

Для заключения акционерных соглашений в отношении банков (исключая крупнейшие) часто привлекаются юридические консультанты. Это связано как с уровнем рисков и ответственности по таким сделкам, так и с тем, что немногие внутренние юристы имеют достаточный опыт для сопровождения заключения акционерных соглашений. Статья поможет внутренним юристам банка наметить основные структурные аспекты сделки и оценить, в какой степени варианты акционерного соглашения, предложенные внешними юристами, отвечают целям и задачам банка¹.

Заключение акционерных соглашений в отношении банков: варианты структурирования договоренностей



Александр ГАРМАЕВ,
юридическая фирма VEGAS LEX, руководитель Группы корпоративных проектов

Формирование органов управления банка

Обычно акционеры вправе самостоятельно выбрать структуру и компетенцию органов управления компании, которые закрепляются в ее уставе. Усмотрение акционеров ограничено только некоторыми положениями корпоративного законодательства². Однако в отношении банков действуют специальные правила, которые императивно устанавливают, что, помимо общего собрания акционеров, в любом банке должны быть сформированы наблюдательный совет и правление — коллегиальный исполнительный орган. При этом председатель правления является единоличным исполнительным органом³. Кроме того, устав любого банка должен предусматривать, что определенный перечень вопросов относится к компетенции наблюда-

¹ Рекомендации, касающиеся случаев, когда необходимо заключать акционерное соглашение, выбора организационно-правовой формы банка, а также установления ограничений на изменение состава акционеров банка, даны в статье: Гармаев А. Рекомендации по заключению акционерных соглашений в отношении банков // Юридическая работа в кредитной организации. 2018. № 2.

² Допустимые элементы структуры органов управления компании предусмотрены ст. 53 ГК РФ, возможные вопросы компетенции органов управления в акционерном обществе перечислены в ст. 48 и 65 Федерального закона от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (далее — Закон об АО).

³ Статья 11.1 Федерального закона от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности» (далее — Закон о банковской деятельности).

Заключение акционерных соглашений в отношении банков: варианты структурирования договоренностей

тельного совета (например, утверждение стратегии управления рисками и капиталом, утверждение порядка применения банковских методик управления рисками и моделей количественной оценки рисков и др.)¹.

Вместе с тем возможности для разграничения компетенции между общим собранием акционеров и наблюдательным советом банка зависят от типа организационно-правовой формы банка — публичное или непубличное акционерное общество. Если в публичных обществах разграничение компетенции происходит в строгих рамках закона (с минимальной свободой усмотрения акционеров, в частности в отношении того, какие вопросы должны рассматриваться акционерами)², то в непубличных обществах акционерам предоставляются достаточно большие возможности для определения объема полномочий собрания акционеров, который можно расширять или сужать по сравнению с тем, как он изначально определен в Законе об АО³.

Эти особенности формирования органов управления банков и разграничения компетенции между ними необходимо учитывать при заключении акционерных соглашений. Так, в соответствии с предусмотренным законом определением акционерного соглашения⁴ в данном соглашении акционеры могут урегулировать вопросы осуществления прав по принадлежащим им акциям, одним из которых является право участвовать в собраниях акционеров и голосовать на них. При этом буквальное толкование положений закона не допускает, что акционеры могут договориться относительно голосования членов наблюдательного совета или членов правления на соответствующих заседаниях. В этой связи наиболее эффективным способом урегулирования в акционерном соглашении вопросов корпоративного управления является согласование особенностей принятия решений и голосования именно на уровне общего собрания акционеров банка. При этом круг вопросов, по которым акционеры вправе договориться в соглашении, в непубличном обществе может быть значительно шире, чем в публичном.

Вне зависимости от типа акционерного общества в акционерном соглашении необходимо предусмотреть формат назначения наблюдательного совета, правления и председателя правления банка.

Возможности для разграничения компетенции между общим собранием акционеров и наблюдательным советом банка зависят от типа организационно-правовой формы банка — публичное или непубличное акционерное общество.

¹ Статья 11.1-1 Закона о банковской деятельности.

² Пункт 1 ст. 48 Закона об АО.

³ Пункты 2.1, 4 ст. 48 Закона об АО.

