ЮРИСТ & ЗАКОН
АНАЛИТИЧЕСКОЕ ИЗДАНИЕ

31.03.2017 – 06.04.2017, № 13

КОМПЕТЕНТНОЕ МНЕНИЕ

Главная статья
Роль наблюдательного совета в хозяйственных обществах: прошлое, настоящее, будущее

Компетентное мнение
Советы по изменению типа публичных акционерных обществ. Процедура
Практические вопросы изменения уставного капитала акционерного общества во время выполнения M&A-транзакций
Общее собрание акционеров: порядок созыва и проведения
Раскрытие информации: действующие и запланированные законодательные новации
Роль независимых директоров в системе корпоративного управления
Конфликтное собрание акционеров. Как защитить корпоративные права акционера
Ключевые моменты созыва и проведения очередного общего собрания акционеров

Судебный взгляд
Корпоративное право: договоры в фокусе
"Игры престолов", или Каковы перспективы корпоративных споров относительно признания недействительными решений общего собрания акционеров

Перспективы акционерных соглашений в Украине

В последнее время в украинской корпоративной практике мы можем наблюдать новый виток развития темы применения ***акционерных соглашений (shareholder agreements)***. Под акционерными соглашениями будем рассматривать соглашения, которые могут заключать акционеры акционерного общества с целью урегулирования вопросов управления обществом, вопросов реализации правомочностей держателя акций и других вопросов, связанных с правами на акции и/или правами по акциям.

Повышение внимания к этой теме можно объяснить тем, что Верховная Рада Украины рассмотрела проект Закона Украины "О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно корпоративных договоров" № 4470. По состоянию на 28 марта 2017 г. Закон принят Парламентом в целом и будет направлен на подпись Президенту*.

** По причине отсутствия текста Закона, который был принят в целом, при подготовке настоящей статьи мы ориентировались на текст законопроекта, подготовленного ко второму чтению.*

Если Закон вступит в силу, очередной этап на тернистом пути к ориентированной на бизнес правовой среде будет пройден, а вот, насколько это продвижение вперед будет значимым, попробуем выяснить дальше.

Известно, что изменение отношения к акционерным соглашениям в Украине со стороны большинства научных работников и практиков является весьма показательным и свидетельствует о "генетически унаследованном" строго позитивистском подходе к правовому регулированию общественных отношений, присущем советским временам.

Довольно продолжительное время вопросы акционерных соглашений, возможности их заключения и их особенности никоим образом не были отражены в законодательстве (если не учитывать такую форму, как учредительный договор, сфера действия которого была очень ограничена). Практики, руководствуясь общим принципом гражданского права о свободе договора (статья 6 Гражданского кодекса Украины), вводили в юридический оборот эту форму договора. Однако данным попыткам решительно положили конец суды, которые сначала по результатам рассмотрения споров между акционерами Киевстар Дж.Эс.Эм. опровергли возможность существования эффективного акционерного соглашения в одном конкретном случае, а потом распространили это видение на все возможные акционерные соглашения (рекомендации ВХСУ "О практике применений законодательства в рассмотрении дел, возникающих из корпоративных отношений" от 28.12.2007 № 04-5/14 (далее – Рекомендации) и постановление Пленума ВСУ "О практике рассмотрения судами корпоративных споров" от 24.10.2008 № 13 (далее – Постановление)).

Основные выводы, содержащиеся в указанных Рекомендациях и Постановлении, сводятся к тому, что нормы, регулирующие деятельность хозяйственных обществ (в том числе акционерных), являются "*императивными, а их несоблюдение нарушает публичный порядок*", отношения между акционерами "*по поводу управления обществом регулируются законами Украины, другими нормативно-правовыми актами Украины и уставом общества*", вопросы корпоративного управления могут быть урегулированы акционерным соглашением "*только в случаях, прямо предусмотренных актами законодательства Украины*", кроме того, акционерные соглашения *"не могут изменять нормы закона и устава общества, ограничивать права других акционеров (участников) общества"* (пункты 6.1 и 6.4 Рекомендаций и пункт 9 Постановления).

