Александр Гармаев
руководитель Группы корпоративных проектов *VEGAS LEX*

КОРПОРАТИВНЫЙ ДОГОВОР ПО РОССИЙСКОМУ ПРАВУ

Как известно, на протяжении десятилетия акционерные соглашения, затрагивающие крупный российский бизнес, заключались по иностранному праву. По эмпирическим наблюдениям наибольшей популярностью у бизнеса пользовалось английское право. Такая практика сложилась по различным причинам, включая и то, что российское право не позволяло акционерам адекватно закрепить их коммерческие договоренности на уровне юридически обязывающего контракта.

Вплоть до 2009 г. в законодательстве отсутствовали положения об акционерных соглашениях[1]. При этом в рамках известных дел российские суды признавали корпоративные договоры (акционерные соглашения в АО, договоры об осуществлении прав участников в ООО) недействительными (полностью или в части), считая, что их положения противоречат императивным нормам российского права[2].

Между тем за последние годы произошли определенные изменения, которые способствовали существенному увеличению количества сделок, заключаемых по российскому праву[3]. Это связано, помимо прочего, с изменениями в законодательстве и правоприменительной практике. В 2014 г. вступили в силу масштабные изменения в Гражданский кодекс Российской Федерации (далее — ГК РФ), предусматривающие более гибкое регулирование корпоративных и обязательственных отношений. Арбитражными судами за последние 5—6 лет рассмотрено более 20 дел, в рамках которых они подтвердили действительность отдельных положений корпоративных договоров, обязали акционеров исполнить обязательства в натуре, взыскали неустойки и компенсации и т. п.

С позиции регулирования и судебной практики корпоративный договор, заключаемый по российскому праву, стал достаточно эффективным инструментом для структурирования отношений бизнес-партнеров по стандартным вопросам, привычным им по международной практике подобных сделок (корпоративное управление, разрешение тупиковых

[1] Институт акционерных соглашений был закреплен на законодательном уровне Федеральным законом от 03.06.2009 г. № 115-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “Об акционерных обществах” и статью 30 Федерального закона “О рынке ценных бумаг”».

[2] Недействительными признавались специфические положения корпоративных договоров о проведении собраний участников и принятии решений, о структуре и формировании органов управления компаний, о распоряжении акциями, об ограничениях коммерческой деятельности компаний и др. (см. , например, судебные решения по спорам между акционерами (участниками) ОАО «Мегафон», ЗАО «Русский Стандарт Страхование», ЗАО «КМ Инвест», ООО «Верный знак» и ЗАО «Горд»).

[3] В практике юридической фирмы VEGAS LEX в 2015—2017 гг. отмечается существенное увеличение количества акционерных соглашений, заключаемых по российскому праву, по сравнению с 2010—2015 гг.

ситуаций, правила участия в компании, обязательства при совершении сделок с акциями, принципы финансирования, выплата дивидендов и др.).

Ниже рассмотрим некоторые вопросы, развитие ситуации по которым подтверждает приведенный тезис в соответствующей части.

КОРПОРАТИВНОЕ УПРАВЛЕНИЕ

Практически любой корпоративный договор определяет принципы корпоративного управления компанией, включая правила формирования органов управления, разграничение их компетенций и порядок принятия решений по отдельным вопросам. На уровне собрания акционеров между акционерами также распределяется положительный и отрицательный контроль[4].

Новые положения ГК РФ гибко подходят к вопросу о формировании органов управления непубличной компании[5]. Так, участникам предоставляется право на свое усмотрение (с учетом нескольких ограничений) формировать структуру и компетенцию органов управления, а также определять порядок созыва, подготовки и проведения собраний участников. Акционеры непубличного АО теперь могут расширить или сузить компетенцию собрания акционеров на диспозитивной основе[6], хотя ранее такая возможность отсутствовала (компетенция собрания акционеров императивно определялась Законом об АО).

В то же время по примеру зарубежных юрисдикций ГК РФ теперь допускает назначение в компании нескольких исполнительных директоров, действующих от ее имени без доверенности, совместно или самостоятельно. В идеале данная структура должна позволить создать в совместном предприятии систему сдержек и противовесов — когда несколько исполнительных директоров обязаны согласовывать друг с другом определенные действия (с учетом интересов номинировавших их акционеров). Однако на практике эффективность такой системы вызывает сомнения из-за отсутствия технической возможности внести в ЕГРЮЛ индикаторы, указывающие на разграничение компетенции между отдельными директорами. Предполагается, что третьи лица — контрагенты общества могут исходить из того, что каждый из директоров, указанных в ЕГРЮЛ, имеет полномочие на совершение любого действия от имени общества, отнесенного к компетенции исполнительного органа[7]. Между тем для практики структурирования корпоративных договоров данное обстоятельство является скорее небольшим нюансом, чем проблемой.