⁴ Пункт 1 ст. 32.1 Закона об АО.

Александр ГАРМАЕВ

Наиболее эффективным способом урегулирования в акционерном соглашении вопросов корпоративного управления является согласование особенностей принятия решений и голосования на уровне общего собрания акционеров банка.

Обычно принцип кумулятивного голосования¹ позволит обеспечить акционеру избрание в наблюдательный совет определенного количества членов пропорционально его голосам. Однако в некоторых случаях акционеры в акционерном соглашении договариваются, что наблюдательный совет будет формироваться иным образом.

Как показывает наш опыт, возможны ситуации, когда миноритарному акционеру предоставляется право эффективно номинировать в наблюдательный совет определенное количество членов сверх того, на что он может рассчитывать при принадлежащем ему пакете акций. К примеру, это возможно в случае, если стороны согласны с тем, что управление банком осуществляется фактически на паритетных началах², или в случае, если миноритарный акционер имеет для банка стратегическую роль (является крупным инвестором, кредитором, историческим партнером по созданию совместного предприятия и т.п.).

В указанных случаях для миноритарного акционера важно, чтобы в акционерном соглашении была закреплена обязанность мажоритарного акционера голосовать на общих собраниях акционеров за избрание в наблюдательный совет определенного количества членов, предложенных миноритарным акционером³.

В то же время устав банка должен предусматривать порядок принятия наблюдательным советом решений по существенным вопросам, подразумевающий, что такие вопросы не могут быть приняты без положительного голосования представителей миноритарного акционера. К таким вопросам могут быть отнесены утверждение стратегии, бизнес-плана, бюджета банка, утверждение КРІ для членов правления, формирование рекомендаций по распределению чистой прибыли, одобрение отдельных сделок и т.п.

Как уже было отмечено, акционерное соглашение не регулирует напрямую вопросы участия членов наблюдательного совета в засе-

¹ Согласно данному принципу число голосов, принадлежащих каждому акционеру, умножается на число лиц, которые должны быть избраны в наблюдательный совет, и акционер вправе отдать полученные таким образом голоса полностью за одного кандидата или распределить их между двумя и более кандидатами.

² Например, при распределении голосов, согласно которому 50% плюс 1 голос принадлежат мажоритарному акционеру и 50% минус 1 голос – миноритарному акционеру, влияние миноритарного акционера достаточно значительное и может позволить ему добиться равных прав с мажоритарным акционером.

³ Ранее в судебной практике господствовал ошибочный подход, согласно которому практически любое договорное обязательство акционера голосовать на общем собрании определенным образом признавалось незаконным (недопустимым отказом от права и (или) ограничением правоспособности), что существенно ограничивало практику применения акционерных соглашений в России. За последние 5-7 лет судебная практика значительно изменилась в прогрессивную сторону (см., например, Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 20.03.2014 по делу № А45-1845/2013, Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 22.10.2015 № 07АП-9663/2015 по делу № А45-12229/2015, Определение Верховного суда РФ от 14.04.2016 № 309-ЭС16-2453 по делу № А60-12804/2015, Постановление Шестого арбитражного апелляционного суда от 14.02.2014 № 06АП-6954/2013 по делу № А73-8807/2013).

Заключение акционерных соглашений в отношении банков: варианты структурирования договоренностей

даниях. Тем не менее, следуя практике акционерных соглашений по английскому праву, зачастую в российские акционерные соглашения включаются обязательства акционеров обеспечить, чтобы назначенные по их предложению члены наблюдательного совета голосовали на заседаниях определенным образом (например, за открытие банком филиала в определенном регионе). Подобные обязательства на данный момент не получили оценку в судебной практике. Вполне вероятно, что российские суды будут рассматривать такие обязательства как не имеющие силы, а соответствующие положения акционерных соглашений — как недействительные.

С учетом изложенного рекомендуем в уставе банка относить ключевые вопросы управления к компетенции общего собрания акционеров и, как уже было сказано, договариваться в акционерном соглашении о голосовании именно на уровне этого собрания. Разумеется, гораздо большая гибкость в этом отношении доступна акционерам банков, являющихся непубличными акционерными обществами.

