

Корпоративное право в ожидании перемен

*Сборник статей
к 20-летию Закона об ООО*

Ответственный редактор
А.А. Кузнецов



МЛОГОС

Юридический институт «М-Логос»

с 2003 года является ведущей образовательной организацией в сфере дополнительного профессионального образования юристов и занимается научно-просветительскими проектами в области права.



- **Дневные, вечерние и онлайн курсы повышения квалификации юристов**
- **Организация научно-практических конференций и круглых столов**
- **Выпуск тематических дайджестов новостей права**
- **Иные просветительские и образовательные проекты в области права**

www.m-logos.ru



Издательство электронных книг и видеокурсов «М-Логос»:



- **Подготовка и издание электронных книг из Серии комментариев к гражданскому законодательству #Глосса**
- **Издание других электронных книг по праву**
- **Издание записей видеокурсов по актуальным вопросам права**



www.m-lawbooks.ru

Корпоративное право в ожидании перемен

*Сборник статей
к 20-летию Закона об ООО*

Ответственный редактор
А.А. Кузнецов

МЛОГОС



МОСКВА • 2020

УДК 347.72.032
ББК 67.404.013.11
К68

К68 Корпоративное право в ожидании перемен : сборник статей к 20-летию Закона об ООО [Электронное издание] / Отв. ред. А. А. Кузнецов. — Москва : М-Логос, 2020. — 462 с.

ISBN 978-5-6043338-0-8 (в пер.)

В настоящее время российское корпоративное право находится на переломном этапе, когда старые подходы перестали отвечать как умонастроениям юристов, так и потребностям экономики. В то же время однозначного понимания, как регулировать, как применять и даже как обучать корпоративному праву, еще не выработано. В статьях обсуждается, какой путь мы прошли в реформировании различных аспектов деятельности непубличных компаний в частности и в корпоративном праве в целом и куда двигаться дальше, тем самым помогая читателю составить представление как об основном круге актуальных вопросов, так и о путях их решения. При этом авторами активно используется сравнительно-правовой метод.

Для преподавателей, аспирантов и студентов юридических вузов, а также практикующих юристов и всех интересующихся корпоративным правом.

УДК 347.72.032
ББК 67.404.013.11

Книга издается совместно с издательством «Статут».

ISBN 978-5-6043338-0-8

© Коллектив авторов, 2019
© М-Логос, 2019

СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие	4
Суханов Е.А. Из истории создания одного законопроекта	6
Бойко Т.С. Выкуп доли миноритарного участника как способ защиты от притеснения со стороны мажоритарного	13
Иванова Е.Ю. Соглашение о порядке голосования в обществах с ограниченной ответственностью: пределы свободы договора в сравнительно-правовом аспекте	47
Ключарева Е.М. Ответственность за убытки, причиненные обществу недобросовестными и неразумными действиями членов их органов управления: особенности субъектного состава в непубличных обществах.....	179
Кузнецов А.А. Оспаривание решений общих собраний участников (акционеров)	199
Макин Р.В. Оборот долей в обществе с ограниченной ответственностью: регулирование на момент принятия Закона об ООО, текущее состояние, актуальные проблемы	272
Орлова О.Е. Право на информацию участников хозяйственных обществ.....	327
Шаматов А.И. Принудительная ликвидация ООО и непубличного АО по заявлению участника (подп. 5 п. 3 ст. 61 ГК РФ): российский и зарубежный опыт.....	411

ПРЕДИСЛОВИЕ

Издание по случаю юбилея сборника работ – давняя академическая традиция, к которой мы решили прибегнуть по необычному пока в нашей стране поводу – юбилею закона, а именно Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее – Закон об ООО, ООО), которому в 2018 г. исполнилось 20 лет. Наличие такого повода в действительности хороший знак для российского правопорядка, ведь это означает появление чего-то стабильного в России. Ну и, разумеется, это позволяет еще раз, оглянувшись на все что было, задуматься, какой путь мы прошли в регулировании непубличных компаний и в корпоративном праве в целом и куда двигаться дальше.

Вряд ли надо много говорить о том, насколько важна для правопорядка такая организационно-правовая форма, как ООО, аналоги которой во всем мире являют собой пример самой массовой формы коммерческой организации. Следовательно, от успеха или неудачи в регулировании именно ООО и его функциональных аналогов во многом зависит то, что мы можем сказать о корпоративном праве той или иной страны. Не случайно последние несколько десятилетий в европейских странах юридические монографии и сборники статей все чаще концентрируются именно на непубличных обществах и их проблемах.

Принятие Закона об ООО в России стало следствием того, что российский законодатель, следуя главным образом немецкой модели, пошел по пути регулирования отдельных организационно-правовых форм в самостоятельных законах. Это, казалось бы, чисто юридико-техническое решение на самом деле имеет серьезное значение, ведь общепризнано, что подобное разделение регулирования акционерных обществ и обществ с ограниченной ответственностью призвано обеспечивать необходимую степень автономности ООО от более зарегулированной формы акционерного общества.

Другой вопрос, насколько данная задумка смогла воплотиться в России, ведь по давно заведенной отечественной традиции изменения с аналогичным содержанием, как правило, одновременно вносят в оба закона, а значит, ООО никак не удастся уйти от своей «старшей сестры» акционерного общества, в отношении которого российский законодатель воистину неутомим в беспрестанном желании сделать их жизнь еще лучше и как можно подробнее.

Результатом этого стало то, что вместо первоначальной вполне себе европейской по стилю редакции Закона об ООО (краткой, оставляющей много пространства для судебного толкования и уставного регулирования¹) к юбилею мы получили очередной увеличившийся почти в два раза закон в стилистике чиновничьей инструкции, в который с периодичностью раз в два года вносятся изменения и дополнения. И даже в момент написания этого предисловия своего часа дожидаются очередные масштабные дополнения в рамках гармонизации текстов законов о хозяйственных обществах и пореформенного ГК РФ.

Впрочем, мы призываем смотреть в будущее с оптимизмом, хотя это и весьма непросто на фоне современной ситуации в России. Мы в очередной раз ждем перемен. Единственное, в чем можно быть уверенным, это то, что в данной книге читателя впереди ждет много интересного начиная от уникальных воспоминаний профессора, д.ю.н. Е.А. Суханова о процессе разработки и принятия Закона об ООО и заканчивая статьями по наиболее ключевым проблемам деятельности хозяйственных обществ, написанных одними из лучших специалистов по соответствующим темам в России: Т.С. Бойко, Е.Ю. Ивановой, Р.В. Макиным, Е.М. Ключаревой, О.Е. Орловой и А.И. Шаматовым. Чтение данных работ, уверен, не сможет оставить равнодушным и будет полезным как практикующим юристам, так и лицам, занимающимся наукой права.

Желаю приятного чтения!

*Ответственный редактор А.А. Кузнецов,
к.ю.н., магистр юриспруденции (РШЧП)*

¹ Как не вспомнить известное высказывание одного из разработчиков французского Гражданского кодекса J.-Ét.-M. Portalis о том, что задача закона состоит в том, чтобы зафиксировать общую панораму, максимы права, установить плодородные принципы, а не опускаться до деталей, которые могут быть в каждой конкретной теме, поскольку это функция судей и юристов, проникнутых общим духом законов (цит. по: Conac P.H. La société par actions simplifiée: une révolution démocratique // La société par action simplifiée (SAS). Bilan et perspectives / P.-H. Conac, Is. Urbain-Parleani. Dalloz, 2016. P. 10).

Е.А. Суханов,
д.ю.н., профессор

ИЗ ИСТОРИИ СОЗДАНИЯ ОДНОГО ЗАКОНОПРОЕКТА

Федеральный закон «Об обществах с ограниченной ответственностью» родился в противостоянии с влиятельными кругами экономистов и юристов, концентрировавшихся вокруг тогдашнего Министерства экономики РФ и находившихся под сильнейшим влиянием американских правовых представлений, широко распространенных у нас в 90-е гг. прошлого века. К началу активной работы над текстом законопроекта об обществах с ограниченной ответственностью (1996 г.) эти круги испытывали эйфорию от принятия 26 декабря 1995 г. нового Федерального закона «Об акционерных обществах», построенного по американским образцам и при самом активном участии американских экспертов. В отличие от последних российские разработчики законопроекта об обществах с ограниченной ответственностью изначально опирались на правила недавно принятой и введенной в действие с 1 января 1995 г. части первой нового Гражданского кодекса РФ. В законопроекте удалось закрепить некоторые важные нормы о правовом статусе обоих видов хозяйственных обществ — и акционерных, и с ограниченной ответственностью, опиравшиеся на континентально-европейский (в основном германский) подход. Существо отмеченного противостояния, возникшего примерно в 1990–1991 гг., и определялось тем обстоятельством, что правовое оформление начавшихся в это время радикальных экономических реформ осуществлялось исключительно путем откровенного копирования и прямого заимствования юридических институтов и конструкций, не известных ни российскому, ни континентально-европейскому праву (достаточно вспомнить попытку «введения в российское право института траста», закрепленную известным президентским указом).

Применительно к статусу хозяйственных обществ этот, мягко говоря, сомнительный подход выразился, в частности, в навязанной

новым акционерным законом странной конструкции «закрытых акционерных обществ», которые, по замыслу его разработчиков, должны были полностью заменить собой европейские общества с ограниченной ответственностью. Стоит напомнить, что англо-американскому праву действительно не известны общества с ограниченной ответственностью, ибо здесь *business corporation* традиционно разделяются на «публичные» (*public limited company, PLC*) и «частные» (*private limited company, Ltd.*), или «закрытые» (*closed corporation*), которые и выполняют экономические и юридические функции континентально-европейских обществ с ограниченной ответственностью. Но именно такое деление хозяйственных обществ теперь прямо воспроизведено в новой редакции Гражданского кодекса, причем в соответствии с п. 2 ст. 66.3 (в ред. Федерального закона от 5 мая 2014 г. № 99-ФЗ) оно распространяется и на общества с ограниченной ответственностью, автоматически ставшие «непубличными обществами», что в отечественном законодательстве не имеет юридического смысла. Из этого видно, что влияние американского права и его сторонников в кругах отечественных экономистов и юристов не только сохраняется, но отчасти усиливается.

Светлая идея об упразднении обществ с ограниченной ответственностью посетила отечественных экономистов и формируемые из них властные круги еще в самом конце 80-х гг., в забытые теперь времена «противостояния» союзного и российского законодательства. Дело в том, что в конце существования Союза ССР его власти, стремившиеся не отстать в проведении рыночных преобразований от более «радикальных» властей обретшей самостоятельность РСФСР, впервые со времен нэпа приняли довольно неплохое с юридической точки зрения (во всяком случае для того времени недавнего «освобождения от пут командно-административной экономики») единое Положение об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью (утверждено Постановлением Совета Министров СССР от 19 июня 1990 г. № 590). На его основе отечественными предпринимателями в этот период были созданы и зарегистрированы многие десятки тысяч обществ с ограниченной ответственностью.

Кроме того, союзным Министерством юстиции был разработан проект закона СССР «Об акционерных обществах и иных видах хозяйственных товариществ» (к которым предполагалось также отнести товарищества с ограниченной ответственностью, товарищества с дополнительной ответственностью, полные товарищества и командитные товарищества). На его содержание оказали влияние нормы

первого Гражданского кодекса РСФСР 1922 г. и дореволюционного проекта Гражданского уложения Российской империи. Это видно даже из использованной союзным законопроектом терминологии для наименования различных видов товариществ (любопытно, что в ГК РСФСР 1922 г. подразд. 5 разд. X части «Обязательственное право» назывался «Акционерное общество (паевое товарищество)»¹). Понятно, что в связи с прекращением существования СССР этот законопроект не был принят и остался лишь одним из «памятников юридической мысли».

Однако спустя полгода появляется российское Положение об акционерных обществах (утверждено Постановлением Совета Министров РСФСР от 25 декабря 1990 г. № 601), согласно п. 7 которого акционерные общества могли быть открытыми или закрытыми в зависимости от возможности перехода их акций от одних лиц к другим без согласия остальных акционеров или с согласия их большинства². При этом имелось в виду, что никаких обществ с ограниченной ответственностью на российской территории больше быть не должно (поскольку их правовой статус оставался неизвестным тогдашнему российскому законодательству). Более того, ст. 11 Закона РСФСР «О предприятиях и предпринимательской деятельности», также принятого 25 декабря 1990 г., была названа «Товарищество с ограниченной ответственностью (акционерное общество закрытого типа)», а полная тождественность двух этих различных организационно-правовых форм прямо следовала из ее содержания.

На практике это привело к полной неразберихе и значительным юридическим трудностям, ибо ни из уставов, ни из учредительных договоров о создании таких юридических лиц их участники нередко сами были не в состоянии понять, что же они создали и являются они теперь «акционерами» или «товарищами» (не говоря уже о том, что в следующем 1991 г., когда эти российские нормативные акты вступили в силу, возникла проблема их соотношения с союзным По-

¹ В этом законопроекте еще до принятия ГК РФ 1994 г. появляется фигура «общества с дополнительной ответственностью», которая в действительности воспроизводит конструкцию «товарищества с ограниченной ответственностью», как оно понималось во времена нэпа (ст. 318 ГК РСФСР 1922 г.).

² О его технико-юридическом уровне говорить не приходится, ибо, насколько известно из публичных высказываний его разработчиков, этот документ был подготовлен в спешке (в течение примерно двух недель) одним из руководителей тогдашнего Министерства финансов РСФСР, никогда не имевшим дела ни с акционерными обществами, ни вообще с нормотворчеством, хотя и при консультативной помощи некоего канадского адвоката.

ложением 1990 г., которая стала практически важной для участников зарегистрированных по нему обществ)¹. Тогда «американское право», возможно, впервые в новейшей российской истории (но, увы, далеко не в последний раз) продемонстрировало свою очевидную неприемлемость для российского (континентального) правопорядка.

С принятием нового ГК РФ не удалось упразднить закрытые акционерные общества, но удалось четко отделить их от обществ с ограниченной ответственностью, прямо указав в законе, что ЗАО являются разновидностью акционерных обществ. Таким образом, в российском правопорядке до 2014 г. (!) одновременно сохранялись и действовали юридические лица англо-американского права (ЗАО) и европейского континентального права (ООО). Спор об этом постепенно затих, но уверенность в осознании странности этой ситуации современными экономистами и юристами до сих пор отсутствует (особенно учитывая легкость, с которой отечественное правосознание восприняло «новую» квалификацию ООО в качестве «непубличных обществ»).

При разработке положений нового Гражданского кодекса РФ о юридических лицах возникла достаточно острая коллизия между его общими нормами об акционерных обществах и нормами почти готового к концу 1994 г. проекта Федерального закона об акционерных обществах, разработчикам которых пришлось пойти на взаимные уступки. С одной стороны, ГК РФ урегулировал правовое положение обществ с ограниченной ответственностью (чему не противилось Минэкономразвития России), но вынужден был закрепить деление акционерных обществ на открытые и закрытые (при определенном уточнении его критериев). С другой стороны, проект акционерного закона в основном (хотя и далеко не полностью) был приведен в соответствие с общими положениями гл. 4 ГК РФ. В результате этого российская конструкция акционерного общества приобрела «смешанные» черты американского (в основном) и континентально-европейского (отчасти) подходов, но на создание законопроекта об обществах с ограниченной ответственностью группа разработчиков Гражданского кодекса РФ получила некоторый «карт-бланш» в виде фактического отказа оппонентов от прямого участия в этом деле.

¹ На абсурдность сложившейся ситуации обратили внимание даже зарубежные (германские) исследователи (см.: *Holloch K.* Das neue russische Wirtschaftsrecht, insbesondere das Gesellschaftsrecht // Die neue Kodifikationen in Rußland. Osteuropaforschung. Schriftenreihe der Deutschen Gesellschaft für Osteuropakunde. Band 38. Berlin: Verlag Arno Spitz, 1997. S. 46—48, и указанную там российскую (!) литературу).

В качестве основы для работы прежде всего, естественно, были использованы нормы действующего ГК РФ 1994 г. о статусе обществ с ограниченной ответственностью. Но поскольку сама конструкция этого вида юридических лиц родилась в Германии¹, разработчики добились того, чтобы завершающая стадия создания законопроекта (осень 1996 г.) проходила в Германии и с участием германских экспертов. А поскольку финансирование работ в области корпоративного права частично осуществлялось Гарвардским институтом международного развития, было избрано «компромиссное» место их проведения. Им стал юридический факультет знаменитого Марбургского университета (*Philipp-Universität Marburg*), в котором когда-то учился М.В. Ломоносов и в разное время работали Ф.-К. ф. Савиньи, Г.Ф. Пухта, Р. Штаммлер, К.А. ф. Вангеров, О. Ленель, Л. Эннекцерус и другие выдающиеся германские цивилисты. Однако конкретным местом работы стало англо-американское отделение Института сравнительного правоведения, возглавляемое профессором частного права, сравнительного права и международного торгового права, доктором юридических наук Эрихом Шанце, магистром Гарвардского университета (США). Профессор Э. Шанце оказал рабочей группе самое радушное гостеприимство, но не вмешивался в содержательную часть ее деятельности, ограничиваясь консультациями по германскому корпоративному праву.

Рабочую группу составляли непосредственные участники работы над гл. 4 нового ГК РФ: Г.Д. Голубов (бывший заместитель министра юстиции СССР, а до этого многолетний начальник управления хозяйственного законодательства этого министерства, ставший затем руко-

¹ Эта юридическая конструкция создана Министерством юстиции Германии в конце XIX в. с целью защиты от злоупотреблений акционерной формой эпохи «грюндерства» и в соответствии с пожеланиями мелкого и среднего бизнеса. Но, будучи полученной «с зеленого стола министерской бюрократии» (в виде действующего до сих пор с рядом изменений Закона 1892 г.), она на протяжении первых 10 лет существования воспринималась как некое «искусственное образование» (см.: *Roth G.H. Handels- und Gesellschaftsrecht. Das Recht des kaufmännischen Unternehmens. 4. Aufl. München, 1994. S. 184*). Более того, ее иронически называли «обществом с ограниченным уважением» (*Gesellschaft mit beschränkter Hochachtung*), а также расшифровывали аббревиатуру «GmbH» как «Gehste mit – biste hin» («иди с нами, но будь сзади») (*Klunzinger E. Grundzüge des Gesellschaftsrechts. 15. Aufl. München: Vahlen, 2009. S. 248*), в лучшем случае рассматривая ее как «младшую сестру» акционерного общества. Юридическая конструкция общества с ограниченной ответственностью получила распространение за пределами Германии (в том числе в нэповской России) только после Первой мировой войны, но осталась неизвестной англо-американскому праву, в котором роль таких компаний традиционно выполняют *closed corporation (Ltd.)*.

водителем юридической фирмы «Легист»), Г.Е. Авилов и О.М. Козырь (сотрудники Исследовательского центра частного права при Президенте РФ), а также автор этих строк. «На всякий случай» организаторы включили в состав участников предварительного обсуждения законопроекта профессора Колумбийского и Стэнфордского университетов Бернарда Блэйка (одного из основных разработчиков российского акционерного закона и соавтора комментария к нему на английском языке¹) и его российских «соратников» Т.М. Медведеву, Е.А. Кулькова и С.А. Шишкина (двое последних на тот момент были ассистентами на кафедрах юридического факультета МГУ, но вскоре оставили его и ушли на работу в бизнес-структуры), а также трех американских консультантов. После нескольких достаточно острых дискуссий, в ходе которых, в частности, выяснились принципиальные различия между немецкой конструкцией *GmbH* (ООО) и только что учрежденной в США федеральным законом 1996 г. «компанией с ограниченной ответственностью» (*Limited liability company – LLC*)², а соответственно прекратились и попытки их взаимного приспособления, иностранные консультанты и их отечественные коллеги закончили свое участие в этой работе.

Дальнейшая работа над текстом законопроекта успешно завершилась в Москве. Можно отметить, что между немногочисленными участниками рабочей группы были некоторые споры непринципиального характера относительно отдельных формулировок будущего закона. Но каких-либо существенных расхождений между ними не могло возникнуть, ибо основные подходы были согласованы в ходе недавней работы над соответствующими правилами нового Гражданского кодекса. Речь шла только об их уточнении и развитии. В частности, по инициативе Г.Е. Авилова в законопроект были включены правила об обязательной независимой оценке неденежных имущественных вкладов участников ООО, причем осуществлявшие такую оценку аудиторы должны были нести субсидиарную ответственность перед кредиторами общества в размере ее превышения (п. 2 ст. 15 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью»). Стоит заметить, что

¹ Следует отметить, что уже в ходе первых встреч проф. Б. Блэйк принес нашей рабочей группе свои извинения за слишком настойчивые и не всегда удачные попытки воздействия на формирование нового российского акционерного законодательства, а в дальнейшем не участвовал в ее работе.

² С континентально-европейских позиций американская *LLC*, по сути, представляет собой командиту без комплементария (см.: Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. М.: Статут, 2014. С. 123).

в акционерном законе такая норма (препятствующая очевидным и достаточно распространенным в то время злоупотреблениям учредителей хозяйственных обществ) до сих пор отсутствует (ср. абз. 3 п. 3 ст. 34 Федерального закона «Об акционерных обществах»). В основе этой идеи лежали аналогичные правила действовавшего тогда французского Закона 1966 г. «О торговых товариществах». Ряд новых положений по защите прав кредиторов общества был сформулирован в нормах о реорганизации ООО. Тогда же появились правила о возможной «привязке» доли в уставном капитале ООО к некоторым дополнительным правам ее обладателя — например, к праву на дополнительное избрание члена совета директоров (п. 2 ст. 8 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью»), при формулировании которых были использованы соответствующие нормы германского закона об ООО.

Вместе с тем большой потенциал германского закона об ООО по разным причинам не был использован разработчиками аналогичного российского закона. В нем, в частности, отсутствуют правила об особом наблюдательном совете общества, который, как и в акционерном законе, отождествлен с советом директоров (в германской модели последний называется «правлением»), об обязательном участии в нем наемных работников или их представителей (что важно для относительно крупных ООО) и др. Было бы поэтому ошибочным отождествлять юридические конструкции российского ООО и германского *GmbH*.

В целом же разработчиками была достаточно последовательно проведена линия на максимально возможную защиту интересов кредиторов и миноритариев такого общества, составляющая основную цель континентально-европейского, в том числе германского, законодательства об ООО. В отсутствие сколько-нибудь серьезного «внешнего» противодействия и искусственно созданных препятствий работа над законопроектом была завершена к концу 1996 г. После этого он достаточно быстро (в течение года) прошел необходимые обсуждения и согласования и в начале следующего года (8 февраля 1998 г.) был принят и введен в действие.

Т.С. Бойко,
к.ю.н., адвокат, старший юрист адвокатского бюро
«Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»

ВЫКУП ДОЛИ МИНОРИТАРНОГО УЧАСТНИКА КАК СПОСОБ ЗАЩИТЫ ОТ ПРИТЕСНЕНИЯ СО СТОРОНЫ МАЖОРИТАРНОГО УЧАСТНИКА

В российском праве участник может выйти из общества с ограниченной ответственностью, получив при этом действительную стоимость принадлежащей ему доли, только в случаях, прямо предусмотренных уставом общества или законом. Если же право выхода не предоставлено уставом и не возникли указанные в законе обстоятельства, предоставляющие участнику право потребовать у общества выкупа его доли, но при этом имеет место какое-либо злоупотребление со стороны мажоритарного участника, самого общества в лице его органов управления, корпоративный конфликт между участниками или иные обстоятельства, которые приводят к нарушению прав или интересов миноритарного участника, он вправе воспользоваться иными способами защиты: попытаться оспорить сделку по различным основаниям, в том числе как совершенную в ущерб интересам общества, потребовать исключения мажоритарного участника из общества, взыскать убытки в пользу общества, потребовать принудительной ликвидации общества, но не вправе потребовать у общества или тем более у мажоритарного участника выкупа принадлежащей ему доли по справедливой цене, отражающей пропорциональную часть рыночной стоимости компании. То есть требование о выкупе доли в российской праве не выступает в качестве самостоятельного способа защиты в ситуации нарушения прав или интересов миноритарного участника в непубличном обществе в отличие от развитых зарубежных правовых порядков (к примеру, США и Великобритании), в которых такой способ защиты в указанной ситуации является основополагающим.

Институт притеснения и институт несправедливого ущемления интересов миноритариев в США и Великобритании

В американском законодательстве и судебной практике недобросовестные действия мажоритария по отношению к миноритариям обычно именуется термином «притеснение» (*oppression*), в английском праве большинство злоупотреблений мажоритарных участников попадает в рамки института *unfair prejudice* – несправедливое ущемление интересов участников общества¹. Далее по тексту статьи мы также будем использовать термины «притеснение» или «несправедливое ущемление интересов», которые по сравнению с привычным российскому праву термином «злоупотребление правом» охватывают также все иные нарушения прав и интересов миноритарных участников, требующие *de lege ferenda* адекватной защиты в российском праве.

США

Институт защиты миноритариев от притеснения со стороны мажоритариев в США имеет долгую и интересную историю становления и развития. Данный институт прошел в своем развитии следующие ключевые вехи:

- 1) возложение на контролирующего участника фидуциарных обязанностей по отношению к миноритариям;
- 2) защита разумных ожиданий миноритариев;
- 3) разработка специального механизма защиты миноритариев от притеснения со стороны мажоритариев (*oppression remedy*).

Наивысший стандарт фидуциарных обязанностей был задан в деле *Meinhard v. Salmon*², которое касалось не корпораций, а совместного предприятия (*joint venture*), но оказало колоссальное влияние на дальнейшее развитие доктрины фидуциарных обязанностей в закрытых корпорациях. Судья Кардозо применил в деле принцип фидуциарности в его широком понимании: «Партнеры совместного предприятия, как сотоварищи, в ходе ведения совместного дела несут друг перед другом обязанность наивысшей преданности. Многие формы поведения,

¹ Детальный анализ института притеснения миноритариев в США и института несправедливого ущемления интересов миноритариев в Великобритании см.: *Бойко Т.С. Защита миноритариев от притеснения со стороны мажоритария в непубличных обществах // Вестник экономического правосудия РФ. 2017. № 7. С. 112–156.*

² См.: 223 A.D. 663, 667, 229 N.Y. S. 345, 349 (1928), *modified*, 249 N.Y. 458, 164 N.E. 545 (1928).

которые могут быть позволены в повседневной жизни для участников обычных договорных отношений, запрещены для тех, кто связан фидуциарными узами... Не только честность, но и проявление наивысшей степени уважения являются в данном случае стандартом поведения»¹.

Еще в одном известном деле — *Donahue v. Rodd Electrottype Co.*² суд признал, что участники закрытой корпорации несут друг перед другом практически такие же фидуциарные обязанности, какие возложены на товарищей в товариществе³, т.е. обязанность высшей добросовестности и преданности, под которой понимается невозможность акционеров действовать своекорыстно или исключительно в своих интересах в нарушение лежащей на них обязанности преданности по отношению к другим акционерам и корпорации в целом⁴.

В последующих делах, однако, указанные стандарты поведения были существенно снижены и суды стали выносить решения о нарушении контролирующим акционером своих фидуциарных обязанностей только в случае их явного злоупотребления своими полномочиями и намеренного отстранения миноритариев от участия в прибыли компании.

Эта риторика наиболее отчетливо проявилась в деле *Zidell v. Zidell*⁵, в котором суд указал, что его обязанность заключается в восстановлении нарушенного права, а не в примирении конкурирующих интересов бизнесменов, поэтому отсутствие недобросовестности, обмана, нарушения фидуциарных обязанностей, злоупотребления правом или иного неправомерного деяния означает отсутствие оснований для вмешательства со стороны суда.

В дальнейшем суды начали требовать от миноритарного акционера доказать совершение не единственного нарушения его прав со стороны мажоритария, а нескольких таких нарушений (серии нарушений),

¹ Meinhard, 249 N.Y. 463–464, 164 N.E. 546.

² См.: 367 Mass. 578, 328 N.E. 2d 505 (1975). В данном деле миноритарная участница (*Euphemia Donahue*) подала иск против корпорации, ее директоров и контролирующих акционеров в связи с тем, что корпорация выкупила часть мажоритарного пакета одного из участников, ушедшего на пенсию и оставлявшего управление компанией своим детям, а в выкупе ее доли отказала. Истица требовала от суда отменить выкуп, ссылаясь на нарушение корпорацией фидуциарных обязанностей, поскольку ей не была предоставлена равная возможность продать свои акции корпорации.

³ См.: *Donahue*, 367 Mass. 593, 328 N.E. 2d 515.

⁴ *Ibidem*.

⁵ См.: 277 Or. at 419, 560 P.2d at 1089 (1977) (quoting *Gay v. Gay's Super Markets, Inc.*, 343 A.2d 577, 580 (Me. 1975)).

в результате чего получил свое развитие деликт из вытеснения (*tort of freeze-out*). Теория вытеснения миноритарных акционеров была подробно описана в деле *Sugarman v. Sugarman*¹, в котором суд посчитал, что в качестве основания иска миноритарный акционер должен обязательно показать, что мажоритарный акционер использовал несколько механизмов, способствующих отстранению миноритария от участия в распределении прибыли путем получения дивидендов или заработной платы, и что предложение продать свой пакет по заниженной цене было кульминацией плана мажоритария по вытеснению миноритария². Кроме того, суд указал на то, что подобные действия должны быть убыточными для миноритарного акционера, нарушение должно быть умышленным, а лишение миноритария дохода — намеренным³.

Теория разумных ожиданий миноритарных акционеров, появившаяся во многом в качестве альтернативы доктрины фидуциарных обязанностей, рассматривает проблему как бы под другим углом: вместо вопроса о том, нарушает ли мажоритарный акционер свои фидуциарные обязанности, выясняется вопрос, были ли расстроены разумные ожидания или планы миноритарного акционера, которые у него были при вступлении в совместный бизнес. Этот подход базируется прежде всего на особых характеристиках закрытой корпорации, в которой преобладают личные отношения между участниками и каждый из них обычно стремится непосредственно участвовать в управлении компанией или занимать в ней иную должность⁴. Под разумными ожиданиями понимаются те договоренности и допущения, которые изначально подтолкнули стороны к объединению своих усилий для создания компании⁵. Разумные ожидания представляют собой некое подразумеваемое соглашение между акционерами, которое чаще всего затрагивает вопросы участия в управлении или занятости в компании, но может охватывать и иные аспекты ее деятельности⁶.

¹ См.: 797 F.2d 3 (1st Cir. 1986).

² Ibid. P. 7–8.

³ Ibid. P. 8.

⁴ Подробнее см.: Бойко Т.С. Правовая природа непубличного общества (сравнительно-правовой анализ подходов США, Великобритании и России) // Закон. 2017. № 8. С. 43–63.

⁵ См.: *Peeples R.A. The Use and Misuse of the Business Judgment Rule in the Close Corporation* // 60 Notre Dame Law Review. 1984–1985. P. 501.

⁶ Ibid. P. 502.

Иск из притеснения (*oppression remedy*) является специальным средством защиты миноритарных акционеров от притеснения со стороны мажоритарного акционера в закрытых корпорациях, разработка которого велась одновременно законодателем и судами, однако он применяется не во всех штатах — кое-где оказалось достаточно прямого иска акционера к акционеру на основе нарушения мажоритарием своих фидуциарных обязанностей перед миноритарными акционерами¹, отдельные штаты во главе со штатом Делавэр вообще не восприняли специальное средство защиты интересов миноритариев в закрытых корпорациях.

Правовое регулирование этого вопроса в разных штатах, так или иначе имплементировавших специальное средство защиты от притеснения, начало постепенно сближаться. Сближение происходило как раз на основе ранее выработанных судебной практикой доктрины фидуциарных обязанностей контролирующих участников и теории разумных ожиданий миноритарных акционеров.

Основным же результатом появления специального иска из притеснения явилась выработка перечня способов защиты, доступных миноритариям в данной ситуации, при этом основным способом защиты со временем стал выкуп мажоритарием акций миноритарного участника по требованию суда.

Великобритания

В Великобритании защита миноритариев от притеснения со стороны мажоритарного участника в непубличном обществе развивалась по собственному сценарию. В 1948 г. был принят Закон о компаниях, который наделял акционеров правом потребовать у суда применить один из способов защиты по праву справедливости, если они докажут, что дела компании ведутся таким образом, что притесняют некоторых участников². Однако на практике это положение имело ограниченное применение, поскольку Палата лордов в деле *Scottish Co-operative Wholesale Society v. Meyer*³ истолковала понятие «притесняющее (*oppressive*) поведение» как обременительное, грубое и неправомерное.

¹ См.: *Thompson R.B.* The Shareholder's Cause of Action for Oppression // *The Business Lawyer*. 1992–1993. Vol. 48. P. 712.

² См.: *Miller S.K.* Minority Shareholder Oppression in the Private Company in the European Community: A Comparative Analysis of the German, United Kingdom, and French «Close Corporation Problem» // *30 Cornell International Law Journal*. 1997. P. 402.

³ См.: AC 324 (1959).

Такая трактовка вызвала дополнительные вопросы, связанные с тем, что должно пониматься под неправомерным поведением.

Разъяснение этих вопросов было дано в 1962 г. комитетом, специально созданным для совершенствования Закона о компаниях (*Jenkins Committee on Company Law*), и в целях окончательного их разрешения было рекомендовано использовать понятие «unfairly prejudicial»¹, которое в результате получило закрепление в редакции Закона о компаниях 1980 г. Оно было сохранено в последующей редакции (ст. 459 Закона о компаниях 1985 г.) и содержится в ст. 994 действующего английского Закона о компаниях 2006 г.²

Согласно ст. 994 Закона о компаниях 2006 г.³ участник компании может обратиться в суд с иском, если (а) дела компании велись или ведутся таким образом, что несправедливо ущемляются интересы участников компании в целом или интересы отдельных участников (включая как минимум истца), или (б) совершенное или предполагаемое действие или бездействие компании (включая действие или бездействие от ее имени) является или будет являться несправедливо ущемляющим интересы указанных лиц.

В деле *In Re Saul D Harrison and Dons plc*⁴ суд указал, что понятие «unfairly prejudicial» является достаточно общим и оно должно применяться гибко исходя из обстоятельств конкретного дела. При этом поведение ответчика должно одновременно отвечать двум тестам — быть *prejudicial*, т.е. ущемлять каким-либо образом интерес истца или причинять ему вред, и быть *unfair*, т.е. несправедливым. Если поведение удовлетворяет только одному критерию, то данный институт не может применяться⁵.

Надо признать, что понятие «unfairly prejudicial» («несправедливо причиняющий вред интересам») является не менее абстрактным, чем понятие «oppressive» («притесняющий»), поэтому скачок в развитии

¹ Термин «prejudicial» имеет несколько значений: предвзятый, наносящий ущерб / причиняющий вред, ущемляющий права и интересы. Полагаем, что в данном случае наиболее подходящей будет интерпретация понятия «unfairly prejudicial» как «несправедливо ущемляющий интересы».

² См.: *Boyle A.J. Minority Shareholders' Remedies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. P. 90.

³ См.: *Companies Act 2006* (URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/section/994> (дата обращения: 09.06.2019)).

⁴ [1995] 1 BCLC 14.

⁵ *Mayson S.W., French D., Ryan C.L. Company Law*. 33rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2016–2017. P. 580.

законодательства был связан не только с данным терминологическим уточнением. Если ранее требовалось доказать длящийся характер притесняющего поведения и его существование на момент обращения с иском, то теперь достаточно было совершения или хотя бы угрозы совершения единовременного действия или бездействия¹. В конечном счете с включением в закон понятия «unfairly prejudicial» подход судов к защите интересов миноритариев стал более гибким. Теперь суды не требовали от заявителя доказательств злонамеренности или недобросовестности мажоритарного участника или иного контролирующего лица, не надо было доказывать нарушения прав, предоставляемых Законом о компаниях, достаточно было доказать лишь несправедливое ущемление интересов миноритария².

Также при оценке поведения участника суд должен учитывать интересы участника, которые иногда находятся за пределами границ, очерченных законом или уставом компании³. В одном из дел (*In Re A Company* (No. 00477 of 1986)) суд, давая толкование понятия «несправедливо причиняющий вред интересам участника», указал, что права и интересы участника необязательно должны быть ограничены положениями устава компании, они могут включать в себя также обоснованные ожидания, связанные, в частности, с занятием должности директора в течение срока участия в бизнесе. Следовательно, отстранение участника от должности при таких обстоятельствах должно признаваться несправедливо ущемляющим его интересы⁴. То есть и в Великобритании суды во многом ориентируются на разумные ожидания акционеров для определения поведения, которое несправедливо ущемляет интересы участника компании.

Несмотря на то что норма ст. 994 Закона о компаниях 2006 г. сформулирована общим образом, в действительности она практически не используется в отношении публичных компаний, акции которых прошли процедуру листинга на бирже. Это связано с тем, что категория разумных ожиданий участников неприменима к торгуемым на бирже компаниям, а наиболее часто присуждаемый способ защиты — выкуп акций истца также не имеет существенного практического значения

¹ *Mayson S.W., French D., Ryan C.L.* Company Law. 33rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2016–2017. P. 580.

² См.: *Boyle A.J.* Op. cit. P. 95.

³ См.: *Furey N.* The Statutory Protection of Minority Shareholders in the United Kingdom // *Wake Forest Law Review.* 1987. Vol. 22. P. 95.

⁴ *Ibid.* P. 99 (citing 1986 B.C.L.C. 376).

в контексте публичной компании, поскольку акции миноритария всегда могут быть проданы на рынке¹.

Однако данный институт гораздо шире и охватывает не только нарушение подразумеваемого соглашения между участниками, которое должно учитывать их разумные ожидания. Несправедливое ущемление интересов миноритарного участника можно обнаружить в делах, когда: 1) контролирующий участник отстранял миноритария от участия в управлении компанией²; 2) один из участников совершал серьезные злоупотребления в ходе управления компанией³; 3) участник неправомерно использовал активы компании⁴; 4) участник совершил растрату денежных средств компании⁵; 5) участник присвоил существенную часть прибыли компании⁶; 6) в компании не распределяются дивиденды в разумном размере; 7) выпускаются дополнительные акции или права, в результате чего доля миноритария размывается; 8) выплачиваются завышенные вознаграждения или бонусы⁷.

Как видно из перечисленных категорий дел, данный институт пересекается с институтом производного или косвенного иска, когда акционер подает иск в интересах компании в связи с нарушением директором возложенных на него фидуциарных обязанностей. При этом нарушение фидуциарных обязанностей директором само по себе не является случаем несправедливого причинения вреда интересам миноритарного участника компании, однако следствием нарушения фидуциарных обязанностей директора может быть несправедливое ущемление интересов участника⁸.

¹ Данный вывод также подтверждается статистикой. Из 156 исков, поданных в 1994 и 1995 гг. в Высокий суд Лондона на основании нормы закона о несправедливом причинении вреда интересам миноритариев (*unfair prejudice*), 96% касалось частных компаний, при этом 85% таких частных компаний имело до пяти акционеров (см.: *Boyle A.J.* Op. cit. P. 120).

² *Re Haden Bill Electrical Ltd.* [1995] 2 BCLC 280 (Ch. Eng.); *Re Bird Precision Bellows Ltd.* [1985] 3 All E.R. 523 (C.A.).

³ *Re Macro (Ipswich) Ltd.* [1994] 2 BCLC 354 (Ch. Eng.).

⁴ *Re Elgindata Ltd.* [1993] 1 All E.R. 232 (C.A.); *Re Sam Weller & Sons Ltd.* [1990] Ch. 682, [1989] 3 W.L.R. 923 [1990] B.C.L.C. 80 (Eng.).

⁵ *Adam Wilson Young and Others v. Falkirk Football and Athletic Club Ltd. Outer House Cases.*

⁶ *Lowe v. Fahey and others* [1996] 1 BCLC 262 (Ch. Eng.); *Re London School of Electronics Ltd.* [1986] 1 Ch/211, [1985] 3 WLR 474, [1985] BCLC 273, [1983-85] BCC, 394 (Ch. Eng.)

⁷ *Joffe V., Drake D., Richardson G., Lightman D., Collingwood T.* *Minority Shareholders: Law, Practice, and Procedure.* 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 2011. P. 284–285.

⁸ *Ibid.* P. 306.

В трех делах, разрешенных в 1986 г.¹, судья Хоффман пришел к выводу, что нарушения фидуциарных обязанностей могут стать основанием для установления факта несправедливого ущемления интересов миноритариев (*unfair prejudice*) в частных или небольших компаниях. Суд однозначно признал, что даже если есть основания для обращения в суд с косвенным иском, это не может быть препятствием для обращения с заявлением по ст. 459 Закона о компаниях 1985 г.²

Как следует из анализа судебной практики в указанных юрисдикциях, основными формами притеснения / несправедливого ущемления интересов миноритариев в непубличных обществах являются:

1) лишение миноритарных участников каких-либо доходов от вложенных инвестиций, выражающееся в основном в нераспределении прибыли при ее наличии у общества и (или) диспропорциональном распределении прибыли между участниками общества, в том числе посредством выплаты контролирующему участнику существенно завышенного вознаграждения за осуществление управления обществом;

2) отстранение миноритария от участия в управлении обществом и (или) занятия иной должности в обществе, в том числе увольнение в качестве работника, когда он обоснованно рассчитывал на занятие определенной должности исходя из изначальных договоренностей сторон или своих разумных ожиданий;

3) совершение обществом сделок в интересах только мажоритарного участника общества и (или) в ущерб обществу либо миноритарному участнику, в том числе сделок по отчуждению активов общества в пользу организаций или физических лиц, фактически подконтрольных мажоритарному участнику;

4) уменьшение доли миноритарного участника посредством проведения различных корпоративных мероприятий (увеличения уставного капитала, реорганизации и т.п.) или иное ограничение прав голоса миноритария.

Указанные формы притеснения существуют и в российской бизнес-практике, однако по российскому праву в этих случаях далеко не всегда миноритарный участник может рассчитывать на адекватную защиту своих интересов, в особенности когда нарушение не затрагивает само общество, а направлено против другого участника общества

¹ См.: *Re A Company* (No. 005278 of 1985) [1986] 1 WLR 281; *Re A Company* [1986] BCLC 382; *Re A Company* [1986] BCLC 376.

² В настоящее время это ст. 994 Закона о компаниях 2006 г.

и фактически пострадавшим лицом становится именно миноритарный участник общества.

Однако следует отметить, что интересы миноритарного участника в обществе с ограниченной ответственностью защищены все же несколько лучше, чем интересы миноритария в непубличном акционерном обществе, поскольку наиболее значимые корпоративные решения в обществе с ограниченной ответственностью (в частности, реорганизация, ликвидация, увеличение уставного капитала посредством внесения вклада одним из участников или третьим лицом) требуют единогласия, а в случае принятия решения об увеличении уставного капитала за счет внесения дополнительных вкладов всеми участниками общества миноритарий имеет право потребовать выкупа его доли, если он голосовал против или не принимал участия в собрании.

В результате основными формами притеснения миноритариев в российских обществах с ограниченной ответственностью являются систематическое нераспределение прибыли и ее вывод иными способами в пользу мажоритария, а также отстранение миноритария от участия в управлении обществом в нарушение его разумных ожиданий. В этих случаях в российском праве у миноритария отсутствуют какие-либо адекватные способы защиты его интересов, а поведение мажоритария при этом в большинстве случаев не будет квалифицировано судом в качестве неправомерного.

Выкуп доли миноритарного участника как способ защиты от притеснения со стороны мажоритарного участника в российском правовом порядке

Согласно действующему российскому законодательству участник вправе требовать принудительного выкупа его доли обществом (или выхода, что по своему правовому и экономическому эффекту одно и то же, но называется в российском законе разными терминами) в следующих случаях:

- если право выхода путем продажи своей доли обществу прямо предусмотрено уставом общества;
- в случае принятия общим собранием решения о совершении крупной сделки или об увеличении уставного капитала за счет внесения дополнительных вкладов участниками общества (абз. 2 п. 2 ст. 23 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее – Закон об ООО)), если участник голосовал против или не принимал участия в голосовании;

- если уставом общества отчуждение доли или части доли третьим лицам запрещено и другие участники общества отказались от их приобретения либо не получено согласие на отчуждение доли или части доли участнику общества или третьему лицу, если необходимость получения такого согласия предусмотрена уставом общества (абз. 1 п. 2 ст. 23 Закона об ООО).

Еще некоторое время назад ничем не ограниченный выход участника из общества в любой момент по умолчанию был разрешен законом. С принятием Федерального закона от 30 декабря 2008 г. № 312-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹ свободный выход из ООО стал возможен только при условии, что он прямо разрешен в уставе общества (п. 1 ст. 94 ГК РФ, п. 1 ст. 26 Закона об ООО). Право свободного выхода из ООО до его отмены (1 июля 2009 г.) было предметом серьезной дискуссии в юридическом сообществе². Главным аргументом в пользу отмены права свободного выхода явились негативные экономические последствия существования такого права для общества в целом, его кредиторов, а также остальных его участников, вынужденных обеспечивать выплату денежных средств выходящему участнику. Однако есть и оборотная сторона медали: в отсутствие права на свободный выход в условиях неликвидного рынка миноритарные участники ООО оказались заблокированными в обществе без каких-либо возможностей выйти из невыгодного для них предприятия. Создать условия для выкупа доли обществом на практике оказывается не всегда возможным: для этого как минимум должно быть найдено третье лицо, желающее приобрести долю миноритарного участника.

Разработчики, когда меняли общее правило на прямо противоположное, вероятнее всего, не подумали о том, что право выхода необходимо оставить в качестве запасного или исключительного варианта, к которому миноритарный участник может прибегнуть в судебном порядке в ситуации недобросовестного поведения мажоритарного участника, когда партнерские отношения между участниками фактически

¹ СЗ РФ. 2009. № 1. Ст. 20.

² См., например: *Новак Д.* К вопросу об ограничениях на выход участника из общества с ограниченной ответственностью // *Хозяйство и право.* 2003. № 2. С. 77; *Новоселова Л.А.* Новые положения законодательства об ООО: причины изменений и последствия // *Хозяйство и право.* 2009. № 3 (286). С. 5; *Файзулдинов И.* Выход участника из общества с ограниченной ответственностью: судебная практика // *Хозяйство и право.* 2000. № 9 (284). С. 121–122.

перестали существовать. В этой ситуации миноритарии для выхода из бесперспективного партнерства в большинстве случаев приходится требовать либо исключения мажоритарного участника из общества (п. 1 ст. 67 ГК РФ), либо принудительной ликвидации общества в связи с невозможностью достижения целей, ради которых создано общество (подп. 5 п. 3 ст. 61 ГК РФ). Оба указанных способа защиты, на наш взгляд, не позволяют в полной мере обеспечить эффективную защиту миноритарного участника при нарушении его прав или интересов.

Исключение участника из общества

Участнику общества предоставлено право требовать исключения другого участника из общества в судебном порядке с выплатой ему действительной стоимости его доли участия, если такой участник своими действиями (бездействием) причинил существенный вред обществу либо иным образом существенно затрудняет его деятельность и достижение целей, ради которых оно создавалось, в том числе грубо нарушая свои обязанности, предусмотренные законом или учредительными документами общества (абз. 4 п. 1 ст. 67 ГК РФ).

Сфера действия данного института существенно ограничена ситуациями, когда по вине участника вред причиняется самому обществу, а не другому участнику общества либо когда происходит затруднение деятельности общества или достижение целей создания общества. В ситуации притеснения, когда то или иное злоупотребление мажоритария направлено против другого участника общества (или нескольких миноритарных участников), общество в целом может оказаться незатронутым таким злоупотреблением. Затруднения деятельности общества в случае притеснения миноритария со стороны мажоритария и вовсе может не быть, но при этом общество может осуществлять свою деятельность исключительно в интересах и к выгоде его мажоритарного участника, а не всех участников в целом. Таким образом, исключение как способ защиты в том виде, в каком оно существует сейчас в российском праве, может быть эффективно в ситуации притеснения миноритария только тогда, когда самому обществу также причиняется существенный вред действиями или бездействием мажоритарного участника.

Однако в доктрине высказывается и другая точка зрения, согласно которой исключение участника может и должно использоваться в качестве способа защиты в ситуации причинения вреда другому участнику общества, которое приводит к утрате доверия между участ-

никами¹. А.А. Кузнецов в своей работе приводит ссылки на отдельные судебные дела, подтверждающие такую возможность, однако, на наш взгляд, они все же являются единичными примерами и не формируют в российской судебной практике устойчивую тенденцию применения данного способа защиты в случае притеснения, а также не опровергают сформулированное в норме общее правило, согласно которому для применения данного способа защиты вред или затруднение деятельности должны возникнуть именно у общества, а не у другого участника. Также полагаем, что косвенное упоминание «утраты доверия между участниками» в п. 1 Обзора практики рассмотрения арбитражными судами споров, связанных с исключением участника из общества с ограниченной ответственностью, утвержденного Информационным письмом Высшего Арбитражного Суда РФ от 24 мая 2012 г. № 151, на который ссылается указанный автор, не доказывает, что сама по себе утрата доверия является основанием для исключения. Более того, в данном пункте Обзора утрата доверия между участниками указана во взаимосвязи с действиями участника, заведомо влекущими вред для общества.

В ситуации притеснения миноритарного участника нарушение осуществляется мажоритарным участником, а значит, если применить данный способ защиты, то исключаться из общества должен последний. В то же время исключение мажоритария при любом недобросовестном поведении по отношению к миноритариям не вполне согласуется с общей логикой корпоративного права, в котором все же господствует принцип большинства. Полагаем, что для применения данного способа защиты должны быть веские основания и должны быть взвешены все обстоятельства дела. При этом в исключительных случаях, при вопиющем нарушении мажоритарием интересов самого общества и остальных его участников данный способ защиты вполне может быть оправдан. При этом отдельные примеры исключения мажоритария из общества за вопиющие нарушения в российской судебной практике все же встречаются².

Необходимо также принимать во внимание то, что миноритарный участник в большинстве случаев не обладает необходимыми знаниями и опытом, а также финансовыми средствами для самостоятельного

¹ Кузнецов А.А. Исключение участника из общества с ограниченной ответственностью. М.: Статут, 2014. С. 82–83.

² См., например, постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 27.02.2017 № Ф04-19325/2015.

продолжения бизнеса и исключение мажоритария в конечном счете может привести к прекращению деятельности компании, т.е. неоптимальному результату с точки зрения экономики в целом. Более того, сам миноритарный участник может не хотеть самостоятельного продолжения бизнеса, для него предпочтительным может оказаться выход с получением рыночной стоимости его доли, однако действующее российское законодательство не предоставляет ему такой опции.

В то же время А.А. Кузнецов абсолютно верно отмечает, что в большинстве случаев «непубличные компании нередко являются основным или даже единственным видом деятельности для участников, а значит, каждый из них желает скорее сохранить этот статус, чем получить какое-либо денежное возмещение»¹. Однако только по этой причине миноритарным участникам не следует предоставлять возможность исключать из общества мажоритария в качестве основного способа защиты от притеснения, поскольку это серьезно сместит баланс интересов в пользу миноритариев: достаточно будет предоставить миноритарию возможность сделать экономически рациональный выбор — получить денежное возмещение доли и в дальнейшем вложить его в какой-то другой бизнес или начать совместный бизнес с другим лицом, доверие к которому не утрачено.

А.А. Кузнецов также в качестве недостатка выкупа указывает на то, что «выплата участнику стоимости доли при выходе не всегда представляет собой адекватную сумму, здесь действует фактор затруднительности оценки стоимости долей в таких компаниях, например, сложно учесть тот факт, что стартап в первые годы деятельности оценивается дешево, но впоследствии принесет значительные доходы, либо участник проработал в компании всю свою жизнь и т.п.»². Однако указанный недостаток затруднительности оценки в равной степени присущ и исключению как способу защиты, поскольку и при исключении должна выплачиваться действительная стоимость доли участника, определить которую в отдельных ситуациях довольно сложно.

В целом же в сравнении с выкупом (выходом) исключение, на наш взгляд, является гораздо более серьезной санкцией за нарушение, чем выкуп. Если в ходе выкупа миноритарный участник сам соглашается уйти, забрав справедливую стоимость своей доли, тем самым перенаправляя спор от вопросов, кто прав, а кто виноват, к вопросам оценки

¹ Кузнецов А.А. Указ. соч. С. 12.

² Там же.

стоимости доли, то в ситуации исключения конфликт между участниками обостряется, истец принуждает ответчика покинуть общество, при том что последний этого не хочет. Возможно, именно поэтому многие правопорядки используют принудительный выкуп в качестве оптимального способа решения конфликта между участниками непубличного общества, причем не только в ситуации притеснения миноритария, но и в ситуации возникновения тупиковой ситуации (дедлока). Исключение же участника применяется в качестве способа защиты в случае разного рода злоупотреблений лишь некоторыми правопорядками, в основном европейскими¹.

Принудительная ликвидация общества

С принятием Федерального закона от 5 мая 2014 г. № 99-ФЗ «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации»² в российском праве было введено новое основание для ликвидации юридического лица по решению суда. Отныне потребовать ликвидации может учредитель (участник) юридического лица в случае невозможности достижения целей, ради которых оно создано, в том числе в случае, если осуществление деятельности юридического лица становится невозможным или существенно затрудняется (подп. 5 п. 3 ст. 61 ГК РФ).

Согласно разъяснению, данному в п. 29 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»³ (далее – Постановление № 25), данная норма рассчитана на случай возникновения в обществе неразрешимой, тупиковой ситуации (дедлока) или корпоративного конфликта.

Однако если взглянуть на проблему несколько шире, то под целями создания общества возможно понимать и разумные ожидания каждого из участников общества, которые у них были на момент начала совместного бизнеса (в частности, ожидания, связанные с пропорциональным участием в прибыли или в управлении бизнесом), в связи с чем их нереализация представляет собой недостижение поставленных

¹ См. Кузнецов А.А. Указ. соч. С. 10–11.

² СЗ РФ. 2014. № 19. Ст. 2304.

³ СПС «КонсультантПлюс».

целей. К сожалению, в российской правовой действительности нам представляется крайне маловероятным подобное толкование данной нормы, поскольку российские суды скорее всего будут требовать доказать объективную невозможность достижения целей создания компании, а не субъективное нежелание мажоритарного участника реализовывать разумные ожидания миноритария.

Принудительная ликвидация общества в ситуации невозможности достижения целей создания общества – относительно новый институт в российском праве. Однако, несмотря на небольшой срок правоприменения, уже можно обнаружить определенные тенденции в судебной практике, которые свидетельствуют о том, что в ситуации разного рода злоупотреблений мажоритарного участника, главным образом систематического нераспределения прибыли, когда у общества эта прибыль имеется, миноритарные участники пытаются защитить свои нарушенные интересы посредством данного института за неимением альтернативы.

Суды удовлетворяют требования участников в основном в ситуации распределения долей в обществе 50 на 50% и при наличии в обществе затяжного корпоративного конфликта¹. Суды в качестве обоснования указывают правильные доводы о том, что «в корпорации отношения участников должны носить лично-доверительный характер и способствовать развитию целей, для которых она создавалась и функционирует; отсутствие корпоративного сообщества между участниками и невозможность принятия совместного решения об управлении обществом с учетом распределения голосов в равных долях не способствуют возможности сохранения деятельности общества с учетом целей экономической целесообразности и получения прибыли»².

В ситуации же притеснения одним участником другого при неравенстве долей, т.е. когда мажоритарный участник фактически узурпирует корпоративную власть в обществе, отстраняя от управления и от участия в прибыли миноритария, суды не находят оснований для применения нормы о принудительной ликвидации, поскольку общество продолжает осуществлять хозяйственную деятельность, приносящую ему прибыль. Аргументация же истца, состоящая в том, что в обществе перестали существовать общие интересы и доверительные отношения,

¹ См., например, Определение Верховного Суда РФ от 11 января 2016 г. № 304-ЭС15-16666 по делу № А46-12003/2014.

² Постановление АС Поволжского округа от 07.10.2016 № Ф06-12345/2016 по делу № А57-30921/2015.

а также возникли непреодолимые разногласия между участниками, не находит поддержки у судов, которые, формально толкуя закон, приходят к выводу о том, что нераспределение прибыли само по себе не является основанием для ликвидации общества¹.

Фактически суды удовлетворяют иск о ликвидации общества только в ситуации неразрешимого корпоративного конфликта при равенстве долей участников. Во всех остальных случаях они отказывают в применении данного способа защиты.

Пожалуй, нельзя упрекнуть российские суды в неверном подходе и слишком формальном толковании закона, поскольку ликвидация действительно является экстраординарным способом защиты и должна применяться только в случае неразрешимого корпоративного конфликта и объективной невозможности дальнейшего продолжения деятельности общества. Полагаем, что здесь имеет место недоработка со стороны законодателя, который в ситуации притеснения и главным образом в случае систематического нераспределения прибыли общества при ее наличии у общества (что фактически лишает смысла дальнейшее сотрудничество участников в обществе, поскольку интерес миноритарного участника состоит именно в получении финансовых выгод от деятельности общества) не предоставляет миноритария права потребовать от общества или от мажоритарного участника непосредственно принудительного выкупа принадлежащей ему доли.

Принудительный выкуп доли миноритария как базовый способ защиты от притеснения в зарубежных правовых системах

США

Изначально в качестве базового специального способа защиты миноритарных участников от притеснения со стороны мажоритария в США была предусмотрена принудительная ликвидация компании по иску миноритарного участника. Однако очень скоро данный способ защиты показал свою несостоятельность. Суды долгое время отказывали миноритариям в удовлетворении иска не потому, что факт ущемления их прав и законных интересов не был доказан, а потому,

¹ Постановления АС Дальневосточного округа от 23.05.2016 № Ф03-2068/2016 по делу № А24-2913/2015; АС Западно-Сибирского округа от 11.05.2016 № Ф04-1535/2016 по делу № А45-14440/2015; АС Московского округа от 11.10.2017 № Ф05-13788/2016 по делу № А40-249753/15.

что ликвидация компании была чрезмерно жестким средством защиты и суды его практически не применяли¹.

Принудительное прекращение деятельности компании неоднократно признавалось американскими судами несправедливым по отношению ко всем участникам, а также чрезмерно сильным оружием в руках миноритариев. В связи с этим ликвидация присуждалась лишь в случае невозможности применения ни одного из альтернативных способов защиты. Американские исследователи отмечают, что, несмотря на окончательное разрешение конфликта между участниками, ликвидация сама по себе не обеспечивает адекватной защиты миноритариям, подвергающимся притеснению, так как в большинстве случаев миноритарные участники не получают выгоды от ликвидации, поскольку ликвидационная стоимость имущества компании может быть небольшой и единственным покупателем такого имущества может быть мажоритарный участник, чьи действия и стали поводом для обращения за судебной защитой². Кроме того, ликвидация как слишком радикальная мера, ведущая к прекращению бизнеса компании без какого-либо правопреимства, невыгодна для экономики любой страны в целом.

Наиболее приемлемой альтернативой ликвидации был признан выкуп мажоритарным участником акций миноритарного участника на основании решения суда. Однако правовое регулирование такого выкупа в разных штатах США разнилось. В некоторых штатах можно было избежать принудительной ликвидации компании, купив у миноритарного акционера его пакет по справедливой цене, при этом суд выбирал выкуп из других альтернативных способов защиты, а заявления контролирующего акционера при этом не требовалось. В одной группе штатов, включающей Нью-Йорк, это средство защиты было доступно только в закрытых корпорациях³, в другой же, в том числе в Калифорнии, допускалось во всех корпорациях⁴. С принятием § 14.34 Модельного закона о корпорациях число штатов, допустивших выкуп по решению суда, значительно возросло⁵. В некоторых штатах процедура ликвидации трансформировалась в принудительный

¹ *Matheson J.H., Maler R.K.* A Simple Statutory Solution to Minority Oppression in the Closely Held Business // *Minnesota Law Review.* 2006–2007. Vol. 91. P. 670.

² *O'Neal H.F.* Close Corporations: Existing Legislation and Recommended Reform // *The Business Lawyer.* 1977–1978. Vol. 33. P. 882.

³ *Thompson R.B.* Op. cit. P. 718.

⁴ *Ibid.* P. 719.

⁵ *Ibidem.*

выкуп акций только по одностороннему заявлению мажоритарного акционера. После такого заявления миноритарному участнику уже не требовалось доказывать факт притеснения и суд не мог назначить другой способ защиты, даже если он считал его более подходящим в конкретной ситуации¹.

В отсутствие прямого основания в законе американские суды, пользуясь своими широкими полномочиями, основанными на праве справедливости, все равно присуждали выкуп в случае притеснения².

Выкуп акций миноритарного участника по справедливой цене также признается большинством американских ученых в качестве наиболее приемлемого способа защиты в ситуации притеснения миноритарных участников³. Профессор Хезерингтон полагает, что миноритарный акционер в закрытой корпорации, даже если он не предусмотрел в договоре право выхода из бизнеса, тем не менее должен иметь право распорядиться своей долей на условиях, обеспечивающих получение им справедливой части от стоимости всей компании. Это может быть достигнуто посредством предоставления акционеру (1) права требовать принудительной ликвидации или (2) права требовать от корпорации или других акционеров выкупа его акций по справедливой цене⁴.

На практике выкуп предполагает понуждение судом мажоритарного акционера или корпорации выкупить долю обиженного миноритария по справедливой цене, определенной судом. Фактически данный способ защиты обеспечивает выход участника из компании на основании решения суда и компенсацию вложенных им инвестиций⁵.

В связи с этим отдельные ученые задаются вопросом о том, не будет ли проблема притеснения миноритариев более эффективно решена, если им будет обеспечено право выхода из компании путем продажи

¹ *Thompson R.B.* Op. cit. P. 720.

² *Christians v. Stafford*, No. 14-99-00038-CV, 2000 WL 1591000, at *2 (Tex. App. – Houston [14th Dist.] Oct. 26, 2000, no pet.); *Advance Marine, Inc. v. Kelley*, No. 01-90-00645-CV, 1991 WL 114463, at *2 (Tex. App. – Houston [1st Dist.] June 27, 1991, no pet.); *Davis v. Sheerin*, 754 S.W.2d 375, 378, 380–81 (Tex. App. – Houston [1st Dist.] 1988, writ denied).

³ См.: *Moll D.K.* Shareholder Oppression in Close Corporations: The Unanswered Question of Perspective // *Vanderbilt Law Review*. 2000. Vol. 53. P. 792; *Thompson R.B.* Op. cit. P. 718–725; *Matheson J.H., Maler R.K.* Op. cit. P. 699; *Art R.C.* Shareholder Rights and Remedies in Close Corporations: Oppression, Fiduciary Duties, and Reasonable Expectations // *The Journal of Corporation Law*. 2002–2003. Vol. 28. P. 403–404.

⁴ *Hetherington J.A.C.* The Minority's Duty of Loyalty in Close Corporations // *Duke Law Journal*. 1972. P. 22.

⁵ *Moll D.K.* Shareholder Oppression in Texas Close Corporations: Majority Rule (Still) Isn't What It Used To Be // *Houston Business & Tax Law Journal*. 2008. Vol. 9. P. 57.

ей своей доли в любой момент по требованию миноритария¹. Фрэнк Истербрук и Дэниэл Фишел в своей знаменитой монографии приходят к выводу, что подобное право выхода, которое может быть реализовано без причины, просто по усмотрению миноритарного участника, серьезно перераспределяло бы силы внутри компании в пользу миноритария и порождало бы для компании высокие издержки, связанные с необходимостью обеспечения реализации данного права со стороны мажоритарного участника². В условиях, когда непубличное общество владеет неликвидными активами, издержки, связанные с экстренным привлечением денежных средств для обеспечения выхода миноритария, будут крайне высоки. Это в свою очередь будет создавать стимулы для оппортунистического поведения уже со стороны миноритариев, а также риски для кредиторов компании. В итоге ученые приходят к выводу о том, что издержки данного механизма добровольного выхода будут превышать выгоды, предоставляемые им, поскольку у мажоритарного участника будут снижены стимулы не только к притесняющему поведению, но и к совершению выгодных сделок, так как всякий раз он будет опасаться получить требование о выходе после очередной такой сделки³.

В целом следует признать, что выкуп миноритарного пакета по решению суда в ситуации притеснения является взаимоприемлемым решением как для миноритария, так и для мажоритарного участника, поскольку первому он предоставляет право вернуть инвестиции, а второму – продолжить самостоятельно осуществлять бизнес. Кроме того, в этом случае удается избежать практических проблем, которые сопровождают другие способы защиты. К примеру, реализация судебного запрета затрудняется тем, что понуждает стороны продолжать осуществлять бизнес вместе, а взыскание убытков в пользу компании посредством косвенного иска не решает проблему окончательно, поскольку оставляет инвестиции обиженного участника «запертыми» в компании и заставляет миноритария снова довериться мажоритарии, который уже однажды нарушил его права или интересы⁴.

¹ *Neville M.* A Statutory Buy-Out Right in SMEs – An Important Corporate Governance Mechanism and Minority Protection? *Nordic & European Company Law Working Paper* No. 10-03. URL: https://papers.ssrn.com/abstract_id=1709954 (дата обращения: 09.06.2019).

² *Easterbrook F., Fischel D.R.* *The Economic Structure of Corporate Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. P. 241–243.

³ *Ibidem.*

⁴ *Moll D.K.* *Reasonable Expectations v. Implied-in-Fact Contracts: Is the Shareholder Oppression Doctrine Needed?* // *Boston College Law Review*. 2001. Vol. 42. P. 1019–1021.

Основная сложность, которая возникает при реализации данного способа защиты, связана с **определением справедливой цены выкупаемых акций**, а также с вопросом о допустимости какого-либо снижения данной цены за отсутствие контроля или ликвидности. Законодательство отдельных штатов, предусматривающее выкуп акций миноритарного акционера по справедливой цене, никак не раскрывает понятие «справедливая цена», оставляя это на усмотрение суда. Американские суды же в свою очередь, как правило, обращаются к законодательству, регламентирующему выкуп акций несогласных акционеров при наступлении каких-либо существенных корпоративных событий (например, реорганизации)¹. Так, в Модельном законе о корпорациях под справедливой ценой (*fair value*) акций для целей выкупа акций несогласных акционеров понимается цена, определенная:

(i) непосредственно до совершения корпоративного действия, с которым не согласен акционер;

(ii) с использованием действующих методик оценки, обычно применяемых для подобного бизнеса в контексте сделки, в связи с которой запрашивается оценка;

(iii) без скидок за отсутствие ликвидности или за миноритарный пакет, за исключением, если применимо, случая внесения отдельных изменений в устав корпорации на основании § 13.02(a)(4) Модельного закона².

В американской доктрине в самом общем виде существуют два подхода к определению цены миноритарного пакета.

Согласно первому подходу суд должен определять справедливую цену исходя из ее рыночной цены, т.е. обращаясь к гипотетическому покупателю и выясняя, сколько бы он готов был заплатить за данный пакет. Поскольку миноритарный пакет по умолчанию не обладает контролем, то гипотетический покупатель заплатит за него гораздо меньшую цену, чем за мажоритарный пакет, т.е. будет применена скидка за отсутствие контроля³. Кроме того, к данному пакету будет применен еще один дисконт — за отсутствие рынка (или скидка за отсутствие ликвидности), поскольку в отличие от акций публичной корпорации акции закрытой корпорации сложно или практически

¹ *Moll D.K. Shareholder Oppression and «Fair Value»: Of Discounts, Dates, and Dastardly Deeds in the Close Corporation // Duke Law Journal. 2004. Vol. 54. P. 311.*

² Model Business Corporation Act. § 13.01 (URL: http://www.lexisnexis.com/documents/pdf/20080618091347_large.pdf (дата обращения: 09.06.2019)).

³ *Ibidem.*

невозможно продать, что сопровождается гораздо большими трансакционными издержками¹.

Второй подход исходит из того, что миноритарий вынужден продать акции, а не добровольно намеревается заключить сделку и в отсутствие притеснения он бы сохранил свое участие в компании и продолжил бы получать выгоды от этого. Поэтому, согласно второму подходу, справедливая цена миноритарного пакета определяется как пропорциональная доля от стоимости компании в целом. То есть если закрытая корпорация стоит 10 млн, то миноритарный пакет, равный 25%, будет стоить 2,5 млн. Данный подход не предполагает применение каких-либо скидок за отсутствие контроля или ликвидности².

Результаты применения двух данных подходов будут существенно различаться, причем разница может достигать 50% от цены пакета³.

В большинстве случаев суды приходят к выводу о неприменимости скидки за отсутствие контроля в случае определения справедливой цены выкупа в ситуации притеснения миноритарного акционера⁴. Однако скидка за отсутствие ликвидности судами иногда все же применяется⁵.

В доктрине американские ученые единогласно⁶ отстаивают позицию о неприменимости каких-либо дисконтов в случае притеснения, поскольку данную ситуацию нельзя сравнивать со свободной прода-

¹ *Pratt S.P., Reilly R.F., Schwehs R.P. Valuing a Business: The Analysis and Appraisal of Closely Held Companies.* 3rd ed. N.Y.: Irwin Professional Pub., 1996. P. 334.

² *Moll D.K. Shareholder Oppression & «Fair Value»: Of Discounts, Dates, and Dastardly Deeds in the Close Corporation.* P. 312–313.

³ *Ibidem.*

⁴ См., например: *McKesson Corp. v. Islamic Republic of Iran*, 116 F. Supp. 2d 13, 37 (D.D.C. 2000); *McKesson HBOC, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, 271 F.3d 1101 (D.C. Cir. 2001); *Hendley v. Lee*, 676 F. Supp. 1317, 1330 (D.S.C. 1987); *Pooley v. Mankato Iron & Metal, Inc.*, 513 N.W.2d 834, 838 (Minn. Ct. App. 1994); *In re Blake*, 486 N.Y.S.2d 341, 349 (App. Div. 1985); *Chiles v. Robertson*, 767 P. 2d 903, 926 (Or. Ct. App. 1989).

⁵ См., например: *Balsamides v. Protameen Chems., Inc.*, 734 A.2d 721, 733, 735–36, 738 (N.J. 1999); *In re Blake*, 486 N.Y.S.2d 341, 349 (App. Div. 1985); *Munshower v. Kolbenheyer*, 732 So.2d 385, 386 (Fla. Dist. Ct. App. 1999).

⁶ См.: *Moll D.K. Shareholder Oppression & «Fair Value»: Of Discounts, Dates, and Dastardly Deeds in the Close Corporation.* P. 319; *Murdock C.W. The Evolution of Effective Remedies for Minority Shareholders and Its Impact Upon Valuation of Minority Shares // Notre Dame Law Review.* 1989–1990. Vol. 65. P. 425; *Miller S.K. Discounts and Buyouts in Minority Investor LLC Valuation Disputes Involving Oppression or Divorce // University of Pennsylvania Journal of Business Law.* 2011. Vol. 13. P. 610–611; *Shishido Z. The Fair Value of Minority Stock in Closely Held Corporations // Fordham Law Review.* 1993. Vol. 62. P. 109–110.

жей, при которой продавец добровольно хочет продать, а покупатель желает купить акции и в отношении их не действует какое-либо обязательство совершить данную сделку¹. Поскольку контролирующий акционер фактически определяет за миноритария, когда ему выходить из бизнеса, и лишает его возможности выбрать более подходящий момент для сделки, миноритарный акционер должен получать стоимость своей доли пропорционально стоимости бизнеса без каких-либо скидок².

Принудительный выкуп является альтернативой принудительной ликвидации, при которой миноритарный акционер получает пропорциональную долю в ликвидационной стоимости компании, а потому по аналогии и в случае принудительного выкупа он должен получать пропорциональную долю от стоимости всего бизнеса в целом без каких-либо скидок, связанных с миноритарной долей³.

Кроме того, покупателем миноритарного пакета в случае принудительного выкупа выступает контролирующий акционер или компания в целом, а потому нельзя сказать, что покупатель в результате сделки получает миноритарный пакет⁴. Напротив, мажоритарный акционер становится единоличным собственником бизнеса или увеличивает свой пакет, а в случае выкупа акций компанией доля контролирующего акционера в уставном капитале пропорционально увеличивается за счет перераспределения голосов, т.е. происходит усиление корпоративного контроля.

Применение скидки за отсутствие ликвидности в данном случае неоправданно по тем же причинам. Если к миноритарному пакету данная скидка еще может быть применима, то к мажоритарному пакету, который увеличивается в результате выкупа, она применима в гораздо меньшей степени, поскольку мажоритарный пакет продать гораздо легче⁵.

¹ *Moll D.K. Shareholder Oppression & «Fair Value»: Of Discounts, Dates, and Dastardly Deeds in the Close Corporation.* P. 319.

² *Murdock C.W. Op. cit.* P. 487.

³ *Moll D.K. Shareholder Oppression & «Fair Value»: Of Discounts, Dates, and Dastardly Deeds in the Close Corporation.* P. 346.

⁴ *Murdock C.W. Op. cit.* P. 486; см. также: *Bahls S.C. Resolving Shareholder Dissension: Selection of the Appropriate Equitable Remedy // The Journal of Corporation Law.* 1990. Vol. 15. P. 302; *Moll D.K. Shareholder Oppression & «Fair Value»: Of Discounts, Dates, and Dastardly Deeds in the Close Corporation.* P. 325.

⁵ *Moll D.K. Shareholder Oppression & «Fair Value»: Of Discounts, Dates, and Dastardly Deeds in the Close Corporation.* P. 330.

Американские ученые также оспаривают правомерность применения в данном случае скидки за отсутствие ликвидности, поскольку фактически в результате принудительного выкупа акции приобретают эту ликвидность, миноритарный акционер перестает быть заблокированным в компании¹. Также необходимо учитывать, что скидка за отсутствие ликвидности уже заложена в стоимость непубличного общества.

Примечательно, что Президиум Верховного Суда РФ занял противоположную позицию по делу об определении цены доли участника, выходящего из общества с ограниченной ответственностью², что стало предметом для критического анализа в российской юридической доктрине³.

Некоторые американские ученые полагают, что в действительности даже если выплачивать за миноритарный пакет пропорциональную долю от стоимости компании без каких-либо скидок, он все равно останется недооцененным. Это обусловлено тем, что миноритарии, как правило, связывают с участием в непубличном обществе также трудоустройство и (или) занятие должности в органе управления им, а потому прекращение участия в данном контексте необходимо рассматривать шире, чем просто потерю инвестиции. Таким образом, принудительный выкуп может повлечь для миноритария гораздо больший ущерб, который не будет покрываться выплатой пропорциональной части от стоимости компании. Однако этот ущерб, связанный с потерей работы или должности в органе управления, не учитывается при применении данного способа защиты⁴.

При проведении оценки для целей определения справедливой цены возникает также еще одна проблема: принимать ли во внимание ликвидационную стоимость компании или оценивать ее как бизнес на ходу? К примеру, в законодательстве Калифорнии⁵ сказано, что справедливая цена определяется исходя из ликвидационной стоимо-

¹ *Murdock C.W.* Op. cit. P. 485–486.

² См. Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 9 ноября 2016 г. по делу № 336-ПЭК16.

³ См. подробнее: *Белова М.Т., Макин Р.В.* Применение рыночных дисконтов за миноритарность и малоликвидность к цене доли участника при его выходе из ООО // Закон. 2017. № 8. С. 64–74.

⁴ *Moll D.K.* Shareholder Oppression & «Fair Value»: Of Discounts, Dates, and Dastardly Deeds in the Close Corporation. P. 342–343.

⁵ California Corporations Code. § 2000(a) (URL: <http://codes.findlaw.com/ca/corporations-code/corp-sect-2000.html> (дата обращения: 09.06.2019)).

сти, однако там же отмечается, что возможность продажи компании в качестве бизнеса на ходу тоже должна приниматься во внимание. Модельный закон о закрытых корпорациях предусматривает, что справедливая цена должна определяться исходя из стоимости действующей компании¹. В целом американские суды придерживаются практически единогласной позиции, согласно которой до момента ликвидации компании при определении справедливой цены миноритарного пакета должна приниматься во внимание стоимость бизнеса на ходу².

Дата, на которую определяется стоимость выкупаемой доли, также чрезвычайно важна, поскольку она может подвергаться влиянию различных факторов, как внешних, так и внутренних, на протяжении непродолжительного периода времени³. В большинстве случаев дата оценки определяется как дата подачи иска или дата, предшествующая дате подачи иска из притеснения⁴.

Однако указанная дата может быть определена иначе, если истец приведет для этого достаточное обоснование⁵. К примеру, когда миноритарный акционер был отстранен от управления компанией и в дальнейшем ее стоимость снизилась, он может просить суд определить в качестве даты оценки дату, предшествующую такому отстранению, поскольку он не должен нести неблагоприятные последствия единоличного управления компанией мажоритарным акционером⁶. Данная позиция может показаться спорной, поскольку неочевидно, что стоимость компании не снизилась бы, если бы миноритарный акционер участвовал в принятии соответствующего решения. Однако коль скоро речь идет о ситуации притеснения, любые сомнения должны толковаться в пользу миноритарного акционера⁷.

¹ Model Statutory Close Corporation Supplement. § 42(b)(1) (URL: <http://ebook.nscpolteksby.ac.id/files/Ebook/Business%20Administration/The%20Law%20Of%20Business%20Organization%20-%20John%20E.%20Moye/Appendix%20H%20-%20Model%20Statutory%20Close%20Corporation%20Supplement.pdf> (дата обращения: 09.06.2019)).

² *Moll D.K. Shareholder Oppression & «Fair Value»: Of Discounts, Dates, and Dastardly Deeds in the Close Corporation.* P. 315.

³ *Pratt S.P., Reilly R.F., Schweih R.P.* Op. cit. P. 21.

⁴ *Moll D.K. Shareholder Oppression & «Fair Value»: Of Discounts, Dates, and Dastardly Deeds in the Close Corporation.* P. 367.

⁵ *Ibidem.*

⁶ *Ibid.* P. 374.

⁷ *Ibid.* P. 381.

Великобритания

В Великобритании, как и в США, основным способом защиты на случай несправедливого ущемления интересов участника компании первоначально была ликвидация компании. Требование о ликвидации компании по праву справедливости в Великобритании является самостоятельным способом защиты, и сфера его применения гораздо шире, чем только защита от несправедливого ущемления интересов участника компании. В соответствии со ст. 122(1)(g) Закона о несостоятельности 1986 г.¹ компания может быть ликвидирована по решению суда, если он сочтет это справедливым (*just and equitable*).

Однако ликвидация присуждается судами только в том случае, если не могут быть применены альтернативные способы защиты. В редакции Закона о компаниях 1948 г. помимо ликвидации формально существовали альтернативные способы защиты интересов миноритариев, но они практически не применялись. Такая неэффективность во многом была обусловлена формулировкой нормы ст. 210 Закона о компаниях 1948 г., которая содержала большое количество условий для применения альтернативного способа защиты. Так, заявитель должен был сначала доказать основания для присуждения ликвидации по праву справедливости и лишь затем суд мог рассматривать вопрос об ином способе защиты. Поправки к Закону о компаниях 1985 г. внесли существенные изменения в данное правовое регулирование. Дополнительные средства защиты перестали быть альтернативой для ликвидации по праву справедливости, они приобрели самостоятельное значение².

В Великобритании, как и в США, выкуп акций миноритарных участников непубличной компании является наиболее распространенным способом защиты в ситуации несправедливого ущемления их интересов³. Несмотря на то, что закон позволяет требовать выкупа акций миноритарного акционера как от мажоритарного акционера, так и от самой компании, в судебной практике довольно редки случаи выкупа акций миноритария компанией, поскольку при этом могут быть нарушены интересы кредиторов⁴. В еще более редких, исключительных

¹ Insolvency Act 1986. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/part/IV/chapter/VI/crossheading/grounds-and-effect-of-windingup-petition> (дата обращения: 09.06.2019).

² *Furey N.* Op. cit. P. 94.

³ *Mayson S.W., French D., Ryan C.L.* Op. cit. P. 582.

⁴ *Joffe V., Drake D., Richardson G., Lightman D., Collingwood T.* Op. cit. P. 329.

случаях, особенно когда доли участников близки по размеру, суд может обязать мажоритарного участника продать свою долю миноритарному участнику¹.

В Великобритании, в отличие от США, до подачи иска в суд миноритарный акционер должен сначала реализовать предусмотренное уставом право и предложить остальным акционерам выкупить его акции по справедливой цене. Если ответное разумное предложение купить акции миноритария поступило от другого акционера, то в рассмотрении иска будет отказано в связи со злоупотреблением². Однако суд при этом оценивает разумность предложения о покупке. К примеру, если предложение не может быть профинансировано покупателем, то оно считается неразумным³.

В английской доктрине и судебной практике в основном обсуждаются все те же проблемные аспекты, которые были обозначены выше применительно к США; при этом главным из них является вопрос об определении справедливой цены выкупа.

Английская судебная практика не выработала какого-либо общего правила, предполагающего оценку миноритарного пакета: либо пропорционально доле в имуществе компании, либо со скидкой за отсутствие контроля. Вместе с тем в одном из судебных дел была высказана довольно интересная позиция, согласно которой если заявитель соглашается на выкуп его доли в целях разрешения конфликтной ситуации, в которой его интересы несправедливо ущемляются, и в этом нет его вины, то такой выкуп должен быть сравним с приобретением его пакета помимо его воли. Следовательно, он должен получать стоимость своей доли участия пропорционально стоимости всей компании (без каких-либо скидок)⁴. Однако если сам миноритарий купил свою долю с дисконтом, то применение скидки будет оправданно и в этом случае⁵. Кроме того, скидка оправданна тогда, когда сам миноритарий ведет себя так, что заслуживает исключения из общества⁶.

Однако указанная позиция об оценке доли миноритария без какой-либо скидки за отсутствие контроля применима лишь в отношении

¹ *Joffe V, Drake D., Richardson G., Lightman D., Collingwood T.* Op. cit. P. 329.

² *Mayson S.W., French D., Ryan C.L.* Op. cit. P. 582.

³ *West v. Blanchet*, [2000] 1 BCLC 795.

⁴ *Re Bird Precision Bellows* [1984] Ch. 419, at 430D-G.

⁵ *Ibid.*, at 431 C-E.

⁶ *Ibidem.*

частных компаний, которые представляют собой квазитоварищества. В остальных случаях чаще всего указанная скидка все же применяется¹. Также в зависимости от обстоятельств конкретного дела суд может вынести компромиссное решение о применении дисконта, но не в полном объеме². При этом в Великобритании, так же как и в США, в любом случае компания оценивается как действующее предприятие, а не исходя из ее ликвидационной стоимости³.

Что касается даты оценки, то в Великобритании по общему правилу она проводится на дату вынесения судебного решения о выкупе акций. Однако исходя из обстоятельств конкретного дела данная дата может быть скорректирована⁴. Например, если поведение, несправедливо ущемляющее права и интересы миноритария, заключается в выводе активов в интересах одного из участников, то суд должен определять цену доли заявителя на дату, предшествующую такому поведению⁵. В результате цена акций будет определяться исходя из цены компании, получившей компенсацию за причиненные ей убытки. То есть в таком случае принудительный выкуп фактически будет сочетаться со взысканием убытков с контролирующего участника⁶. Также в одном из дел в ситуации, когда стоимость компании падала, английский суд признал правомерным проведение оценки акций заявителя на момент обращения с иском, поскольку сам заявитель выбрал эту дату для обращения в суд в целях принятия необходимых мер против действий мажоритария⁷.

Помимо корректировки даты проведения оценки суд может иным образом скорректировать цену выкупаемых акций, чтобы достичь справедливого результата для миноритарного участника (к примеру, учесть завышенные вознаграждения и бонусы, которые уплачивались директору, являющемуся одновременно мажоритарным участником)⁸.

¹ *Joffe V., Drake D., Richardson G., Lightman D., Collingwood T.* Op. cit. P. 335.

² *Ibidem.*

³ *Ibid.* P. 336.

⁴ *Ibid.* P. 340.

⁵ *Atlasview Ltd. v. Brightview Ltd.*, [2004] EWHC 1056 (Ch.), [2004] 2 BCLC 191; *Re O.C. Servs.*, [1984] BCLC 251.

⁶ *Mayson S.W., French D., Ryan C.L.* Op. cit. P. 583.

⁷ *Re a Company* (No. 002612 of 1984), [1986] BCLC 430 (CA).

⁸ *Joffe V., Drake D., Richardson G., Lightman D., Collingwood T.* Op. cit. P. 336.

Концептуальные предложения по реформированию российского корпоративного законодательства

Спустя 20 лет с даты принятия Закона об ООО, на наш взгляд, настало время всерьез задуматься о поиске нового оптимального баланса интересов мажоритарного и миноритарного участников в непубличном обществе, в особенности в ситуации притеснения миноритарного участника, когда вся корпоративная власть узурпируется мажоритарным участником, при этом миноритарий отстраняется от участия в управлении и в распределении прибыли общества, т.е. не получает никаких выгод от совместного предприятия, оставаясь фактически заблокированным в обществе.

На данный момент российские суды не признают такую ситуацию нарушением прав и интересов миноритария, оправдывая ее действием принципа большинства в корпоративном праве, в то время как в развитых зарубежных правовых порядках данная ситуация давно стала предметом для особо тщательного анализа со стороны суда, учитывая правовую природу непубличного общества, в основе которого лежат лично-доверительные отношения его участников, сходные с отношениями товарищей в простом товариществе.

Исследование зарубежного опыта наглядно продемонстрировало, что права и интересы миноритарных участников непубличных компаний за рубежом получают специальную защиту на уровне закона и судебной практики, причем для этого, как правило, функционирует специальный институт: в США — институт защиты от притеснения (*oppression remedy*), в Великобритании — институт несправедливого ущемления интересов участников компании (*unfair prejudice*). Однако при заимствовании тех или иных концепций из иностранного права их, безусловно, необходимо адаптировать к особенностям российского права.

Несмотря на возрастающую роль судебной практики в российском праве, сохраняется довольно формальный подход судов к разрешению споров, в том числе и тех, которые затрагивают права и законные интересы миноритариев. Российские суды пока не готовы к наделению их слишком широкими дискреционными полномочиями по толкованию закона и вынесению решения на основе принципов права. Только высшие судебные инстанции в некоторых случаях могут себе позволить отступить от общей тенденции, принимая решения на основе политики права и руководствуясь принципами справедливости и добросовестности. Однако, к сожалению, примеры подобных дел пока единичны.

В связи с этим при введении в российское право института притеснения миноритарных участников непубличного общества необходимо помимо обозначения общего принципа задуматься о закреплении неких критериев *a priori* недобросовестных действий, которые будут служить ориентиром для суда при оценке поведения контролирующего участника непубличного общества как ущемляющего права или законные интересы миноритарного участника. Для разработки подобных критериев притеснения в российском праве полагаем возможным и целесообразным использовать опыт, наработанный зарубежными судами при разрешении многочисленных дел о притеснении миноритарных участников в непубличных обществах. Данные критерии могут быть сформулированы в виде примерного набора ситуаций, в которых применительно к действиям (бездействию) мажоритарного участника или подконтрольных ему лиц устанавливалась бы презумпция недобросовестности по отношению к миноритариям и ущемления их интересов. При этом мажоритарий сохранял бы за собой право опровергнуть данную презумпцию, доказав суду свою добросовестность, действие с разумной бизнес-целью в экономических интересах общества в целом и всех его участников, в том числе миноритариев. В связи с постоянным развитием механизмов обхода закона перечень таких ситуаций не должен быть исчерпывающим, чтобы позволить суду в определенных случаях выходить за очерченные рамки, если этого потребуют цель правового регулирования и основополагающие принципы права. Полагаем, что наиболее правильным было бы закрепить данные критерии на уровне разъяснения Верховного Суда РФ.

На уровне ГК РФ предлагается признать, что на участников непубличного общества возложена обязанность действовать добросовестно по отношению к остальным участникам такого общества, учитывать их интересы, а также не совершать действия (бездействие), ущемляющие права и (или) законные интересы остальных участников данного общества. При этом под притеснением предлагается понимать любое несправедливое ущемление прав и (или) интересов миноритарных участников непубличного общества, при котором мажоритарный участник действует недобросовестно по отношению к миноритариям.

На основе перечисленных общих форм притеснения возможно предложить следующие ситуации, в которых должно презюмироваться: права и законные интересы миноритарных участников непубличного общества ущемляются в результате недобросовестных действий мажоритарного участника такого общества:

- прибыль непубличного хозяйственного общества при ее наличии не распределяется между участниками общества более двух финансовых лет подряд начиная с третьего года существования общества;
- прибыль общества распределяется между участниками общества непропорционально их долям в уставном капитале общества при отсутствии единогласного одобрения этого всеми участниками общества;
- в результате действий или решений, принятых мажоритарным участником или с его согласия либо по его указанию, объем прав, предоставляемых миноритарному участнику, или его доля в уставном капитале общества уменьшаются без согласия такого участника или без справедливой компенсации ее стоимости;
- миноритарный участник отстраняется от должности в органе управления непубличным обществом или увольняется с позиции работника в непубличном обществе, если будет доказано, что такое отстранение или увольнение нарушает разумные ожидания миноритарного участника общества, которые у него были при создании общества или при приобретении доли (акций) в его уставном капитале, при этом такие ожидания необязательно должны быть закреплены в письменной форме и могут доказываться иным образом, в том числе свидетельскими показаниями;
- обществом заключаются сделки или совершаются действия, прямо или косвенно причиняющие ущерб интересам миноритарного участника такого общества, в том числе влекущие уменьшение стоимости доли (акций) миноритарного участника;
- миноритарный участник ограничивается в праве голоса, предоставленном ему в силу закона или устава общества, без его предварительного согласия, данного непосредственно до такого ограничения.

Мажоритарному участнику в любом случае должно быть предоставлено право опровергнуть презумпцию недобросовестности своих действий, доказав суду, например, то, что миноритарный участник фактически получает доход от участия в уставном капитале общества в иной форме, в частности в форме вознаграждения за занятие должности в органе управления, либо то, что ущерб, причиненный интересам миноритарного участника, явился следствием обычного предпринимательского риска и действия экономических факторов, поэтому в равной степени коснулся и его как участника общества.

Участникам непубличного общества также должно быть предоставлено право предусмотреть в корпоративном договоре или договоре о создании общества иные правила ведения совместного бизнеса (к примеру, определенный режим распределения прибыли, отличный

от установленного в законе), однако положение договора, полностью лишаящее миноритарного участника права получать какие-либо доходы от участия в капитале непубличного хозяйственного общества или предоставляющее мажоритарному участнику безусловное право действовать с нарушением прав или законных интересов миноритарного участника, должно признаваться ничтожным.

Критики предлагаемого подхода скорее всего усомнятся в необходимости столь детального регулирования института притеснения на уровне закона или разъяснений высшего суда, ссылаясь на возможность детально урегулировать отношения участников непубличного общества в корпоративном договоре. Однако против этого довода есть целый ряд контраргументов.

Во-первых, лицо, получающее миноритарную долю в закрытой корпорации, как правило, слабо защищено от разного рода притеснений со стороны мажоритарного участника, поскольку не настаивает на включении в корпоративный договор, устав или внутренние документы компании защитных положений, даже если компания создана в юрисдикции, позволяющей это делать. Причиной этого могут быть различные факторы, но главным фактором является в большинстве случаев слабая переговорная позиция миноритария.

Во-вторых, несмотря на общий тренд, заключающийся в предоставлении все большей договорной свободы в структурировании отношений между участниками закрытой корпорации¹, ученые признают, что необходимость в эффективном законодательном регулировании все равно остается. Инвесторы часто демонстрируют слишком оптимистичное поведение на стадии создания компании, поэтому не предусматривают необходимую защиту заранее². Кроме того, отразить все нюансы будущих взаимоотношений сторон исчерпывающим образом не всегда возможно, так как жизнь многообразна и преподносит все новые примеры ущемления прав и интересов миноритариев.

В-третьих, детальное договорное регулирование требует привлечения квалифицированных юристов, а значит, сопряжено со значительными издержками, которые просто не готовы нести участники закрытой корпорации на начальном этапе взаимоотношений³. Законодательные положения в этом случае призваны создать модели

¹ *Easterbrook F., Fischel D.R.* Op. cit. P. 235–236.

² *Thompson R.B.* Op. cit. P. 705.

³ *O'Neal H.F.* Oppression of Minority Shareholders: Protecting Minority Rights // *Cleveland State Law Review*. 1987. Vol. 35. P. 124.

поведения, которые будут действовать по умолчанию, т.е. участникам не надо будет по поводу них специально договариваться, и вместе с тем должным образом обеспечивать защиту прав и законных интересов миноритариев. Это в свою очередь будет существенно снижать издержки, связанные с ведением переговорного процесса¹.

Однако даже в случае имплементации в российское право института притеснения или обеспечения дополнительной защиты интересов миноритариев иным образом, в том числе за счет расширения сферы действия института злоупотребления правом, действующее российское законодательство на данный момент не предоставляет какого-либо эффективного способа защиты миноритарию в данной ситуации. Как видно из проведенного анализа, исключение мажоритарного участника и принудительная ликвидация общества не способны обеспечить защиту интересов миноритарного участника в случае его притеснения со стороны мажоритария. Поэтому миноритарию в данной ситуации как минимум должно быть предоставлено право потребовать от мажоритария или самого общества выкупа принадлежащей ему доли по рыночной цене, определяемой пропорционально рыночной стоимости самого общества².

Этот способ защиты является наиболее распространенным в рассмотренных зарубежных правовых порядках, поскольку позволяет наиболее цивилизованным путем исчерпать конфликт, предоставив миноритарию компенсацию в виде рыночной цены его доли в компании. Если обратиться к договорной и товарищеской природе непубличного общества, то требование о выкупе миноритарной доли может быть сопоставлено с требованием о расторжении договора в связи с существенным нарушением, допущенным мажоритарным участником.

При имплементации этого способа защиты особое внимание должно быть уделено созданию эффективного механизма определения справедливой цены выкупаемой доли в условиях отсутствия организованного рынка. В данном случае целесообразно заимствовать рассмотренные наработки зарубежного права, при этом ключевым моментом является то, что цена выкупаемой доли миноритарного участника должна определяться на пропорциональной основе исходя из стоимости непубличного общества в целом, без каких-либо скидок

¹ *Easterbrook F., Fischel D.R. Op. cit. P. 237.*

² Иные предлагаемые способы защиты см.: *Бойко Т.С. Защита миноритариев от притеснения со стороны мажоритария в непубличных обществах // Вестник экономического правосудия РФ. 2017. № 7. С. 112–156.*

за отсутствие контроля или ликвидности, а компания должна оцениваться не по ликвидационной стоимости, а как действующий бизнес, т.е. как бизнес на ходу.

По общему правилу дата оценки выкупаемой доли должна определяться как дата подачи иска. Однако указанная дата может быть определена иначе, если истец приведет для этого достаточное обоснование. К примеру, если принудительному выкупу предшествовали какие-либо неправомерные действия мажоритария по выводу активов или иному уменьшению стоимости имущества общества, то оценка общества должна производиться исходя из его стоимости до совершения таких неправомерных действий.

Выкуп миноритарной доли должен реализовываться только под контролем суда, способного обеспечить привлечение действительно независимого оценщика в ходе проведения оценки выкупаемой доли и соблюдение баланса интересов мажоритария и миноритариев.

В отличие от безусловного права на выход, которое предоставлялось участникам ООО до 1 июля 2009 г. и было признано далеко не оптимальным решением, наделение миноритария правом потребовать выкупа его доли только в ситуации доказанного нарушения его прав или интересов представляет собой совершенно иной подход, гораздо более нюансированный и взвешенный, учитывающий как интересы миноритария, так и интересы мажоритария, а также интересы общества в целом, его кредиторов и работников.

Е.Ю. Иванова,
магистр юриспруденции (РШЧП),
старший юрист Sirota & Partners

СОГЛАШЕНИЕ О ПОРЯДКЕ ГОЛОСОВАНИЯ В ОБЩЕСТВАХ С ОГРАНИЧЕННОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТЬЮ: ПРЕДЕЛЫ СВОБОДЫ ДОГОВОРА В СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОМ АСПЕКТЕ

Институт корпоративного договора в российском правопорядке является сравнительно новым, и новеллы корпоративного законодательства отражают стремление российского законодателя к расширению договорного регулирования в данной сфере и открывают участникам хозяйственных обществ новые возможности построения их внутренних взаимоотношений в рамках корпорации¹. В связи с этим становится актуальным вопрос выработки разумных ограничителей свободы договора в корпоративном праве с учетом опыта зарубежных правопорядков. В проекте изменений в корпоративное законодательство, в котором должны были получить дальнейшее развитие идеи, отраженные в Гражданском кодексе РФ², рассматривался вопрос о том, в каком русле должны развиваться законодательство и судебная практика — следуя либеральному подходу или консервативному либо целью должен стать поиск баланса между необходимым практике расширением свободы корпоративного договора и защитой интересов третьих лиц и стабильности оборота.

¹ Текст настоящей статьи составлен на основе диссертации, защищенной в Исследовательском центре частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации. Автор выражает признательность научному руководителю А.А. Кузнецову за ценные замечания и комментарии, высказанные при подготовке настоящей работы.

² Проект федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации (в части приведения в соответствие с новой редакцией главы 4 Гражданского кодекса Российской Федерации)» (подготовлен Минэкономразвития России) (не внесен в ГД ФС РФ, в редакции по состоянию на 23 апреля 2018 г.) (СПС «КонсультантПлюс»).

Круг вопросов, которые могут выступать предметом корпоративного договора, довольно широк: в нем могут регулироваться вопросы, связанные с установлением порядка голосования, распоряжения долями (акциями), обмена информацией, политики ведения дел и порядка финансирования общества, и ряд других аспектов. Соглашения о порядке голосования являются одной из самых часто встречающихся форм корпоративного договора и в зарубежных правовых порядках выделяются в качестве отдельного вида корпоративного договора (*pooling agreement*¹ в англосаксонских правовых порядках и *Stimmbindungsverträge*²). При этом проанализировать вопрос о пределах свободы договора в таких соглашениях представляется целесообразным на примере непубличных (закрытых) корпораций, поскольку при заключении соглашения между участниками публичных обществ степень их свободы должна быть максимально ограничена, учитывая необходимость защиты интересов неопределенного круга лиц, которые потенциально могут приобрести акции такого общества. Вместе с тем основными характеристиками закрытых корпораций являются ограниченный, сравнительно небольшой круг участников³, отсутствие широкого оборота долей⁴ и зачастую даже наличие лично-доверительных отношений между участниками⁵. Перечисленные факторы дают возможность предоставления участникам закрытых корпораций большей свободы в регулировании их внутренних взаимоотношений, в том числе в вопросах голосования⁶.

При этом в рамках анализа вопроса о пределах свободы корпоративного договора многое следует из понимания его правовой природы в сравнении с учредительными документами компании (уставом в России, *Satzung* в Германии, *articles and memorandum of association* в англосаксонских правовых порядках). Из соотношения данных документов

¹ Thomas R.K., Ryan C. The Law and Practice of Shareholders' Agreements / by Katherine Reece Thomas, Christopher Ryan, David Baylis // LexisNexis Butterworths. 2009. P. 24–25.

² Söntgerath B. Vermittelte Mehrheit // Duncker & Humblot. Berlin, 2010. S. 55.

³ Galler v. Galler — 203 N.E.2d 577, 32 Ill.2d 16 (1964).

⁴ См.: Elson A. Shareholders Agreements: A Shield for Minority Shareholders of Close Corporations // 22 Business Lawyer. 1967. P. 451; Utset M.A. A Theory of Self-Control Problems and Incomplete Contracting: The Case of Shareholder Contracts // Utah Law Review. 2003. P. 1338–1339.

⁵ Easterbrook F.H., Fischel D.R. Close Corporations and Agency Costs // Stanford Law Review, Vol. 38:271. 1985. P. 273–274.

⁶ Oesterle D.A. Subcurrents in LLC Statutes: Limiting the Discretion of State Courts to Restructure the Internal Affairs of Small Business // University of Colorado Law Review. Vol. 66. 1995. P. 881–884, 900–902.

вытекает решение вопросов о круге возможных участников соглашения о голосовании, допустимости тех или иных условий соглашения и возможных правовых последствиях его нарушения.

1. Догматические аспекты квалификации соглашения о порядке голосования в сравнении с уставом общества

Понимание правовой природы корпоративного договора и соглашения о голосовании как его разновидности во многом предопределяется принятым в том или ином правовом порядке подходом к пониманию корпорации в целом как правового института, а также к пониманию роли корпоративного права в регулировании отношений, складывающихся в рамках корпорации. Не ставя перед собой задачу подробного анализа всех выработанных доктриной подходов к сущности юридического лица, которым было уделено должное внимание в литературе¹ и рассмотрение которых не лишено схоластичности, постараемся взглянуть на проблему с точки зрения соотношения императивного и диспозитивного начал в корпоративном праве, а также экономического анализа права и рассмотреть особенности правовой природы корпоративного договора в сравнении с уставом корпорации.

В рамках сравнительно-правовых исследований, как правило, выделяют две магистральные модели понимания правовой сущности корпоративного договора — англосаксонскую и континентальную, подчеркивая имеющиеся между ними различия². Ключевое различие между

¹ См., например: *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). М.: Фирма «СПАРК», 1995; *Братусь С.Н.* Юридические лица в советском гражданском праве. М.: Юрид. изд-во Мин-ва юстиции СССР, 1947; *Козлова Н.В.* Понятие и сущность юридического лица: очерк истории и теории: учеб. пособие / науч. ред. В.С. Ем. М.: Статут, 2003; *Авилов Г.Е., Суханов Е.А.* Юридические лица в современном российском гражданском праве // Вестник гражданского права. 2006. № 1.

² См.: *Wolf R.C.* The Law and Practice of Shareholders' Agreements in National and International Joint Ventures: Common and Civil Law Uses // Kluwer Law International, 2014; *Суханов Е.А.* Сравнительное корпоративное право. М.: Статут, 2014; *Грибова Т.В.* Акционерные соглашения как средство регулирования корпоративных отношений: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011; *Бородкин В.Г.* Гражданско-правовое регулирование корпоративного договора: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2015; *Варюшин М.С.* Гражданско-правовое регулирование корпоративных договоров: сравнительный анализ: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2015; *Осипенко К.О.* Договор об осуществлении прав участников хозяйственных обществ в российском и английском праве. М.: Инфотропик Медиа, 2016 (СПС «КонсультантПлюс»); *Федоров С.И.* Правовое регулирование корпоративных договоров и модернизация гражданского права России // Вестник гражданского права. 2013. № 1. С. 52–96.

указанными моделями заключается в том, что они прошли два разных исторических пути развития корпоративного права, в связи с чем в них сформировались два разных подхода к интерпретации корпоративного законодательства у судов¹. Вместе с тем различия между англосаксонским и континентальным подходами кажутся кардинальными только на первый взгляд. В действительности как в странах общего права (в частности, в Англии и США), так и в странах континентальной правовой семьи (на примере Германии) на уровне доктрины и судебной практики признается общность правовой природы соглашений о голосовании и учредительных документов корпорации и в ряде случаев они даже приравниваются в плане правовых последствий.

1.1. Англосаксонская модель

Одним из распространенных современных подходов к пониманию сущности корпорации в англо-американской доктрине является теория контрактуализма, получившая широкое развитие в трудах представителей чикагской школы экономического анализа права. Согласно данной теории корпорация представляет собой связующее звено для широкой сети складывающихся в ее рамках договорных связей (*nexus of contracts*)². Корпорация символизирует объединение различных по своей экономической природе ресурсов (труда работников, имущественных вкладов инвесторов и участников)³, координируя действия различных участников, так или иначе связанных с корпорацией (менеджмента, учредителей, кредиторов, работников)⁴. При таком подходе корпоративное законодательство понимается как предложенная законодателем форма стандартного контракта, которую участники корпорации могут использовать в качестве основы для регулирования своих отношений, адаптируя под свои нужды⁵. Закон при этом играет роль вспомогательного средства, оформляющего процесс заключения

¹ *Pulec K.L.* Legal Restraints on the Use of Shareholders' Agreements for Structuring Foreign Investment Deals in Russia // *Cornell International Law Journal*. Vol. 45. 2012. P. 490.

² *Jensen C.M., Meckling W.H.* Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure // *Journal of Financial Economics* 3. 1976. P. 310.

³ *Easterbrook F.H., Fischel D.R.* Voting in Corporate Law // *The Journal of Law and Economics*: Vol. 26, No. 2, Article 14, 1983. P. 401.

⁴ *Grantham R.* The Doctrinal Basis of the Rights of Company Shareholders // *Cambridge Law Journal*. 57 (3). 1998. P. 579.

⁵ *Easterbrook F.H., Fischel D.R.* Voting in Corporate Law // *The Journal of Law and Economics*: Vol. 26. No. 2. Article 14. 1983. P. 401–402.

договоров, образующих корпорацию, и содержащего нормы, которые должны применяться по умолчанию на случай необходимости восполнения пробелов в договорном регулировании сторон (*default rules*)¹. Иными словами, роль корпоративного права сводится к минимизации транзакционных издержек на согласование условий взаимодействия участников в рамках корпорации и выработке стандартных правил такого взаимодействия, с которыми большинство участников было бы согласно и использование которых по умолчанию позволило бы минимизировать расходы на их отдельное согласование². Императивный характер норм корпоративного права, согласно данному подходу, должен быть сведен к минимуму³.