И хотя с принятием постановления пленума ВХСУ "О некоторых вопросах практики решения споров, возникающих из корпоративных правоотношений" от 25.02.2016 № 4 вышеуказанные Рекомендации утратили силу и само новое постановление Пленума ВХСУ практически не касается вопроса акционерных соглашений, имеются обоснованные опасения, что подходы судей могут остаться такими же консервативными.



По нашему мнению, следует рассматривать предложенные новеллы законопроекта № 4470 (далее – Законопроект) не только сквозь призму международного опыта в сфере применения акционерных соглашений, но и сквозь призму приведенного консервативного подхода украинских судов.

После распространения такой строгой позиции ВХСУ и ВСУ попытка возродить интерес к акционерным соглашениям была сделана в конце 2008 года, когда появилось прямое указание в новом Законе Украины "Об акционерных обществах" (далее – Закон об АО) о возможности заключения акционерами подобных соглашений (последний абзац части первой статьи 29), но и это существенно не помогло на практике. Причина неудачи, по нашему мнению, заключалась преимущественно в

отсутствии должной детализации норм, которая была необходима, чтобы, с одной стороны, удовлетворить требования судов в рамках консервативного подхода и, главное, предупредить возможные новые требования, а с другой – предоставить акционерам действенный и гибкий инструмент урегулирования отношений между ними, а также между ними и обществом.

Что и говорить, за девять лет в Едином реестре судебных решений не найдется ни одного случая, когда бы суд анализировал положения акционерного соглашения, заключенного на основании прямого разрешения части первой статьи 29 Закона об АО, в свете их действительности, возможности и способов защиты прав сторон таких соглашений и т. п.

И вот, наконец, имеем очередную попытку модернизировать законодательство об акционерных обществах, чем улучшить возможности управления таким обществом и защиты прав акционеров, в частности с помощью акционерных соглашений. Что же предлагают в упомянутом Законопроекте?

Акционерное соглашение (по Законопроекту – договор между акционерами общества) – это договор, предметом которого является реализация акционерами прав на акции и/или прав по акциям, предусмотренных законодательством, уставом и другими внутренними документами общества (предлагается внести статью 26 [1] в Закон об АО**). Из этого определения следует, во-первых, что акционерное соглашение будет занимать более низкую ступень в трехзвенной иерархии: закон – устав (другие внутренние документы) – акционерное соглашение; и, во-вторых, что акционерное соглашение направлено на реализацию уже имеющихся прав акционеров, то есть не предусматривается, что акционерным соглашением возможно установить новые права для акционеров.

_____

** *Всего Законопроектом предлагается дополнить Закон об АО двумя статьями: 26 [1] "Договор между акционерами общества" и 26 [2] "Безотзывная доверенность по корпоративным правам".*

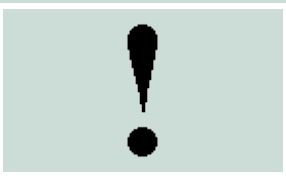
!	**С трехзвенной системой все понятно: это обычный подход в странах континентального права (в частности, Франции), в отличие от стран общего права, где возможно, например, предоставить нормам акционерного соглашения приоритет в случае расхождений с нормами учредительных документов.**

Зато определение предмета акционерного соглашения таким образом, как это предлагается сделать, может пойти не на пользу предсказуемости правоприменения. Как известно, такой инструмент, как акционерное соглашение, широко используют за границей, в том числе для защиты прав миноритарных акционеров (инвесторов).

Одним из способов такой защиты может быть право вето миноритарного акционера на решение органов управления компанией по вопросам, являющимся важными для деятельности компании (перечень таких вопросов часто прямо определяется в акционерном соглашении).