Не меньшее значение имеют и вопросы формирования исполнительных органов банка. Здесь возможны разные варианты, однако в любом случае необходимо, чтобы порядок формирования исполнительных органов банка был сбалансированным с точки зрения интересов акционеров.

В каких-то случаях стороны согласовывают ротацию членов исполнительных органов. Например, в течение 3–5 лет исполнительные органы формируются из числа лиц, номинированных акционером А. Следующие 3–5 лет — из числа лиц, номинированных акционером Б. Приведенный принцип имеет преимущества: с одной стороны, менеджменту предоставляется достаточное время для достижения поставленных задач, с другой — predetermined смена руководства предотвращает «сращивание» интересов банка и интересов менеджмента. Тем не менее, по нашему опыту, такой принцип применяется крайне редко.

Чаще в акционерном соглашении устанавливается, что исполнительные органы банка формируются из представителей мажоритарного акционера (иногда представители миноритарных акционеров входят в правление). В таких случаях рекомендуем миноритарным акционерам закреплять в акционерном соглашении гарантии их защиты от некачественного управления.

Так, могут быть предусмотрены специальные ситуации, когда миноритарные акционеры вправе требовать смены исполнительных органов, а мажоритарный акционер обязан обеспечить смену путем голосования на общем собрании акционеров банка за прекращение

Часто исполнительные органы банка формируются из представителей мажоритарного акционера. В таких случаях рекомендуем миноритарным акционерам закреплять в акционерном соглашении гарантии их защиты от некачественного управления.

Александр ГАРМАЕВ

полномочий исполнительных органов и избрание новых кандидатур. К таким ситуациям могут относиться значительное и (или) систематическое невыполнение КРІ членами правления, невыполнение банком бюджета по ключевым показателям более чем на 10–20%, невыполнение конкретных стратегических задач и т.п. При этом возможно, что право предложить новые кандидатуры для избрания в исполнительные органы будет предоставлено миноритарному акционеру, хотя на практике такое право чаще всего сохраняется за мажоритарием. В любом случае рекомендуем предусмотреть в акционерном соглашении минимальные требования, которым должны соответствовать кандидаты в дополнение к общим требованиям, предусмотренным ст. 11.1 Закона о банковской деятельности (например, может быть установлено требование опыта работы на руководящих должностях кредитных организаций в течение не менее 3–5 лет и др.).

Сегодняшние реалии также показывают, что для банков с иностранным участием чувствительным является вопрос о включении члена органа управления в санкционные списки ЕС и США. По нашему опыту, иностранные акционеры могут требовать, чтобы акционерные соглашения предусматривали механизмы незамедлительной замены члена наблюдательного совета или правления, если он попал в какой-либо персональный санкционный список.

Заранее согласованные вопросы общего собрания акционеров

Помимо вопросов о формировании органов управления банка в акционерном соглашении могут быть урегулированы и другие вопросы, решения по которым принимаются общим собранием акционеров.

В кризисной ситуации особенно возрастает риск того, что банк перестанет соответствовать требованиям Банка России в части достаточности собственных средств (капитала)¹. Если акционеры изначально рассматривают участие в банке как приоритетное направление своего бизнеса и (или) по какой-либо причине благополучие банка имеет для них особенное значение, то рекомендуем заранее прописать в акционерном соглашении обязательства акционеров по докапитализации банка посредством инструментов корпоративного невозвратного финансирования (оплата акций банка в рамках дополнительной эмиссии и (или) предоставление вклада в имущество²).

¹ Норматив Н1.0 установлен Инструкцией Банка России от 03.12.2012 № 139-И «Об обязательных нормативах банков».

² Порядок внесения вкладов в имущество предусмотрен ст. 32.2 Закона об АО.

Заключение акционерных соглашений в отношении банков: варианты структурирования договоренностей

Учитывая, что процедуры, в рамках которых предоставляется финансирование, как правило, требуют проведения собрания акционеров банка, стороны акционерного соглашения могут принять на себя обязательство проголосовать на собрании акционеров банка за принятие необходимого решения, а также совершить все иные необходимые и зависящие от них действия по докапитализации банка. При этом важно установить критерии и (или) условия, при которых указанные обязательства акционеров должны включаться (например, критическое изменение определенных показателей согласно последней бухгалтерской отчетности банка и т.п.).