В рамках изложенного подхода учредительные документы корпорации понимаются как постоянно меняющийся договор, цепочка двусторонних сделок участников компании между собой и с самой компанией⁴. Любые соглашения, заключенные между участниками в целях регулирования их взаимоотношений в рамках корпорации, будь то устав или корпоративный договор, вкупе с законодательными нормами, которые участники избрали в качестве применимых при выборе места инкорпорации, образуют в самом широком смысле договор между участниками, регулирующий деятельность корпорации⁵. Ценность корпоративного договора, равно как и положений устава, отдельно согласованных сторонами и отличающихся от законодательного (дефолтного) регулирования, заключается в том, что участники при осуществлении вложений в капитал компании, действуя в условиях риска и неопределенности относительно будущего хода событий

¹ *Easterbrook F.H., Fischel D.R.* Close Corporations and Agency Costs // *Stanford Law Review*. Vol. 38:271. 1985. P. 271–273.

² *Idid*. P. 283–284.

³ Данные выводы в той или иной мере анализировались также в работах российских специалистов по корпоративному праву, в частности, см.: *Каранетов А.Г.* Экономический анализ права. М.: Статут, 2016. С. 237; *Он же.* Свобода договора и пределы императивности норм гражданского права // *Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ*. 2009. № 11. С. 100–133; *Степанов Д.И.* Экономический анализ корпоративного права // *Вестник экономического правосудия*. 2016. № 9. С. 107–111; *Он же.* Свобода договора и корпоративное право // *Гражданское право и современность: сб. ст., посвященный памяти М.И. Брагинского* / под ред. В.Н. Литовкина, К.Б. Ярошенко. М.: Статут, 2013 (СПС «КонсультантПлюс»).

⁴ *Whincop M.J.* A Relational and Doctrinal Critique of Shareholders' Special Contracts // *Sydney Law Review*. Vol. 19:314. 1997. P. 316.

⁵ *Klausner M.* The Contractarian Theory of Corporate Law: A Generation Later // *Journal of Corporation Law*. Vol. 31. 2006. P. 780.

и судьбы их инвестиций, используют корпоративный договор и устав с целью гарантировать эффективность своих инвестиций *ex ante*¹.

Теория контрактуализма, получившая наибольшее признание в странах англосаксонской правовой семьи, отражает принятое в данных странах понимание правовой природы документов, регулирующих деятельность корпорации. Учредительные документы компании, именуемые конституцией компании (*constitution of the company*), включают в себя статьи объединения (*articles of association*), которые по своему содержанию являются аналогом устава в континентально-правовом смысле и регулируют внутренние вопросы деятельности корпорации (в том числе полномочия органов управления, права и обязанности участников), и меморандум об объединении (*memorandum of association*), который является сугубо формальным документом, отражающим намерение участников объединиться в компанию для совместного осуществления деятельности и отражает распределение долей участия между ними². При этом на уровне законодательства³, а также судебной практики английских⁴ и американских судов⁵ признается договорная природа указанных документов, которые квалифицируются как основанный на законе договор между компанией и ее акционерами (*statutory contract*)⁶, призванный регулировать внутренние вопросы деятельности корпорации, в частности права и обязанности участников, органов управления, процедурные вопросы деятельности общества. Концепция договорной природы учредительных документов также превалирует и в доктрине указанных стран⁷.

¹ Chemla G., Ljungqvist A. and Habib M.A. An Analysis of Shareholder Agreements // Working Paper of Risk Capital and the Financing of European Innovative Firms (RICAFE). January. 2004. P. 1–2, 23.

² Pettet B. Company Law // Ben Pettet. 2nd ed. 2005. P. 87–94.

³ Согласно § 33 Закона о компаниях Англии 2006 г. (Companies Act 2006) положения учредительных документов имеют для компании и ее участников силу договорных условий (*covenants*) (здесь и далее текст Закона приводится по: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga_20060046_en.pdf (дата обращения: 21.10.2018)). См. также: Пояснительная записка к данному параграфу (Explanatory Notes), где отражен аналогичный взгляд на проблему (http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpgaen_20060046_en.pdf (дата обращения: 21.10.2018)).

⁴ Wood v. Odessa Waterworks Co. (1889) 42 Ch.D. 636; Hickman v. Kent or Romney Marsh Sheep-Breeders' Association (1915) 1 Ch. 881.

⁵ Aztec Motel, Inc. v. State Ex Rel. Faircloth, 251 So. 2d 849 (1971); Marion Mortgage Co. v. State ex rel. Davis, 107 Fla. 472, 145 So. 222 (1932).

⁶ Hicks A., Goo S.H. Cases and Materials on Company Law // Oxford University Press. 6th ed. 2011. P. 177.

⁷ См.: Thomas R.K., Ryan C. The Law and Practice of Shareholders' Agreements / by Katherine Reece Thomas, Christopher Ryan, David Baylis // LexisNexis Butterworths,

Подобная трактовка учредительных документов компании сближает их по правовой природе с корпоративным договором, который нередко понимается в англо-саксонских правопорядках как один из корпоративных документов компании¹, поскольку он тоже является договором между участниками. В нем предусматривается то, что по разным причинам не было предусмотрено в уставе², в частности, с целью обеспечить конфиденциальность таких условий³.

При этом важно отметить, что первоначально американские суды весьма критично подходили к оценке соглашений о голосовании и признавали их недействительными *per se* в силу самой их правовой природы, аргументируя это тем, что каждый участник вправе свободно осуществлять право голосования, преследуя лучшие интересы компании, и такое право не должно быть подчинено чьим-либо указаниям или ограничено обязательствами, связывающими участника⁴. Такая позиция была особенно распространена на рубеже XIX–XX вв. Однако впоследствии подход судов начинает постепенно смягчаться, соглашение о голосовании уже не признается недействительным *per se*⁵ и оценивается судами с точки зрения цели и последствий его заклю-

2009. P. 6; *Hicks A., Goo S.H.* Cases and Materials on Company Law // Oxford University Press. 6th ed. 2011. P. 177; *Gomtsian S.* The Enforcement of Shareholder Agreements under English and Russian Law // Journal of Comparative Law. Vol. 7. No. 1. 2013. P. 127; Bourne on company law // Nicholas Bourne. 6th ed. 2013. P. 117; *Muth G., FitzGerald S.* Shareholders' Agreement // Graham Muth, Sean FitzGerald, Thomson Reuters (Legal) Limited. 5th ed., 2009. P. 7.

¹ *Pettet B.* Op. cit. P. 96–97. Согласно § 17 английского Закона о компаниях соглашения, которые затрагивают наиболее значимые (конституционные) вопросы деятельности компании, в том числе меняющие положения устава, и принятие которых потребовало бы специальной резолюции в случае разногласий между участниками, имеют статус учредительных документов и являются составной частью конституции компании. См. также ранее выработанную в этом отношении судебную практику: *Quin & Axtens Ltd. v. Salmon*, House of Lords AC 442 (1909); *Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate Co. Ltd. v. Cunninghame*, Court of Appeal of England and Wales, 2 Ch. 34 (Eng. C.A. 1906); *Aztec Motel, Inc. v. State Ex Rel. Faircloth*, 251 So. 2d 849 (1971); *Marion Mortgage Co. v. State ex rel. Davis*, 107 Fla. 472, 145 So. 222 (1932).

² См.: *Lavalle K.M.* Drafting Shareholder Agreements for the Closely-Held Business // *DePaul Business Law Journal*. Vol. 4:109. 1991. P. 109–110; *Ломакин Д.В.* Договоры об осуществлении прав участников хозяйственных обществ как новелла корпоративного законодательства // *Вестник ВАС РФ*. 2009. № 8.

³ *Muth G., FitzGerald S.* Op. cit. P. 4.

⁴ *Luthy v. Ream*, 270 Ill. 170, 110 N.E. 373 (1915).

⁵ *Smith v. San Francisco, etc. Ry.* (1897) 115 Cal. 584, 47 Pac. 582; *Brightman v. Bates* (1900) 175 Mass. 105, 55 N.E. 809.

чения¹. Тем не менее вплоть до середины XX в. практика судов в этом отношении не была до конца устоявшейся. В переходный период суды, принципиально признавая за участниками право заранее объединиться для подачи голосов в соответствии с тем вариантом голосования, который они считают лучшим для интересов компании, признавали при этом, что участники вправе в любой момент передумать, и, проводя аналогию с доверенностями, рассматривали такие соглашения как отзывные (*revocable*), которые каждый участник вправе прекратить в любой момент по своему усмотрению².

Окончательно подход в пользу признания за соглашениями о порядке голосования обязывающей силы сформировался в судебной практике уже к середине XX в. и в настоящий момент суды при решении любого спора в этом отношении основываются на исходной посылке о действительности такого рода соглашений³. Равным образом в американской доктрине в настоящий момент допустимость соглашений о голосовании *per se* принимается в качестве аксиомы⁴. В пользу данной позиции выдвигаются аргументы о том, что посредством таких соглашений участники общества по существу реализуют принадлежащее им право голоса, которое они могли таким же образом реализовать и в отсутствие соглашения, и права других участников общества при этом никак не ущемляются — у них остается такая же власть при решении вопросов управления компаний посредством реализации своего собственного голоса, как и ранее⁵. Довод о том, что такие соглашения ограничивают свободу участников, который первоначально выдвигался судами, решительно отвергается в доктрине — за участниками корпорации признается возможность добровольно ограничить свободу использования ими своего права голоса, поскольку такое самоограничение является одним из проявлений свободы, а не ее ограничителем⁶.

В настоящий момент принципиальная допустимость соглашения о голосовании закреплена на законодательном уровне. Более того,

¹ *Delaney E.T.* The Corporate Director: Can His Hands Be Tied in Advance // *Columbia Law Review*. Vol. 50. No. 1. 1950. P. 53.

² *Roberts v. Whitson*, 188 S.W.2d 875 (Tex. Civ. App. 1945).

³ *Weil v. Beresth*, Supreme Court of Connecticut, 154 Conn. 12 (1966).

⁴ *Easterbrook F.H., Fischel D.R.* Close Corporations and Agency Costs // *Stanford Law Review*, Vol. 38:271. 1985. P. 279.

⁵ *Val R.* Strategic Shareholder and Member Voting Agreements under Texas Business Entity Law. 68 *Baylor L.R.* 335, 2016. P. 336–337.

⁶ *Hay R.G., Smith L.A.* The Unanimous Shareholder Agreement: A New Device For Shareholder Control // *Canadian Business Law Journal*. Vol. 10. 1985. P. 442.

в законодательстве отдельных штатов просматривается негативное отношение к вмешательству судов во внутренние дела частных небольших корпораций и стремление законодателя предоставить их участникам максимальную свободу усмотрения в регулировании своих внутренних отношений¹.

Аналогичным образом ситуация складывается и в английском праве, где уже с конца XIX в. в судебной практике господствует концепция, согласно которой участники свободны в осуществлении права голоса² по своему усмотрению и в своих интересах³, а потому они также свободны принимать на себя любые договорные обязательства по осуществлению права голоса определенным образом — такие соглашения сами по себе не противоречат закону, добрым нравам или публичному порядку и являются действительными⁴.

Возвращаясь к вопросу о соотношении соглашения о порядке голосования и учредительных документов компании, необходимо отметить выработанный в английской судебной практике в деле *Re Duomatic Ltd.*⁵ принцип (*Duomatic principle*). В соответствии с данным принципом в случае, если все участники компании, которые были уполномочены голосовать за то или иное решение, одобрили его, пусть и без соблюдения требований к форме такого решения, то оно тем не менее по своей юридической силе приравнивается к решению, принятому на общем собрании, ввиду отсутствия качественных различий между ними. В связи с этим признается, что корпоративные договоры, в которых участвуют все члены корпорации, могут менять устав компании и превалируют над его положениями в случае противоречия⁶. Такого рода договоры по своему правовому значению приравниваются к уставу компании, а действия вопреки таким соглашениям могут быть признаны недействительными⁷.

¹ *Oesterle D.A.* Op. cit. P. 883.

² *Pender v. Lushington* (1877) 6 Ch.D. 70; *Northern Counties Securities Ltd. v. Jackson Steeple Ltd.* [1974] 1 W.L.R. 1133; *North-West Transportation Co. Ltd. V. Beatty* (1887) 12 App.Cas. 589.

³ *Carruth v. Imperial Chemical Industries Ltd.* [1937] AC 707.

⁴ *Greenwell v. Porter* [1902] 1 Ch. 530; *Greenhalgh v. Mallard* [1943] 2 All E.R. 234; *Ringuet v. Bergeron* [1960] 24 D.L.R. (2d) 449.

⁵ *Re Duomatic Ltd.* [1969] 2 Ch. 365.

⁶ *Harman v. BML* [1994] 1 WLR 893.

⁷ См.: *Gomtsian S.* Op. cit. P. 127; *Thomas R.K., Ryan C.* The Law and Practice of Shareholders' Agreements / by Katherine Reece Thomas, Christopher Ryan, David Baylis // Lexis-Nexis Butterworths, 2009. P. 56–58.

Однако применительно к подобным случаям сначала на уровне английской судебной практики¹, а затем и на уровне закона² было закреплено, что такие корпоративные договоры, имеющие существенное значение для конституции компании и вносящие в нее изменения, требуют государственной регистрации по правилам регистрации изменений в устав. Нарушение указанных требований по раскрытию соглашения влечет за собой штраф для виновных лиц, но, однако, не является основанием для признания недействительным самого соглашения³, эффект которого в таком случае будет сведен к действию сугубо между сторонами, — такое соглашение не будет противопоставлено неосведомленным о его заключении третьим лицам.

Аналогичным образом в США суды предоставляют широкую свободу усмотрения участникам компании при заключении корпоративных договоров в том случае, если в них участвуют все члены корпорации. Подобные соглашения суды признают действительными даже в спорных случаях, в частности, когда соглашением определяются конкретные лица для замещения должностей в компании без одобрения их кандидатур на общем собрании⁴, затрагиваются вопросы распределения дивидендов без проведения голосования⁵, устанавливается особый порядок ликвидации, отличный от предусмотренного в законе (в частности, закрепляется закрытый перечень оснований для добровольной ликвидации и устанавливается, что участники соглашения не вправе инициировать ликвидацию компании в каких-либо иных случаях)⁶. В связи с этим практикующие американские юристы рекомендуют по возможности для обеспечения исполнимости (*enforceability*) соглашения вовлекать в него всех участников компании в качестве сторон⁷.

Объяснение данной позиции судов в американской доктрине проводится на основе инструментальной и проприетарной концепций

¹ Cane v. Jones [1981] 1 All ER 533; Re RW Peak (Kings Lynn) Ltd. [1998] 1 BCLC 193; Re Home Treat Ltd. [1991] BCLC 705; Euro Brokers Holdings Ltd. v. Monecor (London) Ltd. [2003] BCLC 506.

² См. ст. 29 и 30 Закона о компаниях Англии.

³ См.: Pettet B. Op. cit. P. 96; Muth G., FitzGerald S. Op. cit. P. 7.

⁴ Clark v. Dodge, Court of Appeals of the State of New York. 269 N.Y. 410 (N.Y. 1936); Davis v. Arguls Gas & Oil Sales Co., 167 Misc. 377, 3 N.Y. S. 2d 241 (Sup. Ct. 1938).

⁵ Wabash Ry. v. American Refrigerator Transit Co., 7 F. 2d 335 (CCA 8th, 1925).

⁶ Leventhal v. Atlantic Finance Corp., 316 Mass. 194, 55 N. E. 2d 20, 154 A. L. R. 260 (1944).

⁷ O'Neal F.H. Protecting Shareholders' Control Agreements Against Attack // The Business Lawyer, 1958. P. 199.

корпорации, согласно которым корпорация является лишь средством для реализации интересов стоящих за ней участников, а все участники единогласно в любом случае вправе принимать фактически любые решения в отношении деятельности корпорации и распоряжаться ее активами¹. Данные соображения позволяют абстрагироваться от фикции самостоятельной юридической личности компании и признать, что если все участники являются сторонами соглашения, то такое соглашение обязательно для исполнения и корпорацией в целом, даже если формально она не является его стороной². Большая толерантность судов к такого рода соглашениям также объясняется тем, что при участии всех снижается риск ущемления интересов миноритариев, не участвующих в соглашении³.

В настоящий момент позиции, выработанные американской судебной практикой, нашли свое отражение в Модельном законе о корпорациях (*Model Business Corporation Act*), подготовленном Американской ассоциацией адвокатов (*American Bar Association*), положения которого имплементированы большинством штатов^{4, 5}. Модельный закон предоставляет максимальную свободу в регулировании непубличным корпорациям⁶ и допускает в ряде случаев возможность отступления в соглашении о голосовании от собственных положений, а также от положений устава компании по целому ряду значимых вопросов, в частности по вопросам установления ограничений в отношении полномочий совета директоров компании, регулирования порядка осуществления и распределения полномочий по голосованию между акционерами, передачи одному или нескольким акционерам или иным лицам полномочий по осуществлению корпоративных прав

¹ *O'Neal F.H.* Protecting Shareholders' Control Agreements Against Attack // *The Business Lawyer*, 1958. P. 202.

² *Merlino v. West Coast Macaroni Mfg. Co.*, 90 Cal. App. 2d 106, 111, 202 P. 2d 748, 751 (1949); *Moss v. Waytz*, 4 Ill. App. 2d 296, 124 N. E. 2d 91 (1955).

³ *O'Neal and Thompson's.* Close Corporations and LLCs: Law and Practice / Rev. 3d by F. Hodge O'Neal and Robert B. Thompson, 2005. Sections 5:151–5:152.

⁴ См.: *Klums R.* A Shareholder's Freedom of Contract in Close Corporation – Shareholder Agreement in the USA and Germany // *European Business Organization Law Review*. 2. 2001. P. 690–691.

⁵ Вместе с тем необходимо отметить, что некоторые штаты отказались от идеи имплементации положений Модельного закона в свои статуты. В частности, он не был принят в таких штатах, как Делавэр и Нью-Йорк.

⁶ *Wang S.C.-C.* A Comparative Analysis of Corporate Governance and Shareholders' Issues in a Close Corporation in Japan, Taiwan and the United States // *A Comparative Analysis of a Close Corporation*, 2010. P. 120.

и управлению делами корпорации, включая разрешение корпоративных тупиков (*deadlock*)¹.

Однако к такому соглашению предъявляются особые требования, а именно его положения должны быть включены в устав в момент учреждения компании либо оно должно быть заключено в форме письменного соглашения, подписанного всеми участниками компании. В последнем случае факт его заключения должен быть также доведен до сведения самой компании. Срок действия такого соглашения по умолчанию ограничен 10 годами (если иной срок не предусмотрен самим соглашением), а внесение изменений в такое соглашение допускается только по соглашению всех лиц, являющихся участниками компании на момент такого изменения, если самим соглашением не предусмотрен иной порядок его изменения. При этом для целей защиты прав третьих лиц, которые потенциально могут стать участниками компании, предусмотрено правило о раскрытии информации о факте заключения соглашения на сертификате, удостоверяющем акции, или иным образом и о возможности третьих лиц отказаться от сделки по приобретению доли участия, если они не знали и не должны были знать о наличии подобного рода соглашений. Следует обратить внимание на то, что речь идет именно об отказе от сделки по приобретению долей, при этом действительность соглашения включением нового участника в состав компании не затрагивается, и если он не отказался от приобретенной им доли, то соглашение будет распространять на него свое действие². Кроме того, соглашение автоматически прекращает действовать в том случае, если компания становится публичной³.

Тем не менее было бы неверным утверждать, что в англосаксонских правовых системах теория контрактуализма имеет всеобъемлющее значение и имеет место полное отождествление корпоративного договора и учредительных документов компании без проведения каких-либо различий между ними. Теория контрактуализма практически сразу после своего становления натолкнулась на волну критики, и в доктрине можно найти немало авторитетных противников

¹ См. § 7.32 Модельного закона о корпорациях США (Model Business Corporation Act) (здесь и далее положения закона приводятся по: http://www.americanbar.org/groups/business_law.html (дата обращения: 21.10.2018)).

² См. официальный комментарий к § 7.32(c) Модельного закона о корпорациях США (Model Business Corporation Act) (http://www.americanbar.org/groups/business_law.html (дата обращения: 21.10.2018)).

³ См. § 7.32(d) Модельного закона о корпорациях США.

данной теории¹. Они подчеркивают необходимость учета социальной и институциональной роли компании и придания большего значения императивности в корпоративном праве². Сторонники такого более консервативного взгляда вполне обоснованно полагают, что правовые истоки корпорации лежат в равной степени не только в договоре между участниками, но и в законе³. В частности, договорная теория не объясняет феномена ограничения ответственности участников при учреждении компании, который вытекает из закона и не может следовать только из обязательственного соглашения сторон и устава, снабженного исключительно внутренней легитимацией (со стороны участников, в отсутствие государственной регистрации), поскольку данный вопрос затрагивает третьих лиц и требует также внешней легитимации со стороны государства⁴. В связи с этим нельзя игнорировать роль императивного законодательного регулирования в отношении наиболее важных вопросов деятельности компании, таких как разграничение компетенции между участниками и менеджментом, наиболее значимых процедурных вопросов принятия решений, правил раскрытия информации, фидуциарных обязанностей директоров и контролирующих участников⁵.

Кроме того, теория контрактуализма критикуется и с практических позиций, поскольку на практике устав, как правило, не является результатом каких-либо реальных переговоров между участниками компании, а потому квалификация его как договора в его обычном смысле является большим допущением⁶.

Важно отметить, что изложенные ранее примеры предоставления максимально широкой свободы корпоративного договора, на которых часто базируются российские исследователи при анализе правовой

¹ См.: *Clark R.C.* Contracts, Elites, and Traditions in the Making of Corporate Law // *Columbia Law Review*. Vol. 89. 1989. P. 1704–1747; *Bratton W.W.* The «Nexus of Contracts» Corporation: A Critical Appraisal // *Faculty Scholarship*. Paper 839, 1989. P. 407–465.

² *Branson D.* The Death of Contractarianism and the Vindication of Structure and Authority in Corporate Governance and Corporate Law / ed. by L. Mitchell // *Progressive Corporate Law*, Westview Press. 1995. P. 93.

³ *Duffy M.J.* Shareholders Agreements and Shareholders' Remedies Contract Versus Statute? // *Bond Law Review*. Vol. 20. Iss. 2, Article 1. 2008. P. 1.

⁴ *Grantham R.* Op. cit. P. 565.

⁵ *Bebchuk L.A.* Limiting Contractual Freedom in Corporate Law: The Desirable Constraints on Charter Amendments // *Corporate Law Constraints*, Harvard Law Review. Vol. 102:1820. 1989. P. 1821.

⁶ *Grantham R.* Op. cit. P. 580.

природы корпоративного договора в англосаксонских право порядках¹, относятся лишь к тем договорам, которые заключены между всеми участниками корпорации. Только в этом случае договор становится частью устава, что позволяет игнорировать общее правило относительности обязательственной связи и распространить его действие на третьих лиц, в том числе на всех будущих участников компании², при условии, что они были поставлены в известность о наличии такого договора³. Только применительно к таким соглашениям, в которых участвуют все члены корпорации, в доктрине высказывается позиция, состоящая в том, что соглашение из разряда простых обязательственных сделок переходит в разряд корпоративных актов, становится частью конституции компании⁴.

В то же время по общему правилу корпоративный договор, заключенный между некоторыми из участников компании, не признается конституцией компании, поскольку устанавливает только обязательственные отношения (*personal obligations*) между его участниками и не может затрагивать прав и обязанностей самой компании (в том числе служить основанием для признания недействительными ее решений)⁵, других ее участников, а также третьих лиц, которые не являются стороной договора, включая новых участников компании⁶. Такая позиция поддерживается как доктриной⁷, так и судебной практикой⁸. При этом проводится четкое разграничение в части правового регулирования — корпоративный договор регулируется обязательственным правом, в то время как устав и учредительные документы регулируются преимущественно специальными положениями корпоративного законодательства⁹. По общему правилу

¹ Федоров С.И. Правовое регулирование корпоративных договоров и модернизация гражданского права России // Вестник гражданского права. 2013. № 1. 52–96.

² Cane v. Jones [1980] 1 W.L.R. 1451.

³ Hay R.G., Smith L.A. The Unanimous Shareholder Agreement: A New Device For Shareholder Control // Canadian Business Law Journal. Vol. 10. 1985. P. 443.

⁴ Gontsian S. The Enforcement of Shareholders' Agreements: Comparative Analysis of English and Russian Law // Tilburg Law School. 2012. P. 14.

⁵ Ibid. P. 14.

⁶ Sealy L., Worthington S. Cases and Materials in Company Law // Oxford University Press. 2008. P. 230.

⁷ Ibidem.

⁸ Welton v Saffery [1897] AC 299.

⁹ Muth G., FitzGerald S. Op. cit. P. 3.

корпоративный договор не подменяет собой устав компании¹ и не вносит в него изменений². В связи с этим соглашения, которые заключены не между всеми участниками, подвергаются более детальной судебной проверке, поскольку сопряжены с риском ущемления интересов не участвующих в них членов компании³.

При этом в англосаксонских правовых порядках проводится четкое разграничение между учредительными документами и корпоративным договором и корпоративный договор далеко не всегда расценивается как составная часть конституции компании. В числе особенностей корпоративного договора в сравнении с уставом выделяются, в частности:

– *предмет и применимое право*: корпоративный договор регулирует отдельные вопросы управления корпорацией и его участникам предоставлена большая свобода в определении предмета и в вопросах выбора применимого права, в то время как предмет и содержание устава, равно как и применимое к нему право, предписаны законом⁴;

– *субъектный состав*: в ряде случаев он может совпадать (когда в соглашении участвуют все участники общества), но в корпоративном договоре, в отличие от устава, могут участвовать также третьи лица, сама компания. В то же время на третьих лиц, в том числе на новых участников компании, по общему правилу корпоративный договор не распространяется и в случае противоречия договора положениям устава соглашение будет иметь эффект только между его участниками, но не будет иметь действия против компании либо против третьих лиц, в том числе против будущих участников, не являющихся сторонами соглашения⁵. В связи с этим практикующие юристы рекомендуют включать в корпоративный договор положение о том, что при продаже долей продавец обязуется включить в договор купли-продажи условие, требующее от покупателя присоединения к условиям заключенного корпоративного договора⁶.

¹ Russell v. Northern Bank Development Corporation Ltd. [1992] 1 W.L.R. 588, 593.

² Hewitt I. Hewitt on joint ventures. Croyton, 2011. P. 121, 123 (цит. по: *Осипенко К.О.* Договор об осуществлении прав участников хозяйственных обществ в российском и английском праве. М.: Инфотропик Медиа, 2016 (СПС «КонсультантПлюс»).

³ Odman v. Oleson, 319 Mass. 24, 64 N.E.2d 439 (1946); Christal v. Petry, 275 A.D. 550, 90 N.Y.S.2d 620 (1949)/

⁴ Sarközy T. Shareholders' Agreements // Acta Juridica Hungarica. 43. Nos 1–2. 2002. P. 122–124, 130.

⁵ Welton v. Saffery [1897] AC 299.

⁶ Pettet B. Op. cit. P. 95.

– *конфиденциальность*: корпоративный договор по общему правилу носит конфиденциальный характер, за исключением ряда предусмотренных законом случаев его раскрытия, при этом раскрытия зачастую требует не содержание, а лишь факт заключения договора, в то время как содержание устава всегда носит публичный характер¹;

– *порядок изменения*: порядок изменения корпоративного договора подчиняется общим принципам обязательственного права и требует единогласного одобрения всеми сторонами соглашения, а новые участники компании не становятся его стороной автоматически². В то же время изменение устава подчиняется принципу большинства³ и распространяет свое действие на всех новых участников компании⁴. В этом ключе корпоративный договор представляет собой один из «методов борьбы с тиранией большинства в корпоративном праве»⁵ и в связи с этим признается эффективным инструментом защиты прав миноритариев⁶;

– *последствия нарушения*: в отличие от устава по общему правилу нарушение условий корпоративного договора (за исключением случаев его заключения между всеми участниками) не является основанием для признания решения общего собрания недействительным⁷. В связи с этим практикующие юристы рекомендуют включать соответствующие положения в устав с целью впоследствии обеспечить их исполнимость, в том числе посредством признания недействительным решения, принятого вопреки уставу⁸.

¹ *Sarközy T.* Shareholders' Agreements // *Acta Juridica Hungarica*. 43. Nos 1–2. 2002. P. 129.

² *Thomas R.K., Ryan C.* The Law and Practice of Shareholders' Agreements / by Katherine Reece Thomas, Christopher Ryan, David Baylis // *LexisNexis Butterworths*. 2009. P. 9–10.

³ *Griffin S.* Company law: fundamental principles / Stephen Griffin. 4th ed. 2006. P. 72

⁴ *Schneider D.* The American Close Corporation and Its German Equivalent // *The Business Lawyer*. Vol. 14. No. 1. 1958. P. 231.

⁵ *Elson A.* *Op. cit.* P. 449.

⁶ *Galler v. Galler*, 203 N.E.2d 577, 32 Ill. 2d 16. (1964); *Blount v. Taft*, 246 S.E.2d 763 (N.C. 1978); см. также: *Molano L.R.* Shareholders' Agreements in Close Corporations and Their Enforcement // *LLM Theses and Essays*. Paper 89, 2006. P. 11; *Elson A.* *Op. cit.* P. 451; *Brownlee H.J.* The Shareholders' Agreement: A Contractual Alternative To Oppression as a Ground for Dissolution // *Stetson Law Review*. Vol. XXIV. 1994. P. 207; *Uiset M.A.* A Theory of Self-Control Problems and Incomplete Contracting: The Case of Shareholder Contracts // *Utah Law Review*. 2003. P. 1342–1343.

⁷ *Sarközy T.* *Op. cit.* P. 131.

⁸ *Rose C.* Don't be the Second Little Pig // *International Financial Law Review*. No. 10. 2007. P. 10.

Таким образом, в англосаксонской модели подчеркивается сходство правовой природы корпоративного договора и учредительных документов компании и в ряде случаев они даже приравниваются в плане правовых последствий. Однако такое приравнивание признается допустимым лишь в отношении корпоративных договоров, которые заключены между всеми участниками корпорации, в то время как в остальных случаях корпоративный договор не переходит из разряда обычных обязательственных сделок в разряд корпоративных актов, правовой эффект которых может быть при определенных условиях противопоставлен третьим лицам. При этом в тех случаях, когда происходит приравнивание корпоративного договора к уставу с целью защиты интересов третьих лиц и миноритарных участников компании, к такому договору предъявляются требования, аналогичные требованиям к уставу (раскрытие информации, одобрение всеми участниками). В связи с этим полного смешения данных институтов все же не происходит — в англосаксонской доктрине и судебной практике выделяется ряд существенных особенностей корпоративного договора, которые отличают его от устава компании.

1.2. Континентальная модель (на примере Германии)

Договорная концепция юридического лица была известна не только в англосаксонской модели, но и в континентальных правопорядках как минимум начиная с XIX в.¹ Однако в отличие от англосаксонского подхода в правопорядках континентальной Европы под влиянием авторитета германской науки развитие получила органическая теория юридического лица², разработанная в трудах Отто фон Гирке, который рассматривал корпорацию в качестве самостоятельного дееспособного субъекта права, воля которого не сводима к совокупности воли ее участников, т.е. является самостоятельной (*Prinzip sozialrechtlicher Willensorganisation*), и выражается вовне посредством органов общества, являющихся составной частью корпоративной структуры³.

Тем не менее основную роль в формировании более строгого подхода к пределам свободы договора в корпоративном праве и придании

¹ См.: *Bratton W.W.* Op. cit. P. 424; *Кузнецов А.А.* Пределы автономии воли в корпоративном праве: краткий очерк. М.: Статут, 2017. С. 15.

² *Козлова Н.В.* Понятие и сущность юридического лица: очерк истории и теории: учеб. пособие; науч. ред. В.С. Ем. М.: Статут, 2003. С. 136–138.

³ *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung / Von Otto Gierke.* Berlin: Weidmann, 1887. LIV. S. 249, 615f.

особого значения и авторитета государственному регулированию корпоративных отношений сыграло длительное господство разрешительного порядка создания компаний в Европе и распространение институционального подхода к частному праву, в том числе к корпоративному. В рамках институционального подхода признается, что государство при выработке правовых норм преследует определенную регулятивную цель, которую частные лица своими соглашениями не вправе искажать и тем самым менять существо правового института¹. При таком подходе приоритетную роль играет закон, а не внутреннее регулирование, принятое между участникам, играющее скорее маргинальную роль.

Ввиду изложенных причин в континентальной, в том числе в немецкой, доктрине проводится четкое разграничение между уставом и корпоративным договором. Уже в первых решениях Имперского суда Германии, в которых стала признаваться допустимость корпоративных договоров, суды описывают корпоративный договор как соглашение, отличное от устава², которое рассматривается как обычный гражданско-правовой договор, полностью подчиняющийся требованиям обязательственного права³. Корпоративный договор рассматривается как дополняющее устав (вспомогательное) соглашение (*satzungsergänzender Nebenvertrag*), заключенное между несколькими физическими или юридическими лицами⁴. При этом немецкие исследователи обращают внимание на то, что термин «дополняющее устав соглашение» не должен вводить в заблуждение — положения такого соглашения не являются равноправными с уставом, и конституцией общества остается устав⁵. Именно устав в первую очередь определяет цели деятельности и внутреннюю организацию компании, положение участников, их права и обязанности. В то же время дополняющие устав соглашения могут относиться к тем областям, которые прямо не урегулированы уставом, и устанавливать особенности реализации прав и обязанностей участников и применения уставных положений⁶.

¹ Подробнее см.: Кузнецов А.А. Пределы автономии воли в корпоративном праве: краткий очерк. С. 20 и далее.

² RG 19.06.1923, II 53/23, RGZ 107, 67, 70.

³ RG 11.06.1931, RGZ 133, 90, 95; см. также: GmbHG § 47 Abstimmung Schindler Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, Ziemons/Jaeger 30. Edition Stand: 01.02.2017/Rn. 62–75.1 // BeckOnline (URL: <https://beck-online.beck.de/>).

⁴ König W. Der satzungsergänzende Nebenvertrag // 1. Aufl., Arbeiten zur Rechtsvergleichung; 178, Baden-Baden, Nomos-Verl.-Ges., 1996. S. 19–20.

⁵ Söntgerath B. Vermittelte Mehrheit // Duncker & Humblot. Berlin, 2010. S. 48f.

⁶ Ibid. S. 48–49.

При этом в доктрине указывается, что соглашение о голосовании (*Stimmbindungsverträge*), являющееся одним из подвидов корпоративного договора¹, не становится частью устава, даже если оно подписано всеми участниками, такое соглашение имеет лишь действие, подобное уставу (*satzungsähnliche Wirkung*)². При этом признается, что по общему правилу, учитывая обязательственно-правовую природу соглашения, оно должно соответствовать по своему содержанию «праву более высокого ранга», т.е. закону и уставу^{3, 4}.

Примечательно, что первоначально, в начале XX в., сама идея допустимости соглашений о голосовании отрицалась на уровне Имперского суда Германии (*Reichsgericht*), который, подобно ранней практике американских судов, не признавал возможность заключения договоров о согласованном голосовании как противоречащих идее корпорации, поскольку заранее данное обязательство голосовать определенным образом противоречит принципу свободы выбора при голосовании на общем собрании⁵. Считалось, что голосование на общем собрании предполагает возможность обсуждения вопросов повестки дня, обмена мнениями и итоговое решение должно формироваться по результатам такого обсуждения и не может быть predetermined заранее⁶. При этом Имперский суд использовал аргументацию, весьма схожую с первоначальной позицией американских судов, утверждая, что право участника свободно осуществлять свое голосование на общем собрании, руководствуясь лучшими интересами компании, не может быть ограничено договорными обязательствами⁷. При этом участника, голосование которого было заранее predetermined условиями со-

¹ *Söntgerath B.* Op. cit. S. 55.

² GmbHG § 47 Abstimmung Schindler Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, Ziemons/Jaeger, 30. Edition Stand: 1.02.2017. Rn. 62–75.1 // BeckOnline (URL: <https://beckonline.beck.de/>).

³ См.: *Шрамм Х.-Й.* Правовой обзор соглашений акционеров // Университет г. Бремена, 2007 (URL: www.cac-civillaw.uni-bremen.de/); *Schmidt K.* Gesellschaftsrecht. 4. Aufl. Köln, 2002. S. 617–618 (цит. по: *Ода Х.* Акционерные соглашения: осторожный шаг вперед // Вестник гражданского права. 2010. № 1. С. 132–161 (СПС «КонсультантПлюс»).

⁴ Данная тема анализировалась также в следующих работах: *Суханов Е.А.* Сравнительное корпоративное право. М.: Статут, 2014; *Степанов Д.И., Фогель В.А., Шрамм Х.-Й.* Корпоративный договор: подходы российского и немецкого права к отдельным вопросам регулирования // Вестник ВАС РФ. 2012. № 10.

⁵ RG 16.3. 1904, I 491/03, RGZ 57, 205, 208; RG 16.1.1931 RGZ 131, 179, 182f.

⁶ RG JW 1927, 2992.

⁷ RG 7.6.1908, RGZ 69, 134, 137.

глашения о голосовании, сравнивали с «каменным гостем», сидящим за столом переговоров с готовым вердиктом в руках, что противоречит идее общего собрания корпорации¹.

Ситуация начинает меняться с начала 1920-х гг., в эпоху становления Веймарской республики, когда Имперский суд меняет свою позицию в сторону признания допустимым заключения соглашений о голосовании и, более того, допускает участие в них также самой корпорации². Аргументация Суда базируется на том, что позиция участника, вытекающая из его членства в корпорации, никоим образом не ограничивает возможность его участия в соглашении о порядке голосования, которое полностью подчиняется требованиям обязательственного права³. Безусловно, нельзя отрицать роль общего собрания в формировании воли общества, но тем не менее следует признать, что в большинстве случаев позиция каждого из участников формируется заранее, до общего собрания, а не в ходе его проведения⁴.

Окончательное признание соглашения о порядке голосования получили во времена поздней Веймарской республики, при этом подобные соглашения расценивались как договорные обязательства участников корпорации, которые не могут оказывать влияние на само голосование на общем собрании, это означает, что голосование, осуществленное вопреки соглашению, тем не менее по общему правилу будет действительным⁵.

Впоследствии Верховный суд Германии (*Bundesgerichtshof*) также поддержал концепцию принципиальной допустимости соглашений о порядке голосования⁶, и современная практика признает допустимость таких соглашений⁷. Равным образом в германской доктрине подерживается идея принципиальной допустимости таких соглашений,

¹ Max Wolff JW 1929, 2115, 2116 (cit. ex.: Roth, Markus, Shareholders' Agreements in Listed Companies: Germany / Rules Research Unit Law and Economics Studies. Paper No. 2013-9. March 16, 2013). P. 12 (URL: <https://ssrn.com/abstract=2234348> (дата обращения: 21.10.2018)).

² RG, 19.6.1923, II 53/23, RGZ 107, 67, 70.

³ RG 11.6.1931, RGZ 133, 90, 95.

⁴ BGH 29.05.1967, II ZR 105/66. См. также: *Boesebeck*. Abstimmungsvereinbarungen mit Aktionären, 1960 Neue Juristische Wochenschrift 7 (cit. ex.: *Roos C.M.* Op. cit. P. 180).

⁵ RG 11.6.1931, II 398/29, RGZ 133, 90, 93. См. также: *Sommerfeld*. Verträge fiber die Ausübung des Stimmrechts von Aktien, Jena 1931. P. 62 (cit. ex.: *Roos C.M.* Op. cit. P. 180).

⁶ BGH 29.5.1967, BGHZ 48, 163, 172; BGH 20.1.1983, NJW [1983] 1910, 1911; BGH 27.10.1986, ZIP [1987] 293, 295.

⁷ BGH 7.6.1993, BGHZ 123, 15 (20) = NJW 1993, 2246.

предметом которых может быть как позитивное обязательство осуществлять голосование (*positive Stimmbindung*), будь то конкретизированное обязательство голосовать определенным образом (*Konkretisierte Stimmbindung*) или неконкретизированное обязательство, которое подразумевает дополнительное предварительное согласование варианта голосования до общего собрания (*Unkonkretisierte Stimmbindung*), так и обязательство воздержаться от голосования по определенным вопросам (*negative Stimmbindung*)¹. Тот факт, что из соглашения о голосовании проистекает обязанность участников соблюдать определенные ограничения при реализации ими права голоса, более не рассматривается как недопустимое ограничение свободы голосования, а, напротив, считается одним из проявлений такой свободы, поскольку свобода включает в себя возможность самоограничения². В частности, в доктрине указывается, что поскольку закон об обществах с ограниченной ответственностью не содержит запретов относительно возможности заключения соглашений о голосовании, такие соглашения по общему правилу являются допустимыми³.

При этом целью корпоративного договора в немецкой литературе признается уточнение, более тонкая настройка устава общества, такие договоры сознательно заключаются наряду с уставом, поскольку соответствующие договоренности невозможно предусмотреть в уставе ввиду принципа строгости устава (т.е. ограниченности предусмотренного законом круга вопросов, подлежащих закреплению в уставе)⁴ либо в силу желания сторон обеспечить конфиденциальность данных положений⁵, поскольку заключение, равно как и внесение изменений в корпоративный договор, не требует регистрации в суде или соблюдения требований к нотариальной форме, предусмотренной для регистрации и изменения устава⁶. Заключение корпоративного дого-

¹ *Söntgerath B.* Op. cit. S. 59.

² *Weber C.* Op. cit. P. 93.

³ *Münchener Kommentar GmbHG*, 2 Auflage 2016, Rn. 237 // BeckOnline (URL: <https://beck-online.beck.de>).

⁴ См.: *Wagner F.* Heidelberg, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 4. Auflage 2014, AktG § 179 Beschluß der Hauptversammlung // BeckOnline (URL: <https://beck-online.beck.de/>); *Söntgerath B.* Op. cit. S. 47–48.

⁵ *Ulmer P.* «Satzungsgleiche» Gesellschaftervereinbarungen bei der GmbH? – Zum Für und Wider der Trennung zwischen Satzung und schuldrechtlichen Gesellschafterabreden // FS Röhrich, 2005. S. 634.

⁶ GmbHG § 3 Inhalt des Gesellschaftsvertrags/Schäfer/Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Auflage 2016, Rn. 32–34; BGH 15.3.2010 // BeckOnline (URL: <https://beck-online.beck.de/>).

вора позволяет обеспечить его исполнение договорными санкциями и зачастую сопровождается включением в соглашение арбитражной оговорки с целью перенести рассмотрение споров в третейский суд¹. Однако, с другой стороны, закрепление тех или иных положений в уставе позволяет обеспечить их большую исполнимость, поскольку устав понимается как официальный учредительный документ компании, прошедший проверку нотариусом и регистратором и доступный для ознакомления третьим лицам. Кроме того, ряд положений, значимых для третьих лиц, можно закрепить только в уставе, но не в соглашении, в частности, это касается положений, меняющих корпоративную структуру общества².

С точки зрения правовой природы соглашение о порядке голосования, когда оно заключается между участниками общества (без участия третьих лиц), нередко квалифицируется в Германии в качестве внутреннего товарищества гражданского права (*Innengesellschaft*)³, которое не имеет самостоятельной юридической личности (статуса юридического лица) и не принимает самостоятельного участия в обороте⁴. При этом к такому товариществу применяются положения обязательственного раздела Германского гражданского уложения (далее – ГГУ), посвященные договорам простого товарищества⁵. Участники простого товарищества, согласно § 705 ГГУ, объединяются для достижения общей цели, которая в случае с соглашением о голосовании сводится к единообразному голосованию на общем собрании⁶. При таком понимании корпоративный договор рассматривается как «корпорация

¹ *König W.* Op. cit. S. 20.

² *Степанов Д.И., Фогель В.А., Шрамм Х.-Й.* Корпоративный договор: подходы российского и немецкого права к отдельным вопросам регулирования // Вестник ВАС РФ. 2012. № 10. С. 44–45.

³ RG JW 1938, 2833; BGH, 13.6.1994, II ZR 38/93, BGHZ 126, 226, 234; GmbHG § 47 Abstimmung Schindler Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, Ziemons/Jaeger 30. Edition Stand.: 01.02.2017. Rn. 62–75.1 // BeckOnline (URL: <https://beck-online.beck.de/>); *Шрамм Х.-Й.* Правовой обзор соглашений акционеров // Университет г. Бремена, 2007 (URL: www.cac-civillaw.uni-bremen.de/).

Интересно отметить, что в англосаксонских право порядках корпоративный договор также иногда квалифицируется судами как квазипартнерство (см., например, дело *Ebrahimi vs. Westbourne Galleries Ltd.*, [1973] AC 360).

⁴ RG 29.10.1940, VII 44/40, RGZ 165, 140, 143.

⁵ GmbHG § 47 Abstimmung Schindler Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, Ziemons/Jaeger 30. Edition Stand.: 01.02.2017. Rn. 62–75.1 // BeckOnline (URL: <https://beck-online.beck.de/>).

⁶ RG JW 2833f; RG DR 1940, 244, 246; RG DNotZ 1936, 564, 549.

в рамках корпорации»¹. В том случае, если в соглашении о голосовании принимают участие третьи лица, то наличие общей цели более не усматривается, а потому такое соглашение уже будет квалифицироваться не как договор простого товарищества, а как договор *sui generis*, подчиненный общим положениям обязательственного права, в том числе нормам о поручении².

При этом в немецкой литературе проводится жесткое формальное разграничение устава и корпоративного договора с выделением следующих различий³:

– *форма и порядок заключения*: устав в Германии требует нотариального удостоверения и регистрации в реестре посредством обращения в суд, в то время как в отношении корпоративного договора отсутствуют какие-либо требования к форме и регистрации⁴, что предопределяет его конфиденциальный характер⁵;

– *субъектный состав*: в силу принципа суверенитета объединений (*Verbandssouveränität*) закрепление в уставе прав и обязанностей третьих лиц не допускается, поскольку в силу закона у участников общества имеется исключительная компетенция по принятию решений в отношении общества⁶; указанное ограничение в обязательственном праве отсутствует, а потому на корпоративный договор не распространяется, его стороны по общему правилу свободны в выборе контрагента и в качестве участников корпоративного договора допускаются также третьи лица⁷;

¹ Roth M. Op. cit. P. 10.

² См.: GmbHG § 47 Abstimmung Schindler Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, Ziemons/Jaeger 30. Edition Stand: 01.02.2017. Rn. 62–75.1 // BeckOnline (URL: <https://beck-online.beck.de/>); Roth M. Shareholders' Agreements in Listed Companies: Germany / Rules Research Unit Law and Economics Studies. Paper No. 2013-9. March 16, 2013. P. 8 (URL: <https://ssrn.com/abstract=2234348>).

³ См.: Ulmer P. «Satzungsgleiche» Gesellschaftervereinbarungen bei der GmbH? – Zum Für und Wider der Trennung zwischen Satzung und schuldrechtlichen Gesellschafterabreden // FS Röhricht, 2005. S. 635–637; Dürr M. Nebenabreden im Gesellschaftsrecht: außer-satzungsmäßige Bindungen von Gesellschaftern und die Willensbildung in der GmbH. Berlin: Peter Lang, 1994. S. 15–23.

⁴ BGH, 29.05.1967, II ZR 105/66 (BGHZ 48, 163).

⁵ Gesell H. IBA Guide on Shareholders' Agreements. Germany (URL: http://www.ibanet.org/LPD/Corporate_Law_Section/Clsly_Held_Growing_Busi_Entprs/shareholderagreements.aspx (дата обращения: 16.12.2016)).

⁶ См. § 53 Закона об обществах с ограниченной ответственностью Германии (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHG), здесь и далее положения Закона приводятся по: <http://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/> (дата обращения: 10.10.2016).

⁷ См.: Söntgerath B. Op. cit. S. 57; König W. Op. cit. S. 20; Dürr M. Op. cit. S. 9f.

— *обязывающее действие*: устав является основанием для приобретения статуса участника компании, все участники, а также органы общества подчинены действию устава. В то же время корпоративный договор связывает только участников самого корпоративного договора и не имеет обязывающего характера для других участников общества, третьих лиц, не участвующих в нем, либо органов управления¹. Именно в связи с этим на практике, как и в англосаксонском подходе, в корпоративный договор рекомендуется включать положения о том, что его стороны гарантируют закрепление соответствующих оговорок в договоре с приобретателем долей о его присоединении к корпоративному договору². При этом важно отметить, что соглашение о голосовании может содержать отступления от устава компании, однако если при этом не соблюдена формальная процедура внесения изменений в устав, то соглашение будет действовать только между его участниками и не может менять организационную структуру компании³;

— *правила толкования*: учитывая, что обязывающее действие устава распространяется на всех участников общества, а также имеет эффект для третьих лиц, его толкование происходит по объективным критериям (приоритет отдается волеизъявлению и без учета воли учредителей, если она четко не выражена в тексте устава)⁴, в то же время к корпоративному договору применяются общие правила толкования гражданско-правовых сделок (§ 133 и 157 ГГУ), отдающие больший приоритет воле сторон;

— *порядок изменения, расторжения, признания недействительным*: в отношении устава в этой части предусмотрены специальные правила: изменение устава по общему правилу требует одобрения тремя четвертями голосов⁵, «выход» из устава возможен только с потерей статуса участника, а признание устава недействительным требует предъявления специального иска⁶, в то время как корпоративный договор по всем указанным вопросам подчиняется действию норм обязательственного права — его расторжение возможно по правилам, предусмотренным

¹ GmbHG § 3 Inhalt des GesellschaftsvertragsSchäfer/Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Auflage 2016, Rn. 32–34; BGH 15.3.2010 // BeckOnline (URL: <https://beck-online.beck.de/>).

² *Gesell H.* Op. cit.

³ BGH 29.5.1967, BGHZ 48, 163, 172; BGH 7.06.1993, BGHZ 123, 15, 19.

⁴ BGH GmbHR 1982, 129, 130.

⁵ См. § 53 Закона об обществах с ограниченной ответственностью Германии.

⁶ См. там же. § 75.

самим договором, либо в связи с существенными обстоятельствами (*aus wichtigem Grund*), изменение по общему правилу возможно только по соглашению всех его сторон, а в части оспаривания применяются общие основания недействительности сделок;

– *последствия нарушения*: до 1983 г. на основании приведенных выше различий в правовой природе устава и корпоративного договора судебная практика Германии признавала за корпоративным договором сугубо обязательственный эффект, не имеющий «внешних последствий»¹, и не допускала признания недействительным решений общего собрания, оспорить которые можно было только в связи с их противоречием закону или уставу, но не корпоративному договору². Нарушение соглашений, заключенных помимо устава, не могло затрагивать решения общества и давало право только взыскивать убытки и договорные санкции либо прибегать к иным средствам защиты, предусмотренным на случай нарушения договора³.

Однако в 1983 г. Верховным судом Германии было принято решение по делу *Kerbnägel*⁴, ставшее знаковым в немецкой судебной практике. В рассмотренном деле между всеми участниками общества был заключен корпоративный договор, предусматривавший обязанность общества воздерживаться от участия в бизнесе, конкурирующем с бизнесом миноритарного участника (производство штифтов — *Kerbnägel*), однако впоследствии в нарушение названного договора на общем собрании мажоритарным участником было одобрено решение о приобретении долей в третьей компании, предметом деятельности которой было спорное направление бизнеса. Несмотря на то что соответствующие изменения, ограничивающие сферу деятельности общества, в устав внесены не были и спорное решение общего собрания формально не противоречило уставу, Верховный суд занял позицию, состоящую в том, что поскольку оно противоречило заключенному ранее договору, сторонами которого были все участники общества, решение следует признать недействительным. В качестве обоснования Верховный суд сослался на принцип добросовестности и верности договорным соглашениям. Судом также было принято во внимание, что договорные санкции, такие как взыскание убытков, не всегда могут компенсировать нарушенный интерес истца, в связи с этим в ряде случаев сооб-

¹ *Huffer U. Aktiengesetz. 8. Aufl. München, 2008. S. 721 (цит. по: Oda X. Указ. соч.).*

² *Dürr M. Op. cit. S. 21.*

³ OLG Koblenz GmbH 1986, 430 [432].

⁴ BGH, 20.01.1983, II ZR 243/81, NJW 1983, 1910 [1911].

ражения справедливости и верности достигнутым договоренностям (*Treuepflicht*)¹ требуют того, чтобы дать участнику соглашения иск об оспаривании решения общего собрания.

Впоследствии указанная позиция о допустимости оспаривания решения общего собрания, принятого в противоречие с соглашением, заключенным всеми участниками общества, была поддержана еще в ряде решений Верховного суда. В частности, в решении 1987 г., в котором Верховным судом был признан приоритет перед уставом общества соглашения о голосовании, по условиям которого участник мог быть лишен права действовать от имени общества только с согласия всех участников, в то время как в уставе для этого требовалось большинство голосов². В 2010 г. Верховным судом также был отдан приоритет положениям договора между участниками, по условиям которого в определенных случаях участнику должна была быть выплачена номинальная стоимость доли, несмотря на то что устав предусматривал для этих случаев выплату более высокой стоимости³. Ключевым аргументом в указанных спорах вновь стало участие в соглашении всех участников общества и необходимость исключения их противоречивого поведения вопреки достигнутым договоренностям со ссылкой на формальное невключение спорных положений в устав⁴. Указанная практика в настоящий момент поддерживается и рядом нижестоящих судов⁵. Однако в литературе отмечается, что под влиянием указанных решений в судебной практике не произошло коренного перелома⁶ — подобные дела носят эпизодический характер, а в ряде случаев суды занимают противоположную позицию⁷.

¹ Термин «*Treuepflicht*», как правило, используется в значении «верности» обществу, т.е. для обозначения фидуциарных обязанностей участников по отношению к компании. Однако в рассматриваемом деле Верховный суд подошел к пониманию данного термина более широко и применил его также к тем случаям, когда договоренность была достигнута в рамках договорного объединения участников. Этому способствовало также понимание соглашения о голосовании как договора простого товарищества, между участниками которого также существует обязанность соблюдать верность интересам друг друга (см. также: BGHZ 179, 13).

² BGH NJW 1987, 1890 [1891].

³ BGH NZG 2010, 988.

⁴ BGH, 20.01.1983, II ZR 243/81, NJW 1983, 1910 [1911]; BGH NJW 1987, 1890 [1891]; BGH NZG 2010, 988.

⁵ OLG Hamm NZG 2000, 1036; OGH AG 1996, 329; OLG Stuttgart NZG 2011, 416.

⁶ *Ulmer P.* Op. cit. S. 635.

⁷ OLG Stuttgart DB 2001, 854 [859].

В немецкой доктрине с опорой на изложенные решения Верховного суда Германии отмечается, что договоренности по голосованию, достигнутые между всеми участниками, «могут привести к таким же последствиям, что и акты корпоративного права, в той мере, в которой участники в одинаковой степени связаны обязательствами по соглашению»¹. Тем не менее в немецкой доктрине можно встретить критику в отношении указанной позиции высшей судебной инстанции², апеллирующую к нарушению принципа публичности корпоративных актов, а также принципа разграничения самостоятельной личности юридического лица и его участников³. Также в немецкой литературе выражаются опасения относительно возможности создания, таким образом, «второго правопорядка, перекрывающего существующий порядок, установленный уставом»⁴.

Однако нельзя не заметить, что логика Верховного суда Германии в решении по делу *Kerbnägel* весьма сходна с позицией английского суда по делу *Duomatic*. В обоих делах судами из соображений справедливости, добросовестности был отдан приоритет содержательной стороне отношений сторон, а именно согласию всех участников общества на принятие того или иного решения, перед формальными требованиями процедуры принятия решений в корпорации посредством проведения общего собрания. Подобная позиция приводит некоторых немецких исследователей к мысли о том, что отсутствует целесообразность в столь жестком разделении между уставом и обязательственно-правовыми соглашениями между участниками⁵ и следует исходить из широкого понимания регулирования внутренней деятельности корпорации, которое включает в себя не только устав

¹ Schmidt K. Gesellschaftsrecht. 4. Aufl. Köln, 2002. S. 618 (цит. по: *Ода Х.* Указ. соч.).

² MüKoGmbHG/Drescher Rn. 250 // BeckOnline (URL: <https://beck-online.beck.de/>); GmbHG § 47 Abstimmung Schindler Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, Ziemons/Jaeger 30. Edition Stand.: 01.02.2017. Rn. 62–75.1 // BeckOnline (URL: <https://beck-online.beck.de/>).

³ *Vavrovsky N.* Stimmbindungsverträge im Gesellschaftsrecht. Wien, 2000. S. 121–123 (цит. по: *Суханов Е.А.* Сравнительное корпоративное право. М.: Статут, 2014. С. 224).

⁴ *Ulmer P.* Verletzung schuldrechtlicher Nebenabreden als Anfechtungsgrund im GmbH-Recht NJW 1987, 1849 (цит. по: *Степанов Д.И., Фогель В.А., Шрамм Х.-Й.* Корпоративный договор: подходы российского и немецкого права к отдельным вопросам регулирования // Вестник ВАС РФ. 2012. № 10. С. 41).

⁵ *Noack U.* Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften. Tübingen, Mohr, 1994 (cit. ex.: *Ulmer P.* «Satzungsgleiche» Gesellschaftervereinbarungen bei der GmbH? – Zum Für und Wider der Trennung zwischen Satzung und schuldrechtlichen Gesellschafterabreden // FS Röhrich, 2005. S. 634).

и решения участников, но также и заключенные между участниками корпорации обязательственно-правовые соглашения¹, что по существу приближается к англосаксонскому пониманию сущности конституции компании.

Таким образом, детальный анализ англосаксонского и континентального подходов позволяет увидеть, что различия в них кажутся кардинальными лишь на первый взгляд. В действительности вопрос скорее заключается в расстановке акцентов, нежели в отличиях по существу. На практике сходные ситуации находят одинаковые решения, и в рамках обоих подходов можно встретить как сторонников, так и противников жесткого разделения устава и корпоративного договора. Вместе с тем ни сторонники, ни противники такого разделения не отрицают ряд основополагающих утверждений². В частности, не отрицается, что при соблюдении ряда условий корпоративный договор по своим правовым последствиям может быть приравнен к уставу и даже иметь приоритет перед ним. Например, в случае заключения корпоративного договора между всеми участниками требования добросовестности и верности достигнутым договоренностям позволяют в рамках отношений между участниками отдать приоритет положениям договора, даже если они противоречат уставу.

Равным образом обе модели поддерживают тезис о необходимости ограничения обязательственной силы корпоративного договора только участвующими в нем лицами, в силу чего при отсутствии участия всех участников общества в корпоративном договоре не может идти речь о приравнивании его по своим правовым последствиям к уставу. Кроме того, не отрицается необходимость защиты интересов третьих лиц, в частности кредиторов общества и потенциальных приобретателей долей, для этих целей содержание корпоративного договора, даже при участии в нем всех членов корпорации, не может быть противопоставлено третьим лицам, не осведомленным о его содержании³, в связи с чем вводятся требования раскрытия информации, которые по существу приравнивают правовой режим корпоративных договоров, вносящих изменения в организационные основы общества, к режиму учредительных документов.

¹ *Ulmer P.* «Satzungsgleiche» Gesellschaftervereinbarungen bei der GmbH? // FS Röhricht, 2005. S. 634.

² *Ibid.* S. 653–654.

³ *Sommerfeld.* Verträge fiber die Ausübung des Stimmrechts von Aktien, Jena 1931. P. 89f. (cit. ex.: *Roos C.M.* Comparative Notes On Shareholders' Voting Agreements // *Scandinavian Studies in Law.* Vol. 15. 1971. P. 186).

В связи с этим наиболее взвешенной представляется позиция тех авторов, которые придают весьма ограниченное значение теоретической стороне данного вопроса, обращая большее внимание на практические последствия разграничения устава и корпоративного договора, и в этом отношении констатируют их очевидное сходство в целом ряде аспектов¹. С указанных позиций, на наш взгляд, необходимо подходить и к анализу тех теоретических споров, которые ведутся в российской доктрине применительно к институту корпоративного договора, новая волна которых поднялась в связи с прошедшим в 2014 г. реформированием гражданского законодательства в указанной области.

1.3. Подход российского правопорядка

Российский правопорядок, исторически тяготеющий к германской правовой семье², в части базовых подходов к пониманию сущности юридического лица и роли устава и договора в регулировании корпоративных отношений близок к континентальной модели.

С дореволюционных времен российские цивилисты акцентировали внимание на общественном характере деятельности общества³, считая его учреждением, «чуждым договорного характера»⁴. При таком подходе регулирование деятельности общества должно производиться уставом компании, причем как внутри — в отношении ее органов и участников, так и вовне — в отношении третьих лиц⁵.

В то же время как среди дореволюционных, так и среди современных авторов можно найти сторонников договорной концепции компании. В частности, П. Писемский признавал договорный характер устава, вместе с тем обращая внимание на его специфические особенности, в частности на то, что он имеет силу закона не только для участников

¹ *Ulmer P.* «Satzungsgleiche» Gesellschaftervereinbarungen bei der GmbH? // FS Röhricht, 2005. S. 653—654; *Сморodin Я.О.* Несколько мыслей о корпоративном договоре в свете реформирования гражданского законодательства // *Опыты цивилистического исследования*: сб. ст. / Д.В. Гудков, И.И. Зикун, А.А. Зябликов и др.; рук. авт. кол. и отв. ред. А.М. Ширвиндт, Н.Б. Щербаков. М.: Статут, 2016 // СПС «КонсультантПлюс».

² *Суханов Е.А.* О развитии статуса компаний в некоторых европейских правопорядках // *Вестник гражданского права*. 2009. № 2 (СПС «КонсультантПлюс»).

³ *Тарасов И.Т.* Учение об акционерных компаниях. Киев, 1878 (СПС «Гарант»).

⁴ *Пахман С.* О предстоящей реформе акционерного законодательства. Харьков, 1861. С. 57.

⁵ *Тарасов И.Т.* Учение об акционерных компаниях. Киев, 1878 (СПС «Гарант»).

компании, но и для третьих лиц в отношениях с ней¹. Современные сторонники договорной концепции юридического лица также указывают, что «любое хозяйственное общество по своей правовой природе есть договор товарищества, которому придан статус отдельного субъекта — юридического лица»², либо признают общество «корпоративным образованием, имеющим договорный элемент»³. Принятие договорной природы общества приводит сторонников данного подхода к мысли о договорной природе его учредительных документов⁴. Тем не менее даже сторонники договорной теории не отрицают специфику устава в сравнении с обычными гражданско-правовыми договорами, которая заключается в меньшей степени договорной свободы и в большей императивности применимых к нему норм права⁵.

В отношении подходов к пониманию корпоративного договора в российской доктрине существует спор между сторонниками сугубо обязательственной природы корпоративного договора и четкого разделения предмета корпоративного договора и устава, с одной стороны, и приверженцами более либеральной позиции, признающими близость правовой природы данных институтов и возможное пересечение их предмета, что неизбежно влечет необходимость разрешения вопроса о том, какой из документов должен иметь приоритет в случае коллизии.

Позиция жесткого разделения корпоративного договора и устава, поддерживаемая рядом авторитетных цивилистов⁶, исходит из того, что корпоративный договор нельзя считать дополнением к уставу и закреплять в нем положения, которые в соответствии с законом подлежат закреплению в учредительных документах корпорации⁷, по-

¹ *Писемский П.* Акционерные компании с точки зрения гражданского права. М., 1876 (СПС «Гарант»).

² *Суворов Е.Д.* Договоры об осуществлении корпоративных прав // Вестник ВАС РФ. 2011. № 10.

³ *Степанов Д.И.* Реформа законодательства об ООО: к принципу свободы договора в корпоративном праве. Ч. I // Корпоративный юрист. 2009. № 6. С. 18.

⁴ *Степанов Д.И.* Устав как форма сделки // Вестник гражданского права. 2009. № 1 (СПС «КонсультантПлюс»).

⁵ Там же.

⁶ *Суханов Е.А.* Сравнительное корпоративное право. С. 215–232; *Ломакин Д.В.* Договоры об осуществлении прав участников хозяйственных обществ как новелла корпоративного законодательства // Вестник ВАС РФ. 2009. № 8; *Суворов Е.Д.* Договоры об осуществлении корпоративных прав // Вестник ВАС РФ. 2011. № 10.

⁷ *Суханов Е.А.* Сравнительное корпоративное право. С. 217–218.

скольку корпоративный договор не может порождать никаких новых корпоративных прав, а может лишь регулировать осуществление уже имеющихся¹ и не должен выполнять функции учредительного документа². Корпоративный договор при таком подходе признается обычной обязательственно-правовой сделкой³. Тем не менее сторонники данной концепции не отрицают, что корпоративный договор обладает спецификой, вытекающей из того обстоятельства, что он регулирует корпоративные правоотношения, «лежит внутри другой оболочки, внутри другой общности, и, соответственно, в нем появляются свои особенности, которых у обычных обязательств нет»⁴.

Противники договорного понимания устава не обнаруживают «каких-либо положительных последствий от приравнивания учредительных документов к гражданско-правовому договору»⁵. В то же время признание сугубо договорной природы корпоративного договора позволяет им выделить такие важные его особенности по сравнению с уставом, как действие исключительно *inter partes*, но не против третьих лиц, в том числе против общества (в части признания недействительными решений общего собрания) и контрагентов по сделкам, не осведомленных о содержании корпоративного договора, а также невозможность изменения корпоративным договором внутренней структуры корпоративного управления, в том числе компетенции органов общества и порядка голосования⁶. При этом соглашение о голосовании получает

¹ См.: Ломакин Д.В. Договоры об осуществлении прав участников хозяйственных обществ как новелла корпоративного законодательства // Вестник ВАС РФ. 2009. № 8; Суворов Е.Д. Договоры об осуществлении корпоративных прав // Вестник ВАС РФ. 2011. № 10.

² Осипенко К.О. Договор об осуществлении прав участников хозяйственных обществ в российском и английском праве. М.: Инфотропик Медиа, 2016 (СПС «КонсультантПлюс»).

³ См.: Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. С. 221; Ломакин Д.В. Договоры об осуществлении прав участников хозяйственных обществ как новелла корпоративного законодательства // Вестник ВАС РФ. 2009. № 8.

⁴ См.: Стенограмма заседания Совета при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства, 29.10.2007 // Вестник гражданского права. 2008. № 1 (выступление Г.Е. Авилова) (СПС «КонсультантПлюс»).

⁵ Корпоративное право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В.А. Белова 2-е изд., стер. М.: Изд-во «Юрайт», 2015. С. 116–138 (автор – С.А. Бабкин).

⁶ Плеханов В. Договоры участников общества с ограниченной ответственностью // Корпоративный юрист. 2009. № 6. С. 53–57 (СПС «КонсультантПлюс»). См. также: Экспертное заключение Совета при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства по проекту Федерального зако-

разную квалификацию в литературе: ряд современных исследователей понимают его как договор простого товарищества¹, что близко к изложенному ранее немецкому пониманию соглашения о голосовании как *Innengesellschaft*. Однако преобладающей в российской доктрине позицией является квалификация соглашения о голосовании как непоименованного договора *sui generis*².

Позиция жесткого разделения корпоративного договора и устава по правовой природе, кругу участников и правовым последствиям была поддержана также экспертным сообществом при разработке изменений корпоративного законодательства. По мнению членов Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства (далее — Совет по кодификации), возможность регулирования отношений между участниками корпорации в корпоративном договоре следует допустить лишь в определенных пределах, не ведущих к нарушениям императивных норм законодательства и не влекущих «создания параллельного правового режима, параллельных органов, параллельных учредительных документов, что, к сожалению, происходит на практике»³. Аналогичным образом в Концепции развития гражданского законодательства указывается, что корпоративные договоры «не могут менять корпоративную структуру, порядок принятия корпоративных решений и иные корпоративные правила, устанавливаемые в расчете на третьих лиц, не являющихся участниками соглашения»⁴. В отношении предлагаемых в настоящий момент изменений в федеральное законодательство об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответствен-

на «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации и Федеральный закон «Об акционерных обществах» (в части регулирования акционерных соглашений)» (принято 29 октября 2007 г., Протокол № 52) // Вестник гражданского права. 2008. № 1 (СПС «КонсультантПлюс»).

¹ Гуреев В.А. Проблемы защиты прав и интересов акционеров в Российской Федерации. М., 2007 (СПС «Гарант»).

² См.: Суворов Е.Д. Договоры об осуществлении корпоративных прав // Вестник ВАС РФ. 2011. № 10; Осипенко К.О. Договор об осуществлении прав участников хозяйственных обществ в российском и английском праве. М.: Инфотропик Медиа, 2016 (СПС «КонсультантПлюс»).

³ См.: Стенограмма заседания Совета при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства, 29 октября 2007 г. // Вестник гражданского права. 2008. № 1 (выступление Г.Е. Авилова) (СПС «КонсультантПлюс»).

⁴ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации // Вестник ВАС. 2009. № 11 (СПС «КонсультантПлюс»).

ностью¹ Совет по кодификации вновь подчеркивает, что в корпоративный договор не могут включаться положения, подлежащие в силу закона включению в устав². При такой трактовке в случае коллизии приоритет должен отдаваться положениям устава³.

Равным образом судебная практика не проводит отождествления устава и гражданско-правовых сделок, квалифицируя устав как «локальный нормативный акт, свод правил, регулирующих деятельность общества», к которому общие правила о сделках, в частности об их недействительности, неприменимы⁴. В то же время корпоративный договор понимается на практике как гражданско-правовая сделка, к которой подлежат применению общие положения об обязательствах⁵ и общие принципы договорного права, в том числе принцип свободы договора^{6,7}.

¹ См. проект федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (в части приведения в соответствие с новой редакцией главы 4 Гражданского кодекса Российской Федерации) (подготовлен Минэкономразвития России) (текст по состоянию на 04.07.2016) (СПС «КонсультантПлюс»).

² См. п. 11 Экспертного заключения по проекту федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (в части приведения в соответствие с новой редакцией главы 4 Гражданского кодекса Российской Федерации) (принято на заседании Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 4 июля 2016 г. № 155-2/2016); далее – Экспертное заключение Совета по кодификации от 4 июля 2016 г. № 155-2/2016 (СПС «КонсультантПлюс»).

³ См. п. 12 Экспертного заключения Совета по кодификации от 4 июля 2016 г. № 155-2/2016.

⁴ Постановления ФАС Волго-Вятского округа от 23.04.2007 по делу № А82-3283/2006-36; от 18.12.2003 № А79-2020/2003-СК2-1904; ФАС Дальневосточного округа от 11.09.2007 № Ф03-А5107-1/3165; ФАС Московского округа от 15.08.2005 № КГ-А40/7465-05.

⁵ См. п. 4 Рекомендаций Научно-консультативного совета при Федеральном арбитражном суде Уральского округа (Экономическое правосудие в Уральском округе. 2015. № 3); Решение АС Новосибирской области от 17.08.2015 по делу № А45-12229/2015 (оставлено в силе Постановлением Седьмого ААС от 22.10.2015 № 07АП-9663/2015).

⁶ Постановление АС Уральского округа от 11.12.2015 № Ф09-8712/15 по делу № А60-12804/2015 (Определением Верховного Суда РФ от 14 апреля 2016 г. № 309-ЭС16-2453 отказано в передаче дела в Судебную коллегию по экономическим спорам Верховного Суда РФ для пересмотра).

⁷ Примечательно, что в одном из первых дел, рассмотренных судами на заре становления института корпоративного договора в России в 2006 г., суды даже допустили перекодификацию корпоративного договора в учредительный документ компании со ссылкой на то, что в нем содержались положения, характерные для устава компании,

Тем не менее в российской доктрине существуют также противники жесткого обособления корпоративного договора и отграничения его от устава. Ряд авторов занимают компромиссную позицию, приходя к выводу о том, что корпоративный договор имеет двойственную правовую природу¹ – корпоративно-правовую и обязательно-правовую². Корпоративный договор признается договорным по форме и корпоративным по своей правовой природе, поскольку он призван дополнять и развивать положения устава корпорации³.

Особенно размытой становится грань между учредительными документами и корпоративным договором в том случае, когда в нем участвуют все члены корпорации. Ряд цивилистов в такой ситуации усматривают сходство правовой природы корпоративного договора с решениями общества и констатируют, что корпоративный договор в этом случае становится специфическим правовым явлением, объединяющим в себе признаки гражданско-правовой сделки и корпоративного акта⁴, он обладает внутренним корпоративно-правовым эффектом, который выражается в том, что даже при противоречии корпоративного договора положениям устава применению подлежит именно корпоративный договор⁵. При этом «не имеет принципиального значения, в каком документе выражена воля участников – в решении общего собрания или в корпоративном договоре»⁶, такое соглашение в любом случае уже будет не просто гражданско-правовым

и признали корпоративный договор недействительным ввиду противоречия императивным положениям закона, применимым к учредительным документам (см. дело ЗАО «Русский Стандарт Страхование» (решение Арбитражного суда г. Москвы от 26.12.2006 по делу № А40-62048/06-81-343)).

¹ *Степанов Д.И.* Реформа законодательства об ООО: к принципу свободы договора в корпоративном праве. Ч. I // Корпоративный юрист. 2009. № 6. С. 18–19 (СПС «КонсультантПлюс»).

² *Шиткина И.С.* Соглашения акционеров (договоры об осуществлении прав участников) как источник регламентации корпоративных отношений // Хозяйство и право. 2011. № 2 (СПС «КонсультантПлюс»).

³ *Варюшин М.С.* Гражданско-правовое регулирование корпоративных договоров: сравнительный анализ: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2015. С. 93.

⁴ *Андреев В.К.* О характере корпоративного договора // Юрист. 2015. № 3 (СПС «КонсультантПлюс»).

⁵ *Бородкин В.Г.* Корпоративный договор как механизм разрешения тупиковых ситуаций в хозяйственном обществе // Закон. 2015. № 10. С. 138–146 (СПС «КонсультантПлюс»).

⁶ *Бородкин В.Г.* Гражданско-правовое регулирование корпоративного договора: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2015. С. 41.

договором, а соглашением, имеющим значение для самого общества, его корпоративной структуры¹.

Почву для подобной позиции в настоящий момент также дают недавние новеллы гражданского законодательства, вступившие в силу с 1 сентября 2014 г., которые признают за корпоративным договором в ряде случаев не только сугубо обязательственные последствия. В качестве исходной посылки абз. 1 и 5 ст. 67.2 ГК РФ устанавливают, что корпоративный договор является гражданско-правовым договором и не создает обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон. Равным образом, согласно абз. 3 п. 2 ст. 67.2 ГК РФ, если законом допускается изменение структуры органов общества в уставе, то в корпоративном договоре может быть предусмотрена только обязанность проголосовать за такие изменения, однако определение и изменение структуры и компетенции органов управления общества непосредственно в самом корпоративном договоре не допускается (абз. 1 п. 2 ст. 67.2 ГК РФ).

Однако в других положениях закон отступает от сугубо обязательственной концепции корпоративного договора и допускает отход от принципа относительности обязательственно-правовой связи. В частности, положения абз. 2 п. 1 ст. 66 ГК РФ, который дает возможность закрепления в корпоративном договоре отступлений от принципа пропорциональности (соответствия объема корпоративных прав размеру доли участия), при условии внесения соответствующих сведений в ЕГРЮЛ. В таком случае указанные положения будут связывать не только участников корпоративного договора, но также и потенциальных приобретателей долей с измененным объемом прав.

Кроме того, согласно новым положениям ст. 67.2 ГК РФ корпоративный договор имеет приоритет перед уставом не только в рамках отношений, складывающихся между сторонами такого договора (п. 7 ст. 67.2 ГК РФ)², он может иметь эффект и для третьих лиц: в случае если им было известно о положениях корпоративного договора, то сделка, заключенная вопреки таким положениям, может быть оспорена (абз. 3 п. 6 ст. 67.2 ГК РФ). Нарушение корпоративного договора может также стать основанием для признания недействительным решения органа общества при условии, что на момент принятия решения

¹ Степанов Д.И. Договор об осуществлении прав участников обществ с ограниченной ответственностью // Вестник ВАС РФ. 2010. № 12. С. 70.

² Андреев В.К. О характере корпоративного договора // Юрист. 2015. № 3 (СПС «КонсультантПлюс»).

сторонами корпоративного договора являлись все участники общества (абз. 1 п. 6 ст. 67.2 ГК РФ), что соответствует позиции, выработанной английскими и германскими судьями в упомянутых выше делах *Duomatic* и *Kerbnägel*.

Изложенное законодательное регулирование стало результатом многочисленных компромиссов между разработчиками изменений¹. Более того, вступление в силу данных новелл не поставило точку в имеющейся дискуссии, поскольку изменение положений Гражданского кодекса РФ предполагает также внесение изменений в федеральные законы об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью, при обсуждении которых в настоящий момент вновь ведутся споры между сторонниками и противниками дальнейшего расширения свободы корпоративного договора². В проекте изменений в законодательство об обществах с ограниченной ответственностью, предложенном Министерством экономического развития РФ, содержатся предложения по дальнейшему расширению «корпоративно-правового эффекта» договоров об осуществлении прав участников. В частности, разработчиками законопроекта изначально предлагалось допустить возможность включения в корпоративный договор, в котором участвуют все участники общества, положений, регулирующих порядок созыва, подготовки и проведения общих собраний, принятия и содержания решений общего собрания и исполнительных органов общества, а также допустить участие в нем общества в качестве стороны³. Предлагаемые изменения встретили критику со стороны экс-

¹ См.: *Витрянский В.В.* Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. М.: Статут, 2016 (СПС «КонсультантПлюс»); *Суханов Е.А.* Сравнительное корпоративное право. С. 228–229. См. подробнее о спорах вокруг проекта закона (в частности, между представителями Совета по кодификации, РСПП, Минэкономразвития России): *Федоров С.И.* Правовое регулирование корпоративных договоров и модернизация гражданского права России // Вестник гражданского права. 2013. № 1.

² См. Экспертное заключение по проекту федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации (в части приведения в соответствие с новой редакцией главы 4 Гражданского кодекса Российской Федерации)», принятое на заседании Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 23 апреля 2018 г. № 175-3/2018 в отношении обновленного проекта указанного федерального закона, подготовленного Минэкономразвития России.

³ Статья 8.2 в редакции проекта федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации (в части приведения в соответствие с новой редакцией главы 4 Гражданского кодекса Российской Федерации)» (подготовлен Минэкономразвития России) (не внесен в ГД ФС РФ, текст по состоянию на 04.07.2016) (СПС «КонсультантПлюс»).

пертного сообщества, в частности Совета по кодификации, со ссылкой на то, что они окончательно размывают грань между учредительными документами и корпоративным договором и влекут серьезные риски ущемления прав третьих лиц¹, в связи с этим в обновленной редакции законопроекта данные положения были исключены².

В российской доктрине сейчас имеет место новый виток дискуссий относительно вступивших в силу новелл и дальнейших предлагаемых изменений. При этом ряд исследователей приходят к выводу о том, что в настоящий момент законодатель фактически установил для корпоративного договора статус «непубличного устава», особенно в случае, если данный договор заключен между всеми участниками общества³. В то же время другие авторы выражают опасения относительно возможных злоупотреблений в связи с этим ввиду опасности ущемления прав третьих лиц⁴, которые при приобретении долей могут оказаться в ситуации «полного неведения относительно того, какие реальные возможности управления корпорацией и участия в прибылях и убытках они фактически получают»⁵.

Обращаясь к судебной практике, которая начинает складываться в развитие указанных новелл, следует отметить, что она пока еще носит весьма немногочисленный и неустоявшийся характер. Несмотря на либеральность поправок, резкого роста числа дел и кардинального изменения судебной практики в сторону признания широкой свободы в формулировании условий корпоративного договора не произошло. Более того, суды по-прежнему придерживаются весьма консервативного подхода к пределам свободы договора в корпоративных договорах.

В частности, в одном из дел судом было признано недействительным положение корпоративного договора, устанавливающее иной

¹ См. п. 11,12 Экспертного заключения Совета по кодификации от 4 июля 2016 г. № 155-2/2016.

² См. проект федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации (в части приведения в соответствие с новой редакцией главы 4 Гражданского кодекса Российской Федерации)» (подготовлен Минэкономразвития России) (не внесен в ГД ФС РФ, текст по состоянию на 23.04.2018) (СПС «КонсультантПлюс»).

³ *Бородкин В.Г.* Гражданско-правовое регулирование корпоративного договора дис. ... канд. юрид. наук. С. 68.

⁴ *Оситенко К.О.* Договор об осуществлении прав участников хозяйственных обществ в российском и английском праве. М.: Инфотропик Медиа, 2016 (СПС «КонсультантПлюс»).

⁵ *Суханов Е.А.* Сравнительное корпоративное право. С. 229.

порядок расчета компенсации на случай выхода участника, нежели предусмотренный законом расчет действительной стоимости доли, со ссылкой на то, что «существо регулируемых корпоративным договором вопросов не позволяет обсуждать в нем условия и порядок выплаты действительной стоимости доли выбывающему участнику»¹. В то же время в другом деле суд занял противоположную позицию о допустимости согласования иного порядка определения действительной стоимости доли в корпоративном договоре, сославшись на то, что корпоративный договор был заключен между всеми участниками, а потому требуемое законом для таких случаев (абз. 2 п. 6.1 ст. 23 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью»; далее — Закон об ООО) единогласное волеизъявление участников было по существу достигнуто и стороны корпоративного договора не вправе ссылаться на его недействительность в связи с его противоречием уставу (п. 7 ст. 67.2 ГК РФ)². В последнем деле соглашение также предусматривало предоставление ряда дополнительных прав одному из участников, которые не были при этом закреплены в уставе, в частности право предлагать кандидатуру аудитора общества и обязанность других участников голосовать за ее одобрение, право на получение дополнительной компенсации (части выручки) и ряд других, что было признано судом допустимым и действительным³.

В другом деле суд по иску истца (одного из трех участников общества) также отдал приоритет корпоративному договору сторон, несмотря на доводы ответчиков (двух других участников общества), требовавших признания договора недействительным как противоречащего уставу, со ссылкой на то, что спорные положения о предоставлении дополнительных прав не были включены в устав. При этом основным мотивом суда в принятии такого решения стало именно то, что в соглашении участвовали все участники общества⁴. Более того, суд весьма широко посмотрел на существо вопроса и признал обязательными положения договора, которые предусматривали проведение реорга-

¹ Решение АС Омской области от 18.03.2016 по делу № А46-16331/2015 (оставлено в силе Постановлением АС Западно-Сибирского округа от 25.07.2016 № Ф04-2855/2016, Определением Верховного Суда РФ от 12 октября 2016 г. № 304-ЭС16-12657 отказано в передаче дела в Судебную коллегия по экономическим спорам Верховного Суда РФ).

² Решение АС Новосибирской области от 17.08.2015 по делу № А45-12229/2015 (оставлено в силе Постановлением Седьмого ААС от 22.10.2015 № 07АП-9663/2015).

³ Там же.

⁴ Решение АС Новосибирской области от 25.09.2013 по делу № А45-1845/2013 (оставлено в силе Постановлением ФАС Западно-Сибирского округа от 20.03.2014).

низации компании посредством ее присоединения к другому обществу, также и в отношении этого другого общества. Суд обязал другое общество подчиниться данному договору со ссылкой на то, что двумя его единственными участниками тоже были ответчики, в связи с чем суд признал, что при заключении корпоративного договора, предусматривающего одобрение такой реорганизации, ответчики связали свою волю не только как участники присоединяемого общества (и не могут в этом плане выступать против реорганизации, инициированной истцом), но и волю другого общества, к которому компания должна была присоединиться и участниками которого они также являлись¹.

С учетом изложенного наиболее взвешенной представляется позиция авторов, которые квалифицируют корпоративный договор как гражданско-правовую сделку, но признают за ним ряд особенностей, в частности в силу существования его в корпоративно-правовом поле допускают придание его положениям в ряде случаев «корпоративно-правового эффекта»². Неоспорим тот факт, что сам предмет корпоративного договора (соглашения о голосовании как его разновидности), который заключается в осуществлении корпоративных прав (в частности, права голоса), затрагивает нормы и обязательственного, и корпоративного права и неизбежно порождает вопрос об их соотношении³. Практическая ценность заключения корпоративного договора заключается в стремлении участников урегулировать отношения, складывающиеся в корпоративной сфере, ввиду чего такой договор «неизбежно порождает правовые последствия для корпорации»⁴. В противном случае признание за данными договорами исключительно обязательно-правовой природы и обязательно-правовых последствий нарушения, как правило, не дает должной защиты участникам такого соглашения, а потому лишает его практического смысла⁵.

Обращаясь к вопросу о приоритете положений устава или корпоративного договора в случае возможных коллизий, исходя из принципов

¹ Решение АС Новосибирской области от 25.09.2013 по делу № А45-1845/2013 (оставлено в силе Постановлением ФАС Западно-Сибирского округа от 20.03.2014).

² *Бородкин В.Г.* Гражданско-правовое регулирование корпоративного договора: дис. ... канд. юрид. наук. С. 73.

³ *Плеханов В.* Договоры участников общества с ограниченной ответственностью // Корпоративный юрист. 2009. № 6 (СПС «КонсультантПлюс»).

⁴ *Степанов Д.И., Фогель В.А., Шрамм Х.-Й.* Указ. соч. С. 24.

⁵ *Степанов Д.И.* Реформа законодательства об ООО: к принципу свободы договора в корпоративном праве. Ч. I // Корпоративный юрист. 2009. № 6. С. 18.

добросовестности и верности достигнутым договоренностям вряд ли стоит давать участникам, заключившим корпоративный договор, возможность оспаривать его положения и уклоняться от их исполнения впоследствии со ссылкой на их противоречие положениям устава общества. В целях предотвращения такого противоречивого поведения законодатель вполне обоснованно отдал приоритет корпоративному договору перед уставом во внутренних отношениях между участниками компании (данный приоритет корпоративного договора в литературе называют «внутренним корпоративно-правовым эффектом»)¹. Как было отмечено выше, именно на данных посылках основываются зарубежные правовые порядки.

Тем не менее к вопросу о предоставлении корпоративному договору «внешнего корпоративно-правового эффекта», т.е. распространения его действия на лиц, в нем не участвующих, в том числе на само общество и третьих лиц, необходимо подходить максимально осторожно. Недаром зарубежные правовые порядки в этом отношении выдвигают дополнительные критерии, направленные на защиту миноритарных участников и третьих лиц. В частности, для того чтобы корпоративный договор мог иметь значение для решений общества, необходимо участие в нем всех членов корпорации, поскольку в данном случае корпоративный договор будет отличаться от устава только по формальным основаниям (принятием решения без проведения общего собрания и отсутствием публичной регистрации), не имея качественных отличий по существу². Для противопоставления третьим лицам необходимо также раскрытие информации о корпоративном договоре в соответствующем объеме (одним из таких способов, но не единственно возможным является регистрация договора), и только в этом случае, когда третьи лица будут осведомлены о содержании соответствующих условий, положения корпоративного договора могут быть противопоставлены им, при условии, что они знали или должны были знать об их существовании и содержании. В этом отношении российский законодатель также движется в русле подходов, принятых в англосаксонских правовых порядках и в правовых порядках континентальной Европы, признавая необходимость раскрытия факта заключения договора обществу (абз. 3 п. 4 ст. 67.2 ГК РФ, абз. 2 ч. 3 ст. 8 Федерального

¹ *Бородкин В.Г.* Гражданско-правовое регулирование корпоративного договора дис. ... канд. юрид. наук. С. 73–74.

² *Кузнецов А.А.* Пределы автономии воли в корпоративном праве: краткий очерк. С. 118–119.

закона об ООО), а в некоторых случаях и регистрации его положений (абз. 2 п. 1 ст. 66 ГК РФ) и давая неосведомленным третьим лицам защиту от противопоставления им условий корпоративного договора (абз. 3 п. 6 ст. 67.2 ГК РФ). Во всех остальных случаях корпоративный договор будет иметь сугубо обязательственный эффект.

На наш взгляд, принятый в настоящий момент в Гражданском кодексе РФ подход российского законодателя не является отходом от основополагающих принципов гражданского права и позволяет найти баланс между необходимостью защиты оборота и третьих лиц, с одной стороны, и реализацией принципа добросовестности, верности предшествующему поведению и защиты разумных ожиданий сторон – с другой. Учитывая, что современная доктрина и практика в ряде случаев признают эффект противопоставимости третьим лицам даже обычных обязательно-правовых сделок¹, мы не видим оснований для того, чтобы не придать в том же объеме данный эффект корпоративному договору. Кроме того, следует отметить, что применительно к обществам с ограниченной ответственностью риски ущемления прав потенциальных приобретателей долей минимизируются также отсутствием публичного обращения таких долей², что в некоторой степени снимает остроту проблемы защиты прав третьих лиц³ и говорит в пользу возможности допущения большей свободы в регулировании корпоративных отношений в таких обществах, что признается как зарубежными, так и отечественными цивилистами⁴.

¹ В частности, в рамках доктрины запрета вмешательства в чужие договорные отношения, а также с учетом многочисленных отсылок к субъективной добросовестности третьего лица для целей защиты его прав, в том числе при оспаривании заключенных с ним сделок (например, ст. 173, 173.1, 174 ГК РФ).

² См.: *Easterbrook F.H., Fischel D.R.* Close Corporations and Agency // *Stanford Law Review*. Vol. 38:271. 1985. P. 273–274; *Elson A.* Op. cit. P. 451; Корпоративное право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В.А. Белова; 2-е изд., стер. М.: Изд-во «Юрайт», 2015. С. 116–138 (автор – С.А. Бабкин).

³ *Ода Х.* Акционерные соглашения: осторожный шаг вперед // *Вестник гражданского права*. 2010. № 1 (СПС «КонсультантПлюс»).

⁴ См.: *Oesterle D.A.* Subcurrents in LLC Statutes: Limiting the Discretion of State Courts to Restructure the Internal Affairs of Small Business // *University of Colorado Law Review*. Vol. 66. 1995. P. 881–884, 900–902; *Суханов Е.А.* Сравнительное корпоративное право. С. 215–216; *Плеханов В.* Договоры участников общества с ограниченной ответственностью // *Корпоративный юрист*. 2009. № 6; *Степанов Д.И.* Реформа законодательства об ООО: к принципу свободы договора в корпоративном праве. Ч. II // *Корпоративный юрист*. 2009. № 7. С. 11.

2. Круг субъектов соглашения о порядке голосования: легитимация права участия в соглашении третьих лиц и общества

При определении круга участников соглашения о порядке голосования больше вопросов вызывает возможность участия в таком соглашении третьих лиц и самого общества, а также его должностных лиц.

2.1. Допустимость участия в соглашении о голосовании третьих лиц

С точки зрения экономического подхода справедлива постановка вопроса о том, по какой причине правами на участие в управлении делами корпорации обладают только ее участники, в то время как круг лиц, инвестирующих свои ресурсы в ее деятельность, куда более широкий. Среди них оказываются не только собственно участники компании, но также и крупные кредиторы, предоставляющие финансирование для ее деятельности, и работники, инвестирующие трудовые ресурсы¹.

Классическая теория корпоративного права в ответе на данный вопрос опирается на принцип пропорциональности, т.е. соответствия объема прав управления и степени риска, который несет лицо от деятельности общества, выражающуюся через степень участия в уставном капитале компании. В связи с этим именно участники компании, которые потенциально могут получить наибольшую прибыль от ее деятельности, но которые также несут и наибольшие риски в случае ее банкротства, поскольку их требования будут последними в очередности (*residual creditors*), должны обладать наибольшими правами участия в управлении делами общества. В то же время требования других лиц, инвестирующих в деятельность компании, ограничены вложенными ими ресурсами и имеют приоритет в удовлетворении в случае банкротства перед требованиями участников². При таком подходе право голоса рассматривается как неотъемлемое право участника корпорации, которое не может быть предоставлено иным лицам³.

¹ *Easterbrook F.H., Fischel D.R. Voting in Corporate Law // The Journal of Law and Economics: Vol. 26. No. 2. Article 14. 1983. P. 396.*

² *Ibid. P. 403.*

³ *Raba E.A., Clark C.E. Shareholders' Rights // Baylor Law Review. Vol. V. 1953. P. 152–158.*

Однако данный подход встречает ряд небезосновательных возражений. В частности, с экономической точки зрения при сравнении позиции кредитора, предоставившего крупный кредит компании, и позиции участника, который может внести гораздо меньший по размеру денежный вклад в ее уставный капитал, в ситуации банкротства не исключен риск того, что кредитор потеряет в абсолютном выражении гораздо больше. В случае банкротства, т.е. при наличии максимальной угрозы потери инвестиций, контроль над компанией фактически передается кредиторам (в ликвидационных процедурах), а в случае если должник все же сохраняется «во владении» бизнесом (например, в реабилитационных процедурах в США), для целей обеспечения влияния кредиторов используются разного рода конструкции, позволяющие им осуществлять контроль над деятельностью должника¹. В этом отношении можно привести и другие примеры, в которых с увеличением риска потери инвестиций увеличиваются и права других инвесторов, в частности предоставление привилегированным акциям права голоса в случае невыплаты дивидендов в течение определенного срока.

Кроме того, можно привести возражения и против самого тезиса о необходимости соединения участия в капитале и участия в управлении. Сама структура хозяйственного общества иллюстрирует, что эти функции на практике разделяются между участниками компании (которые принимают участие в управлении лишь опосредованно через участие в голосовании на периодических общих собраниях) и органами управления компанией (которые осуществляют текущее управление обществом и контроль за его деятельностью)².

Тем не менее соглашения о голосовании с участием третьих лиц всегда вызывали настороженность в судебной практике и доктрине, результатом чего стало установление определенных ограничений и условий такого участия.

¹ См., в частности, дело *Mobile and Ohio Ry. Co. v. Nicholas*, 98 Ala. 92, 1892, в котором американский суд признал допустимым выдачу безотзывной доверенности на голосование третьему лицу (*trustee in voting trust*) на срок погашения задолженности перед кредиторами, которые предоставили компании отсрочку в погашении долгов, тем самым профинансировав возможность восстановления ее платежеспособности, в связи с чем суд признал у кредиторов наличие существенного интереса в определении голосования.

² См.: *The Irrevocable Proxy and Voting Control of Small Business Corporations* // *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 98. Editors' Notes. 1950. P. 411; Кузнецов А.А. Пределы автономии воли в корпоративном праве: краткий очерк. С. 71.

2.1.1. Англосаксонский подход

Анализируя англосаксонский подход, обратимся к примеру США. Первоначально в судебной практике американских судов складывался весьма ограничительный подход к оценке соглашений о голосовании с участием третьих лиц. На рубеже XIX–XX вв. суды в США признавали такие соглашения недействительными, мотивируя это тем, что право голоса является неотъемлемым атрибутом права собственности на долю¹, а голосование не может быть ограничено какими-либо указаниями третьих лиц либо договорными обязательствами участника корпорации². За участником признавалась обязанность голосовать в лучших интересах компании (*to the best interest of the corporation*). Снять с себя указанную обязанность участник был не вправе, поскольку она установлена не только в пользу других участников компании, которые участвуют в соглашении о голосовании, но и в отношении всех других участников, которые не являются сторонами корпоративного договора, а также в интересах корпорации в целом³.

Предоставление права определять голосование иному лицу считалось недопустимым, по крайней мере в том случае, когда у третьего лица отсутствовало какое-либо правомочие (интерес) в отношении самой доли⁴. В этом отношении судами также выдвигался аргумент в пользу защиты потенциальных приобретателей долей. В частности, в одном из дел суд пришел к выводу о том, что участники, которые приобрели доли, внесенные их предыдущими собственниками на 50 лет в голосующий траст (*voting trust*), а потому оказались фактически лишены права управления компанией, могут потребовать передачи им указанных долей из траста либо понуждения управляющего трастом голосовать по их указаниям⁵. Другие суды в целях защиты приобретателей долей признавали за ними право выхода из траста, поскольку при приобретении доли они вправе были полагаться на положения статута, согласно которым при приобретении доли участ-

¹ White v. Thomas I. T. Co., 52 N.J.Eq. 178, 28 A. 75, 79 (N.J.Ch., 1893); Morel v. Hoge. (1908) 130 Ga. 625, 61 S.E. 487; Bostwick v. Chapman (1890) 60 Conn. 553, 24. Atl. 32.

² Harvey v. Linville Improvement Co. Supreme Court of North Carolina; 118 N.C. 693 (N.C. 1896).

³ Haldeman v. Haldeman, 176 Ky. 635, 197 S. W. 376 (1917).

⁴ Warren v. Pim, 65 N.J.Eq. 36, 40 (1903).

⁵ Ibidem.

ник получает определенные права управления корпорацией, в том числе право голосования¹.

Тем не менее даже в начальный период становления практики позиция судов в этом отношении не была однозначной. Суды ряда штатов уже на рубеже XIX–XX вв. не придавали принципу единства права на долю и права голосования сакрального значения и отказывали в признании недействительными корпоративных договоров только по тому основанию, что в них проводилось разделение права на долю и права голосования². В этот же период на уровне статутов отдельных штатов начинает признаваться конструкция голосующего траста (*voting trust*) во многом с целью перелома судебной практики, признававшей недействительными подобные соглашения. В частности, в штате Нью-Йорк конструкция *voting trust* была закреплена на уровне статута в 1892 г., в штате Мэриленд в 1908 г.³ В других штатах с целью исправления судебной практики конструкция *voting trust* начала признаваться на уровне решений верховных судов штатов. В частности, верховные суды штатов Массачусетс (в 1900 г.)⁴, Нью-Джерси (в 1900 г.)⁵, Вирджинии (в 1910 г.)⁶ признали допустимость разделения и передачи права голосования (вместе с титулом на долю) в *voting trust* с сохранением за действительным участником только прав бенефициарного владельца. В настоящий момент возможность создания *voting trust* закреплена на уровне Модельного закона о корпорациях США (§ 7.30) и воспринята на уровне законодательства большинства штатов, в результате чего изначальное неприятие данной конструкции судами удалось преодолеть⁷.

Столь жесткий подход, изначально занятый судами, подвергся критике также и в американской доктрине, в которой доводы судов о необходимости личного участия каждого члена корпорации в ее управлении в условиях современной экономики признавались далеки-

¹ Luthy v. Ream, 270 Ill. 170, 110 N.E. 373 (1915).

² Brightman v. Bates (1900) 175 Mass. 105, 55 N.E. 809; Smith v. San Francisco, etc. Ry. (1897) 115 Cal. 584, 47 Pac. 582; Hall Merrill Trust Co., 106 Me. 465, 76 Atl. 926 (1910).

³ Wormser I.M. The Legality of Corporate Voting Trusts and Pooling Agreements // Columbia Law Review. Vol. 18. No. 2. 1918. P. 125.

⁴ Brightman v. Bates (1900) 175 Mass. 105, 55 N.E. 809.

⁵ Chapman v. Bates (1900), 61 N.J.Eq. 658, 666–667, 47 Atl.At. 638. (Ct. Err. & App. 1900).

⁶ Carnegie Trust Co. v. Security Life Ins. Co. (1910) 111 Va. 1, 20, 68 S.E. 412.

⁷ См. § 7.30 Модельного закона о корпорациях США.

ми от реалий ведения бизнеса¹. Критики обращали внимание на то, что разделение права на долю и права голосования при заключении соглашения о голосовании происходит во всех случаях, вопрос заключается лишь в степени такого разделения — в одном случае воля участника подчиняется воле другого лица — участника корпорации, в другом случае происходит подчинение воли участника третьему, внешнему по отношению к корпорации, лицу². Особенно эта грань размывается, когда в соглашении о порядке голосования предусматриваются определенные механизмы защиты, позволяющие осуществлять право голоса участника без учета его мнения, в том числе в случае разногласий, в частности, при предоставлении по доверенности права осуществлять голосование от его имени другим участникам соглашения³. Если подобные договорные условия признаются судами действительными, то логичным следующим шагом было бы допустить прямое участие третьего лица в соглашении о порядке голосования.

Окончательный перелом в американской судебной практике по данному вопросу состоялся в середине XX в. Превалирующая судебная практика стала рассматривать голосование участника как его право, а не как обязанность, при реализации которого он вправе руководствоваться исключительно личными интересами и выгодами⁴, учитывая, что у участника нет обязанности осуществлять голосование в принципе⁵. Суды признали, что участник наделен широкой свободой при голосовании и может осуществлять ее в том числе в угоду собственным интересам и собственной выгоде.

Учитывая изложенные соображения, суды стали признавать допустимым подчинение воли участника общества при осуществлении голосования указаниям третьего, внешнего по отношению

¹ *Wormser I.M.* The Legality of Corporate Voting Trusts and Pooling Agreements // *Columbia Law Review*. Vol. 18, No. 2. 1918. P. 133–134.

² The Validity of Stockholders' Voting Agreements in Illinois // *University of Chicago Law Review*. Vol. 3. Iss. 4. Article 6 Editors' Notes. 1936 (<http://chicagounbound.uchicago.edu/uclev/vol3/iss4/6>). P. .642.

³ *Thompson v. J.D. Thompson Carnation Co.*, 279 Ill. 54, 116 N.E. 648 (1917).

⁴ *Chicago Macaroni Mfg. Co. v. Baggiano*, 202 Ill. 312, 67 N. E. 17 (1903). Аналогичная позиция высказывается и английскими судьями, в частности, Лорд Робертсон в деле *Bradley v. Carritt* указал, что каждый вправе использовать свое положение как участника компании исключительно для получения личных выгод (см.: *Bradley v. Carritt* [1903] UKHL 1, [1903] AC 253).

⁵ *Ringling Bros.-Barnum & Bailey Combined Shows, Inc. v. Ringling*, 29 Del.Ch. 610, 622 (Del. Ch. 1947); *Tanzer v. Int'l. Gen. Ind., Inc.*, Supreme Court of Delaware, 379 A.2d 1121 (Del. 1977).

к компании, лица в самых разных формах, однако при этом всегда учитывалось наличие заслуживающего защиты интереса в таком подчинении. Очевидным случаем допустимости участия третьих лиц в соглашении о голосовании признается ситуация, когда третье лицо имеет интерес (право) в отношении долей в уставном капитале компании. В частности, допускается участие в соглашении супругов участников ввиду наличия у них доли в общей собственности либо наследников, если доля им переходит по завещанию¹. Но даже в том случае, когда происходит разрыв между правом на долю и правом осуществления голосования, судебная практика признает допустимость предоставления полномочий по голосованию третьему лицу, в частности, в целях сохранения семейственности в корпорации. Так, в одном из дел допустимым было признано соглашение, которое предусматривало, что после смерти участника его жена будет номинировать кандидатуру директора компании вне зависимости от того, кто унаследует долю в компании, а также будет получать дивиденды². Допустимым считается также участие в договоре лица, которое намеревается приобрести долю в компании³, и третьих лиц, предоставивших существенное финансирование на благо компании (*substantial financial commitment to the welfare of the corporation*), а потому заинтересованных напрямую в возврате кредита и косвенно в поддержании благосостояния компании⁴.

Кроме того, суды признают допустимыми такие условия договоров о голосовании, согласно которым участники при отсутствии согласия между ними относительно того, каким образом следует проголосовать, передавали спор на рассмотрение стороннего арбитра, пользующегося доверием обеих сторон (в частности, их общего адвоката), и были обязаны голосовать в соответствии с принятым им решением⁵. Строго говоря, подобного рода договоры нельзя отнести к соглашениям о голосовании с участием третьих лиц, поскольку в них третье лицо не является непосредственно стороной договора. Однако такие со-

¹ *Miliauskas P. Shareholders' agreement as a tool to mitigate corporate conflicts of interests // Int. J. Private Law. Vol. 6. No. 2, 2013. P. 115.*

² *Galler v. Galler, 203 N.E.2d 577. 32 Ill.2d 16. (1964).*

³ *Irwin v. Prestressed Structures, Inc. 420 S.W.2d 491 (Tex. Civ. App. 1967).*

⁴ См.: *The Irrevocable Proxy and Voting Control of Small Business Corporations // University of Pennsylvania Law Review. Vol. 98. Editors' Notes. 1950. P. 409, 412.*

⁵ *Ringling Bros.-Barnum & Bailey Combined Shows, Inc. v. Ringling, 29 Del.Ch. 610, 622 (Del. Ch. 1947); Lehrman v. Cohen, 43 Del.Ch. 222, 222 A.2d 800 (1966).*

глашения предполагают аналогичный правовой эффект, а именно определение голосования абсолютно посторонним по отношению к компании лицом.

При этом в ряде случаев американские суды предъявляют особые требования к субъектному составу договоров с участием третьих лиц, признавая, что он требует одобрения либо участия всех участников компании¹.

Таким образом, несмотря на первоначальное весьма критичное отношение к соглашениям о голосовании с участием третьих лиц, на данный момент в американской доктрине и судебной практике возобладали подход, признающий такие соглашения допустимыми с учетом ряда выработанных ограничений.

2.1.2. Континентальный подход

Обращаясь к анализу континентального подхода, остановимся на примере Германии. В немецкой доктрине существуют противоречивые воззрения относительно того, могут ли третьи лица быть участниками соглашения о порядке голосования. Ряд ученых придерживаются позиции о недопустимости участия третьих лиц в такого рода соглашениях со ссылкой на недопустимость подчинения общества воле третьих лиц и нарушение принципа автономии общества².

В качестве основного аргумента противники участия третьих лиц в соглашении о голосовании приводят тот же довод, который использовался американскими судами в начале XX в., а именно довод о недопустимости разделения права на долю и права голосования (*Abspaltungsverbot*). По их мнению, права участников не могут быть отделены от их членства, даже с согласия остальных участников³. Данный принцип в свое время был выведен Верховным судом Германии в 1951 г. применительно к корпорациям-объединениям лиц. Исходя из их правовой природы суд счел, что право на управление должно быть необходимым образом объединено с членством в объединении и не подлежит отдельному отчуждению⁴. Впоследствии данный принцип

¹ Wilbur v. Stoepel, 82 Mich. 344 (21 Am. St. Rep. 568).

² Flume W. Juristische Person § 7 Vi. S. 242 (cit. ex.: Weber C. Privatautonomie und Außeneinfluß im Gesellschaftsrecht // Tübingen: Mohr Siebeck, 2000. S. 104).