Практически любой корпоративный договор определяет принципы корпоративного управления компанией, включая правила формирования органов управления, разграничение их компетенций и порядок принятия решений по отдельным вопросам.

Договоренности участников (акционеров) по вопросам управления также детализируются как обязательства по осуществлению права голоса на собраниях участников (акционеров) общества[8] по основным вопросам: утверждение бизнес-плана и стратегии; внесение изменений в устав; формирование органов управления; реорганизация общества; увеличение уставного капитала; выплата дивидендов; распоряжение значимыми активами; заключение значимых сделок и т. п.

Ранее подобные обязательства признавались российскими судами недействительными, как предполагающие недопустимый отказ от права, ограничение правоспособности и права голосовать на свое усмотрение[9]. В настоящее время правомерность обязательств по голосованию в целом не вызывает сомнений. Во-первых, такие обязательства были прямо разрешены Федеральным законом от 3 июня 2009 г. № 115-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “Об акционерных обществах” и статью 30 Федерального закона “О рынке ценных бумаг”». Во-вторых, в судебной практике обязательства по голосованию стали признаваться допустимыми и более не рассматриваются как составляющие указанные нарушения.

Так, арбитражными судами признаны допустимыми следующие положения корпоративных договоров об обязательствах участников (акционеров):

- обязанность голосовать «за» его реорганизацию в форме преобразования и последующего присоединения (дело № А45—1845/2013);
- обязанность голосовать «за» утверждение аудитора и проведение проверки (дело № А45—12229/2015);
- обязанность письменно согласовывать друг с другом голосование по всем вопросам компетенции общего собрания (дело № А40—65834/2011);
- обязанность за день до общего собрания подписать согласованный протокол, в котором будет закреплено голосование совместной долей (дело № А24—4503/2014);
- обязанность следовать многоэтапной процедуре согласования позиций перед общим собранием: подписание декларации о голосовании, введение моратория на участие в общем собрании без согласованной позиции, назначение медиатора для определения обязательных для сторон вариантов голосования (дело № 06АП-6954/2013);

[4] Положительный контроль подразумевает возможность закрепления за акционером, владеющим более 50% голосов, права самостоятельно или через определенные дополнительные механизмы (согласовательные процедуры, обязательные указания иным акционерам, заранее прописанный порядок голосования и т. п.) принимать решения по ключевым для него компетенциям общего собрания акционеров. Отрицательный контроль подразумевает возможность акционера, владеющего менее 50% голосов, заблокировать принятие ключевых решений общего собрания акционеров (по сути, право вето).

[5] Можно предположить, что существенная доля корпоративных договоров заключается именно в отношении непубличных компаний (ООО, АО), поскольку они часто используются для создания совместных предприятий, реализующих определенные проекты (см, например, практику создания совместных предприятий РОСНАНО, ВЭБ Инновации, Ростех и др.).

[6] Пункт 4 ст. 48 Федерального закона от 26.12.1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (далее — Закон об АО).

[7] См. п. 22 Постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее — Постановление № 25).

[8] Подобные обязательства могут быть позитивными (обязанность голосовать «за», «против» или «воздержался») или негативными (обязанность воздержаться от голосования определенным образом).

[9] Постановление ФАС Московского округа от 03.10.2007 г. № КГ-А40/9123—07 по делу № А40—77840/06-17-491, Постановление ФАС Московского округа от 30.05.2011 г. № КГ-А40/4971-11-П по делу № А40—140918/09-132-894.

• обязанность участника голосовать так же, как голосует другой участник (дело № А60–12804/2015).

При этом сторона корпоративного договора, пострадавшая от того, что контрагент в нарушение своих обязательств по соглашению проголосовал за принятие какого-либо решения на общем собрании, может обратиться в суд с требованием не только о взыскании убытков, но и о признании такого решения собрания участников недействительным. Правда, последнее требование может быть заявлено при условии, что нарушенный корпоративный договор был подписан всеми участниками (акционерами) (п. 6 ст. 67.2 ГК РФ).

Принимая во внимание изложенное, можно заключить, что в целом корпоративный договор по российскому праву предоставляет участникам достаточно широкие возможности для определения принципов корпоративного управления в совместном предприятии, подтвержденные судебной практикой.

НЕУСТОЙКА И ВОЗМЕЩЕНИЕ ПОТЕРЬ

Во многих зарубежных юрисдикциях, например в Германии, исполнение договоренностей по акционерным соглашениям (в том числе по вопросам голосовании на общих собраниях) может обеспечиваться институтом замены волеизъявления судебным решением, когда несовершенное стороной договора волеизъявление в нарушение его условий считается сделанным с момента вступления в силу соответствующего судебного решения[10].