Установление в акционерном соглашении обязательств голосовать за принятие собранием акционеров определенных решений может быть целесообразным и в иных случаях. В целом объем договоренностей такого рода зависит от обстоятельств, при которых возникает банк как совместное предприятие, а также от предпочтений самих акционеров. Допустим, акционеры заранее понимают, что банк в какой-то момент может начать кредитоваться в зарубежных банках (как нам известно, достаточно существенный объем кредитования российским банкам предоставляет ряд китайских государственных банков). В таком случае акционеры могут заранее определить в акционерном соглашении допустимые условия кредитования (максимальный объем, ставки, сроки и т.п.) и обязательство акционеров голосовать на собраниях акционеров банка за одобрение (предоставление согласия на заключение) любого кредитного договора, который соответствует согласованным условиям.

В то же время возможны также ситуации, когда для акционеров важно, чтобы определенные события вовсе не наступали. Например, если акционеры договорились о плане развития банка, то может быть принципиальным, чтобы банк в течение некоторого периода не выплачивал дивиденды, а направлял чистую прибыль на реализацию плана. Акционерное соглашение позволяет отразить и эту ситуацию: необходимо включить в него взаимные обязательства акционеров воздержаться от голосования на общем собрании акционеров за принятие соответствующего решения.

Порядок голосования на общем собрании акционеров

Учитывая, что на уровень собрания акционеров банка передаются существенные вопросы, варианты решений по которым могут вырабатываться менеджментом банка и акционерами в течение нескольких месяцев, целесообразно предусмотреть в акционерном согла-

Александр ГАРМАЕВ

Способы разрешения тупиковых ситуаций, предполагающие выкуп одним акционером акций другого по цене, близкой к рыночной, малоприменимы в банках с учетом того, что приобретение акций благополучного банка требует значительных средств.

шении порядок предварительного (до даты собрания) согласования участия акционеров в общем собрании. В рамках данного порядка акционеры заранее сообщают друг другу о планируемом варианте голосования по вопросам повестки дня назначенного собрания. Если варианты идентичны, то стороны голосуют так, как планировалось. Если варианты различаются, применяется дополнительная процедура выработки совместного решения. Например, для такого случая акционерным соглашением может быть предусмотрено, что вопрос, по которому имеются разногласия, должен быть передан на разрешение специально уполномоченными лицами (представителями самого высшего топ-менеджмента сторон или бенефициарами) до даты проведения собрания акционеров. Если на уровне таких лиц достигнуто согласие, то акционеры должны голосовать на собрании в соответствии с тем, как решили уполномоченные лица. При недостижении согласия акционеры либо голосуют на свое усмотрение, либо голосуют вариантами «против» или «воздержался» (в зависимости от переговорных возможностей сторон в акционерном соглашении предусматривается один из этих вариантов).

Подобный порядок позволит эффективнее организовать процесс принятия решений, отделяя существенные разногласия акционеров от несущественных. Последние будут разрешаться еще до собрания с тем, чтобы ранее вложенные ресурсы на проработку предлагаемого решения не оказались потерянными. Чтобы излишне не усложнять процедуру проведения собрания акционеров, рекомендуем установить в акционерном соглашении перечень существенных вопросов, к которым должен применяться описанный порядок (утверждение бюджета, распределение прибыли, одобрение крупных сделок и др.). Таким образом, вопросы формального характера (утверждение годового отчета и бухгалтерской отчетности, формирование счетной комиссии) не нужно будет согласовывать предварительно — решения по ним будут приниматься в общем порядке.

Передача спорного вопроса на рассмотрение уполномоченных представителей акционеров также является одним из способов разрешения тупиковых ситуаций¹. В контексте банковской практики данный способ можно рассматривать как наиболее эффективный, поскольку классические способы разрешения тупиковых ситуаций не всегда могут применяться в банках.

¹ Обычно под тупиковыми ситуациями понимаются ситуации, когда акционеры не могут принять решение по существенному вопросу в течение двух или более раз. Иногда к тупиковым ситуациям также относят случаи, когда решение не принимается наблюдательным советом.