³ Weber C. Privatautonomie und Außeneinfluß im Gesellschaftsrecht // Tübingen: Mohr Siebeck, 2000. S. 62–63.

⁴ BGH 10.11.1951, BGHZ 3, 354, 357.

был распространен также и на объединения капиталов, к которым относятся общества с ограниченной ответственностью¹.

Аргументы, приводимые Верховным судом Германии в обоснование запрета разделения, достаточно очевидны: путем передачи права голоса третьему лицу возникает возможность через осуществление права голоса преследовать интересы, которые чужды интересам общества². Такое положение дел приводит к нарушению принципа лояльности интересам общества (*Treuepflicht*) при осуществлении права голоса³ и порядка формирования воли в обществе, поскольку право участия в волеобразовании общества по закону предоставлено только его участникам⁴. Кроме того, допущение третьих лиц к тому или иному участию в голосовании подрывает отношения личного доверия, которые имеют место в небольших компаниях, близких по своей природе к объединениям лиц⁵, а также противоречит принципу самодостаточности органов управления общества⁶.

Также противниками участия третьих лиц в соглашениях о голосовании выдвигаются аргументы в пользу необходимости защиты интересов других участников общества (если они не участвуют в соглашении), а также кредиторов и оборота в целом. В этом отношении высказывается довод, согласно которому разделение права на долю и единичного правомочия, вытекающего из этого права в виде правомочия управления, не допускается, за исключением случаев, прямо допускаемых законом, поскольку приводит к выхолащиванию данного права. При этом авторы ссылаются на § 137 ГГУ, согласно которому правомочие на распоряжение отчуждаемым правом не может быть отменено или ограничено сделкой⁷.

Равным образом разделение признается неприемлемым с точки зрения защиты прав кредиторов, поскольку в случае обращения ими взыскания на долю, которая лишена права на участие в управлении,

¹ BGH 25.2.1965, BGHZ 43, 261, 267.

² BGH 8.10.1953, BGH LM § 105 HGB Nr. 6 (Bl. 2).

³ Hüffer Section 133 no. 27 (cit. ex.: GmbHG § 47 Abstimmung Schindler Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, Ziemons/Jaeger, 30. Edition Stand.: 01.02.2017, Rn. 62+75.1 // BeckOnline (URL: <https://beck-online.beck.de/>)).

⁴ Weber C. Op. cit. S. 104f.

⁵ Wiedemann. Op. cit. S. 283f. (cit. ex.: Weber C. Op. cit. S. 65).

⁶ Soergl/Hadding, BGB, § 709, Rn. 36 (цит. по: Степанов Д.И., Фогель В.А., Шрамм Х.-Й. Указ. соч. С. 48).

⁷ Wiedemann. Op. cit. S. 283f. (cit. ex.: Weber C. Op. cit. S. 64).

такое взыскание экономически не достигнет своей цели¹. С точки зрения защиты оборота необходимы стабильность и ясность права. В этом отношении приверженцами запрета разделения прав на долю и прав голоса указывается, что только данный запрет позволяет обеспечить должную легитимацию участника и делает возможным однозначное соотнесение решений участника и общества² и использование права голоса как инструмента для достижения общей цели компании³.

Тем не менее, несмотря на наличие отдельных критических голосов, большинство современных германских цивилистов все же допускают участие третьих лиц в соглашении о голосовании^{4,5}. Более того, условие о предоставлении внешнему третьему лицу права голоса признается типичным для соглашений о голосовании в немецкой практике⁶ и получает исковую защиту в случае спора⁷.

При этом сторонники допустимости участия в соглашении о голосовании третьих лиц основываются на двух базовых аргументах. Во-первых, они признают за участниками свободу осуществлять право голосования, а любая свобода предполагает возможность ее самоограничения, что в случае с правом голосования означает допустимость установления обязательств согласовывать свое голосование как в рамках корпорации (с другими участниками), так и вне ее (с третьими лицами)⁸. Однако в последнем случае неизбежно встает вопрос о защите интересов остальных участников и самого общества с целью не допустить нежелательное вмешательство третьего лица в формирование воли в обществе. В ответ на указанный вопрос сто-

¹ *Wiedemann*. Op. cit. S. 283f. (cit. ex.: *Weber C*. Op. cit. S. 64).

² *Dürr M*. Nebenabreden im Gesellschaftsrecht // Peter Lang, 1994. S. 63.

³ *Schmidt K*. Gesellschaftsrecht, § 19 III 4 a. S. 560f.

⁴ Spindler in Spindler/Stilz Section 136 no. 37 (cit. ex.: GmbHG § 47 Abstimmung Schindler Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, Ziemons/Jaeger, 30. ed. Stand.: 01.02.2017, Rn. 62–75.1 // BeckOnlineпечурц (<https://beck-online.beck.de/>); *Weber C*. Op. cit. S. 100ff.; *König W*. Op. cit. S. 417.

⁵ См. также об этом, в частности: *Степанов Д.И., Фогель В.А., Шрамм Х.-Й.* Указ. соч. С. 45–48.

⁶ *Шрамм Х.-Й.* Правовой обзор соглашений акционеров // Университет г. Бремена, 2007 (URL: www.cac-civillaw.uni-bremen.de/).

⁷ BGH 29.5.1967 BGHZ 48, 163, 166ff.; BGH 7.2.1983 ZIP 1983, 432.

⁸ Аргументы сторонников допустимости разделения права на долю и права голосования, которые в равной степени могут быть приведены в пользу допустимости участия в соглашении о голосовании третьих лиц, были подробно рассмотрены в первом разделе настоящей работы.

ронники данной концепции выдвигают второй аргумент в защиту своей теории, а именно аргумент о необходимости разделения двух уровней договоренностей: уровня организационных договоров, обязательных для компании в целом (устав), и уровня договоров между отдельными участниками, в которых можно согласовывать порядок голосования. Влияние третьего лица, таким образом, оказывается не на само общество, а на отдельного участника в рамках его договорных отношений¹. При этом участник общества в любом случае вправе подать голос вопреки заключенному договору и отдать приоритет интересам общества, при этом голосование вопреки заключенному договору по общему правилу (если договор заключен не между всеми участниками) признается действительным².

Судебная практика в Германии, подобно американской судебной практике, прошла путь от полного отрицания возможности подчинения воли участника при голосовании воле третьего лица до постепенного признания допустимости такого рода соглашений. В начале XX в. Имперский суд признавал недействительными соглашения об установлении обязанности участника общества с ограниченной ответственностью голосовать по указаниям третьего лица — потенциального приобретателя долей и об установлении обязанности покупателя доли согласовывать свое голосование с ее продавцом³.

Однако уже с 30-х гг. XX в. начинает формироваться устойчивая практика по признанию допустимости таких соглашений, при условии, что они не нарушают императивные нормы закона и не противоречат «добрым нравам»⁴, и в настоящий момент практика знает немало решений в пользу допустимости участия третьих лиц в соглашениях о голосовании. В частности, в одном из дел Верховный суд признал допустимым соглашение, по которому участник обязался доли, которые он приобрел с помощью денежных средств своей жены, по ее желанию передать ей обратно. Данная обязанность была истолкована судом таким образом, что супруг был обязан проголосовать за решение о продаже этих долей, в случае если жена изъявит желание об их обратном

¹ *Weber C.* Op. cit. S. 102.

² OLG Nürnberg, 17.01.1996, 12 U 2801/95; OLG Stuttgart, 07.02.2001, 20 U 52/97. См. также: *Шрамм Х.-Й.* Правовой обзор соглашений акционеров // Университет г. Бремена, 2007 (URL: www.cac-civillaw.uni-bremen.de/).

³ См.: *Vavrovsky N.* Op. cit. S. 23–24 (цит. по: *Суханов Е.А.* Сравнительное корпоративное право. С. 222).

⁴ *Суханов Е.А.* Сравнительное корпоративное право. С. 222–223.

приобретении¹. В другом деле суд признал допустимым соглашение, по которому мажоритарные участники общества обязались проголосовать в пользу избрания сотрудника общества, который проработал в нем много лет, в наблюдательный совет после его ухода из компании².

В Германии также допускается участие в соглашении о голосовании финансовых инвесторов, которые, таким образом, хотят обезопасить вложенные ими инвестиции³. Практике также известны соглашения, устанавливающие обязанность всех участников общества по отношению к третьему лицу по требованию последнего принять его в число участников компании через принятие решения об увеличении уставного капитала и выдачу согласия на оплату доли таким третьим лицом⁴. В случае продажи долей в литературе также высказывается позиция в пользу допустимости установления обязательств осуществлять голосование по указанию предыдущего собственника доли по отдельным вопросам (в частности, по вопросам о его праве на получение дивидендов) либо по указанию приобретателя доли (в частности, проголосовать за определенные изменения в уставе перед тем, как произойдет окончательная передача долей)⁵, несмотря на то что ранее — в начале XX в. подобные соглашения признавались Верховным судом Германской империи недействительными.

Вместе с тем сторонники участия третьих лиц в соглашениях о голосовании не отрицают, что пределы такого участия не могут быть безграничными. Как правило, участие третьего лица допускается в целях обеспечения исполнения сопутствующего соглашения (например, соглашения о залоге или узуфрукте)⁶ или наличия у третьего лица иного существенного интереса в определении голосования. При этом участие третьего лица может быть признано недействительным в том случае, когда третьему лицу предоставляется ничем не ограниченное право определять волю участника корпорации⁷.

¹ BGH 29.5.1967, BGHZ 48, 163.

² OLG Naumburg 5.3.1912 OLG 27, 349.

³ *Weitnauer*. Der Beteiligungsvertrag, NZG 2001, 1065 (цит. по: *Степанов Д.И., Фогель В.А., Шрамм Х.-Й.* Указ. соч. С. 47).

⁴ *Weber C.* Op. cit. S. 17–18.

⁵ *Ibidem*.

⁶ GmbHG § 47 Abstimmung Schindler Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, Ziemons/Jaeger 30. Edition Stand: 01.02.2017, Rn. 62–75.1 // BeckOnline (URL: <https://beck-online.beck.de/>).

⁷ Trölitzsch in: Ziemons/Jäger, Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, Gesellschaftervereinbarungen, Rz. 4.1, Stand. 01.6.2012 // BeckOnline (URL: <https://beck-online.beck.de/>).

Таким образом, при сравнении изложенных подходов англосаксонской и континентальной моделей видно, что в той или иной степени участие третьих лиц в соглашении о голосовании допущено в обоих подходах, при этом в целях защиты других участников общества (не участвующих в соглашении), а также интересов самого общества и его кредиторов выработаны определенные принципы такого участия, в частности критерий наличия у третьего лица заслуживающего защиты интереса.

2.1.3. Подход российского правопорядка

Теперь обратимся к анализу российского подхода. В современной российской доктрине выдвигаются диаметрально противоположные позиции относительно допустимости участия третьих лиц в соглашении о голосовании – одни цивилисты полностью отрицают такую возможность, другие признают ее, но с определенными ограничениями.

Первый (узкий) подход, не допускающий участие третьих лиц в соглашении о голосовании, имеет в числе своих сторонников авторитетных специалистов в области российского корпоративного права¹. Противники участия третьих лиц в корпоративном договоре обращают внимание на то, что подобное участие является «грубым нарушением основного принципа акционерного права – соответствия или прямой зависимости влияния на управление обществом от объема участия в его капитале» и может привести к выводу корпоративного контроля за пределы корпорации, что «способно лишить смысла членство в ней для других ее участников» и вызвать размывание понятия корпоративных отношений и их полное подчинение нормам договорного права². В доктрине также высказываются опасения относительно создания такими соглашениями «теневого корпоративного контроля»³.

¹ См.: *Суханов Е.А.* Сравнительное корпоративное право. С. 219–220, 230; *Ломакин Д.В.* Договоры об осуществлении прав участников хозяйственных обществ как новелла корпоративного законодательства // *Вестник ВАС РФ.* 2009. № 8; *Корпоративное право: учебник / Е.Г. Афанасьева, В.Ю. Бакшинская, Е.П. Губин и др.; отв. ред. И.С. Шиткина.* 2-е изд., перераб. и доп. М.: КНОРУС, 2015 (автор главы – И.С. Шиткина) (СПС «КонсультантПлюс»); *Суворов Е.Д.* Договоры об осуществлении корпоративных прав // *Вестник ВАС РФ.* 2011. № 10.

² См.: *Суханов Е.А.* Сравнительное корпоративное право. С. 219–220, 230; *Он же.* Очерк сравнительного корпоративного права // *Проблемы развития частного права: сб. ст. к юбилею В.С. Ема.* М., 2011 (СПС «КонсультантПлюс»).

³ *Федоров С.И.* Правовое регулирование корпоративных договоров и модернизация гражданского права России // *Вестник гражданского права.* 2013. № 1. С. 52–96.

Против возможности допущения участия третьих лиц в корпоративном договоре высказывался и Совет по кодификации при подготовке замечаний на предлагаемые Министерством экономического развития изменения законодательства в данной области. При этом Советом приводились аргументы о нарушении принципа пропорциональности, права участника полагаться на независимое суждение других участников, а также принципа голосования в интересах корпорации¹.

В то же время в отечественной доктрине есть и сторонники допустимости участия третьих лиц в соглашениях о голосовании. При этом ими всегда делается оговорка о необходимости наличия у третьего лица интереса в таком участии. В частности, в качестве примеров допустимого участия третьих лиц в литературе, как правило, приводится пример участия в соглашении кредиторов общества, которые стремятся обеспечить собственные интересы по возврату кредита и которым в связи с этим могут быть предоставлены права блокировать принятие решений о реорганизации, ликвидации компании либо о совершении ею сделок, ставящих под угрозу возврат кредита². Еще одним типичным примером, приводимым в литературе, является участие в соглашении прежних³ и будущих участников компании⁴.

В целях предотвращения возможных злоупотреблений сторонники допущения участия третьих лиц в соглашениях о голосовании предлагают установить определенные гарантии защиты прав иных лиц, но не запрещать участие третьих лиц *a priori* со ссылкой лишь на потенциальную возможность злоупотреблений. В частности, в плане таких защитных мер в литературе предлагается установить обязанность по раскрытию подобного рода соглашений в отношении общества и депонирование их текстов в обществе либо взыскивать убытки

¹ См. п. 7 Экспертного заключения Совета по кодификации от 4 июля 2016 г. № 155-2/2016.

² См.: Степанов Д.И., Фогель В.А., Штрам Х.-Й. Указ. соч. С. 46; Бородкин В.Г. Гражданско-правовое регулирование корпоративного договора. С. 189. См. также выступление В.В. Витрянского на конференции «Участие судебной власти в развитии гражданского права» (URL: <http://www.youtube.com/watch?v=GC58DII9v70&feature=youtu.be> (дата обращения: 12.02.2017)).

³ Плеханов В. Договоры участников общества с ограниченной ответственностью // Корпоративный юрист. 2009. № 6.

⁴ См.: Степанов Д.И. Договор об осуществлении прав участников ООО // Вестник ВАС РФ. 2010. № 12. С. 80; Куделин А. Акционерное соглашение по российскому праву // Корпоративный юрист. 2009. № 10. С. 23–29 (СПС «КонсультантПлюс»).

с участника, который своим голосованием нарушил фидуциарные обязанности по отношению к обществу¹.

Обращаясь к анализу законодательного регулирования, отметим произошедшую реформу в данной области, одним из наиболее дискуссионных вопросов которой был вопрос именно о допустимости участия третьих лиц в корпоративном договоре². Итогом обсуждений стала компромиссная норма п. 9 ст. 67.2 ГК РФ, предусматривающая, что кредиторы общества и иные третьи лица могут заключить особый договор с участниками хозяйственного общества, по которому последнее в целях обеспечения охраняемого законом интереса таких третьих лиц обязуется осуществлять свои корпоративные права определенным образом или воздерживаться (отказаться) от их осуществления, в том числе голосовать определенным образом на общем собрании участников общества, согласованно осуществлять иные действия по управлению обществом. Такой договор не признается корпоративным договором, однако к нему соответственно применяются правила о корпоративном договоре.

При этом в данной формулировке нередко усматривается некое концептуальное отличие корпоративного договора от «иного соглашения» с третьим лицом³. Однако, на наш взгляд, подобная формулировка закона стала результатом не вполне удачного компромисса и явилась ценой включения данной нормы ГК РФ в принципе. Основное положительное значение данной статьи заключается не в сугубо теоретическом разграничении «корпоративного договора» и «иного договора с участием третьих лиц», которые корпоративными правами, очевидно, не обладают в силу отсутствия у них членства в корпорации, а в признании принципиальной допустимости участия третьих лиц в соглашениях о голосовании с одновременным установлением ограничительного критерия в отношении такого участия — оно допускается «в целях обеспечения охраняемого законом интереса третьего лица». Вопрос о роли данного ограничителя целиком зависит от судебной практики, которая может истолковать его как расширительно, так и ограничительно.

¹ Горбунов Е. Ю. О договорах «продажи голосов» третьим лицам // Вестник ВАС РФ. 2012. № 9. С. 76–84 (СПС «КонсультантПлюс»).

² Подробнее анализ позиций см.: Федоров С. И. Правовое регулирование корпоративных договоров и модернизация гражданского права России // Вестник гражданского права. 2013. № 1.

³ См. п. 8 Экспертного заключения Совета по кодификации от 4 июля 2016 г. № 155-2/2016.

В настоящий момент та незначительная судебная практика, которая начинает формироваться вокруг данной статьи, толкует изложенную норму п. 9 ст. 67.2 ГК РФ крайне ограничительно. В частности, в одном из дел суд со ссылкой на данное положение признал недопустимость регулирования в соглашении с третьим лицом имущественных вопросов, сведя участие третьего лица только к интересу в «реализации участниками общества их корпоративных прав в *организационном* (курсив мой. — *Е.И.*) контексте», что, по мнению суда, не «предполагает урегулирование имущественных последствий утраты лицом статуса участника корпорации», в том числе решения вопроса об условиях и размере выплаты ему действительной стоимости доли, поскольку данный вопрос может регулироваться только уставом¹. Такой подход соответствует буквальному толкованию нормы, предусматривающей возможность участников только обязаться к голосованию определенным образом, что действительно не предполагает осуществление имущественных предоставлений в пользу третьего лица. Тем не менее, на наш взгляд, в рассмотренном деле интерес третьего лица заслуживал защиты, и формулировка статьи этому не препятствовала. Суд, полагая, что изменение порядка исчисления действительной стоимости доли возможно только в уставе, мог путем толкования соглашения признать за его участниками обязанность проголосовать в пользу такого изменения либо в случае отсутствия такого голосования — обязать возместить убытки истцу в виде разницы между той стоимостью доли, которую истец мог получить с учетом расчета, предусмотренного соглашением, и фактически полученной им суммой. Однако суд не пошел по этому пути. В такой ситуации единственным выходом представляется закрепление в самом соглашении определенных механизмов защиты (в частности, выдачи безотзывной доверенности), о допустимости которых речь пойдет далее.

Подводя итог, отметим, что, безусловно, подчинение воли участников корпорации третьим лицам нуждается в серьезных ограничителях. Однако в этом отношении важно найти баланс между интересами третьего лица и интересами защиты прав других лиц и общества. В части

¹ Постановление Восьмого ААС от 12.05.2016 № 08АП-3836/2016 по делу № А46-16331/2015 (оставлено в силе Постановлением АС Западно-Сибирского округа от 25.07.2016 № Ф04-2855/2016, данное Постановление оставлено без изменения; Определением Верховного Суда РФ от 12 октября 2016 г. № 304-ЭС16-12657 отказано в передаче дела № А46-16331/2015 в Судебную коллегия по экономическим спорам Верховного Суда РФ для пересмотра в порядке кассационного производства данного Постановления).

опасений, касающихся возможного нарушения участником общества его фидуциарных обязанностей по отношению к обществу в связи с осуществлением голосования по указанию третьего лица, на наш взгляд, следует обратить внимание на изложенную выше идею германской доктрины относительно необходимости разграничения обязательственного уровня отношений (с третьим лицом) и корпоративных отношений (с обществом). В том случае, если реализация указаний третьего лица повлечет для участника нарушение его фидуциарных обязанностей перед обществом, чтобы избежать привлечения к ответственности за их нарушение, участник должен проголосовать вопреки указаниям третьего лица, поскольку интересы корпорации должны иметь приоритет перед его личными обязательствами. В случае если ввиду нарушения им договора с третьим лицом последнее обратиться с иском о привлечении участника к договорной ответственности, участник может сослаться на необходимость отказа в защите права с учетом противоречия указаний третьего лица принципу добросовестности (ст. 1 и 10 ГК РФ) по аналогии с тем, как они признаются противоречащими «добрым нравам» в зарубежной доктрине в таком случае. Кроме того, в целях исключения чрезмерного расширения влияния третьих лиц на внутренние отношения в обществе следует согласиться с позицией тех авторов, которые признают недопустимым заключение договоров, посредством которых участники (акционеры) понуждаются голосовать «за» по таким значимым вопросам деятельности корпорации, как вопросы реорганизации, заключения крупной сделки либо изменения цели деятельности общества¹.

Нельзя не заметить, что допущение участия третьих лиц к голосованию в обществе не является новеллой ст. 67.2 ГК РФ. Российской практике, а с 1 июля 2014 г. и законодательству (п. 2 ст. 358.15 ГК РФ) известны, в частности, положения, допускающие осуществление права голосования залогодержателями при залоге долей в обществах с ограниченной ответственностью. Таким образом, российским законодательством уже ранее было начато движение в пользу признания допустимости участия третьих лиц в голосовании, и новеллы ст. 67.2 Кодекса являются лишь очередным шагом на этом пути. При этом законодателем во многом восприняты выработанные зарубежными правовыми порядками ограничители такого участия, а именно наличие у третьего лица обоснованного интереса в участии в голосовании.

¹ Кузнецов А.А. Пределы автономии воли в корпоративном праве: краткий очерк. С. 150.

2.2. Участие общества и его должностных лиц

При рассмотрении вопроса о допустимости участия общества в соглашении о голосовании необходимо разделять, во-первых, вопрос об участии общества в соглашении как владельца собственных долей и как компании в целом¹, а также участие общества в качестве управомоченного и обязанного по такому соглашению лица.

Вопрос об участии общества в соглашении о голосовании как владельца собственных долей мы исключаем из нашего дальнейшего рассмотрения ввиду того, что в соответствии с законом доли, приобретенные обществом, не учитываются при определении результатов голосования на общем собрании участников общества, а также при распределении прибыли общества и имущества общества в случае его ликвидации (п. 1 ст. 24 Закона об ООО)².

Мы также не будем подробно останавливаться на рассмотрении вопроса о допустимости участия общества в соглашении в качестве исключительно управомоченного лица. На наш взгляд, представляется очевидным, что такая возможность должна быть допущена на основании общих норм о допустимости заключения договоров в пользу третьего лица (ст. 430 ГК РФ), к тому же участие общества в таком качестве в корпоративном договоре признается российской судебной практикой (в частности, применительно к обязанности участников производить периодическое финансирование общества)³. В связи с этим далее мы сосредоточимся на рассмотрении вопроса о допустимости участия общества в соглашении о голосовании в качестве обязанного лица, выступающего в качестве компании в целом.

В рамках **англо-американской правовой системы** компании предоставлено право выступать в качестве стороны соглашения о голосо-

¹ *Miliauskas P.* Shareholders' agreement as a tool to mitigate corporate conflicts of interests // *Int. J. Private Law*. Vol. 6, No. 2. 2013. P. 115.

² В связи с этим ряд авторов рассматривают вопрос о допустимости участия общества в корпоративном договоре в отношении перешедших к нему долей только в части осуществления им полномочий по их распоряжению, однако данный вопрос выходит за рамки настоящего исследования (см. подробнее: *Корнев И., Арутюнян В.* Акционерное соглашение: заключение, содержание и исполнение // *Корпоративный юрист*. 2010. № 1. С. 32–37 (СПС «КонсультантПлюс»)).

³ См., в частности, судебные акты по делу № А45-12229/2015, которым корпоративный договор, предусматривавший передачу обществу наличных денежных средств, был признан договором в пользу третьего лица (общества) (см. решение АС Новосибирской области от 17.08.2015 по делу № А45-12229/2015 (оставлено в силе Постановлением Седьмого ААС от 22.10.2015 № 07АП-9663/2015 по делу № А45-12229/2015)).

вании наряду с членами корпорации¹. В Англии такая возможность допускается на уровне судебной практики, а в США — на уровне законодательства отдельных штатов².

Компания, как правило, включается в круг участников корпоративного договора с целью породить у нее обязанность следовать соглашению³ и обеспечить его исполнение всеми участниками (в том числе исполнение в натуре)⁴, а также с целью косвенно породить для органов управления компании обязанность следовать условиям соглашения при принятии решений⁵. В тех случаях, когда компания не является участником соглашения, оно не может быть распространено на новых ее участников (для их вступления в договор требуется их согласие на присоединение — *deed of adherence*), подобное соглашение также не может содержать правила относительно функционирования самой компании, поскольку она в этом случае является по отношению к соглашению третьим лицом⁶. В связи с этим практикующие юристы англосаксонских правовых порядков рекомендуют включать компанию в число сторон соглашения, особенно в тех случаях, когда оно затрагивает права и обязанности корпорации в целом⁷.

Тем не менее в отношении участия компании в соглашении в англосаксонской системе выработаны определенные ограничения. В первую очередь для вступления компании в договор необходимо получить согласие компании в лице ее органов управления для защиты ее прав⁸.

¹ Федоров С.И. Правовое регулирование корпоративных договоров и модернизация гражданского права России // Вестник гражданского права. 2013. № 1.

² В частности, § 202 Закона о корпорациях штата Делавэр (Delaware General Corporation Law) (<http://delcode.delaware.gov/index.shtml>); § 186 Закона о корпорациях штата Калифорния (California Corporations Code) (<http://law.onecle.com/california/corporations>); § 371 Закона о корпорациях штата Юта (Utah Revised Business Corporation Act) (<http://le.utah.gov>); § 6.252 Кодекса о коммерческих организациях штата Техас (Texas Business Organizations Code) (<http://codes.findlaw.com/tx/business-organizations-code/>).

³ Hay R.J., Smith L.A. The Unanimous Shareholder Agreement: A New Device For Shareholder Control // Canadian Business Law Journal. Vol. 10. 1985. P. 446.

⁴ Roos C.M. Comparative Notes. P. 185–186.

⁵ Muth G., FitzGerald S. Op. cit. P. 5.

⁶ Davies P.L. Gower and Davies: The Principles of Modern Company Law. 8th ed. Sweet & Maxwell, 2008. P. 76.

⁷ O'Neal F.H. Protecting Shareholders' Control Agreements Against Attack. P. 202.

⁸ Hewitt I. Op. cit. P. 12–126.

Кроме того, судебной практикой выработаны ограничения в отношении объема и характера обязанностей, которые может принять на себя компания по такому договору, и возможных способов защиты. Первоначально судебная практика признавала компанию обязанной по договору стороной согласно общим принципам договорного права без каких-либо ограничений и даже допускала понуждение компании к исполнению договора в натуре. В частности, в одном из дел две компании договорились, что пока одна из них имеет часть долей в другой, каждая вправе назначать в другой по два члена совета директоров — соответствующие положения были включены и в устав, и в договор, сторонами которого были сами компании. Впоследствии, когда одна из компаний попыталась изменить устав и убрать из него соответствующие положения, суд вынес запрет (*injunction*) в отношении подобных изменений и обязал компанию следовать условиям соглашения¹.

Однако впоследствии в судебной практике наблюдается отход от столь либеральной позиции и утверждается принцип, согласно которому законные правомочия компании (*statutory rights*), в частности правомочия по принятию решений о смене директора, увеличении уставного капитала, внесении изменений в устав, не могут быть ограничены договорными обязательствами компании² в том смысле, что суд при наличии таких ограничений не может присудить компании к принудительному исполнению таких обязательств в натуре посредством вынесения судебного запрета (*injunction*) и может только обязать компанию возместить убытки за нарушение договора³.

В известном деле *Russell v. Northern Bank Development Corporation Ltd.*⁴ Палата лордов пришла к выводу о том, что компания не может по договору принять на себя обязательства в рамках корпоративного договора, которые противоречили бы положениям устава или закона (в рассмотренном деле было заключено соглашение между компанией и миноритарными участниками, по которому компания обязалась не производить увеличение уставного капитала). Суд признал такое

¹ British Murac Syndicate Ltd. V. Alperston Rubber Company Ltd. [1915] 2. Ch. 186.

² Walker v. London Tramways [1879] 12 Ch.D. 705; Allen v. Gold Reefs of West Africa Ltd. [1900] 1 Ch. 656, 671; Southern Foundries (1926) Ltd. V. Shirlaw [1940] A.C. 701, 739. См. также: *Thomas R.K., Ryan C.* Op. cit. P. 64.

³ Punt v. Symons & Co. Ltd. [1903] 2 Ch. 506; Southern Foundries (1926) Ltd. V. Shirlaw [1940] A.C. 701, 740-1; Cumbrian Newspapers Group Ltd. V. Cumberland & Westmorland Herald Newspaper & Printing Co. Ltd. ([1987] 1 Ch. 1, 24.); Shindler v. Northern Raincoat Co. Ltd. [1960] 1 WLR 1038.

⁴ Russell v. Northern Bank Development Corporation Ltd. [1992] 1 W.L.R. 588, 593.

соглашение подлежащим исполнению в натуре только между участниками компании, но не в отношении самой компании, а потому выдача судом судебного запрета на увеличение уставного капитала в отношении компании в таком случае невозможна и можно только обязать компанию к возмещению убытков.

Знаковым в данном деле является также проведенное Палатой лордов разграничение между обязательством компании не осуществлять предусмотренные законом и уставом права (которое является недействительным) и договорным обязательством участников голосовать таким образом, чтобы препятствовать компании реализовать это право, посредством неодобрения соответствующего решения (что является действительным договорным обязательством, которое связывает, однако, только самих участников). Указанное разделение было поддержано судебной практикой в дальнейшем в других делах¹. Однако проведение подобного разделения вызывает опасения в доктрине относительно того, что поскольку судебная практика допускает вынесение судебного запрета, пусть и не в отношении компании, а в отношении ее участников, с целью препятствовать им действовать вопреки соглашению, то в случае если в соглашении участвуют все участники или по крайней мере необходимое блокирующее принятие решения большинство, вынесение такого запрета лишит компанию возможности принять соответствующее решение и она все равно окажется заложником соглашения о голосовании².

Подводя итог анализа англосаксонского подхода, отметим, что, несмотря на наличие радикальных либеральных взглядов, ратующих за предоставление полной свободы участия компании в корпоративном договоре, включая возможность для компании принимать на себя обязательства без каких-либо ограничений³, преобладающим и устоявшимся в судебной практике является подход, который такие ограничения накладывает. В рамках данного подхода компания может быть стороной соглашения о голосовании, но с тем условием, что договор, устанавливающий ограничения в отношении прав компании, предусмотренных законом, не будет подлежать принудительному исполнению в натуре против компании, а будет только порождать обязанность возместить убытки.

¹ *Bushell v. Faith* [1970] A.C. 1099.

² *Griffin S.* Op. cit. P. 74.

³ *Ferran E.* The Decision of the House of Lords in *Russell v. Northern Bank Development Corporation Limited* // *Cambridge Law Journal*. Vol. 53. No. 2. 1994. P. 362.

В Германии участие общества в соглашении не запрещается¹ и встречается на практике, однако нечасто и с определенными ограничениями². В частности, признается недопустимым заключать соглашения о голосовании между компанией и одним из ее участников³. Кроме того, на общество могут быть возложены обязанности по такому соглашению, только если директор даст свое согласие на это, при этом директор вправе давать такое согласие, только если соглашение заключается в интересах общества⁴.

Обращаясь к анализу подхода **российского правового порядка**, следует сказать, что действующее российское законодательство напрямую не регулирует данный вопрос, что дает почву для доктринальных разногласий. Сторонники буквального, ограничительного, толкования закона рассматривают определение в законе круга участников корпоративного договора, в число которых включены только участники компании, в качестве императивного положения, не допускающего расширительного толкования⁵. Поскольку возможность участия общества в корпоративном договоре законом не предусмотрена, сторонники данного подхода возражают против включения общества в число участников соглашения о голосовании, выражая опасения относительно создания, таким образом, «теневого корпоративного контроля»⁶ и «подмены устава корпоративным договором, что противоречит российскому законодательству»⁷. По их мнению, взаимоотношения между обществом и его участниками подлежат урегулированию исключительно в уставе компании⁸.

¹ RG 19.6.1923, II 53/23, RGZ 107, 67, 70.

² Ода Х. Акционерные соглашения: осторожный шаг вперед // Вестник гражданского права. 2010. № 1 (СПС «КонсультантПлюс»). На практике такие договоры встречаются, в частности, во вновь созданных компаниях с участием финансирующей организации, в соглашениях внутри которых предусматриваются в том числе обязательства общества, менеджмента компании и ее участников по дальнейшему взаимодействию и управлению обществом (см.: *Стенанов Д.И., Фогель В.А., Шрамм Х.-Й.* Указ. соч. С. 48).

³ *Schneider D.* Op. cit. P. 238.

⁴ GmbHG § 3 Inhalt des Gesellschaftsvertrags Schäfer/Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Auflage 2016, Rn. 32–34; BGH 15.3.2010 // BeckOnline (URL: <https://beck-online.beck.de/>).

⁵ *Ломакин Д.В.* Договоры об осуществлении прав участников хозяйственных обществ как новелла корпоративного законодательства // Вестник ВАС РФ. 2009. № 8.

⁶ *Федоров С.И.* Правовое регулирование корпоративных договоров и модернизация гражданского права России // Вестник гражданского права. 2013. № 1.

⁷ *Куделин А.* Акционерное соглашение по российскому праву // Корпоративный юрист. 2009. № 10. С. 23–29 (СПС «КонсультантПлюс»).

⁸ *Суворов Е.Д.* Договоры об осуществлении корпоративных прав // Вестник ВАС РФ. 2011. № 10.

Другие авторы оставляют окончательное решение вопроса об участии общества в соглашении о голосовании за судебной практикой, принципиально допуская такую возможность, но оставляя открытым вопрос о возможных ограничениях такого участия¹. В качестве аргументов в поддержку данной позиции приводятся доводы об отсутствии прямого законодательного запрета² и исчерпывающего регулирования круга сторон договора в законе³.

В качестве целей включения общества в число сторон соглашения приводятся аргументы, сходные с позицией зарубежной доктрины, а именно включение общества в число сторон соглашения обосновывается намерением гарантировать его исполнимость⁴, в частности сделать общество обязанной стороной, «призванной подчиняться воле участников, формируемой с учетом положений соглашения»⁵, в том числе через обязанность органов управления обществом исполнять принятые участниками общества решения⁶ и предоставление возможности признавать решения общества, противоречащие условиям договора, недействительными⁷.

Вместе с тем сторонниками допущения участия общества в соглашении о голосовании выдвигаются определенные ограничения в отношении такого участия. В частности, ряд авторов допускают возможность участия компании только в соглашении, в котором участвуют все участники общества, поскольку в этом случае внутри компании «в принципе отсутствует лицо, которое могло бы, ссылаясь на нарушение его прав и законных интересов, ставить вопрос о недействительности такого соглашения в части участия общества»⁸. В то же время

¹ См.: *Gomtsyan S.* The enforcement of shareholder agreements under English and Russian law // *Journal of Comparative Law.* 7(1). 2013. P. 129; *Степанов Д.И.* Договор об осуществлении прав участников ООО // *Вестник ВАС РФ.* 2010. № 12. С. 77–78.

² *Архипченко Е.* Договор об осуществлении прав участников ООО // *Хозяйство и право.* 2010. № 3. С. 74.

³ *Каплухый М.* Акционерные соглашения в России // *Корпоративный юрист.* 2010. № 3. С. 18.

⁴ См.: *Бородкин В.Г.* Гражданско-правовое регулирование корпоративного договора: дис. ... канд. юрид. наук. С. 189; *Gomtsyan S.* Op. cit. P. 128.

⁵ *Степанов Д.И.* Договор об осуществлении прав участников ООО // *Вестник ВАС РФ.* 2010. № 12. С. 78.

⁶ *Степанов Д.И., Фогель В.А., Шрамм Х.-Й.* Указ. соч. С. 45.

⁷ *Сморodin Я.О.* Указ. соч.

⁸ *Степанов Д.И.* Договор об осуществлении прав участников ООО // *Вестник ВАС РФ.* 2010. № 12. С. 78.

применительно к соглашениям, заключенным между несколькими участниками компании, по мнению их авторов, по общему правилу участие общества допускаться не должно, за исключением случаев, когда другие участники общества были уведомлены и в разумный срок не выразили несогласия против заключения такого соглашения¹, либо тех случаев, когда общество приобретает по такому соглашению только права, но не обязанности². Аналогичная позиция была отражена в первоначальной редакции предлагаемых Минэкономразвития России изменений в корпоративное законодательство, которые допускали участие непубличного общества в корпоративном договоре, заключенном между всеми участниками³, однако в ходе корректировки законопроекта в ответ на возражения Совета по кодификации данное положение было удалено из законопроекта⁴.

В качестве другого возможного ограничителя участия общества в ходе обсуждения проекта изменений в Гражданский кодекс в Государственной Думе предлагалось допустить участие общества в соглашении в том случае, если это предусмотрено уставом⁵. Другие авторы предлагают в целях минимизации риска возможных злоупотреблений ввести критерий допустимых обязательств, которые могут быть возложены на общество по такому договору, в частности, в качестве такого критерия предлагается учитывать «направленность обязательства на достижение интересов всех участников общества и самого общества, но не отдельного участника или группы участников»⁶. На наш взгляд, все изложенные критерии имеют весьма неопределенный характер и по

¹ Степанов Д.И. Договор об осуществлении прав участников ООО // Вестник ВАС РФ. 2010. № 12. С. 78.

² Степанов Д.И., Фогель В.А., Шрамм Х.-Й. Указ. соч. С. 45.

³ См. п. 2 ст. 8.2 Закона об ООО, п. 2 ст. 32.2 Закона об АО в редакции проекта федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации (в части приведения в соответствие с новой редакцией главы 4 Гражданского кодекса Российской Федерации)» (подготовлен Минэкономразвития России, не внесен в ГД ФС РФ, текст по состоянию на 4 июля 2016 г.) (СПС «КонсультантПлюс»).

⁴ Проект федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации (в части приведения в соответствие с новой редакцией главы 4 Гражданского кодекса Российской Федерации)» (подготовлен Минэкономразвития России) (не внесен в ГД ФС РФ, в редакции по состоянию на 23 апреля 2018 г.) (СПС «КонсультантПлюс»).

⁵ Цит. по: Федоров С.И. Правовое регулирование корпоративных договоров и модернизация гражданского права России // Вестник гражданского права. 2013. № 1.

⁶ Бородкин В.Г. Гражданско-правовое регулирование корпоративного договора: дис. ... канд. юрид. наук. С. 189–190.

существо сводятся к тому или иному дублированию норм о запрете злоупотребления правом (ст. 10 ГК РФ) и принципе добросовестности (п. 3, 4 ст. 1 ГК РФ), а потому их дополнительное закрепление в нормах о корпоративном договоре вряд ли привнесет что-либо новое в практической плоскости.

С целью минимизации риска признания соглашения недействительным отдельные российские практикующие юристы предлагают включать общество в такое соглашение не в качестве стороны, а в качестве лица, уведомленного о факте заключения и о содержании соглашения¹. Учитывая положения, предусматривающие обязанность участников при заключении корпоративного договора уведомить о факте его заключения общество (абз. 3 п. 4 ст. 67.2 ГК РФ, абз. 2 ч. 3 ст. 8 Закона об ООО), изложенное предложение будет иметь смысл для целей уведомления общества также и о содержании договора. Однако данная конструкция «лица, уведомленного о заключении договора» направлена по существу на достижение того же правового эффекта, как если бы общество выступало стороной договора. Таким образом, если суды будут признавать недопустимым участие общества в качестве стороны, то равным образом они признают недопустимым и участие его в качестве «уведомленного лица» либо откажут в применении тех последствий такого уведомления, в применении которых заинтересован автор изложенного предложения.

Тем не менее среди сторонников включения общества в число сторон соглашения нам не удалось обнаружить авторов, которые бы предлагали установить в отношении таких договоров ограничения, подобные выработанным в зарубежных правовых порядках, а именно недопустимость общества отказываться от осуществления предусмотренных законом прав и недопустимость понуждения его к исполнению таких ограничений в натуре. Напротив, ряд авторов указывают, что если общество становится участником соглашения и принимает на себя обязанности по нему, то принудительное исполнение такого соглашения может осуществляться в том числе в отношении самого общества², не проводя при этом разграничений относительно того, что следует понимать под принудительным исполнением (только лишь возмещение убытков либо также исполнение в натуре).

¹ Степанов Д.И. Договор об осуществлении прав участников ООО // Вестник ВАС РФ. 2010. № 12. С. 79.

² Иванов А., Лебедева Н. Соглашения акционеров: шаг вперед или топтание на месте? // Корпоративный юрист. 2008. № 9. С. 52 (СПС «КонсультантПлюс»).

Подводя итог, отметим, что *de lege lata* в настоящий момент в силу буквального текста ст. 67.2 ГК РФ и ч. 3 ст. 8 Закона об ООО, а также с учетом телеологического и исторического толкования (помятуя о тех спорах, которые велись вокруг их принятия) следует признать, что общество вряд ли может быть включено в число участников соглашения о голосовании¹. Нам не удалось обнаружить судебной практики, которая бы признавала подобные соглашения недействительными в период после проведенной в 2014 г. реформы Гражданского кодекса в части регулирования данного вопроса. Однако мы полагаем, что с высокой долей вероятности в случае возникновения спора суд признает участие общества в таком соглашении недопустимым либо не приводящим к тем правовым последствиям, на которые включение общества в круг участников соглашения было направлено.

Тем не менее *de lege ferenda* мы не видим принципиальных возражений против допущения такого участия, однако не видим в этом и особого практического смысла, который не достигался бы иными путями. Учитывая, что в качестве цели включения общества в число сторон договора постулируется создание дополнительных гарантий его исполнения, как правило, под такими гарантиями авторы понимают возможность противопоставления условий договора самому обществу и признания его решений недействительными в случае их противоречия договору. Однако как с точки зрения действующего российского законодательства, так и с точки зрения зарубежных подходов это возможно только при условии участия всех участников общества в договоре. В этом случае участие или неучастие общества в договоре уже не влияет на ситуацию. А заключение договора между обществом и отдельными его участниками, на наш взгляд, в принципе допускаться не должно, поскольку с учетом изложенной позиции зарубежных правовых порядков такой договор в любом случае требует одобрения других участников, не являющихся сторонами договора. Таким образом, участие общества допускается в любом случае только в соглашении между всеми участниками, при этом участие общества в этом случае никаких дополнительных гарантий исполнения такого договора по российскому праву не дает.

Другой возможной целью признания общества стороной договора могла бы стать возможность противопоставления договора третьим лицам, в том числе новым участникам. Однако в этом отношении

¹ Степанов Д.И., Фогель В.А., Шрамм Х.-Й. Указ. соч. С. 45.

следует отметить, что здесь ключевую роль должна играть осведомленность таких третьих лиц об условиях договора и сам по себе факт участия общества в договоре без отдельного дополнительного раскрытия информации о нем для всех третьих лиц не может создавать презумпцию наличия такой осведомленности. А потому даже в случае, если договор заключен между всеми участниками общества для целей защиты прав третьих лиц, условием его противопоставимости третьим лицам является раскрытие информации о нем¹, в противном случае он будет иметь эффект только для его сторон, но не для третьих лиц. Таким образом, и в этом случае участие или неучастие общества принципиально не меняет ситуации.

Таким образом, участие общества будет служить скорее дополнительным убеждающим аргументом в пользу действительности договора в случае спора. Для этих утилитарных целей участие общества можно допустить, но при условии соблюдения всех изложенных выше ограничений (участия всех членов корпорации, раскрытия информации о договоре третьим лицам).

В заключение обратимся к рассмотрению вопроса о допустимости участия в соглашении о голосовании органов общества. Здесь также необходимо различать несколько ситуаций. Участие органов в соглашении в качестве лиц, уполномоченных давать указания относительно голосования участникам в силу прямого указания закона (п. 2 ст. 67.2 ГК РФ), не допускается. Аналогичные правила имеют место и в зарубежных правовых системах, в частности, в Германии для данных случаев суды к обществам с ограниченной ответственностью по аналогии применяют положения § 136 (2) Закона об акционерных обществах, запрещающие обязывать участников к голосованию по указанию органов или за предложенные органами решения по повестке дня.

Касательно участия органов в соглашении в качестве обязанных лиц необходимо отметить, что в качестве цели такого участия в литературе указывается намерение породить для органов обязательства следовать соглашению, в том числе при принятии решений². Однако подобные условия наталкиваются на возражения, состоящие в том, что в силу закона органы управления корпорации должны действовать в ее интересах добросовестно и разумно, а их компетенция установлена законом и в этом отношении они не могут подчиняться условиям соглашения о голосовании, поскольку должны действовать независимо от воли

¹ *Ferran E.* Op. cit. P. 351f., 361f.

² *Muth G., FitzGerald S.* Op. cit. P. 5.

отдельных участников компании, что признается как в зарубежной¹, так и в российской доктрине².

В связи с этим в зарубежной доктрине указывается, что соглашение о голосовании не может напрямую создавать обязанности для директоров компании, даже в том случае, если они являются стороной такого соглашения. По такому соглашению можно только обязать участников голосовать определенным образом с целью дать соответствующие указания директорам совершить или воздержаться от совершения определенных действий, учитывая, что, в частности, в Германии участники обществ с ограниченной ответственностью вправе давать обязательные инструкции директорам³. В англосаксонских правовых порядках позиция относительно того, насколько соглашение между участниками может ограничивать свободу директоров в принятии решений, встречает разные оценки, которые подробнее будут рассмотрены далее при анализе оснований для признания недействительными соглашений. В связи с этим в том случае, если член органа управления либо директор общества является одновременно его участником, то его участие в соглашении о голосовании следует допустить лишь в тех пределах и в том качестве, в котором он действует как участник, но не как член органа управления.

3. Пределы свободы договора при формулировании условий соглашения о порядке голосования

Корпоративный договор в сфере корпоративного права является воплощением возможностей саморегулирования сторонами своих взаимоотношений, «одним из основных каналов реализации автономии воли» в корпоративном праве⁴. При этом законодательство большинства юрисдикций содержит крайне лапидарное регулирование корпоративных договоров либо такое регулирование на законодательном уровне и вовсе отсутствует⁵, а возможность заклю-

¹ *Scholz/Schmidt*, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 10. neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2010. S. 41 (cit. ex.: GmbHG § 47 AbstimmungSchindlerBeck'scher Online-Kommentar GmbHG // BeckOnline (URL: <https://beck-online.beck.de/>)).

² См., например: *Суворов Е.Д.* Договоры об осуществлении корпоративных прав // Вестник ВАС РФ. 2011. № 10.

³ *Gesell H.* Op. cit.

⁴ *Кузнецов А.А.* Пределы автономии воли в корпоративном праве: краткий очерк. С. 115.

⁵ *Суханов Е.А.* Сравнительное корпоративное право. С. 216.

чения корпоративного договора выводится из принципа свободы договора¹.

При формулировании конкретных условий соглашения о голосовании, безусловно, необходимо учитывать общие критерии императивности и диспозитивности норм права такие как защита слабой стороны, третьих лиц, публичного порядка, добрых нравов и существа законодательного регулирования². Вместе с тем применительно к соглашениям о голосовании в зарубежной и российской практике уже сформирована позиция о допустимости наиболее типичных условий таких соглашений, которые мы рассмотрим далее.

3.1. Англосаксонский подход

Рассматривая англосаксонский подход к допустимости отдельных условий соглашений о голосовании с учетом анализа судебной практики английских и американских судов, можно выделить следующие факторы, которые учитываются ими при оценке действительности таких условий³.

Цель и предмет соглашения. Как было указано выше, первоначально в американской судебной практике соглашения о голосовании признавались недействительными *per se* как устанавливающие недопустимые ограничения свободы голосования. Однако впоследствии подход судов смягчился и суды начали оценивать соглашения с точки зрения цели их заключения. В частности, допустимыми признавались соглашения, участникам которых удавалось доказать нацеленность соглашения на пользу корпорации в целом, отсутствие ущерба правам кредиторов

¹ Бородкин В.Г. Гражданско-правовое регулирование корпоративного договора: дис. ... канд. юрид. наук. С. 20.

² Постановление Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах». Применительно к корпоративному праву анализ данной темы проводится, в частности, в работах следующих зарубежных и российских авторов: The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach / R. Kraakman, J. Armour, P. Davies, L. Enriques, H. Hansmann, G. Hertig, K. Hopt, H. Kanda, and E. Rock, Second Edition, Oxford University Press, 2009; *Bebchuk L.A.* The Debate on Contractual Freedom in Corporate Law // Columbia Law Review. Vol. 89. 1989. P. 1395–1415; *Bebchuk L.A.* Freedom of Contract and the Corporation: An Essay on the Mandatory Role of Corporate Law / Discussion Paper. (URL: http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Bebchuk_46.pdf); *Суханов Е.А.* Сравнительное корпоративное право. М.: Статут, 2014; *Кузнецов А.А.* Пределы автономии воли в корпоративном праве: краткий очерк. С. 57.

³ *O'Neal and Thompson's*. Op. cit. Sections 5:39–5:44.

и других участников компании от его заключения¹, непротиворечие соглашения публичной политике². По мнению американских судей, при оценке действительности соглашения о голосовании суд должен преследовать цель обеспечить максимально полную реализацию воли сторон, как она выражена в договоре, при условии, что договор не нарушает обязательных положений устава, закона, не имеет незаконного предмета, не связан с мошенничеством либо ущемлением прав других участников компании³. При этом в доктрине обращается внимание на то, что стандарты, применимые к оценке действительности соглашений и пределам допустимой свободы договора в них, зависят от разных факторов, таких как субъектный состав договора (заключено ли соглашение между всеми или несколькими участниками), тип компании, участники которой заключают соглашение (публичная или частная), объем раскрытия информации о соглашении⁴.

Равным образом в английском праве отправной точкой является тезис о принципиальной допустимости заключения соглашений о голосовании. Тем не менее признается, что соглашения о голосовании не могут быть направлены на ущемление интересов миноритарных участников или третьих лиц (в частности, на голосование за внесение таких изменений в устав, которые будут ущемлять права миноритариев — например, предусматривать обязательный выкуп долей миноритариев с целью их вытеснения)⁵. В таких случаях соглашение будет признано недействительным.

Ограничение статутных полномочий компании. Еще одним типичным основанием недействительности соглашения о голосовании является противоречие его положений императивным нормам статутов, которые регулируют основные вопросы деятельности компании и формируют существо ее корпоративной структуры.

Как мы указывали ранее, по данному основанию признается недопустимым ограничение статутных полномочий компании, поскольку такое ограничение может затронуть третьих лиц, в том числе потенциальных участников. В частности, при внесении в соглашение положений, ограничивающих полномочия компании по внесению изменений в устав или увеличению уставного капитала либо устанавливающих

¹ Hoggett v. Brown, 971 S.W.2d 472 (Tex. App. 1997).

² E.K. Buck Retail Stores v. Harkert, 157 Neb. 867, 62 N.W.2d 288 (1954).

³ Blount v. Taft. 246 S.E. 2d 763 (1978).

⁴ Gomtsian S. Op. cit. P. 31.

⁵ Brown v. British Abrasive Wheel Co. (1919) 1 Ch. 290.

ограничения полномочий совета директоров, изменяющих кворум на его заседаниях, такие условия будут признаваться действительными только между участниками, но не могут связывать саму компанию. В случае их нарушения можно взыскать убытки с участников либо наложить судебный запрет на осуществление ими голосования вопреки соглашению, но нельзя вынести сходный запрет против самой компании¹.

Тем не менее в отдельных случаях допускается установление условий реализации компанией своих статутных полномочий. В частности, в одном из дел английский суд признал действительным и исполнимым соглашение, согласно которому компания могла обратиться в суд только с одобрения обоих членов совета директоров (которые были номинированы каждый одним из двух участников компании). Компания, получив согласие только директора, назначенного мажоритарием, обратилась в суд, однако суд по требованию другого участника приостановил рассмотрение дела и потребовал от компании получить одобрение также другого директора². В другом деле суд признал действительным соглашение, которое предусматривало, что во все новые направления бизнеса компания будет вступать только с согласия одного (определенного) участника, и вынес соответствующий запрет (*injunction*), когда компания открыла новое направление бизнеса без его согласия³.

В этом отношении также необходимо учитывать имеющееся в Англии и США разделение между партнерствами (*partnership*) и компаниями (*company*), в последних, в отличие от первых, существует четкое обособление управленческих функций от участников компании и руководство компанией осуществляет совет директоров (*board of directors*)⁴. В то же время полномочия участников по управлению ограничиваются решением наиболее важных, концептуальных вопросов, связанных с принятием долгосрочных инвестиционных решений, через голосование на общих собраниях, повестка дня которых фактически также формируется директорами⁵. В связи с этим в судебной

¹ The Enforceability and Effectiveness of Typical Shareholders Agreement Provisions / by the Corporation Law Committee of the Association of the Bar of the City of New York, *The Business Lawyer*. Vol. 65. 2010. P. 1161–1163.

² *Breckland Group Holdings Ltd. v. London and Suffolk Properties* [1989] BCLC 100. P. 405.

³ *Zion v. Kurtz*, 50 N.Y.2d 92, 405 N.E.2d 681, 428 N.Y.S.2d 199 (1980).

⁴ См.: *Kessler R.A. Drafting a Shareholders' Agreement for a New York Close Corporation* // *Fordham Law Review*. Vol. 35. 1967. P. 633; *Grantham R. Op. cit.* P. 564.

⁵ *Hewitt I. Op. cit.* P. 192.

практике возник вопрос о том, до каких пределов участники компании посредством заключения соглашения между собой могут, во-первых, вмешиваться в порядок формирования состава совета директоров и, во-вторых, предрешать вопросы его деятельности, т.е. вмешиваться в его компетенцию.

В отношении возможности участников связывать себя обязательствами голосовать относительно состава совета директоров судебная практика в США прошла эволюцию от полного отрицания такой возможности на рубеже XIX–XX вв. как противоречащей публичной политике (*public policy*)¹ до ее постепенного признания в последующий период времени.

Изначально суды признавали недействительными соглашения о голосовании, в которых, в частности, устанавливалась обязанность голосовать в пользу сохранения определенного состава менеджмента компании в течение определенного времени, поскольку возможность смещения менеджмента компании является единственным средством правовой защиты интересов участников в случае их несогласия с проводимой директорами политикой². В конце XIX в. даже на уровне практики Верховного суда США признавались недопустимыми как противоречащие публичному порядку соглашения, обязывающие мажоритарного участника голосовать за сохранение другого участника на посту директора компании, поскольку, таким образом, мажоритарий по существу снимал с себя фидуциарные обязанности перед другими членами корпорации всегда руководствоваться при голосовании лучшими интересами компании, а не положениями частных договоров и страхом перед угрозой ответственности за их нарушение³.

Однако изложенный ограничительный подход, который изначально был занят судами, встречал критику даже среди судей, часть которых полагали, что при анализе действительности соглашения необходимо исходить не из абстрактных рисков, а из реальности, в которой решения о назначении директоров все равно принимают мажоритарии, а потому их заранее заключенное соглашение о таком назначении никаким образом не может ущемлять интересы миноритариев⁴, а иногда

¹ McQuade v. Stoneham, 189 N.E. 234 (N.Y. 1934).

² Benedict v. Columbus Construction Co., 49 N.J.Eq. 23, 23 Atl. 485 (1891); Manson v. Curtis, 223 N.Y. 313, 319, 119 N.E. 559, 561 (1918).

³ West v. Camden, 135 U.S. 507 (1890).

⁴ См. особое мнение судьи Lehman в деле McQuade v. Stoneham, 189 N.E. 234 (N.Y. 1934).

даже направлено на защиту их интересов (в частности, путем предоставления миноритарному участнику гарантии занятия определенной должности, что может служить важным стимулом при приобретении им доли)¹.

Впоследствии с середины XX в. в судебной практике намечается постепенная либерализация подхода и суды начинают последовательно признавать действительными соглашения, по которым участники компании резервируют за собой право занимать руководящие должности в компании, учитывая, что они, таким образом, хотят сохранить за собой контроль над ее деятельностью, не имея намерений действовать против ее интересов либо в угоду исключительно личных выгод². В настоящий момент на практике признаются действительными соглашения, которые обязывают участников голосовать за избрание в качестве директора одного из них под условием и до тех пор, пока он будет действовать добросовестно, эффективно и компетентно³. Кроме того, важно учитывать требования разумности и при формулировании других условий подобного рода соглашений, в частности устанавливать участнику, номинированному на должность в компании, разумную заработную плату⁴ и ограничивать срок его пребывания в должности⁵.

Пределы предметного ограничения компетенции органов управления. Еще одним спорным вопросом является возможность предметного регулирования в соглашении о голосовании вопросов деятельности и принятия решений советом директоров и вторжения тем самым в его компетенцию со стороны участников. Изначально судебная практика признавала подобные соглашения недействительными, поскольку в этом случае по существу происходило смешение структуры компании со структурой партнерства⁶ и нарушение законодательных норм, определяющих компетенцию менеджмента компаний⁷. При этом суды основывались на том, что в компании, в отличие от партнерства, при-

¹ *Easterbrook F.H., Fischel D.R.* Close Corporations and Agency Costs. P. 281. См. также: *Cheung R.* Shareholders' Agreements: Shareholders' Contractual Freedom in Company Law // *Journal of Business Law.* Issue 6. 2012. P. 520.

² *Storer v. Ripley*, 1 Misc.2d 238 (1953); *Thomas v. York Trustees Ltd.* [2001] All E.R. 179 Ch. D.

³ *Clark v. Dodge*, 269 N.Y. 410, 199 N.E. 641 (1936). *Martocci v. Martocci*, 2 Misc.2d 330 (N.Y. Misc. 1943).

⁴ *Hanes v. Watkins*, 63 So.2d 625, 625-26 (Fla. 1953).

⁵ *Sunday v. Balari*, 542 So.2d 485 (Fla. Dist. Ct. App. 1989).

⁶ *Jackson v. Hooper*, 76 N.J.Eq. 592 (N.J. 1910).

⁷ *Odman v. Oleson*, 319 Mass. 24, 26, 64 N.E.2d 439, 440 (1946).

вилегия ограниченной ответственности дается в обмен на соблюдение участниками строгой структуры управления компанией, предписанной статутами. При таком подходе полномочия директора берут свое начало из закона, а не из соглашения участников¹ и не могут быть таким соглашением ограничены². Директора обязаны действовать в интересах всех участников компании, а не только некоторых из них, с кем они связаны соглашением³. В свою очередь участники компании не могут предписывать совету директоров тот или иной порядок действий, они могут лишь блокировать принятие предлагаемых директорами решений⁴.

Тем не менее данная идея об абсолютной недопустимости вмешательства участников в дела менеджмента компании подверглась критике в литературе в первую очередь применительно к частным корпорациям, поскольку их участники, как правило, активно вовлечены в управление делами общества⁵, а идея о полной независимости совета директоров базируется на далеком от реальности предположении о том, что на практике они не следуют интересам участников, их избравших⁶. Кроме того, одной из функций корпоративного договора, как правило, признавалось именно распределение ролей участников в управлении корпорацией и закрепление стратегии ведения бизнеса, принятой между ними⁷. Впоследствии идея полной независимости менеджмента компании начинает стабильно дезавуироваться через законодательные изменения, предоставляющие закрытым корпорациям большую свободу в регулировании внутренних вопросов управления и тем самым приближающие их к статусу партнерств⁸. Вслед за за-

¹ *Manson v. Curtis*, 223 N.Y. 313, 119 N.E. 559 (1918).

² *O'Neal F.H.* Protecting Shareholders' Control Agreements Against Attack. P. 188–189.

³ *Singers-Biggers v. Young*, 166 Fed. 82 (C.C. A. 8th, 1908). См. также: *Molano Leon R.* Shareholders' Agreements in Close Corporations and Their Enforcement // LLM Theses and Essays. Paper 89, 2006. P. 25 (URL: http://digitalcommons.law.uga.edu/stu_llm/89).

⁴ *Kang M.S.* Shareholder Voting as Veto // *Indiana Law Journal*. Vol. 88:1299. 2013. P. 1307.

⁵ См.: *Chemla G., Ljungqvist A. and Habib M.A.* Op. cit. P. 94; *Schneider D.* The American Close Corporation and Its German Equivalent // *The Business Lawyer*, Vol. 14. No. 1. 1958. P. 228; *Molano Leon R.* Op. cit. P. 6–8.

⁶ *Israels C.L.* The Sacred Cow of Corporate Existence-Problems of Deadlock and Dissolution // *The University of Chicago Law Review*. Vol. 19. 1952. P. 778.

⁷ *Gelb H.* Close Corporation Control and the Voting Agreement // *Land and Water Law Review*. Vol. XVI. Number 1. 1981. P. 230.

⁸ *O'Neal F.H.* Protecting Shareholders' Control Agreements Against Attack. Op. cit. P. 186–187.

конодателем и судебная практика постепенно начинает признавать действительными вторгающиеся в компетенцию совета директоров соглашения, если они заключены между всеми участниками¹. Однако даже при участии всех членов компании недействительными признавались соглашения, по которым участники совместно избирали директоров, которые обязаны были голосовать так, как им скажут участники, поскольку это предполагает по существу присвоение функций совета директоров участниками компании и полную «стерилизацию» его полномочий (*sterilization of the board*)². В случае если в договоре участвуют не все члены компании, он может быть признан недействительным по причине узурпации посредством его заключения властных полномочий в компании³ либо ввиду нарушения интересов миноритариев⁴, в отсутствие таких нарушений соглашение признается действительным⁵.

В настоящий момент на уровне законодательства отдельных штатов прямо указывается, что соглашение о голосовании не может быть признано недействительным только по тому основанию, что оно вторгается в компетенцию совета директоров и тем самым делает компанию схожей с партнерством⁶. На уровне законодательства допустимыми признаются, в частности, условия об ограничении полномочий совета директоров, о передаче вопросов управления обществом одному или нескольким участникам, о назначении конкретных участников в качестве директоров компании⁷.

Однако предоставление столь широкой свободы при формулировании условий договора сопряжено с рядом установленных законодательством ограничений. А именно законы штатов устанавливают требования, согласно которым такие договоры должны быть заключены

¹ Clark v. Dodge, Court of Appeals of the State of New York. 269 N.Y. 410 (N.Y. 1936).

² Jackson v. Hooper, 76 N.J.Eq. 592 (1910).

³ Grogan v. Grogan, 315 S.W.2d 34, 39 (1958); Funkhouser v. Capps, 174 S.W. 897, 899 (1915).

⁴ Martocci v. Martocci, 2 Misc.2d 330 (N.Y. Misc. 1943).

⁵ Wabash Ry. v. American Refrigerator Transit Co., 7 F.2d 335 (CCA 8th, 1925); Bausch & Lomb Optical Co. v. Wahlgren, 1 F. Supp. 799 (N.D. Ill. 1932).

⁶ См. § 300 Кодекса о корпорациях штата Калифорния (California Corporations Code) (здесь и далее текст закона приводится по: URL: <http://codes.findlaw.com/ca/corporations-code>).

⁷ См., в частности, § 21.101 Кодекса о коммерческих организациях Техаса (текст закона здесь и далее приводится по: URL: <http://codes.findlaw.com/tx/business-organizations-code>).

между всеми участниками и о их заключении должна быть уведомлена компания (§ 21.101 (7) Кодекса о коммерческих организациях штата Техас) либо сведения об их заключении должны быть включены в свидетельство об инкорпорации и на заключение таких договоров должны дать согласие все участники компании, которые не являются стороной данного договора (§ 620 Закона о коммерческих организациях штата Нью-Йорк)¹.

Для защиты прав потенциальных приобретателей долей в компании сведения о таком договоре должны содержаться на каждом свидетельстве о размещении акций (долей)². Однако отсутствие такого уведомления не делает соглашение недействительным, в этом случае новые приобретатели долей будут вправе отказаться от их приобретения³.

Для защиты прав кредиторов в законодательстве содержится правило о том, что положения корпоративного договора, которые отступают от законодательства и ограничивают полномочия менеджмента компании, действуют исключительно между участниками, но не являются обязательными для третьих лиц, в том числе для кредиторов корпорации, полагавшихся на стандартные положения закона о полномочиях должностных лиц и правила о представительстве, в том числе о представительстве из обстановки⁴.

В заключение применительно к вопросу об ограничении компетенции директоров соглашением участников необходимо отметить, что при совпадении статуса участника и директора в одном лице, что весьма часто имеет место в закрытых корпорациях, судебная практика проводит четкое разграничение между возможностями лица связать себя обязательствами как директора и как участника. Соглашения между участниками о том, как они будут голосовать в отношении избрания директоров и какую политику продвигать в компании, по общему правилу признаются допустимыми⁵, в то же время аналогичные соглашения между директорами являются недействительными, даже

¹ См., § 620 Закона о коммерческих организациях штата Нью-Йорк (New York Business Corporation Law) (здесь и далее текст закона приводится по: URL: <http://codes.findlaw.com/ny/business-corporation-law>).

² См. § 620 (g) Закона о коммерческих организациях штата Нью-Йорк (New York Business Corporation Law); § 21.103 Кодекса о коммерческих организациях штата Техас.

³ См. § 21.103 (d), § 21.105 Кодекса о коммерческих организациях штата Техас.

⁴ Официальный комментарий к § 7.32 Модельного закона о корпорациях США.

⁵ *Thompson v. Thompson Carnation Co.*, 279 Ill. 54, 116 N.E. 648 (1917); *Harris v. Magill*, 131 Misc. 380, 226 N.Y. Supp. 621 (1928).

если директора одновременно являются участниками¹. В одном из дел участники обязались, действуя «в качестве участников и директоров», голосовать за определенных лиц с целью сохранить их на должностях директоров компании и не привлекать финансирование свыше определенной суммы. Суд признал договор недействительным частично — в той части, в которой он заранее ограничивал компетенцию и действия директоров (т.е. в части ограничения полномочий директоров по снятию друг друга с должностей в течение 10 лет и указания, что директора не могут принимать обязательства от имени компании более определенной суммы), договор был признан недействительным, но в части обязательств сторон как участников компании голосовать за определенные кандидатуры директоров договор был признан действительным².

Кратко обращаясь к опыту Англии, отметим, что английское право придерживается сходного с американским подхода и признает недопустимым ограничение полномочий менеджмента и вмешательство участников в вопросы управления компанией советом директоров³. Так, в одном из дел суд пришел к выводу, что участники, которые одновременно являлись директорами, не могут посредством заключения соглашения ограничивать свои уставные полномочия как директоров, в том числе свои обязанности действовать в интересах компании и высказывать независимое мнение относительно управления ею, и не могут обязаться продвигать интересы только одного из ее участников⁴. Данная идея базируется на том, что директор не может соглашением ограничивать свои предусмотренные законом обязанности (в частности, обязанность лояльности или степень своей дискреции и независимости решений)⁵. Английские суды выработали стандарт, согласно которому директор может обязаться действовать определенным образом в будущем, однако только при условии, что это будет отвечать интересам компании в целом⁶.

¹ Long Park, Inc. v. Trenton-New Brunswick Theatres Co., 297 N.Y. 174, 77 N.E.2d 633 (1948); Manson v. Curtis, 223 N.Y. 313, 319, 119 N.E. 559, 561 (1918).

² Burnett v. Word, Inc., 412 S.W.2d 792 (Tex. Civ. App., 1967).

³ Hovard Smith Ltd. v. Ampol Petroleum Ltd. [1974] A.C. 821, 837; John Shaw & Sons Ltd. v. Shaw [1935] 2 K.B. 113, 134; N. R.M.A. v. Parker (1986) N.S.W.L.R. 517.

⁴ См. ст. 170, 171 Закона о компаниях Англии 2006 г.; Kregor v. Hollins [1913] 109 L.T. 225, 228.

⁵ Kregor v. Hollins [1913] 109 L.T. 225, 228.

⁶ Fulham Football Club Ltd. V. Cabra Estates plc. [1992] B.C.C. 863, 876.

Противоречие закону или учредительным документам. В судебной практике¹ и доктрине² Англии и США нередко приводится в качестве общего критерия оценки действительности соглашения о голосовании его непротиворечие положениям закона или устава. При таком подходе, если толковать его широко, фактически любой договор, предусматривающий то или иное отступление от установленного законом порядка управления компанией, можно признать недействительным³. Однако на практике суды используют данный критерий весьма ограниченно и признают, что либо положения статута являются диспозитивными и допускают отступления от них⁴, либо стороны сознательно отказались от предусмотренных законом гарантий и суд признает такой отказ законным, поскольку он не нарушает права и интересы других участников компании и третьих лиц⁵.

В этом отношении очевидно, что участники не могут отступать своим соглашением от ряда императивных положений закона. В частности, невозможно соглашением освободить директоров от фидуциарных обязанностей либо установить их обязанность действовать в интересах определенных участников, а не всех⁶. Также признаются недопустимыми условия соглашений, которые входят в противоречие с правовой природой и сущностью корпорации, в частности недопустимо в корпоративном договоре отказаться от проведения ежегодных общих собраний с целью проверки и одобрения финансовой документации (отказ от исключительной компетенции общего собрания)⁷. В случае если соглашение приводит к ситуации дедлока и участники не могут созвать общее собрание, например, в целях избрания директора, суд может пойти вопреки положениям договора и считать собрание созванным, поскольку положения договора не могут лишать суд такого права, а мажоритарного акционера — возможности назначить нового директора⁸.

¹ Blount v. Taft. 246 S.E.2d 763 (1978).

² См.: Pettet B. Op. cit. P. 96–97; Thomas R.K., Ryan C. Op. cit. P. 24.

³ Gelb H. Close Corporation Control and the Voting Agreement // Land and Water Law Review, Vol. XVI. Number 1. 1981. P. 235.

⁴ Clark v. Foster, 98 Wash. 241, 167 Pac. 908 (1917).

⁵ Peck v. Horst. Supreme Court of Kansas, 175 Kan. 479 (Kan. 1953).

⁶ Duffy M.J. Shareholders Agreements and Shareholders' Remedies Contract Versus Statute? // Bond Law Review: Vol. 20. Iss. 2. Article 1. 2008. P. 6.

⁷ Sarközy T. Shareholders' Agreements // Acta Juridica Hungarica, 43, Nos 1-2, 2002. P. 132.

⁸ Union Music Ltd. v. Watson [2003] 1 BCLC 453.

При этом примечательно, что Модельный закон о коммерческих корпорациях США проводит разграничение в регулировании соглашений, заключенных между всеми и между некоторыми участниками компании. По общему правилу для соглашений, заключенных между некоторыми участниками компании, § 7.31 Модельного закона содержит лишь максимально общее регулирование, согласно которому два и более участника корпорации вправе заключить между собой соглашение о голосовании. Единственное требование, которое установлено к такому соглашению, — это необходимость его заключения в письменной форме и подписания всеми его участниками. В остальном, согласно официальному комментарию к Модельному закону действительность соглашения оценивается с точки зрения норм договорного права, которое содержит свои внутренние ограничители¹.

Однако для соглашений, которые заключены между всеми участниками корпорации, предусмотрена, с одной стороны, большая свобода договора, но обратной стороной данной свободы являются более строгие правила регулирования, применимые к такому соглашению (§ 7.32 Модельного закона). Применительно к таким соглашениям Модельный закон прямо допускает возможность отступления от положений корпоративного законодательства (в частности, определение прав участников непропорционально размеру их доли, в том числе права на получение дивидендов и права голосования, регулирование вопросов ликвидации компании)². Однако при этом необходимо соблюсти ряд требований к форме и раскрытию таких соглашений, которые мы рассматривали ранее.

Срок действия соглашения. Еще одним основанием для признания соглашения недействительным, которое было выработано судебной практикой в США, является срок действия соглашения. При оценке срока действия соглашения суды исходят из базовой посылки о том, что никто не может быть связан обязательством навечно. В связи с этим судебная практика первоначально признавала недействительными соглашения, заключенные без указания срока действия либо на чрезмерно длительный срок³. В то же время суды признавали действительными аналогичные соглашения, заключенные на четко определенный разумный срок⁴. В ряде случаев суды даже признавали допустимыми

¹ Официальный комментарий к § 7.31 Модельного закона о корпорациях США.

² См. § 7.32 Модельного закона о корпорациях США.

³ *Odman v. Oleson*, 319 Mass. 24, 26, 64 N.E.2d 439, 440 (1946).

⁴ *Hey v. Dolphin*, 92 Hun 230, 36 N.Y. Supp. 627 (N.Y. Sup. Ct. 1895); *Brown v. Britton*, 41 App. Div. 57, 64, 58 N.Y. Supp. 353, 357 (1899).

соглашения, заключенные на весьма длительные сроки, в частности на срок жизни участника¹.

Впоследствии в судебной практике наблюдается постепенная либерализация подхода. Соглашения, заключенные на неопределенный срок, признаются сами по себе действительными, но с тем условием, что они могут быть расторгнуты в любой момент (*revocable*), что дает их участникам возможность отказаться от них по собственному усмотрению².

В настоящий момент на уровне законодательства штатов указано, что срок действия соглашения по общему правилу устанавливается самим соглашением. Тем не менее неуказание в соглашении срока его действия в настоящий момент не влечет недействительности соглашения³. Такое соглашение будет расцениваться как заключенное на предусмотренный законом по умолчанию срок, как правило, законы штатов устанавливают 10-летний срок для таких случаев⁴. При этом в ряде штатов также действует ограничение в отношении предельного срока, на который может быть заключено соглашение, и соглашения, заключенные более чем на 20 лет, признаются недействительными⁵.

3.2. Континентальный подход на примере Германии

В своей эволюции в плане оценки действительности соглашений о порядке голосования германский подход является весьма схожим с тем путем, который прошли английский и американский правопорядки. Как мы указывали ранее, первоначально соглашения о голосовании встречали отторжение со стороны судей по причине их противоречия правовой природе голосования в корпорации, однако со временем подход судов смягчился и в угоду практическим потребностям суды признали принципиальную допустимость заключения соглашений о голосовании.

На практике типичными условиями соглашений о голосовании являются условия об осуществлении голосования по вопросам назначения определенных лиц в качестве директоров и установления

¹ *Galler v. Galler*, 203 N.E.2d 577, 32 Ill.2d 16 (1964).

² *Roberts v. Whitson*, 188 S.W.2d 875 (Tex. Civ. App. 1945),

³ *R.H. Sanders Corp. v. Haves*, 541 S.W.2d 262 (Tex. Civ. App. 1976).

⁴ См. § 21.102 Кодекса о коммерческих организациях штата Техас.

⁵ См. § 14-2-731 Кодекса законов штата Джорджия (*Official Code of Georgia*) (здесь и далее текст закона приводится по: URL: <http://law.justia.com/codes/georgia/>); § 48-17-302 Кодекса законов штата Теннесси (*Tennessee Code*) (здесь и далее текст закона приводится по: URL: <http://law.justia.com/codes/tennessee/2010>).

им вознаграждения, распределения прибыли и выплаты дивидендов, реорганизации и ликвидации компании¹. Однако в Германии, в отличие от Англии и США, урегулирование в соглашении о голосовании вопросов назначения менеджеров компании и определения стратегии их деятельности не является столь популярным, поскольку право назначения конкретных должностных лиц может быть предоставлено отдельному участнику непосредственно уставом общества², а на уровне закона об обществах с ограниченной ответственностью допускается выдача участниками обязательных инструкций директорам в рамках отдельных решений участников либо посредством установления общего ограничения полномочий директоров в уставе³. Таким образом, в Германии нет такого распространенного в англосаксонском подходе случая признания соглашений недействительными, как вторжение участников в компетенцию директоров и ограничение их полномочий⁴.

Тем не менее в немецкой доктрине выработана своя типизация случаев недействительности соглашений о порядке голосования, многие из которых сходны с англосаксонским подходом.

Противоречие соглашения закону и уставу. По общему правилу соглашения о голосовании, заключаемым между участниками обществ с ограниченной ответственностью, в Германии предоставлена широкая свобода⁵. Тем не менее признается недопустимым заключение соглашений, которые бы противоречили императивным запретам, установленным как в корпоративном законодательстве, так и в иных отраслях законодательства, либо нарушали публичный порядок⁶.

В частности, недействительным признается договор, который предусматривает обязанность голосовать по указаниям лица, исключенного из общества, либо лица, которое лишено право голоса (*Stimmverbot*) в соответствии с абз. 4 ст. 47 Закона об ООО Германии⁷. Поскольку целью данного запрета является защита процесса волеобразования в обществе,

¹ *Gesell H.* Op. cit.

² *Schneider D.* Op. cit. P. 238.

³ См. § 37 Закона об обществах с ограниченной ответственностью Германии (*GmbHGesetz*) (здесь и далее текст закона приводится по: URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/>).

⁴ *Klums R.* Op. cit. P. 697.

⁵ *Ода Х.* Акционерные соглашения: осторожный шаг вперед // Вестник гражданского права. 2010. № 1. С. 132–161 (СПС «КонсультантПлюс»).

⁶ *Gesell H.* Op. cit.

⁷ BGHZ 48, 166 f.

соглашения, заключенные вопреки данному запрету, признаются ничтожными в соответствии с § 134 ГГУ¹. На уровне практики Верховного суда Германии было признано, что тот, кто лишен права голоса в соответствии с законом, не может получить право влиять на решения корпорации посредством заключения корпоративного договора². Равным образом недействительными как противоречащие закону признаются соглашения о голосовании, нарушающие запреты, установленные анти-монопольным законодательством, в частности § 1 Закона о конкуренции — запрет картелей³. В связи с этим совместное участие двух конкурентов на рынке в соглашении о голосовании может быть признано недопустимым с точки зрения ограничения конкуренции.

Еще одним случаем признания соглашения недействительным по мотиву противоречия закону является изменение посредством его заключения повышенных порогов голосования, которые установлены законом в отношении принятия решений по ряду наиболее значимых для компании вопросов и снижение которых не допускается даже в уставе. Если установить в соглашении о голосовании обязанность присоединиться к голосованию большинства по данным вопросам, то таким образом императивно установленный законом порог для принятия решения фактически будет снижен, что является основанием для признания данного соглашения недействительным⁴.

Относительно противоречия положений соглашения о голосовании уставу компании в качестве общей посылки признается приоритет устава перед соглашением. Однако закрепление отклоняющихся от устава положений в соглашении о голосовании само по себе не является основанием для признания его недействительным. Противоречащие уставу соглашения могут быть признаны недействительными в той мере, в какой это требует интерес общества⁵. При этом если в уставе будет установлена обязанность для участников не вступать в такие соглашения, то ее нарушение будет иметь последствия исключительно для участника (в частности, за нарушение запрета можно установить

¹ *Weber C.* Op. cit. P. 93.

² BGHZ 48, 163, 167.

³ GmbHG § 47 AbstimmungSchindlerBeck'scher Online-Kommentar GmbHG, Ziemons/Jaeger, 30. Edition Stand.: 01.02.2017, Rn. 62–75.1 // BeckOnline (URL: <https://beck-online.beck.de>).

⁴ *Glattfelder.* Die Aktionärbindungsverträge, ZSR 78 (1959) II. P. 291f. (cit. ex.: *Roos C.M.* Op. cit. P. 183).

⁵ *Rossig K.* Op. cit. P. 332f.

санкции из обязательственного права), но не будет приводить к недействительности соглашения¹. Таким образом, приоритет устава перед соглашением неограничен. Более того, как мы указывали ранее, если сторонами соглашения являются все участники компании, то в этом случае при расхождении положений соглашения с положениями устава приоритет будет отдан соглашению и решения компании, принятые в противоречии с ним, могут быть признаны недействительными.

Нарушение обязанности верности обществу и фидуциарных обязанностей участников. Основным общим ограничителем свободы корпоративных договоров в Германии является обязанность участников по соблюдению лояльности и верности обществу и другим его участникам (*Treuepflicht*)². Применительно к реализации права голоса под *Treuepflicht* понимается обязанность участников голосовать, руководствуясь интересами компании, не преследуя при этом исключительную цель получения личных выгод³.

Данный принцип последовательно проводится в практике Верховного суда Германии. В частности, в одном из решений в отношении соглашения о голосовании по избранию членов органов управления общества Верховный суд указал, что участник не может быть понужден к голосованию в пользу определенного кандидата, если у него есть веские основания полагать, что у кандидата отсутствует необходимая квалификация либо его кандидатура не заслуживает доверия, поскольку понуждение к такому голосованию будет равносильно понуждению к нарушению участником своих фидуциарных обязанностей⁴. При этом исходя из принципа добросовестности в этом случае участник не может быть привлечен к договорной ответственности за нарушение соглашения⁵.

По данному основанию недействительными также признаются соглашения, по которым участнику предоставляется право безмотивно (в отсутствие существенных оснований) выйти из общества, забрав свою долю⁶.

¹ *Zöllner, Noack. GmbHG § 47 Abstimmung //* Baumbach, Hueck, GmbH-Gesetz 21 Auflage 2017, Rn. 113–122 // BeckOnline (URL: <https://beck-online.beck.de>).

² *Rossig K.* Op. cit. P. 332.

³ BGHZ 14, 25 (1954). См. также: *Schneider D.* Op. cit. P. 242.

⁴ RGZ 133, 90, 96.

⁵ RG 11.6.1931, RGZ 133, 90.

⁶ RG 7.6.1929, II 592/28, RGZ 124, 317 (379). См. также: *Zöllner, Noack. GmbHG § 47 Abstimmung //* Baumbach, Hueck, GmbH-Gesetz 21 Auflage 2017, Rn. 113–122 // BeckOnline (URL: <https://beck-online.beck.de>).

По причине нарушения данной обязанности признаются недействительными соглашения, направленные на ущемление интересов миноритариев. Такие соглашения признаются недействительными как противоречащие добрым нравам согласно § 138 ГГУ¹. При этом в литературе обращается внимание на то, что здесь необходимо оценивать не сам факт заключения соглашения о голосовании, которое, возможно, создает контрольное большинство, что само по себе допустимо, а те меры, которые участники, образующие контрольное большинство, обязались применять в соответствии с таким соглашением, а именно направленность этих мер на ущемление интересов других участников². В частности, соглашения, заключенные с единственной целью вытеснения миноритариев из общества³ либо причиняющие ущерб самому обществу (например, посредством выпуска невыгодных облигаций)⁴, признаются недействительными.

Срок действия соглашения. Как и в англо-американском подходе, в Германии проводится та же общая идея о недопустимости вечных обязательств. В связи с этим если соглашение о голосовании заключено на неопределенный срок, суды признают за его участниками право расторгнуть его в любой момент даже в отсутствие причин⁵, хотя в доктрине проводится идея, что подобного рода соглашения могут быть расторгнуты только при наличии «важной причины»⁶.

В заключение отметим одну важную деталь немецкого подхода в части последствий исполнения недействительного соглашения. Примечательно, что если участники голосуют по недействительному или ничтожному соглашению о порядке голосования, то это не приводит к автоматической недействительности самого голосования. Подача голоса оценивается отдельно и признается действительной, только если самим голосованием не нарушается установленный за-

¹ См.: Münchener Kommentar GmbHG, 2 Auflage 2016, Rn. 237 // BeckOnline (URL: <https://beck-online.beck.de>); Weber C. Op. cit. P. 93.

² Glattfelder, Die Aktionärbindungsverträge, ZSR 78 (1959) II. P. 286f. (cit. ex.: Roos C.M. Op. cit. P. 181).

³ Шрамм Х.-Й. Правовой обзор соглашений акционеров // Университет г. Бремена, 2007 (URL: www.cac-civillaw.uni-bremen.de/).

⁴ GmbHG § 47 AbstimmungSchindlerBeck'scher Online-Kommentar GmbHG, Ziemons/Jaeger, 30. Edition. Stand.: 01.02.2017, Rn. 62–75.1 // BeckOnline (URL: <https://beck-online.beck.de>).

⁵ Gesell H. Op. cit.

⁶ Шрамм Х.-Й. Правовой обзор соглашений акционеров // Университет г. Бремена, 2007 (URL: www.cac-civillaw.uni-bremen.de/).

коном запрет, добрые нравы либо обязанность соблюдать верность обществу¹.

3.3. Подход российского правопорядка

Особенностью российского подхода к оценке действительности отдельных условий соглашения о порядке голосования является преобладающее в доктрине и судебной практике стремление рассматривать большинство норм корпоративного права в качестве императивных. Применительно к соглашению о порядке голосования подобный подход зачастую приводит судей и представителей доктрины к выводу о невозможности согласования фактически никаких более или менее практически значимых условий в корпоративном договоре, что полностью лишает его практической ценности и не оставляет ему функционального пространства в российском правопорядке². Не исключено, что данная ситуация обусловлена тем, что Россия в настоящий момент находится в самом начале пути развития института корпоративного договора, и именно поэтому данный институт, подобно ранней практике американских и немецких судов, встречает столь резкое отторжение и опасения со ссылкой на создание почвы для массовых злоупотреблений³.

Наиболее распространенным аргументом в пользу недопустимости тех или иных условий соглашения о порядке голосования является ссылка на их противоречие корпоративному законодательству либо уставу общества, поскольку корпоративный договор не может противоречить императивным нормам закона и создавать «параллельное» с уставом регулирование корпоративных отношений⁴. Однако проблема заключается не в самой указанной формулировке, а в том, как она понимается,

¹ *Flume*. Juristische Person § 7 VI, 245 (cit. ex.: *Zöllner, Noack*. GmbHG § 47 Abstimmung // *Baumbach, Hueck, GmbH-Gesetz 21 Auflage 2017*, Rn. 113–122 // BeckOnline (URL: <https://beck-online.beck.de>).

² *Ода Х.* Акционерные соглашения: осторожный шаг вперед // *Вестник гражданского права*. 2010. № 1 (СПС «КонсультантПлюс»).

³ См.: *Суханов Е.А.* Сравнительное корпоративное право. М.: Статут, 2014; *Ломакин Д.В.* Договоры об осуществлении прав участников хозяйственных обществ как новелла корпоративного законодательства // *Вестник ВАС РФ*. 2009. № 8; *Осипенко К.О.* Договор об осуществлении прав участников хозяйственных обществ в российском и английском праве. М.: Инфотропик Медиа, 2016 (СПС «КонсультантПлюс»); *Федоров С.И.* Правовое регулирование корпоративных договоров и модернизация гражданского права России // *Вестник гражданского права*. 2013. № 1.

⁴ *Суханов Е.А.* Сравнительное корпоративное право. М.: Статут, 2014.

в частности, в том, какие нормы авторы относят к разряду императивных. Крайне ограничительный подход в данном вопросе приводит его сторонников к чрезвычайно узкому пониманию предмета соглашения о голосовании, которым, на их взгляд, может являться только обязательство сторон провести переговоры в отношении будущего варианта их голосования и приложить все усилия к достижению общего решения¹ и при принятии решения общего собрания участников исходить из целей деятельности общества, действовать добросовестно, заблаговременно ознакомиться с информацией и материалами, рассматриваемыми при принятии решения². Тем не менее если окончательное решение не будет достигнуто, то за участниками соглашения признается возможность свободно выбирать вариант голосования. В качестве обоснования подобной позиции приводятся доводы о недопустимом ограничении свободы голосования и отказе от права голоса в нарушение п. 2 ст. 9 ГК РФ³. Также приводятся ссылки на то, что любые дополнительные обязанности, в том числе обязанность по осуществлению голосования определенным образом, могут быть установлены только при условии соблюдения закрепленных в законе процедур, в частности процедуры установления дополнительных обязанностей по Закону об ООО, предполагающей голосование участника на общем собрании за такое решение или дачу им письменного согласия⁴.

Однако при таком подходе остается неясным, почему авторы отрицают возможность участников ограничить осуществление принадлежащих им прав, ведь принятие на себя обязанностей в отношении осуществления права не есть отказ от права по п. 2 ст. 9 ГК РФ⁵, поскольку при столь расширительном толковании данное положение закона могло бы заблокировать принятие на себя любых обязательств.

Такой строго консервативный подход вызывает возражения и с практической точки зрения. Если исходить из того, что соглаше-

¹ *Осипенко К.О.* Договор об осуществлении прав участников хозяйственных обществ в российском и английском праве. М.: Инфотропик Медиа, 2016 (СПС «КонсультантПлюс»).

² Там же.

³ *Суворов Е.Д.* Договоры об осуществлении корпоративных прав // Вестник ВАС РФ. 2011. № 10.

⁴ *Осипенко К.О.* Договор об осуществлении прав участников хозяйственных обществ в российском и английском праве. М.: Инфотропик Медиа, 2016 (СПС «КонсультантПлюс»).

⁵ *Сергеев А.* Юридическая природа и исполнимость акционерных соглашений по российскому праву // Корпоративный юрист. 2007. № 10. С. 72.

ние о голосовании может устанавливать только обязанность провести переговоры относительно выработки общего варианта голосования, но не имеет обязывающей силы для участников, то это делает заключение корпоративного договора практически нецелесообразным, делая его фактически джентельменским соглашением¹, лишенным защиты и содержащим исключительно декларативные положения. В связи с этим более взвешенной представляется позиция тех авторов, которые признают, что в соглашении о голосовании устанавливается *обязанность* сторон следовать согласованному голосованию либо голосовать в соответствии с указаниями, данными другой стороной².

Консервативный подход изначально преобладал и на уровне российской судебной практики. Первоначально соглашения признавались недействительными фактически по причине отсутствия прямого разрешения заключать подобные соглашения на законодательном уровне, даже в том случае, когда его участники в совокупности владели более чем 97% в уставном капитале общества³. По инерции даже после введения соответствующего рамочного законодательного регулирования в ходе реформы корпоративного законодательства в 2009 г. суды продолжали признавать недействительным широкий круг условий соглашений по причине их противоречия закону⁴.

На другом полюсе мнений в российском правопорядке находятся сторонники крайне либерального подхода к допустимости условий корпоративного договора, которые признают допустимым широкий круг возможных условий соглашения о голосовании. В частности, допустимыми признаются обязательства сторон о солидарном голосовании на общем собрании участников по тем или иным вопросам; о принятии согласованного решения об отказе от дивидендов в пользу другого участника либо о полном отказе от их выплаты за определенный пери-

¹ *Gomtsyan S.* Op. cit. P. 116.

² *Грибкова Т.В.* Акционерные соглашения как средство регулирования корпоративных отношений: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 168.

³ См. судебные акты по делу ОАО «Мегафон»: постановления ФАС Западно-Сибирского федерального округа от 31.03.2006 по делу № Ф04-2109/2005(14105-А75-11), Ф04-2109/2005(15210-А75-11), Ф04-2109/2005(15015-А75-11), Ф04-2109/2005(14744-А75-11), Ф04-2109/2005(14785-А75-11).

⁴ См. судебные акты по делу ООО «Верный знак»: Решение АС г. Москвы от 17.02.2011 по делу № А40-140918/2009; постановления Девятого ААС от 17.02.2011 по делу № А40-140918/2009; ФАС Московского округа от 30.05.2011 по делу № А40-140918/2009; Определение ВАС РФ от 12.09.2011 № ВАС-10364/11 по делу № А40-140918/09-132-894.

од¹; о гарантированном назначении определенного числа лиц в органы управления; о предоставлении одному из участников права вето при принятии решений; об установлении договором непропорционального распределения голосов; о регулировании целей деятельности общества (обязательств по реализации определенного «бизнес-проекта»), порядка распределения прибыли, разрешения «тупиковых ситуаций» и порядка выхода из общества². Признаются допустимыми и условия об установлении компетенции органов управления обществом, порядка голосования и принятия ими решений, назначения определенных должностных лиц общества (к примеру, аудиторов)³. При этом в качестве аргументов в поддержку более либерального подхода авторы ссылаются на то, что многие из положений, которые сейчас вызывают возражения относительно возможности их закрепления в корпоративном договоре, ранее не вызывали никаких дискуссий, несмотря на то что закон и прежде допускал их согласование, но не в корпоративном договоре, а посредством института дополнительных прав, закрепляемых в уставе по единогласному решению всех участников⁴.

Тем не менее, на наш взгляд, опасения консервативных авторов относительно того, что огульное допущение широкого круга условий корпоративного договора в отсутствие каких-либо ограничений иработанной в этом отношении судебной практики может привести к злоупотреблениям, не лишены оснований. Оба подхода, как крайне консервативный, так и широкий либеральный, представляют собой две крайности, в то время как практика требует достижения баланса. Необходимо учитывать, что, несмотря на то, что корпоративный договор предоставляет участникам больше возможностей по более детальному регулированию своих внутренних взаимоотношений, что не всегда возможно на уровне устава, корпоративный договор находится в тех же рамках императивных законодательных норм, что и устав, и не может служить средством для обхода закона в этой части⁵. В этом отношении

¹ *Доронин Ю.А.* Договор о порядке осуществления прав участников хозяйственных обществ // Журнал российского права. 2009. № 10. С. 63–68 (СПС «КонсультантПлюс»).

² *Степанов Д.И.* Договор об осуществлении прав участников ООО // Вестник РФ. 2010. № 12.

³ *Долинская В.В., Фалеев В.В.* Миноритарные акционеры: статус, права и их осуществление / отв. ред. В.В. Долинская. М.: Волтерс Клувер, 2010 (СПС «КонсультантПлюс»).

⁴ *Степанов Д.И.* Реформа законодательства об ООО: к принципу свободы договора в корпоративном праве. Ч. I // Корпоративный юрист. 2009. № 6. С. 18.

⁵ *Кузнецов А.А.* Пределы автономии воли в корпоративном праве: краткий очерк. С. 150.

в литературе абсолютно справедливо к императивным нормам относят, в частности, нормы о фидуциарных обязанностях менеджеров компании и ее участников, праве на оспаривание решений органов управления, установленной законодательством компетенции органов управления, уполномоченных действовать от лица общества вовне без доверенности, а также ряд других положений¹. Соглашение о голосовании, равно как и устав компании, не может содержать отступлений от указанных норм.

Обращает на себя внимание тот факт, что законодатель в ходе реформы института корпоративного договора в 2014 г. также следовал компромиссному подходу, допуская, с одной стороны, закрепление весьма либеральных условий в соглашении о голосовании, однако устанавливая при этом механизмы защиты от возможных злоупотреблений и нарушений прав и интересов других участников и третьих лиц. В частности, в соглашении допускается установление непропорционального объема прав участников, однако под условием раскрытия соответствующей информации в реестре (абз. 2 п. 1 ст. 66 ГК РФ). Закон устанавливает, что корпоративный договор не может определять структуру органов общества и их компетенцию, однако может устанавливать обязанность участников голосовать по указанным вопросам, если законом допускается изменение структуры органов общества и их компетенции уставом общества (п. 3 ст. 67.2 ГК РФ). Закон также допускает установление в корпоративном договоре определенных отступлений от положений устава и устанавливает запрет участникам корпоративного договора ссылаться на противоречие соглашения уставу в случае спора (п. 7 ст. 67.2 ГК РФ), однако при этом условия корпоративного договора не могут быть противопоставлены третьим лицам, которые не были осведомлены о его содержании (п. 5 и 6 ст. 67.2 ГК РФ).

Обращаясь к анализу современной российской судебной практики, которая пока еще находится на стадии формирования после проведенной реформы, следует отметить, что среди судей, как и в доктрине, можно встретить диаметрально противоположные позиции. Ряд судов придерживаются крайне ограничительного подхода и признают недопустимым включение в соглашение любых положений, которые отличаются от закона и устава, в частности, недопустимым было признано установление иного порядка расчета и выплаты действительной стоимости доли участника на случай его

¹ Подробнее см. там же. С. 49, 148–149.

выхода из общества¹. В другом деле суд, напротив, не вдаваясь в детальный анализ, признал допустимым и исполнимым соглашение, заключенное между двумя участниками корпорации, о полном отказе одного из участников от осуществления ряда корпоративных прав в пользу другого за вознаграждение².

На наш взгляд, более правильной является позиция судов, стремящихся найти компромиссное решение в спорных ситуациях. В частности, в одном из дел участник требовал признать недействительными условия соглашения, которые обязывали его голосовать за одобрение устава в новой редакции, поскольку само соглашение не устанавливало, какие именно положения будут включены в указанную новую редакцию устава, т.е. предмет договора не был должным образом конкретизирован. Суд отказал в признании недействительными подобных положений самих по себе, при этом указав, что недостаточная конкретизация положений договора может стать основанием для признания их неисполнимыми в будущем, при возникновении спора между сторонами по данному вопросу, однако не может служить основанием для недействительности договора³. В другом деле суд, несмотря на доводы истца об ограничении его правоспособности и отсутствии спорных положений договора в уставе, признал действительными условия договора, которые устанавливали обязанность одной из сторон голосовать по указанию другой (в частности, за кандидатуру аудитора, предложенную другим участником)⁴.

Российская судебная практика также вырабатывает критерии оценки пределов допустимости условий соглашений о голосовании, сходные

¹ Решение АС Омской области от 18.03.2016 по делу № А46-16331/2015 (оставлено в силе вышестоящими инстанциями, Определением Верховного Суда РФ от 12 октября 2016 г. № 304-ЭС16-12657 отказано в передаче дела для пересмотра).

² Отметим, что судом не проводился детальный анализ действительности условий соглашения и суд только указал, что в силу п. 3 ст. 8 Закона об ООО и ст. 67.2 ГК РФ определение через воздержание от осуществления истцом поименованного ряда прав участника общества не противоречит действующему законодательству. Однако поскольку соглашение было поставлено под условие осуществления выплат в пользу отказавшегося от осуществления корпоративных прав участника, то, учитывая, что эти выплаты были прекращены, суд признал соглашение автоматически прекратившимся (см. Постановление Первого ААС от 16.01.2017 по делу № А51-10201/2016 (Определением Верховного Суда РФ от 31 июля 2017 г. № 303-ЭС17-9071 отказано в передаче дела для пересмотра)).

³ Решение АС Новосибирской области от 25.09.2013 по делу № А45-1845/2013 (оставлено в силе Постановлением ФАС Западно-Сибирского округа от 20.03.2014).

⁴ Решение АС Новосибирской области от 17.08.2015 по делу № А45-12229/2015 (оставлено в силе Постановлением Седьмого ААС от 22.10.2015).

с зарубежными правопорядками. В частности, в одном из дел суд провел четкое разграничение между полномочиями стороны соглашения как участника общества и как одновременно ее директора и отказал в иске о взыскании неустойки за нарушение корпоративного договора с участника-директора со ссылкой на то, что последний при заключении сделки без получения согласия другого участника (что формально являлось нарушением корпоративного договора) действовал как директор, а не как участник общества, в связи с чем другой участник вправе предъявить к нему требования о взыскании убытков, причиненных нарушением директором своих обязанностей и интересов общества (ст. 53.1 ГК РФ), но не нарушением корпоративного договора¹.

4. Допустимость получения вознаграждения за осуществление права голосования

Одним из наиболее спорных условий при оценке действительности соглашений о порядке голосования является вопрос о возможности реализации права голоса в обмен на получение встречного предложения.

В США продажа голосов (*vote-selling*) изначально признавалась недопустимой. В частности, запрет на нее устанавливался на уровне статутов некоторых штатов, в частности штата Нью-Йорк². Равным образом в § 569 Свода договорного права (*Restatement of Contracts*) 1932 г. и § 193 Второго свода договорного права (*Restatement (Second) of Contracts*) 1981 г. признавалось не имеющим исковой защиты обещание доверителя нарушить фидуциарные обязанности за вознаграждение либо обещание, которое стимулирует к такому нарушению, что по аналогии можно применить и к продаже голосов участниками корпорации³. Указанный запрет также выводился судами из норм общего права (*common law*) со ссылкой на недопустимость разделения права

¹ Постановление Восьмого ААС от 22.05.2018 по делу № А46-17579/2017 (СПС «КонсультантПлюс»).

² Запрет на продажу голосов установлен в § 609 (e) Закона о коммерческих организациях штата Нью-Йорк (New York Business Corporation Law). Однако указанный запрет распространяется только на продажу голосов третьим лицам, к аналогичным соглашениям, заключенным между участниками компании, запрет не применяется (см.: *Baronoff S.A. The Standstill Agreement: A Case of Illegal Vote Selling and a Breach of Fiduciary Duty* // The Yale Law Journal. Vol. 93. No. 6. 1984. P. 1100).

³ *Molano Leon R. Shareholders' Agreements in Close Corporations and Their Enforcement* // LLM Theses and Essays. Paper 89, 2006. P. 20 (URL: http://digitalcommons.law.uga.edu/stu_llm/89).

собственности и права голоса, а также из соображений возможных злоупотреблений и обмана¹.

В американских судах сильны воззрения на право голоса как на главное право и основное средство защиты (выражения своей позиции в корпорации) для участника², а потому продажа голосов нередко признается судами нарушением его фидуциарных обязанностей и лишением участников их неотъемлемых прав³. Не в пользу института продажи голосов также говорит тот факт, что он нередко используется для достижения неблагоприятных целей⁴. В связи с этим судебная практика американских судов на начальном этапе исходила из того, что участник не может обязаться голосовать определенным образом в обмен на получение личных преимуществ⁵, не сводящихся только к получению денежного вознаграждения, но и в обмен на обещание выгодного трудоустройства⁶, прощение долга по векселю⁷ и т.п.

Вопрос допустимости продажи голосов уже долгое время дискутируется и в американской литературе, при этом против допустимости такой продажи выдвигаются следующие основные возражения, которые, однако, встречают и весомые контраргументы:

– *довод о недопустимости разделения права на долю и права голосования*: в этом отношении высказывается позиция, согласно которой продажа голосов подрывает основную функцию права голоса – предоставление лицам, которые несут наибольшие риски в связи с деятельностью компании, права принятия и одобрения ее решений⁸. Однако в этом отношении выдвигается контраргумент, а именно продажа

¹ *Thompson R.B., Edelman P.H.* Corporate Voting // *Vanderbilt Law Review*. Vol. 62:1:129. 2009. P. 162.

² *Rohrlich C.* Corporate Voting: Majority Control // *St. John's Law Review*. Vol. 7. Iss 2. Number 2. 1933. P. 219.

³ *Hewlett v. Hewlett-Packard Co.*, No. CIV.A. 19513–NC, 2002 WL 818091, at *12, *15 (Del.Ch. Apr. 30, 2002); *Kurz v. Holbrook*, 989 A.2d 140, 178–81 (Del.Ch. 2010).

⁴ *Thomas J. Andre, Jr.* A Preliminary Inquiry into the Utility of Vote Buying in the Market for Corporate Control // *Southern California Law Review*. Vol. 63. 1990. P. 587.

⁵ *Guernsey v. Cook*, 100 Mass. 501 (1876); *Scripps v. Sweeney*, 160 Mich. 148, 125 N.W. 72 (1910); *Brady v. Bean*, 221 Ill. App. 279 (1921); *Stott v. Stott*, 258 Mich. 547, 242 N.W. 747 (1932); *Ray v. Homewood Hospital, INC*, 223 Minn. 440 (Minn. 1947); *Luedke v. Oleen*, 72 N.D. 1, 4 N.W.2d 201 (1942).

⁶ *Hellier v. Achorn*, 255 Mass. 273, 151 N. E. 305 (1926); *Withers v. Edwards*, 26 Tex. Civ. App. 189, 62 S.W. 795 (1901); *Funkhouser v. Capps*, 174 S.W. 897, 899 (1915).

⁷ *Palmbaum v. Magulsky*, 217 Mass. 306, 104 N. E. 746 (1914).

⁸ *Easterbrook, Frank H. and Fischel, Daniel R.* Voting in Corporate Law // *The Journal of Law and Economics*. Vol. 26. No. 2. Article 14 (1983). P. 410.

голоса в этом случае сходна с выпуском нового класса неголосующих акций, которые дают право участия, но не дают право голоса, что является допустимым¹. Также ряд возражений выдвигается представителями теории экономического анализа права, с точки зрения которых собственность на долю в компании состоит из титула, права на получение выгод (бенефициарная собственность) и права контроля². При этом право контроля в корпорации, которое выражается через право голосования, представляет собой самостоятельную ценность, отличную от титула и бенефициарной собственности³ и допускающую свободное отчуждение⁴;

– *нарушение фидуциарных обязанностей по отношению к обществу, поскольку продажа голоса иллюстрирует сугубо личную мотивацию участника*⁵. Еще одним аргументом против продажи голосов является взгляд на право голосования как на принадлежащее обществу в целом, а потому неотделимое от права участия в нем и неотчуждаемое, тем более за плату⁶. Основной идеей, лежащей в основе данного тезиса, является признание корпорации объединением, созданным для общей цели, которое никто не вправе использовать для достижения своих сугубо личных выгод⁷. Однако в этом отношении выдвигается возражение, состоящее в том, что наличие фидуциарных обязанностей в американской доктрине по общему правилу признается только за мажоритариями⁸, у миноритарных участников такие обязанности отсутствуют⁹, что позволяет им произвести отчуждение права голоса,

¹ Clark R.C. Vote Buying and Corporate Law // Case Western Reserve Law Review. Vol. 29:76. 1979. P. 803.

² Harriman E.A. Voting Trusts and Holding Companies // Yale Law Journal. Vol. XIII. No. 3. 1904. P. 110–111.

³ Ibid. P. 109–110, 115.

⁴ Rohrllich C. Corporate Voting: Majority Control // St. John's Law Review. Vol. 7: Iss 2. Number 2. 1933. P. 225.