Поскольку в России подобный институт отсутствует, исполнение неденежных обязательств по корпоративному договору требует обеспечения в ином виде. На практике чаще всего стороны предпочитают устанавливать различные вариации неустойки, учитывая, что взыскание убытков при нарушении неденежных обязательств является затруднительным.

В связи с этим важно, что российские суды не отказываются присуждать значительные суммы неустоек за нарушение корпоративного договора:

• 2,5 млн руб. взыскано с каждого ответчика за нарушение обязательств по голосованию на общем собрании (дело № А45–12277/2015);

• более 700 млн руб. взыскано с ответчика за два нарушения обязательств по голосованию на общем собрании, т. е. 50% от стоимости недвижимости общества за каждое нарушение (дело № А40–65834/2011[11]);

• 100 тыс. руб. за каждый день просрочки (более 40 млн руб.) взыскано с ответчика за нарушение обязательств по передаче доли истцу (дело № А11–9506/2015).

Решения по приведенным делам также показывают, что бремя доказывания несоразмерности и необоснованности неустойки возлагается на ответчика, даже если он является физическим лицом. При этом истец не должен доказывать наличие у него убытков.

Вместе с тем судебные решения не вносят ясности относительно пределов снижения неустойки судом. Однако в любом случае подтверждение правомерности установления неустойки за нарушение неденежного обязательства является весомым аргументом в пользу эффективности заключения корпоративных договоров по российскому праву. Договорная неустойка теперь как минимум имеет дисциплинирующий эффект для сторон, поскольку риск ее взыскания в полном объеме будет ими учитываться при оценке возможных последствий своего оппортунистического поведения.

Помимо неустойки в корпоративном договоре может быть предусмотрено обязательство по возмещению потерь[12]. Считается, что данный институт был заимствован из английского права, где он известен как *indemnity*, хотя, как показывает практика, аналогичный институт признается и в иных правопорядках, в частности в Китае, Чешской Республики, Нидерландах[13]. С помощью механизма возмещения потерь можно распределить бизнес-риски между акционерами при условии соблюдения правил ст. 406.1 ГК РФ. Например, можно предусмотреть, что акционер, по предложению которого назначен генеральный директор общества, выплачивает обществу определенную денежную сумму в случае невыполнения целевых финансовых показателей. Такая конструкция структурируется по модели договора в пользу третьего лица (ст. 430 ГК РФ), в рамках которой право требования возникает не у акционера, а у общества. Допустимость схожей конструкции в корпоративном договоре подтверждена судом в деле № А45–9733/2015.

КОЛЛ-ОПЦИОН, ПУТ-ОПЦИОН

В контексте корпоративного договора положения об опционах позволяют сформировать условия «выхода» или «вытеснения» участников из бизнеса. Традиционно в корпоративные договоры включаются опционы двух видов: колл[14] и пут[15]. Возможность их реализации ставится в зависимость от определенных условий (например, от выполнения/невыполнения будущих финансовых показателей проекта, от завершения строительства объекта, от достижения определенного уровня капитализации и др.) и/или от истечения определенного периода.

Ранее существовала неопределенность относительно правовой природы опционов, что делало их использование непредсказуемым[16]. В настоящее время возможность эффективно структурировать опционы по российскому праву не вызывает сомнений. Договорные модели соглашения о предоставлении опциона и опционного договора прямо предусмотрены ст. 429.2, 429.3 ГК РФ. При этом на основании прямого указания закона соглашение об опционе может быть включено в корпоративный договор. В то же время суды рассматривают положения корпоративных договоров, по сути являющиеся опционами, как действительные и исполнимые, даже если они структурированы не по моделям ГК РФ:

• подтверждена действительность условий корпоративного договора о срочном и дефолтном пут-опционе, о дефолтном колл-опционе (дело № А11–9506/2015);

• по ряду дел суды принудили ответчиков к исполнению опционов: пут-опциона по цене инвестиции при недостижении финансовых показателей (дело № А63–9751/2014), колл-опциона при

---

[10] *Степанов Д. И., Фогель В. А., Шрамм Х.-И.* Корпоративный договор: подходы российского и немецкого права к отдельным вопросам регулирования // Вестник ВАС. 2012. № 10. С. 52–54.

[11] По данному делу подана кассационная жалоба в ВС РФ.