Заключение акционерных соглашений в отношении банков: варианты структурирования договоренностей

Так, например, акционеры компаний часто согласовывают разрешение тупиковых ситуаций путем «русской рулетки», «голландского аукциона», «мексиканской перестрелки» и др. Данные способы различаются в деталях, однако в упрощенном виде каждый из них приводит к тому, что один из акционеров обязан выкупить акции другого по цене, близкой к рыночной. С учетом того, что приобретение акций благополучного банка требует значительных средств, на выплату которых готов согласиться далеко не каждый акционер, выкуп акций как способ разрешения тупиковых ситуаций редко включается в акционерные соглашения банков. При этом также учитывается риск того, что тупиковая ситуация может быть искусственно спровоцирована одним из акционеров для последующего выхода из банка. Соответственно используются более мягкие способы, включая рассмотренный выше.

Для некоторых акционеров приемлемым способом разрешения тупиковой ситуации является также добровольная ликвидация банка с разделением его активов и обязательств между акционерами. Важно, что при распределении активов акционеры обладают некоторой свободой усмотрения, необязательно активы должны делиться пропорционально количеству акций. В акционерном соглашении можно закрепить, что определенные активы переходят конкретному акционеру¹.

Стратегии выхода из банка

Практически любое акционерное соглашение каким-либо образом регулирует также вопросы выхода акционера из банка в контексте минимизации рисков неудачи проекта и обеспечения возвратности вложенных инвестиций.

Выделяются следующие типичные случаи, когда одному из акционеров предоставляется право продать свои акции другому акционеру по определенной цене и таким образом выйти из состава акционеров банка:

- 1) существенное невыполнение другим акционером его партнерских обязательств по проекту (например, непредоставление согласованного количества площадей для открытия отделений банка);
- 2) существенное невыполнение банком поставленных задач в связи с недостаточной эффективностью менеджмента, назначенного по предложению другого акционера;

Выход акционера из банка рекомендуется структурировать в акционерном соглашении по модели опционного договора, предусмотренной ст. 429.3 ГК РФ.

¹ Данный тезис подтверждается примерами судебных дел. См., например, Постановления Девятого арбитражного апелляционного суда от 27.02.2015 № 09АП-2202/2015 по делу № А40-44056/13, Арбитражного суда Уральского округа от 01.04.2016 № Ф09-1580/16 по делу № А34-666/2014.

Александр ГАРМАЕВ

3) нарушение другим акционером обязательств по акционерному соглашению (в части соблюдения порядка распоряжения акциями, голосования на собраниях акционеров, предоставления дополнительного финансирования и др.);

4) нарушение другим акционером обязательства не конкурировать с банком;

5) систематическая неявка членов наблюдательного совета, назначенных по предложению определенного акционера, которая приводит к невозможности принятия важных для банка решений.

Выход акционера из банка рекомендуем структурировать в акционерном соглашении по модели опционного договора, предусмотренной ст. 429.3 ГК РФ.

Согласно данной модели при возникновении какого-либо из предусмотренных соглашением обстоятельств акционеру предоставляется право, но не обязанность, потребовать от другого акционера покупки всех акций первого акционера по цене, которая определяется по согласованному принципу. Например, цена может быть равна наибольшей из двух сумм:

1) суммы вложенных инвестиций, увеличенных на некую ставку годовой доходности;

2) рыночной стоимости акций банка, определенной авторитетным независимым оценщиком.

Таким образом, акционер получит возможность оценить «в моменте» реальные перспективы дальнейшего сотрудничества, несмотря на негативные факторы. Если перспективы оцениваются положительно, то акционер вполне может отказаться от реализации опциона (права выхода).

По нашему опыту, чаще всего опционы предоставляются акционерами друг другу на взаимной основе и включают в качестве триггеров только наиболее критичные ситуации. При этом чем крупнее банк, тем сложнее становятся структура и условия опционов. Например, акционеру помимо права продать свои акции может быть предоставлено право купить акции другого акционера (как альтернатива праву выйти из банка (put option) акционеру предоставляется право вытеснить из банка другого акционера (call option)). Усложняются порядок определения цены акций (вплоть до привлечения инвестиционных банков¹ в качестве экспертов), порядок передачи и оплаты акций и иные условия.