⁵ Harvey v. Improvement Co., ii8 N.C. 693; Kreissl v. Distilling Co., 6i N.J.Eq. 5; Shepaug Voting Trust Cases, 6o Conn. 553; Cone v. Russell, 48 N.J.Eq. 208; Robotham v. Prudential Ins. Co., N.J.Eq.; 53 AtI. 842; cf. Clowes v. Miller, 6o N.J.Eq. 179.

⁶ Hasen R.L. Vote Buying // California Law Review. Vol. 88. 2000. P. 1327–1338.

⁷ Stott v. Stott. Supreme Court of Michigan, 258 Mich. 547 (Mich. 1932).

⁸ Cahn A., Donald D.C. Comparative Company Law: Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA // Cambridge University Press, 2010. P. 575–576.

⁹ Однако в Германии практика Верховного суда придерживается иной позиции и признает, что миноритарные участники (акционеры) не несут фидуциарных обязанностей только по общему правилу (см.: BGHZ 103, 184, 195), из которого на практике

во-первых, мажоритарии той же корпорации (поскольку в случае нарушения фидуциарных обязанностей на нем будет лежать самостоятельная ответственность) либо любому третьему лицу, которое, как и миноритарный участник, не несет фидуциарных обязанностей по отношению к обществу. Кроме того, выдвигается возражение об абсентеизме участников, которые на практике могут и вовсе не участвовать в голосовании, а потому следует дать им возможность извлечь пользу из принадлежащего им права голоса посредством его продажи¹, поскольку в этом случае неясны политико-правовые причины запрещать скупку голосов². В закрытых корпорациях, где участники в состоянии оценить мотивы голосования других участников, нет особых стимулов запрещать продажу голосов, поскольку выявить факт злоупотребления такой продажей не составит труда, и если в результате продажи голосов участник нарушит свои фидуциарные обязанности, он будет привлечен к самостоятельной ответственности³;

— *запрет продажи голосов по аналогии с публичными выборами*: однако ряд авторов выступают против проведения подобной аналогии⁴. Различие между голосованием на публичных выборах и в рамках корпорации, по их мнению, заключается в том, что право голоса в компании — это часть права собственности на долю, а потому оно должно подчиняться не избирательному праву, а регулированию права собственности, которое допускает расщепление и передачу части правомочий другому лицу⁵. Кроме того, выдвигаются возражения относительно того, что целью запрета продажи голосов на публичных выборах яв-

делаются исключения, например, при блокировании миноритариями принятия необходимых для корпорации решений за ними признается наличие фидуциарной обязанности не препятствовать принятию таких решений (см.: BGN 20.5.1995, II ZR 205/95, BGNZ 129, 136). В России п. 4 ст. 65.2 ГК РФ также не проводит разграничения и признает наличие фидуциарных обязанностей за всеми участниками компании вне зависимости от размера их участия в уставном капитале компании.

¹ *Ehrick R.V.* Corporations: Separation of the Voting Power from Legal and Beneficial Ownership of Corporate Stock // *Michigan Law Review*. Vol. 47. No. 4. 1949. P. 549.

² *Thompson R.B., Edelman P.H.* Corporate Voting // *Vanderbilt Law Review*. Vol. 62:1:129. 2009. P. 163.

³ *Ibid.* P. 165.

⁴ См.: *Harriman E.A.* Op. cit. P. 115; *Clark R.C.* Vote Buying and Corporate Law // *Case Western Reserve Law Review*. Vol. 29:76. 1979. P. 804; *Pavelich J.* The Shareholder Judgment Rule: Delaware's Permissive Response to Corporate Vote-Buying // *The Journal of Corporation Law*. 2005. P. 249–250; *Rohrlich C.* Corporate Voting: Majority Control // *St. John's Law Review*. Vol. 7. Iss 2. Number 2. 1933. P. 225.

⁵ *Ehrick R.V.* Op. cit. P. 550.

ляется защита интересов государства от возможных нарушений, в то время как возможность аналогичного ущемления интересов корпорации посредством продажи голосов признается весьма призрачной¹. Так, в результате голосования на публичных выборах каких-либо прямых изменений в личной (в том числе имущественной) сфере голосующего не происходит, а потому даже если его голос будет отдан вопреки его собственным воззрениям, личная сфера напрямую не пострадает. В то же время в корпорации осуществление права голоса может напрямую повлиять на имущественную сферу участника, что выступает дополнительным сдерживающим фактором от возможных злоупотреблений, связанных с продажей голосов. Еще одним отличием голосования в корпорации от публичных выборов является то, что применительно к корпорациям существует рынок оборота долей и можно легально купить право голоса через приобретение доли, в то время как применительно к публичным выборам отсутствует рынок оборота гражданства, а потому легальная возможность купить право голоса иным, непрямым и легальным, способом отсутствует²;

– *опасность злоупотреблений в отношении миноритариев, недолжной мотивации при голосовании³ и причинения ущерба обществу⁴*: в этом отношении суды указывают, что установление платы за голосование приводит к противопоставлению экономических интересов члена корпорации и его интереса в справедливом голосовании на пользу корпорации, что подрывает цель голосования⁵, а именно его направленность на достижение общих целей, для которых участники объединились в компанию⁶. Однако цель голосования и его последствия должны оцениваться самостоятельно, в связи с этим если осуществленное «купленное» голосование вреда обществу не принесло, то вряд ли следует признавать недействительным соглашение о продаже голосов само по себе.

Тем не менее, несмотря на изложенные доводы против продажи голосов, в настоящий момент в ряде штатов США, в частности в наи-

¹ The Validity of Stockholders' Voting Agreements in Illinois // University of Chicago Law Review. Vol. 3. Iss. 4. Article 6. Editors' Notes (1936). P. 642 (URL: <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclevol3/iss4/6>).

² *Thompson R.B., Edelman P.H.* Op. cit. P. 225.

³ *Cone v. Russell & Mason*, 48 N.J. Eq. 208, 212, 21 Atl. 847, 849 (Ch. 1891).

⁴ The Irrevocable Proxy and Voting Control of Small Business Corporations // University of Pennsylvania Law Review. Vol. 98. Editors' Notes. 1950. P. 402.

⁵ *288 Crown EMAK Partners, LLC v. Kurz*, 992 A.2d 377, 388 (Del. 2010).

⁶ *Thompson R.B., Edelman P.H.* Op. cit. P. 153.

более либеральном в этом отношении штате Делавэр, в судебной практике наблюдается постепенный отход от признания соглашений о продаже голосов недействительными *per se*¹. В частности, в деле *Schreiber v. Carney* в 1982 г. суд признал действительным соглашение о покупке голосов (*vote-selling agreement*), заключенное с целью преодолеть возможное сопротивление оппозиции поглощаемой компании, поскольку голосование всех незаинтересованных акционеров (которые не участвовали в соглашении о покупке голосов) было проведено после того, как им был раскрыт факт заключения соглашения о покупке голосов, и тем не менее они проголосовали за поглощение². Это дело считается водоразделом в судебной практике: в нем суд указал, что продажа голосов не является недействительной сама по себе и подлежит оценке с точки зрения внутренней справедливости (*intrinsic fairness*) и может быть признана недействительной только в том случае, когда она направлена на обман или ущемление прав других участников. Законность соглашения презюмируется, а наличие цели причинить вред доказывается истцом, оспаривающим сделку, при этом проверка внутренней справедливости сделки судом не осуществляется, если о продаже голосов были проинформированы другие участники и сделка тем не менее была одобрена ими³.

В дальнейшем названный подход был поддержан в целом ряде решений, в которых суды указывали, что само по себе ожидание получить выгоды или преимущества в обмен на голосование определенным образом не делает соглашение о голосовании недействительным, если такие выгоды и преимущества получаются не за счет компании или других ее участников⁴. Суды признают допустимой скупку голосов, которая была предложена на равных условиях всем участникам с целью провести слияние компаний⁵, либо скупку голосов миноритарных участников в ситуации корпоративного конфликта, с условием о их выходе из корпорации в течение года⁶. В еще в одном деле суд признал

¹ *Boyer v. Nesbitt*, 227 Pa. 398, Pa. Supreme Court (1910); *Schreiber v. Carney*, 447 A.2d 17, 25 (Del.Ch. 1982).

² *Schreiber v. Carney*, 447 A.2d 17, 26 (Del.Ch. 1982).

³ *Clark R.C. Vote Buying and Corporate Law* // *Case Western Reserve Law Review*. Vol. 29:76. 1979. P. 806–807.

⁴ *Brightman v. Bates*, 175 Mass. 105, 55 N.E. 809, 810 (1900); *Davis v. Arguls Gas & Oil Sales Co.*, 167 Misc. 377, 3 N.Y.S.2d 241 (Sup. Ct. 1938).

⁵ *Kass v. E. Airlines, Inc.*, Civ. A. Nos. 8700, 8701, 8711, 1986 WL 13008 (Del.Ch. Nov. 14, 1986).

⁶ *Weinberger v. Bankston*, Civ. A. No. 6336, 1987 WL 20182 (Del.Ch. Nov. 19, 1987).

допустимой косвенную покупку голоса, а именно соглашение о покупке доли по цене выше рынка на 40%, но с условием о немедленном получении права голосовать еще до формального переоформления перехода титула, поскольку очевиден интерес покупателя в осуществлении права голосования¹. В сходном деле, рассмотренном Верховным судом штата Делавэр в 2010 г., Суд признал допустимой покупку права голосования (по безотзывной доверенности) будущим покупателем долей, который нуждался в немедленном участии в общем собрании, однако приобретение им титула на доли было сопряжено с рядом формальностей, в связи с чем он не успевал переоформить доли на себя до ближайшего собрания².

Таким образом, когда соглашение о продаже голосов не имеет незаконной цели и не направлено на обман других участников компании, оно признается действительным, при этом суды признают, что нет обмана там, где участники по соглашению обязываются к тому, что они и так были вправе совершить, и в отсутствие такого соглашения³. Еще одним аргументом в пользу действительности соглашений о продаже голосов служит факт его раскрытия другим, не участвующим в нем, членам компании, поскольку в этом случае другие члены компании были поставлены в известность о факте заключения соглашения и не полагались при принятии решений на независимость купленных голосов⁴.

В то же время недействительными признаются соглашения о продаже голосов, имеющие незаконную цель либо направленные на обман других участников компании и причиняющие ущерб их имущественным интересам, в частности, недействительной признается скупка голосов членом корпорации во времена ее финансовых трудностей с целью утвердить определенные кандидатуры в менеджменте компании для последующего вытеснения ее с рынка⁵. Последствием признания соглашения недействительным в таком случае является то, что купленные голоса не учитываются при подсчете итогов голосования и результаты подводятся с учетом голосования незаинтересованных

¹ Wincorp Realty Invs., Inc. v. Goodtab, Inc., No. 7314, 1983 WL 8948 (Del.Ch. Oct. 13, 1983).

² 288 Crown EMAX Partners, LLC v. Kurz, 992 A.2d 377, 388 (Del. 2010).

³ Roberts v. Whitson, 188 S.W.2d 875 (Tex. Civ. App. 1945); Irwin v. Prestressed Structures, Inc. 420 S.W.2d 491 (Tex. Civ. App. 1967).

⁴ Brady v. Bean, 221 Ill. App. 279 (1921).

⁵ Chew v. Inverness Management. Corp., Del.Ch. 352 A.2d 426 (1976).

участников компании¹ либо суд назначает новое голосование и ответственное за его проведение лицо².

Обращаясь к анализу опыта **Германии** в данном вопросе, отметим, что в немецком акционерном законодательстве существует запрет на покупку голосов, согласно которому продажа, равно как и покупка голосов в акционерном обществе, признается правонарушением (§ 405 (3) Закона об АО). Однако в законе об обществах с ограниченной ответственностью аналогичный запрет отсутствует. Ряд авторов приходят к выводу о том, что указанный запрет должен применяться к обществам с ограниченной ответственностью по аналогии закона³. Однако современная германская судебная практика исходит из того, что договоренность о встречном предоставлении за осуществление права голосования в обществах с ограниченной ответственностью сама по себе не приводит к недействительности соглашения⁴. Противоречие добрым нравам, согласно § 138 ГГУ, не может проистекать уже из одного того факта, что участник получил встречное предоставление за подачу голоса, и встречное предоставление за подачу голоса не должно пониматься как правонарушение либо взятка⁵.

В этом отношении немецкие авторы обращают внимание на то, что преследование собственного интереса для участника общества при голосовании само по себе не является незаконным. Определяющим критерием в этом отношении должен служить тот факт, было ли голосование само по себе, независимо от полученного вознаграждения, осуществлено в противоречии с обязанностью по сохранению верности обществу⁶. Другими словами, участник мог проголосовать в интересах общества, несмотря на то что ему было обещано вознаграждение за это, а потому осуществленное им голосование подлежит самостоятельной оценке. Примером нарушения обязанности сохранять верность обществу является случай, когда генеральный директор посредством соглашения о покупке голосов согласовывает для себя повышенную компенсацию в ущерб обществу, которая выплачивается за счет общества

¹ Macht v. Merchants Mortgage Credit Company, 22 Del.Ch. 74, 194 A. 19 (1937).

² Hall v. Isaacs, Del.Ch., 146 A.2d 602 (1958).

³ GmbHG § 47 AbstimmungSchindlerBeck'scher Online-Kommentar GmbHG, Ziemons/Jaeger, 30. Edition Stand.: 01.02.2017, Rn. 62–75.1 // BeckOnline (URL: <https://beck-online.beck.de/>).

⁴ OLG Nürnberg Urt. v. 23.08.1988, 1 U 3651/87, NJW-RR 1990, 675.

⁵ Zöllner, Noack. GmbHG § 47 Abstimmung // Baumbach, Hueck, GmbH-Gesetz 21 Auflage 2017, Rn. 113–122 // BeckOnline (URL: <https://beck-online.beck.de/>).

⁶ Ibidem.

и тем самым может нарушать интересы миноритариев¹. В то же время соглашение о взаимном избрании участниками друг друга на высокооплачиваемые должности в одном обществе или в обществах в рамках одной группы не является недействительным, поскольку в этом случае отсутствует признак возмездности в смысле продажи голосов².

Обращаясь к анализу **российского подхода**, отметим, что в российской доктрине в отношении допустимости продажи голосов также существуют диаметрально противоположные позиции. Ряд авторов выступают строго против соглашений, предусматривающих продажу голосов, аргументируя это тем, что такие соглашения приводят к нарушению обязанности участника голосовать в лучших интересах общества³ и посредством таких сделок происходит перераспределение корпоративного контроля некорпоративным путем⁴. При этом право голосования рассматривается не как право, а как правомочие, осуществление которого подчинено цели, для которой оно предоставлено, а именно для достижения общей цели общества и действия в его интересах⁵. Аналогичную позицию занимают и представители экспертного сообщества, в частности Совет по кодификации в своем экспертном заключении на проект поправок в корпоративное законодательство высказался против допустимости продажи голосов, поскольку при этом «фактически происходит отчуждение неимущественного права, которое неразрывно связано с имущественными правами и входит в единый комплекс с ними»⁶.

Тем не менее в литературе можно встретить и иную позицию, сторонники которой признают, что продажа голосов действительно может создать почву для злоупотреблений, однако бороться с ними нужно не методами корпоративного права⁷. В связи с этим авторы указывают,

¹ *Zöllner, Noack. GmbHG § 47 Abstimmung // Baumbach, Hueck, GmbH-Gesetz 21 Auflage 2017, Rn. 113–122 // BeckOnline (URL: <https://beck-online.beck.de>).*

² *Ibidem.*

³ *Суворов Е.Д. Договоры об осуществлении корпоративных прав // Вестник ВАС РФ. 2011. № 10.*

⁴ *Романец Ю.В. Система договоров в гражданском праве России: монография. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, Инфра-М, 2013 (СПС «КонсультантПлюс»).*

⁵ *Суворов Е.Д. К вопросу о допустимости осуществления права голосования по указанию третьего лица за вознаграждение // Вестник ВАС РФ. 2011. № 9.*

⁶ См. п. 8 Экспертного заключения Совета по кодификации от 4 июля 2016 г. № 155-2/2016.

⁷ *Горбунов Е.Ю. О договорах «продажи голосов» третьим лицам // Вестник ВАС РФ. 2012. № 9. С. 76–84 (СПС «КонсультантПлюс»).*

что поскольку запрет продажи голосов участниками хозяйственных обществ не вытекает ни из буквального, ни из телеологического толкования действующего законодательства и, более того, для такого запрета нет политико-правовых причин, защита интересов других участников и самого общества должна быть обеспечена не запретительными мерами, а путем совершенствования правил о раскрытии информации и механизмов защиты в случае нарушения фидуциарных обязанностей участниками общества¹.

Более того, ряд авторов обоснованно полагают, что вопрос о допустимости продажи голосов следует ставить несколько шире — как вопрос о принципиальной допустимости голосования по указанию третьего лица. В связи с этим отсутствуют какие-либо политико-правовые аргументы в пользу запрета для участника обязаться сделать то же самое, т.е. проголосовать по указаниям иного лица (будь то другой участник либо третье по отношению к корпорации лицо), только в обмен на встречное предоставление². В свою очередь те аргументы, которые приводятся против продажи голосов, в частности аргумент о недопустимости расщепления права голоса и права на долю и размытия корпоративного контроля, в равной степени применимы и к обычным соглашениям о голосовании по указанию другого участника или третьего лица, которые, однако, напрямую признаются российским правопорядком³.

На наш взгляд, к рассмотрению вопроса о действительности соглашений о продаже права голоса следует подходить с максимальной осторожностью, и такие соглашения должны подлежать детальной оценке в каждом конкретном случае⁴. В этом отношении целесообразно было бы согласиться с мнением тех американских судей, которые считают, что данные соглашения не следует расценивать как недействительные *a priori*, однако их негативная коннотация столь сильна, что их скорее следует считать оспоримыми и устанавливать повышенный стандарт проверки целей их заключения. Тем не менее принципиальных возражений против заключения соглашений о продаже голосов, которые бы не были в равной степени применимы и к обычным соглашениям

¹ Горбунов Е.Ю. О договорах «продажи голосов» третьим лицам // Вестник ВАС РФ. 2012. № 9. С. 76–78.

² Каранетов А.Г. Почему запрещается продавать право голоса на общем собрании акционеров (участников)? (URL: https://zakon.ru/blog/2015/3/31/pochemu_zapreshhaetsya_prodat_pravo_golosa_na_obshhem_sobranii_akcionerov_uchastnikov (дата обращения: 22.10.2018)).

³ Там же.

⁴ *Val R. Op. cit.* P. 338.

о голосовании, мы не видим. В связи с этим если за участником принципиально признается право подчинить свой голос чужим указаниям без получения прямого встречного предоставления, то следует признать и допустимость подобного подчинения за плату. К тому же безвозмездность в первом случае в большинстве своем только кажущаяся, поскольку подчинение голоса другому лицу никогда не происходит абсолютно безвозмездно, нередко за этим кроется какой-либо личный интерес участника. Кроме того, достичь фактически той же цели, как при продаже голосов, но легальным способом, позволяет заключение договора РЕПО на время проведения общего собрания, что по своим последствиям не будет отличаться от покупки голосов¹. Если той же цели можно достичь другими и притом легальными методами, то не ясны политико-правовые и законные основания для запрета продажи голосов.

В связи с этим, на наш взгляд, само по себе условие соглашения о получении вознаграждения за реализацию права голоса не должно приводить к недействительности такого соглашения и осуществленного в соответствии с ним голосования. Голосование на предмет его действительности должно оцениваться отдельно, с точки зрения того, нарушаются ли именно осуществленным голосованием, а не фактом заключения соглашения самим по себе фидуциарные обязанности участника или нет. В качестве дополнительных гарантий защиты прав других участников и общества, которые могут быть нарушены в результате продажи голосов, можно предусмотреть ряд механизмов, которые одновременно могли бы выступать в качестве дополнительных условий действительности подобного рода соглашений, в частности установление обязанности раскрытия информации о факте заключения такого соглашения всем участникам до голосования², и иные механизмы, выработанные в зарубежных правовых порядках.

5. Правовые последствия нарушения соглашения о порядке голосования

Одним из ключевых вопросов при анализе соглашений о порядке голосования является вопрос о возможных последствиях их нарушения, учитывая, что в отсутствие эффективных механизмов защиты

¹ Будылин С. Дело о купленных голосах. Может ли акционер продать право голоса? (URL: https://zakon.ru/blog/2015/4/1/delo_o_kuplennyx_golosax_mozhet_li_akcioner_prodat_pravo_golosa (дата обращения: 22.10.2018)).

² Ну Н.Т.С., Блэк В. The New Vote Buying: Empty Voting and Hidden (Morphable) Ownership // Southern California Law Review. Vol. 79. N 4. May 2006. P. 907.

прав участников таких соглашений теряется практический смысл в их заключении¹, поскольку в этом случае они переходят в разряд джентльменских соглашений².

Учитывая, что институт корпоративного договора находится на стыке корпоративного и обязательственного права можно классифицировать последствия нарушения корпоративного договора на три условные группы: обязательственные средства защиты (взыскание убытков, неустойки и компенсации), корпоративно-обязательственные (признание сделки недействительной) и корпоративные (признание недействительными решений органов хозяйственного общества, нарушающих условия корпоративного договора, заключенного между всеми участниками общества, иные формы присуждения к исполнению в натуре)³.

5.1. Обязательственные средства защиты: убытки, неустойка, компенсация

Учитывая, что по своей правовой природе соглашение о порядке голосования является в первую очередь договором, за его нарушение могут быть применены стандартные обязательственные средства защиты, такие как возмещение убытков, взыскание неустойки или компенсации. Однако проблема заключается в том, что данные средства защиты далеко не всегда способны восстановить нарушенные права истца.

Взыскание **убытков** как одно из последствий нарушения соглашения о голосовании признается как англосаксонскими⁴, так и континентальными правопорядками⁵. Однако проблема во взыскании убытков за нарушение соглашения о голосовании заключается в том, что в данном случае крайне сложно доказать их размер⁶. Еще более сложной задачей

¹ Как указывал профессор В.П. Грибанов, без эффективных средств правовой защиты выхолащивается сам смысл права, предоставленного субъекту (см.: *Грибанов В.П.* Осуществление и защита гражданских прав. М.: Статут, 2001. С. 104).

² *Гармаев А.* Российское право для совместных предприятий // *эж-Юрист.* 2014. № 38 (СПС «КонсультантПлюс»).

³ *Варюшин М.С.* Указ. соч. С. 148.

⁴ *Gomtsyan S.* Op. cit. P. 131.

⁵ См.: *GmbHG § 47 Abstimmung Schindler Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, Ziemons/Jaeger*, 30. Edition Stand.: 01.02.2017 Rn. 62–75.1 // BeckOnline (URL: <https://beck-online.beck.de/>); *Schneider D.* Op. cit. P. 238.

⁶ См.: *Specific Enforcement of Shareholder Voting Agreements* // *The University of Chicago Law Review.* Vol. 15. No. 3, 1948. P. 744; *Gomtsyan S.* Op. cit. P. 119.

является установление причинно-следственной связи между потерями истца и нарушением соглашения, поскольку зачастую данная связь имеет косвенный характер и последствия нарушения соглашения могут быть слишком отдаленными, а их причины неочевидными¹. Даже когда речь идет о голосовании по вопросам, имеющим имущественную составляющую, в частности об одобрении крупной сделки или реорганизации, данные вопросы зачастую являются скорее бизнес-решением, последствия которого в сравнении с альтернативным вариантом развития событий очень сложно спрогнозировать и сравнить. Следовательно, убытки от принятия данного решения, тем более не для общества в целом, а для конкретной стороны соглашения, крайне сложно оценить. Задача их доказывания еще более усложняется, когда речь идет о сугубо организационных вопросах, таких как голосование за определенные кандидатуры в органы управления. Как справедливо отмечается в литературе, в этом случае доказать убытки от нарушения договора практически невозможно². В связи с этим убытки в случае нарушения соглашения о порядке голосования далеко не всегда являются равноценной компенсацией, что признается как в зарубежных³, так и в российском законодательстве. Этим объясняется недопустимость данного института на практике.

В связи с этим практикующие юристы зарубежных правовых систем, в частности Германии, рекомендуют согласовывать в соглашении о голосовании заранее определенную **компенсацию (неустойку)** на случай его нарушения⁴. В Англии, учитывая недопустимость установления в договоре неустойки (*penalty*), которая признается недействительной ввиду ее нацеленности на устрашение должника (*in terrorem*), в этом отношении на практике прибегают к институту заранее оцененных убытков (*liquidated damages*)⁵. Установление их в договоре допускается при соблюдении условий о том, что существо обязательства не позволяет оценить возможный размер убытков за его нарушение (что имеет место в случае с соглашением о голосовании), и заранее оцененные убытки

¹ Варюшин М.С. Указ. соч. С. 135.

² Бородкин В.Г. Гражданско-правовое регулирование корпоративного договора: дис. ... канд. юрид. наук. С. 212.

³ O'Neal F.H. Protecting Shareholders' Control Agreements Against Attack. P. 197. К такому же выводу пришел Верховный суд Германии в деле BGH 29.05.1967, II ZR 105/66.

⁴ GmbHG § 47 Abstimmung Schindler Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, Ziemons/Jaeger 30. Edition Stand: 01.02.2017. Rn. 62–75.1 // BeckOnline (URL: <https://beck-online.beck.de/>).

⁵ Gomtsyan S. Op. cit. P. 131.

в таком случае представляют собой разумную оценку сторонами возможного размера ущерба, который они могут понести в будущем.

Неустойка или компенсация заранее оцененных убытков являются удачной альтернативой взысканию убытков, поскольку освобождают истца от необходимости доказывания их размера. Однако применительно к российскому правопорядку в части использования института неустойки возникает проблема с ее возможным снижением судом в случае спора (ст. 333 ГК РФ). Для минимизации изложенных рисков изначально при разработке проекта изменений в корпоративное законодательство в 2007 г. предлагалось ввести институт неснижаемой неустойки, исключив применение ст. 333 ГК РФ к корпоративным договорам. Однако данное предложение было решительно отвергнуто Советом по кодификации¹ как противоречащее компенсационной природе неустойки и ч. 3 ст. 17 Конституции РФ в свете правовой позиции Конституционного Суда РФ по ст. 333 ГК РФ².

В связи с этим в качестве компромиссного варианта в Законе об АО наряду с неустойкой закрепили возможность взыскания компенсации, что породило споры в доктрине о том, является ли такое параллельное закрепление сигналом к тому, что компенсация обладает отличной от неустойки правовой природой и не подлежит снижению³ либо все-таки к компенсации по аналогии подлежит применению ст. 333 ГК РФ⁴. Последняя позиция представляется более верной, что подтверждается судебной практикой высших судов по аналогичным ситуациям, допускающей, в частности, снижение размера компенсации

¹ См.: Стенограмма заседания Совета при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства, 29 октября 2007 г. // Вестник гражданского права. 2008. № 1 (выступление Г.Е. Авилова) (URL: <http://w.pc-forums.ru/b11022.html>).

² Определение КС РФ от 21 декабря 2000 г. № 263-О.

³ См.: *Шиткина И.С.* Соглашения акционеров (договоры об осуществлении прав участников) как источник регламентации корпоративных отношений // *Хозяйство и право*. 2011. № 2. С. 38; *Ломакин Д.В.* Договоры об осуществлении прав участников хозяйственных обществ как новелла корпоративного законодательства // *Вестник ВАС РФ*. 2009. № 8; *Степкин С.П.* Гражданско-правовой институт акционерных соглашений: монография. М.: Петруруш, 2011 (СПС «КонсультантПлюс»); *Корнев И., Арутюнян В.* Акционерное соглашение: заключение, содержание и исполнение // *Корпоративный юрист*. 2010. № 1 (СПС «КонсультантПлюс»).

⁴ См.: *Суворов Е.Д.* Договоры об осуществлении корпоративных прав // *Вестник ВАС РФ*. 2011. № 10; *Степанов Д.И., Фогель В.А., Шрамм Х.-Й.* Корпоративный договор: подходы российского и немецкого права к отдельному вопросу регулирования // *Вестник ВАС РФ*. 2012. № 10; *Бородкин В.Г.* Гражданско-правовое регулирование корпоративного договора: дис. ... канд. юрид. наук. С. 215.

за нарушение исключительных прав ниже установленного законом предела¹ и второй части подлежащего возврату задатка².

Позитивным является то, что актуальная российская судебная практика не склонна снижать размер неустойки за нарушение соглашения о голосовании и суды готовы присуждать ее в довольно существенном размере. Так, в одном из дел суд первой инстанции, рассматривая вопрос о взыскании штрафа в размере 2,5 млн руб. с каждого из двух участников общества за нарушение ими соглашения о голосовании, в котором стороны обязались проголосовать за проведение реорганизации, суд первой инстанции первоначально снизил размер компенсации до 50 тыс. руб. с каждого, ссылаясь на несоразмерность штрафа. Однако апелляционная инстанция с данным выводом не согласилась и взыскала штраф в первоначально заявленном размере (2,5 млн руб.), учитывая значительный размер уставного капитала общества (200 млн руб., из которых истец, инвестиционный фонд, внес 60 млн), а также то обстоятельство, что указанный размер штрафа был согласован сторонами добровольно и ответчики не представили доказательств того, что не могли повлиять на изменение условий договора при его заключении (ст. 428 ГК РФ)³. В другом деле суд взыскал с ответчика предусмотренную договором неустойку в размере 50% суммы рыночной стоимости недвижимого имущества, принадлежащего обществу, что составило 722 729 050 руб. за каждое нарушение, выразившееся в единоличном принятии ответчиком решений об увеличении уставного капитала и избрании себя генеральным директором, поскольку в соглашении договорились принимать такие решения совместно⁴.

Таким образом, в отличие от убытков неустойка (либо компенсация) может стать эффективной мерой защиты от нарушений соглашений о голосовании, при условии, что ее размер не будет произвольно снижаться судами.

¹ Постановление КС РФ от 13 декабря 2016 г. № 28-П «По делу о проверке конституционности подпункта 1 статьи 1301, подпункта 1 статьи 1311 и подпункта 1 пункта 4 статьи 1515 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с запросами Арбитражного суда Алтайского края».

² См. п. 8 Постановления Пленума ВАС РФ от 22 декабря 2011 г. № 81 «О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации».

³ См. судебные акты по делу № А45-12277/2015: решение АС Новосибирской области от 12.10.2015; постановлениями вышестоящих инстанций оставлено в силе, Определением Верховного Суда РФ от 3 октября 2016 г. № 304-ЭС16-11978 отказано в передаче дела для пересмотра.

⁴ Постановление АС Московского округа от 04.04.2017 № Ф05-7372/2013 по делу № А40-65834 (СПС «КонсультантПлюс»).

5.2. Недействительность сделок, противоречащих корпоративному договору

В качестве особого средства правовой защиты в ситуации нарушения корпоративного договора п. 6 ст. 67.2 ГК РФ предусматривает возможность оспаривания сделок, заключенных в нарушение корпоративного договора его стороной, если контрагент знал или должен был знать об ограничениях, предусмотренных корпоративным договором.

Как справедливо отмечается в литературе, указанное средство защиты является нехарактерным случаем предоставления абсолютной защиты относительно обязательству, что тем не менее соответствует базовым принципам гражданского права – добросовестности и недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела¹. В зарубежных право порядках, в частности в Англии, США и Германии, аналогичные нормы применительно к соглашениям о голосовании отсутствуют, однако существуют другие механизмы, позволяющие достичь сходного правового эффекта. В частности, в англосаксонских право порядках существует особый институт деликтного права – неправомерное вмешательство в чужие договорные отношения (*tortious interference with contract*), который наделяет пострадавшую сторону правом на деликтный иск к недобросовестному интервенту, при условии, что последний знал о наличии договора и предусмотренных в нем рестриктивных условиях². В Германии в случае, когда аналогичными действиями умышленно причиняется ущерб другой стороне, такие действия могут быть пресечены как противоречащие добрым нравам³.

Однако необходимо учитывать, что названные доктрины применяются за рубежом только в исключительных случаях, а потому редко встречаются на практике⁴. Равным образом представители

¹ Варюшин М.С. Указ. соч. С. 139.

² Карпетов А. Г. Модели защиты гражданских прав: экономический взгляд. Ч. I, II // Вестник экономического правосудия. 2014. № 11–12 (URL: http://www.m-logos.ru/publications/karapetov_ag_modeli_zashity_gragdanskih_prav_ekonomicheskyy_vzglyad_chasti_12_vestnik_ekonomicheskogo_pravosudia__11-122015/?_openstat=conсети;ВЭП_11-12;статья%20АГКарпетова (дата обращения: 11.10.2018)).

³ Усачева К.А. Краткая справка по вопросу о допустимости абсолютной защиты и противопоставимости обязательственных прав по немецкому праву // Юридический институт «М-Логос» (URL: http://m-logos.ru/img/Spravka_K.A.Usachevoi_po_nepesecomu_pravu.pdf (дата обращения: 12.10.2018)).

⁴ Осипенко К.О. Договор об осуществлении прав участников хозяйственных обществ в российском и английском праве. М.: Инфотропик Медиа, 2016 (СПС «КонсультантПлюс»).

российской доктрины придерживаются мнения, что случаи оспаривания сделок по причине их противоречия корпоративному договору также будут весьма редким явлением ввиду сложности доказывания субъективной недобросовестности контрагента¹, а также учитывая конфиденциальный характер содержания корпоративного договора в непубличных обществах². Ряд авторов даже полагают, что поскольку в непубличных обществах информация о факте заключения корпоративного договора сообщается только обществу, то обязанность по ознакомлению с данным договором можно возложить только на участников общества³. Это означает, что сделка, противоречащая корпоративному договору, может быть оспорена, только если она заключена между участниками⁴, в то время как в отношении третьих лиц должна работать презумпция, что по общему правилу они не должны интересоваться фактом заключения корпоративного договора и на них не может быть возложено бремя уточнения его содержания для целей проверки сделки, которую они планируют заключить с одной из сторон такого договора, хотя в литературе высказывается и иная позиция⁵.

На наш взгляд, учитывая позицию Верховного Суда РФ, согласно которой на третьих лиц не может быть возложена обязанность проверять установление ограничений, содержащихся даже в общедоступном уставе компании⁶, тем более на них не может быть возложен риск незнакомления с содержанием конфиденциального корпоративного договора, за исключением случаев, когда его положения были прямо доведены до сведения третьего лица.

¹ *Ломакин Д.В.* Договоры об осуществлении прав участников хозяйственных обществ как новелла корпоративного законодательства // Вестник ВАС РФ. 2009. № 8.

² *Варюшин М.С.* Указ. соч. С. 138.

³ *Бородкин В.Г.* Способы защиты стороны корпоративного договора // Право и экономика. 2015. № 10. С. 33–37 (СПС «КонсультантПлюс»).

⁴ *Варюшин М.С.* Указ. соч. С. 138–139.

⁵ В частности, *Я.О. Смородин* указывает, что третьи лица также должны озадачиться вопросом об ознакомлении с содержанием корпоративного договора и принять разумные меры в этом отношении при заключении договора с одной из его сторон (см.: *Смородин Я.О.* Несколько мыслей о корпоративном договоре в свете реформирования гражданского законодательства // *Опыты цивилистического исследования: сб. ст. / рук. авт. кол. и отв. ред. А.М. Ширвиндт, Н.Б. Щербаков. М.: Статут, 2016 (СПС «КонсультантПлюс»).*

⁶ См. п. 22 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

Аналогичных подходов придерживаются и зарубежные правопорядки, в частности в штате Техас в США соглашение о голосовании, заключенное между частью участников общества, подлежит депонированию в офисе компании и должно быть доступно для ознакомления всем, кто имеет законное право знакомиться с внутренними документами компании. Вместе с тем такое соглашение может быть противопоставлено третьим лицам, в частности приобретателю доли, только если он знал о его заключении, в частности, если соответствующее уведомление содержалось в свидетельстве на акции (доли) либо ему было направлено персональное уведомление от лица компании¹.

Необходимо отметить, что та немногочисленная судебная практика, которая сложилась по данному вопросу, подходит к применению института недействительности в случае нарушения корпоративного договора крайне ограничительно. В частности, судом было отказано в иске кредитора о признании недействительным выхода участника из общества в нарушение заключенного с кредитором договора об осуществлении корпоративных прав, поскольку суд посчитал, что в этом случае кредитор вправе требовать применения только обязательственных средств защиты, указанных в договоре, но не восстановления вышедшего участника в обществе².

Таким образом, признавая принципиальную допустимость такого средства защиты, как признание сделки недействительной в ситуации нарушения корпоративного договора, необходимо также учитывать установленные законом механизмы защиты интересов третьих лиц от их возможного ущемления в этом случае.

5.3. Иные средства защиты: лишение права голоса, лишение дивидендов, принудительный выкуп долей (акций)

Одним из наиболее дискуссионных в российской доктрине является вопрос о том, вправе ли участники предусмотреть в самом соглашении последствия его нарушения, не указанные в законе, в частности такие последствия, как лишение права голоса, лишение дивидендов либо принудительный выкуп долей (акций) наруши-

¹ См. § 6.252 Кодекса о коммерческих организациях штата Техас (Texas Business Organizations Code).

² Постановление Четырнадцатого ААС от 21.09.2018 по делу № А05-5165/2018 (СПС «КонсультантПлюс»).

теля. Указанная дискуссия во многом обусловлена влиянием англосаксонских право порядков в данном вопросе, которые допускают весьма широкий спектр средств защиты от нарушения соглашения о голосовании, допуская в качестве таковых, в частности понуждение нарушителя к продаже долей по заранее определенной цене¹, прекращение права назначения директора, лишение права голосования и права вето и ряд других².

По мнению ряда российских авторов, на основе принципа свободы договора следует допустить возможность установления указанных средств защиты в соглашении о голосовании и в России³, учитывая их высокую практическую эффективность⁴. При этом авторы не отрицают, что применение указанных мер возможно при условии соблюдения разумных ограничителей, в частности, оно должно быть соразмерно последствиям допущенного стороной соглашения нарушения⁵ и не должно быть связано с поражением участника в корпоративных правах на чрезмерно длительный срок⁶.

Однако существует и более консервативная позиция, сторонники которой указывают, что такие способы защиты (прекращение права голоса, прекращение права вето, прекращение права назначения директора компании и иные) не предусмотрены законом и направлены на существенное ограничение корпоративных прав, а потому их применение недопустимо⁷. По их мнению, применение мер корпоративно-правовой ответственности к нарушителю без установления соответствующих механизмов в корпоративном законодательстве не пред-

¹ *Gomtsyan S.* Op. cit. P. 131.

² Commercial law handbook. P. 211 (цит. по: *Осипенко К.О.* Договор об осуществлении прав участников хозяйственных обществ в российском и английском праве. М.: Инфотропик Медиа, 2016 (СПС «КонсультантПлюс»)).

³ *Барышев М.А.* Оценка исполнимости в России стандартных условий корпоративного договора, характерных для английского право порядка // Вестник Арбитражного суда Московского округа. 2016. № 3. С. 54–69 (СПС «КонсультантПлюс»).

⁴ *Басова Т.Ю.* Корпоративные договоры в рамках холдинговых структур // Право и экономика. 2011. № 12. С. 33–39 (СПС «КонсультантПлюс»).

⁵ *Степкин С.П.* Гражданско-правовой институт акционерных соглашений: монография. М.: Петрурош, 2011 (СПС «КонсультантПлюс»).

⁶ *Степанов Д.И.* Договор об осуществлении прав участников ООО // Вестник ВАС РФ. 2010. № 12. С. 91.

⁷ *Осипенко К.О.* Договор об осуществлении прав участников хозяйственных обществ в российском и английском праве. М.: Инфотропик Медиа, 2016 (СПС «КонсультантПлюс»).

ставляется возможным и сопряжено с риском полной парализации деятельности общества¹.

Тем не менее мы не видим каких-либо серьезных препятствий для практического применения данных мер, в особенности потому, что того же практического эффекта можно достичь пусть и более длительными, но вполне легальными средствами, которые закон допускает уже сейчас. В частности, сходный с лишением права голоса правовой эффект можно достичь, установив в качестве последствия нарушения соглашения обязанность нарушителя голосовать по указаниям потерпевшего, что исключит изложенный выше риск парализации деятельности общества, поскольку голос от имени участника все-таки будет подан, но другим лицом.

Применительно к лишению дивидендов также можно предусмотреть в договоре между участниками условное обязательство по перечислению полученных в качестве дивидендов сумм в адрес нарушителя при наступлении предусмотренного в договоре условия (в данном случае — нарушения корпоративного договора). Если раньше подход к подобным условиям был весьма ограничительный и суды не допускали ситуаций, когда наступление условий зависело от воли одной из сторон, то сейчас закон это прямо разрешает (ст. 327.1 ГК РФ).

В отношении принудительного выкупа долей (акций) — его также можно сформулировать в качестве условного обязательства. Кроме того, в случае если договор заключен между предпринимателями, сходного правового эффекта можно достичь, передав в качестве обеспечения исполнения обязательств из корпоративного договора в залог долю участника и закрепив в качестве способа реализации залога оставление долей (акций) за залогодержателем².

Вместе с тем необходимо отметить, что закрепление в соглашении о голосовании условия о возможности принудительного выкупа долей участника общества по своим правовым последствиям равносильно исключению участника из общества³. В связи с этим принудительный

¹ *Бородкин В.Г.* Гражданско-правовое регулирование корпоративного договора: дис. ... канд. юрид. наук. С. 216.

² *Степкин С.П.* Указ. соч.

³ Корреляцию между институтом исключения участника и принудительным выкупом долей (акций) в свете подходов, принятых в зарубежных правовых системах, см.: *Кузнецов А.А.* Исключение участника из общества с ограниченной ответственностью: теоретическая конструкция и вопросы практики применения // *Вестник гражданского права.* 2012. № 5 (СПС «КонсультантПлюс»).

выкуп долей, равно как и исключение, не может быть безмотивным¹ и должен служить санкцией за нарушение участником условий соглашения.

Что касается судебной практики, то ранее она признавала недопустимыми подобные условия о принудительной продаже акций (долей) в случае нарушения соглашения². Однако в настоящий момент подход судов уже не столь критичен. Так, в одном из дел предметом судебного рассмотрения стал спор между тремя участниками, двое из которых обратились в суд против третьего с иском о признании за ними права собственности на его долю ввиду нарушения им условия соглашения (неуплаты очередного транша по кредиту). Учитывая, что два первых участника свои транши также не оплатили, суд в иске отказал, не сказав, однако, что условие соглашения о принудительном выкупе долей было недействительным само по себе³.

Таким образом, на наш взгляд, следует допустить разумное расширение перечня способов защиты в случае нарушения корпоративного договора и соглашения о голосовании как его разновидности, что будет стимулировать стороны к соблюдению взятых на себя обязательств. Однако в этом отношении, безусловно, следует учитывать необходимость соблюдения определенных ограничений с целью не допустить чрезмерного ущемления корпоративных прав участников общества.

5.4. Допустимость требования об исполнении соглашения о порядке голосования в натуре

Как показал изложенный выше анализ, далеко не все средства защиты действительно способны восстановить нарушенный интерес стороны соглашения о голосовании. В связи с этим встает вопрос о допустимости понуждения к исполнению соглашения о голосовании в натуре, что нередко служит единственной мерой, которая может дать адекватную защиту⁴.

¹ Кузнецов А.А. Пределы автономии воли в корпоративном праве: краткий очерк. С. 102.

² См. судебные акты по делу ОАО «Мегафон»: Постановление ФАС Западно-Сибирского федерального округа от 31.03.2006 по делу № Ф04-2109/2005(14105-А75-11), Ф04-2109/2005(15210-А75-11), Ф04-2109/2005(15015-А75-11), Ф04-2109/2005(14744-А75-11), Ф04-2109/2005(14785-А75-11) (СПС «КонсультантПлюс»).

³ Постановление Пятого ААС от 13.08.2015 № 05АП-6545/2015 по делу № А51-1766/2015 (СПС «КонсультантПлюс»).

⁴ Delaney E. T. Op. cit. P. 66.

Данный вопрос важен еще и потому, что во многом от того, какие средства защиты предоставляются в ситуации нарушения соглашения, зависит степень предоставляемой сторонам свободы договора¹. В рамках обязательственной парадигмы и таких способов защиты, как убытки или неустойка, нет проблемы в том, чтобы руководствоваться принципом свободы договора в полном объеме и оценивать действительность соглашения исключительно с точки зрения норм обязательственного права, поскольку интересы общества и третьих лиц не затрагиваются. Иным образом обстоит дело с исполнением в натуре, которое в определенных случаях может затрагивать интересы общества и третьих лиц, что требует установления дополнительных ограничений. Кроме того, возникает проблема с тем, чтобы обеспечить реальность исполнения в натуре, что в случае с осуществлением голосования требует выработки дополнительных механизмов, которые мы рассмотрим далее.

Обращаясь к вопросу о принципиальной допустимости понуждения к исполнению соглашения о голосовании в натуре, необходимо отметить, что для признания этой идеи зарубежным правопорядкам потребовалось пройти определенную эволюцию в части допущения понуждения к исполнению соглашения в натуре, а также в плане выработки конкретных форм такого понуждения.

В англосаксонских правопорядках, в частности в США, на первоначальном этапе подход к допустимости исполнения соглашения о голосовании в натуре разнился от штата к штату — суды некоторых штатов признавали такую возможность, в то время как другие отрицали². При этом ранее американские суды ставили исполнение соглашения в натуре в зависимость от ряда условий, в частности от наличия у истца интереса в самих долях³ либо от возможности усмотреть в соглашении наличие подразумеваемого полномочия на голосование от имени других участников⁴. Однако данные критерии вызывали возражения в литературе, поскольку критерий интереса является весьма широким и фактически «неуловимым», а усмотрение

¹ *Val R. Op. cit.* P. 345.

² *Haldeman v. Haldeman*, 176 Ky. 635, 197 S. W. 376 (1917); *Weil v. Beresth*, Supreme Court of Connecticut, 154 Conn. 12 (1966).

³ *Smith v. San Francisco Ry.*, 115 Cal. 584, 47 Pac. 582 (1897).

⁴ *Ringling Bros.-Barnum & Bailey Combined Shows, Inc. v. Ringling*, 29 Del.Ch. 610, 622 (Del.Ch. 1947).

в соглашении подразумеваемого полномочия в свою очередь требует слишком широкого толкования условий соглашения¹.

Впоследствии судебная практика отошла от данных критериев и в настоящий момент при оценке принципиальной допустимости при-суждения к исполнению соглашения в натуре прибегает только к общему для всех случаев присуждения *specific performance* критерию отсутствия иных адекватных средств защиты, которые могли бы удовлетворить интерес истца², что в случае с соглашением о голосовании, как правило, действительно имеет место³. В связи с этим сейчас суды практически безоговорочно признают возможность присуждения к исполнению в натуре, особенно в случае с соглашениями, заключенными участниками закрытых корпораций⁴ или между всеми участниками корпорации⁵.

В настоящий момент возможность исполнения соглашения о голо-совании в натуре признана на уровне Модельного закона США о кор-порациях⁶ и статуты большинства штатов, где он принят⁷. Практически вся последняя практика Верховного суда США также допускает при-менение в случае нарушения корпоративных договоров таких средств защиты, как требование об исполнении в натуре (*specific performance*) и судебный запрет (*injunction*), что по своей правовой природе является по существу одной из форм исполнения в натуре.

Вместе с тем в американской доктрине и судебной практике вы-деляется круг случаев, в которых исполнение в натуре не должно при-меняться. В частности, высказываются доводы против понуждения к исполнению в натуре в том случае, когда конфликт в рамках корпо-рации имеет серьезный либо непрекращающийся характер — в этом случае целесообразно прибегнуть к ликвидации компании вместо того, чтобы отдать предпочтение требованию одного из участников об ис-полнении другим соглашения о голосовании в натуре⁸. Также в ряде

¹ Specific Enforcement of Shareholder Voting Agreements // The University of Chicago Law Review. Vol. 15. No. 3. 1948. P. 743.

² Fitzgerald v. Christy, 242 Ill. App. 343 (1926).

³ Gontsyan S. Op. cit. P. 130.

⁴ Clark v. Dodge, 269 N.Y. 410, 199 N.E. 641 (1936).

⁵ The Irrevocable Proxy and Voting Control of Small Business Corporations // University of Pennsylvania Law Review. Vol. 98. Editors' Notes. 1950. P. 409.

⁶ См. § 7.31 Модельного закона о корпорациях США (Model Business Corporation Act).

⁷ Val R. Op. cit. P. 344.

⁸ Duffy M.J. Op. cit. P. 13.

штатов суды отказывают в присуждении к исполнению соглашения в натуре, заключенного не между всеми участниками, если это может затронуть права других участников компании, которые не являются стороной соглашения¹.

В свою очередь в **Германии** Имперский суд первоначально высказывался в пользу невозможности принудительного исполнения в натуре соглашений о порядке голосования, рассматривая их как сугубо договорное обязательство, нарушение которого дает право исключительно на возмещение убытков². Принуждение к голосованию признавалось невозможным ни по § 894 Гражданско-процессуального кодекса (ГПК) Германии³, который предусматривает возможность вынесения преобразовательного судебного решения, заменяющего волеизъявление стороны, ни по § 887, 888 ГПК Германии, которые предусматривают возможность исполнения обязательства кредитором с привлечением третьего лица или понуждения к исполнению обязательства должника под угрозой судебного штрафа⁴. Суды считали недопустимым любое внешнее вмешательство в процесс волеобразования в корпорации, аргументируя это необходимостью соблюдения предусмотренных корпоративным законодательством процедур, предполагающих коллективное обсуждение решения между участниками⁵.

Однако впоследствии Верховный суд Германии отошел от этой позиции и признал допустимость исполнения соглашений о голосовании в натуре, поскольку убытки в большинстве случаев не способны компенсировать потери пострадавшей стороны, а значит, отсутствие возможности понуждения к исполнению в натуре в таких ситуациях создает стимулы к безнаказанному нарушению договора обязанным лицом и ущемляет права потерпевшей стороны⁶. Вопреки мнению Имперского суда Верховный суд Германии признал, что вторжения в волю корпорации при этом не происходит, поскольку в большинстве случаев участники уже определились с вариантом голосования еще до проведения собрания, к тому же решение о понуждении к голосованию определенным образом в любом случае выносится не против

¹ *O'Neal F.H.* Protecting Shareholders' Control Agreements Against Attack. P. 197.

² RG, 20.11.1925, II 576/24 (RGZ 112, 273).

³ См.: Гражданско-процессуальный кодекс Германии (здесь и далее текст цитируется по: URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/> (дата обращения: 08.05.2018)).

⁴ RG 20.11.1925, RGZ 112, 273, 279.

⁵ RG 10.1.1928, RGZ 119, 386, 390; RG 12.10.1940, RGZ 165, 68, 78.

⁶ BGH 29.5.1967, BGHZ 48, 163, 172

общества, а против конкретного его участника¹. В связи с этим в настоящий момент возможность понуждения к исполнению в натуре соглашения о голосовании перестала критиковаться в доктрине и признается большинством германских ученых².

Обращаясь к вопросу о том, в каких формах возможно присуждение к исполнению соглашения о голосовании в натуре, необходимо отметить, что исполнение в натуре по своей природе предполагает достижение в принудительном порядке того же правового эффекта, как если бы участники добровольно исполнили соглашение. В связи с этим исполнение соглашения о голосовании в натуре можно помыслить в двух принципиальных формах³:

– вынесения судом решения о понуждении участника к голосованию определенным образом или о запрете голосования определенным образом;

– признания недействительным либо изменения судом решения органов управления обществом, принятого в противоречие с соглашением.

Применительно к первой форме можно отметить, что она признается как англо-саксонскими, так и континентальными правопорядками.

В англосаксонских правопорядках, в частности в **Англии**, для целей понуждения либо запрета голосования определенным образом используется судебный приказ (*injunction*), который позволяет понудить участника как воздержаться от голосования (*prohibitive injunction*)⁴, так и проголосовать таким образом, как это определено в соглашении о голосовании (*mandatory injunction*)⁵. В качестве примера применения *injunction* можно привести дело, в котором трое участников договорились голосовать друг за друга при формировании совета директоров, также состоящего из трех членов, однако впоследствии мажоритарий вынес на общее собрание вопрос об увеличении числа членов совета директоров до пяти с целью приобрести контроль над управлением в компании, назначив двух своих директоров. Суд вынес запрет

¹ BGH 29.05.1967, II ZR 105/66.

² См.: *Dürr M.* Op. cit.; *Zöllner, Noack.* GmbHG § 47 Abstimmung // Baumbach, Hueck, GmbH-Gesetz 21 Auflage 2017, Rn. 113–122 // BeckOnline (URL: <https://beck-online.beck.de/>).

³ См.: *Иванов А., Лебедева Н.* Указ. соч.; *Грибкова Т.В.* Указ. соч. С. 205–206.

⁴ *Greenwell v. Porter* [1902] 1 Ch. 530 (cit. ex.: *Cahn A., Donald D.C.* Comparative Company Law. P. 571 ff.).

⁵ *Puddephatt v. Leith* (No. 2) [1916] 2 Ch. 168 (cit. ex.: *Sealy L.S.* Cases and Materials in Company Law // Cambridge University Press, 1971. P. 277).

на проведение такого собрания как на действие вопреки соглашению о голосовании¹. Однако впоследствии подход судебной практики несколько изменился. Как мы указывали ранее, суды начали признавать недопустимым ограничение статутных полномочий компании (в том числе по внесению изменений в устав), присуждая вместо этого к возмещению убытков либо вынося запрет на совершение определенных действий в отношении участников, но не компании в целом. За неисполнение *injunction* следует наказание за неуважение к суду². При этом в литературе также отмечается, что если акционеры узнают о возможном нарушении соглашения заранее, по их заявлению суд может заблаговременно выдать судебный запрет в целях предотвращения нарушения соглашения, поскольку в дальнейшем оценить и возместить ущерб будет значительно сложнее³.

В свою очередь в **Германии** любая из сторон договора о согласованном голосовании также имеет право подать иск об обязанности другой стороны воздержаться от совершения определенных действий, т.е. от осуществления голосования в противоречии с договором (*Klage auf Unterlassung*), либо иск об осуществлении голосования в соответствии с договором (*Klage auf Erfüllung*). В обоих случаях в резолютивной части решения суда указывается конкретное содержание действий, которые должен будет совершить ответчик⁴.

Процессуальные возможности для вынесения запрета на голосование содержит § 890 ГПК Германии, который уполномочивает суд по требованию заинтересованного лица вынести запрет на совершение определенных действий в течение определенного срока под угрозой наложения штрафа за неисполнение решения суда (размер штрафа может составить до 250 тыс. евро)⁵. Однако что касается возможности понуждения судом должника к голосованию, то, несмотря на то что в процессуальном законодательстве существуют определенные механизмы, позволяющие достичь желаемого правового эффекта (в част-

¹ R.H. Sanders Corp. v. Haves. 541 S.W.2d 262 (Tex. Civ. App. 1976). См. также аналогичное дело: Byington v. Piazza, 131 App. Div. 895, 896 (N.Y. App. Div. 1909).

² *Roos C.M.* Op. cit. P. 188.

³ The Enforceability and Effectiveness of Typical Shareholders Agreement Provisions / by the Corporation Law Committee of the Association of the Bar of the City of New York, *The Business Lawyer*. Vol. 65. 2010. P. 1161–1162.

⁴ GmbHG § 47 Abstimmung Schindler Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, Ziemons/Jaeger, 30. Edition Stand.: 01.02.2017. Rn. 62–75.1 // BeckOnline (URL: <https://beck-online.beck.de/>).

⁵ См. § 890 Гражданского процессуального кодекса Германии.

ности, упоминавшийся ранее § 888 ГПК Германии, позволяющий суду понудить должника к совершению определенных действий под угрозой штрафа), в судебной практике применение подобных мер к голосованию участников в большинстве случаев считается чрезмерным вторжением в волю частного лица¹. Невозможным в большинстве случаев признается также и осуществление другими лицами (кредитором либо третьим лицом) голосования вместо должника (§ 887 ГПК Германии), поскольку правом осуществлять голосование обладает исключительно сам участник либо уполномоченное им лицо².

Еще одним спорным вопросом является вопрос о допустимости применения обеспечительных мер. Судебная практика в Германии по данному вопросу весьма противоречива. Ряд германских судов придерживаются позиции, не допускающей их применение³, в то же время другие суды применяют обеспечительные меры, но только если речь идет о негативном обязательстве (воздержаться от голосования)⁴, третьи признают возможность применения обеспечительных мер и в тех исключительных случаях, когда речь идет о позитивном обязательстве по голосованию (т.е. о понуждении к голосованию определенным образом)⁵. Последняя позиция поддерживается и в комментариях, поскольку непредоставление обеспечительных мер лишает заявителя эффективной правовой защиты, которая требует быстрой реакции суда, в противном случае те участники, которые соблюдают договор, будут лишены своих прав⁶.

Второй возможной формой исполнения соглашения в натуре является воздействие не на поведение самого участника соглашения, а на решение органа управления, при принятии которого он должен был проголосовать. В этом плане возможны две сходные по итоговым правовым последствиям ситуации — это признание решения недействительным в сочетании с обязательством участника при принятии нового

¹ Juristische Wochenschrift, 1927. S. 2992 (cit. ex.: Roos C.M. Op. cit. P. 188).

² Ibidem.

³ OLG Celle GmbHR 1981, 264 [265], OLG Frankfurt, BB 1982, 274, Baumbach / Hueck / Zöllner, Rn. 120.

⁴ OLG Koblenz GmbHR 1986, 428, OLG Hamm DB 1992, 2129.

⁵ OLG Hamburg GmbHR 1991, 467 [468], OLG Frankfurt am Main GmbHR 1993, 161, OLG Stuttgart GmbHR 1997, 312 [313], OLG Zweibrücken GmbHR 1998, 373, OLG München GmbHR 1999, 718 [719].

⁶ GmbHG § 47 Abstimmung Schindler Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, Ziemons/Jaeger, 30. Edition Stand.: 01.02.2017. Rn. 62–75.1 // BeckOnline (URL: <https://beck-online.beck.de/>).

решения голосовать в соответствии с соглашением либо принятие судом преобразовательного судебного решения с использованием фикции волеизъявления участника (как если бы он проголосовал в соответствии с соглашением).

В англосаксонских правовых порядках суды признают возможность изменения судом решения органов управления, принятого вопреки соглашению о голосовании, что фактически означает замену голосования участника решением суда¹. В случае если соглашение не предусматривает определенный механизм для приведения его в исполнение, суд может понудить нарушившую сторону к исполнению в натуре, в частности, постановив считать голоса поданными так, как это было предусмотрено условиями соглашения². В одном из дел суд рассматривал спор мажоритарных участников, которые осуществили финансирование компании в размере, достаточном для выкупа миноритарного пакета, под условием, что в течение пяти лет миноритарии будут осуществлять голосование в соответствии с решением большинства. Суд присудил к исполнению в натуре данного соглашения, когда миноритарии проголосовали вопреки решению большинства, поскольку у мажоритариев был интерес в таком условии и они вложили достаточные суммы в активы компании³.

В другом деле два из трех участников корпорации заключили соглашение, по которому обязались действовать совместно при осуществлении своих прав голоса и заранее согласовывать свое голосование, в том числе по вопросам выбора совета директоров компании, а в случае несогласия обращаться за разрешением разногласий к своему общему адвокату, который будет действовать в качестве стороннего арбитра и будет уполномочен принимать окончательное решение о том, как следует голосовать сторонам. Сторона проголосовала вопреки соглашению, не учтя решение арбитра, однако суд по жалобе другой стороны признал, что такие голоса не должны приниматься в расчет и счел директоров избранными в соответствии с голосованием первой стороны, которая следовала соглашению о голосовании и указаниям арбитра⁴.

¹ См. § 7.31 Model Business Corporation Act.

² Официальный комментарий к § 7.31 Модельного закона о корпорациях США (Official Comment to Model Business Corporation Act) (URL: <http://www.americanbar.org/aba.html> (дата обращения: 05.05.2017)).

³ Smith v. San Francisco Ry., 115 Cal. 584, 47 Pac. 582 (1897).

⁴ Ringling Bros.-Barnum & Bailey Combined Shows, Inc. v. Ringling, 29 Del.Ch. 610, 622 (Del.Ch. 1947).

Вместе с тем в настоящий момент законодательство ряда штатов США устанавливает дополнительные требования, которым должно соответствовать соглашение, чтобы оно могло быть исполнено в натуре. В частности, чтобы соглашение о голосовании могло быть противопоставлено лицам, в нем не участвующим (в том числе новым приобретателям долей), в нем должны участвовать все члены корпорации, а также должны быть соблюдены установленные законом требования к раскрытию такого соглашения¹. При соблюдении этих ограничений соглашение, как мы отмечали выше, становится по существу частью конституции компании, что дает суду право применения тех же последствий, как если бы решение органов управления противоречило уставу, т.е. право признать недействительным такое решение².

В **Германии** для тех же целей изменения решения собрания, принятого вопреки соглашению, используется процессуальный механизм принятия преобразовательного решения суда. Согласно § 894 ГПК Германии если должник в соответствии с решением суда обязуется сделать какое-либо волеизъявление на основании ранее заключенного им договора, то судебное решение с момента его вступления в законную силу по существу будет заменять собой соответствующее волеизъявление обязанного лица. В первой половине XX в. в немецкой доктрине велись споры о правовой природе и значении такого решения суда. Ряд авторов указывали, что оно в случае с принудительной реализацией соглашения о порядке голосования может заменить собой только голосование участника, но не решение общего собрания, которое должно быть принято на этой основе³. Однако постепенно под влиянием изменения практики Верховного суда Германии⁴ в доктрине устоялся подход о допустимости принятия судом преобразовательного судебного решения и изменения им решения органов управления обществом, однако с соблюдением условия о том, что соглашение было заключено между всеми участниками общества.

Теперь обратимся к анализу подхода, принятого в **российском правовом порядке**. В доктрине высказываются диаметрально противоположные взгляды относительно принципиальной допустимости исполнения

¹ *Val. R.* Op. cit. P. 339.

² *Roos C.M.* Op. cit. P. 186.

³ *Sommerfeld.* Verträge fiber die Ausübung des Stimmrechts von Aktien. Jena 1931. P. 99 f. (cit. ex.: *Roos C.M.* Op. cit. P. 187).

⁴ BGH 29.5.1967, BGHZ 48, 163 (167) = NJW 1967, 1963.

соглашения о голосовании в натуре. Ряд ученых высказывают позицию, которая состоит в том, что исполнение в натуре соглашения о голосовании недопустимо, при этом авторы приводят разные причины — отсутствие необходимых норм в процессуальном и гражданском законодательстве¹, особенность предмета договора и неимущественный характер вытекающих из него обязательств², нарушение свободы воли³, допустимость обращения в суд только за защитой нарушенного права, что делает невозможным понуждение к голосованию заранее определенным образом⁴, наличие риска парализации деятельности общества в случае вынесения запрета на голосование⁵.

Однако, на наш взгляд, указанные аргументы не имеют под собой достаточных оснований. Согласно ст. 12 и 396 ГК РФ присуждение к исполнению в натуре является одним из последствий нарушения обязательства, которое применяется по общему правилу, если иное не предусмотрено законом или договором или не вытекает из существа обязательства. В связи с этим не обоснован довод о том, что для признания допустимости исполнения в натуре в случае с соглашением о голосовании требуется особое законодательное указание⁶. В этой части ряд авторов предлагают внести соответствующие изменения в ст. 67.2 ГК РФ и прямо закрепить в ней все возможные формы исполнения соглашения о голосовании в натуре⁷. Однако, с нашей точки зрения, в этом отношении дело стоит скорее за развитием судебной практики, поскольку закон и на данном этапе позволяет допустить исполнение в натуре.

¹ См.: *Осипенко К.О.* Договор об осуществлении прав участников хозяйственных обществ в российском и английском праве. М.: Инфотропик Медиа, 2016 (СПС «КонсультантПлюс»); *Суворов Е.Д.* Договоры об осуществлении корпоративных прав // Вестник ВАС РФ. 2011. № 10; *Варюшин М.С.* Указ. соч. С. 143.

² См.: *Ломакин Д.В.* Договоры об осуществлении прав участников хозяйственных обществ. С. 51–58 (СПС «КонсультантПлюс»); *Левинский Е.Н.* Использование модели соглашения акционеров в России // Закон. 2006. № 10 (СПС «Гарант»); *Иванов А., Лебедева Н.* Соглашения акционеров: шаг вперед или топтание на месте? // Корпоративный юрист. 2008. № 9. С. 52 (СПС «КонсультантПлюс»); *Грибкова Т.В.* Указ. соч. С. 205–206.

³ *Суворов Е.Д.* Договоры об осуществлении корпоративных прав // Вестник ВАС РФ. 2011. № 10.

⁴ *Иванов А., Лебедева Н.* Указ. соч. С. 52.

⁵ *Басова Т.Ю.* Корпоративные договоры в рамках холдинговых структур // Право и экономика. 2011. № 12. С. 33–39 (СПС «КонсультантПлюс»).

⁶ *Бородкин В.Г.* Гражданско-правовое регулирование корпоративного договора: дис. ... канд. юрид. наук. С. 201.

⁷ *Варюшин М.С.* Указ. соч. С. 146.

Что касается аргумента о противоречии существу обязательства, то неимущественный характер обязательства сам по себе не может являться препятствием для присуждения к исполнению его в натуре. Российская судебная практика выработала собственные критерии, когда присуждение к исполнению в натуре невозможно. В этом отношении учитываются невозможность исполнения в натуре по объективным причинам либо нарушение принципа уважения чести и достоинства гражданина¹. Аналогичных принципов придерживается и европейская практика: в частности, § III–3:302 Модельных правил европейского частного права (DCFR)² устанавливает, что понуждение к исполнению в натуре невозможно, если это будет противоречить закону, объективно невозможно, будет чрезвычайно затруднительным либо дорогостоящим либо будет противоречить личному характеру обязательства. В случае с исполнением соглашения о голосовании, на наш взгляд, изложенные препятствия отсутствуют.

Равным образом при понуждении к исполнению соглашения о голосовании отсутствует недопустимое ограничение свободы воли, на которое ссылаются ряд авторов, поскольку понуждение происходит в рамках присуждения стороны к исполнению добровольно взятых на себя обязательств³. Более того, следуя логике Верховного Суда РФ, понуждение к исполнению в натуре соглашения о голосовании вполне может быть отнесено к случаям, когда в таком иске не может быть отказано ввиду того, что надлежащая защита нарушенного права не будет обеспечена взысканием с ответчика убытков⁴.

В отношении аргументов о допустимости обращения в суд только за защитой уже нарушенного права и риске парализации деятельности общества, основываясь на зарубежном опыте, можно возразить, что исполнение в натуре можно помыслить не только в базовой форме

¹ См. п. 23 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств».

² Модельные правила европейского частного права (DCFR) приводятся по: URL: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf (дата обращения: 15.09.2018).

³ См.: *Сирота А.Н., Шаматов А.И.* Договор о согласованном голосовании не исполняется. Можно ли требовать его исполнения в натуре // Арбитражная практика. 2004. № 8. С. 88; *Плеханов В.* Договоры участников общества с ограниченной ответственностью // Корпоративный юрист. 2009. № 6. С. 53–57 (СПС «КонсультантПлюс»).

⁴ См. абз. 4 п. 22 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств».

понуждения к голосованию или запрета голосования определенным образом, но и в форме принятия преобразовательного решения суда, заменяющего собой волеизъявление участника¹. В этом случае даже обращение за защитой после нарушения будет эффективным средством, а решение суда, которое будет служить фикцией волеизъявления участника, исключит возможность парализации деятельности общества.

В связи с этим, на наш взгляд, следует согласиться с мнением тех авторов, которые признают допустимость присуждения к исполнению соглашения о голосовании в натуре в российском праве². При этом, как представляется, в российском правопорядке можно найти обоснование для всех применяемых в зарубежных порядках форм исполнения в натуре.

В частности, отсутствуют принципиальные препятствия для того, чтобы допустить возможность присуждения судом участника к голосованию определенным образом, что может быть целесообразно в ситуации предвидимого нарушения соглашения о голосовании при представлении истцом достаточных доказательств риска нарушения ответчиком договора. Равным образом следует признать допустимость вынесения запрета на осуществление голосования вопреки соглашению на основании абз. 3 ст. 12 и п. 6 ст. 393 ГК РФ³. Следует отметить, что в этой форме исполнение в натуре могло бы стать эффективной мерой для защиты прав участников соглашения от нарушения с учетом наличия ответственности за неисполнение решения суда, причем как гражданско-правовой в виде судебной неустойки (астрент), так и публично-правовой в виде процессуального (ч. 3 ст. 332 АПК РФ) или административного штрафа (ч. 1 ст. 17.15 КоАП РФ), а также уголовно-правовых мер (ст. 315 УК РФ)⁴.

Наибольшие дискуссии в российской доктрине вызывает допустимость исполнения в натуре во второй его форме — изменения либо признания недействительными решений органов управления. Несмотря на то что, двигаясь в русле зарубежных подходов, законодатель в п. 6 ст. 67.2 ГК РФ прямо закрепил возможность признания недействи-

¹ Плеханов В. Договоры участников общества с ограниченной ответственностью // Корпоративный юрист. 2009. № 6. С. 53–57 (СПС «КонсультантПлюс»).

² См.: Сирота А.Н., Шаматов А.И. Указ. соч. С. 85; Куделин А. Акционерное соглашение по российскому праву. Ч. II // Корпоративный юрист. 2009. № 11. С. 7–11 (СПС «КонсультантПлюс»); Каплухий М. Акционерные соглашения // Генеральный директор. 2009. № 10 (URL: <http://www.gblplaw.ru/news/articles/35642/>).

³ Бородкин В.Г. Указ. соч. С. 205.

⁴ Сирота А.Н., Шаматов А.И. Указ. соч. С. 91.

тельными решений органов управления обществом, принятых в противоречие с корпоративным договором, заключенным между всеми участниками, в отношении данной нормы в литературе продолжает высказываться строгая критика. По мнению авторов, обязательно-правовая природа соглашения о голосовании не допускает применения корпоративных средств защиты в ситуации его нарушения¹. В связи с этим данная норма признается не отвечающей «целям защиты интересов третьих лиц и поддержания стабильности гражданского оборота»². Однако не вполне понятно, какие третьи лица имеются в виду и каким образом оспаривание решения может затронуть стабильность оборота. Если в соглашении участвуют все участники, то внутри общества отсутствуют какие-либо другие участники, которые не являются стороной соглашения и права которых могут быть нарушены. Что касается членов органов управления, то поскольку все участники единогласно в любом случае вправе принять в отношении корпорации и ее органов любое управленческое решение, то их полномочия также не нарушаются. Если же речь идет о внешних по отношению к корпорации третьих лицах, то их права защищены нормой о том, что оспаривание решения само по себе не влечет недействительности сделки, заключенной с третьими лицами, и для оспаривания последней необходимо доказать субъективную недобросовестность контрагента (п. 6 ст. 67.2 ГК РФ). В связи с этим следует согласиться с мнением авторов, высказывающихся в поддержку данной нормы как сбалансированного механизма обеспечения стабильности отношений участников общества, способствующего исполнению ими взятых на себя обязательств³.

Еще более интересным является вопрос о допустимости вынесения судом преобразовательного решения, меняющего голосование участника и принятое на общем собрании решение. Подобные механизмы применительно к отдельным институтам гражданского права предусмотрены законодательством уже сейчас, в частности, применительно к государственной регистрации договоров (п. 2 ст. 165

¹ См.: *Доронин Ю.А.* Договор о порядке осуществления прав участников хозяйственных обществ // Журнал российского права. 2009. № 10. С. 63–68 (СПС «Консультант-Плюс»); *Ломакин Д.В.* Договоры об осуществлении прав участников хозяйственных обществ как новелла корпоративного законодательства // Вестник ВАС РФ. 2009. № 8.

² *Осипенко К.О.* Договор об осуществлении прав участников хозяйственных обществ в российском и английском праве. М.: Инфотропик Медиа, 2016 (СПС «КонсультантПлюс»).

³ *Бородкин В.Г.* Гражданско-правовое регулирование корпоративного договора: дис. ... канд. юрид. наук. С. 205.

ГК РФ) и переходу права собственности на недвижимое имущество (п. 3 ст. 551 ГК РФ). В связи с этим ряд авторов обоснованно высказываются в пользу того, что аналогичные механизмы следует допустить и применительно к исполнению соглашений о голосовании, что можно достичь либо посредством развития судебной практики либо внесения изменений в гражданское¹ или процессуальное законодательство². Однако учитывая, что данный механизм изменения решений органов общества судом в определенной степени схож с признанием решения недействительным, на него следует распространить условия, предусмотренные законом на случай оспаривания решения, а именно требование о заключении соглашения о голосовании между всеми участниками общества. Только в этом случае, на наш взгляд, можно допустить вынесение преобразовательного судебного решения.

Кроме того, ряд авторов высказывают обоснованные доводы о том, что при присуждении к исполнению соглашения о голосовании в натуре необходимо учитывать ряд значимых факторов: в частности, существо обязательства (можно вынести решение о присуждении к разовому голосованию, но вряд ли аналогичный порядок может быть применен в случае с периодическим голосованием), время проведения собрания (в том случае, если собрание уже проведено и голосование осуществлено, то остается только вариант признания недействительным такого решения либо изменения решения судом, например, посредством пересчета голосов³).

Подводя промежуточный итог, отметим, что, на наш взгляд, в непубличных корпорациях следует допустить возможность присуждения к исполнению соглашения о голосовании в натуре при условии соблюдения интересов третьих лиц, механизмы защиты которых уже сейчас предусмотрены законом⁴.

Вместе с тем, учитывая изложенные выше трудности, которые возникают в связи с исполнением соглашений о голосовании в натуре в принудительном порядке, с практической точки зрения представляется целесообразным в самом соглашении предусматривать механизмы, обеспечивающие его реальное исполнение. Одним из таких механизмов может выступать безотзывная доверенность.

¹ *Бородкин В.Г.* Гражданско-правовое регулирование корпоративного договора: дис. ... канд. юрид. наук. С. 206.

² *Сирота А.Н., Шаматов А.И.* Указ. соч. С. 89.

³ Там же. С. 91.

⁴ *Грибкова Т.В.* Указ. соч. С. 213–214.

Данный механизм широко используется в **англосаксонской правовой системе**. Практикующие американские юристы рекомендуют включать в соглашение о голосовании положение, согласно которому от имени всех его сторон голосование будет осуществлять по доверенности один из участников¹ либо третье лицо². Более того, ранее без указанного положения суды в принципе признавали соглашение не подлежащим принудительному исполнению³. В качестве одного из вариантов разрешения конфликта между участниками относительно голосования также рекомендуется указывать в соглашении стороннего арбитра, который будет принимать окончательное решение по варианту голосования, при этом ему может быть также предоставлена безотзывная доверенность на фактическое осуществление голосования в соответствии с принятым им решением⁴.

В Англии безотзывная доверенность также используется в качестве одного из дополнительных механизмов обеспечения реального исполнения соглашения о голосовании⁵. В доктрине обращается внимание на то, что даже при наличии возможности исполнения соглашения через суд на практике это потребует значительных временных и материальных затрат, а потому целесообразнее сторонам самим в договоре предусмотреть механизмы, которые позволяли бы обеспечить его реальное исполнение без судебного вмешательства, в частности, передачу долей в *voting trust*, *trustee* которого будет осуществлять голосование в соответствии с условиями соглашения об учреждении траста, либо, в качестве альтернативы, выдачу безотзывной доверенности на голосование⁶.

Вместе с тем в доктрине идея выдачи безотзывных доверенностей первоначально подвергалась критике по нескольким позициям, в частности по причине недопустимости разделения права на долю и права голосования, наложения неразумных ограничений на осуществление права голосования как одного из главных правомочий участника, противоречия идеи безотзывной доверенности самой природе от-

¹ Официальный комментарий к § 7.31 Модельного закона о корпорациях США (Official Comment to Model Business Corporation Act) (URL: <http://www.americanbar.org/aba.html> (дата обращения: 12.05.2017)).

² *Molano Leon R.* Op. cit. P. 21.

³ The Enforceability and Effectiveness of Typical Shareholders Agreement Provisions / by the Corporation Law Committee of the Association of the Bar of the City of New York, *The Business Lawyer*. Vol. 65. 2010. P. 1157.

⁴ *O'Neal F.H.* Op. cit. P. 197.

⁵ *Gomtsyan S.* Op. cit. P. 139.

⁶ *Gelb H.* Op. cit. P. 238.

ношений поручения, которые предполагают возможность их отмены в любой момент времени, и другие возражения¹.

В конечном счете по результатам дискуссий на практике был выработан ограничительный критерий для использования безотзывных доверенностей: их выдача допускается только при наличии у доверенного лица законного интереса, в частности интереса, касающегося предмета, в отношении которого будут осуществляться права по такой безотзывной доверенности, либо интереса в возврате предоставленного доверителем кредита², либо если выдача доверенности сопряжена со встречным предоставлением за право действовать от имени другого лица³.

Руководствуясь указанными критериями, суды признают допустимой выдачу безотзывной доверенности, в частности, в случаях выдачи безотзывной доверенности директорам компании, которые профинансировали ее деятельность под условием выдачи безотзывных доверенностей на голосование на два года⁴; одному из участников компании от имени другого на 10 лет в обмен на передачу компании принадлежащего первому участнику дорогостоящего патента⁵; залогодержателю или будущему приобретателю акций (долей)⁶. В настоящий момент на уровне Модельного закона о корпорациях США прямо указана в качестве одного из случаев допустимости выдачи безотзывных доверенностей ее выдача одному из участников соглашения о голосовании, что само по себе (по определению) признается отвечающим критерию наличия законного интереса⁷.

В континентальных правовых порядках, в частности в **Германии**, подход к безотзывным доверенностям более сдержанный. Существует практика Верховного суда Германии по признанию недопустимой выдачи безотзывных доверенностей в отношении голосования, поскольку это приводит к недопустимому разделению права на долю и права голоса⁸.

¹ *O'Neal and Thompson's. Close Corporations and LLCs: Law and Practice / Rev. 3d* by F. Hodge O'Neal and Robert B. Thompson, 2005. Sections 5:64–5:65.

² *Ehrick R.V.* Op. cit. P. 554.

³ *Val R.* Op. cit. P. 349.

⁴ *Chapman v. Bates*, 61 N.J.Eq. 658, 47 At. 638 (Ct. Err. & App. 1900).

⁵ *Hey v. Dolphin*, 92 Hun. 230, 36 N.Y. Supp. 627 (N.Y. Sup. Ct. 1895).

⁶ *Roos C.M.* Op. cit. P. 178.

⁷ См., в частности, § 7.22 Модельного закона о коммерческих корпорациях США (Model Business Corporation Act).

⁸ 1 952 *Neue Juristische Wochenschrift* 178 (cit. ex.: *Roos C.M. Comparative Notes On Shareholders' Voting Agreements // Scandinavian Studies in Law. Vol. 15. 1971. P. 177*).

В российском правопорядке также активно дискутируется возможность выдачи безотзывной доверенности, учитывая закрепление соответствующих положений в законе (ст. 188.1 ГК РФ). Однако случаи выдачи безотзывных доверенностей в законе существенно ограничены: их выдача допускается в целях исполнения или обеспечения исполнения обязательства, представляемого перед представителем, при условии, что такое обязательство связано с осуществлением предпринимательской деятельности. На этом основании ряд авторов приходят к выводу о том, что выдачей безотзывной доверенности в принципе можно обеспечить исполнение соглашения о голосовании в натуре¹. При этом в литературе указывается, что безотзывная доверенность могла бы стать эффективным средством защиты интересов участников соглашения.

Тем не менее необходимо учитывать, что в законе содержится императивное положение, допускающее отмену доверенности в случае злоупотребления представителем своими полномочиями либо при возникновении обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что данное злоупотребление может произойти. Указанное положение допускает весьма расширительное толкование, что ставит под угрозу эффективность данного института.

Еще одним значимым вопросом применительно к безотзывным доверенностям является вопрос о том, кто будет осуществлять голосование, если на собрание придет одновременно и представляемый, и представитель. Смысл безотзывной доверенности применительно к соглашениям о голосовании состоит в том, чтобы не допустить представляемому голосовать вопреки мнению представителя. Однако это входит в противоречие с классическим пониманием отношений представительства, при которых приоритет всегда отдается воле представляемого. В связи с этим необходимо искать пути, чтобы обосновать возможность исключения из данного общего правила применительно к соглашению о голосовании. В частности, в этом отношении можно провести аналогию с институтом залога долей в обществах с ограниченной ответственностью, где по общему правилу голосование долями осуществляет залогодержатель, а в случае с акциями — залогодатель, однако в обоих случаях иное может быть предусмотрено договором (п. 2 ст. 358.15 ГК РФ). Если закон допускает достижение того же правового эффекта, но другим — легальным способом, можно допустить

¹ *Бородкин В.Г.* Гражданско-правовое регулирование корпоративного договора: дис. ... канд. юрид. наук. С. 206.

включение подобных условий и в соглашение о голосовании. В связи с этим ряд авторов рекомендуют включать в соглашения о голосовании условие о том, что на период действия полномочий по безотзывной доверенности участник не может самостоятельно голосовать своими долями в уставном капитале общества (т.е. голосование осуществляется только через представителя)¹.

Заключение

На основании изложенного анализа можно прийти к выводу о том, что в вопросе о пределах свободы договора в случае с соглашением о порядке голосования решающее значение имеет определение правовой природы такого соглашения. Имеющиеся в этом отношении различия между англосаксонским и континентальным подходами кажутся кардинальными только на первый взгляд. В действительности как в странах общего права (в частности, в Англии и США), так и в странах континентальной правовой семьи (например, в Германии) на уровне доктрины и судебной практики признается общность правовой природы соглашений о голосовании и учредительных документов корпорации и в ряде случаев они даже приравниваются в плане правовых последствий.

Однако для того, чтобы корпоративный договор мог иметь то же значение для общества, что и устав, в том числе в части последствий его нарушения, необходимо выполнение ряда условий. В частности, необходимо участие в договоре всех членов корпорации, поскольку в данном случае соглашение о голосовании будет отличаться от устава только по формальным основаниям (порядком принятия), не имея качественных различий по существу. В этом случае решения, принятые участниками общества в противоречие с соглашением о голосовании, могут быть признаны недействительными, поскольку в противном случае участникам, уже связавшим себя обязательством, была бы предоставлена возможность отступить от ранее данных обещаний в нарушение принципа верности договору и запрета противоречивого поведения.

Относительно правового эффекта соглашения о голосовании для третьих лиц по общему правилу, учитывая обязательственно-правовую природу соглашения о голосовании, его условия не могут затрагивать

¹ Куделин А. Акционерное соглашение по российскому праву. Ч. II // Корпоративный юрист. 2009. № 11. С. 7–11 (СПС «КонсультантПлюс»).

правовое положений лиц, в нем не участвующих, за исключением тех случаев, когда они знали или должны были знать об условиях соглашения, в частности об установленных им ограничениях. В тех случаях, когда условия корпоративного договора могут затронуть интересы неопределенного круга лиц, например, условие о непропорциональном распределении корпоративных прав (не в соответствии с размером долей), для того чтобы эти условия имели эффект против неограниченного круга третьих лиц, необходимо публичное раскрытие информации об этом, которое возможно посредством государственной регистрации содержания указанных условий соглашения.

Российский законодатель в плане регулирования соглашений о порядке голосования движется в русле зарубежных подходов и в ряде случаев допускает отступления от сугубо обязательственной концепции корпоративного договора и принципа относительности обязательственно-правовой связи, в частности, давая возможность оспаривания решений общества, принятых в противоречие с корпоративным договором, заключенным между всеми участниками, а также допуская возможность оспаривания сделок с третьими лицами, при условии, что они были осведомлены об ограничительных положениях корпоративного договора.

В отношении субъектного состава соглашений о порядке голосования как англосаксонский, так и континентальный правопорядки признают возможность участия в соглашении третьих лиц, имеющих законный интерес в таком участии, в частности лиц, имеющих интерес в долях компании (прежние и будущие участники) либо осуществивших финансирование компании и заинтересованных в возврате выданного кредита. Российский законодатель в этом отношении установил более узкий критерий, допустив участие третьих лиц в целях обеспечения охраняемого законом интереса таких лиц, вопрос о практическом раскрытии данного критерия отдан на откуп судебной практики.

В англосаксонских правопорядках допускается участие в соглашении о голосовании также самого общества, что позволяет обеспечить большую исполнимость соглашения. В континентальных странах, в частности в Германии, участие компании в соглашении также допускается, однако реже используется на практике. Учитывая, что для целей придания соглашению дополнительных гарантий его исполнимости российский правопорядок требует участия в соглашении всех членов корпорации, сам по себе факт участия компании в соглашении не придаст ему какого-либо дополнительного эффекта, гарантирующего исполнение соглашения. В связи с этим отсутствуют объектив-

ные политико-правовые причины для того, чтобы запрещать участие компании в соглашении о голосовании, но, с другой стороны, с учетом положений российского закона о том, что оспаривание решений общества возможно только при условии участия в соглашении всех членов корпорации, в этом нет и особого практического смысла.

Зарубежные правопорядки исходят из базовой посылки о принципиальной допустимости заключения соглашений о голосовании и необходимости предоставления участникам возможности реализовать через них автономию воли максимально полным образом. При оценке действительности отдельных условий таких соглашений суды в зарубежных правопорядках основываются на стандартных критериях недействительности, выработанных многолетней судебной практикой, в частности, оценивая цели и предмет соглашения, которое не должно быть направлено на ущемление интересов других участников и третьих лиц; соответствие соглашения императивным нормам закона, в частности нормам, направленным на защиту корпоративной структуры и порядка управления обществом; срок заключения соглашения, который не должен чрезмерным образом ограничивать волю участников; а также соблюдение участниками общества своих фидуциарных обязанностей.

В то же время подход российского правопорядка в сравнении с зарубежными правопорядками, в том числе с одним из наиболее консервативных в этом отношении германским правопорядком, отличается чрезмерной строгостью в плане оценки действительности отдельных условий соглашения о голосовании, что во многом обусловлено преобладающим на практике стремлением рассматривать большинство норм российского корпоративного права в качестве императивных. В связи с этим в России суды и представители доктрины следуют скорее от противного и с подозрением относятся ко всем тем условиям соглашений, которые прямо не разрешены законом. Без должной либерализации подхода предметное поле и практическая полезность заключения соглашений о голосовании по российскому праву будут сведены к минимуму. В конечном счете было бы целесообразным приблизиться в этом отношении к зарубежным подходам и в оценке допустимости условий соглашений о голосовании исходить из базовой посылки об их действительности, за исключением случаев, когда нарушаются действительно императивные, а не любые нормы корпоративного права (в частности, к императивным можно отнести нормы о фидуциарных обязанностях менеджеров компании и ее участников, о праве оспаривания решения органов управления и ряд других норм).

Что касается договоренности о встречном предоставлении за осуществление права голосования в обществах с ограниченной ответственностью, сама по себе она не должна приводить к недействительности соглашения. Определяющим критерием в этом отношении должен служить тот факт, было ли голосование само по себе, независимо от полученного вознаграждения, осуществлено в противоречие с обязанностью по сохранению верности обществу.

Учитывая, что институт корпоративного договора находится на стыке корпоративного и обязательственного права, в качестве последствий нарушения договора могут использоваться обязательственные средства защиты (взыскание убытков, неустойки и компенсации), корпоративно-обязательственные (признание сделки недействительной) и корпоративные (признание недействительными решений органов хозяйственного общества, нарушающих условия корпоративного договора, заключенного между всеми участниками общества, иные формы присуждения к исполнению в натуре).

Обязательственные средства защиты в случае с соглашением о голосовании в большинстве случаев показывают свою низкую эффективность ввиду сложности доказывания размера убытков и причинно-следственной связи их возникновения с нарушением договора, а также наличия риска снижения неустойки (равно как и компенсации) судом. Корпоративно-обязательственные средства защиты, такие как признание недействительной сделки, заключенной стороной соглашения о голосовании в противоречие с ним с третьими лицами, являются узкоспециальными и применяются только в исключительных случаях.

В связи с этим в целях обеспечения большей исполнимости соглашений о голосовании следует расширить круг средств защиты, допустив в качестве таковых, в частности, временное лишение права голоса, временное лишение права на получение дивидендов, принудительный выкуп долей (акций). При этом важно учитывать требования соразмерности и ограничения в части длительности применения таких механизмов, чтобы не допустить чрезмерного ограничения свободы воли и корпоративных прав участников общества. В пользу допустимости перечисленных средств защиты свидетельствует также то обстоятельство, что сходного с ними правового результата закон позволяет достичь уже сейчас, но с использованием других вспомогательных механизмов (в частности, залога долей (акций), купли-продажи долей (акций) под потестативным условием, наступление которого зависит преимущественно от воли одной из сторон, и др.).

Наиболее эффективным средством защиты прав участников соглашения о голосовании является понуждение к исполнению соглашения в натуре. В зарубежных правовых порядках, в частности в Англии, США и Германии, реальное исполнение соглашения допускается в двух формах: в форме вынесения судом решения о понуждении участника к голосованию или запрете голосования определенным образом либо в форме признания недействительными или изменения судом решений органов управления обществом, принятых в противоречие с соглашением. Российский закон напрямую допускает только одну из указанных форм, а именно признание недействительными решений органов управления общества. Вместе с тем, на наш взгляд, в российском правовом порядке следует также допустить и развивать другие формы исполнения соглашения о голосовании в натуре и создавать основу для развития судебной практики в этом отношении посредством внесения изменений в законодательство либо выработки разъяснений на уровне высшей судебной инстанции.

Учитывая значительные трудности, которые возникают в плане обеспечения реального исполнения соглашений о голосовании, участникам соглашения целесообразно самим предусматривать в соглашениях дополнительные механизмы, которые могли бы обеспечить их интересы без стороннего вмешательства, в качестве одного из таких механизмов можно допустить выдачу безотзывной доверенности на голосование.

Е.М. Ключарева,
магистр юриспруденции (РШЧП),
юрист Debevoise & Plimpton LLP

**ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА УБЫТКИ, ПРИЧИНЕННЫЕ
ОБЩЕСТВУ НЕДОБРОСОВЕСТНЫМИ И НЕРАЗУМНЫМИ
ДЕЙСТВИЯМИ ЧЛЕНОВ ИХ ОРГАНОВ УПРАВЛЕНИЯ:
ОСОБЕННОСТИ СУБЪЕКТНОГО СОСТАВА
В НЕПУБЛИЧНЫХ ОБЩЕСТВАХ**

В соответствии со ст. 53 Гражданского кодекса РФ лицо, которое в силу закона, иного правового акта или учредительного документа юридического лица уполномочено выступать от его имени, должно действовать в интересах представляемого им юридического лица добросовестно и разумно. Такую же обязанность несут члены коллегиальных органов юридического лица¹. Данной норме корреспондируют и нормы специальных законов – ст. 71 Закона об АО² и ст. 44 Закона об ООО³. За нарушение данных обязанностей директора должны возместить обществу убытки, причиненные их неразумными и (или) недобросовестными действиями.

Исходя из буквального смысла ст. 53.1 ГК РФ, ст. 44 Закона об ООО и ст. 71 Закона об АО круг членов органов управления, обязанных действовать добросовестно и разумно в интересах общества и подлежащих привлечению к ответственности, в публичных и непубличных обществах не отличается. К ним относятся члены совета директоров (наблюдательного совета) общества; единоличный исполнительный орган; временный единоличный исполнительный орган; члены колле-

¹ Далее все члены органов управления юридического лица будут обозначены как «директора».

² Федеральный закон от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (далее – Закон об АО).

³ Федеральный закон от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее – Закон об ООО).

гиального исполнительного органа общества (правления, дирекции); управляющая организация или управляющий. На каких-либо иных лиц, не занимающих данные должности, нормы ст. 53 и 53.1 ГК РФ, ст. 71 Закона об АО и ст. 44 Закона об ООО не распространяются, что подтверждается судебной практикой. Так, например, Арбитражный суд Северо-Западного округа указал, что убытки общества не могут быть взысканы с заместителя генерального директора общества, который взял денежные средства из кассы общества, но не вернул их, так как заместитель генерального директора не входит в состав органов управления обществом¹.

Однако, несмотря на общность круга субъектов ответственности, в непубличных обществах он имеет определенную специфику.

Особенности структуры органов управления

Ряд особенностей состава субъектов ответственности связан со структурой управления непубличного общества.

Так, в непубличных обществах не является обязательным создание совета директоров (наблюдательного совета). Соответственно, такие субъекты ответственности, как члены совета директоров, в непубличных обществах могут отсутствовать. Однако если в структуре органов управления общества с ограниченной ответственностью совет директоров в соответствии со ст. 32 Закона об ООО по умолчанию не предусмотрен, то для акционерных обществ в соответствии со ст. 64 Закона об АО по общему правилу принята именно трехзвенная система корпоративного управления. К тому же обязательное создание совета директоров (наблюдательного совета) может быть предусмотрено специальными законами². Поэтому в непубличных акционерных обществах встречаются успешные иски о привлечении членов совета директоров к ответственности перед обществом. В качестве примера можно привести Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 16 августа 2017 г. по делу № А62-7054/2015, в рамках которого с членов совета директоров закрытого акционер-

¹ Постановление АС Северо-Западного округа от 25.12.2015 по делу № А21-2976/2013. Представляется, однако, что это не исключает возможности взыскания убытков с данных лиц по общим основаниям, предусмотренным ГК РФ.

² Например, ст. 11.1 Федерального закона от 2 декабря 1990 г. № 395-1 «О банках и банковской деятельности» предусматривает обязательное создание в кредитной организации и совета директоров (наблюдательного совета), и коллегиального исполнительного органа.

ного общества¹ были взысканы убытки, причиненные в результате отчуждения основного актива общества по заниженной цене, при этом условия сделки были утверждены решением совета директоров общества, который не предпринял действий по определению рыночной стоимости данного имущества, а впоследствии сделка была одобрена решением общего собрания акционеров общества, на котором члены совета директоров как акционеры голосовали за ее совершение.

Создание коллегиального исполнительного органа в непубличных обществах также не является обязательным. Если в непубличном обществе создан совет директоров (наблюдательный совет), то ему в соответствии со ст. 66.3 ГК РФ могут быть переданы функции коллегиального исполнительного органа общества полностью или в части. Это может также увеличить количество случаев, когда иск о взыскании убытков может быть заявлен к членам совета директоров общества, так как круг вопросов, входящий в их зону ответственности, может быть значительно расширен.

Если же в непубличном обществе совет директоров (наблюдательный совет) не создан, то его функции может осуществлять либо коллегиальный исполнительный орган в результате перераспределения компетенции общего собрания участников в соответствии со ст. 66.3 ГК РФ, либо они могут быть переданы самому общему собранию участников (например, согласно ст. 64 Закона об АО). В связи с этим возникает вопрос, насколько возможно привлечь к ответственности за причиненные обществу убытки участников общества, которые при разрешении вопросов, которые могли бы относиться к компетенции совета директоров (наблюдательного совета), действовали недобросовестно и неразумно, и более глобальный вопрос о возможности привлечения к ответственности перед обществом его участников.

Ответственность участников общества

ГК РФ, в отличие от Закона об ООО и Закона об АО, не содержит точного определения лиц, считающихся членами органов управления юридического лица, а оперирует термином «коллегиальный орган юридического лица». В качестве примера таких органов приведены наблюдательный или иной совет и правление, однако данный перечень не является исчерпывающим. Этот же термин использует и Постанов-

¹ В соответствии с Письмом Банка России от 25 ноября 2015 г. № 06-52/10054 акционерные общества, являвшиеся по состоянию на 1 сентября 2014 г. закрытыми акционерными обществами, признаются непубличными.

ление Пленума ВАС РФ об ответственности директоров¹, рассматривая вопрос об ответственности членов органов управления за решения, принятые с одобрения коллегиальных органов управления, а также участников общества. Пункт 7 Постановления Пленума ВАС РФ № 62 указывает, что «не является основанием для отказа в удовлетворении требования о взыскании с директора убытков сам по себе тот факт, что действие директора, повлекшее для юридического лица негативные последствия, в том числе совершение сделки, *было одобрено решением коллегиальных органов юридического лица, а равно его учредителей (участников)* (курсив мой. — Е.К.)... В то же время наряду с таким директором солидарную ответственность за причиненные этой сделкой убытки несут *члены указанных коллегиальных органов...* (курсив мой. — Е.К.)». Данные формулировки допускают трактовку, согласно которой к коллегиальному органу юридического лица может быть отнесено и общее собрание участников общества, и, соответственно, участник общества как член такого органа несет обязанность действовать добросовестно и разумно в интересах общества и ответственность за ее нарушение.

Эту трактовку поддерживает, в частности, А.А. Кузнецов². В целом подход, сформировавшийся относительно ответственности участников за убытки, причиненные обществу принятым им решением, поддерживает также Т.С. Бойко³. Ю.Д. Жукова предлагает разделять две ситуации: если общее собрание принимает решения, относящиеся к стратегическому управлению обществом (например, в непубличном обществе, где либо не образован совет директоров, либо часть его компетенции передана общему собранию), то его участники должны нести такую же ответственность, как и члены совета директоров; если же общее собрание действует в пределах своей установленной законом компетенции (например, одобряет сделку), то оснований для ответственности нет⁴.

¹ Постановление Пленума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица» (далее — Постановление Пленума ВАС РФ № 62).

² См., например: *Кузнецов А.А.* Комментарий к постановлению Пленума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица» // Вестник ВАС РФ. 2013. № 10 [Электронная версия] (СПС «КонсультантПлюс»).

³ См.: *Бойко Т.С.* Ответственность членов органов управления юридических лиц. Комментарий к отдельным положениям проекта Постановления Пленума ВАС РФ «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица» // Закон. 2013. № 6 [Электронная версия] (СПС «Консультант Плюс»).

⁴ См.: *Жукова Ю.Д.* Правовые основания разграничения субъектов ответственности при совершении руководителем сделки на основании решения одобрения коллегиаль-

Однако этот подход достаточно сложно реализовать на практике, так как вопросы стратегического управления, если это предусмотрено уставом, также входят в компетенцию общего собрания участников и становится непонятно, как их отделять от второй предлагаемой Ю.Д. Жуковой группы вопросов. К тому же данная позиция не снимает возражений относительно привлечения участников к ответственности перед обществом наравне с директорами, изложенных ниже.

Судебная практика по вопросу об ответственности участников общества за убытки, причиненные обществу, как членов коллегиальных органов управления юридического лица, не единообразна. Некоторые суды признают, что участник несет ответственность за убытки, причиненные обществу, наравне с другими органами управления. Например, в Постановлении Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 29 января 2013 г. по делу № А63-2072/2012 суд, удовлетворяя иск о взыскании с участника общества, одобрившего сделку по отчуждению имущества общества по заниженной цене, указал, что «противоправность действий бывшего участника общества Баскаева А.Т. выражается в осуществлении им своих прав и исполнении обязанностей без учета интересов общества, недобросовестно и неразумно, в то время как на каждого участника общества в полной мере распространяются предусмотренные законом обязанности по недопущению своими действиями негативных последствий для общества. Участники общества должны соблюдать его интересы, обеспечивать сохранность имущества». К схожему решению пришел и Арбитражный суд Уральского округа в Постановлении от 9 апреля 2015 г. № Ф09-1019/15 по делу № А71-10688/2013, где прямо применил описанную выше логику толкования п. 7 Постановления Пленума ВАС РФ № 62.

Однако встречается и противоположная практика. Например, Арбитражный суд Северо-Западного округа отказал в удовлетворении иска к участнику общества, указав в Постановлении от 20 апреля 2016 г. № Ф07-1239/2016 по делу № А13-14474/2014, что участник общества не входит в круг органов управления общества, с которых могут быть взысканы убытки в соответствии со ст. 44 Закона об ООО. Этот вывод поддержал Верховный Суд РФ, оставивший указанное постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа в силе¹.

ного органа: проблемы применения пункта 7 Постановления Пленума ВАС РФ № 62 // Гражданское право. 2017. № 1 [Электронная версия] (СПС «КонсультантПлюс»).

¹ Определение Верховного Суда РФ от 20 июля 2016 г. № 307-ЭС16-6994 по делу № А13-14474/2014.

При этом, несмотря на справедливость взыскания убытков с участников общества в определенных случаях, следует признать, что приравнение их в этом вопросе к членам органов управления как членов коллегиальных органов прямо не предусмотрено российским законодательством и не полностью обосновано. Тот же п. 7 Постановления Пленума ВАС РФ № 62 в первом предложении указывает решение участников и решение коллегиального органа управления в одном ряду, т.е. не рассматривает решение участников как подвид решения коллегиального органа, а во втором предложении, непосредственно касающемся вопроса солидарной ответственности, уже упоминает только членов коллегиальных органов. Следуя формальной логике, можно предположить, что так как участники общества и члены коллегиальных органов ранее были разнесены по разным категориям, то во втором предложении круг субъектов ответственности ограничен именно членами коллегиальных органов, к которым участники общества не относятся.

К тому же приравнение участников общества к членам органов управления приведет к тому, что на них будет распространяться и весь круг обязанностей директоров в полном объеме. Эти обязанности сформулированы довольно широко и предъявляют к поведению директоров серьезные требования. И если в отношении директоров, которые являются профессиональными управленцами, обладают необходимым знанием, опытом и каналами получения информации и получают за выполнение своих функций достаточно стабильное вознаграждение, этот объем обязанностей вполне оправдан, то для участников общества, часто не являющихся профессионалами и не обладающих необходимой компетентностью, а также доступом к информации, требуемой для принятия решения, данные требования будут чрезмерными.

Это, однако, не говорит о том, что участники общества не несут перед обществом никаких обязанностей. В соответствии с п. 4 ст. 65.2 ГК РФ участники общества обязаны, в частности, не совершать действия, заведомо направленные на причинение вреда корпорации, и не совершать действия (бездействие), которые существенно затрудняют или делают невозможным достижение целей, ради которых создана корпорация. Это корреспондирует и нормам об исключении участника из общества, которое возможно, если участник общества причинил существенный вред товариществу или обществу либо иным образом существенно затрудняет его деятельность и достижение целей, ради которых оно создавалось, в том числе грубо нарушая свои обязанности, предусмотренные законом или учредительными документами

товарищества или общества (п. 1 ст. 67 ГК РФ). Таким образом, из этих норм следует, что участники общества несут обязанность не причинять вред обществу. Это отмечено и в п. 1 Обзора практики рассмотрения арбитражными судами споров, связанных с исключением участника из общества с ограниченной ответственностью, утвержденного Информационным письмом ВАС РФ от 24 мая 2012 г. № 151.

Такой подход совершенно оправдан исходя из соображений, изложенных выше, и соответствует статусу участника. Например, в американской юриспруденции сложился подход, применимый, как представляется, и в российских реалиях: участник, особенно контролирующий участник, несет обязанность лояльности перед обществом (аналог российской обязанности действовать добросовестно в интересах общества) и его миноритарными участниками, с тем чтобы он не смог злоупотребить своим положением им в ущерб, воспользоваться корпоративным имуществом в свою пользу, но во вред корпорации¹. При этом на участников не возлагается обязанность заботливости (аналог российской обязанности действовать разумно), в том числе из-за того, что это ставит участников в худшее положение по сравнению с директорами, которые часто освобождаются от ответственности за нарушение обязанности заботливости в уставах обществ, что не допускается в отношении участников². В целом же, реализуя свои права акционеров, участник свободен действовать в своих собственных интересах по собственному усмотрению, руководствуясь любыми мотивами, даже нерациональными³.

Следует также отметить, что за нарушение обязанностей участника не причинять вред обществу теоретически возможно применение двух видов санкций: исключение участника и взыскание с него убытков, причиненных его неправомерными действиями. В ряде ситуаций возможно применение только одной меры ответственности. Исключение участника, в соответствии с п. 1 ст. 67 ГК РФ и ст. 10 Закона об ООО, возможно только при грубых нарушениях обязанностей участника, при этом указанный выше Обзор практики по делам об исключении участника во многих случаях требует, чтобы участник заведомо знал, что действует в противоречие с интересами общества (например, если участник систематически уклоняется от участия в общих собраниях

¹ См.: *Radin S.A The Business Judgment Rule. Fiduciary Duties of Corporate Directors*. New York, 2009. Vol. I. P. 1124.

² *Ibid.* P. 1125.

³ *Ibid.* P. 1171–1172.

участников общества, заведомо зная, что это повлечет за собой существенное затруднение деятельности общества). Таким образом, исключение участника допускается в ограниченном количестве ситуаций, что соответствует характеру этой санкции – фактическому лишению лица его имущества в виде права участия в обществе. Возмещение убытков же не требует наличия таких особых обстоятельств и может быть применено в остальных случаях, когда участник причинил вред обществу, нарушив тем самым свою обязанность. Однако на практике заявление исков о взыскании убытков, причиненных обществу его участником, вызывает объективные трудности с точки зрения доказывания состава гражданско-правовой ответственности, в особенности причинно-следственной связи между действиями участника и наступившими для общества неблагоприятными последствиями.

Представляется также, что исключение участника из общества может сочетаться со взысканием с него убытков. По существу исключение представляет собой штрафную санкцию за причиненное нарушение и способ пресечь его дальнейшее совершение, но не компенсирует обществу те потери, которое оно понесло в результате данного нарушения. Возмещение убытков, напротив, имеет именно компенсаторный характер. Поэтому сочетание штрафного и пресекающего, с одной стороны, и компенсаторного, с другой стороны, механизмов защиты прав общества в ситуации нарушения участником своих обязанностей вполне допустимо. Это соответствует и принципу полного возмещения убытков, закрепленному в ст. 15 ГК РФ. Этот вывод подтверждается и судебной практикой¹.

