпоративным).

### 5. Сфера действия

Согласно Законопроекту в корпоративном договоре непубличного общества по единогласному решению всех его участников может быть определена структура органов управления общества и их компетенция. Эта новелла, в сущности, меняет концептуальный подход к пониманию корпоративных договоров в российском праве.

Многие специалисты и Закон № 208-ФЗ понимают акционерные соглашения как договор, влекущий возникновение обязательств между его сторонами, но не затрагивающий непосредственно корпоративные отношения внутри общества. Сегодня сферы действия устава как документа, устанавливающего правила корпоративного управления, и акционерного соглашения, регули-

рующего дополнительные обязательства между его участниками, фактически не пересекаются. Законопроект устраняет разрыв между ними, предусматривая, что при соблюдении определенных условий корпоративным договором наряду с уставом могут регулироваться корпоративные отношения внутри самого общества. Разумеется, сторонами такого соглашения должны быть все участники общества. По сути, корпоративный договор, заключенный всеми участниками непубличного общества, будет иметь двойную правовую природу. С одной стороны, он будет устанавливать обычные гражданско-правовые обязательства между его сторонами, а с другой – регулировать внутренние корпоративные отношения в обществе.

## 6. Оспаривание решений

Законопроектом предлагается ввести правило о возможности оспаривания решений органов управления общества, противоречащих корпоративному договору. Такое оспаривание будет допускаться только в непубличных обществах, все участники которых являются сторонами корпоративного договора. Кроме того, признание решения органов управления общества недействительным не должно будет нарушать права и охраняемые законом интересы третьих лиц.

В данной новелле закрепляется понимание «единогласных» корпоративных договоров в не-

публичных обществах как сделок с двойственной «корпоративно-договорной» природой. Ее принятие, приведет к появлению у кредиторов по корпоративным договорам дополнительного эффективного способа правовой защиты.

## 7. Раскрытие условий

Еще одним нововведением Законопроекта является обязанность участников общества, заключивших корпоративный договор, уведомить его о данном факте. Последствием неисполнения указанной обязанности является право других участников общества требовать возмещения причиненных им убытков.

Соответствующее положение Законопроекта нельзя назвать сбалансированным. С одной стороны, корпоративные договоры, изменяющие структуру управления непубличных обществ (если при этом затрагиваются интересы третьих лиц), а также информация о корпоративных договорах публичных обществ должны подлежать раскрытию. С другой стороны, информация о договорах непубличных обществ, не содержащих изменений в условиях управления, раскрытию подлежать не должна. Недифференцированный подход к вопросу раскрытия информации обо всех корпоративных договорах нельзя назвать верным. Возможно, впоследствии он будет уточнен на уровне специальных законов.

## В Судьба российского права

*Рассмотренные изменения, безусловно, не означают того, что после их принятия иностранное право станет гораздо реже применяться при заключении корпоративных договоров в отношении российских активов. Для его использования в подобных сделках есть множество иных причин, в т. ч. налоговых. Кроме того, в российском праве отсутствует ясность в вопросе об арбитрабельности споров, возникающих из корпоративных договоров. Предусмотренные в Законопроекте поправки помогут оставаться в рамках российского права тем участникам оборота, которые и сейчас стремятся к этому, но по вышеуказанным причинам не могут.*

*Также необходимо понимать, что многие из рассмотренных изменений в случае их принятия потребуют внесения уточняющих поправок в специальные законы. Существенно повлиять на применение этих новелл может и позиция российских судов.*