Российские суды во многих случаях не отказываются присуждать значительные суммы неустоек за нарушение обязательств по голосованию на собраниях акционеров. Так, по одному из дел с ответчика было взыскано более 700 млн руб.

¹ The Goldman Sachs Group Inc., Morgan Stanley, JP Morgan Chase & Co., Citigroup Inc. и др.

Заключение акционерных соглашений в отношении банков: варианты структурирования договоренностей

Способы защиты и меры ответственности

Крайне важно понимать, что акционерное соглашение без эффективных мер защиты нарушенных прав превращается фактически в «джентльменское соглашение», которое не обязательно для исполнения. Применительно к модельным договоренностям, рассмотренным в настоящей статье, можно выделить следующие ключевые аспекты.

Если акционер нарушает свое обязательство голосовать на собрании акционеров определенным образом, то, по общему правилу, другая сторона акционерного соглашения может обратиться в суд с требованием о взыскании убытков и (или) о признании недействительным решения собрания акционеров, принятого в нарушение акционерного соглашения. Правда, последнее требование может быть заявлено при условии, что нарушенное соглашение было заключено всеми акционерами банка¹.

Наиболее сложная ситуация возникает, если акционер вопреки соглашению не проголосовал на собрании за принятие необходимого решения (в таком случае отсутствует повод для оспаривания решения). Учитывая, что в российском праве нет механизма принуждения к голосованию или замены волеизъявления судебным решением², единственным эффективным способом защиты от таких нарушений будет неустойка в форме денежного штрафа или твердая компенсация³.

В этой связи существенно, что российские суды во многих случаях не отказываются присуждать значительные суммы неустоек за нарушение обязательств по голосованию. Так, по одному из дел с ответчика было взыскано более 700 млн руб.⁴ С учетом такой практики штрафы достаточно часто встречаются в акционерных соглашениях в банковской сфере. Если речь идет о банке федерального масштаба, то суммы штрафов за единичное нарушение могут достигать нескольких миллиардов рублей.

В отношении опционов отметим, что, несмотря на некоторую специфику, различные договорные конструкции опциона признаются

¹ Пункт 6 ст. 67.2 ГК РФ.

² Во многих зарубежных юрисдикциях, например в Германии, исполнение договоренностей по акционерным соглашениям (в т.ч. по вопросам о голосовании на общих собраниях) может обеспечиваться институтом замены волеизъявления судебным решением, когда не совершенное стороной договора волеизъявление в нарушение его условий считается сделанным с момента вступления в силу соответствующего судебного решения. См.: Степанов Д.И., Фогель В.А., Шрамм Х.-И. Корпоративный договор: подходы российского и немецкого права к отдельным вопросам регулирования // Вестник ВАС РФ. 2012. № 10. С. 52-54.


³ Твердая компенсация как самостоятельный вид ответственности предусмотрена п. 7 ст. 32.1 Закона об АО. На практике она не получила широкого распространения.

⁴ См. Определение Верховного суда РФ от 02.08.2017 № 305-ЭС17-9088 по делу № А40-65834/2011.

Александр ГАРМАЕВ

действительными и приводятся в исполнение судами (это касается как опционов на продажу, так и опционов на покупку акций банка)¹.

Таким образом, в ситуациях, когда банк создается или на определенном этапе становится совместным предприятием, управляемым несколькими акционерами, последние могут (а на самом деле это настоятельно рекомендуется) заключить акционерное соглашение для урегулирования ключевых вопросов корпоративного управления банком и порядка совершения сделок с его акциями.

Соглашение поможет «на берегу» определить правила поведения при различных сценариях, что в конечном счете должно положительно сказаться и на самом банке. Ведь известны случаи, когда бизнес деградирует только из-за того, что акционеры не могут разрешить конфликт между собой, который они не предвидели и не учли должным образом. 

¹ См., например, Определение Верховного суда РФ от 26.06.2017 № 301-ЭС17-6902 по делу № А11-9506/2015, Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 27.07.2017 № Ф01-2352/2017 по делу № А11-3028/2016, Решение Арбитражного суда Ставропольского края от 19.01.2015 № А63-9751/2014.