Ответственность участника общества, являющегося одновременно его директором

Одним из аспектов вопроса ответственности участника перед обществом является ответственность участника, одновременно занимающего позицию в его органах управления – например, являющегося его единоличным исполнительным органом. В непубличных обществах такая ситуация встречается достаточно часто.

Проблема в этой ситуации возникает из-за того, что к участнику – директору общества могут быть применены разные меры ответствен-

¹ См., например, постановления ФАС Западно-Сибирского округа от 19.07.2012 по делу № А70-9816/2011; АС Северо-Кавказского округа от 23.06.2016 по делу № А32-13808.

ности. Как к директору к нему может быть заявлен иск о возмещении убытков, причиненных обществу его недобросовестными и неразумными действиями не в интересах общества, а как к участнику — иск об исключении его из общества (ст. 67 ГК РФ и ст. 10 Закона об ООО).

Еще в п. 2 информационного письма Президиума ВАС РФ от 24 мая 2012 г. № 151 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами споров, связанных с исключением участника из общества с ограниченной ответственностью» было допущено исключение участника за действия, совершенные им в качестве директора общества, если такие действия причинили обществу значительный вред и (или) сделали невозможной деятельность общества либо существенно ее затруднили. Этот вывод был поддержан и в п. 35 постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации». В качестве примера подобных нарушений со стороны участника-директора данное Постановление приводит причинение значительного ущерба имуществу общества, недобросовестное совершение сделки в ущерб интересам общества, экономически необоснованное увольнение всех работников, осуществление конкурирующей деятельности, голосование за одобрение заведомо убыточной сделки. Аналогичные действия также могут быть основанием для взыскания с такого участника убытков как с директора.

В поддержку данной позиции высших судебных инстанций А.А. Кузнецов приводит, в частности, следующие аргументы. Во-первых, санкция в рамках одного правоотношения — между директором и обществом не исключает санкции в рамках другого правоотношения — между участником и обществом¹. Во-вторых, иное решение вопроса создавало бы неравенство между участником-директором и другими участниками². В-третьих, наличие статуса директора не освобождает лицо от исполнения его обязанностей участника и санкции за их нарушение³.

Хотя эти аргументы справедливы, следует отметить, что допустимость исключения участника-директора наряду со взысканием с него убытков ставит его в худшую позицию как по сравнению с участником, не занимающим позицию директора, из-за затруднительности

¹ См.: Кузнецов А.А. Исключение участника из общества с ограниченной ответственностью. М., 2014. С. 89.

² Там же.

³ Там же. С. 90.

взыскания с него убытков в силу обстоятельств, указанных выше, и в силу сложности доказывания причинно-следственной связи между наступившими убытками и действиями участника, так и по сравнению с директором, не являющимся участником общества. По существу исключение участника-директора можно рассматривать как штрафную санкцию в дополнение к компенсационной мере в виде возмещения убытков. Поэтому ее применение должно допускаться только в тех случаях, когда это соразмерно неправомерному действию, допущенному директором.

На некоторые обстоятельства, которые должны приниматься во внимание при исключении участника-директора, указывает А.А. Кузнецов. Во-первых, исключение участника-директора возможно за его недобросовестные, но не за неразумные действия. В данном случае лицо следует рассматривать с точки зрения его статуса как участника общества, на которого, как указано выше, не могут распространяться в полном объеме обязанности директора, характеризующие его как профессионального управленца¹. Во-вторых, должна быть учтена доля, принадлежащая участнику-директору. Если ему принадлежит миноритарная доля, то у остальных участников общества есть возможность переизбрать единоличный исполнительный орган и ограничиться взысканием убытков. Если же доля участника-директора значительна, то он будет блокировать и решение о прекращении его полномочий, и решение об избрании нового единоличного исполнительного органа, что не позволит предотвратить дальнейший ущерб, причиняемый обществу данным лицом². В-третьих, помимо этого должно учитываться наличие тех последствий, которые должны быть доказаны при заявлении иска об исключении участника, а именно причинение обществу существенного вреда либо иное существенное затруднение его деятельности и достижения целей, ради которых оно создавалось. Данный стандарт выше того, что требуется для взыскания с директора убытков, где достаточно доказанного факта неправомерных действий директора, наличия и размера убытков и причинно-следственной связи между ними. Поэтому даже не любые недобросовестные действия участника-директора должны влечь за собой возможность его исключения из общества.

¹ См. Кузнецов А.А. Исключение участника из общества с ограниченной ответственностью. С. 90–91.

² Там же. С. 91. Далее, однако, А.А. Кузнецов оговаривает, что даже за миноритарным участником, недобросовестно действовавшим при осуществлении полномочий директора, нецелесообразно сохранять статус участника.

Фактический директор

Помимо созданных в соответствии с уставом общества органов управления и участников общества в непубличных обществах возможно появление неформальных фигур, которые тем не менее могут оказывать существенное влияние на деятельность общества.

К одним из таких лиц относится фактический директор — лицо, осуществляющее функции единоличного исполнительного органа или члена коллегиального органа управления, не имеющее для этого формальных полномочий. Например, в Великобритании в деле *In Re Hydrodam (Corby) Ltd.* 1994 г. судья Миллет описал его статус следующим образом: «Фактический директор — это лицо, которое предполагает, что действует как директор. Компания позиционирует его в качестве директора, оно само обозначает себя как директора, хотя никогда фактически или надлежащим образом не было назначено в качестве такового. Чтобы установить, что лицо является фактическим директором, необходимо заявить и доказать, что оно осуществляло функции в компании, которые мог бы осуществлять только директор. Недостаточно показать, что лицо было вовлечено в управление делами компании или выполняло задачи, связанные с ее деятельностью, которые мог бы осуществлять управленец ниже по уровню совета директоров»¹.

Чтобы квалифицировать лицо в качестве фактического директора, требуется совокупность факторов, некоторые из которых были сформулированы в деле *Secretary of State for Trade and Industry v. Tjolle and Others* 1998 г. на основании указанных выше выводов судьи Миллета: а) позиционировалось ли данное лицо в качестве директора; б) называло ли данное лицо себя директором; в) располагало ли данное лицо достаточной информацией, на основании которой оно принимало решения; г) должно ли было это лицо принимать важные решения². К этим факторам иногда также добавляют следующие: а) осуществляло ли лицо руководство другими лицами; б) принимала ли через это лицо компания на себя существенные обязательства; в) участвовало ли это лицо на равных в коллективных решениях, принимаемых советом директоров³. При разрешении конкретного дела суд учитывает все данные факторы, и ни один из них сам по себе не является решающим

¹ Цит. по: *Mortimore S. Company Directors: Duties, Liabilities and Remedies.* Oxford, 2008. P. 66.

² См.: *Keay A. Directors' Duties.* Bristol, 2014. P. 14.

³ См.: *Mortimore S. Op. cit.* P. 66.

для определения статуса лица как фактического директора. При этом формального критерия – того, что лицо называет себя директором и даже использует эту должность на своих визитках, недостаточно для признания его статуса директора¹. Гораздо более важное значение имеют те функции, которые данное лицо выполняет в компании. В одном из дел суд признал лицо фактическим директором, так как данное лицо в качестве директора компании подписывало мандаты банка и письма². В другом же деле суд не счел возможным признать лицо фактическим директором только на основании того, что он потенциально мог бы осуществлять функции директора, используя свой контроль над компанией, при том что фактически никакие такие действия не осуществлялись³.

В Германии также признается статус фактического члена правления акционерного общества или фактического руководителя общества с ограниченной ответственностью, а также фактического члена наблюдательного совета. Он может возникать в двух случаях: во-первых, если решение органа (наблюдательного совета или общего собрания участников), которым соответствующее лицо было избрано на должность, было признано недействительным, но лицо с ведома общества осуществляло соответствующую деятельность и, во-вторых, если лицо вообще не избиралось в качестве члена правления, члена наблюдательного совета акционерного общества или руководителя общества с ограниченной ответственностью, но фактически исполняло его функции⁴.

Помимо этого для признания лица фактическим членом органа управления требуется выполнение достаточно строгого теста. Фактическим руководителем признается лицо, которое с согласия участников общества без формального назначения фактически взяло на себя руководство обществом, фактически его осуществляет и очевидно занимает более значимое положение по отношению к формально назначенному руководителю. При этом факта оказания существенного влияния на деятельность законного руководителя недостаточно: у фактического

¹ См.: *Keay A. Op. cit.* P. 14.

² In *Re Sykes (Butchers) Ltd.* [1998] 1 BCLC 110. См.: *Keay A. Op. cit.* P. 14.

³ *Secretary of State for Trade and Industry v. Hall* [2006] EWHC 1995 (Ch). См.: *Mortimore S. Op. cit.* P. 66.

⁴ См.: *Blöße Dr.J. Aktuelle Entscheidungen des BGH zu den Haftungsrisiken des faktischen Geschäftsführers* (<http://www.iww.de/bbp/archiv/gesellschaftsrecht-aktuelle-entscheidungen-des-bgh-zu-den-haftungsrisiken-des-faktischen-geschaeftsfuehrers-f23943> (дата обращения: 08.03.2018)); *Dr. R. Patzina Dr.J., Bank S., Schimmer D., Simon-Wiedmann M. Haftung von Unternehmensorganen. Vorstände, Aufsichtsräte, Geschäftsführer.* München, 2010. S. 177.

руководителя должны быть полномочия, типичные для положения органа управления общества (например, полномочия по распоряжению денежными средствами общества)¹. Наиболее существенное значение имеет выражение этих полномочий во внешних, а не во внутренних отношениях. Как указано в судебной практике, фактический руководитель «должен держать в своих руках фортуны общества»².

И в Великобритании, и в Германии фактический директор рассматривается наравне с законно назначенным директором. Признается, что так как они выполняют схожие функции, то объем их обязанностей и ответственности за их нарушение одинаков.

В России, несмотря на отсутствие соответствующих норм в законе, судебной практикой признается статус фактического директора, и она признает за фактическим директором те же обязанности и ответственность, что и за законно назначенным. Согласно правовой позиции, сформулированной в Постановлении Президиума ВАС РФ от 22 октября 2013 г. № 1114/13 по делу № А09-3212/2010, «никто не вправе извлекать преимущества из своего незаконного положения. Незаконность вхождения в состав органа акционерного общества не может влечь освобождение данного лица от обязанностей и ответственности, установленных законом для лиц, входящих в органы управления обществом, в частности, от необходимости действовать в интересах общества добросовестно и разумно. Поскольку лицо, неправомерно вошедшее в состав такого органа, влияя на принятие органом соответствующих решений, получает фактическую возможность причинения обществу убытков, аналогичную возможности, имеющейся у легитимного органа, это лицо должно в полном объеме исполнять обязанности и нести ответственность перед обществом, установленные законом для лиц, входящих в состав органов управления общества». Эта позиция была также отражена, например, в Постановлении Арбитражного суда Уральского округа от 2 октября 2015 г. № Ф09-6866/15 по делу № А60-54477/2014 (оставленном в силе Определением Верховного Суда РФ от 8 февраля 2016 г. № 309-ЭС15-18851), где суд указал, что «обязанность по возмещению убытков связана с фактом осуществления ответчиком полномочий органа управления юридического лица, а не с его легитимностью». Аналогичные выводы содержатся в Поста-

¹ BGH 5 StR 407/12-13. Dezember 2012 (LG Berlin) [= HRRS 2013 Nr. 127] (<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/5/12/5-407-12.php> (дата обращения: 16.11.2018)).

² BGH, 25.02.2002 – II ZR 196/00 (<http://lexetius.com/2002,494>); BGH, 11.02.2008, II ZR 291/06 (<http://lexetius.com/2008,1069>) (дата обращения: 16.11.2018).

новлении Арбитражного суда Центрального округа от 18 июля 2017 г. № Ф10-2804/2017 по делу № А54-1432/2012.

Однако остается открытым вопрос, применима ли эта позиция судов не только к лицам, занимавшим позицию директора либо на незаконном, либо на отсутствующем основании, но и к тем лицам, которые формально занимают в компании нижестоящую должность, фактически осуществляя функции директора. Существует вероятность, что данные лица могут привлекаться к ответственности не как фактические, а как «теневые» директора на основании п. 3 ст. 53.1 ГК РФ. Проиллюстрировать это можно на примере дела, рассмотренного Арбитражным судом г. Москвы и Девятым арбитражным апелляционным судом в 2016 г., чьи решения были оставлены без изменения Верховным Судом РФ. В данном деле фигурировало публичное общество, однако представляется, что выводы суда могут быть применимы и к непубличному обществу.

По обстоятельствам дела два лица — заместитель председателя правления банка и его контролирующее лицо осуществили ряд сделок, направленных на вывод активов из банка, находившегося под угрозой применения к нему мер по санации и отзыва лицензии, без прохождения предусмотренных уставом банка внутрикорпоративных процедур. В связи с этим к ним был предъявлен иск о возмещении убытков, причиненных банку. Контролирующее лицо было установлено на основании следующих обстоятельств. Хотя данный гражданин не занимал какой-либо должности в банке, он как основной совладелец и руководитель банка давал интервью в средствах массовой информации о деятельности, проблемах и планах банка на ближайшую перспективу. Он осуществлял контроль над банком через промежуточную холдинговую структуру. При этом в банке существовала практика, в соответствии с которой для подписания договоров было достаточно его устного решения, которое было обязательно для исполнения всеми сотрудниками банка независимо от их должности в отсутствие установленных документами банка корпоративных процедур. Кроме того, данное лицо участвовало в переговорах от имени банка и имело в банке свой рабочий кабинет. В результате действия «теневого» директора были признаны неразумными и недобросовестными и с него совместно с заместителем председателя правления, которая осуществляла только исполнение указаний «теневого» директора, солидарно были взысканы причиненные банку убытки¹.

¹ Постановление Девятого ААС от 30.09.2016 № 09АП-44158/2016 по делу № А40-56167/16; Определение Верховного Суда РФ от 3 апреля 2017 г. № 305-ЭС17-3537.

Хотя в данном деле суды оперировали п. 3 ст. 53.1 ГК РФ, относящимся к ответственности «теневого» директора, из обстоятельств дела очевидно, что ответчик осуществлял в компании функции директора без формального назначения на должность и позиционировал себя в качестве руководителя банка, в том числе во внешних отношениях. Это соответствует признакам фактического директора, а не контролирующего лица – «теневого» директора, как было показано выше. Последствия смешения этих двух статусов с точки зрения российского права в настоящее время будут одинаковы, так как на «теневого» директора возлагаются те же обязанности, что и на действительного и фактического директора. Однако такой подход является не до конца обоснованным.

«Теневой» директор

У статуса «теневого» директора есть два главных признака. Во-первых, данные лица контролируют процесс принятия решения действительными директорами. Во-вторых, они не являются членами органов управления компанией (за исключением общего собрания) и непосредственно не осуществляют функции данных органов¹. Исходя из этих признаков, «теневые» директора по своему статусу отличаются от фактических директоров. Хотя фактический директор, как и «теневой» директор, не является официально назначенным директором компании, он, в отличие от «теневого» директора, позиционирует себя как члена органа управления общества со всеми свойственными этой позиции функциями и полномочиями.

В российское общегражданское законодательство аналог категории «теневого» директора был введен с 1 сентября 2014 г. Пункт 3 ст. 53.1 ГК РФ предусматривает возложение определенных обязанностей перед обществом на лицо, имеющее фактическую возможность определять действия юридического лица, в том числе возможность

¹ См.: Annex to Study on Directors' Duties and Liabilities prepared for the European Commission DG Markt by Carsten Gerner, Beuerle Philipp Paech, Edmund Philipp Schuster (https://www.researchgate.net/profile/Verena_Klappstein/publication/324506966_DIRECTORS%27_DUTIES_AND_LIABILITY_IN_GERMANY_in_ANNEX_to_STUDY_ON_DIRECTORS%27_DUTIES_AND_LIABILITY_prepared_for_the_European_Commission_DG_Markt_by_Carsten_Gerner-Beuerle_Philipp_Paech_Edmund_Philipp_Sch/links/5ad10e51aca272daf778f21/DIRECTORS-DUTIES-AND-LIABILITY-IN-GERMANY-in-ANNEX-to-STUDY-ON-DIRECTORS-DUTIES-AND-LIABILITY-prepared-for-the-European-Commission-DG-Markt-by-Carsten-Gerner-Beuerle-Philipp-Paech-Edmund-Philipp-S.pdf?origin=publication_detail (дата обращения: 11.11.2018)).

давать указания единоличному исполнительному органу и членам коллегиальных органов. Плюс данной нормы заключается в том, что она использует достаточно широкое понятие «фактическая возможность определять действия юридического лица», не приводя какого-либо исчерпывающего списка или каких-либо пороговых значений по владению акциями или долями. Это позволяет считать «теневым» директором любое лицо, осуществляющее фактический контроль над обществом, даже без какой-либо формализации их взаимных отношений, в пользу чего говорит также и положительная практика по делам о банкротстве. Та небольшая судебная практика, уже использовавшая данное положение ГК РФ, применила его к единственному участнику общества¹, бывшему генеральному директору общества, по определенным причинам сохранившему в период после утраты полномочий право распоряжаться денежными средствами общества², и обществу, являющемуся единственным акционером единственного участника юридического лица³.

«Теневые» директора непосредственно не осуществляют текущее управление компанией и не вступают с компанией в какие-либо связанные с этим отношения. У данных лиц в отношении компании могут существовать собственные интересы, и если личные интересы членов органов управления общества в силу самой занимаемой ими позиции должны быть полностью подчинены интересу юридического лица, то от «теневых» директоров сложно и не совсем правильно ожидать первоочередного учета интересов компании, а не своих собственных. Более того, если от директоров ожидается, что они являются профессиональными управленцами, то «теневой» директор может таковым и не быть и не всегда располагать всей полнотой информации о деятельности компании и верно ее интерпретировать. Однако именно «теневые» директора оказывают решающее воздействие на решения действительных директоров, и будущая прибыль или убытки компании часто зависят именно от них. Соответственно вряд ли будет правильным и справедливым полное освобождение данных лиц от ответственности перед компанией, если ее убытки возникли именно в результате их действий. Поэтому регулирование статуса «теневого»

¹ Постановление Седьмого ААС от 23.03.2015 № 07АП-570/2015 по делу № А27-6382/2014.

² Решение АС Свердловской области от 13.02.2015 по делу № А60-47539/2014.

³ Постановление АС Московского округа от 07.09.2016 № Ф05-10027/2016 по делу № А41-65262/2015.

директора должно учитывать оба фактора: с одной стороны, признавать значимым собственный интерес таких лиц и соответственно не приравнивать их полностью к действительным директорам, но, с другой стороны, и не допускать, чтобы от реализации этих интересов страдали интересы компании.

Зарубежные правовые порядки решили проблему путем разделения деятельности «теневых» директоров на две составляющие, которые условно можно назвать «активной» и «спящей».

В «спящей» стадии, когда «теневой» директор напрямую не вмешивается в дела компании, он не несет перед компанией никаких обязанностей и вправе действовать исключительно в своих личных интересах. Так, например, в Великобритании по делу *Ultraframe (UK) Ltd. v. Fielding*¹ суд указал, что между «теневым» директором и компанией нет никакой прямой связи и «теневой» директор, действуя в своем собственном интересе, может регулярно давать действительным директорам инструкции, противоречащие интересам компании. Сама компания и не рассчитывает, что «теневой» директор будет каким-либо образом способствовать ее благосостоянию, так как эта обязанность возложена на действительных директоров. В этой ситуации странным было бы возложение на «теневых» директоров обязанности лояльности и обязанности подчинять свои интересы интересам компании. Таким образом, один только статус «теневых» директоров не возлагает на лицо каких-либо обязанностей перед компанией. Аналогично в Германии самого по себе факта контроля одного лица над другим в рамках концерна недостаточно для признания за контролирующим предприятием наличия обязанностей по отношению к зависимому предприятию: контроль одного предприятия над другим в рамках концерна принципиально не затрагивает его правовой самостоятельности, даже тогда, когда наличествует включение одного предприятия в состав другого².

Но когда «теневой» директор переходит в «активную» стадию, т.е. начинает косвенно осуществлять функции действительного директора, на него возлагается и часть обязанностей действительного директора перед компанией. Но даже в «активной» стадии на «теневых» директоров не возлагается весь объем обязанностей действительных

¹ *Ultraframe (UK) Ltd. v. Fielding* [2005] EWHC 1638 (Ch.) (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2005/1638.html> (дата обращения: 11.11.2018)).

² См.: *Егоров А.В., Усачева К.А.* Доктрина «снятия корпоративного покрова» как инструмент распределения рисков между участниками корпорации и иными субъектами оборота // Вестник гражданского права. 2014. № 1 (СПС «КонсультантПлюс»).

директоров, так как правопорядок при этом преследует другую цель: не максимально обеспечить удовлетворение интересов общества, а предупредить злоупотребление «теневым» директором своим влиянием на действительных директоров и не допустить причинение этим вреда компании.

Так, в Великобритании в том же деле *Ultraframe (UK) Ltd. v. Fielding* оговорено, что если деятельность «теневого» директора выходит за рамки только косвенного влияния, т.е. между «теневым» директором и компанией установлена связь, из которой следует, что у компании есть законные ожидания в отношении того, что «теневой» директор не будет совершать действий, противоположных интересам компании¹, то вывод о том, что в данной конкретной ситуации «теневые» директора несут фидуциарные обязанности перед компанией, будет правомерен. Таким образом, на «теневых» директоров могут быть возложены некоторые обязанности действительных директоров, если «теневые» директора по существу ведут себя как фактически директора — принимают на себя роль действительных директоров компании, осуществляющих свои функции через контролируемых ими лиц², но речь о возложении на «теневых» директоров всего спектра обязанностей действительных директоров не идет.

В Германии контролирующее предприятие концерна, образовавшегося на основании договора об установлении контроля, а также его законный представитель обязаны при выдаче зависимому предприятию обязательных указаний (*Weisungen*) действовать как обычные добросовестные руководители³. Под указаниями при этом понимаются любые меры, с помощью которых контролирующее предприятие хочет оказать влияние на правление зависимого общества⁴. Похожий инструмент существует и в концернах, образовавшихся без заключения договора: контролирующее предприятие и его законный представитель будут нести ответственность перед зависимым предприятием, если они выдали зависимому предприятию распоряжение о заключении

¹ В ситуации, рассматривавшейся в деле *Ultraframe (UK) Ltd. v. Fielding*, «теневой» директор мог единолично распоряжаться средствами на банковском счете компании, поэтому суд признал, что он нес перед обществом обязанность использовать данные средства только в интересах компании, но не к своей собственной выгоде.

² См.: *Mortimore S. Op. cit.* P. 231–232.

³ Пункт 1 § 309 Закона Германии об акционерных обществах.

⁴ См.: *Handbuch Managerhaftung: Vorstand, Geschäftsführer, Aufsichtsrat. Pflichten und Haftungsfolgen Typische Risikobereiche.* Herausgegeben von Dr. G. Krieger, Dr. U.H. Schneider. 2. Auflage. Köln, 2010 (далее – *Handbuch Managerhaftung*). S. 239.

сделки или принятии (непринятии) мер, которые причинили ему убытки. Они, однако, освобождаются от ответственности, если докажут, что обычный добросовестный руководитель независимой компании также бы заключил такую сделку или принял (не принял) подобные меры¹. Помимо этого в доктрине признается, что на контролирующее предприятие распространяется запрет на конкуренцию с зависимым², а также свойственная для всех участников компании обязанность лояльности, заключающаяся в необходимости учитывать интересы компании и других участников и не причинять им вреда³.

В России п. 3 ст. 53.1 ГК РФ предусматривает, что лицо, имеющее фактическую возможность определять действия юридического лица, в том числе возможность давать указания директорам, обязано действовать в интересах юридического лица разумно и добросовестно и несет ответственность за убытки, причиненные по его вине юридическому лицу. Таким образом, законодатель фактически приравнял «теневого» директора к действительному директору в полном объеме. Такой подход, как было показано выше, не соответствует зарубежной практике и не учитывает различия между «теневым» директором и действительным директором, а также цели возложения обязанностей на «теневых» директоров.

Было бы правильно и обоснованно, если бы ГК РФ последовал за уже сложившейся практикой по вопросу исключения участника из общества с ограниченной ответственностью за нарушение своих обязанностей, который при наличии соответствующей доли может быть и «теневым» директором. Так, в указанном выше Обзоре практики рассмотрения арбитражными судами споров, связанных с исключением участника из общества с ограниченной ответственностью, Президиум ВАС РФ установил, что, во-первых, участник общества с ограниченной ответственностью несет обязанность не причинять вред обществу и, во-вторых, должен действовать в интересах общества. Эти формулировки совершенно справедливо направлены на воспрепятствование тому, чтобы участники общества намеренно не причиняли ущерб обществу и не злоупотребляли предоставленными им правами. При этом на них не возлагается каких-либо обязанностей, которые не свойственны их статусу участников, не руководящих текущей деятельностью общества. Поэтому более правильным, следуя

¹ Параграф 317 Закона Германии об акционерных обществах.

² См.: Handbuch Managerhaftung. S. 243.

³ См.: Кузнецов А.А. Указ. соч. С. 37–39.

этой практике, было бы указать в п. 3 ст. 53.1, что «теневые» директора не должны действовать во вред юридическому лицу и не должны действовать по отношению к нему недобросовестно.

Таким образом, специфика состава субъектов ответственности директоров в непубличном обществе проявляется в особенностях структуры их корпоративного управления, отличающейся определенной вариативностью и наличием неформальных фигур, способных влиять на деятельность общества, — фактических и «теневых» директоров. При этом если объем обязанностей фактических директоров приравнивается к обязанностям действительных директоров, то объем обязанностей «теневых» директоров должен быть сокращен до обязанности действовать добросовестно, исключая возложение на них обязанности действовать разумно.

А.А. Кузнецов,
к.ю.н., магистр юриспруденции (РШЧП)

ОСПАРИВАНИЕ РЕШЕНИЙ ОБЩИХ СОБРАНИЙ УЧАСТНИКОВ (АКЦИОНЕРОВ)¹

Базовым принципом функционирования общих собраний участников выступает принцип большинства, который, с одной стороны, решает проблему согласования и координации воли множества участников, с другой стороны, порождает извечное противостояние мажоритариев и миноритариев.

Однако подчинение меньшинства решению большинства не является абсолютным. Задачей корпоративного права является определение условий, при которых участник собрания может не подчиниться большинству и оспорить принятое решение. При этом сложность заключается в том, чтобы в результате не впасть в другую крайность — подрыв принципа большинства.

Оспаривание решений общих собраний представляет собой, наверное, одну из наиболее старых и классических тем в континентальном корпоративном праве, которая тем не менее является предметом неослабевающего интереса как ученых, так и законодателя².

¹ Автор выражает благодарность А.М. Ширвиндту, Е.М. Ключаревой, О.Е. Орловой, М.Б. Зиновьевой и Florian Heindler за высказанные в ходе доработки первоначального проекта статьи критические замечания и предложения, а также Pierre-Henri Conas и Martin Winner за ценные соображения, высказанные при обсуждении тезисов проекта данной статьи. В то же время за любые ошибки и недочеты работы отвечает исключительно автор.

² Только за последние 30 лет реформы в том или ином объеме коснулись правил, регулирующих оспаривание решений собраний участников (акционеров), в Германии, Франции, Италии, Испании и Бельгии, подробнее см.: *Alcalá Díaz M.A.* El derecho de impugnación del socio en la sociedad anónima cotizada. *La Ley*, 2006. P. 16–19; *Muñoz Paredes M.L.* Los acuerdos impugnables en el nuevo régimen de impugnación de acuerdos sociales (art. 204.1 LSC) // El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital / Directores Rodríguez Artigas F., Tena Arregui R.: Madrid, Colegio Notarial de Madrid, 2015. P. 117–127.

В России оспаривание решений собраний также не было обделено вниманием. До начала реформ конца 2000-х гг. развитие конструкции оспаривания решений собраний определялось преимущественно отечественной судебной практикой, подходы которой в последующем частично нашли закрепление в законе (Федеральный закон от 19 июля 2009 г. № 205-ФЗ). Вместе с тем такой перенос решений из практики в закон был выполнен лишь частично и без должного критического осмысления, не говоря уже о том, что многие действительно спорные вопросы как были, так и остаются без четкого ответа.

К сожалению, последняя законодательная реформа (Федеральный закон от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ) не улучшила положение, поскольку в ходе нее на уровне Гражданского кодекса РФ получили отражение во многом идентичные содержащимся в законах о хозяйственных обществах положения о недействительности решений собраний. То же небольшое новое, что было привнесено, довольно спорно, если не сказать ошибочно (например, при рассмотрении вопроса об оставлении решения собрания в силе не учитывается существенность нарушения, см. п. 4 ст. 181.4 ГК РФ), что будет показано ниже.

В этих условиях кажется необходимым оглянуться на пройденный путь и попытаться обозначить текущие вопросы, которые требуют решения в законодательстве и (или) разъяснениях Верховного Суда Российской Федерации (далее – ВС РФ). Однако прежде чем переходить к обсуждению конкретных проблем, полагаем необходимым обозначить общую позицию относительно актуальности такой меры, как оспаривание решений собраний, а также особенностей регулирования их недействительности.

Значение оспаривания решений общих собраний как способа защиты прав участника хозяйственного общества

Предоставление участникам хозяйственных обществ возможности оспаривания решений общих собраний¹ и активное использование этой меры в судебной практике является отличительной особенностью континентальных правопорядков, для которых она выступает функ-

¹ Например, ст. 241–257 Закона Германии об АО; ст. 2377–2379 Коммерческого кодекса Италии; ст. 204–208 Закона Испании о компаниях.

циональным эквивалентом косвенных и прямых исков участников, хорошо известных странам общего права^{1,2}.

В настоящее время, несмотря на наличие в корпоративном праве, в том числе в отечественном, новых эффективных средств защиты (косвенные иски о взыскании убытков с членов органов управления и об оспаривании сделок общества, исключение участника), а также на наличие иных гарантирующих соблюдение прав и законных интересов участника (акционера) мер (право требовать выкупа долей (акций) в случае принятия определенных решений, институт обязательного предложения, право преимущественного приобретения дополнительно выпускаемых акций и т.п.), оспаривание решений общих собраний сохраняет свою актуальность, а в ряде случаев и вовсе выступает безальтернативным средством, поскольку иным образом противодействовать, например, несправедливым изменениям устава нельзя.

Особое значение как средство защиты прав участников оспаривание решений общих собраний приобретает в первую очередь потому, что в континентальных правовых системах широкий круг вопросов (например, избрание директора, реорганизация, совершение крупных сделок, изменение уставного капитала, выплата дивидендов) подлежит разрешению на общем собрании. Поэтому именно эта мера

¹ См.: *Conac P.-H., Enriques L., Gelter M.* Constraining Dominant Shareholders' Self-Dealing: The Legal Framework in France, Germany, and Italy // *European Company and Financial Law Review*. 2007. Vol. 4. P. 513 (URL: <http://ssrn.com/abstract=1532221>); *Roth G.H., Kindler P.* The Spirit of Corporate Law. Core Principles of Corporate Law in Continental Europe. Munchen, 2013. P. 135–136; *Fleischer H., Chapter 3.* Shareholder conflicts in closed corporations // *Regulating the closed corporation*. ECFR Special volume 4 / G. Bachmann, H. Eidenmuller, A. Engert, H. Fleischer, W. Schon. Berlin, 2014. P. 63–64; *Fleischer H.* A guide to German Company Law for International Lawyers // *German and Nordic Perspectives on Company Law and Capital Markets Law*. Tubingen: Mohr Siebeck, 2015. P. 23; *Gelter M.* Mapping Types of Shareholder Lawsuits Across Jurisdictions. P. 10 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3011444); *Gerner-Beuerle C., Schilling M.* Comparative company law. Oxford University Press, 2019. P. 440, 716.

² Маргинальное значение оспаривания решений для англо-американских правовых систем применительно к публичным обществам объясняется комплексом исторических и экономических причин, главной из которых послужило то, что и в Великобритании, и в США преобладало финансирование через фондовый рынок, что обусловило дисперсный состав акционеров, т.е. отсутствие явного мажоритария, для контроля за которым и предназначено оспаривание решений собраний, не говоря уже о том, что для мелкого инвестора при наличии развитого рынка ценных бумаг гораздо проще продать свои акции, чем нести издержки судебной процедуры (см.: *Alcalá Díaz M.A.* El derecho de impugnación del socio en la sociedad anónima cotizada. P. 39–43). Другой фактор, который имеет значение в том числе и для непубличных обществ, заключается в том, что континентальные правовые системы традиционно закрепляют за общим собранием участников (акционеров) более широкий круг вопросов.

позволяет эффективно контролировать мажоритария при принятии решений по таким вопросам, в том числе с точки зрения соблюдения обязанности добросовестности (лояльности) по отношению к обществу и миноритарным участникам¹.

В России названное обстоятельство также имеет значение, поскольку и здесь общее собрание участников (акционеров) обладает обширной компетенцией, к которой относятся в том числе упомянутые выше вопросы (п. 2 ст. 33 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее – Закон об ООО), п. 1 ст. 48 Федерального закона «Об акционерных обществах» (далее – Закон об АО)). Более того, даже в непубличных обществах такие вопросы, как реорганизация, ликвидация и согласие на совершение крупных сделок с имуществом на сумму более 50% активов общества, не могут быть переданы на рассмотрение иным органам (подп. 1 п. 3 ст. 66.3 ГК РФ, п. 16 Постановления Пленума ВС РФ от 26 июня 2018 г. № 27).

Все это означает, что оспаривание решений собраний было и остается необходимым способом защиты прав участников (акционеров).

Особенности регулирования недействительности решений собраний

Сопоставление решений собраний со сделками стало в русскоязычной литературе неким общим местом². Между тем безусловное сходство этих типов юридических фактов в том, что они имеют волевую

¹ См.: *Gelter M. Mapping Types of Shareholder Lawsuits Across Jurisdictions*. P. 11–13.

² Среди многих см.: *Вилкин С.С. Гражданско-правовая природа волевых актов коллегиальных органов юридического лица: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 126–180; Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В. Односторонние и многосторонние сделки // Вестник ВАС РФ. 2012. № 7. С. 46–50; Громов А.А., Егоров А.В. Практический комментарий к первому и второму блокам изменений в ГК РФ: самые значимые поправки. М.: Акцион-Медиа, 2014. С. 128–129 (авторы раздела – А.А. Громов, А.В. Егоров); Комментарий к гражданскому законодательству #Глосса. Сделки, представительство, исковая давность: постагыйный комментарий к статьям 153–208 ГК РФ / под ред. А.Г. Карапетова. М.: Статут, 2017. С. 654–657 (автор комментария – Д.В. Новак); *Труханов К.И. Правовая природа решений собраний // Сделки, представительство, исковая давность: сб. работ выпускников Российской школы частного права при Исследовательском центре частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации. М.: ИЦЧП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, 2017. С. 36–97. Нередко это обсуждение с повторяющимися аргументами, в частности с подчеркиванием словесного сходства деления решений на оспоримые и ничтожные, с аналогичным делением сделок, которое преподносится как едва ли не одно из главных нормативных доказательств, и, судя по этому обсуждению в российской правовой системе, нет других проблем в этой сфере, кроме, собственно, как признания того, что решение собрания – это сделка.**

природу и представляют собой акты частной автономии, не означает полного совпадения применимых к ним правил. К числу вопросов, требующих дифференцированного подхода, относятся, в частности, вопросы недействительности.

Так, российский правопорядок вслед за рядом континентальных европейских стран (Германия, Италия, Испания) устанавливает самостоятельное регулирование недействительности решений общих собраний, которое не требует обращения к общим нормам о недействительности сделок.

Любопытно, что при этом Россия прошла практически тот же исторический путь, что и упомянутые иностранные правопорядки, для которых в отсутствие специального регулирования также на первом этапе (XIX в. – начало XX в.) было характерно обращение к аналогии с недействительностью сделок, затем установление общего иска об оспаривании решений, а потом и полноценное выделение норм о недействительности решений¹.

Так, с принятием Закона об АО, а затем и Закона об ООО в российскую практику вошли иски об оспаривании решений собраний (п. 8 ст. 49 Закона об АО в редакции до 9 августа 2001 г. и п. 7 ст. 49 Закона об АО в действующей редакции, ст. 43 Закона об ООО), а затем судебная практика пришла и к идее существования решений, которые не имеют силы независимо от решения суда (п. 24 постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 9 декабря 1999 г. № 90/14 «О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью», п. 9 постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 2 апреля 1997 г. № 4/8 «О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об акционерных обществах»). Далее в 2009 г. это деление получило отражение в законах о хозяйственных обществах (п. 10 ст. 49 Закона об АО, п. 6 ст. 43 Закона об ООО).

И наконец, в 2013 г. с появлением гл. 9.1 ГК РФ указанное деление, хотя и с новым наименованием (оспоримые и ничтожные решения), закрепились в Кодексе.

¹ См.: *Alcalá Díaz M.A.* La impugnación de acuerdos del consejo de administración de sociedades anónimas. Madrid: Civitas, 1998. P. 113–127, 135–145; *Girón Tena J.* Derecho de sociedades anónimas. Valladolid: Universidad de Valladolid, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, 1952. P. 315–316; *Garrigues J., Uria R.* Comentario a la Ley de Sociedades anónimas. Tomo I. Madrid, 1952. P. 626–627; *Rodríguez Rodríguez, J.* Validez e invalidez de las asambleas de accionistas y de sus acuerdos // Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. Tomo VIII. Número 29 (1946). P. 48–56 (<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revenj/cont/29/dtr/dtr4.pdf>).

Данное деление терминологически совпадает с классическим делением сделок на оспоримые и ничтожные, которое традиционно основывается на так называемом формальном критери¹, т.е. на необходимости решения суда для признания сделки недействительной в случае с оспоримыми сделками, и отсутствии необходимости в таком решении в случае с ничтожными сделками, отсутствии возможности конвалидации ничтожных сделок и т.д. Использование аналогичной терминологии для оспаривания решений собраний характерно для большинства европейских стран и довольно недвусмысленно указывает на происхождение регулирования недействительности решений собраний от правил о недействительности сделок².

Вместе с тем при всем поверхностном сходстве недействительность решений собраний имеет заметные отличия, обоснованные как догматическими, так и политико-правовыми соображениями и послужившие причиной выделения соответствующих правил в отдельный корпус норм, которые призваны отразить особенности регулирования недействительности решений собраний.

Во-первых, мало какие нормы о недействительности сделок могли бы быть применены напрямую к решениям собраний³. Это означало бы необходимость каждый раз выяснять, «подходит» ли соответствующее правило для решений собраний и как его применять. Думается, излишне объяснять, что для нормального, стабильного правоприменения такой подход неприемлем.

В частности, к решениям напрямую не применимы все основания недействительности сделок, связанные с дефектами волеизъявления, поскольку решение формируется волеизъявлениями (голосованием) участников собрания, а значит, пороки могут возникать только у участников и необязательно влекут недействительность решения.

Во-вторых, в общих основаниях недействительности сделок отсутствует адекватный аналог, который бы покрывал пороки созыва и проведения общего собрания⁴.

¹ О формальном критерии деления сделок на оспоримые и ничтожные см.: Тузов Д.О. Теория недействительности сделок: опыт российского права в контексте европейской правовой традиции. М.: Статут, 2007. С. 198–205.

² См.: Alcalá Díaz M.A. La impugnación de acuerdos del consejo de administración de sociedades anónimas. P. 77–78.

³ См. об этом: Donati A. Sociedades anónimas : la invalidez de las deliberaciones de las asambleas (traducción de italiano, F. de J. Tena). Mexico: Porrúa, 1939. P. 63.

⁴ См.: Donati A. Ob. cit. P. 81–82; Garrigues J. Nulidad e impugnabilidad de los acuerdos de la junta general de la sociedad anónima (el artículo original era publicado en Revista de de-

В-третьих, невозможно исчерпывающим образом изложить все возможные недостатки формирования и принятия решения собрания (как процедурные, так и в части содержания)¹, в связи с чем законодатель в целях защиты миноритариев вынужден формулировать основания оспоримости решений собраний максимально широко, ссылаясь на любое нарушение закона или устава, что можно наблюдать как в отечественном праве, так и в зарубежном². Хотя при этом следует подчеркнуть, что недействительность решений собраний, по крайней мере в части оспоримых решений, преследует не самостоятельную цель принуждения к тому, чтобы не нарушались требования закона, но дает миноритарию инструмент, позволяющий, если он сочтет это необходимым, заявить о нарушении своих прав и интересов со стороны мажоритария, поскольку последнему дано не абсолютное право определять решение общего собрания, а лишь при соблюдении как процедурных, так и содержательных ограничителей (императивные правила корпоративного законодательства, общий принцип добросовестности)³. Это даже позволяет отдельным авторам утверждать, что иск об оспаривании корпоративных решений является частным случаем иска из неисполнения договора товарищества, лежащего в основе хозяйственного общества⁴.

В-четвертых, срок на предъявление требования о признании недействительным решения общего собрания участников (акционеров) является чрезвычайно коротким по сравнению с общим сроком исковой давности⁵, так как недействительность решения затрагивает широкий круг лиц и может поставить под угрозу нормальную деятель-

recho mercantil. 1946. № 3) // Summa Revista de Derecho Mercantil. Derecho de sociedades. Volumen primero. Aranzadi. 2013. P. 130–131.

¹ См.: *Donati A.* Ob. cit. P. 138–139.

² См.: *Muñoz Paredes M.L.* Los acuerdos impugnables en el nuevo régimen de impugnación de acuerdos sociales (art. 204.1 LSC) // El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital / Directores Rodríguez Artigas F., Farrando Miguel I., Tena Arregui R. Madrid: Colegio Notarial de Madrid, 2015. P. 133–134.

³ См.: *Muñoz Paredes M.L.* Los acuerdos impugnables en el nuevo régimen de impugnación de acuerdos sociales (art. 204.1 LSC). P. 135.

⁴ См.: *Comentario de la reforma del régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014): sociedades no cotizadas / Javier Juste Mencía (coord.), Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Civitas, 2015. P. 162–169 (автор комментария – J. Alfaro).*

⁵ Германия (один месяц), Италия (месяц для оспоримых, для ничтожных – три года, за исключением решений, предусматривающих невозможную или незаконную деятельность общества, где срок не устанавливается), Испания (один год, за исключением решений, противоречащих по обстоятельствам своего принятия или по содержанию пуб-

ность общества, в связи с чем длительная правовая неопределенность в отношении действительности решения неприемлема¹. В частности, оспаривание решения может воспрепятствовать проведению таких чувствительных процедур, как изменение уставного капитала и реорганизация, и даже привести к подрыву деятельности общества, повлияв на его финансовую устойчивость, доверие со стороны контрагентов и инвесторов².

В-пятых, существенные негативные последствия недействительности решений собраний и широкий круг затрагиваемых интересов стали причиной также еще одной выраженной тенденции континентальных европейских законодательств (Германия, Италия, Испания) — приоритета оспоримости перед ничтожностью, который достигается путем введения презумпции оспоримости решений³. Кроме того, следует отметить и общее размывание деления решений на оспоримые и ничтожные. Так, например, в Германии хотя и предусмотрено деление на оспоримые и ничтожные решения, границы между ними постепенно исчезают⁴, не говоря уже об обширных возможностях для конвалидации отдельных ничтожных решений, в частности, в связи с истечением трех лет после включения решения в торговый реестр (ст. 242 Закона Германии об АО); похожие правила имеются и в Коммерческом кодексе Италии (ст. 2379бис)⁵; ограничивалась определенным сроком возможность предъявления исков о признании решений ничтожными (за исключением ничтожности по мотиву противоречия публичному порядку, где давности нет) и в Испании до реформы 2014 г.⁶

личноному порядку, где срока — нет) (см.: *Alcalá Díaz M.A.* El derecho de impugnación del socio en la sociedad anónima cotizada. P. 27, 29).

¹ См.: *Tato Plaza A.* Sustitución y anulación por la sociedad de acuerdos sociales impugnables. Madrid, 1997. P. 2.

² См.: *Alcalá Díaz M.A.* El derecho de impugnación del socio en la sociedad anónima cotizada. P. 83–84.

³ См.: *Muñoz Paredes M.L.* Los acuerdos impugnables en el nuevo régimen de impugnación de acuerdos sociales (art. 204.1 LSC). P. 125–127.

⁴ См.: *Alcalá Díaz M.A.* La impugnación de acuerdos del consejo de administración de sociedades anónimas. P. 41, 123–124 (n. 90).

⁵ См.: *Alcalá Díaz M.A.* El derecho de impugnación del socio en la sociedad anónima cotizada. P. 25–26.

⁶ Это одна из причин, по которым в испанской доктрине обращалось внимание на то, что ничтожность решений собраний имеет мало общего с ничтожностью в общей теории сделок (см.: *García de Enterría J.* Los efectos de la declaración de nulidad de los acuerdos sociales // *Liber amicorum Juan Luis Iglesias / Coord. por Javier García de Enterría Lorenzo Velázquez; Juan Luis Iglesias Prada (hom.)*, 2014. P. 418–421).

Наиболее ярко эта тенденция проявилась в реформе 2014 г. Закона Испании о компаниях, в результате которой из закона исчезло деление решений общих собраний на оспоримые и ничтожные, а вместо него введена общая категория оспоримых решений, тогда как привычные признаки ничтожных решений (отсутствие срока на предъявление требования, недопустимость конвалидации, возможность заявления иска о признании решения недействительным любым заинтересованным лицом) сохранены только для решений, противоречащих по обстоятельствам своего принятия или по содержанию публичному порядку¹. При этом в литературе отмечается, что цель реформы была намеренно антидогматическая – разорвать связь недействительности решений собраний и общего регулирования недействительных сделок².

По прагматичному замечанию одного из авторов, в конечном счете повсеместная оспоримость отражает тот реальный факт, что требования в суд в связи с недействительностью решения независимо от конкретных оснований (оспоримость или ничтожность) заявляют, чтобы получить решение суда, указывающее на такую недействительность³.

В отечественном регулировании также можно увидеть описанные черты. Например, в отличие от общего регулирования недействительных сделок применительно к решениям собраний с самого момента появления законов о хозяйственных обществах в них была отражена презумпция оспоримости решений (ср. п. 8 ст. 49 Закона об АО в редакции до 9 августа 2001 г. и п. 7 ст. 49 Закона об АО в действующей редакции, п. 1 ст. 43 Закона об ООО), в том числе в случае принятия их в противоречие с законом⁴.

¹ См.: *Muñoz Paredes M.L.* Los acuerdos impugnables en el nuevo régimen de impugnación de acuerdos sociales (art. 204.1 LSC). P. 117–125.

² *Ibid.* P. 128.

³ См.: *Perdices A.* Retorno a la impugnación de los acuerdos de la junta de accionistas // Comentarios a la reforma del régimen de la junta general de accionistas en la reforma de buen gobierno de las sociedades. Madrid: Aranzadi, 2014. P. 132. Впрочем, этот же автор обращает внимание на то, что полностью уйти от деления решений на ничтожные и оспоримые невозможно по той простой причине, что всегда есть потребность дифференцировать последствия нарушений закона (существенных от несущественных), не удалось это сделать и авторам испанской реформы, которые де-факто всего лишь свели ничтожность (не называя ее таковой) к решениям, противоречащим по обстоятельствам принятия или по содержанию публичному порядку (*Ibid.* P. 114–115, 130).

⁴ Любопытно, что презумпция оспоримости применительно к сделкам, противоречащим закону, была реализована только с принятием Федерального закона от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ, предусмотревшего это в новой редакции ст. 168 ГК РФ. Однако следует отметить, что эта новелла немедленно подверглась серьезнейшей критике как противоречащая фундаментальным цивилистическим понятиям и не отвечающая опы-

Наблюдается и постепенная девальвация практического значения деления на оспоримые и ничтожные решения, насколько позволяет судить анализ российской судебной практики, которая все чаще даже не акцентирует внимание на том, ведут ли пороки решения к оспори-мости или к ничтожности, рассматривая все в едином режиме «при-знания недействительным», т.е. используется выражение, которое в равной мере может пониматься в двух значениях — преобразователь-ном и установительном¹. Иными словами, классификация остается фактически невостребованной.

Надо отметить, что и разъяснение ВС РФ в части введения сроков исковой давности на предъявление иска о признании недействитель-ными ничтожных решений собраний (п. 112 Постановления Плену-ма ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25), т.е., по сути, устраняющее одно из немногочисленных формальных различий между ничтожными и оспоримыми решениями, также лишний раз заставляет усомниться

ту европейских правопорядков (см.: *Тузов Д.О.* Lex «quasi» perfecta? О новой редакции ст. 168 Гражданского кодекса РФ и фундаментальных цивилистических понятиях // Закон. 2015. № 9. С. 34–48).

¹ Например, если не допустили к участию в общем собрании или не известили о проведении собрания мажоритарного участника, у которого большинство голосов и без которого просто не могло быть достигнуто необходимое для принятия решения большинство голосов, суды повсеместно оценивают и признают недействительными такие решения собраний, такая же ситуация и в случае принятия решения по во-просу, не включенному в повестку дня, среди множества актов (см. постановления АС Московского округа от 11.07.2016 по делу № А40-47269/15, от 11.07.2014 по делу № А41-11300/11, от 05.05.2011 по делу № А41-18965/10, от 04.10.2004 № КГ-А41/8900-04, от 13.09.2004 № КГ-А41/7470-04; АС Уральского округа от 28.08.2014 по делу № А60-36485/2013, от 12.12.2011 по делу № А07-3178/2011, от 29.03.2011 по делу № А60-47813/2009-С4, от 18.11.2010 по делу № А07-1078/2010; ФАС Поволжского округа от 30.07.2014 по делу № А12-25324/2013, от 30.01.2012 по делу № А57-22/2011; ФАС Центрального округа от 15.10.2013 по делу № А14-20164/2012, от 26.09.2012 по де-лу № А14-574/2012/11/20, от 01.02.2011 по делу № А48-2743/2010; АС Волго-Вятско-го округа от 25.08.2014 по делу № А29-9020/2013; ФАС Восточно-Сибирского округа от 06.03.2013 по делу № А19-6819/2012; АС Северо-Западного округа от 06.06.2016 по де-лу № А66-5749/2010, от 09.12.2008 по делу № А21-596/2008). Также суды «признают» недействительными решения собраний, в случае если в ходе рассмотрения дела была выявлена подделка подписи мажоритарного участника (участников) на протоколе об-щего собрания, иными словами, когда решение не имело достаточного большинства го-лосов для принятия (см.: постановления АС Московского округа от 04.04.2018 по делу № А40-220554/16, от 27.04.2012 по делу № А41-31505/10, от 24.01.2018 по делу № А41-34030/17, от 13.04.2015 по делу № А40-139732/13, от 02.11.2012 по делу № А40-96499/11-57-810, А40-16255/12-48-153; АС Волго-Вятского округа от 22.10.2014 по делу № А43-21160/2012; ФАС Восточно-Сибирского округа от 22.05.2013 по делу № А19-1183/2012, от 08.11.2011 по делу № А33-357/2011; АС Западно-Сибирского округа от 28.11.2016 по делу № А46-14501/2014).

в практическом значении строгого деления на оспоримые и ничтожные решения, введенного в гл. 9.1 ГК РФ.

Не стремясь ни в коем случае полностью отрицать необходимость деления решений собраний на оспоримые и ничтожные, проистекающего из аналогичного классического деления общегражданских сделок, все же нельзя не признать, что наполнение этих понятий в общей теории недействительности сделок и применительно к недействительности решений собраний имеет различия: в частности, ничтожные решения собрания потеряли часть качеств, присущих ничтожным сделкам (невозможность конвалидации, отсутствие срока давности)¹. Впрочем, возможно, это скорее свидетельствует о том, что сфера использования ничтожности в решениях собраний должна быть пересмотрена².

Подводя итог, можно констатировать, что недействительность решений собраний в России и в большинстве европейских правовых порядков имеет самостоятельное регулирование, наличие которого обосновывается как необходимостью защиты оборота (презумпция оспоримости, короткий срок давности, широкие основания для конвалидации даже ничтожных решений), так и чисто догматическими особенностями решений собраний (пороки воли у участников собрания, но не у самого собрания; невозможность перечислить все пороки формирования и принятия решения).

¹ В то же время мы должны признать, что отмеченные особенности в виде постепенной потери части признаков ничтожности, хотя и в более ограниченном объеме, можно увидеть также в общем регулировании недействительности сделок (см.: *Тузов Д.О.* Указ. соч. С. 301–322).

² При этом не исключено, что в конечном счете мы придем примерно к тому же результату, что и испанский правовой порядок, который сейчас содержит лишь один состав подлинно ничтожных (хотя и не называет их таковыми) решений – противоречие по обстоятельствам своего принятия или по содержанию публичному порядку. Правда, следует оговориться, что в Испании данное понятие хотя и является более чем неопределенным (противоречие фундаментальным ценностям правового порядка, в том числе отраженным в Конституции), все же толкуется более широко, чем в России, например, за счет включения в это основание нарушений основополагающих принципов регулирования хозяйственных обществ (в частности, правил, направленных на защиту кредиторов и акционеров), а также подделанных решений собраний. Более подробно об этом основании недействительности см.: *Comentario de la reforma del régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014): sociedades no cotizadas*. P. 184–189 (автор комментария – J. Alfaro); *Castañer Codina J. Acuerdos sociales contrarios al orden público (art. 205.1 y 206.2 LSC) // El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital / Directores Rodríguez Artigas F., Farrando Miguel I., Tena Arregui R.* Madrid: Colegio Notarial de Madrid, 2015. P. 151–162).

Материальный критерий деления оспоримых и ничтожных решений

Если и существует эквивалент проблемы поиска философского камня в теме недействительности решений собраний, то это точно проблема выявления материального критерия, на основе которого решения делятся на оспоримые и ничтожные, т.е. того, почему решение, пораженное тем или иным пороком, должно быть отнесено к первой или второй категории¹. Обнаружить какое-либо подробное обсуждение этого вопроса в русскоязычной литературе не удалось².

Напротив, в зарубежной литературе по этому поводу было высказано множество мнений, что простое их перечисление и описание может составить отдельную статью, да и едва ли это необходимо, учитывая, что ни одно из них не смогло предложить универсального критерия. Мы ограничимся кратким обобщением этой дискуссии³.

Более или менее общепринятая отправная точка — это выделять процедурные дефекты (например, дефекты созыва и проведения собрания) и дефекты содержания решения. Соответственно первая попытка выделить различительный критерий ничтожности и оспоримости состояла в отнесении к оспоримым всех решений, принятых на общих собраниях, страдающих процедурными дефектами, а к ничтожным — всех решений, содержание которых противоречит закону или уставу.

Однако этот простой на первый взгляд подход сразу столкнулся с серьезной критикой. Во-первых, он приводил бы к тому, что значительное количество решений становились ничтожными, поскольку не делалось никакой дифференциации в зависимости от характера нарушенной нормы. Во-вторых, этот подход в должной мере не учитывал того, что процедурные пороки также могут иметь настолько разный характер, что становится крайне сложно разграничить де-факто несуществующие собрания, решения которых следовало бы считать ни-

¹ Обзор теорий о материальном критерии деления сделок на оспоримые и ничтожные см.: Тузов Д. О. Теория недействительности сделок: опыт российского права в контексте европейской правовой традиции. С. 281–293.

² В одной из работ указывалось на такой критерий, как то, можно ли волю, сформированную конкретным органом, приписывать самому юридическому лицу, однако автор не развивает эту идею и не идет далее обсуждения оснований, предложенных в п. 26 Постановления Пленума ВАС РФ от 18 ноября 2003 г. № 19 (см.: Степанов Д. Ничтожность решений общих собраний акционеров // Корпоративный юрист. 2005. № 1).

³ Подробнее см.: Donati A. Ob. cit. P. 79–82, 85–90; Garrigues J. Nulidad e impugnabilidad de los acuerdos de la junta general de la sociedad anónima. P. 133–134; Alcalá Díaz M. A. El derecho de impugnación del socio en la sociedad anónima cotizada. P. 87.

чтожными, и собрания, хотя и созданные с серьезными нарушениями, но вполне способные принять пусть и оспоримое решение.

В ответ на эту критику была сделана попытка, с одной стороны, выделить те самые существенные процедурные нарушения, которые должны вести к ничтожности, а с другой стороны, выявить характер нарушаемой нормы (один из наиболее распространенных критериев при нарушении нормы устава или диспозитивной нормы закона — оспоримость, императивной — ничтожность).

Однако, как несложно догадаться, эти попытки исправления изначально порочного подхода не привели к успеху, поскольку перечень существенных процедурных нарушений был столь неоднороден и произволен у различных авторов, что говорить о точном и последовательном отделении ничтожности от оспоримости не приходилось. Что касается дифференциации характера нарушаемых норм, то справедливо обращалось внимание на то, что такой подход де-факто все равно ведет к ничтожности большого количества решений, поскольку множество процедурных норм корпоративного законодательства, по крайней мере формально, сформулированы как императивные, тогда как на деле ничтожность за их нарушение является явно несоразмерным последствием. Кроме того, не вполне ясно, чем отличается диспозитивная норма закона от императивной в смысле обязательности ее исполнения (разумеется, если стороны не изменили или не отменили в уставе диспозитивное правило закона), а следовательно, нет оснований для различий в последствиях их нарушений.

Дальнейшее развитие дискуссия получила, когда было предложено определять последствия нарушения нормы в зависимости от того, какой интерес она защищает. Если речь идет о частном интересе (участника общества), то это должно вести к оспоримости решения, если же об интересе правопорядка или интересе третьих лиц — к ничтожности, учитывая, что оспаривание — это в некотором смысле защита своих прав носителем частного интереса, тогда как в случае с нарушением нормы, направленной на защиту иных интересов, действительность решения не может зависеть от того, было ли оно оспорено участником. Указанная позиция стала общепринятой.

Стоит отметить, что указанное выше обсуждение почти полностью повторило аналогичную дискуссию в части поиска материального критерия деления оспоримых и ничтожных сделок¹. И так же, как

¹ См.: Тузов Д.О. Теория недействительности сделок: опыт российского права в контексте европейской правовой традиции. С. 281–293.

и в отношении обычных сделок¹, следует констатировать, что в конечном счете никакого строгого предопределенного критерия деления решений собраний на оспоримые и ничтожные не существует, поскольку в каждом конкретном случае это политико-правовой выбор законодателя.

Как кажется, отсутствие строго обоснованного критерия подтверждается тем разнообразием нормативного регулирования, которое присутствует в континентальных европейских правовых порядках. Например, в Германии ничтожность может повлечь даже несоблюдение правил о созыве собрания (ст. 240 Закона Германии об АО), а Испания, напротив, после реформы 2014 г., как мы уже упоминали, свела случаи ничтожности к решениям собраний, которые по обстоятельствам своего принятия или по содержанию противоречат публичному порядку, а до этого в период с 1951 по 2014 г. любые решения собраний, противоречащие закону (в том числе в части процедурных нарушений), формально считались ничтожными².

Однако это не препятствует критике сложившейся системы в отечественном правовом порядке с точки зрения оправданности политико-правового выбора и соответствия его приведенному выше критерию — критерию характера защищаемого нарушенной нормой закона интереса.

Так, наибольшее возражение вызывает отнесение к числу ничтожных тех решений собраний, которые были приняты по вопросам, не включенным в повестку дня (п. 1 ст. 181.5 ГК РФ, п. 10 ст. 49 Закона об АО, п. 6 ст. 43 Закона об ООО).

Правила, требующие включения вопросов, подлежащих обсуждению на общем собрании, в повестку дня, относятся к числу процедурных и, как и все подобные нормы, направлены на то, чтобы участники собрания не просто имели возможность принять участие в собрании, делали это будучи надлежаще информированными, т.е. защищается интерес конкретного участника, которому и должна быть дана возможность самому решить, следует ли защищать свой интерес путем оспаривания решения собрания.

¹ Тузов Д.О. Теория недействительности сделок: опыт российского права в контексте европейской правовой традиции. С. 293–300.

² См.: Comentario de la Ley de Sociedades de Capital. Tomo I / A. Rojo, E. Beltran (coords.), Reuters Civitas-Thomson, Menor Cizurr. 2011. P. 1441–1442 (автор комментария — А. Роjo). Автор, впрочем, констатирует, что судебная практика вопреки прямой норме закона иногда признавала такие решения оспоримыми, учитывая незначительность нарушения.

Кроме того, как представляется, ситуации, когда участников вовсе не информировали о собрании и когда решение принято по вопросам, не включенным в повестку дня, являются юридически эквивалентными, поскольку в обоих случаях нарушение будет состоять в отсутствии у участников информации о вопросе, по которому будет приниматься решение. Однако, с точки зрения законодателя неизвещение о проведении собрания ведет к оспоримости решения, а решение по вопросу, не включенному в повестку дня, — к ничтожности. Едва ли есть убедительное обоснование подобной дифференциации.

В связи с этим необходимо отказаться от такого основания ничтожности, как то, что решение принято по вопросу, не включенному в повестку дня. В результате подобное обстоятельство будет пороком решения, делающим его оспоримым.

Таким образом, никакого строгого предопределенного критерия деления решений собраний на оспоримые и ничтожные не существует, поскольку в каждом конкретном случае это политико-правовой выбор законодателя. Вместе с тем при выборе последствий того или иного нарушения следует ориентироваться на то, какой интерес защищает нарушаемая норма закона: если речь идет о частном интересе (участника общества), то это должно вести к оспоримости решения, если же об интересе правопорядка или интересе третьих лиц — к ничтожности.

Проблема так называемых несуществующих решений

Требуется также обсуждения категория так называемых несуществующих решений, на решение проблемы которых, судя по всему, и были изначально направлены разъяснения высших судов о решениях, не имеющих силы с момента принятия (п. 9 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 2 апреля 1997 г. № 4/8, п. 26 Постановления Пленума ВАС РФ от 18 ноября 2003 г. № 19)¹.

В зарубежной доктрине единого отношения к этой проблеме не имеется. В общей теории недействительности сделок было выработано три основных подхода: 1) отрицание самостоятельности категории

¹ На то, что Пленум ВАС РФ, формируя такую категорию, как решения, не имеющие силы, подразумевал те нарушения, при которых, строго говоря, само решение общего собрания как акт волеизъявления участников отсутствует, указывает А.А. Маковская (см.: *Маковская А.А.* Правовые последствия недействительности решений общего собрания акционеров и совета директоров акционерного общества // Недействительность в гражданском праве: проблемы, тенденции, практика: сб. ст. / отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2006. С. 353).

несуществующей сделки, поскольку оно охватывается категорией ничтожности; 2) признание отдельного понятия несуществующих сделок, к которым тем не менее в отсутствие специального регулирования должны применяться правила о ничтожных сделках; 3) относительно недавно сложившийся подход, который указывает на то, что санкция ничтожности не является единственным вариантом, поскольку даже при наличии серьезных пороков в сделке, ставящих под сомнение ее существование, с догматической точки зрения, в отсутствие специального регулирования несуществования, мы обязаны соотносить их с основаниями не только ничтожности, но и оспоримости¹. Эти подходы были перенесены и на почву недействительности решений собраний.

Первые две из изложенных позиций на первый взгляд выглядят довольно убедительно, хотя бы по тому соображению, что отсутствует какой-либо практический смысл в различении понятий ничтожности и несуществования, поскольку с точки зрения юридического мира имеет значение только то, производит ли решение те юридические последствия, на которые направлено, или нет².

Кроме того, серьезным доводом стала неспособность сторонников различения несуществования и ничтожности решений предложить внятный критерий такого деления. В отличие от обычных сделок ситуация здесь осложняется тем, что недостаточно ограничиться указанием на то, что несуществование — это отсутствие самого факта волеизъявления, тогда как ничтожность имеет место, когда факт волеизъявления состоялся, но не произвел юридических последствий, на которые был направлен. Решение, будучи итогом сложной процедуры коллегиального волеобразования, всегда находится под риском признания неправомочным общего собрания участников из-за нарушения этой самой процедуры. Соответственно применительно к решениям собраний градация сложнее: нередко некоторые этапы в принятии решения собрания пройдены (факт голосования отдельных участников), но непонятно, можно ли признать это в полном смысле слова решением общего собрания (например, мажоритарий без каких-либо процедур просто составил протокол собрания).

Тем не менее этот же довод оборачивается против упомянутых подходов, приравнивающих ничтожность и несуществование. Их ошибоч-

¹ См.: *Donati A.* Ob. cit. P. 116–124, 129–131; *Alcalá Díaz M.A.* La impugnación de acuerdos del consejo de administración de sociedades anónimas. P. 102–106. На русском языке подробный обзор аргументации преимущественно в пользу первой позиции см.: *Тузов Д.О.* Указ. соч. С. 94–138.

² См.: *Donati A.* Ob. cit. P. 123–124, 129–131.

ность, на наш взгляд, заключается в том, что дискуссия ведется на зыбкой основе: нет никакого четкого определения несуществования. Как правило, те, кто приравнивает ничтожность и несуществование, просто описывают те случаи ничтожности, которые, по их мнению, можно назвать несуществованием. Зачастую само представление о несуществовании определяется текстом закона. Так, например, в Германии нарушение правил о созыве собрания влечет ничтожность решения (ст. 240 Закона Германии об АО), что объясняется тем простым соображением, что в отсутствие созыва собрания нет надлежащего органа, а значит, нет и его решения. Тогда как в России подобные случаи попадут в категорию оспоримых решений.

Да и излишнее теоретизирование в погоне за ускользающим понятием несуществования, особенно в случае решений собраний из-за их сложной процедуры формирования, больше походит на спор о том, наполовину ли пуст стакан (несуществующее решение) или наполовину полон (это уже существующее решение, хотя и принятое с грубым нарушением процедуры). Именно поэтому именно третья позиция заслуживает поддержки.

Так, с точки зрения третьей позиции нельзя упускать из виду, что применительно к решениям собраний, как мы уже указывали, общим правилом в России (как и в Германии, Италии и Испании) выступает оспоримость, а ничтожность — только в случаях, прямо указанных в законе. Поэтому, рассуждая строго догматически, в отсутствие специального регулирования несуществования решения (как, впрочем, и точного понимания этого термина) подобная квалификация означает лишь то, что имеются существенные пороки в процессе формирования решения собрания, которые, однако, могут вести к ничтожности, только если попадают в *numerus clausus* оснований ничтожности, в противном случае мы должны квалифицировать такое решение как оспоримое.

Отечественная доктрина данному вопросу применительно к решениям собраний практически никакого внимания не уделяла¹, зато,

¹ Один из немногих отечественных авторов (см.: *Мосин В.А.* Недействительность решений органов управления корпораций: дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2018. С. 64), который обсуждает эту проблему, занимает позицию относительно необходимости разделять понятия несовершенного (несостоявшегося) решения и недействительного решения, однако приводит в обоснование по существу только один довод о том, что при несуществующих решениях нет юридического факта, а в случае с ничтожными — есть, что, на наш взгляд, полностью игнорирует то, что факт становится юридическим, если он имеет юридическое значение, тогда как в случае с несуществующими решениями и ничтожными решениями одинаково никаких последствий, на которые

напротив, была серьезная дискуссия относительно несуществующих сделок, в ходе которой были высказаны доводы в пользу признания идентичности этого понятия с ничтожными сделками¹.

Отечественная судебная практика, как кажется, не выделяет особым образом понятие несуществования, рассматривая такие решения как недействительные (как правило, со ссылкой на основания ничтожности, поскольку речь чаще всего идет о подделанных протоколах собраний, когда нет никакого большинства участников, поддерживающих решение), хотя и с одной существенной оговоркой: отказывается в признании недействительными тех решений, в отношении которых нет никаких доказательств того, что они были приняты или произвели последствия, и принятие которых отрицает само общество². Данное исключение, на наш взгляд, связано не с каким-то особым отношением к несуществующим решениям, а лишь с прагматическим соображением о том, что обращение в суд все же должно иметь хоть какую-то практическую причину — наличие спора и соответственного законного интереса в защите своих прав, а не просто воображение истца.

В то же время это не препятствовало судам, в случае если они устанавливали наличие последствий решения (например, смену директора на основании подделанного протокола, регистрацию изменений

направлены решения, не наступает, а возникающие последствия (из недействительности), если они имели место (например, внесение сведений в ЕГРЮЛ), одинаково подлежат устранению как в случае с несуществующими решениями, так и в случае ничтожными. Обширную критику разделения ничтожных и несуществующих решений см.: *Тузов Д.О.* Указ. соч. С. 94—138.

¹ См.: *Тузов Д.О.* Указ. соч. С. 94—138. Впрочем, надо учитывать, что на момент написания цитируемой работы в законе содержалась презумпция ничтожности сделок (ст. 168 ГК РФ в ред. до 2013 г.), а значит, действительно, если пороки сделки не попадали под *numerus clausus* оснований оспоримости, сделка, независимо от того, называем мы ее ничтожной или несуществующей или как-то еще, должна была квалифицироваться как ничтожная с точки зрения закона.

² См. постановления ФАС Уральского округа от 25.11.2011 по делу № А60-4679/2011; ФАС Центрального округа от 11.03.2014 по делу № А35-158/2013; ФАС Поволжского округа от 01.06.2010 по делу № А12-16882/2009, от 17.06.2008 по делу № А12-8810/07-С6, от 17.06.2008 по делу № А12-8807/07-С6, от 05.05.2008 по делу № А12-8803/07, от 29.04.2008 по делу № А12-8805/07-С59; ФАС Восточно-Сибирского округа от 31.08.2017 по делу № А33-21388/2016, от 28.04.2010 по делу № А74-3032/2009; АС Западно-Сибирского округа от 18.10.2018 по делу № А46-16740/2017; АС Северо-Западного округа от 05.09.2017 по делу № А56-59002/2016, от 22.03.2017 по делу № А56-7717/2016, от 03.06.2015 по делу № А42-4172/2014; АС Северо-Кавказского округа от 30.10.2017 по делу № А53-24592/2016.

в устав), признавать решения недействительными, хотя они при этом и констатировали, что собрание не проводилось¹ или что протокол был подделан².

Таким образом, в отсутствие специального регулирования несуществования такие решения будут являться ничтожными, только если они подпадают под соответствующее основание ничтожности (например, в случае подделки решения ничтожность вытекает из отсутствия необходимого большинства голосов) (п. 10 ст. 49 Закона об АО, п. 6 ст. 43 Закона об ООО), в противном случае решение будет оспоримым.

Решения, нарушающие интересы общества или его участников (иным образом, кроме как в результате несоблюдения процедуры)

Изначально (с конца XIX в.) основным способом борьбы со злоупотреблениями корпоративного большинства считалось ограничение компетенции общего собрания на изменение существенных условий устава или, как развитие этого подхода, выработка категории так называемых неотъемлемых прав участников, которые не могут изменяться без согласия каждого затрагиваемого соответствующим решением участника³. Такое регулирование опиралось на договорные теории корпорации, из которых следовало, что существенное изменение устава, т.е. изменение условий, на которых лицо вступало в состав участников общества, невозможно без выражения воли этим лицом⁴.

¹ См. постановления ФАС Московского округа от 30.03.2005 № КГ-А40/1912-02; ФАС Поволжского округа от 02.11.2005 № А12-14436/04-С6; ФАС Северо-Западного округа от 15.09.2016 по делу № А56-50739/2014, от 19.01.2009 по делу № А56-55227/2007; ФАС Северо-Кавказского округа от 25.11.2010 по делу № А63-2425/2010, от 15.07.2008 по делу № А32-1340/2008-54/22.

² См. постановления ФАС Московского округа от 14.11.2013 по делу № А40-126922/12-62-1244; АС Центрального округа от 07.11.2014 по делу № А09-2136/2013; ФАС Волго-Вятского округа от 30.08.2006 по делу № А17-148/5-2006, А17-147/5-2006; АС Поволжского округа от 29.08.2016 по делу № А12-46128/2015.

³ См.: *Solá Cañizares F.* Tratado de sociedades de responsabilidad limitada en el derecho español: con especial referencia a las legislaciones extranjeras. Barcelona, 1951. P. 222–223.

⁴ См.: *Garrigues J.* La protección de las minorías en el derecho español (el artículo original era publicado en Revista de derecho mercantil. 1959. № 72) // Summa Revista de Derecho Mercantil. Derecho de sociedades. Volumen primero. Aranzadi. 2013. P. 1073–1074. На русском языке об этом см.: *Вольф В.Ю.* Основы учения о товариществах и акционерных обществах. М., 1927. С. 134–135. Так, В.Ю. Вольф после обсуждения различных гипотез в отношении того, что можно рассматривать в качестве неотъемлемых прав, поддержал теорию, согласно которой таковыми могут считаться права, без которых акционер

Однако крайняя неопределенность критериев¹, которые позволяли бы отличить существенные условия от иных и очертить круг так называемых неотъемлемых прав участника, делала эту теорию непригодной для широкого практического применения и для закрепления в законодательстве.

В современном корпоративном праве, в том числе в отечественном, остались лишь отголоски этого подхода, сводящиеся к констатации исключительной компетенции участников на принятие решений по таким судьбоносным для общества вопросам, как реорганизация, ликвидация, совершение крупной сделки, а также к праву выхода из общества в случае несогласия с принятыми по этим вопросам решениями (ср. ст. 75 Закона об АО, п. 2 ст. 23 Закона об ООО).

Дальнейшее же доктринальное развитие темы ограничения власти большинства пошло по пути выработки разнообразных оценочных критериев, с помощью которых предлагается оценивать действительность решения собрания с точки зрения его степени влияния на общество или его участников.

Есть несколько моделей, получивших признание в разных странах.

Германский подход основан на использовании критерия добрых нравов, принципа равного отношения и обязанности лояльности участников. Как отмечается, в последнее время особое значение приобрела в судебной практике именно ссылка на несоблюдение обязанности лояльности со стороны участника, выражающееся в голосовании за решение, которое неоправданным образом нарушает интересы общества и (или) других участников². Наличие такой обязанности у участников составляет одну из принципиальных характеристик современного корпоративного права Германии³. Обоснованиями обязанности лояльности выступает то, что участник, голосуя, оказывает влияние в том числе и на общество, и на других участников, а значит, не может действовать без учета их интересов, а также то, что право голоса предоставлено участнику для того, чтобы стремиться к успеху

не вступил бы в общество, уточняя, что рассматриваться должна не воля конкретного акционера, а типичная, обычная воля среднего акционера (по выражению автора, «презупптивное волеуправление приобретателя акций»).

¹ Обзор некоторых из предлагавшихся критериев см.: *Donati A.* Op. cit. P. 164–172.

² См.: *Roth G.H., Kindler P.* Op. cit. P. 138–139; *Cahn A.* The shareholders' fiduciary duty in German company law // *Shareholders' duties* / ed. H.S. Birkmose. Kluwer Law International, 2017. P. 357–358; *Corto Polo M.M.* La protección del socio minoritario (especial referencia a la protección frente al atesoramiento abusivo de los beneficios sociales). Valencia, 2019. P. 87–88.

³ См.: *Fleischer H.* A guide to German Company Law for International Lawyers. P. 21.

общего дела, и недопустимо использование этого права в иных целях или в противоречие с этой целью¹.

Частичное нормативное выражение эта идея получила в п. 2 ст. 243 Закона Германии об АО, согласно которому решение может быть оспорено и на том основании, что акционер, осуществляя право голоса за себя или за третье лицо, намеревался получить особые преимущества в ущерб обществу или другим акционерам, и решение служит этой цели. При этом особо оговаривается, что это правило не действует, если решение предусматривает выплату другим акционерам компенсации, соразмерной их убыткам.

Приводятся такие примеры нарушения этой обязанности: 1) мажоритарий, пытаясь вытеснить из общества миноритария, несколько лет подряд голосует за нераспределение прибыли в обществе, лишая тем самым миноритария дохода от деятельности общества, при этом, как правило, сам мажоритарий имеет возможность этот доход извлекать через получение зарплаты директора или через сделки с обществом; 2) одобрение сделок к собственной выгоде или, иначе говоря, сделок, в которых мажоритарий имеет прямой или косвенный интерес; 3) исключение преимущественного права на приобретение вновь выпускаемых акций; 4) необоснованное голосование против одобрения сделок, имеющих принципиальное значение для выживания общества; 5) ликвидация общества к выгоде мажоритария (например, он в ходе ликвидационной распродажи имущества общества скупает его) без учета желания остальных участников продолжить деятельность².

Однако при этом подчеркивается, что не составляет нарушения обязанности лояльности одна лишь коммерческая неудачность того или иного решения, и суды не удовлетворяют иски об оспаривании решений собраний, за исключением случаев, когда иррациональность принятого решения очевидна³. Все это является следствием общего представления о том, что участники в целом свободны реализовывать право голоса по своему усмотрению, за описанными выше исключениями⁴.

В особых случаях, таких как увеличение уставного капитала с исключением преимущественного права покупки акций, немецкие

¹ См.: *Cahn A.* Op. cit. P. 348; *Fleischer H.* A guide to German Company Law for International Lawyers. P. 22.

² См.: *Roth G.H., Kindler P.* Op. cit. P. 139; *Cahn A.* Op. cit. P. 349, 359–361; *Fleischer H.* A guide to German Company Law for International Lawyers. P. 22.

³ См.: *Cahn A.* Op. cit. P. 348.

⁴ Ibidem.

суды возлагают на общество бремя доказывания того, что подобное решение обусловлено интересами общества (потребность в финансировании, желание выйти на международный рынок, стратегическая ориентация и т.п.)¹.

Подход романских стран (Франция, Италия, Испания) на современном этапе основан на использовании конструкции запрета злоупотребления правом². Понятие добрых нравов в романских странах было сужено до морального поведенческого стандарта и потому не подходило для оценки действий участников хозяйственных обществ³. В этом смысле в отсутствие других норм запрет злоупотребления правом выступил самой подходящей основой для борьбы со злоупотреблениями на общих собраниях⁴.

Общими критериями применения доктрины злоупотребления правом являются следующие: осуществление права или воздержание от его осуществления (хотя бы формально выглядящего как действие (бездействие) в пределах закона) таким образом, что это очевидно выходит за пределы нормального его осуществления (противоречит социальному назначению права или, иначе говоря, тому, для чего оно предоставлено), во вред законным интересам других лиц, если отсутствует специальная норма, защищающая этот интерес⁵. Применительно к оценке поведения участников под злоупотреблением права классически понимаются действия (бездействие), совершенное против интересов общества⁶, однако в целях защиты также и миноритариев, когда действия являются нейтральными с точки зрения интересов общества, в понятие злоупотребления правом включатся действия, которые совершены с намерением причинить ущерб только миноритариям, когда не было

¹ См.: *Roth G.H., Kindler P.* Op. cit. P. 139–142.

² См.: *Conac P.-H.* The shareholders' duty not to abuse right // *Shareholders' duties* / ed. H.S. Birkmose. Kluwer Law International, 2017. P. 366; *Gines Castellet N.* Impugnación de acuerdos sociales y abuso de derecho: algunas reflexiones para el ordenamiento jurídico español a la luz de la experiencia francesa // *Revista de derecho de sociedades*. 2013 (40). P. 288 и далее; *Corto Polo M.M.* Op. cit. P. 92–99; *Duque Dominguez J.F.* Tutela de la minoría. Impugnación de acuerdos lesivos (art. 67 L.S.A.). Valladolid, 1957. P. 55.

³ См.: *Duque Dominguez J.F.* Op. cit. P. 51.

⁴ См.: *Hernando Cebriá L.* El abuso de la posición jurídica del socio en las sociedades de capital. Barcelona: Bosch, 2013. P. 87.

⁵ См.: *Gines Castellet N.* Op. cit. P. 288–304; *Gallego Córcoles A.* La impugnación de acuerdos de la junta general por abuso de mayoría // *Revista de derecho mercantil*. 2018 (308). P. 183–186.

⁶ См.: *Corto Polo M.M.* Op. cit. P. 93.

минимально обоснованной причины, оправдывающей такие действия интересами общества¹.

В качестве типичных примеров таких злоупотреблений (к слову сказать, частично совпадающих с германским опытом) приводятся следующие:

1) голосование мажоритарного участника-директора против распределения прибыли в целях ущемления права миноритария участвовать в получении выгод от деятельности общества², либо же иной способ финансового удушения миноритария, например, увольнение его с позиции директора или лишение выгодного контракта с обществом³. Хотя при этом всегда подчеркивается, что само по себе решение о нераспределении прибыли не является злоупотреблением, а лишь только при наличии особых обстоятельств (например, мажоритарий имеет другую возможность извлекать выгоду из деятельности общества, а миноритарий полностью лишен такой возможности, решение принимается несколько лет подряд, нет никаких доказательств хозяйственной необходимости в таком решении), иное означало бы необоснованное вмешательство суда в управление обществом⁴;

2) слияние или присоединение в тех случаях, когда мажоритарий каким-либо образом заинтересован в этом, например, увеличивает в результате долю своего участия в капитале, либо ему выгоден коэффициент конвертации и т.п.⁵;

3) увеличение уставного капитала, если оно обусловлено не хозяйственной необходимостью, но лишь целью размыть долю участия миноритариев⁶;

¹ *Corto Polo M.M.* Op. cit. P. 93, 97–99, 166–172.

² См.: *Conac P.-H.* Op. cit. P. 366; *Gines Castellet N.* Op. cit. P. 277–278 (здесь и далее на примере судебной практики Испании и Франции).

³ См.: *Corto Polo M.M.* Op. cit. P. 148–151.

⁴ См.: *Gines Castellet N.* Op. cit. P. 278–279; *Gallego Córcoles A.* Op. cit. P. 187–188 (со ссылками на испанскую и итальянскую доктрину); *Hernando Cebriá L.* Op. cit. P. 104–112; *Comentario de la reforma del régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014): sociedades no cotizadas.* P. 204–206 (автор комментария – J. Alfaro).

⁵ См.: *Gines Castellet N.* Op. cit. P. 280; *Hernando Cebriá L.* Op. cit. P. 128–132; *Comentario de la reforma del régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014): sociedades no cotizadas.* P. 206 (автор комментария – J. Alfaro).

⁶ См.: *Gines Castellet N.* Op. cit. P. 280–281; *Gallego Córcoles A.* Op. cit. P. 187; *Hernando Cebriá L.* Op. cit. P. 115–128; *Comentario de la reforma del régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014): sociedades no cotizadas.* P. 202–204 (автор комментария – J. Alfaro).

4) ликвидация общества, когда в результате мажоритарий получает весь бизнес, например, скупая имущество ликвидируемого общества¹;

5) уклонение от участия в голосовании, воздержание от голосования или блокирование принятий решений, которые жизненно необходимы для деятельности общества²;

6) установление завышенного вознаграждения директору, которым, как правило, является мажоритарий³.

Во Франции для удовлетворения иска о признании решения собрания недействительным необходимо доказать наличие ущерба обществу, при этом недостаточно доказать наличие ущерба только участнику, что крайне затрудняет использование этой конструкции для ряда случаев, когда интересы общества не затронуты⁴ (невыплата дивидендов, увеличение уставного капитала и иные приведенные выше примеры).

Также отмечается, что суды в романских странах сопротивляются оценке бизнес-решений и очень редко удовлетворяют требования о признании недействительными решений на основе довода о злоупотреблении правом, особенно в случае, когда не затронуты интересы общества, а только интересы миноритариев⁵.

В Испании до недавнего времени также следовали общему подходу и использовали конструкцию запрета злоупотребления правом. Однако в отличие от Франции и Италии запрет злоупотребления правом получил здесь развитие в виде специального основания оспаривания решений собраний⁶.

¹ См.: *Gines Castellet N.* Op. cit. P. 282; *Gallego Córcoles A.* Op. cit. P. 187; *Hernando Cebriá L.* Op. cit. P. 132–134; *Comentario de la reforma del régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014): sociedades no cotizadas.* P. 206–207 (автор комментария – J. Alfaro).

² См.: *Gines Castellet N.* Op. cit. P. 283–286; *Hernando Cebriá L.* Op. cit. P. 174–184; *Comentario de la reforma del régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014): sociedades no cotizadas.* P. 214–215 (автор комментария – J. Alfaro).

³ См.: *Comentario de la reforma del régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014): sociedades no cotizadas.* P. 208–210 (автор комментария – J. Alfaro); *Hernando Cebriá L.* Op. cit. P. 1047–1053.

⁴ См.: *Conac P.-H.* Op. cit. P. 366–367.

⁵ *Ibid.* P. 367; *Corto Polo M.M.* Op. cit. P. 102–103.

⁶ В литературе отстаивался тезис о том, что такое основание для признания решений недействительными, как то, что мажоритарий использовал право голоса во вред обществу и к своей выгоде, является частным проявлением запрета злоупотребления правом (см.: *Duque Dominguez J.F.* Op. cit. P. 56 и далее).

Так, начиная с момента принятия Закона Испании об АО в 1951 г. в законодательстве (ст. 67 Закона 1951 г.) содержалось такое основание оспаривания решения, как то, что решение принято в противоречие с корпоративным интересом и к выгоде одного из участников (начиная с 1989 г. — к выгоде одного из участников или третьего лица). Таковой оставалась ситуация в том числе после принятия единого Закона о компаниях в 2010 г. Под ущербом корпоративному интересу (интерес всех участников) понимается факт возникновения убытков у общества (в том числе будущих)¹.

В литературе специально подчеркивается, что дополнительное условие в виде обязательного наличия выгоды одного из участников или третьего лица от принятия решения намеренно ограничивает суды, не позволяя им признавать недействительными решения собраний исходя только из оценки таких решений как противоречащих интересам общества. Отсутствие этого условия приводило бы к необоснованному вторжению суда в автономию общества вести дела по своему усмотрению (к подмене судом общего собрания), поскольку суд получал бы право судить о том, что соответствует интересам общества, а что нет. Не говоря уже о том, что в отсутствие этого дополнительного условия абстрактная оценка решения собрания участников на предмет его выгоды или невыгоды едва ли могла бы быть произведена судьей, ведь решение может быть только небольшим эпизодом в долговременной деятельности общества, обусловленной какими-то предпосылками в прошлом или с расчетом на какие-то будущие обстоятельства, и значит, требовалось бы оценить всю деятельность общества, прогнозировать его деятельность, чтобы понять, является ли решение вредоносным².

Как единодушно утверждается в зарубежной доктрине, мажоритарий, в отличие от директоров, может действовать с учетом собственных интересов, это вытекает из того, что право голоса является его субъективным правом, но естественный предел осуществления такого права составляют принцип добросовестности и обязанность не противопо-

¹ См.: *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital. Tomo I. P. 1442–1443* (автор комментария — Á. Rojo).

² См.: *Duque Domínguez J.F. Op. cit. P. 62–66; Garrigues J. La protección de las minorías en el derecho español. P. 1079.* О том, что решение признается недействительным по обсуждаемому основанию только при наличии совокупности условий и того, что наличия ущерба корпоративному интересу самого по себе недостаточно, см.: *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital. Tomo I. P. 1443* (автор комментария — Á. Rojo); *García Grewe Cr. El derecho de suscripción preferente exclusión, inexistencia y configuración estatutaria / Á.J. Rojo (pr.). Cizur Menor: Aranzadi, 2014. P. 109–110.*

речь корпоративному интересу, хотя последний не воплощается в каком-то единственно верном решении¹. Иначе говоря, голосование участника — это не бинарный выбор в интересах или против интересов общества, а бизнес-решение, огромная область дискреции, и лишь далеко на горизонте видна преграда, предотвращающая заведомо противоречащее интересам общества и других участников голосование.

Помимо признания ограниченной сферы пересмотра (только если решение не просто нарушает интерес общества, но принято к выгоде одного из участников или третьего лица) также оговаривается, что задача состоит не в том, чтобы сделать выбор между интересами мажоритария и миноритария, но между интересом общим и интересом частным². Романские правовые порядки по общему правилу отождествляют интерес мажоритария и интерес общества, но только не в том случае, когда доказано, что мажоритарий действует исключительно в собственных интересах (например, совершенная сделка с обществом приносит выгоду другому обществу, в котором мажоритарий имеет долю участия)³.

Однако наряду с таким основанием недействительности, как то, что решение собрания нарушает корпоративный интерес и совершено к выгоде одного из участников или третьего лица, в судебной практике Испании продолжала сохраняться практика признания недействительными решений собраний по мотиву наличия злоупотребления правом голоса (примеры см. выше)⁴. Как правило, ссылка на злоупотребление правом использовалась в тех случаях, когда решение было направлено во вред интересам миноритариев, но не причиняло вреда непосредственно обществу (например, долговременное нераспределение прибыли, увеличение уставного капитала, чтобы размыть долю миноритария)⁵. Для признания решения недействительным требовалось доказать то, что оно принято с намерением причинить ущерб и без какого-либо минимального разумного обоснования⁶.

Чрезвычайно высокий стандарт доказывания наличия факта злоупотребления (главным образом было сложно доказать наличие намерения причинить ущерб), неадекватность санкции ничтожности для

¹ См.: *García Grewe Cr.* Op. cit. P. 104–107.

² См.: *Duque Domínguez J.F.* Op. cit. P. 66; *Garrigues J.* La protección de las minorías en el derecho español. P. 1079.

³ См.: *Garrigues J.* La protección de las minorías en el derecho español. P. 1077–1079.

⁴ См.: *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital. Tomo I.* P. 1443 (автор комментария — *Á. Rojo*).

⁵ См.: *Gallego Córcoles A.* Op. cit. P. 181–183.

⁶ *Ibid.* P. 186, 188.

таких решений собраний и сопротивление судов тому, чтобы давать содержательную оценку решениям собраний, побудили испанского законодателя закрепить в законе специальный состав недействительности решений собраний, который бы более эффективно защищал интересы миноритариев¹.

В конце 2014 г. в п. 1 ст. 204 Закона Испании о компаниях было добавлено, что нарушение корпоративного интереса также имеет место, когда решение хотя и не причиняет ущерб имуществу общества, но является злоупотреблением корпоративного большинства, под которым понимается то, что решение не является разумно необходимым для общества, принято большинством в собственных интересах и причиняет неоправданный вред остальным участникам. Оценки новой нормы варьируются от некритического восхваления и признания ее решением всех проблем² до сомнений в том, что новый состав недействительности окажется столь уж эффективным³. В отсутствие достаточного количества судебной практики судить об этом можно будет только спустя некоторое время.

В данной норме большинство авторов видят восприятие испанским правопорядком идеи, что участники несут обязанность лояльности не только в отношении общества, но и в отношении остальных участников. Суть такой обязанности заключается в том, что мажоритарии разрешается жертвовать интересами остальных участников лишь тогда, когда это оправданно интересами общества или, иначе говоря, в общем интересе всех участников⁴.

¹ Gallego Córcoles A. Op. cit. P. 224–226; Corto Polo M.M. Op. cit. P. 172–174.

² См.: Comentario de la reforma del régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014): sociedades no cotizadas. P. 198 и далее (автор комментария – J. Alfaro).

³ Сомнения вызваны необходимостью доказывать наличие одновременно трех условий: 1) наличие выгоды мажоритария от принятого решения; 2) «отсутствие разумной необходимости» решения; 3) «наличие неоправданного вреда участникам». Особенно беспокоит неопределенность того, как будет оцениваться «разумная необходимость» решения для общества. Будет ли разумная необходимость пониматься в смысле решения собрания, без которого обществу сложно или невозможно продолжать нормальную деятельность или же будет достаточно простого соответствия решения собрания интересам общества. В последнем случае, очевидно, уровень защиты миноритариев пострадает, поскольку, например, для увеличения уставного капитала доказать соответствие решения общего собрания интересам общества будет довольно легко, ведь общество получает дополнительное финансирование (см.: Gallego Córcoles A. Op. cit. P. 206–224).

⁴ См.: Comentario de la reforma del régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014): sociedades no cotizadas. P. 198–200 (автор комментария – J. Alfaro); Gallego Córcoles A. Op. cit. P. 192–196.

Помимо собственно признаний решений недействительными в судебной практике некоторых романских стран (Франция) также можно обнаружить подход, согласно которому следует отказываться в признании недействительными тех решений собраний, которые формально могли бы быть признаны недействительными, но возникновение основания их недействительности является следствием недобросовестного поведения участника. Например, в случае если решение было принято недостаточным большинством голосов, но по обстоятельствам видно, что участник, голосов которого не хватило, попросту игнорирует общие собрания, намеренно блокируя принятие важного для общества решения¹.

Подводя итог обзору зарубежного опыта, следует признать, что, по меткому замечанию одного автора, сделанному еще в первой половине прошлого столетия, различия в выборе используемых разными правопорядками инструментов (добрые нравы, добросовестность, принцип равного отношения, злоупотребление правом, обязанность лояльности) едва ли имеют какое-то практическое значение, поскольку во всех случаях все сводится к идее запрета действовать во вред обществу или другим участникам². В конечном счете, различия между подходами стран заключается не в том, как именуется соответствующее поведение мажоритария, а в глубине погружения суда в оценку решения собрания на предмет его обоснованности³.

Так, во всех континентальных странах четко прослеживается мысль о том, что пересмотр решений собраний, т.е. оценка их по существу, является довольно деликатным вопросом, поскольку предполагает вмешательство суда в принимаемые решения. Именно по этой причине в зарубежной доктрине отмечается, что такой пересмотр может проводиться в исключительных случаях, поскольку иначе под угрозой оказалось бы право корпоративного большинства определять решения общества⁴.

Российское право также находится вполне в русле изложенных подходов. Напомним, что законодатель обуславливает возможность признания решения недействительным наличием совокупности условий — принятия решения в противоречие с законом или уставом и нарушения прав участника (акционера), обращающегося с соот-

¹ См.: *Gines Castellet N.* Op. cit. P. 309–310.

² См.: *Goldschmidt R.* Problemas juridicos de la sociedad anónima (traducción de la edición original suiza «Grundfragen des neuen schweizerischen Aktienrechts. St. Gallen (Suiza), 1937» por Dino Jarach). Buenos Aires: Depalma, 1946. P. 37 и далее.

³ См.: *Corto Polo M.M.* Op. cit. P. 100.

⁴ См.: *Roth G.H., Kindler P.* Op. cit. P. 137.

ветствующим требованием об оспаривании (п. 7 ст. 49 Закона об АО, ст. 43 Закона об ООО).

Отечественные авторы сетуют на то, что зачастую отсутствует конкретная норма права, которую нарушает решение¹. Данный недостаток, на наш взгляд, восполним, поскольку, как и романские правовые порядки, российское право располагает такой же общей нормой о запрете злоупотребления правом (ст. 10 ГК РФ), в качестве нарушения которой можно расценивать решение общего собрания, которое направлено против интересов общества и (или) отдельных участников.

Следует отметить, что несомненным достоинством российского регулирования является прямое упоминание в тексте закона о том, что основанием для признания решения недействительным служит нарушение прав участника (акционера), а не общества². Иными словами, российский правовой порядок с момента появления законов о хозяйственных обществах уже располагал тем, к чему иностранные правовые порядки вынуждены были идти сначала через общие конструкции злоупотребления правом, обязанности лояльности, добрых нравов и т.п.

О том, что при принятии решения собрания участники не могут действовать произвольно, а должны соблюдать баланс интересов различных категорий участников соответствующего сообщества и принцип равного отношения (последствия решения не могут различным образом отражаться на разных категориях участников, если только тому нет объективных предпосылок) было указано также и в Постановлении КС РФ от 29 января 2018 г. № 5-П.

Анализ судебной практики позволяет выделить следующие группы ситуаций, где суды признают решения недействительными, основываясь на указанных выше критериях.

1. Сформировалась довольно устойчивая практика по делам об оспаривании решений об увеличении уставного капитала в ООО, которые, как известно, часто используются для размытия доли миноритариев, поскольку они не имеют финансовых возможностей для дополнительных инвестиций в общество либо и вовсе не желают этого, учитывая, что де-факто эти дополнительные вложения попадают в руки мажоритария,

¹ См.: *Бойко Т.С.* Защита прав и интересов миноритарных участников непубличного общества в праве России, США и Великобритании. М.: Статут, 2018. С. 181.

² Напротив, является излишним упоминание в качестве условия признания решения недействительным того, что решение принято с намерением причинить ущерб интересам общества, как это иногда предлагается российскими авторами (см.: *Мосин В.А.* Указ. соч. С. 152). Дело в том, что причинение ущерба интересам общества априори предполагает ущерб и интересам его участников.

контролирующего общества. Так, суды указывают, что интерес общества в привлечении дополнительного капитала может не соответствовать интересам конкретных участников общества в сохранении размера своих долей и существующего соотношения между ними.

В связи с этим со ссылкой на Постановление КС РФ от 21 февраля 2014 г. № 3-П суды указывают, что уменьшение в уставном капитале ООО доли одного из его участников может быть признано допустимым с точки зрения конституционных принципов, если это вызвано целями достижения общего для данного общества интереса и участнику, доля которого уменьшается, обеспечены эффективные механизмы защиты его интересов. Основываясь на этом, они возлагают на ответчика бремя доказывания того, что соответствующее увеличение уставного капитала было необходимо для интересов общества, при этом исследуются конкретные обстоятельства общества: его бизнес, финансовое состояние и т.п.

В случае если такие доказательства не представляются, суды констатируют, что обжалованное решение общего собрания не обусловлено необходимостью достижения общего интереса, который в соотношении с интересом участника на момент принятия такого решения являлся более значимым (приоритетным). В связи с чем уменьшение в уставном капитале общества доли участника не признается допустимым с точки зрения конституционно значимых принципов¹.

Равным образом и применительно к акционерным обществам высшим судом отмечалось, что недействительным может быть признано

¹ См. постановления АС Волго-Вятского округа от 11.07.2018 по делу № А43-723/2018; АС Северо-Западного округа от 22.11.2017 по делу № А21-7279/2016; АС Уральского округа от 02.11.2015 по делу № А50-728/2015; АС Центрального округа от 04.03.2015 по делу № А23-3604/2014. Хотя не следует понимать это таким образом, что подобные требования имеют 100-ный шанс на удовлетворение, в некоторых делах суды встают на сторону ответчика, считая доказанной экономическую обоснованность увеличения уставного капитала (см. постановление АС Московского округа от 25.12.2014 по делу № А40-15983/14). Все это в любом случае выгодно отличается от ранее существовавшей практики, когда суды при оспаривании решений об увеличении уставного капитала указывали, что при наличии процедурно корректного принятого решения собрания оснований полагать, что оспариваемое решение общего собрания нарушает права истца как участника общества, не имеется, при этом суды не вдавались в его оценку по существу. В одном из дел суд и вовсе указал, что «то обстоятельство, что участник общества в силу материальных или иных причин не мог или не хотел реализовать свое право внести дополнительный вклад в уставный капитал общества и тем самым увеличить номинальную стоимость своего вклада, сохранив соотношение долей участников в уставном капитале, свидетельствует либо о его ограниченных финансовых возможностях, либо о нежелании воспользоваться предоставленным правом, но не о нарушении его прав» (см. постановление ФАС Уральского округа от 12.03.2008 по делу № А50-10384/2007-Г24).

решение об увеличении уставного капитала, принятое с единственным намерением перераспределить между акционерами голоса на общем собрании¹.

2. Не менее заметной категорией дел является оспаривание решений об одобрении сделок, которые по своим условиям заведомо противоречат интересам общества, — например, продажа почти всего имущества без какого-либо экономического обоснования², одобрение сделки на заведомо невыгодных условиях (продажа активов общества по заниженной цене)³, выплата несоразмерно большой премии директору⁴.

3. Длительное противодействие избранию органов управления (директора)⁵.

¹ См. Постановление Президиума ВАС РФ от 6 апреля 2010 г. № 17536/09.

² См. постановления Девятого ААС от 18.05.2016 по делу № А40-211312/15, АС Московского округа от 06.02.2017 по делу № А40-19873/2016. Суды указали, что такое решение направлено исключительно на причинение вреда имущественным интересам общества, кредиторов данного общества, а также истца и на лишение истца на будущее возможности принимать управленческие решения в отношении данного имущества и получать выгоды от его использования в своих интересах. В связи с чем суды считали возможным применить ст. 10 ГК РФ.

³ См. постановление ФАС Поволжского округа от 16.02.2011 по делу № А65-20880/07. Суд сослался на ст. 10 ГК РФ, указав, что решение об одобрении сделки по реализации имущества общества по заниженной цене причинило убытки участнику не только в связи с фактическим уменьшением стоимости его доли, но и в связи с отчуждением основных средств общества, используемых для осуществления уставных целей и задач.

⁴ См. постановление АС Северо-Кавказского округа от 19.12.2017 по делу № А53-1970/2017 («Суд апелляционной инстанции правильно пришел к выводу, что направление денежных средств общества в размере 4500 тыс. рублей на выплату премии директору, более в 1,5 раза превышает годовую прибыль предприятия от продаж (валовую прибыль), а также сопоставимо с величиной непокрытого убытка компании, что является неразумным, а в конечном итоге приводит к росту убыточности предприятия, ввиду увеличения размера санкций общества перед его контрагентами (кредиторская задолженность составляет 16 357 тыс. рублей). Данное обстоятельство непосредственно отражается на законных интересах К[...] которые по общему смыслу участия в хозяйственном обществе направлены на достижение стабильного финансового положения общества и на получение прибыли от его деятельности в виде распределения дивидендов за счет чистой прибыли компании. Необоснованное премирование директора общества способствует недостижению цели участия К[...] в обществе, так как создает прямое препятствие для образования чистой прибыли предприятия и для получения его участником дивидендов, что применительно к рассматриваемому спору надлежит квалифицировать в качестве обстоятельства, причиняющего убытки участнику общества оспариваемым решением общего собрания»).

⁵ См. постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 11.07.2014 по делу № А53-15508/2013 («Оценив действия истца с учетом ранее состоявшихся собраний, апелля-

В ряде случаев суды, не отказываясь оценивать решение по существу, по результатам рассмотрения доводов и материалов дела приходили к выводу, что доказательства недобросовестных действий мажоритария в нарушение интересов общества или истца отсутствуют¹.

Помимо этого следует выделить п. 109 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25, где, комментируя такое условие оставления решения в силе, как отсутствие существенных неблагоприятных последствий для истца (п. 4 ст. 181.4 ГК РФ), ВС РФ отметил, что к существенным неблагоприятным последствиям относятся нарушения законных интересов как самого участника, так и гражданско-правового сообщества, которые могут привести в том числе к возникновению убытков, лишению права на получение выгоды от использования имущества гражданско-правового сообщества, ограничению или лишению участника возможности в будущем принимать управленческие решения или осуществлять контроль за деятельностью гражданско-правового сообщества. Как кажется, данное разъяснение также ориентирует суды на допустимость оценки оспариваемых решений собраний по существу, легитимируя признание недействительными решений, которые влекут упомянутые последствия.

Однако нужно признать, что в российском праве очевидно не хватает какой-либо позитивной практики в отношении случаев длительного нераспределения прибыли с целью лишить выгоды от участия в обществе миноритария, тем самым вытесняя его из общества. Суды лишь формально ссылаются на то, что распределение прибыли участникам общества является правом, а не обязанностью общества², а также на то, что суд не может подменить общее собрание³, и на недопустимость оценки экономической целесообразности решений органов со сто-

ционный суд пришел к выводу о том, что Т[...] не желает прекращать корпоративный конфликт и препятствует избиранию единоличного исполнительного органа, в том числе из состава независимых кандидатов. Установив, что такое поведение истца препятствует нормальному функционированию общества, лишённого единоличного исполнительного органа, апелляционный суд на основании статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации сделал вывод о наличии в действиях истца признаков злоупотребления правом»).

¹ См. постановления АС Московского округа от 24.01.2018 по делу № А41-19086/17; ФАС Северо-Кавказского округа от 27.03.2009 по делу № А32-3729/2007-17/60; ФАС Уральского округа от 19.02.2009 по делу № А07-10782/2008-Г-ГЛШ.

² См. постановления АС Московского округа от 30.11.2015 по делу № А40-5243/14; ФАС Волго-Вятского округа от 11.08.2004 № А82-155/2003-Г/12.

³ См. постановление ФАС Северо-Западного округа от 15.09.2004 по делу № А42-4266/03-14.

роны судов¹. Возможно на это также связано с тем, что для данной категории дел недостаточно признания недействительным решения общего собрания о нераспределении прибыли, поскольку это само по себе не приведет к достижению желаемой цели – распределению прибыли (подробнее см. ниже в разделе об оспаривании отрицательных решений собраний).

Так же как и для иностранных правопорядков, для отечественного права характерно общее принятие идеи о том, что судебный контроль не должен подменять решения органов управления общества.

Так, в п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. № 62 указывается, что «поскольку судебный контроль призван обеспечивать защиту прав юридических лиц и их учредителей (участников), а не проверять экономическую целесообразность решений, принимаемых директорами, директор не может быть привлечен к ответственности за причиненные юридическому лицу убытки в случаях, когда его действия (бездействие), повлекшие убытки, не выходили за пределы обычного делового (предпринимательского) риска».

В п. 5 Обзора практики рассмотрения арбитражными судами споров, связанных с исключением участника из общества с ограниченной ответственностью, утвержденного Информационным письмом Президиума ВАС РФ от 24 мая 2012 г. № 151, отмечалось, что «следует различать, с одной стороны, случаи, когда участникам общества предлагается на собрании принять решение, экономические последствия которого неочевидны, – в этом случае суд не может оценивать его экономическую целесообразность, поэтому голосование за или против такого решения не может являться и основанием для исключения участника из общества, даже если впоследствии оказалось, что принятие или непринятие этого решения причинило обществу значительный вред. С другой стороны, если голосование участника на собрании (как за, так и против) заведомо влечет значительные невыгодные последствия для общества, то в таком случае имеет место уже неправомерное поведение, которое может быть основанием для исключения участника из общества».