Если представить ситуацию, когда подобное положение введено в договор между акционерами украинского общества и сложилась конфликтная ситуация относительно возможности применения этого положения, то как будет воспринимать суд это право вето? Как способ реализации права на "*участие в управлении акционерным обществом*" (пункт 1 части первой статьи 25 Закона об АО) или

как новое право для миноритарного акционера, которое не предусмотрено в законе, уставе или "другом внутреннем документе общества"; более того, оно противоречит положению о том, что "*каждой простой акцией акционерного общества ее собственнику-акционеру предоставляется одинаковая совокупность прав*", той же части первой статьи 25 Закона об АО?



К сожалению, ответ на эти вопросы, скорее всего, будет не в пользу широкого толкования судом права на участие в управлении обществом и возможности реализации этого права миноритарным акционером таким способом.

Законопроект не содержит требований к составу сторон акционерного соглашения. Следовательно, сторонами настоящего соглашения могут быть как все акционеры, так и некоторые из них. Проблемным (учитывая определение договора между акционерами общества, приведенное выше) представляется включение в состав сторон акционерного соглашения самого общества, что иногда используется за границей для повышения эффективности этого инструмента.

Стоит заметить, что Законопроект также предусматривает возможность установить в акционерном соглашении обязательства стороны удержаться от реализации своих прав, а не только – способ их реализации. В общем, кажется, законодатель оставляет возможность установления новых обязанностей (обязательств) для акционера – стороны акционерного соглашения, в отличие от создания новых прав.

В предложенной новой статье 26 [1] Закона об АО содержится приблизительный перечень обязанностей / способов реализации прав, которые стороны акционерного соглашения могут установить:

1) обязанность голосовать способом, предусмотренным таким договором, на общем собрании акционеров общества;

2) обязанность согласовывать приобретение или отчуждение акций по заранее определенной цене и/или в случае наступления определенных в договоре обстоятельств;

3) обязанность удержаться от отчуждения акций до наступления определенных в договоре обстоятельств;

4) устанавливать условия или порядок определения условий, на которых акционер – сторона договора вправе или обязан приобрести либо продать акции общества, и определять случаи (которые могут зависеть либо не зависеть от действий сторон), когда такое право или обязанность возникает.

Содержание этого перечня дает основания *объединить вопросы, которые, на взгляд законодателя, могут быть отражены в акционерном соглашении, в две группы:*

1) вопросы голосования на общем собрании акционеров; и

2) вопросы отчуждения акций.

При таких обстоятельствах, не забывая о консерватизме и вышеуказанной позиции судов, рискованным представляется предусматривать в акционерном соглашении положения, не касающиеся этих двух групп вопросов. Например, положения об особенностях голосования при принятии решений

правлением, где один из членов по договоренности сторон акционерного соглашения избран от миноритарного акционера, или предоставление миноритарному акционеру более широких полномочий получать информацию о деятельности общества (копии договоров, первичных документов, данных административного учета и т. п.); особенности кворума в ходе заседаний правления акционерного общества, условия удержания акционера от конкуренции с обществом и т. п.

Обязанность голосовать определенным образом может быть обеспечена как минимум двумя путями:

1) акционерное соглашение содержит перечень вопросов и требования к голосованию стороны (или сторон) акционерного соглашения по этим вопросам; и

2) акционерное соглашение содержит перечень вопросов (или даже все вопросы, которые будут решаться на общем собрании акционеров) и обязанность стороны акционерного соглашения голосовать только согласно указаниям одной из других сторон (именно так необходимо толковать часть вторую новой статьи 26 [1] Закона об АО). Второй путь более гибкий, нежели первый, и позволяет учитывать изменение обстоятельств, существовавших (или предполагавшихся) на момент заключения акционерного соглашения.

Обычным для мировой практики применения акционерного соглашения является распространение режима конфиденциальности на содержание его положений, если иное не установлено законом или самим соглашением.

В русле текущей практики разрешения корпоративных споров, когда оспариваются решения органов общества (пункт 2.12 постановления пленума ВХСУ от 25.12.2016 № 4), урегулированы возможные *последствия нарушения акционерного соглашения*.