[12] По существу, возмещение потерь является квазистрахованием. Одна сторона договора обещает возместить имущественные потери, которые могут прямо или косвенно возникнуть у другой стороны при наступлении оговоренных в договоре обстоятельств. При этом обязанность совершить выплату не связана с каким-либо правонарушением (виной) обещающей стороны, а также возникновением прямых убытков у другой стороны.

[13] При работе по проектам мы встречались с indemnity в договорах, подчиненных праву указанных стран, подготовленных иностранными юристами.

[14] Право одного акционера выкупить акции у другого акционера.

[15] Право одного акционера продать акции другому акционеру.

[16] Так, некоторые суды рассматривали опционы как предварительные договоры, что не вполне соответствует их экономической сути (см., например, решение Арбитражного суда Москвы по делу № А40–27851/11-62-238).

признаках банкротства иностранного продавца (дело № А55–24220/2010), колл-опциона на возврат доли при нарушении ответчиком обязательств по оформлению документации на недвижимость (дело № А14–18190/2015).

По одному из дел суд подтвердил, что дефолтный колл-опцион может носить явно штрафной характер: цена покупки доли может составлять 1 руб. (дело № А11–3028/2016). При этом суд, подробно проанализировав экономическую сущность опциона и ссылаясь на международный опыт, указал на то, что опцион не является дарением с учетом всех условий корпоративного договора. В данном деле опцион не оспаривался как недействительный по ст. 174 ГК РФ (явный ущерб). Тем не менее комплексный подход к рассмотрению вопроса о признании сделки недействительной, изложенный в п. 93 Постановления № 25, позволяет рассматривать такой опцион как экономически оправданный и, соответственно, законный.

Следует также отметить, что в указанных делах судами были сделаны выводы по некоторым актуальным для практики вопросам. Суды признали, что физическое лицо не является слабой стороной, к нему может быть заявлено требование об исполнении обязательства по опциону в натуре. Суды подтвердили возможность опциона на продажу всей доли, которая будет в собственности продавца в будущем (будущая вещь)[17]. Суды также признали допустимыми обстоятельства, с которыми связывается возникновение права стороны завить требование о реализации опциона (триггер), даже если они частично зависят от воли сторон.

РАЗРЕШЕНИЕ ТУПИКОВЫХ СИТУАЦИЙ, ПРИСОЕДИНЕНИЕ К ПРОДАЖЕ

Многие практикующие юристы традиционно считают, что по российскому праву нельзя эффективно предусматривать стандартные для международной практики принципы разрешения тупиковых ситуаций («русская рулетка», «техасская перестрелка», «мексиканская перестрелка» и др.), а также принципы совершения сделок с акциями по их продаже третьему лицу (право мажоритарного акционера присоединить других акционеров к продаже (*drag along*) и право миноритарных акционеров присоединиться к продаже мажоритарным акционером (*tag along*)).

Между тем новые возможности, связанные с опционами, позволяют достигать эффекта, который обеспечивают указанные принципы. В корпоративном договоре может быть предусмотрен общий порядок действий сторон при возникновении определенной ситуации (непринятие решения общим собранием, наличие у мажоритарного акционера предложения третьего лица о покупке акций и т. п.). При этом стороны выдают друг другу безотзывные оферты на покупку/продажу акций (долей) на случай, если они не совершают предписанные действия (нарушают договор). Если действия выполняются, то происходит предусмотренная договором сделка с акциями (долями). При отказе стороны от выполнения необходимых действий пострадавшая сторона может акцептовать безотзывную оферту.

ОТКРЫТЫЕ ВОПРОСЫ

Ряд вопросов по корпоративным договорам все еще остается открытым, что создает для бизнеса известные риски. Еще не сформирована позиция российских судов в отношении соглашений об ограничении конкуренции и эксклюзивности (*non-compete, exclusivity agreements*), соглашений об ограничении переманивания сотрудников (*non-solicit agreements*), возможности заключения корпоративного договора с будущим участником и/или самим обществом, правомерности договоренностей с отлагательными условиями с длинным горизонтом наступления (10 лет и более) и др.

Тем не менее упомянутые выше изменения российского права позволяют уже сейчас рассматривать корпоративные договоры как вполне эффективный инструмент, способный обеспечить достаточную защиту интересов сторон при регулировании их отношений в рамках совместного предприятия. Если суды продолжат опираться на принцип свободы договора при разрешении споров из корпоративных договоров, то имеющиеся открытые вопросы со временем также разрешатся положительным для бизнеса образом. ■

[17] Данный вывод актуален для корпоративных договоров, заключаемых на длительный срок, с учетом того, что доля акционера может изменяться, например увеличиваться за счет дополнительной эмиссии акций. При этом опцион заранее устанавливается на все будущие акции, количество которых заранее может не быть известно.