Можно увидеть ограниченность сферы вмешательства судов в оценку решений собраний по существу непосредственно и из практики по их оспариванию. В нескольких делах суды указывали, что оценка экономической обоснованности принимаемых общим собранием решений не входит в компетенцию суда².

¹ См. постановление ФАС Уральского округа от 25.04.2019 по делу № А60-49809/2018.

² См. постановления ФАС Северо-Кавказского округа от 10.05.2007 по делу № А53-12866/2006-С4-11; АС Уральского округа от 25.04.2019 по делу № А60-49809/2018.

Однако показательно, что в одном из своих определений ВС РФ не согласился с такой логикой, поскольку материалами дела подтвердилось отсутствие разумной экономической связи между порядком определения размера вознаграждения, подлежащего выплате членам совета директоров, и результатами деятельности общества¹. Что, на наш взгляд, может трактоваться как принципиальная допустимость признания решения недействительным, если решение очевидно не соответствует интересам общества и участников.

В поисках критерия, ограничивающего оценку решения собрания со стороны суда, имеет смысл обратиться к аналогии с известной доктриной защиты делового решения директора², которая основана на том, что суды не приступают к оценке решения директора по существу, если не будет доказана недобросовестность со стороны директора или заведомая неразумность его действий (бездействия), простая небрежность в принятии решений со стороны директора не является основанием для взыскания с него убытков³.

Похожим образом и в отношении решений собраний должны быть соблюдены все те же условия: суды могут признать недействительным только такое решение, которое свидетельствует о недобросовестности или заведомой неразумности лиц, способствовавших его принятию, в частности, если оно заведомо противоречит интересам общества и его участников или имеются иные доказательства недобросовестности со стороны мажоритария (например, хотя невыгодность одобренной сделки не является заведомой (разница в цене продажи актива по рынку и по сделке не являлась двукратной и более), но имеются доказательства того, что одобрение сделки было выгодно мажоритария). Простая невыгодность решения сама по себе не может приводить к недействительности решения, роль суда не состоит в том, чтобы искать бизнес-ошибки. В отношении решения также необходимо иметь в виду, что поскольку речь идет об оценке действий участника-мажоритария, голосовавшего за или против принятия соответствующего решения,

¹ См. Определение ВС РФ от 29 декабря 2014 г. по делу № 308-ЭС14-1226, А25-304/2013.

² Подробнее о правиле защиты делового решения применительно к поведению директора см.: *Ключарева Е.М.* Правило защиты делового решения в делах о привлечении к ответственности директоров: законодательство и практика штата Делавэр (США), Германии и России // Закон. 2015. № 11. С. 132–141.

³ См.: Comentario de la reforma del régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014): sociedades no cotizadas. P. 197 (автор комментария – J. Alfaro).

к такому участнику не должны предъявляться те же стандарты поведения в части требований разумности, как к директору. Очевидно, что от участника ожидается иной стандарт разумности (менее высокий), чем от директора (члена совета директоров, правления).

Кроме того, заметим, что российскому праву также известен такой способ реагирования на злоупотребление правом, как отказ в признании недействительным решения, не получившего необходимого большинства голосов, в случае если установлено, что без уважительных причин участник уклонялся от участия в собрании с целью заблокировать принятие противоречащего его интересам решения. Суды квалифицировали такое поведение как приводящее к риску невозможности принятия обществом решений и отмечали, что оно не может быть признано добросовестным, разумным и не причиняющим вред обществу¹.

Подводя итог, можно констатировать, что как для зарубежного, так и для отечественного права характерна общая идея запрета мажоритарии причинять вред обществу (недобросовестными или заведомо неразумными действиями), а также, если не доказано, что это обусловлено интересами общества (разумной необходимостью), вред другим участникам. При этом суд при оценке решения должен руководствоваться принципом защиты делового решения корпоративного большинства и вправе признать решение недействительным, только если наряду с невыгодностью решения доказано, что мажоритарий действовал к собственной выгоде, или имеются иные доказательства его недобросовестности и (или) заведомой неразумности (например, заведомая невыгодность одобренной сделки).

Процедурные нарушения при принятии решений

I. Одними из самых массовых оснований для признания решений собраний недействительными являются процедурные нарушения.

¹ См. постановления АС Уральского округа от 28.10.2016 по делу № А07-656/2016; ФАС Северо-Кавказского округа от 27.06.2007 по делу № А53-6703/2006-С4-50. Хотя и неудачно, но в других делах тоже пытались возражать на иск о недействительности, ссылаясь на злоупотребление истцом в виде уклонения от участия в общем собрании общества (см. постановления АС Центрального округа от 09.07.2018 по делу № А83-6692/2017, от 25.06.2018 по делу № А83-6867/2017), но суд посчитал, что у истца была уважительная причина не посещать собрание. В другом деле на подобные доводы суд возразил, что не представлено доказательств наличия злоупотребления со стороны истца-участника (см. постановление ФАС Северо-Западного округа от 23.05.2012 по делу № А56-45091/2011).

Жесткая регламентация в законе процедур созыва и проведения общих собраний вызвана необходимостью обеспечить право участников (акционеров) на участие в таких собраниях, а также гарантировать информированность участников (акционеров) о вопросах, подлежащих рассмотрению¹.

Отечественная судебная практика содержит богатую казуистику процедурных нарушений.

1. Ненадлежащее извещение о проведении общего собрания², под которым понимаются как полное его отсутствие, так и несоблюдение сроков и иные процедурные огрехи созыва собрания.

1.1. Можно отметить, что суды довольно строго подходят к соблюдению сроков. Немалая часть судебной практики исходит из возможности признания решения недействительным даже в случае отправления извещения о созыве собрания с опозданием на один или несколько дней³.

Полагаем, что такой подход страдает излишним формализмом. Как мы уже упоминали, цель состоит в том, чтобы у участника была реальная возможность посетить собрание, а также в обеспечении его надлежащей информацией о вопросах по повестке дня.

В связи с этим следует не просто арифметически высчитывать срок направления извещения, а устанавливать, привело ли нарушение сроков к невозможности достичь означенной выше цели. Для этого имеют значение такие обстоятельства, как длительность просрочки в направ-

¹ См.: *Donati A.* Ob. cit. P. 198. Также в этом смысле см. постановление ФАС Уральского округа от 29.05.2014 по делу № А76-11660/2013 («неисполнением обязанности по предоставлению годового отчета и финансовой отчетности общество нарушило основополагающие права участника – право на получение информации о деятельности общества, право на управление делами общества и на осуществление корпоративного контроля за деятельностью общества путем голосования по вопросам повестки собрания после получения исчерпывающей и достоверной информации, необходимой для определения участником позиции по тому или иному вопросу повестки»).

² См. Постановление Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 7769/07 («Исходя из смысла положений Закона об ООО, регулирующих права и обязанности участников общества, и особенностей управления в таком обществе ненаправление участнику общества уведомления о времени и месте проведения общего собрания должно расцениваться в качестве существенного нарушения для такого вида хозяйственных обществ, как общество с ограниченной ответственностью»).

³ Например, см. постановления ФАС Уральского округа от 14.03.2012 по делу № А07-4026/2011; ФАС Северо-Западного округа от 21.03.2007 по делу № А05-10293/2006, от 22.10.2004 № А56-26918/03, от 20.08.2004 № А05-1063/04-17; ФАС Московского округа от 03.11.2011 по делу № А40-143339/10-81-1203; ФАС Северо-Кавказского округа от 04.06.2010 по делу № А63-9150/2009.

лении извещения, характер вопросов, поставленных на голосование (требовали ли они глубокой проработки), фактическое знание лицом информации, связанной с вопросами повестки дня, и о предстоящем собрании.

По этой причине кажется более корректным подход тех судов, которые учитывают, во-первых, незначительность просрочки в направлении извещения¹, а во-вторых, тот факт, что о собрании участнику было известно, несмотря на ненаправление ему извещения (например, в силу статуса директора)².

1.2. Созыв собрания ненадлежащим лицом признается безусловным основанием для признания решения недействительным³.

Однако при этом уточняется, что признание решения об избрании единоличного исполнительного органа недействительным само по себе не означает, что все действия директора по созыву собрания, произведенные в период его деятельности, презюмируются незаконными⁴.

1.3. В случае проведения общего собрания в очной форме в соответствующем сообщении должен быть указан адрес, по которому будет проводиться собрание, и его неуказание может стать основанием для признания извещения ненадлежащим⁵.

Кроме того, проведение общего собрания участников в населенных пунктах, расположенных вне места нахождения общества, если при этом создаются затруднения для участия в собрании (например, из-за труднодоступности места, неоправданных расходов для участников),

¹ См. постановления ФАС Западно-Сибирского округа от 15.02.2013 по делу № А46-12282/2012; ФАС Восточно-Сибирского округа от 29.04.2008 по делу № А74-2009/07.

² См. постановление ФАС Поволжского округа от 18.07.2013 по делу № А57-24279/2012.

³ См. постановления АС Поволжского округа от 13.04.2017 по делу № А57-10122/2015; АС Северо-Западного округа от 09.06.2015 по делу № А26-4032/2014, от 21.05.2015 по делу № А66-6500/2014 (суд указал на ничтожность решения по этому основанию), от 14.04.2015 по делу № А56-35764/2014; ФАС Западно-Сибирского округа от 31.01.2011 по делу № А70-4740/2010, от 18.09.2007 по делу № А45-17049/2006-32/492, от 11.09.2003 № Ф04/4558-846/А70-2003; ФАС Московского округа от 30.12.2005 № КГ-А40/12782-05-1,2; АС Уральского округа от 31.07.2015 по делу № А60-31342/2014, от 21.03.2014 по делу № А47-2813/2013, от 31.07.2015 по делу № А60-31342/2014, от 02.07.2015 по делу № А60-31344/2014; ФАС Центрального округа от 30.06.2004 по делу № А48-4302/03-9; ФАС Северо-Западного округа от 09.06.2012 по делу № А44-4779/2011, от 11.12.2013 по делу № А32-36639/2012.

⁴ См. постановления ФАС Восточно-Сибирского округа от 05.06.2014 по делу № А33-8200/2013; АС Северо-Западного округа от 29.01.2015 по делу № А56-18720/2014, от 25.09.2012 по делу № А44-6503/2011, от 30.09.2009 по делу № А56-48324/2008.

⁵ Постановление Президиума ВАС РФ от 19.11.2013 № 9515/13.

должно расцениваться как существенное нарушение порядка созыва собрания¹.

1.4. В случае если уставом общества предусмотрен способ уведомления о проведении собрания, то он должен обеспечивать реальную возможность извещения участников общества о созыве собрания. Так, например, было признано ненадлежащим извещение, опубликованное в малоизвестном печатном издании².

2. Нарушения, связанные непосредственно с проведением собрания, напротив, почти никогда не признаются достаточно существенными для признания принятых решений недействительными. В частности, отказывалось в признании недействительным решения общего собрания в следующих случаях.

2.1. Участие в голосовании лица, не являвшегося участником, если это не повлияло на результат голосования³.

2.2. Невключение в повестку дня собрания дополнительных вопросов, предложенных участником⁴.

2.3. Непредставление участнику по его запросу документов общества⁵.

2.4. Нарушение порядка голосования и избрание председателя собрания не из числа участников общества⁶.

Исключения, т.е. когда суды все же признают нарушения при проведении собрания достаточным основанием для признания решения недействительным, составляют случаи неправомерного недопуска на заседание общего собрания участников (акционеров)⁷.

Таким образом, как можно заметить, судебная практика не является последовательной, и процедурные нарушения как основания для признания решения собрания недействительным неизбежно влекут опасность формального подхода к рассмотрению подобных споров,

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 22.02.2011 № 13456/10.

² Постановление ФАС Северо-Западного округа от 24.04.2008 по делу № А56-10064/2007.

³ Постановление АС Уральского округа от 24.09.2018 по делу № А60-59478/2017.

⁴ Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 14.08.2007 по делу № А27-11600/2006-1.

⁵ Там же.

⁶ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 09.10.2007 по делу № А05-3507/2007.

⁷ Постановление АС Северо-Западного округа от 19.07.2018 по делу № А56-48369/2017.

когда независимо от реальных последствий нарушения и прочих обстоятельств решение будет признано недействительным.

Во избежание этого как зарубежное (например, п. 3 ст. 204 Закона Испании о компаниях, п. 3 ст. 243 Закона Германии об АО), так и отечественное (п. 7 ст. 49 Закона об АО, п. 2 ст. 43 Закона об ООО) законодательства вводят критерии, позволяющие учитывать, были ли в результате нарушения созданы препятствия участнику в участии в общем собрании и в получении надлежащей информации о вопросах повестки дня. Данные критерии необходимы, поскольку санкция в виде недействительности была бы несоразмерной, если указанные последствия не наступают в результате нарушения¹.

Это отражает общемировую тенденцию к поддержанию действительности решений органов управления обществ во имя сохранения юридической определенности и стабильности правоотношений, а также препятствует использованию оспаривания решений для целей затруднения деятельности общества².

В российском праве упомянутый критерий, предотвращающий формальные оспаривания, называется существенностью нарушений (п. 7 ст. 49 Закона об АО, п. 2 ст. 43 Закона об ООО). Однако в российских законах о хозяйственных обществах не хватает четко акцентированной идеи о том, что по мотиву процедурных нарушений решение может быть оспорено, только если нарушения носят существенный характер. Как кажется, именно это приводит к тому, что суды зачастую пренебрегают анализом существенности процедурного нарушения, например, в случае нарушения сроков совершения тех или иных действий в рамках созыва собраний.

В связи с этим целесообразно в законах о хозяйственных обществах по аналогии с подп. 1 п. 1 ст. 181.4 ГК РФ³ закрепить четкое правило о том, что по мотиву процедурных нарушений решение может быть оспорено, только если нарушения имеют существенный характер.

¹ См.: *Comentario de la reforma del régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014): sociedades no cotizadas*. P. 171–172 (автор комментария – J. Alfaro).

² См.: *Latorre Chiner N. La impugnación de acuerdos por infracción de requisitos procedimentales (art. 204.3.a LSC) // El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital / Directores Rodríguez Artigas F., Farrando Miguel I., Tena Arregui R. Madrid: Colegio Notarial de Madrid. 2015. P. 220.*

³ «1. Решение собрания может быть признано судом недействительным при нарушении требований закона, в том числе в случае, если... 1) допущено существенное нарушение порядка созыва, подготовки и проведения собрания, влияющее на волеизъявление участников собрания».

II. Российский законодатель в рамках реформы ГК РФ, видимо, решил пойти еще дальше, поскольку п. 4 ст. 181.4 ГК РФ, который позволяет оставлять решения собраний в силе, несмотря на наличие нарушений, не упоминает о необходимости оценить существенность нарушения. Иными словами, по мысли авторов реформы¹, даже в случае существенности нарушения это не препятствует оставлению решения в силе при соблюдении двух условий: оспаривающий участник не мог повлиять на результаты голосования, решение собрания не влечет существенные неблагоприятные последствия для этого лица. Данный факт не остался незамеченным судами, которые в некоторых делах попросту игнорировали нарушения, допущенные в отношении миноритариев, указывая со ссылкой на эту норму ГК РФ, что такие участники все равно не могли повлиять на результат голосования².

Игнорирование процедурных нарушений, допущенных в отношении миноритариев, было характерно и для судебной практики 2000-х гг.³, например, в некоторых случаях суды придавали иное зна-

¹ Хотя было ли здесь осознанное решение или элементарная ошибка, понять довольно трудно, и, как это нередко бывает, никаких материалов работы над законопроектом, объясняющих мотивы формулирования именно такого правила, не имеется, по крайней мере в открытом доступе. Так, в комментариях одного из авторов реформы (А.В. Егорова) о потерянном условии существенности нарушения не говорится ни слова, а лишь после цитирования п. 4 ст. 181.4 ГК РФ без каких-либо пояснений цитируются специальные нормы законов о хозяйственных обществах и говорится о том, что существенность нарушения тоже учитывается (см.: Практический комментарий к первому и второму блокам изменений в ГК РФ: самые значимые поправки. С. 143 (авторы раздела – А. Громов, А. Егоров)).

² См. постановления АС Дальневосточного округа от 28.03.2016 по делу № А59-2366/2015; АС Центрального округа от 27.03.2017 по делу № А83-1267/2016; АС Московского округа от 20.08.2018 по делу № А40-185573/2017, от 27.06.2018 по делу № А40-60650/2017; АС Центрального округа от 27.03.2017 по делу № А83-1267/2016; АС Поволжского округа от 20.06.2018 по делу № А55-568/2017, от 05.12.2017 по делу № А72-4437/2017.

³ Например, см. постановления ФАС Уральского округа от 29.11.2007 по делу № А50-17635/2006-Г-27, от 22.08.2006 по делу № А50-49029/05, от 21.11.2005 по делу № А76-31657/04, от 25.08.2005 по делу № А34-7974/04; ФАС Центрального округа от 24.09.2007 по делу № А54-5439/2006-С19, от 02.12.2004 № А14-693-04/8/21, от 02.10.2003 № А35-775/02-С17; ФАС Северо-Западного округа от 19.09.2007 по делу № А56-48991/2006, от 08.10.2008 по делу № А56-46032/2006, от 19.09.2007 по делу № А56-48991/2006; ФАС Северо-Кавказского округа от 02.03.2004 по делу № А32-16967/2003-36/311, от 05.02.2004 № Ф08-111/2004; ФАС Восточно-Сибирского округа от 12.02.2008 по делу № А33-8158/07. Некоторые суды указывали на то, что для оставления в силе обжалуемого решения общего собрания необходимо наличие одновременно трех условий: невозможность участника повлиять на результаты голосования,

чение термину «существенное нарушение» и указывали, что существенных нарушений не установлено, поскольку убытков участнику (акционеру) решением не причинено и повлиять на результат голосования он не мог¹.

Аналогичный подход использовался в судебной практике Германии, где нарушение признавалось определяющим и достаточным для признания решения недействительным, если оно повлияло на конечный результат (принцип каузальности)². Однако этот подход имел достаточно критиков в самой Германии и за ее пределами в связи с тем, что приводил к незащищенности миноритариев³. В настоящее время применяется модифицированный подход, в частности, в случае нарушения права на информацию в ходе подготовки или проведения собрания решение может быть признано недействительным, если такое нарушение было релевантным, т.е. любой средний разумный участник требовал бы раскрытия ему соответствующей информации, поскольку такая информация могла повлиять на голосование среднего разумного участника (но необязательно доказывать, что голосование было бы иным при наличии такой информации)⁴. Равным образом презюмируется релевантность в тех случаях, когда вследствие процедурного нарушения участник не смог принять участие в собрании или же не был допущен на собрание, т.е. фактически был лишен своего

несущественность нарушения, отсутствие причинения убытков участнику общества и если установлено, что имелось существенное нарушение при созыве или проведении собрания, то оставлять его в силе нельзя (см. постановления ФАС Уральского округа от 26.12.2006 по делу № А50-25396/05; ФАС Центрального округа от 05.05.2003 по делу № А54-3110/02-С2).

¹ См. постановления Президиума ВАС РФ от 26.11.2002 № 1489/02; ФАС Западно-Сибирского округа от 03.05.2007 по делу № А67-2159/2006, от 30.05.2006 по делу № А75-6006/2005, от 05.05.2004 № Ф04/2269-492/А03-2004; ФАС Северо-Западного округа от 15.04.2008 по делу № А13-9276/2007, от 18.02.2009 по делу № А05-8764/2007; ФАС Московского округа от 23.11.2005 по делу № КГ-А40/11357-05, от 04.04.2003 по делу № КГ-А40/1487-03; ФАС Уральского округа от 08.11.2011 по делу № А07-2490/2011, от 20.01.2011 по делу № А07-4994/2010, от 27.10.2009 по делу № А60-5775/2009-С11; ФАС Центрального округа от 22.07.2004 № А68-76/ГП-16-02; ФАС Поволжского округа от 10.07.2007 по делу № А65-34282/2005-СГ3-12, от 12.01.2007 по делу № А65-10088/06; ФАС Северо-Кавказского округа от 24.05.2004 по делу № А53-16350/02-С4-32.

² См.: *Alcalá Díaz M.A.* El derecho de impugnación del socio en la sociedad anónima cotizada. P. 199–200.

³ *Ibid.* P. 200–201 (в том числе со ссылками на немецкую литературу); *Comentario de la reforma del régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014): sociedades no cotizadas.* P. 173 (автор комментария – J. Alfaro).

⁴ См.: *Gerner-Beuerle C., Schilling M.* *Op. cit.* P. 434–435.

права голоса¹. Все это дает картину, разительно отличающуюся от того результата, которого достигли российские реформаторы с п. 4 ст. 181.4 ГК РФ, формально закрепляющим жесткий принцип каузальности без каких-либо оговорок.

О том, что п. 4 ст. 181.4 ГК РФ является чужеродным элементом для российского права, свидетельствует и то, что он противоречил сложившейся к моменту реформы (2014 г.) судебной практике.

Так, уже с конца 2000-х гг. российская судебная практика поменяла направление и стала настаивать на том, что не имеет значения, в отношении какого участника допущено нарушение, миноритария или мажоритария, и в случае если нарушение является существенным, оно в любом случае должно приводить к недействительности². В ряде случаев суды прямо указывали, что противоречит закону отказ в иске о признании недействительным решения общего собрания участников только потому, что у участника общества, в отношении которого допущено процедурное нарушение, небольшое количество голосов, не позволяющее ему повлиять на результаты голосования³. Как очень точно было отмечено в одном судебном акте, «при рассмотрении вопроса о действительности решений общего собрания участников общества, при принятии которых допущены существенные нарушения закона, имеют значение не только арифметические данные о количестве и пропорциях принадлежащих участникам голосов... Своим участием в общем собрании, в том числе путем обсуждения

¹ *Gerner-Beuerle C., Schilling M.* Op. cit. P. 434–435.

² См. Постановление Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 7769/07. Следуют этому подходу Верховный Суд РФ (Определение от 29.12.2014 по делу № 308-ЭС14-1226) и подавляющая часть кассационной практики см.: постановления АС Московского округа от 28.09.2015 по делу № А40-25868/14-62-220; АС Уральского округа от 31.07.2015 по делу № А60-31342/2014, от 13.05.2009 по делу № А76-10214/2008-7-542; АС Центрального округа от 19.12.2017 по делу № А68-7932/2016; АС Волго-Вятского округа от 17.03.2016 по делу № А29-4606/2015; АС Восточно-Сибирского округа от 03.03.2017 по делу № А33-4242/2016, от 29.12.2011 по делу № А33-4087/2011; АС Западно-Сибирского округа от 29.10.2015 по делу № А45-20812/2014, от 02.04.2014 по делу № А70-7100/2013, от 09.07.2012 по делу № А46-5560/2011; АС Поволжского округа от 11.07.2017 по делу № А65-16637/2016, от 17.12.2014 по делу № А57-5263/2013; АС Северо-Западного округа от 16.10.2018 по делу № А13-20903/2017, от 22.08.2018 по делу № А56-36990/2017; АС Северо-Кавказского округа от 15.02.2017 по делу № А15-845/2014, от 16.11.2016 № Ф08-8093/2016 по делу № А15-2370/2015).

³ См. постановления ФАС Уральского округа от 06.12.2010 по делу № А76-1835/2010-16-301; АС Северо-Западного округа от 15.09.2016 по делу № А56-50739/2014, от 25.03.2010 по делу № А13-9027/2009; АС Северо-Кавказского округа от 26.04.2016 по делу № А32-35504/2013.

вопросов повестки дня, приведения доводов и возражений, внесения предложений по кандидатуре генерального директора общества, истец мог повлиять на формирование позиции иных участников общества при голосовании по тем или иным вопросам»¹. Однако, на наш взгляд, даже помимо возможности повлиять на формирование позиции других участников недопустимость оставления решения в силе в случае существенности процедурных нарушений имеет своей главной целью не допустить превращения прав миноритариев в пустую формальность, ведь это противоречит сути сделки, лежащей в основе существования корпоративного образования, — любой участник, становясь таковым, соглашается подчиняться воле большинства лишь при условии соблюдения закона и устава, в том числе процедурных правил.

В связи с этим можно только приветствовать, что в настоящее время суды исходят из неприменимости к хозяйственным обществам п. 4 ст. 181.4 ГК РФ, поскольку имеются специальные нормы, которые предусматривают, что при наличии существенного нарушения процедуры решение не может быть оставлено в силе (п. 7 ст. 49 Закона об АО, п. 2 ст. 43 Закона об ООО)². Поддерживается этот подход и в литературе³.

Таким образом, в случае существенности нарушений, допущенных в ходе созыва или проведения собрания, решение должно признаваться недействительным, даже если такое нарушение затронуло только участника, который не мог повлиять на результаты голосования.

III. Помимо требования существенности нарушения процедуры как необходимого условия для признания решения собраний недействительным зарубежным правовым порядкам известны и другие средства предотвращения злоупотребления правом на оспаривание решений по формальным основаниям.

Например, в Испании одной из таких мер является требование того, чтобы участник без промедления заявил о нарушениях процедуры созыва и (или) принятия решения, в противном случае он не сможет ссылаться на соответствующие дефекты процедуры (см. п. 5 ст. 206 Закона Испании о компаниях). Это правило было введе-

¹ См. постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 02.05.2007 по делу № А32-15658/2006-55/221.

² См. постановления АС Северо-Западного округа от 09.06.2015 по делу № А26-4032/2014, от 14.04.2015 по делу № А56-35764/2014.

³ См.: Комментарий к гражданскому законодательству #Глосса. Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 ГК РФ. С. 685–686 (автор комментария – Д.В. Новак); *Мосин В.А.* Указ. соч. С. 157–158.

но в 2014 г., хотя фактически оно основано на довольно длительной и богатой предшествующей судебной практике, которая приходила к таким же результатам, отказывая в признании недействительными решений собраний со ссылкой на недобросовестность участника, в случае если последний принял участие в собрании, но никоим образом в момент его открытия и проведения не обозначил свои претензии в отношении соблюдения порядка созыва, проведения и принятия решения¹. Появление указанного требования объясняют желанием законодателя избежать недобросовестных исков об оспаривании, направленных против интересов общества, и попыткой найти баланс между защитой миноритария и стабильностью корпоративных актов². О нарушениях при проведении собрания и голосовании должно быть заявлено в ходе собрания, о нарушениях при созыве собрания — до проведения собрания, а если такой возможности не было, то при открытии собрания³.

Введение в российское право аналогичной меры, несомненно, позволило бы снизить количество оспариваний по формальным основаниям, которые в настоящее время составляют подавляющее большинство случаев в соответствующей категории споров.

Ограничения права на оспаривание решений

Следует кратко упомянуть о таком набирающем популярность способе борьбы со злоупотреблениями, как установление минимального порога владения акциями (долями) для предъявления иска об оспаривании решения.

Италия стала первой европейской страной, которая ввела такой порог (ст. 2377 Коммерческого кодекса Италии: 1% — для АО, чьи акции размещены на бирже, 5% — для непубличных), а в 2014 г. аналогичную

¹ См.: *Boquera Matarredona J.* La exigencia de la denuncia previa de los defectos de forma para la impugnación de los acuerdos sociales // El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital / Directores Rodríguez Artigas F., Farrando Miguel I., Tena Arregui R. Madrid: Colegio Notarial de Madrid, 2015. P. 504—509; Comentario de la reforma del régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014): sociedades no cotizadas. P. 260 (автор комментария — J. Massaguer).

² См.: *Boquera Matarredona J.* Op. cit. P. 502—503; Comentario de la reforma del régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014): sociedades no cotizadas. P. 260 (автор комментария — J. Massaguer).

³ См.: Comentario de la reforma del régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014): sociedades no cotizadas. P. 262—263 (автор комментария — J. Massaguer).

норму ввела и Испания (п. 1 ст. 206 и подп. «б» п. 2 ст. 495 Закона Испании о компаниях: 0,001% – для АО, чьи акции размещены на бирже, 1% – для ООО и некотирующихся АО, пороги могут быть отменены или снижены уставом общества). В обеих странах альтернативным средством защиты стало указание на возможность для акционеров, не имеющих необходимого количества акций, требовать возмещения убытков в свою пользу.

Обоснованием для подобной меры в Италии и Испании стали рассуждения о том, что акционеры с незначительным пакетом акций и так не будут пользоваться такой мерой, как оспаривание решений с правомерным интересом из-за несоизмеримости издержек и выгоды, а также доступности такой простой опции, как продажа своего незначительного пакета акций.

Кроме того, как правило, такие акционеры не заинтересованы в управлении обществом, имея чисто краткосрочные инвестиционные и спекулятивные цели. Тогда как мера по оспариванию по своей сути предназначена для того, чтобы влиять на мажоритария в вопросах управления. Напротив, владельцы более крупных пакетов (условно говоря, стратегические инвесторы) в противоположность мелким инвесторам не обладают возможностью быстро и по адекватной цене выйти из бизнеса, продав весь пакет, и потому больше заинтересованы в контроле деятельности общества, участии в его управлении¹.

В Германии, несмотря на то что введение данной меры обсуждалось в ходе реформы середины 2000-х гг. (UMAG), предпочли воздержаться от установления порога по следующим мотивам: 1) право на оспаривание решений является одним из самых важных инструментов контроля со стороны акционеров и имеет важную превентивную функцию, а потому не может быть ограничено какими-либо порогами; 2) это нарушает принцип равного отношения к акционерам, поскольку ущемлены бы оказались только мелкие индивидуальные акционеры; 3) борьба со злоупотреблениями правом требует не его отмены, а рассмотрения каждого конкретного случая, которое может проводить только суд; 4) в любом случае, даже если допускать в каком-либо виде введение подобного ограничения, оно требовало бы одновременного введения эффективных альтернативных механизмов защиты интересов мелких акционеров².

¹ Очень подробно об этом см.: *Alcalá Díaz M.A.* El derecho de impugnación del socio en la sociedad anónima cotizada. P. 52–64, 81–91, 142–152.

² *Ibid.* P. 52–64, 81–91, 148.

В российской доктрине также звучали предложения исключить возможность оспаривания решения со стороны акционеров с незначительной долей путем установления порога минимального владения, как это уже сделано в отношении исков об оспаривании сделок и взыскании убытков¹. Вместе с тем полагаем, что прямые параллели между этими исками не вполне уместны, поскольку в отличие от косвенных исков (оспаривание сделок и взыскание убытков), где порог не является в прямом смысле ограничением (напротив, любое право на косвенный иск — это исключение из общего правила отсутствия у участника права действовать от имени общества²), оспаривание решения — это

¹ См.: Мосин В.А. Указ. соч. С. 98.

² Согласно одной из наиболее популярных в российское литературе позиций (например: Ярков В.В. Косвенные иски: проблемы теории и практики // Корпоративный юрист. 2007. № 11) основным критерий, по которому предлагается квалифицировать иск как косвенный, — это то, что требование предъявляется в защиту интересов другого лица. Квалифицируя возможность предъявления такого иска, можно согласиться с высказанной в литературе точкой зрения, согласно которой право на предъявление иска в защиту интересов другого субъекта является разновидностью законного представительства (см. там же; см. также: Осокина Г. Косвенные иски: реальность или фикция // Хозяйство и право. 2001. № 1. С. 88; Чугунова Е.И. Производные иски в гражданском и арбитражном процессе: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2003. С. 77–83).

Однако само по себе утверждение о представительском характере косвенного иска носит описательный характер (лишь догматически описывает, что такая возможность предъявить иск в защиту другого лица) и недостаточно явно указывает на главную, с нашей точки зрения, черту косвенного иска — исключительный характер. Предъявление иска от имени и в защиту интересов другого лица нельзя признать ординарной ситуацией. Так, никто не вправе вмешиваться в чужие дела (ст. 1 ГК РФ), и по общему правилу каждый субъект права самостоятельно принимает решения в сфере, затрагивающей его права и законные интересы, в этом и проявляется частная автономия.

В частности, применительно к корпоративному праву можно отметить, что такого рода иски предъявляются участником (учредителем), не имеющим таких полномочий в ординарном порядке, т.е. не уполномоченным органом управления юридического лица.

Возможность предъявления иска участником (учредителем) представляет собой ограничение прав юридического лица, которое в такой ситуации лишается возможности самостоятельно принимать решение, защищать ли ему свои права.

В зарубежной литературе применительно к корпоративному праву идея о том, что по общему правилу от имени компании иски должны предъявляться органами самой компании, проводится со ссылкой на два базовых принципа:

1) надлежащего истца — чьи права были нарушены, тот и должен самостоятельно решать вопрос о предъявлении иска (см.: *Li X.A. Comparative Study of Shareholders' Derivative Actions. Shanghai, 2007. P. 2; Perland O.Fr. Shareholder Suits and Shareholder Democracy // The European Financial Market in Transition / H.S. Birkmose, M. Neville, K.E. Sorensen (eds.). Kluwer Law, 2012. P. 155*);

2) большинства (см.: *Latella D. Shareholder Derivative Suits: A Comparative Analysis and the Implications of the European Shareholders' Rights Directive // European Company*

иск, который предъявляется участником (акционером) в собственном интересе и от собственного имени, и потому, строго говоря, догматически не вполне понятно, по какой причине появляется ограничение в виде процентного порога. Ограничение возможности защиты своих прав может породить даже вопрос о конституционности подобного умаления права на судебную защиту, поскольку, как это можно увидеть из ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, целесообразность сама по себе таковым основанием ограничения прав не является.

Оценивая аргументацию в пользу ограничения права на оспаривание, нельзя не заметить, что в основном она справедлива для акционерных обществ, причем тех, акции которых котируются на бирже (различение спекулятивных и стратегических инвесторов, возможность продать на рынке акции). В связи с этим если и рассматривать введение порога владения как условия для предъявления иска об оспаривании решения, следует ограничиться только указанным типом обществ,

and Financial Law Review. 2009. № 2, 3. P. 308) — все решения, в том числе о предъявлении иска в суд, принимаются с прямого или подразумеваемого одобрения большинства, решению которого должен подчиняться миноритарный участник. В целом ряде стран (Австрия, Германия, Италия, Испания) вопрос о предъявлении иска о взыскании убытков с директора по общему правилу решается на общем собрании акционеров (см.: *Gelter M. Why do Shareholder Suits Remain Rare in Continental Europe?* // *Brooklin Journal of International Law*. 2012. № 3 (Vol. 37). P. 854), но даже и в отсутствие такого правила (например, в России) можно утверждать, что предъявление такого иска — это вопрос, который в конечном счете зависит от участников (акционеров), потому что если директор не предъявляет такой иск, то едва ли это возможно без подразумеваемого одобрения участников (акционеров), которые при желании могли бы сменить его на нового директора, который бы инициировал иск.

Применительно к коммерческим компаниям также часто озвучивается довод о том, что инициирование подобного иска представляет собой бизнес-решение, т.е. вопрос, который относится к компетенции органов юридического лица (см.: *Gelter M. Op. cit.* P. 851). В самом деле, почему именно вопрос о предъявлении иска должен решаться по-другому, чем все иные вопросы деятельности общества?

Однако последовательное воплощение указанных выше принципов приводило бы к несправедливым результатам, миноритарии вынуждены были бы терпеть даже самые несправедливые решения большинства. По этой причине из общего правила были сделаны исключения в виде предоставления участнику возможности предъявить иск от имени юридического лица.

Несмотря на это, многие правовые порядки тем не менее сохраняют требование о том, что прежде, чем участник самостоятельно обратится в суд с иском, он должен сообщить о наличии оснований для его предъявления самой компании, где наблюдательный совет или иной орган должен решить вопрос о подаче иска от имени компании (см.: *Venturuzzo M., Conac P.-H., Goto G., Notari M., Reisberg A. Comparative Corporate Law*. West Academic, 2015. P. 371). Это лишний раз подчеркивает то, что подача иска самим участником — это неординарный путь защиты интересов компании.

обязательно предоставив акционерам, у которых отсутствует необходимое количество голосов, альтернативное средство защиты (требование об убытках или право потребовать выкупа своих акций).

Отмена и подтверждение решений

I. Одним из немногочисленных положительных последствий введения гл. 9.1 ГК РФ стало появление в российском праве такого института, как подтверждение решений собраний.

Согласно п. 2 ст. 181.4 ГК РФ решение собрания не может быть признано судом недействительным по основаниям, связанным с нарушением порядка принятия решения, если оно подтверждено решением последующего собрания, принятым в установленном порядке до вынесения решения суда.

Таким образом, возможность подтверждения решений ограничивается двумя условиями: оно применимо только к оспоримым решениям, и только если нарушения носили процедурный характер.

Небольшие уточнения ввел Пленум ВС РФ, который в п. 108 Постановления от 23 июня 2015 г. № 25 разъяснил, что новое решение собрания, подтверждающее решение предыдущего собрания, может по содержанию быть аналогичным предыдущему решению либо содержать исключительно формальное указание на подтверждение ранее принятого решения.

Также ВС РФ исправил терминологический огрех законодателя, который по буквальному тексту допустил подтверждение решения только при нарушениях порядка принятия подтверждаемого решения. В том же п. 108 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 указано, что к нарушениям порядка принятия решения, в том числе могут быть отнесены нарушения, касающиеся созыва, подготовки, проведения собрания, осуществления процедуры голосования (подп. 1 п. 1 ст. 181.4 ГК РФ)¹.

В связи с фактическим отсутствием данного института в российском позитивном праве до реформы ГК РФ его доктринальная

¹ Вместе с тем в судебной практике встречалось и продолжает встречаться иное толкование, а именно о неприменимости п. 2 ст. 181.4 ГК РФ в случае, если первоначальное решение было принято на собрании, созванном с нарушениями, поскольку это не относится к порядку принятия см. постановления АС Волго-Вятского округа от 01.04.2015 по делу № А82-653/2014; Шестого АС от 28.08.2014 по делу № А73-3401/2014 (законность подтверждена постановлением АС Дальневосточного округа от 09.12.2014 № Ф03-5371/2014); АС Поволжского округа от 22.08.2017 по делу № А72-16855/2016).

разработка не производилась¹, не использовался он и в судебной практике².

Ближайшим аналогом выступает подтверждение сделки, которое в российском праве охватывается более широкой категорией эстоппеля (абз. 4 п. 2 ст. 166 ГК РФ): сторона, из поведения которой явствует ее воля сохранить силу сделки, не вправе оспаривать сделку по основанию, о котором эта сторона знала или должна была знать при проявлении ее воли.

Однако между подтверждением сделки и подтверждением решения имеются различия. Прежде всего, стоит напомнить, что обоснованием института подтверждения сделки выступает то, что лицо, имеющее право на оспаривание сделки, своим поведением указывает на желание сохранить сделку, что понимается как отказ от права на оспаривание³.

Между тем лицом, оспаривающим решение, выступает участник общества, и его личное поведение, как правило, ни о каком согласии с подтверждением решения не свидетельствует (напротив, он мог голосовать против подтверждения)^{4,5}. Следовательно, казалось бы, для возможности подтверждения решения необходимо искать другое обоснование.

¹ Не лучше обстоит ситуация и сейчас. Один из авторов реформы уделил комментированию этого положения закона буквально несколько предложений (см.: Практический комментарий к первому и второму блокам изменений в ГК РФ. С. 141 (авторы раздела – А. Громов, А. Егоров)). Такой же лаконичностью отличаются и другие комментарии (см.: Комментарий к гражданскому законодательству #Глосса. Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 ГК РФ. С. 681–682 (автор комментария – Д.В. Новак)).

² Единственное упоминание, которое удалось нам обнаружить, было сделано судом в качестве *obiter dictum*, наряду с прочими аргументами (см. постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 14.02.2006 № Ф04-323/2006(19711-А02-11)) и явно не может служить основой для вывода о том, что российское право знало институт подтверждения решения до появления п. 2 ст. 181.4 ГК РФ.

³ См.: *Bustillo Saiz M.M.* La subsanación de acuerdos sociales por la junta general de la sociedad anónima. Elcano (Navarra): Aranzadi, 1999. P. 169–171, 179. На русском языке, например, см.: *Эннекцерус Л.* Курс германского гражданского права. Т. I. Полутом 1: Введение и общая часть. М.: Изд-во иностр. лит., 1950. С. 319.

⁴ См., например, постановления АС Московского округа от 23.03.2016 по делу № А40-50333/15 (участник присутствовал на повторном собрании и голосовал против подтверждения решения); АС Северо-Кавказского округа от 18.10.2017 по делу № А53-31950/2016 (участник был уведомлен, но не присутствовал на повторном собрании, где принималось решение, подтверждающее ранее принятое решение).

⁵ О том, что участие лица, имеющего права на оспаривание решения, в собрании, на котором принимается подтверждающее решение, необязательно, см.: *Bustillo Saiz M.M.* Op. cit. P. 179–180.

Однако, думается, стоит учитывать, что стороной такой односторонней сделки, как решение общего собрания¹, выступает общество, а значит, принятие обществом подтверждающего решения выступает в полном смысле тем самым поведением стороны сделки, из которого следует намерение сохранить предыдущую сделку (решение)².

Что касается права участников на оспаривание, то, как отмечается в зарубежной доктрине, необходимо исследовать причины, по которым участнику дано право оспаривать решение, которое является в строгом смысле этого слова сделкой общества. В корпоративном праве такой причиной выступает необходимость предоставления участнику права требовать того, чтобы воля общества, формируемая органами управления, в том числе общим собранием, была изъявлена в соответствии с законом и уставом. Подтверждение решения выступает тем самым обстоятельством, вследствие которого за участником более не может признаваться наличие защищаемого законом интереса в недействительности первоначального решения, поскольку воля общества изъявлена в соответствии с законом и уставом³.

Если же и допускать, что право на оспаривание участника, не голозовавшего за подтверждение решения, не исчезает после подтверждения, но ограничивается требованием признать решение недействительным на период между принятием первоначального решения и его подтверждением, то такое право в любом случае может быть осуществлено только при наличии легитимного интереса, потому что иначе это было бы злоупотреблением правом требовать частичной недействительности (период между принятием первоначального решения и его подтверждением) в отсутствие на то серьезной причины⁴.

Второй особенностью подтверждения решений выступает то, что в отличие от широко признанного реквизита подтверждения сделки

¹ О том, что решение органа юридического лица – это односторонняя сделка, см.: *Вилкин С.С.* Указ. соч. С. 153–177.

² Немного под другим углом зрения на это смотрит зарубежная доктрина, где встречается мнение о том, что право оспаривания предоставлено участникам в интересах общества, а значит, если принято решение-подтверждение, интерес общества состоит в сохранении первоначального решения, и потому право на его оспаривание реализовано быть не может (см.: *Bustillo Saiz M.M.* Op. cit. P. 201 и далее. Однако, на наш взгляд, подобное обоснование не подходит для российского права, которое очевидным образом структурирует право на оспаривание решения как индивидуальное право каждого участника, предоставленное для защиты его прав (на это указывает необходимость для участника доказывать наличие нарушения его прав оспариваемым решением)).

³ См.: *Tato Plaza A.* Op. cit. P. 8–9.

⁴ См.: *Bustillo Saiz M.M.* Op. cit. P. 183.

в виде необходимости знания стороны о соответствующем пороке первоначальной сделки¹ применительно к подтверждению решений он не является обязательным².

В случае с подтверждением решения сам характер процедурных нарушений при принятии первоначального решения не предполагает важность их осознания при подтверждении, главным является согласие общего собрания с содержанием решения. Процедурное нарушение ставит под сомнение то, что в первый раз воля общего собрания была сформирована корректно и результат собрания именно такой, каким и должен был быть. Подтверждение это сомнение устраняет.

II. Еще одним интересным вопросом является характер действия подтверждения решения (*ex tunc* (первоначальное решение признается действительным и беспорочным с самого начала) или *ex nunc* (только с момента подтверждения)).

От ответа на этот вопрос зависит то, можно ли требовать признания недействительным первоначального решения на период с момента его принятия до момента подтверждения. Положительным ответ будет, в случае если признать, что подтверждение действует только *ex nunc*, не исцеляя решение до момента его подтверждения.

В одном из первых отечественных комментариев обсуждаемой нормы без всяких аргументов отмечается, что подтверждение должно действовать с обратной силой³.

Напротив, например, в зарубежной доктрине считается, что иногда за обладателем права оспаривания решения действительно может признаваться легитимный интерес на такое частичное оспаривание (например, первоначальным решением были утверждены изменения в устав, которые понизили необходимое большинство на принятие решений, и без такого изменения устава не были бы действительны несколько последующих решений, принятых этим самым пониженным

¹ См., например, комментарий к ст. 7:211 DCFR (https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/european-private-law_en.pdf). См. также: *Саримсоков Ф.В.* Подтверждение оспоримой сделки в зарубежном и российском гражданском праве // Сделки, представительство, исковая давность: сб. работ выпускников Российской школы частного права при Исследовательском центре частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации. М.: ИЦЧП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, 2017. С. 127–128. С. 144–145.

² Обзор немецкой доктрины см.: *Tato Plaza A.* Op. cit. P. 54.

³ См.: Практический комментарий к первому и второму блокам изменений в ГК РФ. С. 141 (авторы раздела – А. Громов, А. Егоров).

большинством голосов)¹. Именно так вопрос решается в немецком законодательстве (ст. 244 Закона Германии об АО).

Вместе с тем отсутствие в п. 2 ст. 181.4 ГК РФ какой-либо оговорки на подобный случай позволяет говорить о том, что российское право исходит из того, что первоначальное решение, будучи надлежащим образом подтвержденным, не подлежит оспариванию².

Кроме того, представляется верным аргумент о том, что действие *ex tunc* подтверждения вытекает из оспоримости первоначального решения, которое, будучи действительным под отменительным условием оспаривания, после подтверждения продолжает оставаться действительным, но уже безусловно³.

Вместе с тем есть и другой подход, который заключается в том, что действие *ex tunc* присуще только подтверждениям, принятым единогласно, а все остальные действуют только *ex nunc*, поскольку участники, которые выступают против подтверждения, не могут лишиться права требовать признания недействительным первоначального решения на период до момента его подтверждения⁴. Однако это является не чем иным, как следствием смещения подтверждения решений и подтверждения сделок, для которых действительно важен отказ от оспаривания каждого лица, имевшего права на такое оспаривание. Тогда как для решений собраний, как мы указали ранее, участники в случае подтверждения лишены легитимного интереса требовать признания решения недействительным.

III. В ГК РФ в ходе реформы так и не нашел место другой способ исключения возможности оспаривания решений собрания – его отмена самим обществом. Подчеркнем, что речь идет только об оспариваемых решениях.

¹ См.: *Tato Plaza A.* Op. cit. P. 9.

² Хотя и не стоит отрицать, что с точки зрения российского права в случае признания недействительным решения об утверждении устава в новой редакции в части необходимого большинства для принятия решений собраний (например, устанавливалось простое большинство, а старая редакция требовала квалифицированного большинства) недействительными становятся и все последующие принятые на основе соответствующей редакции устава решения собраний, если они были приняты в отсутствие большинства, необходимого в соответствии со старой редакцией (см. постановление АС Уральского округа от 22.03.2017 по делу № А76-4735/2016).

³ См.: *Bonardell Lenzano R.* Modificación del régimen de subsanación de acuerdos sociales (arts. 204.2 y 207.2 LSC) // *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital / Directores Rodríguez Artigas F., Farrando Miguel I., Tena Arregui R.* Madrid: Colegio Notarial de Madrid. 2015. P. 187–188.

⁴ Именно таков подход регистраторов и немалой части судов в Испании (см.: *Bonardell Lenzano R.* Op. cit. P. 188).

Прежде всего стоит отметить, что возможность отмены решения вытекает из того же источника, который дает возможность совершать как решения, так и любую другую сделку — из автономии воли¹.

Так же как и в случае с подтверждением решения, один из главных вопросов, который порождает отмена решения, — это характер действия такой отмены (*ex tunc* (первоначальное решение признается недействовавшим с самого начала) или *ex nunc* (первоначальное решение действует до момента отмены)).

В отечественной судебной практике единого взгляда на возможность отмены решения, а также на характер ее последствий не сложилось и фактически была высказана вся палитра мнений: признание права отменять решения собраний², отрицание права общего собрания отменять решение³, первоначальное решение действует до момента отмены последующим решением⁴, первоначальное решение после отмены не действует с самого начала и не подлежит признанию недействительным⁵.

Наверное, некоей новой вехой можно считать позицию Верховного Суда РФ⁶, которая хотя и была сформулирована в отношении собраний кредиторов в банкротстве, может быть применимой и к общим собраниям участников (акционеров), поскольку использованная Судом аргументация специфична не только для законодательства о банкротстве. Так, высший суд, отменяя судебные акты, во-первых, сослался на то,

¹ В отношении сделки такую позицию см.: *Betti E. Teoría general del negocio jurídico* (traducción de A. Martín Pérez). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967. P. 191.

² См. постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 19.12.2011 по делу № А33-3714/2011. При этом заметим, что в этом деле общее собрание отменило решение о распределении прибыли.

³ См. постановление АС Московского округа от 13.04.2016 по делу № А40-80953/2015. Суд сослался на то, что Закон об ООО не содержит положений, наделяющих полномочиями общее собрание участников общества отменять ранее принятые им решения, поскольку иное могло бы породить правовую неопределенность не только для действующих участников общества, участников, утративших подобный статус в силу разных причин, но и для неопределенного круга лиц, которые в процессе предпринимательской деятельности вступают во взаимодействие с таким субъектом гражданских правоотношений, как ООО. См. также постановления ФАС Северо-Западного округа от 01.12.2004 № А66-3719-04; ФАС Центрального округа от 01.07.2004 № А54-3030/03-С16.

⁴ См. постановление ФАС Московского округа от 24.03.2003 № КГ-А40/1223-03.

⁵ См. постановление ФАС Северо-Западного округа от 09.04.2012 по делу № А05-5722/2011. Суд сослался на отсутствие нарушения прав и законных интересов решением собрания в силу того, что оно было отменено.

⁶ См. Определение ВС РФ от 26 апреля 2018 г. № 305-ЭС17-17321.

что в законе не содержится запрета отменять предыдущее решение, во-вторых, указал на границы такого права: такая отмена правомерна, если она не имеет признаков злоупотребления правом (ст. 10 ГК РФ) и совершена до того момента, пока отмененное решение не начало влиять на права и законные интересы внешних по отношению к участникам упомянутого сообщества лиц (подп. 1.1 п. 1 ст. 8 ГК РФ).

В связи с этим, например, можно считать вполне правомерным отказ признавать допустимость отмены решения общего собрания о распределении прибыли¹, поскольку с момента принятия такого решения у участников (акционеров) возникает уже обычное обязательственное право требования к обществу, и в этом смысле участники (акционеры) становятся в положение обычных кредиторов общества, на которых не может повлиять решение об отмене предыдущего решения о распределении прибыли.

Таким образом, на сегодняшний день можно считать, что институт отмены решения собрания существует в российском праве и границы его применения установлены (не могут затрагиваться права и законные интересы третьих лиц).

В зарубежной литературе также имеет место дискуссия относительно необходимости разделения понятий «отмена» и «аннулирование решений», где под последним понимаются те случаи, когда общество вправе самостоятельно признать недействительным собственное решение при наличии на то оснований. Соответственно для аннулирования не действуют те ограничения, как для отмены решения, — невозможность затронуть права третьих лиц. Как и в случае с признанием сделки недействительной судом, аннулирование решения может влиять на права третьих лиц².

На это было выдвинуто справедливое возражение, что общество частной волей не вправе в одностороннем порядке влиять на права третьих лиц в отсутствие на то прямого указания в законе и оно не владеет юрисдикционными полномочиями признавать свои решения недействительными, не говоря уже о том, что само общество и вовсе лишено права требовать признания недействительными собственных решений³.

¹ См. постановление ФАС Дальневосточного округа от 20.03.2012 по делу № А51-6214/2011.

² См.: *Tato Plaza A. Op. cit.* P. 80.

³ См.: *Chiomenti F. La revocación de las decisiones asamblearias* (traducción de italiano). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. P. 211 и далее.

Однако, например, применительно к испанскому праву эти аргументы преодолеваются наличием специальной нормы закона (п. 2 ст. 204 Закона Испании о компаниях, а ранее п. 2 ст. 115 Закона Испании об акционерных обществах¹).

Что касается российского права, то аргументы против конструкции «аннулирования решений» кажутся вполне убедительными, и поэтому в отсутствие прямой нормы полагаем, что признание общим собранием собственных решений недействительными (аннулирование) с эффектом для третьих лиц невозможно.

Оспаривание отрицательных решений

Результатом общего собрания может быть принятие как положительного, так и отрицательного решения по вопросам повестки.

В зарубежной доктрине высказывались сомнения относительно того, можно ли рассматривать отрицательное решение собственно как решение, поскольку, как утверждают противники этого понятия, такое решение не порождает никаких последствий².

Однако на это выдвигается справедливое возражение о том, что обсуждаемый вид решения все же порождает последствия, суть которых заключается в несовершении действий³ (например, отказ одобрить сделку означает отказ от ее совершения).

Между тем противники отрицательных решений вполне резонно обращают внимание на то, что оспаривание таких решений само по себе во многом лишено практического смысла — если нет положительного решения, нет тех последствий, которые необходимо устранять⁴. Именно поэтому, как правило, при рассмотрении темы оспаривания отрицательных решений возникает дополнительный вопрос о возможности принятия судом решения, которым бы провозглашалось положительное решение собрания по соответствующему вопросу, иначе говоря, волеизъявляющего решения суда.

¹ В связи с этим испанские авторы указывают на возможность признания обществом собственных решений недействительными при наличии на то соответствующих оснований (см.: *Tato Plaza A.* Op. cit. P. 82–84).

² См.: *Вилкин С.С.* Указ. соч. С. 88; *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital.* Tomo I. P. 1438 (автор комментария — *Á. Rojo*).

³ См.: *Вилкин С.С.* Указ. соч. С. 87–88; *Marín de la Bárcena F.* Proclamación de acuerdos y acciones declarativas del resultado de una votación // *Revista de derecho mercantil.* 2010 (275). P. 216 (в том числе сн. 45).

⁴ См.: *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital.* Tomo I. P. 1438 (автор комментария — *Á. Rojo*).

В качестве общего соображения заметим, что идея волезамещающего решения суда не является новой и давно известна в отечественном договорном праве (п. 4 ст. 445 ГК РФ). Однако прежде чем переходить к спору о том, возможно ли в принципе такое решение суда применительно к решениям собраний, как представляется, следует разделять случаи, в которых возникает такая потребность.

Относительно простой случай — это ситуации, когда подсчет голосов, содержание протокола не соответствовали реальному голосованию на общем собрании, а также случаи, когда в голосовании приняло участие лицо, не имевшее на то права, — например, заинтересованное или недееспособный, и данный голос решил исход голосования, хотя не должен был быть засчитан.

Следует учитывать то, что решение представляет собой результат голосования¹. При этом не имеет значения ни факт подведения итогов, ни составление протокола, поскольку это все внешние по отношению к голосованию обстоятельства². В поддержку этой позиции можно привести аргумент в пользу того, что решение не может зависеть от воли третьего по отношению к общему собранию лица — от того, что скажет счетная комиссия, председатель собрания и т.д., которые лишь констатируют или документируют уже свершившийся факт голосования определенным образом³.

В целях исправления расхождения между реальным результатом голосования и неправильным его подсчетом, содержанием протокола или случаями, когда в голосовании приняло участие лицо, не имевшее на это право, в зарубежных правовых порядках (например, Германии, Италии, Испании) уже давно признана возможность вынесения судом так называемого решения о провозглашении решения собрания⁴.

¹ См.: *Вилкин С.С.* Указ. соч. С. 78–79, 85.

² См. об этом: *Marín de la Bárcena F.* Proclamación de acuerdos y acciones declarativas del resultado de una votación. P. 203–211. С точки зрения российского права можно привести в качестве примера дело, в котором в отсутствие возможности установить результаты голосования по протоколу суд прибегнул к допросу свидетелей, чтобы установить подлинный результат (см. постановление ФАС Московского округа от 22.09.2008 по делу № А40-17067/07-83-162), что, на наш взгляд, доказывает то, что решение отождествляется с голосованием участников, а не с его документальным оформлением.

³ См.: *Marín de la Bárcena F.* Proclamación de acuerdos y acciones declarativas del resultado de una votación. P. 205.

⁴ Ссылки на судебную практику применительно к Испании см.: *Marín de la Bárcena F.* La impugnación de acuerdos negativos (art. 204.1 LSC) // El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital / Directores Rodríguez Artigas F., Farrando Miguel I., Tena Arregui R. Madrid: Colegio Notarial de Madrid, 2015. P. 284–285.

Это не оспаривается даже самыми консервативными зарубежными авторами, которые в целом отрицают возможность оспаривания негативных решений¹.

Однако в целях юридической определенности возможность предъявления такого требования в суд должна считаться ограниченной сроком давности, аналогичным сроку на оспаривание решения². Кроме того, в таком процессе должны иметь возможность принять участие все участники с правом заявлять возражения относительно действительности решения³. Иными словами, в ходе рассмотрения такого требования одновременно может решаться вопрос о действительности соответствующего решения. Это гарантирует право других участников на его оспаривание, которое в случае провозглашения судом решения собрания будет уже невозможно.

Российская практика также содержит примеры положительного подхода к требованиям о признании решений собраний принятыми, в случае если подсчет голосов был произведен с нарушением закона и устава⁴.

Впрочем, встречается и обратный пример, когда суд, даже установив нарушение (в голосовании участвовало лицо, которое в соответствии с п. 6 ст. 85 Закона об АО не могло голосовать), тем не менее отказался признавать решение принятым со ссылкой на то, что суд «не вправе подменять высший орган управления юридического лица»⁵. Однако данную позицию следует признать ошибочной, поскольку, как мы указывали выше, никакой подмены решения органа в этом случае не происходит, напротив, суд просят констатировать тот результат, который имелся, если подсчет голосов происходил в соответствии с законом⁶.

Применительно к немецкой и итальянской судебной практике см.: *Marín de la Bárcena F. Proclamación de acuerdos y acciones declarativas del resultado de una votación*. P. 218–219.

¹ См.: *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. Tomo I. P. 1438 (автор комментария – Á. Rojo).

² См.: *Marín de la Bárcena F. Proclamación de acuerdos y acciones declarativas del resultado de una votación*. P. 205–207.

³ *Idid*. P. 213–214, 225–226.

⁴ См. постановления ФАС Волго-Вятского округа от 25.01.2012 по делу № А17-1700/2011, от 16.11.2011 по делу № А17-1698/2011, от 15.11.2011 по делу № А17-1699/2011.

⁵ См. постановление АС Северо-Западного округа от 05.11.2014 по делу № А21-5759/2013.

⁶ Именно с таким доводом на возражение о подмене воли общего собрания выступили итальянские суды (см.: *Marín de la Bárcena F. Proclamación de acuerdos y acciones declarativas del resultado de una votación*. P. 219).

Второй, более сложный случай относится к тем отрицательным решениям, которые обязаны своим существованием голосованию участника (акционера), злоупотребляющего своим правом, действующего во вред обществу или другим участникам (например, голосование против решения об одобрении необходимой для выживания общества сделки).

Вопрос не сводится только к тому, можно ли признать голоса таких лиц недействительными, что вполне допустимо, поскольку голосование — это тоже сделка. Однако даже в случае признания недействительными этих голосов решение все равно не будет принято, поскольку отсутствует достаточное большинство голосов. Следовательно, в данном случае, в отличие от ранее рассмотренной ситуации, действительно требуется, чтобы суд своим решением подменил волю такого злоупотребляющего участника¹.

В зарубежной доктрине признается потребность в провозглашении судом в таком случае позитивного решения вопреки воле недобросовестного участника, голосовавшего против. Основой для этого, как отмечается, могла бы стать обязанность лояльности участника² или обязанность суда принять меры против продолжения поведения, составляющего злоупотребления правом³. В российском праве позитивной основой для такого подхода могла бы стать только общая норма о запрете злоупотребления правом и запрете извлекать выгоду из своего недобросовестного поведения (п. 4 ст. 1 и ст. 10 ГК РФ).

Разумеется, такую возможность можно признать допустимой только в недвусмысленных ситуациях разделения участников на тех, кто голосует за, и тех, кто, злоупотребляя, голосует против. Когда ситуация усложнена — например, помимо злоупотребляющего участника против проголосовали иные участники, без голосов которых решение все равно не может быть принято и в отношении которых не доказано наличие злоупотребления, либо принятие решения предполагает не бинарный выбор, а выбор из нескольких вариантов (например, избрание членов совета директоров), суд не может подменить волю всех участников и принять решение вместо общего собрания.

Вместе с тем следует признать, что едва ли возможна подмена судом общего собрания в целом при принятии решения по вопросу распре-

¹ См.: *Marín de la Bárcena F.* Proclamación de acuerdos y acciones declarativas del resultado de una votación. P. 226–228.

² *Idid.* P. 226–227.

³ См.: *Corto Polo M.M.* *Op. cit.* P. 212

деления прибыли. В данном конкретном случае потребовалось бы, чтобы суд определял тот размер прибыли, который подлежит распределению, что далеко выходит за рамки компетенции суда, даже несмотря на теоретическую возможность привлечения эксперта. Надо также помнить, что в непубличных компаниях распределение прибыли может быть фактическим — например, через заработную плату, что еще больше усложняло бы задачу по определению размера подлежащей распределению прибыли. По этой причине решение данной проблемы должно вестись с помощью других средств¹ — например, закрепления права требовать выкупа своих акций (доли) в случае необоснованного нераспределения прибыли либо нераспределения прибыли в течение определенного периода времени (по аналогии со ст. 348 bis Закона Испании о компаниях), а также права требовать возмещения убытков, в случае когда будет доказано, что мажоритарий получал прибыль через заработную плату или через сделки с заинтересованностью. Заметим, что пока судебная практика всех основных континентальных правовых порядков за единичными исключениями отрицает возможность вмешательства суда в этот вопрос и вынесения решения суда о распределении прибыли вместо соответствующего органа общества².

Отечественная практика содержит один прямой и несколько косвенных примеров решений судов, которые были волезамещающими.

Так, в одном из дел акционер — владелец привилегированных акций голосовал против распределения прибыли, тем самым сохраняя право голоса по своим акциям и контроль над обществом, что было признано судами недобросовестным поведением, не подлежащим защите. В связи с этим суд, сославшись на такой способ защиты, как восстановление положения, существовавшего до нарушения права, и пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения, признал принятым решение о распределении дивидендов³. В данном случае основным мотивом суда для принятия такого решения стала вовсе не жалоба на отсутствие распределения прибыли, а довольно противостественное голосование владельца привилегированных акций в течение нескольких лет подряд против распределения прибыли, которое свидетельствовало о желании сохранить корпоративных контроль.

¹ *Corto Polo M.M.* Op. cit. P. 236.

² *Ibid.* P. 213–214.

³ См. постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 01.10.2013 по делу № А53-3054/2013.

Другие, хотя и косвенные, примеры признания судами решения собрания принятыммы можем увидеть в нескольких делах, где участник уклонялся от участия в собрании, делая тем самым невозможным принятие важного для деятельности общества решения. Другие участники в таком случае принимали решение в отсутствие таких участников, хотя и недостаточным количеством голосов. И когда недобросовестный участник обращался в суд с требованием признать такие решения собраний недействительными, суды со ссылкой на ст. 10 ГК РФ отказывали в его удовлетворении, тем самым де-факто конвалидируя решения собраний¹. Как видится, уклонение от участия в собраниях ничем принципиально не отличается от голосования против определенного решения, а потому суды здесь на самом деле подтвердили принятие решений собраний, которых не было (не было достигнуто необходимое большинство), тем самым заместив волю злоупотреблявшего участника.

Срок на предъявление требования о признании решений собраний недействительными

I. Как мы уже упоминали в начале, одной из особенностей, присущих регулированию недействительности решений общих собраний хозяйственных обществ в зарубежном праве, является короткий срок на предъявление соответствующего требования в суд. Аналогичное суждение можно вынести и в отношении российского права.

Так, согласно п. 4 ст. 43 Закона об ООО и п. 7 ст. 49 Закона об АО заявление о признании решения общего собрания недействительным может быть подано в суд соответственно в течение двух месяцев (для ООО) и в течение трех месяцев (для АО) со дня, когда участник (акционер) узнал или должен был узнать о принятом решении и об обстоятельствах, являющихся основанием для признания его недействительным.

Вместе с тем в отличие от иностранного права срок, установленный законами о хозяйственных обществах, хотя и является также достаточно коротким по сравнению с общей исковой давностью, тем не менее был квалифицирован судебной практикой как субъективная исковая давность с присущей ей неопределенностью момента начала течения («когда узнал или должен был узнать»), а значит, и неопределенностью

¹ См. постановления АС Уральского округа от 28.10.2016 по делу № А07-656/2016; ФАС Северо-Кавказского округа от 27.06.2007 по делу № А53-6703/2006-С4-50.

в отношении даты истечения такого срока. Это в известной мере подорвало основную идею сокращения срока на оспаривание — избежать создания длительной правовой неопределенности относительно корпоративных актов.

На решение указанной проблемы был направлен п. 5 ст. 181.4 ГК РФ, появившийся в ходе реформы ГК РФ в 2013 г. и предусматривающий, что решение собрания может быть оспорено в суде в течение шести месяцев со дня, когда лицо, права которого нарушены принятием решения, узнало или должно было узнать об этом, но не позднее чем в течение двух лет со дня, когда сведения о принятом решении стали общедоступными для участников соответствующего гражданско-правового сообщества. Иными словами, ГК РФ в отличие от законов о хозяйственных обществах устанавливает предельный срок¹ — два года. Однако возникают проблемы соотношения правил ГК РФ и норм специальных законов.

С одной стороны, из п. 1 ст. 181.1 ГК РФ следует, что правила, предусмотренные гл. 9.1 ГК РФ, применяются, если законом или в установленном им порядке не предусмотрено иное. С другой стороны, не секрет, что толкование того, что понимается под установлением иного, не является тривиальной задачей.

Верный, на наш взгляд, вариант толкования заключается в признании п. 5 ст. 181.4 ГК РФ неприменимым в части субъективного срока исковой давности по требованиям о признании недействительными решений собраний (шестимесячного срока), поскольку специальный субъективный срок и порядок его исчисления в хозяйственных обществах установлены соответствующими законами. Аналогично и Вер-

¹ Обсуждая природу данного срока, следует отметить, что в российском праве имеется неопределенность в вопросе соотношения исковой давности и пресекательных сроков (подробнее см.: *Асоков А.В.* Пресекательные сроки и их соотношение с другими видами гражданско-правовых сроков // *Вестник гражданского права.* 2018. № 4. С. 46–73). На первый взгляд может показаться целесообразным применение к обсуждаемому 2-летнему сроку правового режима предельного 10-летнего срока, содержащегося в п. 2 ст. 196 ГК РФ, который по крайней мере частично отвечает признакам исковой давности (п. 8 Постановления Пленума ВС РФ от 29 сентября 2015 г. № 43). Вместе с тем есть и некоторые основания сомневаться в правильности этого подхода. Как мы отмечали в начале работы, недействительность решений собраний имеет особое регулирование, в том числе из-за необходимости защитить широкий круг лиц, которых может затронуть недействительность решения общего собрания. В связи с этим вызывает сомнение, что права этих третьих лиц могут зависеть от того, заявил ли о применении давности ответчик (общество). Это как минимум приближает нас к позиции, состоящей в том, что такой предельный срок при оспаривании решения собрания должен применяться судом *ex officio*.

ховный Суд РФ в п. 104 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 указывает на то, что специальными законами установлены в том числе сроки обжалования решений. Однако при этом иного объективного срока давности в специальном законодательстве не содержится, а значит, в этой части может применяться норма ГК РФ о предельном двухгодичном сроке¹.

Вместе с тем, как показывает анализ судебной практики, в абсолютном большинстве случаев суды, оценивая соблюдение сроков исковой давности, ссылаются только на положения законов о хозяйственных обществах, а в некоторых случаях даже прямо указывают на неприемлемость ГК РФ в этом вопросе^{2,3}.

Следовательно, необходима корректировка судебной практики в части ориентации на применимость к хозяйственным обществам объективного двухгодичного срока из п. 5 ст. 181.4 ГК РФ.

¹ См. также: Комментарий к гражданскому законодательству #Глосса. Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 ГК РФ. С. 688 (автор комментария – Д.В. Новак).

² См. постановления АС Поволжского округа от 26.11.2015 по делу № А55-25881/2014; АС Уральского округа от 08.09.2015 по делу № А76-28946/2014; АС Центрального округа от 17.11.2016 по делу № А23-92/2016. Однако встречаются также единичные судебные акты, которые основываются на положениях ГК РФ, см.: постановления АС Московского округа от 14.07.2017 по делу № А41-108449/2015; АС Северо-Кавказского округа от 17.11.2017 по делу № А53-27800/2016. Особой оригинальностью отличаются те суды, которые упоминают на всякий случай положения и ГК РФ, и специальных законов, см.: постановления АС Северо-Западного округа от 01.02.2018 по делу № А05-3880/2017; АС Северо-Кавказского округа от 01.06.2016 по делу № А32-28605/2015; АС Западно-Сибирского округа от 29.11.2017 по делу № А03-19356/2016.

³ Согласно еще одному подходу в судебной практике предлагается применять п. 5 ст. 181.4 ГК РФ только в тех случаях, когда основание ничтожности предусмотрено ГК РФ – несоблюдение нотариальной формы решения (см. постановления АС Дальневосточного округа от 19.05.2016 по делу № А73-8151/2015; АС Поволжского округа от 14.07.2017 по делу № А55-25378/2016; АС Северо-Западного округа от 16.10.2018 по делу № А66-2253/2017, от 18.04.2017 по делу № А56-34047/2016, от 10.03.2017 по делу № А05-4821/2016; АС Восточно-Сибирского округа от 24.04.2017 по делу № А33-14693/2016). Полагаем, что данный вывод также является неверным и основанным на буквальном прочтении п. 112 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25, где говорится о том, что срок исковой давности для признания ничтожного решения собрания недействительным исчисляется по аналогии с правилами, установленными п. 5 ст. 181.4 ГК РФ (п. 1 ст. 6 ГК РФ). Однако надо учитывать, что ВС РФ проводит аналогию со сроком на оспаривание решения, который для хозяйственных обществ установлен специальными законами (два месяца для ООО и три месяца для АО). Соответственно если и применять по аналогии, то специальные сроки из законов о хозяйственных обществах, а не общие сроки п. 5 ст. 181.4 ГК РФ.

Несмотря на сугубо догматическое обоснование данного вывода, полагаем, что определенность с предельным сроком на оспаривание решений общих собраний является объективной политико-правовой потребностью российского права. Как мы увидим далее, в отсутствие какого-то ориентира в законе судебная практика создала сразу несколько таких объективных ограничителей, которые порой значительно короче двухлетнего срока из п. 5 ст. 181.4 ГК РФ.

Сделать это судам позволила формулировка субъективной исковой давности, которая, как известно, оперирует выражением «когда... должен был узнать», при толковании которого применительно к оспариваниям решений собраний практика выработала несколько общих презумпций, которым следует подавляющее большинство судов.

1. Первым и, наверное, самым неопределенным подходом является тот, согласно которому исковая давность считается пропущенной, в случае если с момента принятия решения прошло длительное время (более трех, пяти, десяти лет и т.д.). Обоснованием, как правило, выступает то, что при проявлении должной степени заботливости и заинтересованности в получении информации о состоянии дел в обществе участник (акционер) мог и должен был узнать раньше о принятых решениях и об обстоятельствах, являющихся основаниями для признания их недействительными¹.

Как представляется, потребности в такой презумпции не возникло бы, в случае, если бы суды применяли объективный двухгодичный срок, предусмотренный п. 5 ст. 181.4 ГК РФ.

2. Широко распространена позиция, согласно которой участник (акционер) должен был узнать об оспариваемом решении не позднее даты, когда должно было быть проведено очередное общее собрание по итогам года, в котором было принято оспариваемое решение. При этом суды отмечают, что участник (акционер) должен занимать активную позицию, проявлять интерес к деятельности общества,

¹ См. постановления АС Волго-Вятского округа от 20.10.2015 по делу № А43-30255/2014, от 16.04.2015 по делу № А29-665/2014, от 29.11.2005 № А43-10475/2005-28-309; АС Центрального округа от 07.04.2016 по делу № А09-9652/2014; АС Западно-Сибирского округа от 05.09.2014 по делу № А45-23666/2013, от 03.05.2007 по делу № А03-9724/2006-39; ФАС Уральского округа от 23.09.2009 по делу № А71-11545/2008-Г13; АС Поволжского округа от 22.10.2014 по делу № А12-24938/2013; АС Северо-Западного округа от 01.08.2017 по делу № А56-50933/2016, от 12.08.2014 по делу № А56-44814/2013; ФАС Северо-Кавказского округа от 24.05.2013 по делу № А53-28109/2012, от 05.05.2012 по делу № А63-3147/2011, от 21.02.2011 по делу № А63-848/2009, от 29.01.2010 по делу № А63-4831/2009, от 11.03.2009 по делу № А32-6681/2008-55/106, от 28.08.2006 по делу № А25-2870/200, от 08.07.2004 по делу № А32-1992/2004-41/484-11.

действовать с должной степенью заботливости и осмотрительности в осуществлении своих прав, в том числе участвовать в управлении делами общества, проведении общего собрания, ознакомлении со всей документацией общества¹.

В одном случае суд прибавил к дате проведения очередного собрания также разумный срок на запрос информации у общества², что представляется логичным, поскольку если собрание не проведено, то рациональной будет первоначальная реакция участника в виде запроса информации у общества.

Аргументация, приведенная в обоснование данного подхода, мало специфична для каждого конкретного кейса и по существу не является исследованием того, когда конкретный участник в конкретном деле узнал или должен был узнать о принятии оспариваемого решения собрания.

На первый взгляд обсуждаемая презумпция совпадает с аналогичным правилом о начале течения давности по искам об оспаривании сделок (см. под. 3 п. 3 Постановления Пленума ВС РФ от 26 июня 2018 г. № 27). Однако, как представляется, такая аналогия ошибочна и соответствующее правило едва ли применимо к оспариванию решений собраний.

Обратим внимание на то, что в подп. 3 п. 3 Постановления Пленума ВС РФ от 26 июня 2018 г. № 27 говорится о том, презумпция о начале течения давности неприменима, когда информация о совершении сделки скрывалась от участников и (или) из предоставлявшихся участникам при проведении общего собрания материалов нельзя было сделать вывод о совершении такой сделки (например, если из бухгалтерского баланса не следовало, что изменился состав основных активов по сравнению с предыдущим годом). Отсюда недвусмысленно следует,

¹ См. постановления АС Уральского округа от 23.11.2016 по делу № А07-3058/2014, от 07.10.2014 по делу № А07-21354/2013, от 19.02.2013 по делу № А60-7629/2012; ФАС Центрального округа от 21.01.2009 по делу № А14-2600/08/132/29; АС Волго-Вятского округа от 21.08.2017 по делу № А29-8140/2016, от 07.07.2011 по делу № А43-12491/2010; ФАС Восточно-Сибирского округа от 08.07.2014 по делу № А19-5486/2013, от 29.12.2010 по делу № А74-1877/2010, от 24.03.2008 по делу № А19-2977/07; АС Московского округа от 26.08.2015 по делу № А41-56062/14; АС Дальневосточного округа от 02.03.2016 по делу № А24-1314/2015; ФАС Северо-Кавказского округа от 23.11.2012 по делу № А63-8103/2012, от 10.04.2009 по делу № А53-5780/2008-С1-21; ФАС Западно-Сибирского округа от 22.02.2013 по делу № А46-1685/2012, от 13.02.2013 по делу № А27-9025/2012; АС Северо-Западного округа от 01.08.2017 по делу № А56-50933/2016, от 28.03.2016 по делу № А56-16943/2015.

² См. постановление ФАС Уральского округа от 20.01.2011 по делу № А07-4994/2010.

что сама презумпция основана на том, что в материалах к собранию предоставляются какие-либо документы, которые позволяют вменить участнику знание о совершенной сделке. В этом и только в этом случае такое вменение знаний об оспариваемой сделке обоснованно.

Возвращаясь к вопросу об оспаривании решений собраний, можно задать вопросом, а что такого происходит на годовом собрании, что участник вдруг должен узнать обо всех решениях общих собраний, происходивших в течение года, по итогам которого происходит годовое собрание? Как кажется, само по себе ничего.

Безусловно, такие случаи исключить нельзя, однако это должно сопровождаться не абстрактной ссылкой на обязанность участника проявлять активную позицию, а указанием на конкретные документы, представлявшиеся к годовому собранию, из которых участник мог узнать о предшествующих решениях собраний.

На основании изложенного полагаем, что обсуждаемая презумпция является ошибочной и по существу вводит не предусмотренный законом новый предельный срок оспаривания, притом что законодатель (п. 5 ст. 181.4 ГК РФ) уже определился как с наличием предельного срока (два года), так и с моментом начала его исчисления (с момента, когда сведения о принятом решении собрания стали общедоступны).

3. Не менее массовой является позиция судов в отношении того, что срок исковой давности начинает течь с даты внесения сведений в ЕГРЮЛ, учитывая, что сведения из ЕГРЮЛ являются публичными и общедоступными. Следует отметить, что такой подход применяется в отношении самых разнообразных решений общих собраний: внесение изменений в устав (утверждение устава в новой редакции)¹, избрание директора² (продление полномочий директора³), изменение

¹ См. постановления АС Западно-Сибирского округа от 17.08.2016 по делу № А46-5951/2015, от 29.11.2017 по делу № А03-19356/2016; АС Восточно-Сибирского округа от 01.06.2017 по делу № А33-3365/2016; АС Дальневосточного округа от 26.04.2016 по делу № А73-4713/2015; АС Московского округа от 23.10.2018 по делу № А40-191884/17; АС Северо-Западного округа от 15.01.2015 № по делу № А56-13715/2014.

² См. постановления АС Поволжского округа от 30.10.2014 по делу № А57-19980/2013; АС Западно-Сибирского округа от 21.02.2018 по делу № А70-7357/2017, от 14.09.2018 по делу № А70-11398/2017, от 13.02.2013 по делу № А27-9025/2012; АС Волго-Вятского округа от 29.09.2016 по делу № А82-15466/2015; АС Северо-Западного округа от 18.04.2017 по делу № А56-34047/2016; ФАС Московского округа от 24.02.2012 по делу № А40-131403/10-45-966; ФАС Северо-Кавказского округа от 01.10.2013 по делу № А32-1420/2012.

³ См. постановление АС Восточно-Сибирского округа от 01.06.2017 по делу № А33-3365/2016.

размера уставного капитала¹, реорганизация², ликвидация³. Схожий подход существует в Испании, где согласно п. 2 ст. 205 Закона Испании о компании, если решение было включено в торговый реестр, срок на оспаривание отсчитывается с момента, когда становится противопоставимой соответствующая запись в реестре.

Однако данная позиция представляется спорной, поскольку у участников (акционеров) нет обязанности изучать ЕГРЮЛ о своем собственном обществе⁴.

Как верно отмечается некоторыми судами, сама по себе ссылка на то, что участник, действуя разумно и добросовестно, проявив должную степень заботливости и осмотрительности, должен был и мог узнать о принятом решении с момента регистрации изменений в ЕГРЮЛ, ничего не значит, ведь в отсутствие доказательств осведомленности участника о принятии решения у него не имеется оснований для осуществления соответствующих проверочных мероприятий, при этом обычный стандарт поведения участника хозяйственного общества не предполагает постоянной проверки им сведений, содержащихся в ЕГРЮЛ⁵. Так, в одном из дел был переизбран директор, и суд, отклоняя довод о необходимости исчислять исковую давность с момента регистрации изменений в ЕГРЮЛ, отметил, что действующим законодательством не предусмотрена обязанность его участников получать информацию о смене единоличного исполнительного органа⁶.

¹ См. постановления АС Центрального округа от 07.04.2016 по делу № А09-9652/2014; ФАС Уральского округа от 19.02.2013 по делу № А60-7629/2012; АС Волго-Вятского округа от 21.05.2018 по делу № А43-30569/2015.

² См. постановление АС Волго-Вятского округа от 19.02.2018 по делу № А31-10718/2016.

³ См. постановления АС Западно-Сибирского округа от 30.09.2016 по делу № А46-12205/2015; АС Северо-Кавказского округа от 15.03.2017 по делу № А32-17584/2016.

⁴ Ср. п. 57 постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав»: «Течение срока исковой давности по искам, направленным на оспаривание зарегистрированного права, начинается со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о соответствующей записи в ЕГРП. При этом сама по себе запись в ЕГРП о праве или обременении недвижимого имущества не означает, что со дня ее внесения в ЕГРП лицо знало или должно было знать о нарушении права».

⁵ См. постановления АС Уральского округа от 17.10.2016 по делу № А60-48968/2015; ФАС Северо-Западного округа от 22.11.2013 по делу № А56-70546/2012.

⁶ См. постановление АС Северо-Западного округа от 31.10.2014 по делу № А56-572/2014.

Кроме того, как подметил суд при рассмотрении одного из дел, само по себе обращение в регистрирующий орган и получение сведений о внесенных в отношении юридического лица сведений в ЕГРЮЛ не свидетельствуют об ознакомлении с содержанием решения общего собрания участников¹.

Практика отсчитывать субъективный срок исковой давности с даты регистрации в ЕГРЮЛ де-факто приводит к его превращению в объективный срок. С учетом того, что субъективная исковая давность на оспаривание решений составляет всего лишь несколько месяцев, это серьезно умаляет право на судебную защиту.

Как представляется, более корректным будет следовать правилу п. 5 ст. 181.4 ГК РФ, который дифференцирует объективные и субъективные сроки, устанавливая объективный срок длиной в два года, а самое главное, исчисляя этот срок с даты, когда информация о решении собрания стала общедоступной.

Таким образом, если и руководствоваться подходом, ориентирующимся на включение сведений в ЕГРЮЛ как точку начала отчета срока на оспаривание, то следует использовать предусмотренный ГК РФ объективный двухгодичный срок, а не субъективный срок исковой давности.

4. Довольно часто суды пытаются вменить участнику (акционеру) знание об оспариваемом решении на основании того, что он был уведомлен (пусть даже и несвоевременно) о дате собрания. Соответственно срок исковой давности для участника начинает исчисляться с даты собрания, хотя бы он и не принимал в нем участие.

В подтверждение этой позиции суды ссылаются на то, что участник мог узнать о принятых на собрании решениях после даты проведения собрания². В отдельных случаях суды, помимо этого, также добавляли, что отсутствуют доказательства того, что участник не мог реализовать свое право на получение информации о принятых решениях или что ему препятствовали в получении такой информации³.

¹ См. постановление АС Северо-Западного округа от 06.06.2016 по делу № А66-5749/2010.

² См. постановления АС Московского округа от 14.07.2017 по делу № А41-108449/2015; АС Волго-Вятского округа от 15.09.2015 по делу № А43-11560/2014; ФАС Центрального округа от 27.05.2008 по делу № А62-2619/2007; АС Поволжского округа от 25.09.2014 по делу № А55-33006/2012, от 22.05.2007 по делу № А55-17558/2004-40(33); ФАС Западно-Сибирского округа от 29.12.2005 № Ф04-9020/2005(17883-А27-16); ФАС Северо-Западного округа от 04.12.2012 по делу № А13-1687/2012.

³ См. постановления АС Дальневосточного округа от 25.07.2018 по делу № А59-1473/2017; ФАС Северо-Кавказского округа от 01.10.2008 по делу № А63-13293/07-С2-31.

Однако данный подход, на наш взгляд, все же требует некоторой корректировки, учитывая общие короткие сроки исковой давности на оспаривание решения, поскольку есть опасность превращения исковой давности в жесткий пресекательный срок (с даты проведения собрания), не учитывающий реальную возможность узнать о принятом решении. В связи с чем как минимум должно пройти разумное время на то, чтобы отправить запрос в общество. Кроме того, игнорируется то, что срок давности должен исчисляться с момента, когда такой участник узнал об обстоятельствах, являющихся основанием для признания принятых собранием решений недействительными. Следовательно, исковая давность начинает течь с момента получения протокола собрания¹.

5. В некоторых случаях суды ссылаются на то, что участник имел какую-либо дополнительную связь с обществом (работал главным бухгалтером², исполнял полномочия директора³), оправдывающую вменение ему знания о принятии решения, например, потому что он имел доступ к документам общества.

Подводя итог, следует констатировать серьезные перекосы в судебной практике в части предельного срока на предъявление требования об оспаривании решения общего собрания участников, поскольку суды произвольно ввели несколько видов де-факто объективных сроков, притом, что объективный предельный срок уже установлен в законе (п. 5 ст. 181.4 ГК РФ).

Впрочем, возможно, рассмотренная судебная практика показывает назревшую потребность в том, чтобы применительно к хозяйственным обществам был установлен иной, более короткий объективный предельный срок. В качестве компромиссного подхода было бы целесообразно рассмотреть возможность введения сокращенного объективного срока на оспаривание решений, связанных с наиболее значимыми корпоративными действиями, которые могут существенно повлиять как на само общество, так и на третьих лиц (например, эмиссия облигаций, увеличение уставного капитала, реорганизация).

II. Еще одним спорным вопросом является применимость сроков исковой давности к искам о признании недействительными ничтожных решений.

¹ См. постановления ФАС Московского округа от 17.12.2012 по делу № А40-100365/11-48-837, от 03.09.2012 по делу № А40-72433/11-159-598.

² См. постановление АС Уральского округа от 29.03.2018 по делу № А07-12588/2017.

³ См. постановление ФАС Северо-Западного округа от 03.06.2014 по делу № А13-4342/2013.

Долгое время в судебной практике этот вопрос считался спорным¹. Окончательное свое решение он нашел в п. 112 Постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015 № 25, где говорится о том, что срок исковой давности для признания ничтожного решения собрания недействительным исчисляется по аналогии с правилами, установленными п. 5 ст. 181.4 ГК РФ (п. 1 ст. 6 ГК РФ). Данное решение подверглось справедливой критике в литературе на основании того, что к установительным искам, каковым является и иск о признании решения ничтожным, сроки давности неприменимы². Сроки давности должны быть применимы только к последствиям, вытекающим из такого решения³.

Несложно заметить, что высшая инстанция последовала в отношении ничтожных решений тому же подходу, что и в случае с ничтожными сделками (абз. 1 п. 32 Постановление Пленумов ВС Ф и ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8). Соответственно здесь вполне применима вся та критика, которая была высказана относительно задавнивания исков о признании недействительными ничтожных сделок⁴: 1) подмена судом законодателя, который ничего не говорит о сроке давности по ничтожным решениям; 2) негационные требования, равно как и любые другие установительные притязания, по самой своей природе не подвержены действию давности, более того, это приводит к тому, что сначала в мотивировочной части суд устанавливает, что решение ничтожно, а затем в резолютивной части отказывает в признании его недействительным, хотя само это признание и не нужно, а требуется лишь констатация его ничтожности; 3) отказ в негационном иске вследствие пропуска иско-

¹ Так, за применимость срока давности: п. 40 Рекомендаций Научно-консультативного совета о практике применения гражданского законодательства ФАС Волго-Вятского округа (по итогам работы заседания Совета, проведенного 08.06.2012 на базе АС Республики Марий Эл), постановление ФАС Центрального округа от 07.04.2014 по делу № А35-5030/2013. Против: постановления ФАС Северо-Кавказского округа от 26.10.2009 по делу № А32-23047/2008, от 11.01.2009 по делу № А32-2635/2008-17/53; ФАС Западно-Сибирского округа от 15.10.2009 по делу № А03-5641/2008; ФАС Московского округа от 01.04.2014 по делу № А40-31488/13-172-254. Например, в рекомендациях НКС при ФАС Северо-Кавказского округа от 21.06.2013 отмечалось, что отсутствие юридической силы у оспариваемого решения общего собрания участников означает, что решение не повлекло за собой каких-либо правовых последствий (действий), т.е. является недействительным (ничтожным). При этом истечение двухмесячного срока с момента принятия данного решения и неоспаривание его в указанный период не придают ему какую-либо юридическую силу (не восстанавливают действительность).

² См.: Мосин В.А. Указ. соч. С. 129.

³ См.: Маковская А.А. Указ. соч. С. 383.

⁴ См.: Тузов Д.О. Теория недействительности сделок: опыт российского права в контексте европейской правовой традиции. С. 241–250.

вой давности будет означать, что остается существовавшая до процесса неопределенность в правоотношении; 4) трудно ответить, почему истец, доказывающий недействительность решения, может при простой ссылке на него в каком-либо другом иске достичь своей цели, а при заявлении самостоятельного иска о ничтожности — нет.

Неудивительно, что применение исковой давности по ничтожным решениям приводит иногда к абсурдным результатам. Так, в одном из дел в признании решения ничтожным отказали из-за истечения срока давности, но одобренную этим же решением сделку признали недействительной по причине неодобрения, учитывая, что решение все равно ничтожно, а значит, сделка не одобралась¹.

* * *

Подводя итог, можно сформулировать следующие выводы и предложения в сфере недействительности решений общих собраний участников (акционеров).

1. Широкое использование оспаривания решений общих собраний является отличительной особенностью континентальных правопорядков, для которых эта мера выступает функциональным эквивалентом косвенных и прямых исков участников, хорошо известных странам общего права.

Особое значение как средство защиты прав участников оспаривание решений общих собраний приобретает в первую очередь потому, что в континентальных правопорядках широкий круг вопросов (например, избрание директора, реорганизация, совершение крупных сделок, изменение уставного капитала, выплата дивидендов) подлежит разрешению на общем собрании. Поэтому именно эта мера позволяет эффективно контролировать мажоритария при принятии решений по таким вопросам, в том числе с точки зрения соблюдения обязанности добросовестности по отношению к обществу и миноритарным участникам. В ряде случаев оспаривание решений и вовсе выступает безальтернативным средством, поскольку иным образом противодействовать, например, несправедливым изменениям устава нельзя.

2. Недействительность решений общих собраний участников (акционеров) в России и в большинстве европейских правопорядков имеет

¹ См. постановление АС Центрального округа от 09.07.2018 по делу № А62-2381/2014.

самостоятельное регулирование, наличие которого обосновывается как необходимостью защиты оборота (презумпция оспоримости, короткий срок давности, широкие основания для конвалидации даже ничтожных решений), так и чисто догматическими особенностями решений собраний (пороки воли у участников собрания, но не у самого собрания; невозможность перечислить все пороки формирования и принятия решения).

3. Никакого строгого predetermined критерия деления решений собраний на оспоримые и ничтожные не существует, поскольку в каждом конкретном случае это политико-правовой выбор законодателя. Вместе с тем при выборе последствий того или иного нарушения следует ориентироваться на то, какой интерес защищает нарушаемая норма закона, если речь идет о частном интересе (участника общества), то это должно вести к оспоримости решения, если же об интересе правопорядка или интересе третьих лиц – к ничтожности. С учетом этого в российском праве целесообразно отказаться от такого основания ничтожности, как то, что решение принято по вопросу, не включенному в повестку дня. В результате подобное обстоятельство будет пороком решения, делающим его оспоримым.

4. В отсутствие специального регулирования несуществования решения собрания (как, впрочем, и точного понимания этого термина) подобная квалификация означает лишь то, что имеются существенные пороки в процессе формирования решения собрания, которые, однако, могут вести к ничтожности, только если попадают в *numerus clausus* оснований ничтожности, в противном случае мы должны квалифицировать такое решение как оспоримое.

5. Как для зарубежного, так и для отечественного права характерна общая идея запрета мажоритарии причинять вред обществу (недобросовестными или заведомо неразумными действиями), а также если не доказано, что это обусловлено интересами общества (разумной необходимостью), вред другим участникам. При этом суд при оценке решения общего собрания должен руководствоваться принципом защиты делового решения корпоративного большинства и вправе признать решение недействительным, только если наряду с невыгодностью решения доказано, что мажоритарий действовал к собственной выгоде, или имеются иные доказательства его недобросовестности и (или) заведомой неразумности (например, заведомая невыгодность одобренной сделки).

6. Во избежание формального подхода к оспариванию решений собраний и в целях поддержания стабильности корпоративных актов

как зарубежное, так и отечественное законодательство вводят критерий (в России он именуется существенностью), позволяющий учитывать, были ли в результате процедурного нарушения созданы препятствия в участии в общем собрании и в получении надлежащей информации о вопросах повестки дня.

Вместе с тем отечественные суды зачастую пренебрегают анализом существенности нарушения. В связи с этим целесообразно в законах о хозяйственных обществах закрепить четкое правило о том, что по мотиву процедурных нарушений решение может быть оспорено, только если нарушения носят существенный характер.

7. Как в текущей судебной практике, так и при последующей гармонизации правил ГК РФ о решениях собраний и законов о хозяйственных обществах важно сохранить неизменным подход, согласно которому в случае существенности нарушений, допущенных в ходе созыва или проведения собрания, решение должно признаваться недействительным, даже если такое нарушение затронуло только участника, который не мог повлиять на результаты голосования.

8. Для борьбы со злоупотреблением правом на оспаривание решения целесообразно ввести в отечественное законодательство правило о том, что участник обязан без промедления заявить о нарушениях процедуры созыва и (или) принятия решения, в противном случае он не сможет ссылаться на соответствующие дефекты процедуры в ходе оспаривания решения.

9. Идеологическое обоснование того, что подтверждение решения собрания исключает возможность его оспаривания заключается в том, что за участником не может признаваться наличие защищаемого законом интереса в недействительности первоначального (подтверждаемого) решения, поскольку воля общества изъяслена (в подтверждающем решении) в соответствии с законом и уставом.

Одной из особенностей, присущей институту подтверждения решения, выступает то, что в отличие от широко признанного реквизита подтверждения сделки в виде необходимости знания стороны о соответствующем пороке первоначальной сделки, применительно к подтверждению решений он не является обязательным.

10. В отсутствие нормы закона судебной практикой был сформирован институт отмены решения собрания. Такая отмена правомерна, если она не имеет признаков злоупотребления правом (ст. 10 ГК РФ) и совершена до того момента, пока отмененное решение не начало влиять на права и законные интересы третьих лиц (подп. 1.1 п. 1 ст. 8 ГК РФ).

11. Оспаривание отрицательных решений собраний является допустимым как в случае, когда провозглашенное решение отличается от реально принятого (если бы подсчет голосов был произведен в соответствии с законом и уставом), так и при наличии злоупотребления правом со стороны мажоритария, благодаря голосу которого было принято отрицательное решение собрания. В обоих случаях к суду может быть обращено требование не только о признании недействительным решения собрания, но и о провозглашении положительного решения собрания.

Однако в целях юридической определенности возможность предъявления такого требования в суд должна считаться ограниченной сроком давности, аналогичным сроку на оспаривание решения. Кроме того, в таком судебном процессе должны иметь возможность принять участие все участники с правом заявлять возражения относительно действительности решения.

12. Имеются серьезные перекосы в судебной практике в части предельного срока на предъявление требования об оспаривании решения общего собрания участников, поскольку суды произвольно ввели несколько видов де-факто объективных сроков, притом что объективный предельный срок уже установлен в законе (п. 5 ст. 181.4 ГК РФ).

Целесообразно обсуждение вопроса о том, чтобы применительно к хозяйственным обществам был установлен иной, более короткий объективный предельный срок. В качестве компромиссного подхода можно было бы рассмотреть возможность введения сокращенного объективного срока на оспаривание решений, связанных с наиболее значимыми корпоративными действиями, которые могут существенно повлиять как на само общество, так и на третьих лиц (например, эмиссия облигаций, увеличение уставного капитала, реорганизация).

Р.В. Макин,
магистр юриспруденции (РШЧП)
АБ «Инфралекс», ИЦЧП им. С.С. Алексеева

ОБОРОТ ДОЛЕЙ В ОБЩЕСТВЕ С ОГРАНИЧЕННОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТЬЮ: РЕГУЛИРОВАНИЕ НА МОМЕНТ ПРИНЯТИЯ ЗАКОНА ОБ ООО, ТЕКУЩЕЕ СОСТОЯНИЕ, АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ

С момента принятия в 1998 г. Федеральный закон от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее — Закон об ООО) претерпел существенные изменения практически по всем значимым вопросам, относящимся к регулированию оборота долей. Так, был изменен режим совершения сделок в период жизни сторон (сделки *inter vivos*), а также сделок на случай смерти (*mortis causa*), порядок легитимации участников общества, допустимые запреты и ограничения при передаче долей и т.д. Кроме того, в законодательстве появились совершенно новые институты, например: возможность добросовестного приобретения доли, восстановление корпоративного контроля над долей и т.д.

В связи со значимостью внесенных законодателем изменений в настоящей статье будет проанализировано регулирование правоотношений, касающихся оборота долей, в ретроспективе и с учетом актуальной редакции Закона об ООО¹. Отдельно будут рассмотрены некоторые актуальные проблемы, обусловленные действующими нормами законодательства, а также предложены их решения.

Вкратце обозначим методологию анализа, использованного при подготовке настоящей статьи, и построение самой статьи.

В настоящее время система регулирования оборота долей в ООО в основном базируется на изменениях, внесенных в Закон об ООО Федеральным законом от 30 декабря 2008 г. № 312-ФЗ «О внесении из-

¹ Здесь и далее «актуальная редакция» Закона обозначается как Закон об ООО.

менений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – Закон № 312). В связи с этим когда мы говорим о первоначальной редакции Закона об ООО¹, имеем в виду регулирование, действовавшее до Закона № 312. Впрочем, уже после вступления в силу Закона № 312 в Закон об ООО законодателем также был внесен ряд изменений², однако с учетом их меньшего объема данные изменения специально не анализировались.

Что касается построения статьи, то вначале излагается законодательный материал, имевшийся до вступления в силу Закона № 312, затем приводится действующее регулирование оборота долей, далее рассматриваются некоторые проблемы в связи с действующей редакцией Закона.

1. Передача доли *inter vivos*

Закон об ООО знает две разновидности сделок *inter vivos*: (1) сделки по передаче доли лицу, которое является участником общества, и (2) сделки по передаче доли лицу, которое на момент совершения сделки не являлось участником общества.

Позиция законодателя в части сделок *inter vivos* значительно изменилась с момента принятия Закона об ООО, причем как в части оформления процедуры передачи, так и в части «материальных» условий передачи долей. Рассмотрим порядок совершения сделок *inter vivos* применительно к вопросу об условиях таких сделок.

1.1. Первоначальная редакция Закона об ООО

В первоначальной редакции Закона об ООО правила о передаче доли *inter vivos* отличались в зависимости от того, кто должен был стать приобретателем доли. В том случае, если приобретателем доли (по договору купли-продажи или по иному основанию) становился один или несколько участников, согласия общества или других участников не требовалось (п. 1 ст. 21), хотя уставом могло быть предусмотрено противоположное правило (п. 1, 8 ст. 21). Если общество решало вос-

¹ Здесь и далее используется термин «первоначальная редакция Закона об ООО».

² См., например: Федеральный закон от 19 июля 2009 г. № 205-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»; Федеральный закон от 21 декабря 2013 г. № 379-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

пользоваться правом на установление обязанности получения согласия на передачу доли одному или нескольким участникам, законодатель расценивал в качестве согласия отсутствие отказа общества или участников в согласовании совершения сделки (п. 8 ст. 21).

Что касается передачи доли *inter vivos* третьим лицам, то нормы законодательства значительно отличались. Во-первых, в законе была установлена норма общедозволительного характера о том, что продажа или уступка доли третьим лицам допускается, если это не запрещено уставом общества (п. 2 ст. 21 Закона об ООО). При этом законодатель устанавливал норму защитного характера в отношении участников, в соответствии с которой участники пользовались преимущественным правом покупки доли по цене предложения третьему лицу и пропорционально размеру своих долей (п. 4 ст. 21 Закона об ООО). Во-вторых, в законе допускалась возможность получения согласия общества или иных участников на уступку доли третьим лицам иным образом, чем продажа (п. 5 ст. 21 Закона об ООО).

1.2. Актуальная редакция Закона об ООО

В части, касающейся отчуждения доли *inter vivos* в пользу одного или нескольких участников общества, законодатель оставил прежнее регулирование без изменений¹.

Аналогичным образом законодатель не стал менять общие контуры системы регулирования сделок *inter vivos* с третьими лицами, оставив и возможность запрета уставом отчуждения долей третьим лицам (абз. 2 п. 2 ст. 21 Закона об ООО), и обязанность по соблюдению режима права преимущественной покупки доли другими участниками (п. 4 ст. 21 Закона об ООО). Вместе с тем законодатель в значительной степени изменил детали регулирования порядка осуществления права преимущественной покупки доли.

Во-первых, были внесены изменения относительно цены приобретения доли при реализации преимущественного права. В законе теперь установлено, что цена доли участника, желающего передать ее (долю) третьему лицу, определяется по цене, предлагаемой третьему лицу, либо по цене, заранее определенной в уставе (абз. 1 п. 4 ст. 21

¹ Так, в п. 2 ст. 21 Закона об ООО в актуальной редакции закреплена презумпция свободного отчуждения доли в ООО одному или нескольким участникам общества. В абз. 2 п. 10 Закона установлено, что отсутствие отказа в предоставлении согласия на отчуждение доли одному или нескольким участникам приравнивается к получению такового.

Закона об ООО). В данной части законодатель также указал, что цена приобретения доли может быть определена как в твердой денежной сумме, так и в зависимости от одного из установленных в уставе критериев (стоимость чистых активов, балансовая стоимость активов, чистая прибыль и т.д.) (абз. 3 п. 4 ст. 21 Закона об ООО).

Во-вторых, установлено, что преимущественное право приобретения может распространяться не на всю долю (часть планируемой к отчуждению доли), но на ее часть (часть части доли, которую участник планирует продать третьему лицу) (абз. 5 п. 4 ст. 21 Закона об ООО).

В-третьих, в актуальной редакции Закона об ООО закреплено, что участники могут приобрести долю (часть доли) непропорционально размеру долей (абз. 6 п. 4 ст. 21 Закона об ООО).

1.3. Некоторые проблемные вопросы в связи с актуальной редакцией Закона об ООО

Возможность участника, желающего продать долю третьему лицу, отказаться от сделки с участником при реализации им преимущественного права приобретения доли

На практике одним из проблемных вопросов является ситуация, когда имеется третье лицо, готовое приобрести долю за определенную сумму, но участники общества также выражают согласие реализовать свое преимущественное право. При этом выходящему участнику заранее понятно, что хотя участники и желают приобрести долю, их финансовые способности ограничены и имеется риск неоплаты ими покупной стоимости доли либо имеют место какие-то другие обстоятельства (например, личная неприязнь). В этом случае у выходящего члена компании может возникнуть желание отказаться от сделки с участниками компании, желающими, в свою очередь, реализовать право преимущественной покупки.

Ответ на данный вопрос зависит от надлежащей правовой квалификации предложения участника о приобретении его доли остающимися в компании лицами. Как видно из текста закона, законодатель использует термин «оферта» (п. 1 ст. 21 Закона об ООО), что явным образом отличается от терминологии, используемой в законодательстве применительно к непубличным акционерным обществам (НПАО). В отношении последних законодатель оперирует термином «извещение»¹,

¹ В соответствии с п. 4 ст. 7 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (далее — Закон об АО) акционер, намеренный осуще-

а судебная практика отказалась квалифицировать такие извещения в качестве оферт¹.

Кроме того, применительно к ООО законодатель говорит, что иные участники (общество) совершают именно *акцент* оферты (абз. 1, 3 п. 5 ст. 21 Закона об ООО). Иными словами, применительно к ООО законодатель, судя по всему, не считает с тем, что выходящему участнику может быть по каким-то причинам неинтересно продавать долю остающимся членам корпорации, но обязывает его это делать².

С другой стороны, как представляется, в уставе могут содержаться положения, которые бы гарантировали интерес выходящего участника в получении исполнения от остающихся в обществе участников. В частности, ничего не мешает предусмотреть обязанность предоставления со стороны участников, реализующих преимущественное право, обеспечения исполнения обязательства по оплате стоимости доли вы-

ствить отчуждение своих акций третьему лицу, *обязан известить* об этом непубличное общество, устав которого предусматривает преимущественное право приобретения отчуждаемых акций.

¹ См., например: п. 10 информационного письма Президиума ВАС РФ от 25.06.2009 № 131 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами споров о преимущественном праве приобретения акций закрытых акционерных обществ» (далее – Информационное письмо Президиума ВАС РФ № 131), постановления Тринадцатого ААС от 13.07.2017 № 13АП-7353/2017, 13АП-7233/2017, 13АП-7232/2017 по делу № А56-81736/2016; ФАС Северо-Кавказского округа от 05.06.2013 по делу № А32-10775/2012.

² Если буквально толковать положения п. 4 ст. 7 Закона об АО, то для НПАО получается противоположный ответ: выходящий акционер может принять предложение действительных акционеров, если оно покажется для него более выгодным. С логической точки зрения такое решение одной и той же спорной ситуации для достаточно похожих между собой корпоративных образований (ООО и НПАО) можно объяснить только если тем, что законодатель расценивает НПАО как некое промежуточное звено между ООО (где нужно максимальным образом не допустить третье лицо в число участников и сделать общество еще более закрытым по сравнению с НПАО) и АО (где по общему правилу получение лицом статуса участника является свободным).

Впрочем, нельзя не отметить, что предложенное российским законодателем решение для НПАО имеет аналоги на Западе. В частности, некоторые испанские авторы, комментирующие положения Закона об обществах с ограниченной ответственностью 1995 г. (*Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada*), который в части оборота долей практически идентичен действующему Закону о компаниях (*Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital*), отмечали, что в испанской доктрине нет ясности относительно последствий того, что общество представляет предложение о приобретении доли выходящего участника. В том случае, когда общество представило его, участник вправе отказаться от его принятия. Более подробно см.: *La sociedad de responsabilidad limitada / Campuzano A.-B. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. P. 251–252* (автор комментария – А. Corrales).