Такое нарушение не может быть основанием для признания недействительными решений органов общества. Зато акционерам предлагается предусматривать в акционерном соглашении перечень способов обеспечения выполнения обязательств и мер ответственности (часть шестая новой статьи 26 [1] Закона об АО).

Если рассматривать миноритарного акционера, то создается впечатление, что основными способами заставить мажоритарного акционера выполнять свои обязательства по акционерному соглашению могут стать штрафы и обусловленное наступлениям соответствующих обстоятельств обязательство выкупить акции миноритарного акционера по цене, выгодной для такого миноритария.



Взыскание убытков не представляется эффективным средством предупреждения нарушений акционерного соглашения ввиду сложившейся судебной практики по такой категории споров.

Насколько можно судить из текста Законопроекта и тех документов, которые этот Законопроект сопровождали, законодатель предусмотрел, что обеспечить практическую возможность выполнения обязательства о голосовании или о выкупе (либо продаже) акций поможет введение новых инструментов: безотзывной доверенности и расторжения договора купли-продажи в одностороннем порядке (новая статтья 658 [1] Гражданского кодекса Украины). Что касается безотзывной доверенности, то не стоит забывать об ограничениях, установленных частью третьей статьи 238

Гражданского кодекса Украины (запрет представителю совершать сделку в своих интересах).

Получение акционером права определять вариант голосования на общем собрании акционеров на основании акционерного соглашения может быть основанием для установления контроля в понимании статьи 1 Закона Украины "О защите экономической конкуренции", следствием чего будет решение вопроса с необходимостью получения разрешения на концентрацию. Особенно этот риск является большим, когда право определять вариант голосования по акционерному соглашению распространяется на все вопросы, решаемые общим собранием акционеров. О получении фактического контроля над голосами акционеров, которые совокупно превышают 10, 25, 50 или 75 процентов голосов, необходимо уведомлять общество.

Уточнение общих условий выполнения обязательств (статья 526 Гражданского кодекса Украины) согласно Законопроекту должно сделать возможным включение в акционерное соглашение положения о решении ситуаций "тупика" (*deadlock provisions*), когда акционеры не могут договориться по некоторым принципиальным вопросам, в результате чего должна активироваться опция обязательного выкупа (продажи) акций.

ВЫВОД:

К сожалению, никоим образом не решен жизненно важный вопрос о возможности подчинения иностранному праву акционерного соглашения и возможность рассмотрения споров сторон акционерного соглашения в международном арбитраже, если одной из сторон соглашения является нерезидент. Очевидно, что подходы судов в этих двух вопросах не изменятся и эти положения акционерных соглашений будут считаться ничтожными, особенно при поддержке некоторых юридических публицистов, считающих, что подобные положения приводят к "посягательствам на государственный суверенитет" и вредят "национальной безопасности" Украины.

Безусловно, можно сказать, что Законопроект – это шаг вперед для развития корпоративного права, снижения чрезмерного императивного регулирования сферы отношений между акционерами и приближения к лучшим мировым практикам. Акционерное соглашение может быть очень полезным инструментом, особенно для защиты прав миноритарных акционеров (инвесторов), а также для эффективного урегулирования конфликтов при наличии двух мажоритарных акционеров с одинаковым количеством акций. Однако следует учитывать и риски для акционеров, желающих заключить такое соглашение, когда при новых обстоятельствах не сформированы позиции судов по тому или иному аспекту заключения, выполнения и прекращения акционерного соглашения. Тем более, когда предыдущая позиция судов отличалась консерватизмом, что не добавляет оптимизма. Но как бы то ни было, а "долбить гранит" мы привыкли и нас не огорчить отсутствием быстрого решения всех проблем.

Дмитрий Симанов,
советник, руководитель инвестиционной
и антимонопольной практик
ЮФ Cai & Lenard



© ООО «Информационно-аналитический центр «ЛИГА», 2017.
© ООО «ЛИГА ЗАКОН», 2017.

© ООО "Информационно-аналитический центр "ЛИГА", 2017
© ООО "ЛИГА ЗАКОН", 2017