ходящего участника. Например, в уставе может быть предусмотрено условие о предоставлении поручительства по такому обязательству. Ничего не мешает закрепить в уставе и условие о предоставлении участником, реализующим преимущественное право, банковской гарантии выходящему участнику.

Границы права определить в уставе цену приобретения доли в рамках реализации преимущественного права

Как было указано выше, законом установлено право участников заранее определить цену приобретения доли выходящего участника, которая отличается от цены предложения третьему лицу. В связи с появлением этой нормы в законе появляется вопрос, можно ли установить какие-либо границы при осуществлении участниками своего права на закрепление в уставе заранее определенной цены? Например, можно ли говорить о том, что положения устава о заранее определенной цене являются ничтожными, если установлено, что доля должна быть продана за 1 руб., хотя на момент совершения сделки ее действительная стоимость многократно превышает данную цену? Другой вариант — когда цена приобретения является заведомо завышенной?

Некоторые российские авторы со ссылкой на реформированные положения Закона об АО (абз. 3 п. 3 ст. 7) допускают возможность игнорирования судом положений устава ООО о заранее определенной цене, если на момент осуществления преимущественного права такая цена существенно ниже рыночной стоимости доли¹.

Хотя данное положение и может применяться по аналогии, как представляется, его применение должно быть ограничено весьма редким перечнем случаев².

¹ См., например: *Кузнецов А.А.* Пределы автономии воли в корпоративном праве: краткий очерк. М.: Статут, 2017. С. 111–112.

² В американской практике вопрос несоразмерности стоимости отчуждаемой доли ее реальной стоимости был предметом рассмотрения судов еще в середине XX в. Как утверждают американские авторы, суды разных штатов очень неохотно идут на признание недействительными положений уставов, в которых закреплена такая формула определения цены отчуждаемой доли, в результате применения которой участнику выплачивается сумма, намного меньшая рыночной стоимости доли. Как правило, признание недействительными положений уставов в части закрепления такой формулы определения цены осуществляется лишь в том случае, если есть дополнительные обстоятельства, такие как обман (fraud). Более подробно см., например: *Andre T. J.Jr.* Restrictions of the transfer of shares: a search for a public policy // *Tulane law review*. Vol. 53. 1978–1979. P. 787–788; *Rands W.* Closely held corporations: restrictions on stock transfers // *Commercial law journal*. No 84. 1979. P. 465.

Это связано с тем, что автономия воли участников по данному вопросу должна быть проигнорирована как можно в меньшем количестве случаев (идеально — лишь в случае нарушения свободной воли сторон). Немаловажно в этом контексте обратить внимание на то, что принятие положений о заранее установленной цене осуществляется участниками единогласно, т.е. участники своей свободной волей соглашаются установить для себя подобные ограничения (п. 4 ст. 21 Закона об ООО).

Из буквального толкования норм Закона об ООО также можно вывести желание законодателя сохранять силу за такими положениями устава. Это связано с тем, что закон указывает единственным ограничителем реализации права покупки доли по заранее определенной цене то обстоятельство, что данное право должно быть предоставлено всем участникам, а не кому-либо одному (абз. 7 п. 4 ст. 21 Закона об ООО)^{1,2}.

В связи с этим, как представляется, условие о заранее определенной цене суд может игнорировать лишь в тех случаях, когда участники, закрепляя его в уставе, не могут обосновать преследование какой-либо бизнес-цели (например, необходимость сосредоточиться на развитии компании, вывода ее из предбанкротного состояния и т.п.).

Кроме того, в рамках поставленного вопроса есть отдельная проблема и со сроком, в течение которого может действовать указан-

¹ Иными словами, в данной части одни участники не должны быть дискриминированы по отношению к другим участникам (см.: *Степанов Д.* Реформа законодательства об ООО: к принципу свободы договора в корпоративном праве. Ч. II // Корпоративный юрист. 2009. № 7 (здесь и далее если в источнике не приведена ссылка на страницу, этот источник взят из СПС «КонсультантПлюс»)).

² Нельзя не отметить, что проанализированное ограничение вызывает вопросы с учетом того, что в НПАО допускается возможность установления заранее определенной цены приобретения акций в пользу одного или нескольких участников (п. 3, 8 ст. 7 Закона об АО). Аналогичное право предусмотрено также и для участников хозяйственных партнерств (ч. 3 ст. 15 Федерального закона от 3 декабря 2011 г. № 380-ФЗ «О хозяйственных партнерствах»).

Представляется, что в ряде практических случаев подобная императивная формулировка законодательства может несколько затруднить положение участников ООО и вряд ли может быть оправданна с точки зрения предпринимательских интересов. Например, учрежденное ООО занимается венчурным бизнесом, а его участникам принципиально важно, чтобы в течение некоторого времени состав участников был стабильным, и участники в течение этого времени вкладывали бы средства исключительно в развитие бизнеса. В этом случае установление чрезмерно заниженной цены за долю выходящего участника будет вполне отвечать данному предпринимательскому интересу, и его вряд ли стоит оценивать каким-либо иным образом, чем то, что таким способом остаются участники гарантируют сохранение контроля над компанией и возможность вкладывать средства в ее развитие в дальнейшем.

ное условие о заранее определенной цене продажи доли выходящего участника. Как представляется, при ответе на данный вопрос следует исходить из того, в какую сторону осуществлялось отклонение заранее определенной цены от рыночной стоимости доли. В том случае, если заранее определенная цена является явно заниженной по отношению к рыночной стоимости, то, как представляется, такое условие может служить аналогом экономического принуждения к тому, чтобы участник компании «вечно» пребывал в этом статусе, в связи с чем не может быть поддержано во всех случаях¹. Как следствие, действие такого условия должно быть ограниченным.

По этому поводу в литературе предлагается ограничить действие такого условия предельным возможным сроком действия условия о запрете отчуждения долей². Полагаем, что данный подход хотя и выгодно отличается простотой для правоприменителя и участников оборота, все же может быть признан оправданным лишь в ограниченном перечне случаев, а именно в тех, когда заранее ясно, что ограничение цены покупки доли не требуется больше чем на указанный срок.

Однако в целом ряде случаев срок, на который ограничение цены за долю объективно требуется, либо невозможно предугадать (например, если у организации предефолтное состояние и неизвестно, сколько времени потребуется на ее вывод из этого состояния), либо заранее ясно, что такой срок превышает предельно возможный срок запрета на отчуждение долей (пять лет) (например, если общество реализует проект в сфере сельского хозяйства, в котором, как правило, возврат инвестиций осуществляется в более продолжительный срок по сравнению с иными сферами). В связи с этим, как представляется, заранее определенное условие о размере стоимости доли могло бы действовать дольше. Единственным ограничителем здесь является бизнес-цель, которую участники преследовали при введении такого условия.

Что касается заранее определенной завышенной цены, то, как представляется, оснований для ее ограничений сроком нет, поскольку участники компании (сама компания) всегда вправе отказаться от акцепта доли выходящего участника по такой цене.

¹ Более подробно см.: Кузнецов А.А. Указ. соч. С. 90–91.

² Более подробно см. там же. С. 91.

Иными словами, по мысли А.А. Кузнецова, предельный срок действия условия о заранее произведенной оценке стоимости доли выходящего участника может быть признано законным, если условие действует не более пяти лет (по аналогии с п. 5 ст. 7 Закона об АО).

Возможность приобретения части доли выходящего участника

Из текста Закона об ООО следует, что закон допускает осуществление права преимущественного приобретения в рамках двух вариантов: (1) участник планирует осуществить продажу всей доли третьему лицу, и в ответ на это остающиеся участники реализуют свое право преимущественного приобретения и (2) участник дробит свою долю, планирует продать ее часть третьему лицу, а остающиеся участники осуществляют приобретение той части, которая идет на продажу. Вместе с тем имеется вопрос относительно возможности осуществления права преимущественного приобретения части доли, предназначенной на продажу, а не всей доли (части доли), если участники закрепили это в уставе компании¹.

Для большей наглядности поставленный вопрос можно проиллюстрировать следующей ситуацией.

Например, имеется ООО с четырьмя участниками, каждый из которых обладает 33,3% долей в уставном капитале. Один из участников желает выйти из компании, продав свою долю третьему лицу. В уставе ООО закреплено право остающихся участников осуществить преимущественное право как в отношении всей доли выходящего участника, так и в отношении ее части. В результате остающиеся участники приобретают 30%-ную долю выходящего участника.

Как видно из данной ситуации, осуществление остающимися участниками своего преимущественного права приводит к тому, что оставшаяся в руках у участника доля (3,3%) де-факто не имеет никакой инвестиционной ценности, поскольку вряд ли удастся найти третье лицо, которое бы согласилось приобрести долю, зная, что оно, по сути, будет лишено возможности осуществлять управление компанией². С другой

¹ Мы считаем, что внесение такого условия возможно в связи со сделочной природой устава. Среди авторов, придерживающихся аналогичного мнения, можно назвать Е.В. Глухова (см.: *Глухов Е.В.* Корпоративный договор: подготовка и согласование при создании совместного предприятия. М.: М-Логос, 2017 [электронное издание]).

² В зарубежной практике также обратили внимание на данную проблему. В частности, в испанском праве считается, что участника, планировавшего передать долю третьему лицу, нельзя в рамках реализации права преимущественного приобретения обязать передать остающимся в обществе участникам часть доли. Такое решение связано с защитой интересов выходящего участника, поскольку, с одной стороны, это повлечет изменение его договоренностей с третьим лицом — предполагаемым приобретателем доли, в том числе в части цены за долю, а с другой — ухудшит положение участника в обществе, который может остаться в обществе с гораздо меньшей долей, чем изначально. Впрочем, императивный характер нормы, запрещающей приобретение части доли выходящего участника, остается под вопросом. Более подробно см.: *Gandara L.F.* Derecho de sociedades. Vol. II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. P. 1378.

стороны, остающиеся участники могли бы приобрести 3%-ную долю выходящего участника и оставшаяся часть доли не потеряла бы в инвестиционной ценности.

Вместе с тем нельзя не отметить, что отграничение тех случаев, когда оставшаяся у участника часть доли перестанет считаться привлекательной и, соответственно, покупку части доли нельзя допускать, от тех, когда не перестанет, является чрезмерно упрощенным подходом, который к тому же будет трудно реализовать на практике. В связи с этим, как представляется, более правильным было бы не абстрактное наделение остающихся участников правом на приобретение части доли в рамках механизма преимущественного права покупки, а закрепление в уставе того, каков должен быть максимальный размер приобретаемой части доли. Например, при учреждении ООО участники, владеющие по 50% долей в уставном капитале, заранее закрепляют в уставе положение, согласно которому при реализации преимущественного права на часть доли выходящего участника размер приобретаемой части доли не может превышать 25%.

Возможность распространения права преимущественного приобретения не только на куплю-продажу, но и на иные сделки по передаче доли

Как видно из текста Закона об ООО, преимущественное право приобретения распространяется исключительно на сделки по купле-продаже доли третьему лицу (абз. 1 п. 4 ст. 21). В связи с этим на практике преимущественное право достаточно легко обходилось путем заключения с третьим лицом договора дарения, мены, соглашения об отступном и т.д.¹, что судами безоговорочно поддерживалось². Нельзя не отметить, что выбранная российским законодателем модель права

¹ О применяемых на практике способов обхода права преимущественной покупки других участников более подробно см.: Глушецкий А.А. Преимущественное право покупки доли в уставном капитале ООО – варианты реализации // Право и экономика. 2017. № 3; Илюшина М.Н. Сделки, опосредующие оборот долей в ООО: современное состояние законодательства и правоприменения // Законы России: опыт, анализ, практика. 2018. № 4; Габов А.В. Общества с ограниченной и дополнительной ответственностью в российском законодательстве. М.: Статут, 2010; Кафтаников А.А. Правовые проблемы различных вариантов продажи бизнеса субъектами малого и среднего предпринимательства // Юрист. 2011. № 21.

² См., например: п. 12 постановления Пленума Верховного Суда РФ № 90, Пленума ВАС РФ № 14 от 9 декабря 1999 г. «О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью»» (далее – Постановление Пленумов ВС РФ и ВАС РФ № 90/14); Решение ВАС РФ от 31.08.2007 № 3590/07; постановления ФАС Уральского округа от 08.06.2007 № Ф09-4307/07-С4 по делу № А60-10735/06-С3; от 05.07.2006 № Ф09-5708/06-С5 по делу № А60-33044/05.

преимущественного приобретения не является единственно верной, о чем свидетельствует также и иностранный опыт¹.

Несмотря на то что закрепленная в законодательстве модель права преимущественного приобретения не является полностью пригодной для сохранения стабильного состава участников ООО, можно обозначить несколько способов, благодаря которым остающиеся участники могут воспрепятствовать появлению в компании нежелательных третьих лиц (аутсайдеров).

Во-первых, как представляется, положение о возникновении у остающихся участников (общества) права преимущественного приобретения в случае заключения не только договора купли-продажи, но и иных возмездных и безвозмездных сделок, может быть закреплено в самом уставе общества². Ключевым вопросом при реализации права преимущественного приобретения при заключении иных сделок, чем купля-продажа, является определение цены покупки остающимися участниками доли выходящего участника. Сама цена или формула ее определения должна быть определена в уставе общества³.

Во-вторых, помимо механизма *ex ante* (установление защитных положений в уставе компании) есть возможность применения ме-

¹ Например, в испанском законодательстве право преимущественного приобретения касается не только сделок по продаже долей, но и иных сделок возмездного характера, а также сделок по безвозмездной передаче (§ «d» п. 2 ст. 107 Закона о компаниях).

² Обратим внимание, что для НПАО, которые, как уже отмечалось, функционально схожи с ООО, допускается возможность установления в уставе положения о том, что передача акций по иным сделкам, чем купля-продажа, является основанием для возникновения у остающихся акционеров права преимущественного приобретения. При этом из Закона об АО, судя по всему, следует, что преимущественное право возникает лишь при отчуждении акций по *возмездным* сделкам (мена, отступное и т.п.) (ср. первое и второе предложения п. 3 ст. 7 Закона об АО). Вместе с тем, как представляется, нет каких-либо значимых политико-правовых соображений по воспрепятствованию распространению режима преимущественного права и на *безвозмездные* сделки (дарение).

³ Аналогичное положение устанавливается для НПАО: «В случае отчуждения акций по иным, чем договор купли-продажи, сделкам (мена, отступное и другие) преимущественное право приобретения таких акций может быть предусмотрено уставом непубличного общества только по *цене, которая или порядок определения которой установлены уставом общества* (курсив мой. — Р.М.)» (абз. 1 п. 3 ст. 7 Закона об АО).

В испанском правопорядке, где, как мы уже говорили, установлена возможность реализации права преимущественного приобретения не только в отношении купли-продажи доли, но и в отношении иных возмездных и безвозмездных сделок, цена доли в рамках двух последних случаев определяется по общему правилу по соглашению сторон. Если же цена не определена, то приобретение осуществляется по *разумной* цене, определяемой независимым экспертом, выбранным менеджерами общества (см. § «d» п. 2 ст. 107 Закона о компаниях).

ханизма *ex post*. В данном контексте следует обратить внимание на практику Верховного Суда РФ, который в постановлении Пленума от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее – Постановление Пленума ВС РФ № 25) указал, что в некоторых случаях конструкция договора дарения участником части своей доли третьему лицу с последующей продажей доли может использоваться в качестве обхода правил о преимущественном праве других участников на покупку доли. В этом случае, как указал Верховный Суд, данные сделки являются притворными; в действительности между выходящим участником и третьим лицом заключен единый договор купли-продажи, который нарушает правила преимущественной покупки доли по Закону об ООО. Как следствие, Верховный Суд РФ указал на то, что остающиеся участники вправе потребовать перевода прав и обязанностей покупателя на себя (абз. 2 п. 88)¹. Данное разъяснение уже нашло свое отражение как в практике Экономической коллегии Верховного Суда², так и в практике судов нижестоящих инстанций³.

С другой стороны, нельзя не отметить, что приведенное разъяснение Верховного Суда, как представляется, дает возможность бороться лишь с наиболее очевидными случаями злоупотребления. Так, если рассматривать обход права преимущественной покупки с помощью договора дарения, то наиболее явными признаками того, что выходящий участник заключил притворную сделку, могут стать факты, свидетельствующие о том, что в обществе долгое время назревал корпоративный конфликт, участник подарил незначительную долю (например, 1% из имевшейся 50%-ной доли), сделка по продаже доли совершена через короткий промежуток времени после дарения, между участником и одаряемым отсутствовали родственные или иные близкие отношения⁴ и т.д. При этом, как видно из анализа практики, суды в основном

¹ См. также п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ № 131, где аналогичная позиция закреплена применительно к акционерным обществам.

² См., например, определения Верховного Суда РФ от 16.01.2017 № 307-ЭС16-18330 по делу № А26-8904/2013; от 03.03.2017 № 310-ЭС17-1247 по делу № А35-8090/2013.

³ См., например, постановления АС Московского округа от 13.04.2018 № Ф05-4227/2018 по делу № А40-195823/16; АС Уральского округа от 08.12.2014 № Ф09-7245/14 по делу № А50-17553/2013.

⁴ На некоторые из приведенных фактов обратил внимание АС Уральского округа в одном из дел по данной проблеме. См. постановление АС Уральского округа от 08.12.2014 № Ф09-7245/14 по делу № А50-17553/2013.

«нащупывают» круг таких косвенных признаков пока лишь для договора дарения, но не для иных конструкций (мена, предоставление отступного, внесение доли в уставной капитал и т.д.)¹. В связи с этим на практике более предпочтительна конструкция ex ante контроля над вхождением в состав участников общества аутсайдера.

Границы права на запрет передачи доли третьему лицу

Несмотря на то, что Законом об ООО прямо указано, что в уставе могут содержаться положения о запрете передачи доли третьему лицу (абз. 2 п. 2 ст. 21), возникают вопросы, насколько будет эффективным включение такого условия в положения устава и имеются ли какие-либо ограничения при этом.

Актуальность данных вопросов связана с тем, что законодатель негативно относится к подобному рода условиям, устанавливая, что если в уставе закреплён запрет на продажу доли, то участник имеет безоговорочное право выхода из общества (п. 2 ст. 23 Закона об ООО). При этом из текста закона следует, что право на выход будет реализовываться во всех случаях запрета на отчуждение доли, даже если этот запрет продиктован защитой предпринимательских интересов².

При ответе на поставленные вопросы следует исходить из следующего.

Во-первых, действительно следует согласиться с тем, что безоговорочный запрет на отчуждение доли третьим лицам в течение неограниченного срока недопустим в связи с неприемлемостью создания «вечной связи» между участником и компанией, являющейся, по сути, подобием рабства³. Установление такого условия в уставе действительно должно быть сбалансировано правом участника на выход.

Во-вторых, когда речь идет о защите предпринимательских интересов, то запрет на отчуждение, как представляется, допустим, если он связан с этими интересами. Это означает, что запрет на отчуждение доли может быть введен на больший или на меньший срок в зависимо-

¹ Обратим внимание на то, что есть некоторые дела, касающиеся несоблюдения права преимущественного приобретения акций в НПАО с использованием договора мены. См., например: постановления АС Уральского округа от 18.07.2016 № Ф09-3738/16 по делу № А60-23407/2015; от 28.08.2017 № Ф09-4494/17 по делу № А60-28774/2016.

² В частности, вполне можно допустить случаи, когда участникам следует ограничить право на отчуждение доли третьим лицам и сконцентрироваться на развитии бизнеса в течение определенного срока.

³ Данный аргумент приводит, в частности, А.А. Кузнецов (см.: *Кузнецов А.А.* Указ. соч. С. 87 и далее).

сти от конкретной ситуации¹. В этом контексте можно обратить внимание на положения Закона об АО о возможности установления в уставе НΠΑО положения о получении участниками согласия на отчуждение доли третьему лицу на срок не более пяти лет (п. 5 ст. 7), которое, как справедливо отмечают некоторые авторы, является функциональным аналогом запрета на отчуждение доли². При этом вряд ли стоит ограничиваться указанным в Законе об АО пятилетним сроком действия запрета на отчуждение доли, если ограничение на отчуждение должно действовать в течение более длительного срока в связи с особенностями компании и ее бизнеса. Впрочем, в случае установления запрета на отчуждение доли как минимум в тех случаях, когда это превышает установленный в Законе об АО срок, и возникновения спора по этому поводу, участники должны доказать то, что введенный ими запрет преследовал разумные бизнес-интересы компании.

Возможность установления запрета на отчуждение доли в отношении определенных третьих лиц либо введения права преимущественного приобретения в случае отчуждения доли таким третьим лицам

Из анализа положений российского Закона об ООО следует, что запрет на отчуждение доли, реализация преимущественного права возможны в отношении всех третьих лиц. Вместе с тем на практике нередки случаи, когда требуется более тонкое регулирование: участники компании заранее понимают, что пребывание лишь некоторых категорий лиц недопустимо для компании. Например, было бы странным участие в компании, которая поддерживает защиту животных, другой

¹ В зарубежных правовых порядках введение подобного ограничения является допустимым. Например, в Великобритании в качестве дефолтной нормы-ограничения используется конструкция предоставления согласия директоров компании на передачу доли третьему лицу, что, по сути, является тем же самым запретом на отчуждение. Ограничителем дискреции директоров является необходимость соблюдения принципа добросовестности при предоставлении отказа выходящему участнику. Более подробно см.: *Davies P., Worthington S.* Gower and Davies' Principles of Modern Company Law. London: Sweet & Maxwell, 2012. P. 990.

Мнение о допустимости абсолютного запрета на передачу доли в течение разумного временного промежутка высказывают также ученые по обе стороны океана. Более подробно см., например: *Rands W.* Op. cit. P. 464–465; *Coates D.P.* Share transfer and transmission restrictions in the close corporation // University of British Columbia law review. No 3. 1969. P. 101–102; *Cuidan W.* The autonomous borders and judicial adjudication approach of the limitation on share transfer in the articles of association // China legal science. Vol. 5:82. 2017. P. 97–98; *Sund L.-G., Andersson J., Humphreys E.* European private company and share transfer restrictions // European business law review. Vol. 23. 2012. P. 487.

² Кузнецов А.А. Указ. соч. С. 90.

компании, которая, например, занимается производством шуб. Другой пример — когда при учреждении компании ее участники планируют, что обладателями доли могут быть лишь работники данной компании.

Как представляется, введение подобных ограничений в уставе является вполне допустимым. В частности, в зарубежной практике приводятся следующие примеры таких условий:

- наличие определенной квалификации, опыта работы;
- принадлежность к определенной фамилии (семье);
- невовлеченность в бизнес компании конкурента;
- отсутствие аффилированности с контролирующим лицом;
- прекращение трудовых отношений с компанией;
- наличие болезни, которая может помешать способствовать основной деятельности компании, ограничение дееспособности лица и т.д.¹

С другой стороны, ясно, что установление подобных запретов и ограничений не может быть само по себе безграничным. Представляется, что в любом случае вводимые запреты и ограничения на передачу долей третьим лицам не должны нарушать принцип недопустимости дискриминации².

Кроме того, запреты и ограничения должны преследовать какую-либо разумную бизнес-цель³, которую участники должны доказать в случае

¹ Более подробно см., например: *Meister B.W., Heidenhain M.H., Rosengarten J.* The German limited liability company. Frankfurt am Main: Fritz Knapp Verlag. 6 ed. 2005. P. 50–51; *Sund L.-G., Bjuggren P.-O.* Ownership restrictions, risk and team considerations in family-owned businesses // *European business law review*. Vol. 22. 2011. P. 100–101, 103; *Rands W.* Op. cit. P. 463; *Andre T. J.Jr.* Op. cit. P. 818.

² Аналогичное мнение высказывает также А.А. Кузнецов (см.: *Кузнецов А.А.* Указ. соч.).

Вместе с тем в некоторых случаях допустима дискриминация в связи с характером бизнеса. Например, речь идет о парикмахерской, в которой клиентами и парикмахерами являются исключительно мужчины.

³ Зарубежная доктрина и судебная практика практически единогласно утверждают, что ограничения должны быть разумными или преследовать легитимную бизнес-цель. Более подробно см., например: *Sund L.-G., Andersson J., Humphreys E.* Op. cit. P. 487; *Cuidan W.* Op. cit. P. 97–98; *Andre T. J.Jr.* Op. cit. P. 779; *Kruger G.N.* Stock transfer restrictions and the close corporation — a statutory proposal // *Hastings law journal*. Vol. 17. 1966. P. 586; *O'Neal F.H.* Restrictions on transfer of stock in closely held corporations: planning and drafting // *Harvard law review*. Vol. 65. 1952. P. 778.

При оценке разумности введенных ограничений юридически значимыми факторами для судов являются: размер корпорации (суды более охотно поддерживают ограничения в малых компаниях, а не в больших), степень ограниченности права на передачу доли, продолжительность действия ограничений, вероятность того, что третье лицо — приобретатель может «усложнить» корпорации жизнь, вероятность того, что запрет слугит интересам корпорации и т.д. Более подробно см.: *O'Neal F.H.* Op. cit. P. 778–779; *Andre T. J.Jr.* Op. cit. P. 815–818; *Cuidan W.* Op. cit. P. 99–100.

возникновения спора¹. Например, если для общества принципиально важным является личное участие каждого участника в его деятельности, то введение требования о наличии опыта или квалификации в определенной сфере деятельности является допустимым. Однако если участники лишь принимают участие в управлении компанией, но не в оказании ею услуг, то, к примеру, установление высоких требований к опыту работы «на земле» (например, опыту *непосредственного участия* в проведении бухгалтерского учета, если речь идет о компании, которая предоставляет такие услуги) может быть признано необоснованным (например, устанавливается требование, что новый участник должен обладать не менее чем 30 годами опыта в данной области). Может быть признано необоснованным ограничение на продажу доли в обществе, которое занимается инвестированием средств в недорогие активы, если, к примеру, от потенциального приобретателя доли требуются миллиардные обороты.

В том случае, когда запреты и ограничения на отчуждение доли сформулированы таким образом, что введенные ограничения являются неразумными, как представляется, такую ситуацию следует расценивать в качестве запрета на отчуждение. В этом случае участнику следует предоставлять право на выход из общества в предусмотренном законом порядке.

Возможность введения иных механизмов контроля над передачей доли для противодействия появлению в обществе третьих лиц (аутсайдеров)

В связи с тем, что Закон об ООО знает лишь только два способа контроля над возможностью появления в составе участников общества третьих лиц (аутсайдеров), целесообразно также обсудить возможность введения иных способов контроля над передачей долей.

В первую очередь здесь следует сказать, что мы не видим значимых политико-правовых соображений, которые бы препятствовали возможности установления таких положений в уставе². Что касается тех способов контроля над передачей долей третьим лицам, которые установлены в самом Законе (т.е. запрет на отчуждение доли, право преимущественной покупки, обязанность получения согласия на от-

¹ Нельзя не заметить, что отдельные ограничения суды, как представляется, должны оценивать менее строго, чем другие, поскольку в таких ограничениях разумная бизнес-цель, можно сказать, явно прослеживается. Например, если дело касается общества, учрежденного членами одной семьи, и они ограничивают возможность продажи долей всем иным лицам, не относящимся к этой семье. Другой пример — если запрет касается продажи доли непосредственному конкуренту.

² Аналогичного мнения придерживается также А.А. Кузнецов (см.: *Кузнецов А.А.* Указ. соч).

чуждение доли), то их, как представляется, следует рассматривать лишь в качестве примеров подобных ограничений.

Обозначим вкратце иные способы контроля над передачей долей третьим лицам, которые допустимо установить в уставе.

В частности, в зарубежной практике используется конструкция права на послепродажное приобретение (post-sale purchase right). В соответствии с этим механизмом приобретатель должен уведомить органы управления общества о том, что он стал приобретателем доли. Органы управления, в свою очередь, уведомляют участников общества о совершившейся сделке, и участники вправе реализовать опцион на приобретение доли. Если участники решают сделать это, они должны уведомить общество о желании реализовать опцион, и органы управления уведомляют приобретателя об этом¹.

Другой используемый на практике механизм — это соглашение об обязательной продаже (mandatory buy-sell agreement). В рамках этой конструкции участники общества обязаны приобрести долю в том случае, если ее обладатель желает продать ее либо если в случае смерти участника его наследники желают ее продать^{2,3}.

Последствия нарушения запретов и ограничений на передачу долей третьим лицам

Закон об ООО является достаточно жестким в плане последствий нарушений установленных запретов и ограничений на передачу долей от участников третьим лицам. Так, что касается случаев, когда доля была передана с нарушением установленного режима реализации преимущественного права приобретения, закон устанавливает, что остающиеся участники (общество) могут обратиться с требованием о переводе прав и обязанностей покупателя по договору в течение трех месяцев с даты, когда они узнали или должны были узнать о нарушении преимущественного права приобретения (абз. 1 п. 18 ст. 21 Закона об ООО).

В том случае, если был нарушен установленный законом режим запрета на отчуждение доли, участники (общество) могут обратиться с требованием о передаче доли обществу в течение трех месяцев со дня, когда они узнали или должны были узнать о нарушении (абз. 3 п. 18 ст. 21 Закона об ООО).

¹ Sund L.-G., Andersson J., Humphreys E. Op. cit. P. 488; Sund L.-G., Bjuggren P.-O. Op. cit. P. 100.

² Ibidem.

³ Подробное обсуждение данных и иных ограничений см. здесь: O'Neal F.H. Op. cit. P. 776–777, 784–785.

Обращает на себя внимание то, что Закон об ООО абсолютно не принимает во внимание ситуацию, что третье лицо – приобретатель доли может добросовестно заблуждаться относительно отсутствия запрета на продажу доли либо того, что остающиеся участники (общество) согласились реализовать свое преимущественное право. Например, такая ситуация возможна в случае, если продавец предоставил третьему лицу – приобретателю устаревшую копию устава, в котором, к примеру, отсутствовал запрет на продажу доли, предоставил поддельные документы, свидетельствующие об отказе остающихся участников (общества) от реализации права преимущественного приобретения доли. В этом случае единственным эффективным способом защиты приобретателя будет лишь ссылка на истечение срока реализации права на передачу доли (права преимущественного приобретения). При этом начало течения срока реализации этого права привязано не к некоему объективному моменту (например, к моменту, когда лицо получило право на долю), а к субъективному (знание или презумпция знания участников о нарушении), который суды зачастую отсчитывают от даты проведения общего собрания участников¹. Такая модель, по сути, приводит к тому, что единственным способом защиты добросовестно заблуждающегося третьего лица-приобретателя является иск о возмещении убытков к продавцу.

В этом контексте уместно взглянуть на нормы Закона об АО, которые несколько по-иному определяют последствия нарушения режима запретов и ограничений на отчуждение акций НПАО. Так, применительно к нарушению права преимущественного приобретения в Законе об АО указано, что акционер вправе обратиться с иском о переводе прав и обязанностей приобретателя, если доказано, что приобретатель знал или должен был знать о наличии в уставе положений о преимущественном праве (абз. 3 п. 4 ст. 7).

Что касается нарушений положений об обязанности получения согласия акционеров на отчуждение акций, то остающиеся акционеры могут обратиться с требованием о признании сделки об отчуждении акций недействительной, если доказано, что приобретатель знал или должен был знать о наличии в уставе общества положений о необходимости получения согласия акционеров на отчуждение акций (абз. 3 п. 5 ст. 7 Закона об АО).

Иными словами, Закон об АО допускает приобретение третьим лицом – приобретателем акций в НПАО, если тот не знал и не должен был знать о наличии в уставе положений относительно запретов и ограничений на приобретение акций.

¹ См., например: Определение Верховного Суда РФ от 17 мая 2016 г. № 308-ЭС16-2822 по делу № А32-8238/2015.

Как представляется, модель распределения последствий нарушений режима запретов и ограничений по Закону об АО является более справедливой, нежели та, что закреплена в Законе об ООО, по той причине, что не является чрезмерно жесткой с точки зрения третьего лица – приобретателя, которое может добросовестно заблуждаться относительно факта наличия запретов и ограничений на вход аутсайдера в ООО, поскольку у приобретателя отсутствуют возможности по получению актуальной информации об уставе и его положениях. Полное снятие данных рисков посредством привлечения нотариуса также невозможно, поскольку он осуществляет лишь проверку полномочий лица на распоряжение долей (п. 13 ст. 21 Закона об ООО)¹.

С другой стороны, такое решение законодателя, по-видимому, обосновывается тем, что сохранение закрытости ООО он находит более принципиальным по сравнению с НПАО. В любом случае нарушение режима запретов и ограничений при приобретении доли не оставляет приобретателя, который в итоге не стал участником общества, без защиты. Это связано с тем, что в случае нарушения данного режима активируется право преимущественной покупки либо обязанность по передаче доли обществу, которое не разрушает заключенную между приобретателем доли и выходящим участником общества сделку². Это означает, что приобретатель вправе заявить против отчуждателя доли иск об убытках³.

2. Передача доли *mortis causa* и в рамках правопреимства юридических лиц

Отдельные изменения, хотя и меньшие по объему, Закон об ООО претерпел применительно к регулированию передачи долей в рамках

¹ Некоторые авторы также обращают внимание на то, что отсутствие обязанности нотариуса по проверке факта соблюдения режима преимущественного права является невыгодным с точки зрения защиты покупателя. Более подробно см., например: *Чемоданова К.Р.* Отчуждение долей в уставном капитале обществ с ограниченной ответственностью третьим лицам по новой редакции Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» // Бухгалтер и закон. 2010. № 5.

² Подпункт «е» п. 12 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ № 90/14.

³ Любопытно заметить, что за рубежом также подчеркивается невозможность получения приобретателем статуса участника компании, если им был нарушен режим введенных компанией ограничений и запретов, даже несмотря на то, что данные ограничения не числятся в реестре, и приобретатель является добросовестным. Более подробно см., например: *Sund L.-G., Andersson J., Humphreys E.* Op. cit. P. 487; *Altgen C.* The acquisition of GmbH shares in good faith // German law journal. Vol. 09, No. 09. 2008. P. 1147; *Sund L.-G., Juggren P.-O.* Op. cit. P. 99; *O'Neal F.H.* Op. cit. P. 788; *Gandara L.F.* Op. cit. P. 1374.

наследования (сделок *mortis causa*) и правопреемства юридических лиц. Рассмотрим данные изменения и текущие проблемы законодательства по регулированию передачи долей при наследовании более подробно.

2.1. Первоначальная редакция Закона об ООО

В качестве общего правила первоначальные нормы Закона об ООО устанавливали, что доли в ООО переходят наследникам либо правопреемникам юридического лица, являвшегося участником ООО, без каких-либо дополнительных разрешений и согласований со стороны действительных участников общества (самого общества) (абз. 1 п. 7 ст. 21).

В качестве альтернативы такому подходу допускалось установление в уставе общества согласия на переход доли наследникам или правопреемникам юридического лица, являвшегося участником ООО, которое должно быть предоставлено со стороны участников ООО (абз. 3 п. 7 ст. 21 Закона об ООО).

Также в Законе было установлено, что до момента принятия наследства права и обязанности умершего участника должны осуществляться лицом, указанным в завещании, а при отсутствии такого лица — управляющим, назначенным нотариусом (абз. 4 п. 7 ст. 21 Закона об ООО).

2.2. Актуальная редакция Закона об ООО

В целом порядок перехода доли в уставном капитале ООО к наследникам и правопреемникам юридических лиц, являвшихся участниками ООО, был законодателем несколько усложнен, хотя общее правило о возможности такого перехода без ограничений в актуальной редакции Закона об ООО осталось неизменным (абз. 1 п. 8 ст. 21).

Во-первых, законодателем отныне допускается полный запрет на передачу долей наследникам либо правопреемникам юридических лиц, являвшихся участниками общества (первое предложение абз. 1 п. 8 ст. 21 Закона об ООО).

Во-вторых, в уставе может быть предусмотрен разный порядок получения согласия участников общества на переход долей третьим лицам в зависимости от оснований такого перехода (третье предложение абз. 1 п. 8 ст. 21 Закона об ООО).

Кроме того, законодатель решил сделать общую отсылку к положениям ГК РФ по вопросу управления долей в ООО до момента принятия наследства (абз. 2 п. 8 ст. 21 Закона об ООО).

2.3. Некоторые проблемные вопросы в связи с актуальной редакцией Закона об ООО

Порядок перехода доли в рамках наследования

Из положений Закона об ООО следует, что условием перехода доли в рамках наследования может являться согласие других участников общества, если необходимость в его получении указана в уставе общества (второе предложение абз. 1 п. 8 ст. 21). Соответственно, в том случае, если участник не получает такое согласие, он вправе получить действительную стоимость доли от общества (абз. 2 п. 1 ст. 1176 ГК РФ).

Такой порядок перехода долей вызывает некоторые вопросы, поскольку, как представляется, противоречит тому, что по общему правилу с момента открытия наследства принятое наследство принадлежит наследнику в полном объеме (п. 4 ст. 1152 ГК РФ)^{1,2}. Кроме того, можно поставить вопрос и о противоречии данной нормы такому принципу наследственного права, как отсутствие количественных и качественных ограничений при наследовании. Как уже отмечалось в литера-

¹ Аналогичную позицию со ссылкой на теорию правопреемства высказывают А.А. Кузнецов (*Кузнецов А.А.* Указ. соч.); А.Е. Казанцева, И.А. Казанцев (*Казанцева А.Е., Казанцев И.А.* Полномочия доверительного управляющего долей общества с ограниченной ответственностью, входящей в состав наследства // *Наследственное право.* 2017. № 2).

Справедливы сомнения А.А. Кузнецова и применительно к тому, что неудачность закрепленной законодателем нормы приводит к возникновению вопросов относительно того, обладает ли наследник до момента неполучения согласия на переход корпоративными правами участника (например, права на обжалование корпоративных решений, предъявление косвенных исков и т.д.). Так, применительно к вопросу обжалования корпоративных решений видны противоположные позиции судебной практики. Например, в постановлениях Третьего арбитражного апелляционного суда от 18.01.2010 по делу № А33-10397/2009, ФАС Дальневосточного округа от 05.03.2012 № Ф03-96/2012 по делу № А73-14693/2010 наследнику такое право было предоставлено, а в постановлении ФАС Западно-Сибирского округа от 17.03.2009 № Ф04-1465/2009(2164-А70-16) по делу № А70-5173/2008 занял обратную позицию. Нотариальная практика склоняется к тому, что корпоративные права до момента выражения согласия участников также не переходят (см., например: Методические рекомендации по теме «О наследовании долей в уставном капитале обществ с ограниченной ответственностью» (утв. на заседании Координационно-методического совета нотариальных палат ЮФО, С-К ФО, ЦФО РФ 28–29.05.2010)).

Обратим также внимание на то, что из Постановления Президиума ВАС РФ от 20 декабря 2011 г. № 10107/11 по делу № А12-8057/2010 можно вывести следующее: если уставом общества предусмотрена необходимость получения согласия участников на переход долей наследнику, он приобретет статус участника с момента получения такого согласия. Аналогично см., например: постановления ФАС Северо-Западного округа от 07.10.2013 по делу № А56-66585/2012, от 07.10.2013 по делу № А56-66656/2012.

² См. также: Постановление Президиума ВАС РФ от 27 марта 2012 г. № 12653/11 по делу № А36-3192/2010.

туре, данный принцип предполагает, что к наследованию допускается любое имущество, за исключением того, что изъято из оборота или ограничено в обороте¹.

Странной выглядит предложенная законодателем конструкция и с точки зрения того, что де-факто решение о принятии наследства зависит не от наследников, а от общества.

Обращает на себя внимание то, что в континентальных правопорядках применяется противоположный подход, в соответствии с которым уставом не могут быть введены ограничения в виде согласия на переход долей в рамках наследования². В то же время за рубежом предусматриваются иные механизмы по недопущению нежелательного участия третьих лиц — наследников в деятельности корпорации. В частности, используется конструкция выкупа компанией унаследованной доли. Другой вариант: закрепление в уставе обязанности наследника по продаже доли участникам или третьим лицам³.

Проблемы в связи с осуществлением доверительного управления долей в обществе в составе наследственной массы

Как указано выше, из Закона об ООО следует, что до принятия наследства управление долями осуществляется в порядке, установленном в гражданском законодательстве. В этом случае нотариус заключает договор доверительного управления долей (п. 1 ст. 1173 ГК РФ).

В свое время в практике возникла спорная ситуация с тем, что обществу для продолжения деятельности может потребоваться оперативное назначение доверительного управляющего, который бы осуществлял полномочия участника общества до момента принятия наследства управомоченными лицами. В связи с этим ВАС РФ был выработан подход, допускавший назначение доверительного управляющего по инициативе нотариуса или исполнителя завещания. Кроме того, ВАС РФ подчеркнул, что назначение доверительного управляющего может быть осуществлено по инициативе самих участников общества при бездействии нотариуса или исполнителя завещания.

¹ Более подробно, в частности, см.: Актуальные вопросы наследственного права / Ю.Б. Гонгало, П.В. Крашенинников, И.Б. Миронов и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2016; Гражданское право: учебник: в 2 т. Т. 1 / под ред. Б.М. Гонгало. М.: Статут, 2018.

² В частности, такой подход принят в германском праве. Более подробно см.: *Meister B.W., Heidenhain M.H., Rosengarten J.* Op. cit. P. 52.

³ *Meister B.W., Heidenhain M.H., Rosengarten J.* Op. cit. P. 52; *Sund L.-G., Bjuggren P.-O.* Op. cit. P. 102.

ВАС РФ допустил и обращение общества к суду за назначением временного управляющего¹.

Что касается полномочий доверительного управляющего, то они должны включать в себя весь спектр необходимых действий, которые бы способствовали задаче сохранения и увеличения стоимости имущества, закрепленной в ГК РФ (п. 3 ст. 1173). В связи с этим доверительному управляющему следует предоставлять полномочия по ознакомлению с корпоративной информацией, праву подачи исков от имени общества, оспариванию решений собраний и т.д.² Иными словами, он может и должен «активно» выступать в деятельности общества, как будто бы он был самым его участником³.

Допустимый порядок получения согласия на переход долей в рамках сделок mortis causa

Из положений Закона об ООО следует, что уставом общества может быть предусмотрен разный порядок получения согласия участников на переход доли третьим лицам в зависимости от основания такого перехода (абз. 1 п. 8 ст. 21 Закона об ООО).

Из буквального толкования данной нормы следует, что уставом можно закреплять лишь различные процедуры получения согласия

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 27 марта 2012 г. № 12653/11 по делу № А36-3192/2010.

В нотариальной практике предложенный ВАС РФ подход, а именно возможность обращения общества за назначением доверительного управляющего, также нашел свое отражение (см.: Методические рекомендации по теме «О наследовании долей в уставном капитале обществ с ограниченной ответственностью» (утв. на заседании Координационно-методического совета нотариальных палат ЮФО, С-К ФО, ЦФО РФ 28–29.05.2010)).

² Аналогичное суждение было высказано рядом российских авторов. См., например: *Ростовцева Н.В., Гулевская Д.А.* Доверительное управление наследственным имуществом в виде доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью // *Наследственное право.* 2017. № 1; *Харитонова Ю.С.* Некоторые особенности доверительного управления наследственным имуществом // *Законы России: опыт, анализ, практика.* 2013. № 9

Впрочем, есть отдельные позиции российских судов, которые считают, что полномочия доверительного управляющего ограничиваются лишь охраной наследственного имущества, недопущением принятия решений, способных причинить вред имущественным интересам (см., например: постановления ФАС Волго-Вятского округа от 31.08.2010 по делу № А29-10522/2009; Тринадцатого ААС от 14.02.2013 по делу № А56-26326/2012).

³ Это же следует из общих положений о доверительном управлении, которое является частным случаем посреднических сделок. Кроме того, в тексте самого закона (п. 2 ст. 1012 ГК РФ) закреплено, что доверительный управляющий уполномочен на осуществление *любых* фактических и юридических действий в интересах выгодоприобретателя.

действительных участников общества в зависимости от вида перехода долей (например, отдельную процедуру получения согласия, если речь идет о переходе долей наследникам; отдельную процедуру при получении согласия на передачу долей реорганизационным компаниям — правопреемникам участника общества и т.д.). В российской литературе указывается, что дифференцированная процедура получения согласия в первую очередь касается срока, в течение которого действительные участники выражают согласие на переход долей новому участнику¹, хотя и не ограничивается им². Представляется, что помимо срока выражения согласия к процедурным аспектам могут быть отнесены вопросы того, как должна быть сформирована воля участников (должно ли быть очное собрание, либо оно может быть заочным), какой орган уполномочен на распространение сведений о необходимости получения согласия на принятие нового участника и т.д.

В отечественной литературе также высказывается соображение, которое состоит в том, что из данной нормы нельзя вывести возможность установления в уставе дифференцированных условий на получение лицом *статуса* участника общества³. Речь идет о ситуации, когда, например, участники устанавливают в уставе необходимость получения согласия на переход долей наследникам, но не юридическим лицам — правопреемникам участника общества.

Как представляется, такое соображение является спорным с точки зрения отсутствия причин ограничивать автономию воли участников в данном вопросе, а анализируемую норму Закона об ООО следует расценивать лишь в качестве приводимого законодателем примера относительно допускаемых ограничительных условий о порядке получения статуса участника в обществе. В связи с этим, как представляется, допустимо установление в уставе положений, согласно которым если наследники и юридические лица — правопреемники не должны получать согласие действительных участников общества на приобретение статуса участника, то участники ликвидированного юридического лица — наоборот. Более того, представляется, что допустимо и еще более сложное оформление ограничительных положений устава общества. Например, в нем можно установить положения о том, что если

¹ См., например: *Могилевский С.Д.* Общество с ограниченной ответственностью: законодательство и практика его применения. М.: Статут, 2010.

² *Габов А.В.* Указ. соч.

³ В частности, такое мнение высказывает С.Д. Могилевский. Более подробно см.: *Могилевский С.Д.* Указ. соч.

наследник умершего участника, например, обладает определенным опытом и квалификацией, получение им статуса участника не зависит от согласия действительных участников общества, а если не обладает опытом и квалификацией, то наоборот.

3. Продажа доли на публичных торгах

3.1. Первоначальная и актуальная редакция Закона об ООО

Дореформенная редакция Закона об ООО императивно устанавливала норму о том, что при проведении публичных торгов приобретатель доли становится участником ООО независимо от согласия самого общества или его участников (п. 9 ст. 21). Судебная практика объясняла такой подход законодателя ссылкой на то, что сам по себе порядок осуществления преимущественного права покупки доли противоречит цели и порядку проведения публичных торгов¹.

В результате реформы законодатель закрепил в Законе об ООО противоположную позицию: при проведении публичных торгов права и обязанности участника переходят с согласия участников общества (п. 9 ст. 21). При этом из Закона следует, что согласие может быть выражено как в активной форме путем направления согласия на совершение сделки, так и в пассивной, т.е. когда не был представлен отказ отдачи согласия (абз. 1 п. 10 ст. 21 Закона об ООО).

3.2. Некоторые проблемные вопросы в связи с актуальной редакцией Закона об ООО

Предмет согласия участников общества: переход прав и обязанностей или передача доли

Из буквального толкования положений Закона об ООО следует, что участники предоставляют согласие именно на переход прав и обязанностей от прежнего участника к новому участнику. Из этого можно сделать вывод, что при приобретении на публичных торгах доли законодатель считает, что приобретатель по итогам торгов получает данную долю (можно выразиться некорректно, но более понятно: приобретатель получает право на долю), однако статус участника (т.е. возможность осуществлять корпоративные права и обязанно-

¹ См., например: Определение ВАС РФ от 21 июля 2008 г. № 7091/08 по делу № А40-36968/07-138-248.

сти) он не получает до момента получения согласия со стороны других участников общества.

В то же время из других статей Закона об ООО следует, что согласие других участников дается именно на передачу доли (п. 5 ст. 23).

Кроме того, как нетрудно заметить, в некоторой степени данная проблема похожа на проблему допускаемой российским законодателем модели перехода доли наследникам умершего участника в тех случаях, когда остающиеся участники должны выразить согласие на такой переход: в этом случае судебная практика толкует закон в том смысле, что до момента выражения согласия на переход наследник приобретает «право на долю», но не на статус участника¹.

Скорее всего в данном случае речь идет о неудачной законодательной технике², ведь сама по себе доля является лишь абстракцией, которая отражает тот объем прав и обязанностей, который имеется у участника³.

В связи с этим используемый законодателем словесный оборот следует расценивать именно в качестве того, что участники общества дают согласие именно на переход доли. Для целей дальнейшего изложения мы будем использовать именно оборот «переход доли».

Момент времени, в который испрашивается согласие на переход доли

Другим проблемным вопросом, возникающим при толковании положений Закона об ООО о передаче долей на публичных торгах, является вопрос о том, когда следует испрашивать согласие на переход доли к приобретателю торгов. Возможны два варианта: либо согласие на переход доли следует испрашивать до проведения торгов⁴, либо согласие следует испрашивать после проведения торгов⁵. Второй вариант

¹ См., например: постановление АС Дальневосточного округа от 08.10.2018 № Ф03-4123/2018 по делу № А59-816/2018.

² Аналогичное мнение высказывает Н.Г. Фроловский. См.: *Фроловский Н.Г.* Новые правила отчуждения доли в уставном капитале ООО: комментарий отдельных положений законодательства // *Гражданин*. 2009. № 3.

³ *Гонгало Б.М.* Доля в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью как объект гражданского оборота // *Проблемы развития частного права: сб. ст. к юбилею Владимира Саурсевича Ема / С.С. Алексеев, А.В. Асосков, В.Ю. Бузанов и др.*; отв. ред. Е.А. Суханов, Н.В. Козлова. М.: Статут, 2011.

⁴ *Новак Д.* Приобретение ООО долей в своем уставном капитале в новых законодательных условиях // *Корпоративный юрист*. 2009. № 6.

⁵ См., например, постановления Восемнадцатого ААС от 23.12.2013 № 18АП-13309/2013 по делу № А76-12435/2013; от 12.09.2017 № 18АП-9265/2017 по делу № А76-16285/2016; Девятого ААС от 24.09.2018 № 09АП-45920/2018 по делу № А40-24336/18.

получил большую популярность на практике, поскольку считается, что согласие может быть выдано лишь тогда, когда определен конкретный субъект, приобретший долю¹.

С другой стороны, как представляется, предлагаемый законодателем порядок выражения воли участников на принятие в состав общества нового участника не следует ограничивать лишь тем вариантом, который закреплен в п. 9 ст. 21 Закона об ООО. Это связано с тем, что в ряде ситуаций участникам может быть заранее неинтересно оценивать принятие в состав общества какого-либо третьего лица, и для принятия решения им совершенно не требуется дожидаться проведения публичных торгов, по итогам которых личность приобретателя будет определена. В связи с этим, как представляется, суды должны признавать в качестве юридически действительного выданный еще до проведения публичных торгов отказ участников на переход доли приобретателю.

Последствия отказа участников в предоставлении согласия на переход доли

Как следует из положений Закона об ООО, в случае, если участники общества в явной форме выражают несогласие с переходом доли на публичных торгах третьему лицу — приобретателю, доля переходит обществу и последнее обязано выплатить приобретателю действительную стоимость доли (п. 5 ст. 23). В этом случае возможна такая ситуация, при которой размер действительной стоимости доли оказывается меньше той суммы, которая была уплачена по итогам торгов, а также суммы расходов в связи с подготовкой сделки. Это означает, что приобретатель доли в конечном счете несет убытки в связи с заключением сделки на торгах.

Как представляется, правовые средства для решения данной проблемы попросту отсутствуют, поскольку понесенные убытки следует расценить как предпринимательский риск приобретателя доли в связи с его участием в приобретении имущества на торгах²; нарушение же каких-либо норм позитивного права со стороны участников процедуры

¹ Данный аргумент был приведен в Постановлении Восемнадцатого ААС от 23.12.2013 № 18АП-13309/2013 по делу № А76-12435/2013. Подобной логики придерживался Комитет Государственной Думы РФ по собственности в заключении от 14.05.2009 № 3.9-47/2 на проект Федерального закона № 164005-5 «О внесении дополнений в Федеральный закон «Об обществах с ограниченной ответственностью»», в котором предлагалось закрепить в Законе об ООО положения о возможности отказа участников в согласии на переход доли до момента проведения торгов.

² Аналогично считает Д.В. Новак (см.: *Новак Д. Указ. соч.*).

торгов, участников общества при реализации ими права на отказ в согласии на переход доли к приобретателю усмотреть никак не получается¹.

Последствия нереализации участниками права преимущественного приобретения доли в обществе

Помимо положений о предоставлении участниками общества согласия на переход доли на публичных торгах третьему лицу — приобретателю у участников общества есть иная мера защитного характера, которая была выработана в судебной практике, — право преимущественной покупки доли на торгах (п. 7 Информационного письма Президиума ВАС РФ № 131).

В судебной практике выработан подход, согласно которому в случае реализации доли в обществе на публичных торгах, конкурсный управляющий (служба судебных приставов) в любом случае должен уведомить участников о проводимых торгах для того, чтобы они получили возможность реализации права преимущественного приобретения. В случае нарушения правил об уведомлении участников общества последние тем не менее обладают преимущественным правом покупки доли и могут требовать перевода прав и обязанностей покупателя на себя^{2,3}.

¹ В связи с этим, как представляется, более органичным с точки зрения защиты интересов всех участников отношений, которые возникают при продаже доли на торгах, является подход, принятый испанским законодателем. В соответствии с данным подходом при возникновении ситуации, когда на долю обращают взыскание для последующей продажи на публичных торгах, сначала нотариус или суд уведомляют общество о наложении ареста на долю, принудительной реализации залога. После проведения торгов и определения на них приобретателя доли общество снова уведомляется о результатах торгов. Далее общество уведомляет об этом участников, которые вправе реализовать право преимущественного приобретения доли по той цене, которая была определена по итогам торгов. Более подробно см.: La sociedad de responsabilidad limitada / Campuzano A.-B. Valencia: Tirant lo Blanch. 2009. P. 259—260 (автор комментария — A. Corrales).

Как нетрудно заметить, предлагаемый испанским законодателем подход, с одной стороны, позволяет обществу сохранить состав участников, если те или само общество решают реализовать право преимущественного приобретения, а с другой стороны, обеспечивают получение кредитором участника максимально возможной суммы денег в данных обстоятельствах (т.е. той суммы денег за долю, которая сложилась на торгах).

² См., например, постановления АС Уральского округа от 03.05.2017 № Ф09-1111/17 по делу № А76-16187/2016; АС Московского округа от 21.12.2015 № Ф05-17000/2015 по делу № А40-51626/15.

³ Стоит отметить, в отдельных случаях поведение участников, реализующих право преимущественного приобретения на торгах, может быть экономически рациональным. Это может быть в тех случаях, когда приобретение доли в компании является непривлекательным для третьих лиц. Соответственно, при продаже на торгах, которая, как известно, осуществляется со значительным дисконтом по отношению к действительной

Вместе с тем возникает вопрос, могут ли участники воспользоваться правом на отказ от согласования перехода доли приобретателю, если они знали о проведении публичных торгов, но не стали тем не менее реализовывать преимущественное право покупки доли.

Строго говоря, из буквы закона следует, что ответ на поставленный вопрос должен быть положительным. К аналогичному выводу пришли суды и при рассмотрении некоторых дел с похожими обстоятельствами¹.

Нельзя не заметить, что подобное решение играет на руку участникам корпорации, которые в любом случае сохраняют за собой возможность контроля над персональным составом корпорации, причем могут осуществлять этот контроль двумя способами (реализация преимущественного права и отказ в предоставлении согласия на переход доли приобретателю на публичных торгах).

С другой стороны, получение участниками двух механизмов контроля, направленных на одно и то же, может привести к злоупотреблениям со стороны участников общества и увеличить издержки приобретателей на публичных торгах, особенно в свете того, что, как уже было указано, возможно несоответствие между затратами на покупку доли на торгах и ее действительной стоимостью, которая подлежит выплате приобретателю при отказе в согласовании перехода доли. В связи с этим, как представляется, суды в отдельных случаях могут более жестко подходить к вопросу оценки поведения участников общества, которые знали о проводимых торгах и возможности реализации преимущественного права приобретения, но не стали его реализовывать, а впоследствии не дали согласие на переход доли приобретателю. В отдельных случаях поведение участников может быть расценено в качестве недобросовестного².

стоимости доли, может быть такая ситуация, при которой определенная по итогам торгов сумма будет значительно меньше действительной стоимости доли.

¹ См., например: постановление АС Уральского округа от 21.12.2017 № Ф09-8061/17 по делу № А76-16285/2016.

² Несколько отвлекаясь от предложенного ответа на поставленный вопрос, нельзя не заметить, что этот вопрос возникает вследствие того, что суды применяют положения Информационного письма Президиума ВАС РФ № 131 механистически и не обращают внимания на то, что оно разъясняло положения дореформенной редакции Закона об АО, из которой вроде бы следовало, что предоставляемое им право преимущественного приобретения не распространяется на те случаи, когда акции проданы в ходе публичных торгов. Параллельно с этим редакция Закона об АО, в отношении которой ВАС РФ давал разъяснение, не допускала для акционеров возможность предоставления согласия на передачу акций третьему лицу – приобретателю на торгах. Иными словами, ВАС РФ пытался выработать для акционеров ЗАО способы контроля над проникновением в состав участников третьих лиц по итогам торгов.

Применимость норм о необходимости получения согласия на ситуации, когда доля приобретает самим обществом или одним из участников

Одним из тех вопросов, которые не получили однозначного решения в действующей редакции Закона об ООО, является вопрос о необходимости получения согласия участников общества, если участником торгов стало само общество или один из его участников.

Как представляется, в данном случае положения Закона об ООО о необходимости предоставления согласия на переход доли не должны приводиться в действие¹. Это связано с целью данного института — необходимостью контроля над проникновением в состав участников третьих лиц².

4. Обременение доли залогом

4.1. Первоначальная и актуальная редакция Закона об ООО

Дореформенная редакция Закона об ООО была достаточно лаконичной применительно к вопросу залога доли, устанавливая, что залог между участниками осуществляется без каких-либо ограничений. Соответственно, в том случае, если речь шла о залоге доли в пользу третьего лица, на совершение такой сделки требовалось согласие простого большинства участников общества (ст. 22).

Не рассматривая ту часть изменений, которая касалась документального оформления договора залога, опишем вкратце те изменения, которые сейчас отражены в актуальной редакции Закона об ООО.

Во-первых, законодатель допускает полный запрет на совершение сделок по залогом долей, который должен быть отражен в уставе общества (п. 1 ст. 22).

Во-вторых, отдельный блок изменений связан с принятием Закона о синдицированном кредите (Федеральный закон от 31 декабря 2017 г.

Как нетрудно заметить, для ООО ситуация противоположена: в законе уже установлены нормы защитного характера для ситуации приобретения доли на торгах. В связи с этим более приемлемым решением поставленного вопроса был бы полный отказ судов от применения Информационного письма Президиума ВАС РФ № 131 применительно к рассматриваемой ситуации.

¹ К такому же выводу пришел АС Северо-Западного округа в деле со схожими обстоятельствами (постановление от 30.07.2018 № Ф07-8207/2018 по делу № А56-68973/2017).

² Аналогичный ответ предлагается в испанском правовом порядке. Более подробно см.: La sociedad de responsabilidad limitada / Campuzano A.-B. Valencia: Tirant lo Blanch. 2009. P. 260–261 (автор комментария — А. Corrales).

№ 486-ФЗ «О синдицированном кредите (займе) и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»). Данный блок изменений закрепляет необходимость опубликования сведений в связи с заключением и прекращением договора управления залогом (п. 4 ст. 22).

4.2. Некоторые проблемные вопросы в связи с актуальной редакцией Закона об ООО¹

Лицо, осуществляющее права участника в связи с залогом доли

Одним из самых актуальных и злободневных вопросов, характерных для российской практики до реформы ГК РФ, был вопрос о том, какое лицо (залогодатель, залогодержатель) должно осуществлять права участника в связи с передачей доли в залог.

В ходе реформы законодатель ответил на данный вопрос, указав, что права участника осуществляет залогодержатель, если иное не предусмотрено договором залога доли (абз. 2 п. 2 ст. 358.15 ГК РФ). Из положений ГК РФ следует, что законодатель допустил в качестве общего правила осуществления кредитором всего комплекса прав участника, причем как неимущественного характера (например, право на получение информации, право на оспаривание корпоративных решений), так и имущественных (право на получение дивидендов, право на получение ликвидационного остатка)². В первую очередь определенные вопросы возникают в связи с имущественными правами, а именно с тем, получает ли залогодержатель доли в ООО прибыль при вынесении собранием участников соответствующего решения.

Ответ на этот вопрос следует искать в общих положениях о залоге. Так, прямая норма ГК РФ устанавливает, что залог распространяется на плоды, продукцию и доходы, полученные в результате использования заложенного имущества лишь в случаях, установленных в законе

¹ Так как данная работа посвящена первоначальному и текущему регулированию Закона об ООО, корпоративным проблемам в связи с актуальной редакцией Закона, в настоящем параграфе рассмотрены преимущественно корпоративно-правовые проблемы залога.

² *Бевзенко Р.С.* Вещное обеспечение как механизм контроля и управления активами должника // Вестник гражданского права. 2018. № 1; Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А.Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2017 (автор комментариев – Р.С. Бевзенко); Гражданский кодекс Российской Федерации. Залог. Перемена лиц в обязательстве: постатейный комментарий к § 3 главы 23 и главе 24 / под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2014 (автор комментария – Т.М. Медведева).

или договоре (п. 3 ст. 336 ГК РФ). Из этого следует, что для получения кредитором-залогодержателем средств в результате распределения прибыли общества соответствующее условие должно быть прямо предусмотрено в договоре об установлении залога¹. Соответственно, в том случае, когда договор не предусматривает, что прибыль общества принадлежит залогодержателю, последнего следует расценивать в качестве представителя участника ООО — залогодателя, уполномоченного на осуществление действий в интересах залогодателя по приему средств и их передаче залогодателя. Иными словами, если в договоре не предусмотрено иное, при осуществлении прав участника имущественного характера залогодержатель, если так можно выразиться, осуществляет их с точки зрения управления (т.е. участвует в обсуждении поставленных вопросов, голосует по ним и т.д.).

Есть также определенные правомочия неимущественного характера, передача которых залогодержателю также вызывает сомнения. В частности, речь идет о возможности принятия решения о ликвидации, реорганизации компании, совершении такой крупной сделки, которая кардинально меняет бизнес компании, профиль ее деятельности на рынке.

Как представляется, в данном случае отношения между залогодателем и залогодержателем начинают напоминать фидуциарные отношения, где одно лицо получает контроль над имуществом другого в объеме большем, чем требуется основным обязательством². В связи

¹ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А.Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2017 (автор комментариев — Р.С. Бевзенко).

Аналогичный подход принят в германском праве. Более подробно см., например: *Giesen H.-M. Brandt T.O. International finance transactions — the pledge of shares on a German limited liability company // The international lawyer. Vol. 31. 1997. P. 1054; Bruhns M.L. Pledging shares in German limited liability companies // Law and financial markets review. No 1. 2007. P. 26.*

² Такая форма залога доли похожа на фидуцию в интересах кредитора (*fiducia cum creditore*), где имущество передается в целях обеспечения исполнения обязательства в пользу кредитора, притом что фидуциар получает неограниченное право на фидуциарное имущество. В этом случае фидуция осуществляется в интересах кредитора, а выгодоприобретателем становится он сам. Передача имущества фидуциару наделяет его более сильным правом, чем того могло бы требовать достижение того же экономического результата, вследствие чего фидуциар может злоупотреблять полученными правами. Отсюда возникает необходимость во введении ограничений обязательственного характера в отношении между фидуциантом и фидуциаром, которые бы ограничивали дискрецию фидуциара. Более подробно см., например: *Васильченко А.П.* Понятие и признаки фидуциарных сделок // Актуальные проблемы гражданского права. Вып. 11: сб. ст. / под ред. О.Ю. Шиловцова. М.: НОРМА. 2007. С. 305–322.

с этим, как представляется, оценка действий залогодержателя должна осуществляться с точки зрения стандартов оценки фидуциарных отношений между участниками компании (принятие решения в отсутствие конфликта интересов, принятие обоснованного решения)¹. Кроме того, возможно, что данный стандарт оценки поведения залогодержателя будет распространен судебной практикой и на иные правомочия залогодержателя при осуществлении корпоративных прав участника.

Корпоративные обязанности залогодержателя при залоге доли в обществе и ответственность за их нарушение

Получая право на осуществление корпоративных прав участника, залогодержатель де-факто становится на место участника общества. В связи с этим возникает вопрос относительно ограничений, которыми он должен быть ограничен при осуществлении корпоративных прав, по отношению к самому обществу и иным его участникам.

Как представляется, верной является точка зрения тех авторов, которые считают, что залогодержатель связан теми же самыми обязанностями участника корпорации, что и сам участник (обязанность не причинять вред, не совершать действия, приводящие к невозможности достижения цели корпорации, неразглашение конфиденциальной информации и т.д.)². Это связано с тем, что залогодержатель является конститутивным правопреемником залогодателя³, который несет данные обязанности в соответствии с прямой нормой закона⁴.

Что касается ответственности залогодержателя в связи с осуществлением им прав участника, то здесь ситуация менее однозначная. Если

¹ Судя по всему, к похожим выводам приходит Р.С. Бевзенко, указывающий, что «по мере «разбавления» обеспечительного права «управленческим элементом», выражающимся либо в передаче владения, либо в передаче титула кредитору, одновременно с ростом «менеджерского потенциала» кредитора резко возрастает и его ответственность перед лицом, предоставившим обеспечение. Кредитор отвечает как максимально прилежный и заботливый хозяин за любые убытки, причиненные имуществу» (Бевзенко Р.С. Вещное обеспечение как механизм контроля и управления активами должника // Вестник гражданского права. 2018. № 1).

² Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А.Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2017 (автор комментария – Р.С. Бевзенко).

³ Крашенинников Е.А. Заметки о конститутивном правопреемстве // Вещные права: система, содержание, приобретение: сб. науч. тр. в честь проф. Б.Л. Хаскельберга / под ред. Д.О. Тузова. М.: Статут, 2008; Черепихин Б.Б. Труды по гражданскому праву. М.: Статут, 2001. С. 320.

⁴ Бевзенко Р.С. Вещное обеспечение как механизм контроля и управления активами должника // Вестник гражданского права. 2018. № 1.

речь идет о принятии решения, невыгодного корпорации или, наоборот, о непринятии решения, которое принесло бы корпорации прибыль, блокировании деятельности корпорации, неучастии в принятии решений корпорации и т.п., то залогодержателя можно привлечь к ответственности за убытки в соответствии с п. 3 ст. 53.1, поскольку он является лицом, фактически определяющим действия компании¹. Что касается иных обязанностей, не связанных с контролем (использование корпоративных возможностей, разглашение конфиденциальной информации), то в данном случае догматическое обоснование ответственности является затруднительным. Как представляется, это можно обосновать либо через то, что залогодержатель является конститутивным правопреемником залогодателя, либо через принцип генерального деликта.

Кроме того, можно поставить вопрос и об ответственности залогодателя-участника перед участниками корпорации, если залогодержатель причиняет ей вред при управлении заложенной долей. Привлечение залогодателя-участника, к примеру, в виде убытков, исключения из общества можно опять-таки вывести из положений о конститутивном правопреемстве, которое предполагает, что собственник, обременивший свое имущество правами другого лица, не выбывает из правоотношения, а значит, осуществление им прав продолжает быть ограниченным правами всех третьих лиц».²

Получение согласия при осуществлении залога доли и при принудительной реализации залога

Из положений Закона об ООО следует, что участники общества осуществляют двойной контроль в отношении залога доли: (1) путем предоставления согласия на передачу доли в залог (решение принимается большинством голосов, если иной порядок голосования не предусмотрен уставом) (п. 1 ст. 22) и (2) путем предоставления согласия на переход доли на публичных торгах (п. 9 ст. 21) (если таковые проводятся при обращении взыскания на заложенную долю). Вместе с тем необходимость такого двойного контроля законодателя сомнительна³:

¹ Аналогично считает Р.С. Бевзенко. См.: Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А.Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2017.

² Крашенинников Е.А. Указ. соч.

³ Аналогичное мнение высказывает Р.С. Бевзенко. См.: Бевзенко Р.С. Новеллы законодательства о залоге долей в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью // Меры обеспечения и меры ответственности в гражданском праве: сб. ст. / рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2010.

с точки зрения здравого смысла и классической структуры залогового правоотношения раз участники уже один раз согласились с тем, что доля передается в залог, то они не могут не понимать, что при неисполнении обеспеченного обязательства на предмет залога будет обращено взыскание и залогодатель лишится прав на него.

Более того, предлагаемая законодателем конструкция контроля в отношении залога долей сама по себе порождает возможность легального злоупотребления правами со стороны участников, отказывающихся в согласии на реализацию доли на публичных торгах.

В связи с этим, как представляется, более верным было бы решение законодателя по установлению контроля над залогом долей лишь в момент учреждения залога.

5. Оформление сделок по передаче доли в ООО

5.1. Первоначальная редакция Закона об ООО

Первоначальная редакция положений Закона об ООО, касавшаяся порядка оформления сделок по передаче доли, предлагала достаточно простые правила оформления сделок.

Так, в том случае, если речь шла о сделках *inter vivos* и от участника требовалось соблюдение права преимущественной покупки, он должен был направить письменное извещение о намерении продать долю третьему лицу с указанием цены и других условий продажи доли (абз. 2 п. 4 ст. 21 Закона об ООО).

В том случае, если уставом была установлена необходимость получения согласия общества на уступку доли участникам или третьим лицам, на переход ее к наследникам или правопреемникам юридического лица, бывшего участником общества, остающиеся участники (общество) оформляли согласие или отказ на уступку (переход) доли в письменной форме (абз. 1, 2 п. 8 ст. 21 Закона об ООО).

Что касается оформления самой сделки по уступке доли, то она совершалась в простой письменной форме (по общему правилу). Неисполнение условия об оформлении сделки приводило к ее недействительности (абз. 1 п. 6 ст. 21 Закона об ООО).

Оформление сделок по залогом доли также не требовало соблюдения особых формальностей. Такие сделки оформлялись в простой письменной форме после получения согласия участников на обременение доли залогом.

5.2. Актуальная редакция Закона об ООО

Блок, касающийся оформления сделок, опосредующих оборот долей, стал одним из наиболее существенных по объему и по значению блоков изменений в положениях Закона об ООО. В целом его идеология касалась повышения уровня прозрачности таких сделок путем значительного повышения роли нотариуса в их оформлении¹.

Что касается соблюдения режима права преимущественного приобретения, то законодатель установил в этой части обязанность выходящего участника по направлению нотариально удостоверенной оферты остающимся участникам и обществу, содержащей информацию относительно цены и условий продажи доли (абз. 1 п. 5 ст. 21 Закона об ООО). Отказ от реализации преимущественного права остающихся участников (самого общества) должен быть составлен в письменной форме, а подлинность подписи отказывающегося лица должна быть нотариально удостоверена (абз. 1, 3 п. 6 ст. 21 Закона об ООО).

Согласие остающихся участников общества (общества) либо отказ на переход доли участникам или третьим лицам должны быть составлены в письменной форме (п. 10 ст. 21 Закона об ООО).

Что касается оформления сделки, то она должна быть совершена в нотариальной форме под страхом недействительности (абз. 1 п. 11 ст. 21 Закона об ООО). Аналогичные нормы установлены в законодательстве и для сделок по обременению доли залогом (п. 2 ст. 22 Закона об ООО).

В 2015 г.² законодателем были урегулированы также ситуации, когда передача доли осуществляется в связи с использованием поименованных в ГК РФ новых договорных конструкций. Так, применительно к передаче доли в соответствии с опционом нотариальному удостоверению подлежит безотзывная оферта, а также акцепт оферты. Другой

¹ Как указывает Л.А. Новоселова, при дореформенной редакции Закона об ООО, которая устанавливала описанный выше «упрощенный» порядок оформления сделок по обороту долей (т.е. отсутствие нотариальной формы и вообще участия нотариуса в процедуре передачи доли), простой письменной формы сделок оказалось явно недостаточно, в связи с чем на практике наблюдались массовые случаи нарушения прав участников, в частности, в результате подделки подписей на договорах. См.: Новоселова Л.А. Новые положения законодательства об ООО: причины изменений и последствия // Хозяйство и право. 2009. № 3. С. 7–8.

² См.: Федеральный закон от 30 марта 2015 г. № 67-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части обеспечения достоверности сведений, представляемых при государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей».

вариант нотариального удостоверения в данной конструкции — удостоверение соглашения о предоставлении опциона (абз. 4 п. 11 ст. 22 Закона об ООО).

Впрочем, законодатель выделяет и случаи, когда оформление сделки в нотариальной форме не требуется. К ним относятся: 1) случаи перевода прав и обязанностей покупателя доли в обществе на участника (общество) в ситуации нарушения права преимущественного приобретения; 2) случаи передачи доли обществу в ситуации нарушения порядка получения согласия участников (общества) на передачу доли; 3) переход доли к обществу при отказе наследникам, правопреемникам юридических лиц-участников общества, приобретателям доли на публичных торгах, выплате стоимости доли кредиторам участника (абз. 2 п. 11 ст. 21 Закона об ООО).

5.3. Некоторые проблемные вопросы в связи с актуальной редакцией Закона об ООО

Сделка, подлежащая нотариальному удостоверению при передаче доли

Одним из наиболее важных на практике является вопрос о том, какую конкретно сделку законодатель имел в виду, говоря о необходимости нотариального удостоверения отчуждения доли. Во многом это связано с нечеткостью используемого терминологического аппарата: законодатель использует параллельно термины «переход доли на основании сделки, в порядке правопреемства или иным образом», «сделка на продажу или отчуждение иным образом доли», «сделка, направленная на отчуждение доли», «договор об отчуждении доли» и т.д. В связи с этим на практике стороны зачастую сталкиваются с трудностями, когда, например, пытаются зарегистрировать у нотариуса сделку по передаче доли, заключенную во исполнение ранее совершенного договора купли-продажи доли.

Здесь важно обратить внимание на то, что законодатель, говоря о нотариальном удостоверении отчуждения доли, хотя и возможно не совсем в четком виде, но пытался закрепить в Законе об ООО принцип разделения сделки на обязательственную и распорядительную. Первая сделка предполагает, что стороны создают лишь обязательственное отношение, в соответствии с которым одна сторона обязуется передать долю в обществе, а другая обязуется уплатить деньги, передать вещь в обмен и т.д. Предмет обмена (или его отсутствие) вообще зависит от того, какой вид договора (купля-продажа, мена, дарение и т.д.) стороны заключают.

Распорядительная сделка, в свою очередь, предполагает, что одна сторона лишь передает другой долю, а другая — право на вещь, деньги и т.д.¹

Принцип разделения сделок на обязательственные и распорядительные наиболее отчетливо виден в положениях абз. 3 п. 11 ст. 21 Закона об ООО, в котором законодатель проводит разграничение между *«договором, устанавливающим обязательство совершить при возникновении определенных обстоятельств или исполнении другой стороной встречного обязательства сделку, направленную на отчуждение доли или части доли в уставном капитале общества»* (т.е. обязательственной сделкой), и *«сделкой, направленной на отчуждение доли или части доли в уставном капитале общества»* (т.е. распорядительной сделкой).

Что касается нотариального удостоверения, то представляется верным суждение тех авторов, которые утверждают, что законодатель пытался закрепить в законе обязанность по нотариальному удостоверению именно распорядительной сделки², хотя это и сделано им не совсем удачно. Для подтверждения этого вывода можно сослаться на текст закона, из которого следует, что при проверке сделки нотариус должен обращать внимание именно на наличие у отчуждающей стороны распорядительной власти в отношении доли (п. 13 ст. 21 Закона об ООО), а не на условия обязательственной сделки.

Кроме того, отсутствие необходимости в нотариальном удостоверении обязательственной сделки влечет те последствия, которые законодатель вводит для случая, когда участник общества, заключивший обязательственную сделку, отказывается от передачи доли по распорядительной сделке. Законодатель говорит, что в данном случае приобретатель доли может принудить участника передать ему долю по суду (абз. 3 п. 11 ст. 21 Закон об ООО). Иными словами, законодатель видит обязательственную сделку действительной, однако если бы он хотел

¹ Более подробно о принципе разделения и концепции обязательственных и распорядительных сделок см., в частности: *Суханов Е.А.* О видах сделок в германском и в российском гражданском праве // Вестник гражданского права. 2006. № 2; *Крашенинников Е.А.* Распорядительные сделки // Сборник статей памяти М.М. Агаркова: сб. науч. тр. / под ред. Е.А. Крашенинникова. Ярославль: ЯрГУ, 2007; *Горбатов К.А.* Абстрактность и каузальность цессии // Вестник гражданского права. 2012. № 3.

² *Каранетов А.Г.* Опцион на заключение договора и опционный договор согласно новой редакции ГК РФ // Вестник экономического правосудия РФ. 2016. № 3; *Карнаков Я.В.* О недостатках и противоречиях нового режима оборота долей в уставном капитале ООО // Вестник ВАС РФ. 2012. № 6; *Шишмарева Т.П.* Отчуждение доли учредителем (участником) ООО в процедурах несостоятельности (банкротства) // Законы России: опыт, анализ, практика. 2010. № 6.

установить необходимость нотариального удостоверения именно этой сделки, он бы не предоставлял приобретателю право на принудительную передачу доли от участника¹, поскольку отсутствие нотариального удостоверения влечет ничтожность сделки (п. 3 ст. 163 ГК РФ) и, как следствие, невозможность принуждения к передаче доли.

Впрочем, стоит отметить, что на практике вопрос нотариального удостоверения сделок не получил однозначного решения². Здесь можно посоветовать на то, что Высший Арбитражный Суд, к сожалению, так и не успел принять разъяснения по этому поводу, которые бы поставили точку в данной проблеме. Впрочем, из проекта постановления ВАС РФ видно, что суд в явной форме встал на позицию принципа разделения обязательственной и распорядительной сделки и установил, что нотариальному удостоверению подлежит именно последняя^{3,4}.

¹ Более подробно см.: *Карнаков Я.В.* Указ. соч.

² В частности, в п. 5 Рекомендаций Научно-консультативного совета при Федеральном арбитражном суде Уральского округа «По вопросам рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о создании, реорганизации, ликвидации коммерческих юридических лиц, их правовом положении, а также о правах и обязанностях участников (учредителей)» (утв. по итогам заседания, состоявшегося 31 марта – 1 апреля 2010 г. в г. Кургане) было указано, что обязательственная сделка не подлежит удостоверению в отличие от сделки, опосредующей переход доли. Аналогичная позиция изложена в Постановлении АС Уральского округа от 10.03.2017 № Ф09-572/17 по делу № А60-11684/2016.

С другой стороны, имеется обратная практика, где суды указывали, что не только распорядительная, но и обязательственная сделка требуют нотариального удостоверения. В частности, в этом контексте можно привести дело, рассмотренное в Верховном Суде, из которого можно сделать вывод, что Верховный Суд считает необходимым нотариально удостоверить саму обязательственную сделку (Определение Верховного Суда РФ от 18 декабря 2018 г. № 306-ЭС18-6807 по делу № А55-8181/2016). Впрочем, оговоримся, что к такому выводу Верховный Суд мог прийти в связи с фактическими обстоятельствами дела, например, если следовало, что распоряжение долей осуществляется в момент заключения договора купли-продажи. Но в любом случае общий вывод Верховного Суда о необходимости удостоверения любой обязательственной сделки не может быть поддержан.

³ См. п. 1 проекта Постановления Пленума ВАС РФ «О сделках с долями в уставном капитале обществ с ограниченной ответственностью» (далее – Проект Постановления ВАС РФ о сделках с долями) (URL: http://www.arbitr.ru/_upimg/B07237F59D5D BA1662DF48DB73FA675B_2014-05-15_ppd.pdf).

⁴ Любопытно заметить, что в германском праве требование о нотариальном удостоверении распространяется как на обязательственную, так и на распорядительную сделку по передаче доли. Впрочем, в случае порока в оформлении обязательственной сделки и при наличии нотариально оформленной распорядительной сделки происходит конвалидация обязательственной сделки. Более подробно см.: *Meister B. W., Heidenhain M.H.*,

Из приведенных выше рассуждений можно сделать следующие практические выводы.

Во-первых, по общему правилу обязательственные сделки не требуют нотариального удостоверения. Исключением являются лишь те случаи, когда распоряжение долей происходит в момент заключения обязательственной сделки. В этом контексте, в частности, следует согласиться с высказанной в литературе позицией, согласно которой не подлежит нотариальному удостоверению договор дарения, построенный по консенсуальной модели, соглашение о предоставлении в виде отступного доли в обществе¹.

Во-вторых, не требуется нотариальное удостоверение для предварительного договора, во исполнение которого будет заключена обязательственная сделка в отношении доли². Однако если дело касается предварительного договора, в котором стороны соглашаются о заключении основного договора, по которому доля перейдет приобретателю в момент заключения основного договора (см. обстоятельства дела № А55-8181/2016), то для данной ситуации вопрос нотариального удостоверения является менее однозначным.

С одной стороны, из ГК РФ следует, что такой предварительный договор должен подчиняться форме основного договора (п. 2 ст. 429), последнее означает, что его следует нотариально удостоверить. С другой стороны, Закон об ООО, говоря о нотариальном удостоверении, все-таки имеет в виду удостоверение сделки по передаче доли, к которой явно не удастся отнести ни обязательственную сделку, ни тем более предварительный договор, служащий лишь для obligations заключить основной договор.

Кроме того, если даже и допустить удостоверение предварительного договора, то это не освободит сторону от обязанности удостоверения и самой распорядительной сделки в силу прямой нормы Закона, последнее означает, что сторона будет нести двойные расходы.

В связи с этим мы предлагаем отрицательный ответ на вопрос о необходимости нотариального удостоверения предварительного договора о заключении соглашения о передаче доли, по которому доля перейдет приобретателю в момент заключения этого соглашения.

Rosengarten J. Op. cit. P. 49; *Mueller K.J.* The GmbH. A guide to the German limited liability company. Muenchen: Verlag C.H. Beck. Kluwer Law International. 2006. P. 97.

¹ Более подробно см.: *Карнаков Я.В.* Указ. соч.

² Определение ВАС РФ от 5 марта 2012 г. № ВАС-1903/12 по делу № А50-11309/2011.

Последствия недействительности обязательственной сделки по отчуждению доли

Выделение законодателем принципа разделения обязательственной и распорядительной сделок вызывает вопрос относительно того, какие последствия влечет за собой недействительность обязательственной сделки. Ответ на этот вопрос зависит от того, является ли распорядительная сделка абстрактной или каузальной. В том случае, если распорядительная сделка является абстрактной, доля считается принадлежащей приобретателю до момента, пока она не будет обратно истребована ее отчуждателем по кондикционному иску. Это, в свою очередь, означает, что до данного момента приобретатель доли не только будет считаться законным участником общества, который вправе осуществлять все корпоративные права, но и то, что он обладает распорядительной властью в отношении доли и может ее отчуждать иным лицам.

Соответственно, в том случае, если распорядительная сделка является каузальной, недействительность обязательственной сделки приводит к тому, что доля считается неперешедшей приобретателю. Это, в свою очередь, означает, что приобретатель не может осуществлять корпоративные права, а также не обладает распорядительной властью в отношении доли¹.

Поставленный вопрос более далек от окончательного решения даже по сравнению с рассмотренным нами вопросом о нотариальном удостоверении распорядительной сделки и принципе разделения.

Судебная практика, судя по всему, исходит из традиционной позиции: недействительность основного договора (обязательственной сделки) приводит к тому, что переход долей (распорядительная сделка) также является недействительным².

Впрочем, нельзя сказать, что данная позиция является однозначной. В частности, Высший Арбитражный Суд РФ в свое время пытался обосновать абстрактность распорядительной сделки, указывая, что в случае недействительности договора, устанавливающего обязатель-

¹ Впрочем, острота вопроса о распорядительной власти в отношении доли частично снимается тем, что в Законе об ООО установлена возможность добросовестного приобретения доли (п. 17 ст. 21), которая во многом является функциональным аналогом абстрактности распорядительной сделки. Более подробно о преимуществах абстрактности распорядительной сделки по сравнению с принципом защиты добросовестного приобретателя см., например: Толкование *contra legem*, данное в Постановлении Пленума ВС РФ № 54, заслуживает поддержки [Интервью с А.А. Павловым] // Вестник Арбитражного суда Московского округа. 2018. № 2.

² Это видно из того, что на практике стороны зачастую заявляют реституционные иски, которые разрушают сделку *ab initio*.

ство об отчуждении доли, сам переход доли не является недействительным. В этом случае ВАС РФ предлагал закрепить механизм обратного перехода доли по отдельной распорядительной сделке, а в случае уклонения стороны от ее совершения — по решению суда¹. В доктрине также были отдельные попытки обосновать абстрактность распорядительной сделки по переходу доли².

В любом случае в настоящий момент данный вопрос далек от своего разрешения, и в отношении любого из предлагаемых решений могут быть обоснованы как доводы за, так и доводы против³. Ввиду своего значения и большого объема материала, который должен быть проанализирован, данный вопрос заслуживает отдельного рассмотрения, которое явно не вписывается в формат настоящей статьи.

Проблемы в связи с нотариальным удостоверением отчуждения доли при реализации прав из опциона

Некоторые проблемы возникают при систематическом толковании положений Закона об ООО применительно к вопросу реализации приобретателем прав из опциона.

¹ Абзац 2 п. 3 Проекта Постановления ВАС РФ о сделках с долями.

² См., например: *Карнаков Я.В.* Указ. соч.

³ К слову, в Германии до 2008 г., когда вступил в силу Закон о модернизации Закона об ООО и противодействию злоупотреблениям (*Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen; MoMIG*), приобретение долей было сопряжено со значительными рисками, даже несмотря на законодательное и доктринальное закрепление принципа разделения обязательственной и распорядительной сделки. Особенностью германского права было то, что переход доли не фиксировался в регистре, хотя компания и должна была немедленно после уведомления о переходе доли подать список участников в регистр. Однако на правильность содержания списка участников нельзя было полагаться, поскольку он служил только для информационных целей. В связи с этим на практике приобретатель был вынужден изучать всю цепочку сделок, опосредующих приобретение доли, но это также не всегда оказывалось эффективным. Более подробно см.: *Heidenhain M.H., Rosengarten J.* Op. cit. P. 52; *Mueller K.H.* Op. cit. P. 102; *Altgen C.* Op. cit. P. 1143–1145. В результате принятия MoMIG положение приобретателя улучшилось, поскольку в законодательство были введены правила о возможности добросовестного приобретения, хотя и осталась проблема в связи с отражением фигуры участника в публично достоверном регистре. Более подробно о содержании реформы см.: *Altgen C.* Op. cit. P. 1143–1153.

Из приведенного выше можно сделать вывод, что даже в Германии абстрактность распорядительной сделки являлась недостаточным средством для защиты приобретателя, в результате чего потребовалось введение конструкции добросовестного приобретения. В связи с этим, как представляется, российской доктрине и судебной практике, возможно, не стоит ограничиваться только законодательно закрепленной конструкцией добросовестного приобретения, но искать и иные пути защиты приобретателя доли, особенно в свете того, что полностью не гарантируется публичная достоверность реестра.

Как уже было указано, законодатель в данном случае требует нотариального удостоверения двух сделок: безотзывной оферты и акцепт оферты. Однако параллельно с этим действует норма, согласно которой сделка, направленная на отчуждение доли, подлежит нотариальному удостоверению путем составления одного документа, подписанного сторонами (абз. 1 п. 11 ст. 21 Закона об ООО). Очевидно, что акцепт оферты, будучи односторонним волеизъявлением, не вписывается в данное требование законодателя. В связи с этим, как отмечается в литературе, на практике возможны случаи, когда со стороны отчуждателя потребуются дополнительная явка к нотариусу, и он (отчуждатель доли) может отказаться от нее¹.

В этой части, как представляется, суды должны решать данную проблему с помощью телеологической редукции, распространяя требование о составлении сделки на отчуждение доли в рамках одного документа, подписанного сторонами, на «классические» распорядительные сделки, заключаемые в рамках договоров купли-продажи, мены, дарения и т.д., но не при реализации прав из опциона.

6. Защита добросовестного приобретателя доли

6.1. Первоначальная и актуальная редакция Закона об ООО

Значительные изменения Закон об ООО претерпел и в части защиты добросовестного приобретателя доли. Из первоначальной редакции Закона об ООО следовало, что любой порок сделки по отчуждению доли приводил к тому, что приобретатель доли лишался доли и статуса участника общества, причем независимо от того, какое количество сделок по приобретению доли было заключено до момента обнаружения порока в сделке и ее оспаривания. Разумеется, отсутствие защиты у добросовестного приобретателя порождало на практике весьма значительные проблемы для стабильности оборота и повышало издержки сторон при подготовке сделки.

В связи с этим законодателем была введена защита добросовестного приобретателя доли, которая по своей конструкции во многом напоминает механизм защиты прав добросовестного владельца вещи².

¹ См. интервью Д.В. Новака (*Новак Д., Белов В., Рыбалов А., Степанов Д., Балаян О., Капlouхий М., Глухов Е., Распутин М., Слыщенков В.* Реформа договорного права: некоторые итоги // Закон. 2015. № 6).

² *Хлюстов П.В.* Энциклопедия правовых позиций Высшего Арбитражного Суда РФ и Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ по делам об истребовании имущества из чужого незаконного владения. М.: Инфотропик Медиа, 2015.

В результате введенных в 2009 г. изменений в Закон об ООО ситуация несколько изменилась и сейчас условия защиты приобретателя выглядят следующим образом:

1) приобретатель является добросовестным, т.е. он не знал и не мог знать о том, что отчуждатель доли не имел распорядительной власти в отношении доли (абз. 1 п. 17 ст. 21 Закона об ООО);

2) приобретение доли должно быть осуществлено на возмездных началах (там же);

3) законный обладатель доли должен был утратить ее не в результате противоправных действий третьих лиц или иным образом помимо воли (там же).

Кроме того, в Законе об ООО установлено, что иск о возврате доли должен быть заявлен в срок не позднее трех лет с момента, когда законный обладатель доли узнал или должен был узнать о нарушении своих прав (абз. 3 п. 17 ст. 21).

Вместе с тем на практике применение предложенного законодателем способа защиты не лишено целого ряда практических проблем, на которых следует остановиться отдельно и рассмотреть их подробнее.

6.2. Некоторые проблемные вопросы в связи с актуальной редакцией Закона об ООО

Круг обстоятельств, свидетельствующих о добросовестности приобретателя доли

Как и следовало ожидать, вопрос добросовестности приобретателя доли является казуистичным и положительный ответ на него сильно зависит от обстоятельств дела. Вместе с тем анализ судебной практики может выявить определенный ряд обстоятельств, на которые суды ориентируются при оценке поведения приобретателя, в связи с чем можно сделать вывод о том, в правильном ли направлении движется судебная практика.

Так, в первую очередь обращает на себя внимание, что в ряде дел суды не воспринимают ссылку участников на сведения реестра как на доказательство добросовестности¹. Во многом это связано с характерной особенностью российского реестра, который, как известно, не за-

¹ См., например: постановления Восемнадцатого ААС от 12.12.2012 № 18АП-11764/2012 по делу № А07-23882/2011; АС Московского округа от 16.12.2015 № Ф05-17855/2015 по делу № А40-209621/14. См. также: абз. 2 п. 38 постановления Пленума ВС РФ № 10 и Пленума ВАС РФ № 22 от 29 апреля 2010 г. «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой пра-

щищает приобретателя, если сведения попали в реестр не на основании правомерных юридических фактов (абз. 2 п. 2 ст. 51 ГК РФ)¹. Из этого следует, что приобретатель должен не только проверить реестр, но и обратить внимание на ряд других обстоятельств, сопутствующих приобретению доли. В связи с этим возникают сложности с определением того объема информации, на который должен обратить внимание приобретатель доли для того, чтобы считаться добросовестным.

В ряде дел суды также указали на то, что к числу обстоятельств, свидетельствующих о добросовестности приобретения, не относится и факт того, что доля приобретена на возмездных началах². Особенно подозрительным для судов является факт того, что доля приобретена по заниженной цене³.

В некоторых случаях подозрительным для судов являлось и совершение сделок по передаче доли в течение краткого промежутка времени⁴.

Также в контексте добросовестности приобретателя следует обратить внимание на разъяснение ВАС РФ о том, что добросовестное приобретение следует оценивать не только на момент заключения сделки, направленной на приобретение имущества, но и на момент, когда отчуждатель получает за нее оплату или иное встречное предо-

ва собственности и других вещных прав» (далее – Постановление Пленумов ВС РФ и ВАС РФ № 22/10).

¹ См. также: *Карнаков Я.В.* Достоверность ЕГРЮЛ и нарушение преимущественного права на покупку доли в ООО: комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 28.01.2016 № 309-ЭС15-10685 // Вестник экономического правосудия РФ. 2016. № 3.

² См., например: постановления Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 11.12.2017 № 19АП-6261/2017 по делу № А35-8732/2016; АС Уральского округа от 07.07.2016 № Ф09-6612/16 по делу № А76-15535/2015; Первого арбитражного апелляционного суда от 30.07.2012 по делу № А43-41067/2011. Данная позиция является отражением позиции ВС РФ и ВАС РФ применительно к виндикационным искам. См. абз. 4 п. 37 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ № 22/10.

³ См., например: п. 9 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 ноября 2008 г. № 126 «Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с истребованием имущества из чужого незаконного владения» (далее – Информационное письмо Президиума ВАС РФ № 126); постановление Девятнадцатого ААС от 11.12.2017 № 19АП-6261/2017 по делу № А35-8732/2016; ФАС Уральского округа от 14.03.2012 № Ф09-9081/11 по делу № А07-3829/2011; Пятнадцатого ААС от 25.11.2010 № 15АП-4800/2010 по делу № А32-11582/2008-55/187.

⁴ См., например: постановления Пятнадцатого ААС от 25.11.2010 № 15АП-4800/2010 по делу № А32-11582/2008-55/187, от 23.08.2010 № 15АП-7666/2010 по делу № А32-15749/2008; Тринадцатого ААС от 09.07.2013 по делу № А56-60634/2012.

ставление. В любом случае, если приобретатель оплачивает полученное имущество уже после того, как узнает об отсутствии полномочий на его отчуждение, он не может считаться добросовестным¹.

С другой стороны, как представляется, в ряде случаев суды слишком перестраховываются, требуя от приобретателей также и анализа данных из открытых источников относительно наличия спора в отношении доли в обществе или иных обстоятельств, свидетельствующих о наличии препятствий для правомерного приобретения доли^{2,3}. Впрочем, справедливости ради следует сказать, что данное требование не выдвигалось судами в качестве единственного доказательства отсутствия добросовестности приобретателя, а использовалось лишь в качестве дополнительного аргумента.

Как следствие, полагаем, что при проверке добросовестности приобретения чужой доли в обществе суды в основном должны ограничиваться теми подходами, которые закреплены в процитированной нами практике высших судов, и выходить за пределы этих подходов лишь в редких случаях.

Исчисление срока исковой давности по требованиям о признании права на долю

Вопрос исчисления срока исковой давности также является актуальным для российской судебной практики. В этой части можно выделить два основных подхода, которых придерживаются суды, когда сталкиваются с исками о признании права на долю.

¹ Пункт 4 Информационного письма ВАС РФ № 126.

² См., например: постановления Пятнадцатого ААС от 25.11.2010 № 15АП-4800/2010 по делу № А32-11582/2008-55/187; АС Центрального округа от 18.05.2018 № Ф10-828/2018 по делу № А35-8732/2016; Первого ААС от 30.07.2012 по делу № А43-41067/2011.

В Постановлении Пятнадцатого ААС от 25.11.2010 № 15АП-4800/2010 по делу № А32-11582/2008-55/187 суд указал, что приобретатель доли не может опираться лишь на внутрикорпоративную информацию, а должен также осуществить иные действия, традиционно совершаемые «участниками делового оборота с целью перепроверки информации».

³ В некотором роде ситуация с добросовестностью при приобретении доли похожа на требования к стандарту добросовестности приобретателя недвижимости, который, как метко заметил Р.С. Бевзенко, должен следовать стандарту «проверь все». В связи с этим, как отмечает Р.С. Бевзенко, действительно добросовестных приобретателей чужого имущества в России нет. Более подробно см.: «Мы пытаемся технологическими решениями закрывать фундаментальные правовые проблемы» / Интервью с Романом Бевзенко (URL: https://zakon.ru/discussion/2019/02/19/my_pytaemsa_tehnologicheskimi_resheniyami_zakryvat_fundamentalnye_pravovye_problemy__intervyu_s_rom).

Первый подход предполагает, что течение срока исковой давности привязано к порядку осуществления участниками своих прав на участие в деятельности общества. В связи с этим суды предпочитают привязывать начало исчисления срока исковой давности к проведению очередного общего собрания участников, на котором подводятся итоги финансово-хозяйственной деятельности общества¹.

В соответствии со вторым подходом течение срока исковой давности привязывается к возможности получения законным владельцем доли в обществе сведений из реестра, подтверждающих, что он более не обладает долей в обществе².

Оценка правильности предлагаемых судами подходов по своей методологии во многом должна быть похожа на методологию оценки добросовестности приобретателя. Иными словами, что при оценке добросовестности поведения приобретателя доли, что при оценке соблюдения законным владельцем доли срока на обращение с иском требованием судам вряд ли стоит «завышать» стандарт требуемого поведения. Применительно к владельцу доли, который лишился права на нее, это означает, что вряд ли стоит от него требовать, чтобы он постоянно истребовал данные из реестра относительно принадлежности доли, тем более что такое поведение с трудом можно назвать обычным для среднего участника оборота. В связи с этим первый подход, привязывающий исчисление срока исковой давности к минимальному осуществлению прав участника (т.е. участие даже не во внеочередном собрании или просто в деятельности компании, а в ежегодном собрании), представляется более верным.

В то же время важно отметить, что правило об исчислении срока исковой давности в зависимости от участия законного владельца доли в очередном общем собрании представляет собой лишь опровержимую презумпцию. В связи с этим в зависимости от обстоятельств дела начало исчисления срока исковой давности может быть перенесено

¹ См., например: определения ВАС РФ от 9 апреля 2012 г. № ВАС-3695/12 по делу № А53-2925/09; от 11.07.2013 № ВАС-8751/13 по делу № А03-6876/2012; ВС РФ от 24.11.2016 № 305-ЭС16-14073 по делу № А40-214130/2014; постановления АС Дальневосточного округа от 28.11.2014 № Ф03-5088/2014 по делу № А59-5154/2013; ФАС Московского округа от 23.07.2013 по делу № А40-135656/11-45-1193; АС Волго-Вятского округа от 19.08.2015 № Ф01-2631/2015 по делу № А43-19144/2014.

² См., например, постановления ФАС Московского округа от 29.11.2012 по делу № А40-19146/11-22-167, от 06.03.2013 по делу № А40-177020/09-45-1163; АС Московского округа от 17.06.2016 № Ф05-17056/2013 по делу № А40-139809/12-159-1321; Определение ВАС РФ от 03.03.2014 № ВАС-1650/14 по делу № А53-11333/11.

на более ранний период, если имеются сведения о том, что участник в действительности узнал об утрате доли до этого срока¹.

Необходимость заявления требований о недействительности сделок по отчуждению доли в контексте иска о признании права на долю

Несмотря на то что в судебной практике² и доктрине³ в целом сложился консенсус относительно виндикационной или квазивиндикационной природы требования о признании и истребовании доли, возникает вопрос, требуется ли законному обладателю доли оспаривать всю цепочку сделок по отчуждению доли для удовлетворения.

На данный вопрос следует давать отрицательный ответ, поскольку виндикационная (квазивиндикационная) природа иска о признании права на долю не предполагает, что в предмет доказывания по иску включаются обстоятельства, свидетельствующие о недействительности сделки. Из этого следует, что предварительное оспаривание законным обладателем доли сделок по отчуждению доли не требуется⁴. В свою очередь, если обладатель доли заявляет иск о признании цепочки сделок по отчуждению доли недействительной не по отношению к своему непосредственному контрагенту по сделке, а по отношению к третьему лицу — незаконному обладателю доли, суд должен переквалифицировать данные требования в виндикационные (квазивиндикационные)⁵.

Стоит заметить, что такой подход является более выигрышным не только для законного обладателя доли, но и для лица, которое ли-

¹ См., например: постановления Тринадцатого ААС от 28.09.2012 по делу № А56-20913/2012; АС Волго-Вятского округа от 10.09.2015 № Ф01-3303/2015 по делу № А79-4359/2014.

² Постановление Президиума ВАС РФ от 17 ноября 2009 г. № 11458/09 по делу № А40-54601/08-83-596; Определение ВС РФ от 25 мая 2015 г. по делу № 305-ЭС15-1030, А40-43320/2011; постановления ФАС Московского округа от 22.02.2012 по делу № А41-13614/11; Девятого ААС от 31.10.2014 № 09АП-43338/2014 по делу № А40-93193/11.

³ См.: *Хлюстов П.В.* Указ. соч.; *Назимов И.А.* Восстановление положения, существовавшего до нарушения прав участников юридических лиц корпоративного типа: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. 2014. С. 13; *Ерахтина О.С., Широкова А.Д.* Судебная защита прав участников общества с ограниченной ответственностью при утрате и восстановлении корпоративного контроля // *Законы России: опыт, анализ, практика.* 2016. № 3; *Божко М.П., Галанцев Д.А.* Семь уроков корпоративных конфликтов. М.: Проспект, 2018.

⁴ Постановления Президиума ВАС РФ от 28 июня 2011 г. № 972/11 по делу № А55-29068/2009; Девятого ААС от 31.10.2014 № 09АП-43338/2014 по делу № А40-93193/11.

Аналогичное мнение высказывается и в доктрине. См., например: *Божко М.П., Галанцев Д.А.* Указ. соч.

⁵ По аналогии с п. 35 Пленумов ВС РФ и ВАС РФ № 22/10.

шилось доли в результате иска законного обладателя. В связи с этим последний может обратиться с требованием о взыскании убытков с непосредственного продавца доли, пользуясь тем, что его сделка с ним осталась действительной¹.

Признание права законного обладателя на долю в контексте корпоративных изменений в обществе

Одной из сложных ситуаций, с которой столкнулась судебная практика при защите законного обладателя доли, была ситуация, когда после утраты доли общество претерпевало ряд корпоративных изменений, таких как увеличение уставного капитала, изменение организационно-правовой формы, реорганизация общества и т.д. Кроме того, возникали сложности и в связи с продажей части доли законного обладателя иным лицам. Все эти действия зачастую осуществлялись недобросовестными лицами лишь для одной цели — создать максимальные затруднения законному обладателю доли при заявлении требования о признании права на долю².

В связи с этим на уровне практики Высшего Арбитражного Суда РФ была выработана доктрина восстановления корпоративного контроля³, в соответствии с которой законный обладатель доли вправе претендовать на присуждение ему доли участия в обществе, идентичной утраченной, если он был лишен ее (доли) в результате недобросовестных действий⁴.

Окончательное оформление доктрина восстановления корпоративного контроля получила в нормах реформированного ГК РФ (п. 3 ст. 65.2). Исходя из его положений можно выделить следующие черты данного способа защиты:

1) является универсальным, т.е. распространяется на все случаи, когда участник утратил свою долю помимо воли в результате неправомерных действий третьих лиц;

¹ По аналогии с п. 43 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ № 22/10.

² *Дедов Д.И.* Комментарий к Постановлению ВАС РФ от 3 июня 2008 г. № 1176/08 // Правовые позиции Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации: избранные постановления за 2008 год с комментариями / Т.К. Андреева, И.В. Антонов, В.В. Бациев и др.; под ред. А.А. Иванова. М.: Статут, 2012; *Михальчук Ю.* Новое регулирование механизма возврата доли // *эж-Юрист.* 2015. № 20.

³ Постановление Президиума ВАС РФ от 3 июня 2008 г. № 1176/08, от 10 апреля 2012 г. № 15085/11 по делу № А19-5794/10-10-4.

⁴ *Сарбаш С.В.* Восстановление корпоративного контроля // *Вестник гражданского права.* 2008. № 4.

2) является комплексным способом защиты, т.е. включает в себя и признание права на долю и ее истребование, и признание сделки недействительной с применением последствий недействительности, и признание недействительной реорганизации и т.д.¹;

3) применяется субсидиарно (т.е. если в законодательстве не предусмотрены специальные способы защиты права законного обладателя доли);

4) дает возможность лицам, у которых доля истребована по иску законного обладателя, претендовать на получение справедливой компенсации.

Вместе с тем в отличие от выработанного ВАС РФ подхода к восстановлению корпоративного контроля законодатель не видит его «безграничным». Из норм ГК РФ следует, что суду предоставляется возможность определения последствий истребования доли у незаконных обладателей и в зависимости от тяжести этих последствий (несправедливость лишения участников общества их долей, негативные социальные и иные публичные последствия) дается возможность отказать в возврате доли участия. В последнем случае законному владельцу доли виновными лицами должна быть выплачена справедливая компенсация.

Как нетрудно заметить, именно последняя особенность доктрины восстановления корпоративного контроля (т.е. предоставление суду дискреции по определению возможности отказа в возврате доли) вызывает наибольшие вопросы. С одной стороны, ее введение является логичным следствием того, что само требование о возврате доли нужно было как-то ограничить, дабы не допустить удовлетворения иска законного обладателя доли во всех случаях. С другой стороны, странно, что законодатель не стал ограничивать действие этого иска с помощью уже известного принципа добросовестности, который, в частности, закреплен в уже рассмотренных выше положениях Закона об ООО в схожей ситуации противоправного лишения лица доли в обществе помимо его воли. Вместо этого законодатель стал вводить критерий несправедливости лишения участников их долей, негативных последствий, с которыми, очевидно, судам еще придется помучаться для того, чтобы определить, какие ситуации все-таки могут подпасть под эти критерии. В этом контексте, вероятно, законодатель все-таки желал создать большие гарантии защиты прав законного обладателя

¹ Суханов Е.А. Комментарий к ст. 65.1–65.3 ГК РФ // Вестник гражданского права. 2014. № 3.

доли, которому доля должна быть всегда возвращена, за исключением случаев, когда восстановление права собственности слишком несоразмерно правовым последствиям.

7. Легитимация лица в качестве участника общества

7.1. Дореформенная и актуальная редакция Закона об ООО

Вопрос легитимации лица в качестве участника общества также является достаточно значимым, поскольку от его решения зависит целый комплекс правовых последствий, связанных с возможностью осуществления лицом прав участника общества, а также выступления для третьих лиц в качестве надлежащего обладателя доли. В этой части положения Закона об ООО также претерпели изменения, которые во многом связаны не только с повышением роли нотариуса при легитимации участников, но и с самой легитимацией.

Так что касается легитимации в качестве участника во внутренних отношениях с обществом, то из первоначальной редакции Закона об ООО следовало, что по отношению к обществу лицо является участником (т.е. несет права и обязанности участника) с момента уведомления о совершении уступки (абз. 2 п. 6 ст. 21). Что касается легитимации в отношении третьих лиц, то для них юридически значимым фактом являлась запись в реестре (п. 4 ст. 12 Закона об ООО)¹.

В актуальной редакции Закона об ООО механизм легитимации претерпел значительные изменения. Во-первых, из закона следует, что легитимация участника во внутрикорпоративных отношениях и в отношениях с третьими лицами привязана к одному моменту – внесению изменений в реестр (абз. 1 п. 12 ст. 21 Закона об ООО)².

Во-вторых, легитимация лица в качестве участника происходит с привлечением нотариуса. Так, в Законе об ООО императивно уста-

¹ Указанный подход был раскритикован в доктрине в связи с тем, что нормы Закона об ООО создавали возможность разрыва на длительный срок связи между фигурой правообладателя в отношении общества и лица, обладающего долей, при том что не было никаких способов устранить такой разрыв при уклонении участников от принятия решения об изменении уставных документов. Более подробно см.: *Новоселова Л.А.* Оборотоспособность доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью // *Объекты гражданского оборота: сб. ст. / отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2007.* См. также: *Она же.* Новые положения законодательства об ООО: причины изменений и последствия // *Хозяйство и право.* 2009. № 3. С. 12.

² Из текста Закона следует, что исключение представляют случаи перехода прав на долю в уставном капитале общества самому обществу.

новлено, что заявление о внесении изменений в реестр подается нотариусом в течение двух рабочих дней со дня удостоверения сделки об отчуждении доли (абз. 1 п. 14 ст. 21). Кроме того, в Законе об ООО установлено, что нотариус в срок не позднее трех рабочих дней с момента нотариального удостоверения сделки по отчуждению доли уведомляет общество об этом (абз. 1 п. 15 ст. 21). При этом действия по уведомлению общества могут быть переданы по соглашению сторон от нотариуса одному из участников сделки (абз. 2 п. 15 ст. 21 Закона об ООО).

Применительно к уведомлению общества и третьих лиц об обременении залогом в законодательстве установлены аналогичные требования (п. 3 ст. 22 Закона об ООО).

7.2. Некоторые проблемные вопросы в связи с актуальной редакцией Закона об ООО

Возможность осуществления корпоративных прав до момента внесения изменений в реестр

В связи с закреплением в Законе об ООО нормы о том, что юридически значимым моментом для легитимации участника во внутрикорпоративных отношениях является момент внесения изменения в реестр, на практике может возникнуть вопрос о возможности реализации приобретателем доли своих корпоративных прав (например, на участие в общем собрании) в том случае, если регистрирующий орган не внес изменения в положенные сроки, притом что сделка удостоверена в надлежащем порядке, хотя нотариус уведомил общество о переходе. Соблазн предоставить участнику такую возможность со стороны общества может еще более повышаться, если, положим, общество имело доступ к условиям сделки и достоверно знало о ее действительности, а также о соблюдении приобретателем всех ограничений и запретов оборота долей. В этом контексте вряд ли будет обоснованным утверждение о том, что внесение записи в реестр создаст для общества подтверждение того, что приобретатель является его участником.

Как представляется, решение данной проблемы посредством игнорирования прямой нормы п. 12 ст. 21 Закона об ООО и допущение, например, приобретателя доли к голосованию вряд ли является обоснованным. В частности, игнорирование воли законодателя влечет значительные риски для общества и приобретателя, поскольку, если, например, решение собрания нужно будет предоставить в регистри-

рующий орган, он должен будет отказать в его регистрации ввиду принятия неправомочным лицом. Возникает вопрос и с юридической действительностью принятого решения собрания.

В связи с этим действенным способом решения данной проблемы могла бы стать выдача приобретателю доли доверенности на голосование¹. Кроме того, возможно оспаривание действий регистрирующего органа и привлечение его к деликтной ответственности.

Осуществление корпоративных прав наследниками умершего лица, являвшегося обладателем доли в обществе

Есть также сложные вопросы в связи с легитимацией лица в качестве участника общества в том случае, когда это лицо получило долю в порядке наследования.

В том случае, когда в устав включено право участников отказать наследнику в переходе доли, из позиции Высшего Арбитражного Суда, толкующего нормы п. 4 ст. 1152 ГК РФ и п. 8 ст. 21 Закона об ООО, можно сделать вывод, что права и обязанности появляются у наследника лишь с того момента, когда участники выразили явное согласие на переход доли наследнику². Как мы уже говорили, принятый законодателем подход является небесспорным.

В том случае, когда участники общества не воспользовались правом на включение в устав защитной оговорки о необходимости получения согласия действительных участников общества на переход доли к наследнику, доля, а также все права и обязанности участника переходят с момента открытия наследства и независимо от его фактического

¹ См. п. 2 ст. 57 Закона об АО, из которого следует, что если передача акции произошла после формирования списка лиц, имеющих право на голосование, прежний акционер обязан выдать новому акционеру доверенность на голосование или голосовать в соответствии с его указанием. В деле № 308-ЭС14-7166(4), А32-19671/2013 данное правило было применено по аналогии с правоотношениями, связанными с голосованием конкурсных кредиторов в банкротстве (см.: Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 17 мая 2017 г. по делу № 308-ЭС14-7166(4), А32-19671/2013), что дало некоторым исследователям основание для рассмотрения данного правила в качестве универсального (см., например: *Латыев А.Н.* Право на участие в собрании кредиторов: соотношение материального и формального правомочия: комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 17 мая 2017 г. № 308-ЭС14-7166(4) // Вестник экономического правосудия РФ. 2017. № 7). В любом случае, как представляется, ничто не мешает применить предлагаемое в Законе об АО решение и к рассматриваемой проблеме в связи с голосованием приобретателя доли в ООО.

² Постановление Президиума ВАС РФ от 20 декабря 2011 г. № 10107/11 по делу № А12-8057/2010.

принятия¹. Иными словами, наследник легитимирован в качестве участника общества с момента смерти наследодателя, несмотря на то, что имеется неопределенность в отношении принятия им наследства. В свою очередь, это означает, что с момента открытия наследства общество не вправе отказать наследнику в реализации корпоративных прав и обязанностей участника².

В связи с этим возможно возникновение следующих спорных ситуаций.

Например, один из двух наследников уже приступил к реализации корпоративных прав (например, принял участие в общем собрании и проголосовал за принятие какого-либо корпоративного решения), хотя не обратился к нотариусу с заявлением о принятии наследства. В дальнейшем наследник решил отказаться от принятия наследства в соответствии со ст. 1157 ГК РФ в пользу другого наследника, который до момента отказа первого еще не принял наследство, в том числе путем осуществления фактических действий по управлению компанией. В связи с этим возникает вопрос относительно связанности второго наследника действиями по осуществлению корпоративных прав и обязанностей со стороны первого.

Как представляется, второй наследник является связанным принятыми первым наследником до момента отказа от наследства корпоративными решениями, поскольку из существа отношений общей долевой собственности, складывающейся между наследниками, вытекает то, что они выступают по отношению ко всем третьим лицам в качестве единого субъекта и воплощают в своем лице единую волю³. Кроме того, разрушение вторым наследником принятых первым юридических актов является неудовлетворительным с точки зрения защиты интересов оборота.

Другой вопрос, может ли наследник, который считает, что его корпоративные права были нарушены принятием общим собранием участников общества корпоративных актов, оспорить их. На данный вопрос следует отвечать положительно, поскольку при наследовании

¹ Пункт 4 ст. 1152 ГК РФ. Аналогичная трактовка данной ситуации приведена и в постановлениях Президиума ВАС РФ от 27 марта 2012 г. № 12653/11 по делу № А36-3192/2010, от 20 декабря 2011 г. № 10107/11 по делу № А12-8057/2010.

² В уже приведенном Постановлении Президиума ВАС РФ от 27 марта 2012 г. № 12653/11 по делу № А36-3192/2010 суд прямо указал, что со дня открытия наследства наследник вправе осуществлять в том числе право на управление делами общества.

³ Более подробно см.: *Скловский К.И.* Собственность в гражданском праве. 5-е изд., перераб. М.: Статут, 2010.

доли корпоративные права и обязанности переходят к наследнику с момента открытия наследства. Следовательно, переходит к нему и право на оспаривание решений общества. В то же время нужно обратить внимание на особенность корпоративного управления в той ситуации, когда наследник еще не принял наследство, но уже стал участником общества в силу п. 4 ст. 1152 ГК РФ.

ВАС РФ ориентирует в данной ситуации на обязанность общества не допускать каких-либо действий, затрагивающих права и законные интересы наследников, до истечения срока на заключение договора об управлении долей наследодателя¹. В то же время у общества может сложиться острая необходимость принятия решения, затрагивающего права и законные интересы наследника (например, необходимо принять решение о реорганизации общества, распределении чистой прибыли). В этом случае общество может в инициативном порядке обратиться к нотариусу или исполнителю завещания за назначением доверительного управляющего либо к суду за назначением доверительного управляющего либо к суду за назначением временного управляющего².

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 27 марта 2012 г. № 12653/11 по делу № А36-3192/2010.

² Там же.

О.Е. Орлова,
магистр юриспруденции (РШЧП)

ПРАВО НА ИНФОРМАЦИЮ УЧАСТНИКОВ ХОЗЯЙСТВЕННЫХ ОБЩЕСТВ¹

Федеральный закон от 29 июля 2017 г. № 233-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об акционерных обществах» и статью 50 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью»» (далее – Закон № 233-ФЗ), вступивший в силу 30 июля 2017 г., внес существенные коррективы в регулирование права участников хозяйственных обществ на информацию. Работа по подготовке Закона № 233-ФЗ велась в рамках проекта федерального закона № 558976-5 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части совершенствования механизмов реализации прав участников хозяйственных обществ на информацию» (далее – законопроект № 558976-5), внесенного Правительством РФ в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации (далее – Государственная Дума) и принятого в первом чтении еще в июне 2011 г. Как это нередко бывает, законопроект № 558976-5 в редакции, подготовленной ко второму чтению с учетом поправок Правительства РФ (далее – поправки), значительно изменился.

Подготовку проекта поправок² осуществляло Минэкономразвития России. Его первоначальная версия во многом совпадала с концепцией, предложенной Минюстом России в аналогичном проекте федерального закона «О внесении изменений в федеральные законы «Об акционерных обществах» и «Об обществах с ограниченной ответственностью» (в части обеспечения права участников хозяйственных

¹ Текст настоящей статьи составлен на основе диссертации, защищенной в Исследовательском центре частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации. Автор выражает признательность научному руководителю А.А. Кузнецову за ценные замечания и комментарии, высказанные при подготовке настоящей работы.

² <http://regulation.gov.ru/projects#npa=58596>

обществ на информацию)» (далее – законопроект Минюста России)¹. Однако итоговая редакция поправок, внесенных Правительством РФ в Государственную Думу, претерпела неожиданные изменения.

К сожалению, проблематика регулирования права участников хозяйственных обществ на информацию не получила глубокой разработки в отечественной доктрине. Поэтому неудивительно, что до вступления в силу Закона № 233-ФЗ участнику хозяйственного общества законодателем был предоставлен практически неограниченный объем доступа к информации о деятельности общества, что нехарактерно для развитых правовых систем. Еще более усугублял положение негибкий подход судов к разрешению споров, который сводился к установлению формальных условий применения норм законов о хозяйственных обществах. Лишь после рекомендаций, данных Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ (далее – ВАС РФ) в информационном письме от 18 января 2011 г. № 144 «О некоторых вопросах практики рассмотрения арбитражными судами споров о предоставлении информации участникам хозяйственных обществ» (далее – Информационное письмо № 144), ситуация стала меняться. Не последнюю роль сыграл также Конституционный Суд РФ (далее – КС РФ), который в определении от 18 января 2011 г. № 8-О-П «По жалобе открытого акционерного общества «Нефтяная компания «Роснефть» на нарушение конституционных прав и свобод положением абзаца первого пункта 1 статьи 91 Федерального закона «Об акционерных обществах»» (далее – Определение № 8-О-П) указал, что в делах, связанных с предоставлением информации, эффективный судебный контроль подразумевает не только оценку правильности определения режима доступности информации, но и исследование и оценку обстоятельств конкретного дела на предмет злоупотребления правом со стороны акционерного общества и акционера.

В то же время высшими судами не был предложен какой-то универсальный способ разрешения возникающих на практике проблем. Более того, КС РФ в Определении № 8-О-П указал на правомочие законодателя внести изменения в регулирование соответствующих отношений, в том числе в части конкретизации возможных возражений в зависимости от характера запрашиваемых документов, количества имеющихся у акционера акций и иных факторов. Таким правомочием воспользовался законодатель в Законе № 233-ФЗ. О том, удалось ли

¹ <http://regulation.gov.ru/projects#npa=47405>. Работа над данным законопроектом была прекращена в связи с подготовкой проекта поправок Минэкономразвития России.

ему исправить недостатки ранее действующего регулирования в обсуждаемой сфере, пойдет речь далее¹.

Ratio iuris права на информацию

В американской правовой литературе отмечается, что изначально обоснованием права на изучение книг и записей корпорации² послужило то, что акционеры являются собственниками корпорации, а также наличие агентских взаимоотношений между акционерами и менеджментом корпорации³. Такое обоснование стало отправной

¹ Понятие права участника хозяйственного общества на информацию будет использоваться не в широком смысле, подразумевающем получение всякой информации, связанной с осуществлением и защитой прав участника общества, в том числе информации, связанной с подготовкой и проведением общих собраний участников, информации, подлежащей обязательному раскрытию, и т.д., а в узком смысле, для целей настоящей статьи ограничивающемся информацией, получаемой от общества по требованию его участника. В этом узком смысле право на информацию характеризуется тем, что для его осуществления участнику недостаточно только действий общества, требуются действия самого участника по подготовке и направлению требования о предоставлении информации (см., например, постановление АС Восточно-Сибирского округа от 01.12.2015 по делу № А19-4812/2015: «Реализация предусмотренного действующим законодательством права акционеров на ознакомление с документами общества и получение их копий возможна при совершении акционером юридически значимого действия — обращения с соответствующим требованием в адрес общества»), в силу чего право требовать предоставления информации возникает только после совершения участником необходимых действий. Так Д.В. Ломакин характеризует одну из двух ситуаций в рамках предложенной им классификации информации, предоставляемой акционерам, по характеру действий акционера, направленных на ее получение. Противоположной в рамках данной классификации является ситуация, когда «акционер выступает как пассивное лицо, поскольку осуществление права акционера на информацию обусловлено главным образом действиями акционерного общества» (см.: *Ломакин Д.* Право акционера на информацию // *Хозяйство и право.* 1997. № 11 (СПС «КонсультантПлюс»). Нужно отметить, что предложенная Д.В. Ломакиным классификация не тождественна предлагаемому нами разграничению права участника общества на информацию в широком и узком смысле. Выделение права на информацию в узком смысле производится исключительно для целей обозначения предмета настоящей статьи.

² Право участника (акционера) на информацию в праве США обозначается понятиями «right to inspect corporate books and records» (в упрощенном виде «right of inspection», «right to inspect», «inspection rights» и т.п.), «right to obtain information». В настоящей статье понятия «право на изучение книг и записей», «право на ознакомление с документами», «право на доступ к документам и информации» и некоторые другие схожие понятия используются как синонимы права на информацию.

³ См.: *Eisenhofer Jay W., Barry Michael J.* Shareholder activism handbook. Aspen Publishers, 2005 (Wolters Kluwer Law & Business, Supp. 2013). P. 6-4—6-5.

точкой для последующих рассуждений о праве на информацию в доктрине и судебной практике США.

Современные авторы отмечают, что основной предпосылкой рассматриваемого права является то, что акционеры как владельцы корпорации имеют правовой интерес в получении доступа к информации, которая имеет значение для их финансовых вложений в корпорацию (в деле *Crane Co. v. Anaconda Co.*, 39 N.Y.2d 14, 17–18 (1976) суд указал, что концептуальная основа права на изучение документов проистекает из бенефициарной собственности акционеров на имущество корпорации и сопутствующего права на защиту их вложений)¹. Другие исследователи отмечают, что акционеры как фактические владельцы корпорации имеют право знать, как их управляющие ведут дела; если управляющие работают хорошо, их следует поощрить переизбранием, если плохо — они должны быть сняты с должности посредством голосования, при этом серьезные нарушения могут послужить причиной для иска акционера; в любом случае акционер вправе быть в курсе дел, что невозможно в отсутствие у него доступа к корпоративным документам².

¹ См.: *Lowenthal Mitchell A., MacKinnon Ari D.* Shareholder Inspection Rights Under New York Law // The Bureau of National Affairs, Inc. 2013. P. 1 (<https://www.clearlygottlieb.com/~media/cgsh/files/other-pdfs/lowenthal-mackinnon-ny-shareholder-rights.pdf>).

² См.: *Kessler Robert A.* The New York Business Corporation Law // St. John's Law Review: Vol. 36: Iss. 1, Article 1. 2013. P. 20–21. См. также: *McNutt Paul V.* Stockholder's Rights to Inspect Corporate Books and Records // Indiana Law Journal: Vol. 1: Iss. 1, Article 4. 1926. P. 45 (Право на изучение книг и записей корпорации по общему праву (common law right) основывается на предположении о том, что акционеры являются фактическими владельцами имущества корпорации. Право акционера на имущество корпорации называют бенефициарным правом (beneficial interest), собственностью по праву справедливости (equitable ownership) или квазисобственностью (quasi ownership). Указанные предположения не являются ни точными, ни необходимыми. Право собственности на имущество принадлежит корпорации, самостоятельному и обособленному юридическому лицу. Акционеры не являются собственниками имущества по праву справедливости, но в конечном счете извлекают выгоду из него. Поэтому справедливо и необходимо, чтобы у них были все средства, чтобы знать, что происходит. Это и есть основа права на изучение документов. Это право — право акционера как акционера, а не как органа корпорации. Это свойственно правоотношению между корпорацией и акционером и следует из него); *Eisenhofer Jay W., Barry Michael J.* Op. cit. P. 6–5 (Вне зависимости от того, что является источником права на изучение книг и записей корпорации — то, что акционеры являются собственниками корпорации, или агентские взаимоотношения между акционером и менеджментом корпорации — развитие этого права в общем праве и в законодательстве обеспечило акционерам эффективные средства получения информации о компаниях, в которые они инвестировали, с тем, чтобы они могли эффективно оценивать свои вложения, проверять менеджмент и взаимодействовать с другими акционерами по корпоративным вопросам, представляющим взаимный интерес).

Аналогичные рассуждения в целом характерны и для стран континентальной Европы. Так, например, указывается, что право быть информированным о делах компании прежде всего есть последовательное подтверждение того, что акционер является совладельцем компании и что последняя находится в чьей-то собственности. Во-вторых, право на информацию представляет собой важный инструмент контроля за лицами, которые фактически управляют бизнесом (управляющими директорами и активными мажоритарными акционерами). Контроль этот заключается как в возможности принимать меры по результатам выявленных нарушений, так и в превентивном эффекте самой возможности осуществлять такой контроль. Наконец, информация служит базой для принятия предстоящих решений. Решение некоторых вопросов, например, о прекращении полномочий или увольнении менеджеров, способствует привлечению к ответственности за выявленные нарушения¹.

Проще говоря, право на информацию обосновывается необходимостью защиты вложений участника в общество, которыми управляют другие лица.

Подобное обоснование характерно и для России (см., например, Определение КС РФ от 2 марта 2000 г. № 38-О: «В его основе [в основе права акционера на получение информации о делах акционерного общества] лежат право собственности на акции, необходимость защиты акционером своих законных прав и интересов»).

В российском праве также разделяются идеи относительно функционального назначения права на информацию, которое, с одной стороны, является инструментом контроля за лицами, осуществляющими управление, а с другой стороны, гарантией нормального осуществления иных прав участника общества. Так, Д.В. Ломакин отмечает, что получение информации о деятельности общества, о его должностных лицах служит гарантией защиты иных прав акционера (например, ознакомление с балансом общества и его годовым отчетом дает представление о финансовом состоянии общества и перспективах его развития, что, в свою очередь, может послужить основанием для принятия решения о продаже акций), а также позволяет акционеру наиболее целесообразно осуществлять свои права, некоторые из которых без получения информации осуществить затруднительно или просто невозможно (например, уведомление акционера о месте

¹ См.: *Roth G.H., Kindler P. The Spirit of Corporate Law: Core Principles of Corporate Law in Continental Europe.* Beck-Hart-Nomos, 2013. P. 130–131.

и дате проведения общего собрания ставит под большое сомнение саму возможность участия в нем)¹.

В связи с этим можно прийти к выводу, что право участника общества на информацию находится в неразрывной связи с иными правами участника, его роль предопределяется этой связью и может быть охарактеризована как служебная, или вспомогательная.

Концепция служебного характера права участника корпорации на информацию не вызывает сколько-нибудь серьезных споров и находит свою поддержку как в отечественном, так и в зарубежном праве.

Европейские авторы отмечают, что право на информацию является дополнительным или вспомогательным по отношению к экономическим и контрольным правам акционеров. Информация сама по себе благом не является, будучи скорее инструментом, позволяющим акционерам принимать решения об инвестировании в компанию или об изъятии своих инвестиций, одобрении предложенного кандидата или решения общего собрания². Применительно к германскому корпоративному праву также отмечается, что в дополнение к имущественным правам, или, по сути, в качестве необходимого условия для их надлежащего осуществления, закон предоставляет акционерам также другие виды прав, наиболее важным из которых является право на получение информации³; право на информацию является наиболее важной составляющей, самой сутью так называемых членских прав, поскольку только информированный участник компании может разумно осуществлять свое право голоса⁴.

Схожим образом высказываются по этому поводу и российские юристы: «...право на информацию «обслуживает» реализацию всех прочих прав участника, а не является самостоятельным правом — в том смысле, что участником общества не становятся лишь ради того, чтобы «реа-

¹ Ломакин Д. Указ. соч.

² *Buffa Francesco*. Company and shareholders // Key Editore, 2016. P. 34. На вспомогательный характер права на информацию указывает также: *Stohlmeier Thomas*. German Public Takeover Law: Bilingual Edition with an Introduction to the Law. Kluwer Law International, 2002. P. 22.

³ *Aktiengesetz Hüffer U. Beck'sche Kurzkommentare*. 9. Auflage 2010, §131, Rn. 1 (приводится по: *Vutt Andres and Vutt Margit*. Shareholder's Individual Information Right: Pre-requisites and Boundaries (April 2015). *Juridica International*. Vol. 23 (2015), 60–69. P. 60).

⁴ *Goette W., Habersack M., Kalls S.* (Herausg). *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*. Band 2.3. Auflage 2008, §131, Rn 1; *Fleischer H., Goette W.* (Herausg) *Münchener Kommentar zum GmbH Gesetz*. 1. Auflage 2012, §51a, Rn 5 (приводится по: *Vutt Andres and Vutt Margit*. Op. cit. P. 60).

лизовывать право на информацию» (конечно, на практике возможна и такая ситуация, однако смысл участия в хозяйственном обществе все же сводится к иным хозяйственным целям — получению дохода от участия в корпорации, использованию юридического лица в обороте и т.п.)»¹; «право на информацию представляет собой служебное право, т.е. возникает в связи с необходимостью обеспечить реализацию участником (акционером) права на участие в управлении обществом, в том числе для участия в голосовании»². Идею служебного характера права на информацию также можно проследить в п. 1.5 разд. 3 Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации, одобренной Советом при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 7 октября 2009 г. (далее — Концепция развития гражданского законодательства), в котором отмечалось, что «право участника на управление делами корпорации оказывается неполным, если участник не владеет необходимой информацией о данном юридическом лице». В российской судебной практике, в свою очередь, можно встретить следующие суждения: «Право акционера на информацию является дополнительным правом и призвано обеспечить реализацию экономических целей и задач акционера, вытекающих из его статуса, закрепленного в статье 31 Закона № 208-ФЗ. Право доступа к документам общества законодательство предоставляет акционеру с целью гарантировать осуществление его права на участие в управлении обществом. В связи с этим закон защищает не абстрактный интерес акционера, предоставляя ему право доступа к документам общества, а интерес, связанный с реализацией права акционера на участие в управлении»³, «предоставление участнику информации является необходимым условием для реализации его правомочий на участие в управлении делами общества, а также иных правомочий, предусмотренных Законом об обществах с ограниченной ответственностью»⁴; «предоставление участнику информации является необходимым условием для реализации его прав, связанных с участием

¹ Кузнецов В.А., Степанов Д.И. Право акционера на информацию // Закон. 2011. № 7. С. 98.

² Кузнецов А.А. Пределы автономии воли в корпоративном праве: краткий очерк. М.: Статут, 2017. С. 80.

³ Постановление Третьего ААС суда от 13.03.2018 по делу № А33-19411/2017.

⁴ Постановления ФАС Волго-Вятского округа от 13.03.2013 по делу № А43-16189/2012; ФАС Поволжского округа от 24.04.2014 по делу № А49-4063/2013, от 07.02.2014 по делу № А55-4792/2013.

в обществе»¹; «право участника общества на информацию не ограничено лишь возможностью ознакомления с определенным перечнем документов, оно также включает в себя возможность получения копий этих документов, что необходимо для реализации права на участие в управлении делами общества»²; «Федеральный закон «Об обществах с ограниченной ответственностью» не предусматривает право ознакомления участника общества только с определенной информацией о деятельности общества, поскольку это противоречило бы его положению как участника общества. Участник общества вправе не только знакомиться с материалами о деятельности общества, но и участвовать в управлении делами общества, в распределении прибыли, осуществлять иные правомочия, предусмотренные Федеральным законом «Об обществах с ограниченной ответственностью» и Уставом Общества... и вытекающие из статуса его участника. Предоставление информации является необходимым условием для реализации таких полномочий, и несоблюдение обществом возложенных на него законом обязанностей не может являться препятствием для реализации участником его законных прав»³.

Характер регулирования права на информацию

Право участников корпорации на информацию предусмотрено п. 1 ст. 65.2 Гражданского кодекса Российской Федерации. В силу абз. 3 указанного пункта участники корпорации (участники, члены, акционеры и т.п.) вправе в случаях и в порядке, которые предусмотрены законом и учредительным документом корпорации, получать информацию о деятельности корпорации и знакомиться с ее бухгалтерской и иной документацией.

До 1 сентября 2014 г.⁴ схожая норма содержалась в п. 1 ст. 67 ГК РФ, однако она распространялась только на участников хозяйственных

¹ Постановление ФАС Московского округа от 22.02.2012 по делу № А40-44742/11-62-384.

² Постановления АС Восточно-Сибирского округа от 23.07.2015 по делу № А33-21669/2014; АС Московского округа от 02.02.2017 по делу № А40-89921/16, от 02.03.2016 по делу № А40-143595/15, от 24.07.2015 по делу № А40-185041/14; ФАС Московского округа от 02.09.2013 по делу № А40-70145/12-138-651, от 27.03.2013 по делу № А40-82704/12-22-796, от 29.11.2012 по делу № А41-11931/12, от 06.03.2012 по делу № А41-21750/11.

³ Постановление ФАС Московского округа от 02.09.2013 по делу № А40-70145/12-138-651.

⁴ 1 сентября 2014 г. вступили в силу изменения, внесенные в гл. 4 ГК РФ Федеральным законом от 5 мая 2014 г. № 99-ФЗ «О внесении изменений в главу 4 части первой

товариществ и обществ¹. Кроме того, из содержания этого пункта следовало, что учредительными документами может быть установлен лишь порядок предоставления участникам хозяйственного товарищества или общества информации, в то время как действующая редакция ст. 65.2 ГК РФ допускает возможность определения в учредительном документе корпорации также и случаев получения участниками корпораций информации.

Применительно к прошлой редакции ст. 67 ГК РФ Президиум ВАС РФ в п. 3 Информационного письма № 144 занял довольно жесткую позицию: положения устава общества не могут ограничивать права участников на информацию по сравнению с правами, предоставляемыми им Федеральным законом «Об акционерных обществах» или Федеральным законом «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее — Закон об АО и Закон об ООО соответственно, совместно — законы о хозяйственных обществах); ограничение прав участников во внутренних документах хозяйственного общества также не допускается; соответствующие положения устава или учредительных документов не подлежат применению судами. Однако следует понимать, что Президиум ВАС РФ был связан положениями действующего на тот момент законодательства.

В свете действующей редакции ст. 65.2 ГК РФ вопрос о возможности ограничения права на информацию уставом хозяйственного общества приобрел большую актуальность и успел привлечь внимание со стороны отечественных исследователей.

В поисках ответа на этот вопрос А.А. Кузнецов обращается к опыту континентальных стран, где, как он отмечает, регулирование права на информацию рассматривается как императивное в том смысле,

Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации».

¹ На необходимость закрепления права на информацию в отношении участников любых корпораций указывалось в п. 1.5 разд. 3 Концепции развития гражданского законодательства («Право на информацию (ознакомление с протоколами общих собраний, документами бухгалтерской отчетности и т.п.) должно принадлежать участникам любой корпорации, а не только хозяйственного общества»), а также в п. 2.12 подразд. 2 разд. 1 проекта Концепции развития законодательства о юридических лицах, рекомендованного к опубликованию в целях обсуждения Советом по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства при Президенте РФ 16 марта 2009 г. (далее — Концепция развития законодательства о юридических лицах) («В действующем законодательстве право участника на получение информации закреплено лишь в отношении некоторых видов хозяйственных обществ, хотя оно должно принадлежать участникам любой корпорации и может отличаться в зависимости от вида корпорации только объемом указанного права»).

что уставом нельзя ограничить или исключить право на информацию, что, впрочем, не препятствует регулированию процедурных вопросов и установлению положений устава, расширяющих права участников, если только это не нарушает интересы общества (например, не допускается исключение возможности отказывать в предоставлении информации участнику, когда это нарушает интересы общества). В целом высказываясь в поддержку такого подхода¹, автор тем не менее не отрицает полностью возможность диспозитивного регулирования права на информацию и предлагает исходить из того, что положения устава не могут ограничить право участника на получение базовых документов общества (устав, годовая отчетность, решения общего собрания и т.п.) и иной информации в тех случаях, когда последний докажет наличие разумного делового интереса в ее получении, поскольку все это необходимо в целях обеспечения работоспособности иных гарантий, предоставляемых законом участникам и которые, в свою очередь, регулируются императивными положениями закона (об ответственности органов управления, об оспаривании решений органов)². Таким образом, автор не встает полностью и безоговорочно на сторону приведенной им же позиции, характерной для стран континентальной Европы, которая, как мы понимаем, является более принципиальной.

Схожих идей придерживались и авторы Концепции развития законодательства о юридических лицах: «Правило об определении объема предоставляемой информации в уставе корпорации должно носить субсидиарный характер, чтобы участники могли предусматривать дополнительную информацию о деятельности корпорации, открытую для них. Минимальный набор подобных сведений должен быть предусмотрен на уровне федерального закона. Это позволит гарантировать интересы меньшинства участников корпораций»³.

Приведенные выше подходы А.А. Кузнецова и авторов Концепции развития законодательства о юридических лицах в части недо-

¹ В обоснование необходимости поддержки такого подхода А.А. Кузнецов указывает, что право на информацию неизменно сопровождает отношения по ведению чужого дела, которые в данном случае можно наблюдать, когда вложенные участниками (акционерами) капиталы управляются менеджментом компании; отдав другому лицу свое имущество на условиях того, что оно будет управлять им, владелец имущества не может быть полностью лишен возможности узнать, как управляется данное имущество.

² См.: Кузнецов А.А. Пределы автономии воли в корпоративном праве: краткий очерк. М.: Статут, 2017. С. 81–82.

³ См.: п. 2.12 подразд. 2 разд. 1 Концепции развития законодательства о юридических лицах.

пустимости по крайней мере ограничения в уставе общества права его участников на ознакомление с базовыми документами общества следует поддержать. Тем не менее вопрос об императивности права на информацию требует более точного определения допустимых пределов регулирования данного права в уставе общества. Отвечая на этот вопрос, на наш взгляд, необходимо исходить из общего смысла права на информацию, которое, будучи служебным правом, призвано гарантировать нормальное осуществление иных прав участника, необходимости обеспечения справедливого баланса интересов общества и его участников, а также из достаточности и адекватности критериев ограничения доступа к информации, предусмотренных законом. При условии достаточности и адекватности законодательно установленных критериев ограничения доступа к информации регулирование права на информацию, как в публичных, так и непубличных обществах, по нашему мнению, должно рассматриваться как императивное, предусматривающее неснижаемые гарантии указанного права, принадлежащего каждому участнику общества и составляющего неотъемлемую часть его правового статуса. Отказ от указанного права или еще большее его ограничение с помощью каких-либо дополнительных критериев, а равно замена предусмотренных законом критериев иными закрепленными в уставе или внутренних документах общества критериями представляются недопустимыми. Иной подход будет приводить к необоснованному ущемлению других прав участников, «обслуживаемых» правом на информацию. Такой подход находит поддержку в зарубежных правоприменениях¹.

¹ Права акционера на изучение книг и записей не могут быть исключены или ограничены положениями учредительного договора или устава; эти права также не могут осуществляться по усмотрению директоров; отнять это право можно только на основании закона, оно не может быть ограничено или отменено актом корпорации. Корпорация не может запретить делать выписки, а также ограничить право на изучение документов путем предоставления доступа только тем акционерам, которые обладают определенным количеством акций (*Welch Edward P., Turezyn Andrew J., Saunders Robert S.* *Folk on the Delaware General Corporation Law: Fundamentals: 2011 Edition.* Aspen Publishers, 2010. P. 556, 564); право на изучение документов не может быть поставлено уставом в зависимость от усмотрения директоров, хотя устав может в разумных пределах устанавливать правила изучения книг акционерами; это право также не может быть необоснованно ограничено положениями учредительного договора (*Chester Rohrllich.* *Law and Practice in Corporate Control / Baker, Voorhis & Co.* New York, 1933. P. 62–63); допускаются лишь разумные ограничения относительно места, времени и условий ознакомления с документами (*Bartels John R., Flanagan Eugene J. T.* *Inspection of Corporate Books and Records in New York by Stockholders and Directors*, 38 *Cornell L. Rev.* 289 (1953). P. 306); право требовать предоставления информации не может быть ограничено или исключе-

Сказанное не исключает возможности регулирования на уровне уставов (внутренних документов) как публичных, так и непубличных обществ, процедурных вопросов реализации права на информацию (способа направления требования о предоставлении информации, времени, места ознакомления с документами, порядка оплаты расходов на изготовление копий документов и др.), а также расширения объема права на информацию по сравнению с законом, однако в разумных пределах, не допускающих игнорирования интересов общества и причинения ему ущерба в результате такого расширения.

Кроме того, допустимыми и необходимыми представляются различия в объеме рассматриваемого права в зависимости от вида корпорации – публичные АО или непубличные АО и ООО, поскольку, как признается в отечественной¹ и зарубежной² доктрине, участники непубличных компаний нуждаются в повышенной защите. Однако важно обратить внимание, что речь идет о возможности дифференцированного регулирования (в виде предоставления расширенного объема доступа к информации для участников непубличных обществ) на уровне закона и не путем изменения или замены критериев ограничения доступа, а посредством расширения перечня потенциально доступных документов и информации. То есть в любом случае

но уставом (*Stohlmeier Thomas*. Op. cit. P. 24); информационное право акционера не может быть ограничено или дополнено уставом предприятия. Его обладателем является каждый акционер независимо от размера его доли в уставном капитале или наличия права голоса (*Hoffmann-Becking in: Hoffmann-Becking M. (Hrsg.). Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Bd. 4. §38. Rn. 3–5* (приводится по: *Михалева О.В.* Информационные права в холдинговых структурах: опыт Германии // Вестник экономического правосудия. 2017. № 1. С. 58).

¹ См., например: *Кузнецов А.А.* Исключение участника из общества с ограниченной ответственностью. М.: Статут, 2014 (СПС «КонсультантПлюс»).

² Например, в качестве одной из характеристик германских обществ с ограниченной ответственностью (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung, GmbH*) (далее – GmbH), организационно-правовой формы, которая, как отмечается, идеально подходит для закрытых (непубличных) компаний средней величины, указывается, что их участникам гораздо сложнее выйти из компании, чем акционерам германских акционерных обществ (*Aktiengesellschaft, AG*) (далее – AG). Несмотря на то что доли в GmbH (в отличие от долей в товариществе) в принципе оборотоспособны, передача доли подчиняется определенным ограничениям, предусмотренным законом и уставом общества (в виде нотариального удостоверения, необходимости получения согласия и пр.). При этом в отличие от акций AG, которые ежедневно торгуются на фондовой бирже, для долей GmbH отсутствует организованный публичный рынок или рыночные цены. Поэтому, как правило, участник GmbH гораздо сильнее привязан к обществу, чем акционер к AG (*Schulz Martin, Wasmeier Oliver*. The Law of Business Organizations: a Concise Overview of German Corporate Law. Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2012. P. 80, 108).

регулирование должно осуществляться с помощью императивных правил, не допускающих ограничения права на информацию каким-либо образом в уставах, в том числе непубличных обществ, несмотря на то, что с ними законодатель сегодня связывает максимальную свободу.

С учетом изложенных выше соображений мы не можем согласиться с подходом законодателя, предусмотревшим в Законе № 233-ФЗ диспозитивное регулирование права на информацию в отношении непубличных обществ (об этом подробнее см. далее).

Императивность в регулировании права на информацию не следует смешивать с вопросом о возможности ограничения такого права самим законодателем и с целесообразностью такого ограничения.

Так, признавая ограниченный характер рассматриваемого права, американские исследователи отмечают, что отделение прав собственности на акции от управленческого контроля является одним из фундаментальных принципов корпоративного права, следовательно, права акционеров на изучение документов неизбежно должны быть ограничены из уважения к основному принципу, в силу которого за управление деятельностью корпорации отвечает совет директоров, а не акционеры¹. Американский подход совпадает с континентальным: вне зависимости от того, что лежит в основе индивидуального права на информацию — право членства или совместная собственность, оно должно уравниваться другими интересами (с одной стороны, интерес в осуществлении функций управления, которые не должны чрезмерно обременяться, с другой — интерес в сохранении конфиденциальности сведений); по этой причине право на информацию предоставлено не без ограничений и такие ограничения более выражены в публичных компаниях, чем в частных².

Правильность и обоснованность описанного подхода не вызывают у нас сомнений. Однако российский законодатель пришел к такому решению лишь с принятием Закона № 233-ФЗ. До этого в отечественном праве господствовал подход практически неограниченного права участников хозяйственных обществ на информацию³. И только

¹ *Lowenthal Mitchell A., MacKinnon Ari D.* Op. cit. P. 1.

² *Roth G.H., Kindler P.* Op. cit. P. 131. См. также: *Vutt Andres and Vutt Margit.* Op. cit. P. 60.

³ См., например: «Право участника общества [ООО] на ознакомление с документами общества является неограниченным» (постановление ФАС Московского округа от 6 марта 2012 г. по делу № А41-21750/11); «...пункт 2 статьи 91 Закона об акционерных обществах устанавливает безусловную обязанность акционерного общества предоста-

в Законе № 233-ФЗ законодатель установил серьезные ограничения на доступ к информации, которые будут проанализированы далее.

Основные модели регулирования права на информацию

Штаты Делавэр и Нью-Йорк (США). Право на изучение книг и записей корпорации в этих штатах предусмотрено как общим правом (common law), так и законодательными актами на уровне штатов. Общим правом рассматриваемое право обеспечивается независимо от существования какого-либо закона¹. Право на информацию, предусмотренное законами штатов, рассматривается как дополняющее право на информацию, предусмотренное общим правом, а не как ограничивающее или отменяющее его².

Как в соответствии с общим правом, так и в соответствии с законами штатов право на информацию не является абсолютным. В соответствии с общим правом оно подлежит ограничению, в силу которого изучение книг и записей должно осуществляться в надлежащее время, в надлежащем месте и в надлежащих целях³. Законами штатов также устанавливаются ограничения.

В штате Делавэр право акционеров публичных и закрытых⁴ корпораций на информацию регулируется § 220 «Изучение книг и запи-

вить акционеру по его требованию копии документов общества в порядке, определяемом статьями 89–91 Закона» (постановления ФАС Московского округа от 02.10.2013 по делу № А40-163867/12-153-1702, от 21.03.2012 по делу № А40-106865/11-106-503; АС Поволжского округа от 21.03.2016 № Ф06-6761/2016).

¹ См., например: *Stockholder's Right to Examine Corporation's Books* // *Business Law Journal*. Vol. 8. 1926. P. 337.

² См., например: *Eisenhofer Jay W., Barry Michael J.* Op. cit. P. 6-5, 6-10–6-11.

³ См., например: *Stockholder's Right to Examine Corporation's Books* // *Business Law Journal*. Vol. 8. 1926. P. 337; *Eisenhofer Jay W., Barry Michael J.* Op. cit. P. 6-6–6-8.

⁴ В соответствии с § 342 подразд. XIV «Закрытые корпорации; Специальные нормы» (Close Corporations; Special Provisions) указанного выше разд. 1 титула 8 Кодекса штата Делавэр под закрытой корпорацией понимается корпорация, устав которой предусматривает, что: 1) все выпущенные корпорацией акции не могут принадлежать большому числу лиц, чем это предусмотрено уставом (но не более 30); 2) все выпущенные корпорацией акции подпадают под одно или более ограничений в отношении обращения; 3) корпорация не может размещать ценные бумаги путем открытой подписки. Согласно § 341(b) положения разд. 1 применяются к закрытым корпорациям, за исключением случаев, когда подразд. XIV предусмотрено иное. Таким образом, положения вышеуказанного § 220 применяются к закрытым корпорациям постольку, поскольку в подразд. XIV отсутствуют на этот счет специальные правила. О применении § 220 акционерами закрытых корпораций см. также: *U.S. Corporate Law Materials. Presentation*

сей» (Inspection of books and records) подразд. VII «Собрания, выборы, голосование, уведомление» разд. 1 «Общий закон о корпорациях» (General Corporation Law) титула 8 «Корпорации» Кодекса штата Делавэр (Delaware Code) (далее – § 220, Закон о корпорациях Делавэра). Правило о доступе акционеров к информации в общем виде звучит следующим образом (§ 220(b)): каждый акционер, лично или через доверенное лицо или иного агента, по письменному требованию под присягой с указанием цели вправе в обычное рабочее время изучать с любой надлежащей целью, а также делать копии и выписки из: 1) реестра акционеров, списка акционеров и иных книг и записей и 2) книг и записей дочерних компаний¹. В соответствии с § 220(c) если корпорация отказывается предоставить доступ к документам или не отвечает на запрос в течение пяти рабочих дней, акционер вправе обратиться в Канцлерский суд с целью принудительного предоставления доступа. Суд может в порядке упрощенного производства принять решение о предоставлении корпорацией доступа к реестру акционеров, списку акционеров и другим документам и записям и разрешении делать копии или выписки из них; или суд может принять решение о предоставлении корпорацией акционеру списка акционеров на определенную дату при условии предварительной оплаты им разумных расходов на получение и предоставление такого списка и на иных подобных условиях, которые суд сочтет целесообразными.

Наряду с корпорациями в США также существуют компании с ограниченной ответственностью (далее – КОО), право на информацию которых в штате Делавэр регулируется § 18-305 «Доступ к информации и конфиденциальность информации; записи» подразд. III «Участники» разд. 18 «Закон о компаниях с ограниченной ответственностью» (Limited Liability Company Act) подтитула II «Другие законы, связанные с коммерческой деятельностью и торговлей» титула 6 «Коммерческая деятельность и торговля» Кодекса штата Делавэр (далее – § 18-305, Закон о КОО Делавэра)².

Согласно § 18-305(a) Закона о КОО Делавэра каждый участник КОО, лично или через доверенное лицо или иного агента, вправе с учетом разумных стандартов (включая стандарты, определяющие, какая информация и документы должны быть предоставлены, в какое

Materials and Selected Statute and Case Law Excerpts. 2011. С. 26 (http://www.arbitr.ru/_up/img/8B4729A66A4574D8B652815751AC0A68_USRF).

¹ Закон о корпорациях Делавэра (<http://delcode.delaware.gov/title8/c001/index.shtml>).

² Закон о КОО Делавэра (<http://delcode.delaware.gov/title6/c018/index.shtml>).

время, в каком месте и за чей счет), которые могут быть предусмотрены в соглашении участников КОО или иным образом установлены менеджером или, в случае отсутствия такового, участниками по мере необходимости получать от КОО по обоснованному требованию с любой целью, разумно связанной с его интересом как участника КОО, информацию, прямо предусмотренную вышеуказанным параграфом, а также прочую информацию о делах КОО, когда это справедливо и обоснованно. § 18-305(f) Закона о КОО Делавэра предусматривается, что в случае отказа КОО представить доступ к информации, указанной в § 18-305, или неполучения ответа на запрос в течение пяти рабочих дней (или более короткого или более длительного периода, предусмотренного соглашением участников КОО, но в любом случае не более 30 рабочих дней) участник вправе обратиться в Канцлерский суд с целью принудительного предоставления доступа. Суд может в порядке упрощенного производства принять решение о предоставлении КОО доступа к информации, указанной в § 18-305, и разрешении делать копии или выписки или о предоставлении КОО участнику информации при условии предварительной оплаты им разумных расходов на получение и предоставление такой информации и на иных подобных условиях, которые суд сочтет целесообразными. Суд может по своему усмотрению установить любые ограничения или условия получения информации или присудить иное подобное или другое средство защиты, которое сочтет справедливым и надлежащим.

Правила § 220 Закона о корпорациях Делавэра и § 18-305 Закона о КОО Делавэра обладают значительным сходством, однако между ними есть ключевое различие: § 18-305(g) Закона о КОО Делавэра содержит прямое указание на возможность диспозитивного регулирования права на информацию в соглашении участников КОО. Так, согласно указанной норме право участника КОО на информацию может быть ограничено в первоначальном соглашении участников КОО или в любой последующей поправке, одобренной или принятой всеми участниками, или в соответствии с любыми применимыми требованиями соглашения участников КОО. Однако какова в данном случае степень диспозитивности, мы увидим далее.

В штате Нью-Йорк право акционеров на информацию регулируется § 624 «Книги и записи; право на изучение; доказательство *prima facie*» (Books and records; right of inspection, *prima facie* evidence) ст. 6 «Акционеры» (Shareholders) Закона о корпорациях штата Нью-Йорк 1961 г. (New York Business Corporation Law) (далее — § 624, Закон о корпорациях Нью-Йорка), правила которого распространяются как на пуб-

личные, так и закрытые¹ корпорации. В соответствии с § 624(b)² любое лицо, которое является зарегистрированным акционером на момент письменного требования, представленного не менее чем за пять дней, вправе изучать лично или через агента или доверенное лицо в обычные рабочие часы протоколы заседаний акционеров и реестр акционеров и делать из них выписки в любых целях, разумно связанных с интересом такого лица как акционера. Согласно § 624(e) по письменному требованию любого акционера корпорация должна предоставить или направить ему годовой баланс и отчет о прибылях и убытках за предыдущий финансовый год, и, если какой-либо промежуточный баланс или отчет о прибылях и убытках был предоставлен акционерам корпорации или иным образом стал публично доступен, то и такой последний промежуточный баланс или отчет о прибылях и убытках. При отказе корпорации предоставить доступ к протоколам заседаний акционеров или реестру акционеров лицо, предъявившее соответствующее требование, может обратиться в верховный суд в судебном округе, в котором находится корпорация, с ходатайством о вынесении приказа, обязывающего корпорацию указать причины, по которым не должен быть вынесен приказ, разрешающий заявителю изучить документы. В день, когда судебный приказ должен быть возвращен, суд в порядке упрощенного производства заслушивает стороны с помощью affidavita или иным образом, и, если выяснится, что заявитель выполнил все необходимые требования и вправе изучить документы, выносит судебный приказ, обязывающий корпорацию предоставить доступ и предоставляющий иное дополнительное средство защиты, которое суд сочтет справедливым и надлежащим (§ 624(d) Закона о корпорациях Нью-Йорка).

Право на информацию участников КОО в штате Нью-Йорк регулируется § 1102 ст. 11 Закона о компаниях с ограниченной ответственностью штата Нью-Йорк³ (далее — § 1102, Закон о КОО Нью-Йорка).

Согласно § 1102(b) Закона о КОО Нью-Йорка любой участник может при условии соблюдения разумных стандартов, которые могут быть установлены в учредительном договоре или в соответствии с ним,

¹ Из § 620(c) Закона о корпорациях Нью-Йорка следует, что под закрытыми корпорациями понимаются корпорации, которые не зарегистрированы на национальной фондовой бирже и не котируются на внебиржевом рынке членом национальной или дочерней ассоциации рынка ценных бумаг.

² Закон о корпорациях Нью-Йорка (<http://public.leginfo.state.ny.us/lawssrch.cgi?NVLWO:>).

³ Закон о КОО Нью-Йорка (<http://public.leginfo.state.ny.us/lawssrch.cgi?NVLWO:>).

изучать и делать копии за свой счет с любой целью, разумно связанной с его интересом как участника, записи, упомянутые в § 1102, любую бухгалтерскую отчетность за три последних финансовых года и другую информацию о делах КОО, когда это справедливо и обоснованно. При этом в отличие от Закона о КОО Делавэра Закон о КОО Нью-Йорка прямо не предусматривает возможность диспозитивного регулирования в соответствующей сфере.

Таким образом, в законодательстве штатов Нью-Йорк и Делавэр право на информацию акционеры акционерных обществ и участники КОО вправе осуществлять по требованию, т.е. по мере возникновения у них такой необходимости. При этом в обоих штатах в качестве необходимого условия выдвигается требование об указании цели, с которой запрашивается информация. В случае отказа общества предоставить информацию или неполучения участником (акционером) ответа на запрос в установленный срок такой участник (акционер) вправе обратиться в суд с целью принудительного предоставления доступа.

Германия. Иная модель регулирования права на информацию в акционерных обществах закреплена в немецком законодательстве. Так, право акционеров на информацию предусмотрено § 131 «Право акционеров на информацию» Закона об акционерных обществах Германии 1965 г. (Aktengesetz, AktG) (далее — AktG)¹. Согласно § 131(1) AktG² каждому акционеру по его запросу правление должно предоставить на собрании акционеров информацию о деятельности компании, если она необходима для надлежащей оценки вопроса повестки дня. Иными словами, право акционера запрашивать информацию в германском праве реализуется во время собрания акционеров и так или иначе связано с повесткой дня³.

¹ AktG распространяется на акционерные общества, акции которых допущены и не допущены к обращению на бирже (см. § 3(2) AktG). Положения § 131 AktG являются общими для обоих видов акционерных обществ. С точки зрения российского права речь идет о различиях в статусе публичных и непубличных АО.

² Здесь и далее текст Aktg приводится в переводе с английского по: Stock Corporation Act of 6 September 1965 (Federal Law Gazette I, p. 1089), as last amended by Article 9 of the Act of 17 July 2017 (Federal Law Gazette I p. 2446) (URL: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_aktg/englisch_aktg.html).

³ «В одном из своих решений Федеральный конституционный суд Германии отметил, что подобное ограничение является допустимым и представляет собой сочетание эффективной реализации права на участие в компании и получения информации о ней. Ограничение права акционера на информацию может быть обусловлено ограничением его прав как участника компании» (Кузнецов В.А., Степанов Д.И. Указ. соч. С. 100).

В силу § 131(5) AktG акционер, которому было отказано в предоставлении информации, может потребовать, чтобы его вопрос и основание, по которому ему было отказано, были внесены в протокол собрания. Отказ в предоставлении информации может быть обжалован в судебном порядке. Процедура обжалования описывается в § 132 AktG. Согласно § 132(2) любой акционер, которому было отказано в предоставлении информации, а если по вопросу повестки дня, по которому была запрошена информация, было принято решение, то любой акционер, который принимал участие в собрании акционеров и чьи возражения внесены в протокол собрания акционеров, праве в течение двух недель с даты собрания акционеров, на котором было отказано в предоставлении информации, обратиться в суд с требованием о проверке обоснованности такого отказа. Такие требования рассматриваются региональным судом в том районе, где находится компания (§ 132(1)). Параграфом 132(4) устанавливается, что в случае удовлетворения требования акционера информация должна быть предоставлена ему даже вне собрания акционеров.

Кроме того, неправомерный отказ в предоставлении информации может также послужить основанием для оспаривания решения собрания акционеров в соответствии с § 243 AktG. Однако в силу § 243(4) решение собрания акционеров может быть оспорено по причине предоставления неправильной, неполной информации или отказа в предоставлении информации только в том случае, если рационально и обоснованно рассуждающий акционер рассматривал бы предоставление такой информации существенным для надлежащего осуществления им своих прав участия и членства¹. В качестве стандарта оценки

¹ В доктрине отмечается, что даже если суд откажет в иске и признает решение действительным, такой иск может повлечь значительные расходы для компании. Значительное число решений должно быть зарегистрировано в торговом реестре, чтобы вступить в силу (например, такие важные и срочные вопросы, как увеличение и уменьшение уставного капитала, заключение корпоративных соглашений). Как правило, регистрация откладывается до тех пор, пока не разрешен вопрос о решении. В некоторых случаях такое серьезное защитное право приводило к злоупотреблениям. Корыстные акционеры злоупотребляли своими правами на запрос информации, чтобы спровоцировать ошибки, а затем потребовать признания решения собрания недействительным в надежде, что компания попытается откупиться. Как правило, такие акционеры приобретали с этой целью лишь незначительное количество акций незадолго до собрания акционеров. Например, в одном известном деле акционер подал иск об оспаривании решения акционеров, касающегося уменьшения уставного капитала ответчика, инвестиционной компании, специализирующейся на инвестициях в недвижимость. Истец заявил о нарушении своих прав членства. На тот момент истец владел в общей сложности 47 акциями компании, что составляло 0,0253% от общего количества акций. Однако, как вы-

необходимости информации используется не субъективная позиция отдельно взятого акционера, чьи права нарушены, а берется средне-статистический акционер¹.

Таким образом, в Германии в судебном порядке можно обжаловать отдельно отказ правления AG в предоставлении информации, а можно оспорить решение собрания акционеров на основании неправомерного отказа в предоставлении информации.

Более широкое по своему объему право на информацию имеют участники GmbH в соответствии с Законом об обществах с ограниченной ответственностью Германии 1892 г. (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHG*) (далее – GmbHG). Согласно общему правилу, предусмотренному разд. 51a(1) GmbHG, каждому участнику по его запросу директора без неоправданной задержки должны предоставлять информацию о деятельности компании и давать им возможность изучать книги и документы компании². Следовательно, участники GmbH, в отличие от акционеров AG, наделены этим правом не только во время проведения общего собрания участников. Законом предусматривается, что каждый участник, которому не была предоставлена запрошенная информация или которому не было разрешено изучить материалы в соответствии с запросом, праве подать заявление в суд. При этом к решению суда относительно права на информацию или права изучать документы применяются *mutatis mutandis* отдельные положения AktG (разд. 51b

яснились в ходе рассмотрения дела, истинная причина иска состояла в том, чтобы убедить компанию вступить в мировое соглашение, по которому истцу в обмен на отказ от иска было бы передано еще 3500 акций. В своем решении от 23 января 2009 г. Высший земельный суд во Франкфурте отказал в иске об оспаривании решения и вместо этого предписал истцу возместить убытки компании по причине того, что его поведение было противным добрым обычаям и традициям. В целях борьбы с такой практикой немецкий законодатель для важных решений акционеров ввел специальную процедуру деблокирования (§ 246a AktG), которая позволяет при условии балансирования интересов сторон зарегистрировать решение акционеров даже в том случае, если производство по апелляционной жалобе еще не завершилось. В частности, применяется минимальный порог, согласно которому требуется, чтобы истец владел акциями номинальной стоимостью как минимум 1000 евро на дату созыва собрания акционеров (§ 246a(2) AktG) (см.: *Schulz Martin, Wasmeier Oliver*. Op. cit. P. 51).

¹ См.: *Мухалева О.В.* Указ. соч. С. 60 (прим. 27).

² Здесь и далее текст GmbHG приводится в переводе с английского языка по: Act on Limited Liability Companies, as consolidated and published in the Federal Law Gazette III, Index No. 4123-1, as last amended by Article 10 of the Act of 17 July 2017 (Federal Law Gazette I p. 2446) (URL: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gmbhg/englisch_gmbhg.html#p0009).

GmbHG). Из разд. 51a(3) GmbHG следует, что положения этого раздела не могут быть изменены уставом, следовательно, регулирование права на информацию участников GmbH (в отличие от регулирования соответствующего права в КОО штата Делавэр) должно рассматриваться как императивное.

Итак, главное отличие американской и германской моделей регулирования права на информацию в акционерных обществах (как публичных, так и закрытых) заключается в обстоятельствах его осуществления. Если в германской модели это право осуществляется на общем собрании акционеров, то американское корпоративное право не предоставляет отдельному акционеру право задавать вопросы на собрании акционеров корпорации в том смысле, что отсутствует корреспондирующая такому праву обязанность отвечать на каждый заданный вопрос¹. В рамках американской модели рассматриваемое право может быть заявлено в любое время исходя из потребностей акционера, но при условии надлежащей цели запроса.

Точно так же по мере необходимости право на информацию может осуществляться в американских КОО и германских GmbH. При этом правила Закона о КОО Делавэра диспозитивны.

Более подробно обозначенные модели будут рассмотрены далее.

Россия. В отечественном законодательстве право на информацию закреплено в абз. 3 п. 1 ст. 65.2 ГК РФ, в силу которого участники корпорации (участники, члены, акционеры и т.п.) вправе в случаях и в порядке, которые предусмотрены законом и учредительным документом корпорации, получать информацию о деятельности корпорации и знакомиться с ее бухгалтерской и иной документацией. Конкретизацию право на информацию участников хозяйственных обществ получает в законах о хозяйственных обществах.

Право акционеров на информацию предусмотрено ст. 91 Закона об АО и осуществляется по требованию акционера.

Так, в п. 1 указанной статьи предусмотрен базовый перечень документов, доступ к которым должен быть обеспечен акционерам как публичного, так и непубличного акционерного общества.

Пунктом 2 этой же статьи предусмотрен небольшой перечень документов (информация, касающаяся крупных сделок и сделок с заинтересованностью, протоколы заседаний совета директоров (наблюдатель-

¹ См.: *Zetsche Dirk A.* Explicit and Implicit System of Corporate Control – A Convergence Theory of Shareholder Rights (September 23, 2004). P. 46.

ного совета), отчеты оценщиков об оценке имущества, в отношении которого совершались крупные сделки и сделки с заинтересованностью), к которым обязано обеспечить доступ публичное АО по требованию акционера, владеющего не менее чем 1% голосующих акций, при условии наличия у него разумной деловой цели. Для акционера, владеющего не менее 25%, требование об указании деловой цели отсутствует (п. 4).

В силу п. 5 акционер, владеющий не менее чем 25% акций, также без указания деловой цели может получить доступ к документам бухгалтерского учета и протоколам заседаний коллегиального исполнительного органа. Однако уставом общества может быть предусмотрено и меньшее количество акций, необходимых для доступа к таким документам (п. 6).

Для непубличных АО ст. 91 Закона об АО предусмотрены некоторые особенности. Так, согласно п. 3 если акционер непубличного АО владеет не менее чем 1% голосующих акций, то по умолчанию (если иное не предусмотрено по единогласному решению всех акционеров уставом или акционерным соглашением, сторонами которого являются все акционеры) общество обязано обеспечить такому акционеру при условии наличия разумной деловой цели доступ не только к документам, предусмотренным п. 2, но и к иным документам общества, за исключением документов бухгалтерского учета и протоколов заседаний коллегиального исполнительного органа. Кроме того, непубличные общества вправе полностью исключить применение правил ст. 91 Закона об АО, предусмотрев в уставе по единогласному решению всех акционеров иные условия и (или) порядок предоставления доступа к информации, в том числе сроки и минимальное количество акций, необходимое для получения всех или определенной категории документов (п. 13).

Меньшей детализацией отличается регулирование права на информацию в обществах с ограниченной ответственностью, содержащееся в ст. 50 Закона об ООО. В силу п. 2 указанной статьи общество по требованию его участника обязано обеспечить ему доступ к документам, прямо названным в данном пункте, и к иным документам, предусмотренным законодательством, уставом, внутренними документами общества, решениями общего собрания участников, совета директоров (наблюдательного совета) и исполнительных органов общества.

В России обязанность общества отвечать на заданные на общих собраниях вопросы в том виде, в котором она существует в германских AG, законом не предусмотрена, соответственно, непредоставление

информации на собрании как самостоятельное основание для обжалования решения собрания не предусматривается¹.

В случае непредоставления, а равно нарушения порядка и (или) сроков предоставления хозяйственным обществом по требованию участника информации (в том числе непредставление информации об отсутствии документа) такое общество может быть привлечено к административной ответственности на основании ч. 1 ст. 15.19, ч. 2 и 11 ст. 15.23.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ) (п. 7 и 8 Информационного письма № 144). Самостоятельная ответственность установлена ст. 14.36 КоАП

¹ В соответствии с п. 7 ст. 49 Закона об АО акционер вправе обжаловать в суд решение собрания, если таким решением нарушены его права и (или) законные интересы. Аналогичное правило предусмотрено и в отношении ООО в п. 1 ст. 43 Закона об ООО. Пленум ВАС РФ в своем постановлении от 18 ноября 2003 г. № 19 «О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об акционерных обществах»» (далее – Постановление Пленума № 19) указал, что иск о признании решения общего собрания недействительным подлежит удовлетворению, если допущенные нарушения требований Закона об АО, иных правовых актов или устава общества ущемляют права и законные интересы акционера, голосовавшего против этого решения или не участвовавшего в общем собрании акционеров. Нарушение прав и (или) законных интересов должно быть результатом нарушения при принятии решения требований закона, иных правовых актов или устава общества, в то время как нарушение права на информацию (в рассматриваемом нами, узком, смысле), которое регулируется ст. 91 Закона об АО и ст. 50 Закона об ООО, по всей вероятности, не будет рассматриваться судом как такое нарушение. В судебных актах по оспариванию решений общих собраний ссылки на ст. 91 Закона об АО и ст. 50 Закона об ООО встречаются в основном в связи с рассмотрением вопроса о соблюдении срока исковой давности по требованию о признании недействительным решения общего собрания, который начинает течь со дня, когда участник (акционер) узнал или должен был узнать о принятом решении и об обстоятельствах, являющихся основанием для признания его недействительным. См., например: постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 24.08.2006 № А19-9841/06-53-Ф02-4015/06-С2 по делу № А19-9841/06-53 («Истец вправе был знакомиться с документами общества (статьи 89, 91 Федерального закона «Об акционерных обществах») и, действуя разумно, заботливо и осмотрительно, должен был узнать о решениях, принятых годовым общим собранием акционеров от 27.07.2004, не позднее срока, установленного для проведения следующего годового собрания акционеров (п. 1 ст. 47 Федерального закона «Об акционерных обществах»), т.е. не позднее 01.07.2005»); постановление АС Поволжского округа от 22.10.2014 № Ф06-16088/2013 по делу № А12-24938/2013. В Постановлении Пленума № 19 в качестве примеров нарушений Закона об АО, которые могут служить основаниями для удовлетворения исков о признании недействительным решения общего собрания акционеров, называется в том числе несвоевременное извещение (неизвещение) акционера о дате проведения общего собрания (п. 1 ст. 52 Закона об АО), непредоставление акционеру возможности ознакомиться с необходимой информацией (материалами) по вопросам, включенным в повестку дня собрания (п. 3 с. 52 Закона об АО). Однако, как было обозначено в вводных замечаниях к настоящей статье, получение такой информации выходит за рамки понимания права на информацию в узком смысле.

за непредставление или несвоевременное представление участникам (акционерам, членам, учредителям) юридического лица документов о споре, связанном с созданием юридического лица, управлением им или участием в нем. Поводом к возбуждению дела об административном правонарушении может стать в том числе сообщение или заявление участника хозяйственного общества (п. 3 ч. 1 ст. 28.1 КоАП).

Нарушение права на информацию может также послужить основанием для обращения участника (акционера) в суд с требованием о предоставлении необходимой ему информации. В п. 21 Информационного письма № 144 обращается внимание на то, что споры по искам участников и бывших участников хозяйственных обществ о предоставлении им обществами информации в силу ст. 225.1 АПК РФ относятся к корпоративным спорам. Данное разъяснение «находится в общем русле концепции, положенной в основу главы 28.1 АПК РФ, а именно стремления сосредоточить рассмотрение всех корпоративных споров в арбитражном суде по специальным правилам: о подсудности, об уведомлении сторон и т.д.»¹.

В российском правопорядке не предусмотрена возможность рассмотрения требований акционеров (участников) хозяйственных обществ в упрощенном порядке, однако, как отметил КС РФ в Определении № 8-О-П, не исключается правомочие федерального законодателя установить особенности судебной процедуры по спорам соответствующего рода. Такая процедура, как представляется, может иметь особое значение, когда цель запроса документов состоит в подготовке участника к предстоящему общему собранию участников.

Еще одним возможным последствием нарушения права участника общества на информацию может стать неустойка, предусмотренная уставом общества. В п. 22 проекта Информационного письма № 144 указывалось, что в тех случаях, когда в устав хозяйственного общества включено положение об ответственности общества за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанности по предоставлению участнику общества информации в виде уплаты определенной денежной суммы, судам при рассмотрении споров о взыскании такой денежной суммы следует применять правила § 2 гл. 23 ГК РФ о неустойке. Несмотря на то что данное положение в окончательный вариант Инфор-

¹ Кузнецов А.А. Комментарий к информационному письму Президиума ВАС РФ от 18 января 2011 г. № 144 «О некоторых вопросах практики рассмотрения арбитражными судами споров о предоставлении информации участниками хозяйственных обществ» // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2011. № 5 (далее – Кузнецов А.А. Комментарий к Информационному письму № 144). С. 567.

мационного письма № 144 не вошло, это само по себе не означает, что Президиум ВАС РФ занял по данному вопросу отрицательную позицию¹.

Итак, в российском акционерном законодательстве право на информацию осуществляется по запросу акционера вне связи с общим собранием, что сближает российское регулирование с американской моделью. Сходство проявляется и в том, что Законом № 233-ФЗ введено требование об указании акционером деловой цели запроса. Отличает российский подход предусмотренная Законом об АО зависимость объема права акционера на информацию от количества принадлежащих ему акций, а также возможность для непубличных АО полностью исключить применение правил Закона об АО, предусмотрев в уставе иные условия и порядок предоставления доступа к информации.

Что касается ООО, то регулирование в данной сфере по-прежнему не содержит требования об указании деловой цели запроса. Кроме того, в отличие от непубличных АО применительно к ООО Законом № 233-ФЗ не сделана оговорка о возможности установления иных правил в уставе². Поэтому с учетом системного толкования, а также исходя из общего смысла и назначения права на информацию, как это обсуждалось выше, нормы Закона об ООО в рассматриваемой части предлагается оценивать как императивные. С этой точки зрения российский подход в данном вопросе скорее близится к подходу германского законодателя, который регулирует право на информацию участников GmbH с помощью императивных норм и не содержит прямого требования надлежащей цели запроса.

Субъект права на информацию

Штаты Делавэр и Нью-Йорк (США). Согласно § 220 Закона о корпорациях Делавэра право на информацию принадлежит любому акционеру независимо от количества акций и периода владения ими³. Понятие «акционер» включает в себя не только зарегистрированного держателя акций, но также и бенефициарного собственника акций,

¹ См.: Кузнецов А.А. Комментарий к Информационному письму № 144. С. 567.

² Соответствующая оговорка в отношении ООО была предусмотрена законопроектом Минюста России и проектом поправок Минэкономразвития России.

³ См., например: *McIntyre Megan D.* The Stockholder's Statutory Right to Inspect Corporate Books and Records // Grant & Eisenhofer P.A. 2010. P. 2 (http://www.gelaw.com/wp-content/uploads/2015/02/Books_and_Records.pdf); *Welch Edward P., Turezyn Andrew J., Saunders Robert S.* Op. cit. P. 557).

которые находятся в голосующем трасте или у номинального держателя в интересах бенефициарного собственника (§ 220(a)(1)).

Наличие у лица статуса акционера имеет значение в том числе на стадии рассмотрения дела в суде. В литературе отмечается, что истец, который обратился в суд и был акционером на момент направления требования о предоставлении информации и подачи жалобы в суд, однако утратил статус акционера на момент рассмотрения дела в результате слияния, не утрачивает права на рассмотрение дела лишь на том основании, что произошло слияние. В то же время слияние или иной выход акционера из корпорации могут поставить под сомнение преследуемую истцом цель или иным образом ограничить средство правовой защиты, которым обладает акционер. Например, если целью истца было разобраться в том, было ли досудебное требование отклонено неправомерно, и помочь истцу выполнить необходимые условия для подачи косвенного иска, эта цель ставится под вопрос, поскольку возможность подачи косвенного иска утрачивается¹.

Акционерами для целей § 624 Закона о корпорациях Нью-Йорка признаются зарегистрированные акционеры на дату требования независимо от срока владения акциями и их количества. Держатели доверенностей на право голосования (*voting trust certificates*) также признаются акционерами (§624(b))².

В силу законов о КОО Делавэра и Нью-Йорка право на информацию по общему правилу также принадлежит только участникам КОО. Ни тем, ни другим законом какие-либо требования к размеру доли участника КОО в уставном капитале КОО и периоду владения ею не предусмотрены. При этом в штате Делавэр в силу прямого указания закона лица, не являющиеся участниками КОО, могут получить те или иные права доступа к информации в соответствии с соглашением участников КОО или другим соглашением (например, соглашением участников КОО может быть установлена обязанность КОО предоставлять отчеты и другие документы (в частности, финансовую отчетность и налоговые декларации) залоговому кредитору или другим держателям долей в КОО на регулярной основе; кредитный договор, стороной которого является КОО, может предусматривать получение кредитором регулярных отчетов о финансовом положении компании)³.

¹ *Welch Edward P., Turezyn Andrew J., Saunders Robert S.* Op. cit. P. 556–557.

² См. также: *Lowenthal Mitchell A., MacKinnon Ari D.* Op. cit. P. 4.

³ См.: *Symonds Robert L., Jr. & Matthew J. O’Toole, Symonds & O’Toole on Delaware Limited Liability Companies* § 12-07 (2d. ed. 2018). P. 12-20–12-21, 12-34–12-35.

Германия. Аналогично американской модели германский законодатель ни в AktG, ни в GmbHG не предусматривает требований к размеру участия в капитале общества и сроку владения долей (акциями) для реализации права на информацию. Каждый акционер вправе осуществлять данное право независимо от количества принадлежащих ему акций и наличия у него права голоса¹. Мажоритарий обладает такими же информационными правами, как миноритарий^{2,3}.

В корпоративном праве Германии право на информацию рассматривается как индивидуальное право⁴ миноритарного акционера⁵, т.е. право, которое принадлежит каждому акционеру, обладающему хотя бы одной акцией. Признается, что наиболее важное индивидуальное право участия – это право участвовать в голосовании (§ 12, § 134 AktG), что, в свою очередь, подразумевает право принимать участие в собрании (§ 118 AktG). Чтобы акционеры могли наилучшим образом использовать свое право участвовать в голосовании, немецкое право придает большое значение тому, чтобы акционеру была предоставлена необходимая информация. Поэтому на собрании акционеров любой акционер вправе запрашивать информацию, если и постольку, поскольку такая информация необходима для надлежащей оценки вопроса повестки дня⁶.

¹ *Meilicke H., Heidel T.* Das Auskunftsrecht des Aktionärs (Teil I). – Deutsches Steuerrecht 1992, S. 73 (приводится по: *Vutt Andres and Vutt Margit.* Op. cit. P. 61).

² *Fleischer H., Goette W.* (Herausg). Münchener Kommentar zum GmbH Gesetz. I. Auflage 2012, § 51a, Rn 5-6 (приводится по: *Vutt Andres and Vutt Margit.* Op. cit. P. 61).

³ См. также: *Berger Don.* Shareholder Rights Under the German Stock Corporation Law of 1965, 38 Fordham L. Rev. 687 (1970). P. 737; *Baums Theodor, Schmitz Rainer.* Shareholder Voting in Germany (February 1999). P. 16 (<https://www.jura.uni-frankfurt.de/43029883/paper76.pdf>; Schmiegelt/Schmidt in: Prinz/Winkeljohann (Hrsg.). Beck'sches Handbuch der GmbH. 5. Auflage 2014. § 3. Rn. 65 (приводится по: *Мухалева О.В.* Указ. соч. С. 61).

⁴ Индивидуальным правам миноритарных акционеров противопоставляются коллективные права, осуществление которых требует наличия определенного количества акций, например: право обратиться с просьбой о проведении аудита, право требовать возмещения убытков или компенсации потерь от членов правления, наблюдательного совета или третьих лиц, неправомерно использовавших свое влияние на компанию, право требовать созыва собрания акционеров, право требовать включения вопросов в повестку дня и др. (об этом подробнее см.: *Schulz Martin, Wasmeier Oliver.* Op. cit. P. 52–53).

⁵ Применительно к американскому праву см.: *Eisenhofer Jay W., Barry Michael J.* Op. cit. P. 6-66 (Первоочередной целью законов, предусматривающих право доступа к документам компании, является защита мелких и миноритарных акционеров против ненадлежащего управления и неблагонадежности их агентов и сотрудников путем предоставления акционеру простой, практически выполнимой и эффективной процедуры получения доступа к книгам и записям корпорации).

⁶ См.: *Schulz Martin, Wasmeier Oliver.* Op. cit. P. 50–51.

Кроме того, § 131(4) AktG предусматривается, что, если информация была предоставлена акционеру в силу его статуса акционера за рамками собрания акционеров, такая информация по общему правилу должна быть предоставлена по запросу любому другому акционеру на собрании акционеров, даже если такая информация не является необходимой для надлежащей оценки вопросов повестки дня. Данное правило направлено на обеспечение равного отношения ко всем акционерам¹.

Применительно к странам континентального права в доктрине отмечается, что право на информацию, наряду с такими правами участия, как права присутствия и выступления (*rights to attend and speak*), может или должно оставаться независимым от процента долевого участия. Значение таких прав участия и права на информацию усматривается прежде всего в представлении миноритарным акционерам возможности влиять на решение в своих интересах. Однако там, где блокировка большинством непоколебима, более глубокое значение этих прав заключается в примирении миноритарного акционера с решением большинства, поскольку процесс принятия решения, который был открыт для него, должен убедить его в правильности, обоснованности и серьезности решения большинства или по крайней мере в его легитимности. Признается, что это имеет больше психологический аспект, который тем не менее не должен недооцениваться, поскольку он в конечном счете означает также признание членских прав миноритария, что важно².

Вопрос о том, обладает ли правом на информацию бывший участник, может иметь значение только для участников КОО, поскольку акционеры могут получать информацию только на общем собрании и только действующие акционеры имеют право посещать собрания. В отношении КОО в германской литературе отмечается, что бывший участник имеет ограниченный доступ к документам компании или другой внутренней информации. Чтобы получить информацию, он должен доказать, что у него есть особый законный интерес. В частности, высказывается мнение, что единственный интерес, который может иметь участник, исключенный из компании, после такого исключения, это интерес в получении информации о стоимости его доли с целью удостовериться в справедливости денежной компенсации³.

¹ См.: *Baums Theodor, Schmitz Rainer*. Op. cit. P. 17.

² См.: *Roth Günter H., Kindler Peter*. Op. cit. P. 133.

³ *Kiethe K*. Das Informationsrecht des ausscheidenden GmbH-Gesellschafters // *Deutsches Steuerrecht* 1993. S. 1714 (приводится по: *Vutt Andres and Vutt Margit*. Op. cit. P. 68).

Таким образом, как в праве штатов Нью-Йорк и Делавэр, так и в немецком корпоративном праве право на информацию не зависит ни от размера доли участия в капитале корпорации, ни от срока владения ею. Применительно к американскому праву справедливо будет упомянуть, что в законодательстве отдельных штатов в противоположность штатам Нью-Йорк и Делавэр устанавливаются дополнительные требования к минимальному количеству акций и (или) сроку владения ими. Более того, аналогичные требования ранее были предусмотрены и Законом о корпорациях Нью-Йорка¹, что мотивировалось недопустимостью злоупотребления правом со стороны тех, кто проявляет излишнее любопытство². Однако правовое регулирование не может выстраиваться исходя из презумпции недобросовестного поведения участников правовых отношений, в силу чего, учитывая в том числе исключение соответствующих требований из Закона о корпорациях Нью-Йорка, постановка права на информацию в зависимость от размера доли участия и срока владения ею представляется нам необоснованной.

Россия. В российском праве правом на информацию обладают участники хозяйственных обществ (акционеры, участники)³.

Применительно к АО указанное правило получило детализацию в указании Банка России от 22 сентября 2014 г. № 3388-У «О дополнительных требованиях к порядку предоставления документов, предусмотренных пунктом 1 статьи 89 Федерального закона «Об акционерных обществах», и порядку предоставления копий таких документов» (далее — Указание № 3388-У), которое действует в части, не противоречащей Закону № 233-ФЗ. В частности, в соответствии с п. 2 Указания № 3388-У правомочными требовать предоставления информации лицами признаются акционеры и лица, реализующие права по акциям, а также их представители, а в случае использования в отношении АО

¹ Так, в соответствии с ранее действующей редакцией Закона о корпорациях Нью-Йорка правом на информацию обладали акционеры, которые являлись зарегистрированными акционерами не менее 6 месяцев до даты запроса либо обладали не менее чем 5% акций. См., например: *Kessler Robert A.* Op. cit. P. 20 (note 78), 22. Аналогичное правило содержалось и в ранее действующем Законе об акционерных обществах штата Нью-Йорк. См.: *Bienvenido C. Estuar.* The nature and extent of the right of a stockholder to inspect the books of a corporation // 17 *Philippine Law Journal* 105–127. 1937–1938. P. 107, 110.

² См., например: *Eisenhofer Jay W., Barry Michael J.* Op. cit. P. 6–11 (note 41).

³ См. абз. 1 п. 13 Информационного письма № 144: «Поскольку право требовать предоставления информации принадлежит только участникам хозяйственного общества, до исполнения обязанности по предоставлению информации общество вправе запросить у лица, требующего предоставления информации, доказательства, подтверждающие наличие у него статуса участника этого общества».

«золотой акции» — также представители Российской Федерации, субъекта Российской Федерации или муниципального образования.

Российской судебной практикой признается, что требование о наличии статуса участника хозяйственного общества имеет значение на стадии рассмотрения дела, но совершенно справедливо допускаются и исключения из общего правила. Так, согласно позиции Президиума ВАС РФ, изложенной в п. 6 Информационного письма № 144, не могут быть удовлетворены требования лица об обязанности хозяйственного общества предоставить информацию, если на момент рассмотрения дела такое лицо не является участником хозяйственного общества; однако лицо, которому ООО обязано выплатить действительную стоимость приобретенной обществом доли в своем уставном капитале (ст. 23 Закона об ООО), а также лицо, у которого были выкуплены акции открытого АО в порядке, предусмотренном ст. 84.8 Закона об АО, вправе требовать предоставления информации о деятельности общества, связанной соответственно с определением действительной стоимости доли, подлежащей выплате обществом, либо с определением цены выкупленных акций¹. Как можно было проследить, описанного подхода придерживаются и избранные нами правопорядки.

Вместе с тем важным отличием российской модели регулирования права на информацию в АО, получившим еще большее развитие с принятием Закона № 233-ФЗ, являются требования к минимальному количеству акций, которыми должен обладать акционер, запрашивающий ту или иную информацию. Данные требования будут подробно рассмотрены далее при обсуждении критериев ограничения доступа к информации.

Требования к запросу информации

Штаты Делавэр и Нью-Йорк (США). Согласно § 220(b) Закона о корпорациях Делавэра запрос должен быть сделан акционером в письменном виде, под присягой и направлен по юридическому адресу корпорации в штате Делавэр или по основному месту ведения бизнеса. В соответствии с § 624 Закона о корпорациях Нью-Йорка акционер также должен сделать письменный запрос.

¹ Данные исключения обоснованы необходимостью «предотвратить появление судебных споров, касающихся выплаты стоимости доли или выкупленных акций, поскольку участник, получив соответствующую информацию, может отказаться от обращения в суд» (Кузнецов А.А. Комментарий к Информационному письму № 144. С. 555).

В литературе отмечается, что при составлении запроса о предоставлении информации акционер должен показать, что он соответствует всем требованиям, предусмотренным применимым правом. Если какой-то вопрос не урегулирован применимым правом, лицу, делающему запрос, следует исходить из соображений «разумности». Например, если законом не предусматривается время и место изучения документов, запрос должен быть разумным в отношении испрашиваемого времени и места изучения документов¹. В соответствии с критерием «разумного времени» акционер не может сделать запрос, который будет чрезмерно обременительным для корпорации или негативным образом повлияет на ее деловую активность. Акционер должен предоставить корпорации достаточное время, чтобы выполнить запрос (в соответствии с § 624(b) Закона о корпорациях Нью-Йорка запрос должен быть сделан не менее чем за пять дней). Данный критерий «разумного времени» не часто становится предметом судебного спора — в большинстве случаев стороны способны самостоятельно договориться о времени изучения документов².

Крайне важно конкретизировать в требовании перечень запрашиваемых документов и цель, с которой они запрашиваются³. Даже если возможность изучения конкретной категории документов прямо предусмотрена законом (или общим правом), акционер должен показать, что запрашиваемые документы непосредственно связаны с целью запроса⁴. Иными словами, акционеру следует приложить немалые усилия, чтобы надлежащим образом изложить свое требование. Максимально подробно ему нужно обозначить цель запроса, а перечень запрашиваемых документов должен быть адаптирован к этой цели и ни один документ не должен запрашиваться просто так.

Дополнительное требование к запросу может быть предъявлено корпорацией в силу § 624(c) Закона о корпорациях Нью-Йорка: корпорация может в качестве условия осуществления права на информацию потребовать предоставления affidavita о том, что цель, с которой акционер хочет изучить документы, не противоречит интересам корпорации, и он в течение пяти лет не продавал и не предлагал к продаже какой-либо список акционеров любой корпорации любого типа или

¹ *Eisenhofer Jay W., Barry Michael J.* Op. cit. P. 6-62.16–6-62.17.

² *Ibid.* P. 6–15.

³ См., например: *Eisenhofer Jay W., Barry Michael J.* Op. cit. P. 6-14, 6-62.17; *McIntyre Megan D.* Op. cit. P. 2.

⁴ *Eisenhofer Jay W., Barry Michael J.* Op. cit. P. 6-63.

вида независимо от того, создана ли она в соответствии с законодательством штата, и не содействовал кому-либо в получении любого такого списка для любых подобных целей. Такое подтверждение корпорация может потребовать только в отношении материалов, запрашиваемых в соответствии с § 624(b), т.е. протоколов заседаний акционеров и реестра акционеров, и не может потребовать в отношении финансовой отчетности, запрашиваемой в соответствии с § 624(e)¹.

Из § 18-305(e) Закона о КОО Делавэра следует, что требование должно быть сделано в письменной форме и должно содержать указание на цель запроса информации. При этом запрашиваемая информация должна быть разумно связана с интересом участника как участника КОО (§ 18-305(f)). Кроме того, требования к запросу информации могут быть предусмотрены соглашением участников КОО (например, в отношении того, где, когда и кому должен быть передан запрос, или в отношении предварительного уведомления)².

Аналогично из Закона о КОО Нью-Йорка следует, что при запросе информации участник должен указать цель запроса, которая должна быть разумно связана с интересом участника как участника КОО.

Германия. В силу §131(1) AktG право на информацию должно быть заявлено акционером на собрании³. По этой причине к праву запрашивать информацию равным образом применяются ограничения, направленные на обеспечение должного порядка проведения собрания акционеров⁴. Так, в силу §131(2) AktG председатель собрания регламентом собрания согласно §129 AktG⁵ может быть уполномочен ограничивать количество вопросов и время выступления акционеров в случае необходимости и устанавливать соответствующие правила⁶.

¹ См., например: *Lowenthal Mitchell A., MacKinnon Ari D.* Op. cit. P. 3.

² См.: *Symonds Robert L., O'Toole Jr. & Matthew J.* Op. cit. P. 12-23–12-24.

³ См., например: *Roth Günter H., Kindler Peter.* Op. cit. P. 132; *Cahn Andreas, Donald David C.* Comparative Company Law: Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA. N.Y.: Cambridge University Press, 2010. P. 511–512.

⁴ См.: *Roth Günter H., Kindler Peter.* Op. cit. P. 132.

⁵ В соответствии с §129(1) AktG собрание акционеров большинством в три четверти голосов акционеров, принимающих участие в собрании, может принять решение об утверждении регламента собрания акционеров, включающего в себя правила подготовки и проведения собрания акционеров.

⁶ Данное правило вступило в силу 1 ноября 2005 г. и объясняется тем, что в Германии собрание акционеров все больше становится дискуссионной площадкой для профессиональных акционеров, которые провоцируют ошибки председательствующего,

В доктрине отмечается, что вопросы могут быть заданы как в устной, так и в письменной форме. Уставом нельзя исключить право задавать устные вопросы. При этом акционер не обязан объяснять причины своего вопроса, равно как не обязан заявлять о своем вопросе до собрания. Однако если вопрос сложный, он должен проинформировать правление до собрания, чтобы оно имело возможность подготовить ответ, в противном случае он рискует не получить ответ¹.

В отличие от AG участнику GmbH для осуществления своего права на информацию в силу разд. 51a(1) GmbHG по общему правилу необходимо подготовить письменный запрос. При этом участник GmbH не обязан конкретизировать цель своего запроса.

Россия. До вступления в силу Закона № 233-ФЗ ни в ГК РФ, ни в законах о хозяйственных обществах не содержалось каких-либо требований, обязывающих участников хозяйственных обществ, публичных или непубличных, раскрывать цель запроса², следовательно, последние не были связаны и необходимостью обосновывать наличие связи между запрашиваемыми документами и целью запроса.

Напротив, с момента вступления в силу Закона № 233-ФЗ акционеры публичных и непубличных АО должны указать деловую цель запроса. Несоблюдение указанного требования, равно как и неразумность цели либо явное несоответствие состава и содержания запрошенных документов указанной в запросе цели, может послужить основанием

чтобы затем подать иск против корпорации. Поэтому данное правило направлено на повышение качества проведения собраний акционеров. Об этом см.: *Michael Arnold, Wölflé Andreas*. Defining the rights of shareholders // *International Financial Law Review* 25(5), 26-26. 2006. P. 26.

¹ См.: *Baums Theodor, Schmitz Rainer*. Op. cit. P. 16. Автор также отмечает, что в соответствии с § 131(2) AktG предоставляемая информация должна соответствовать принципам добросовестного и точного учета. Поэтому члены правления должны отвечать на вопросы подробно и достоверно. Поскольку право на информацию было бы неэффективным, если бы правление могло оставить вопрос без ответа только на том основании, что оно не может ответить без подготовки, право на информацию распространяется на все вопросы, в отношении которых правление может предоставить информацию с помощью компетентного персонала или документов. Правление должно быть готово воспользоваться ими. В то же время, несмотря на надлежащую подготовку, может случиться так, что правление не сможет ответить на вопрос, особенно если он очень узкоспециальный и не мог ожидаться. В этом случае, если правление не ответит, оно не нарушит право на информацию.

² См. п. 1 Информационного письма № 144: «при реализации своего права на получение информации участники хозяйственных обществ не обязаны раскрывать цели и мотивы, которыми они руководствуются, требуя предоставления информации об обществе, а также иным образом обосновывать наличие интереса в получении соответствующей информации, за исключением случаев, вытекающих из закона».

для отказа АО в доступе к документам и информации (п. 8 ст. 91 Закона об АО). Однако такая обязанность возникает лишь у отдельной категории акционеров (владельцев не менее 1% акций, но менее 25%) при запросе отдельных видов документов.

В этом, как обсуждалось ранее, состоит сходство российского регулирования с американской моделью с тем, однако, исключением, что российские непубличные АО могут исключить применение вышеуказанного требования в силу п. 13 ст. 91 Закона об АО.

Что касается ООО, то российский закон, как и в Германии, не требует от участника ООО указывать цель запроса документов.

Виды запрашиваемой информации и документов

Штаты Делавэр и Нью-Йорк (США). Право на изучение документов, предусмотренное общим правом, распространяется на все книги и записи корпорации, в то время как законодательством отдельных штатов предусматривается возможность изучения лишь отдельных категорий документов¹. Таким образом, категории документов, доступ к которым обеспечивается общим правом, и категории документов, доступ к которым предусмотрен законом, различаются, хотя и могут частично совпадать².

В штате Делавэр формальные ограничения в отношении категорий документов, доступ к которым может запросить акционер, отсутствуют. В § 220(b) Закона о корпорациях Делавэра указывается, что акционер вправе изучать с любой надлежащей целью, а также делать копии и выписки из реестра акционеров, списка акционеров и иных книг и записей и книг и записей дочерних компаний.

Как следует из изложенного выше, право на изучение документов и записей публичных и непубличных АО в штате Делавэр распространяется в том числе на книги и записи дочерних компаний. Однако акционеры вправе рассчитывать на доступ к таким книгам и записям при определенных условиях, а именно в той мере, в которой:

а. такие записи находятся в фактическом владении корпорации; или

б. корпорация может получить такие записи путем осуществления контроля над такой дочерней компанией при условии, что на дату требования:

¹ *Eisenhofer Jay W., Barry Michael J.* Op. cit. P. 6-62.19.

² *Lowenthal Mitchell A., MacKinnon Ari D.* Op. cit. P. 5.

1) изучение акционером таких книг и записей не нарушает соглашение между корпорацией или дочерней компанией и лицом или лицами, не связанными с корпорацией, а также

2) дочерняя компания не вправе в соответствии с применимым правом отказать корпорации в доступе к таким книгам и записям по требованию корпорации (см. § 220(b)(2)).

Само понятие «дочерняя компания» означает любое юридическое лицо, которое прямо или косвенно, полностью или частично принадлежит корпорации, акционером которой является запрашивающий акционер, и находится под ее прямым или косвенным контролем и включает без ограничений, корпорации, товарищества, коммандитные товарищества, товарищества с ограниченной ответственностью, компании с ограниченной ответственностью, доверительные трасты, учрежденные специальным законом, и (или) совместные предприятия (§ 220(a)(2)). При этом нужно понимать, что для подтверждения права на доступ к документам дочерней компании недостаточно просто подтвердить, что материнская компания осуществляет прямой или косвенный контроль за деятельностью дочернего предприятия, такой доступ может быть предоставлен только в том случае, если путем осуществления такого контроля материнская компания может потребовать, чтобы были предоставлены документы для изучения акционером (*Weinstein Enterprises, Inc. v. Orloff*, 2005 WL 670738 (Del. Mar. 21, 2005))¹.

Открытым является и перечень документов, доступных для участников КОО в штате Делавэр. Так, в силу § 18-305(a) Закона о КОО Делавэра участник вправе потребовать: 1) достоверную и полную информацию о деловом и финансовом положении КОО; 2) копии налоговых деклараций по налогу на прибыль за каждый год; 3) актуальный список участников и менеджеров; 4) копию любого письменного соглашения участников КОО и свидетельства об учреждении и всех поправок к нему; 5) достоверную и полную информацию, касающуюся суммы денежных средств, описания и согласованной стоимости любого другого имущества или услуг, которые были предоставлены каждым участником и которые каждый участник согласился внести в будущем, а также дат, когда каждый стал участником; и 6) прочую информацию о делах КОО, когда это справедливо и обоснованно.

В доктрине отмечается, несмотря на то, что согласно буквальному тексту закона право на информацию не распространяется на докумен-

¹ См.: *Eisenhofer Jay W., Barry Michael J.* Op. cit. P. 6-32–6-33; *McIntyre Megan D.* Op. cit. P. 5, note 6.

ты дочерних организаций и компаний, в которые инвестирует КОО, в некоторых ситуациях документы, касающиеся других лиц и организаций, могут стать документами самой КОО, на которые по умолчанию распространяется § 18-305. Более того, доступ к документам организации, формально отличной от КОО, можно получить, если есть основания не принимать во внимание отдельное существование такой организации¹.

Параграф 624 Закона о корпорациях Нью-Йорка предоставляет акционерам доступ лишь к отдельным видам информации. Как указывалось ранее, в соответствии с § 624(b) акционер может получить протоколы заседаний акционеров и реестр акционеров, а § 624(e) предоставляет возможность получить годовой баланс и отчет о прибылях и убытках за предыдущий финансовый год и промежуточный баланс или отчет о прибылях и убытках. В то же время, как отмечается в доктрине со ссылкой на судебную практику, в соответствии с общим правом акционеры обладают гораздо более широкими правами на получение информации², что позволяет им получить и другие документы компании.

В отличие от Закона о корпорациях Делавэра возможность получить доступ к документам дочерних компаний Законом о корпорациях Нью-Йорка для акционеров прямо не предусмотрена.

Что касается КОО, то в штате Нью-Йорк любой участник КОО вправе получить доступ к актуальному списку менеджеров, актуальному списку участников КОО вместе со сведениями о вкладе и доле прибылей и убытков каждого из них, копию устава КОО со всеми изменениями, копию учредительного договора со всеми изменениями, копии налоговых деклараций по налогу на прибыль или информационной декларации и отчетов, если такие имеются, за три последних финансовых года, любую бухгалтерскую отчетность за три последних финансовых года и другую информацию о делах КОО, когда это справедливо и обоснованно (§ 1102(b)).

Германия. В немецком корпоративном праве, где право акционера на информацию реализуется во время общего собрания и поэтому информация должна быть необходимой для надлежащей оценки и формирования позиции по вопросу повестки дня собрания акционеров,

¹ *Symonds Robert L., O'Toole. Jr. & Matthew J.* Op. cit. P. 12-19–12-20.

² *Bisceglie Kyle C., Fleming Thomas J., Holloman Ellen V., Ross Herbert C.* New York Commercial Litigation Guide § 2-18 (Matthew Bender); *Lowenthal Mitchell A., MacKinnon Ari D.* Op. cit. P. 5.

ограничений в части видов запрашиваемой информации не предусмотрено.

Предметом надлежащего запроса в силу прямого указания закона являются отношения между компанией и любым связанным (дочерним или связанным на договорной основе¹) предприятием. Так, в § 131(1) AktG устанавливается, что обязанность предоставить информацию распространяется на правовые и деловые отношения компании с любым связанным предприятием. Толкование указанного положения сводится к тому, что дела связанных предприятий, если они «превысили определенный предел важности», приравниваются к непосредственным собственным делам (головной) компании. Если процессы внутри связанных предприятий важны для концерна в целом, то они, по сути, становятся делом самого концерна, и поэтому сведения о них должны быть доступны акционерам головной компании². При этом согласно § 15 AktG под связанными предприятиями понимаются юридически разные предприятия, которые по отношению друг к другу являются дочерним и головным предприятием, подконтрольным и контролирующим предприятием, членами группы, предприятиями с перекрестным владением акциями или сторонами соглашения с предприятием.

Кроме того, как указывается в § 131(1) AktG, обязанность правления головного предприятия предоставить информацию на собрании акционеров, на котором рассматривается консолидированная финансовая отчетность и консолидированный отчет правления, распространяется на перспективы группы и предприятий, включенных в консолидированную финансовую отчетность.

Участник GmbH потенциально может получить доступ к любой информации и документам. Как указывается в разд. 51a(1) GmbHG, участнику по его запросу должна быть предоставлена информация о деятельности компании и предоставлена возможность изучать книги и документы компании.

В германской доктрине указывается, что право на информацию должно пониматься в широком смысле: оно включает все правовые и экономические отношения внутри компании, а также соответствующие отношения между компанией и третьими лицами. Информация также включает сведения обо всех видах взносов и расходов компании

¹ См., например: *Berger Don*. Op. cit. P. 737.

² Kubis in: *Münchener Kommentar zum AktG*, 3. Auflage 2013. § 131 Rn. 65 (приводится по: *Михалева О.В.* Указ. соч. С. 57–58).

и обо всех аспектах управления и распределения и использования прибыли¹.

Несмотря на то что прямого указания о распространении права на информацию на связанные компании в законе нет, это признается на уровне доктрины и судебной практики. При этом «суды используют критерий существенности и необходимости запрашиваемой информации: дела зависимой компании становятся, по сути, делами головной компании (у которой запрашивается информация), если они по своему значению и уровню воздействия на головную компанию объективно важны для нее и имеют с ней непосредственную связь»².

Из разд. 51a(3) GmbHG следует, что положения этого раздела не могут быть изменены уставом, из чего можно сделать вывод, что не могут быть ограничены уставом в том числе и категории документов, доступ к которым может запросить участник GmbH.

Россия. До вступления в силу Закона № 233-ФЗ перечень документов, доступ к которым обязано было обеспечить хозяйственное общество, ограничивался документами, которые оно обязано хранить (п. 1 ст. 89 Закона об АО; п. 1 ст. 50 Закона об ООО)³. На сегодняшний день правила существенным образом изменились.

¹ *Passarge M., Kölln S.* Das Auskunfts- und Einsichtsrecht nach § GmbHG §51a GmbHG bei der kommunalen GmbH. – NVwZ 2014, S. 982 (приводится по: *Vutt Andres and Vutt Margit.* Op. cit. P. 63).

² *Мухалева О.В.* Указ. соч. С. 62.

³ Ввиду указанного правила российские суды отказывали, например, в удовлетворении требований участников о предоставлении: 1) банковских выписок (см. постановление АС Западно-Сибирского округа от 27.10.2016 по делу № А56-73419/2015, от 29.09.2016 по делу № А56-73410/2015, от 20.07.2016 по делу № А56-40015/2015, АС Северо-Западного округа от 15.06.2016 по делу № А56-35401/2015, в которых суды отмечают, что «банковские выписки по ежедневному движению денежных средств на расчетных счетах Общества не относятся к документам, которые в силу пунктов 1 и 3 статьи 50 указанного Закона № 14-ФЗ подлежат хранению в Обществе и к которым последнее обязано обеспечить доступ своим участникам»); 2) информации общего характера о положении общества на рынке (см. постановление АС Поволжского округа от 15.08.2014 по делу № А65-19975/2013, в котором «требование истца о предоставлении общей информации (достижения, положения на рынке и т.д.) отклонено апелляционным судом как не основанное на нормах Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью»); 3) документов, не являющихся внутренними документами общества (см. постановление ФАС Московского округа от 13.03.2013 по делу № А40-24803/12-137-222) (Определением ВАС РФ от 4 июля 2013 г. № ВАС-8235/13 отказано в передаче дела в Президиум ВАС РФ для пересмотра в порядке надзора): «Суды правомерно отказали в удовлетворении требования истцов о предоставлении надлежащим образом заверенной копии Программы геологоразведочных работ на Придутьском лицензионном участке в период с 2006 года по 2010 год... поскольку пришли к выводу, что указанная Про-

Вместо строгой привязки к документам, которые должны храниться в обществе, ст. 91 Закона об АО предусмотрены закрытые перечни документов, на доступ к которым вправе рассчитывать акционеры — владельцы соответственно хотя бы 1 акции, не менее 1% акций и по умолчанию владельцы не менее 25% акций. При этом для акционеров непубличного общества, владеющих не менее чем 1% акций, по общему правилу перечень доступных документов в любом случае ограничен документами, которые обязано хранить общество. Кроме того, опять-таки в силу п. 13 ст. 91 Закона об АО уставом непубличного общества, очевидно, могут быть установлены правила, исключающие применение любых ограничений по категориям доступных документов, а равно предусматривающие введение ограничений, не предусмотренных законом.

Из изложенного выше мы можем сделать следующие выводы.

Во-первых, перечень доступных по умолчанию в соответствии с законом акционеру документов так или иначе является закрытым, в то время как в штатах Делавэр и Нью-Йорк и в Германии участник корпорации потенциально может получить доступ к любой информации.

Позиция, которую занимает отечественный законодатель по данному вопросу, вызывает у нас сомнение. Вероятно, возможны такие ситуации, когда определенная информация, имеющая значение для целей защиты прав и законных интересов участника, имеется в наличии у общества, о чем участнику может быть достоверно известно, однако общество отказывается предоставить такую информацию, ссылаясь на формальное отсутствие соответствующего документа в предусмотренных законом перечнях или обязанности общества хранить такой документ. Поэтому российский подход в этой части с учетом отсутствия аналогичных правил в рассматриваемых нами иностранных правовых порядках заслуживает по крайней мере обсуждения. По нашему мнению, перечень доступной акционеру информации не следует строго ограничивать теми документами, которые прямо названы в законе или

грамма не является внутренним документом общества, в связи с чем она не может быть предоставлена истцам в порядке, предусмотренном статьями 89, 91 Федерального закона «Об акционерных обществах». При этом истцами не представлено доказательств того, что указанная выше Программа является внутренним документом ОАО «Красноярскгазпром» и хранится непосредственно в обществе. Судами было также установлено, что Программа геологоразведочных работ на Придутском лицензионном участке в период с 2006 года по 2010 год утверждена протоколом заседания секции по геологоразведочным работам и запасам месторождений Комиссии газовой промышленности по разработке месторождений и использованию недр ОАО «Газпром» № 40-3/2006», дочерней структурой которого является ОАО «Красноярскгазпром»).

уставе (внутреннем документе) общества или в отношении которых предусмотрена обязанность общества по их хранению. Такое регулирование позволило бы избежать необходимости давать точечные разъяснения о праве участников хозяйственных обществ на доступ к тем или иным документам, прямо не названным в законе, подобные тем, которые дал Президиум ВАС РФ в Информационном письме № 144 (см., например, п. 20 указанного Письма, в соответствии с которым участник хозяйственного общества вправе требовать предоставления ему информации о юридических лицах, правопреемником которых стало его общество в результате реорганизации, например, акционер АО, созданного путем преобразования ООО, вправе требовать предоставления ему протоколов общих собраний участников этого общества¹).

Во-вторых, возвращаясь к вопросу об императивности норм, регулирующих право на информацию, нельзя не выразить опасения в том, что предусмотренное законом право непубличных АО предусмотреть иные условия предоставления информации на практике может приводить к необоснованному ограничению данного права в уставе общества путем, в частности, ограничения видов доступной информации и документов или предъявления неадекватных условий доступа к ним, в результате чего акционер может быть лишен доступа даже к базовым документам общества. Как обсуждалось выше, предусмотренное законом регулирование должно предусматривать неснижаемые гарантии права на информацию, принадлежащего каждому участнику общества, что нельзя сказать о действующем Законе об АО².

Переходя к ООО, нужно отметить, что согласно действующим правилам общество обязано предоставить по требованию участника документы, которые прямо перечислены в п. 2 ст. 50 Закона об ООО, а также «иные документы, предусмотренные федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, уставом общества, внутренними документами общества, решениями

¹ Иной подход привел бы к тому, что «участники были бы ограничены в возможности оценивать и контролировать деятельность общества, а в некоторых случаях это приводило бы к невозможности защиты своих прав и законных интересов, например, когда имеются пороки процедуры реорганизации, которые можно выявить, только изучив соответствующие корпоративные документы за период до реорганизации» (Кузнецов А.А. Комментарий к Информационному письму № 144. С. 567).

² К сожалению, законодатель не воспринял подход, предложенный в законопроекте Минюста России и проекте поправок Минэкономразвития России, которые, предусматривая возможность диспозитивного регулирования права на информацию в непубличном АО и ООО, прямо указывали на недопустимость ограничения права на ознакомление с базовыми документами соответствующего общества.

общего собрания участников общества, совета директоров (наблюдательного совета) общества и исполнительных органов общества» (подп. 13 п. 2 ст. 50 Закона об ООО). Формулировка подп. 13 п. 2 ст. 50 Закона об ООО, которая, по всей видимости, дословно заимствована из последнего абзаца п. 1 ст. 50 Закона об ООО в ранее действующей редакции, вызывает некоторые вопросы, поскольку если ранее она относилась к обязанности общества хранить документы (прямо перечисленные в законе и иные, предусмотренные нормативными правовыми актами и документами общества), то теперь не вполне ясно, что именно должно быть предусмотрено соответствующим нормативным правовым актом или документом общества¹. При буквальном прочтении получается, что в нормативном правовом акте или документе общества должно быть предусмотрено, что тот или иной документ должен быть предоставлен участнику ООО по его требованию². В то же время неясно, в каких иных нормативных правовых актах, помимо Закона об ООО, могут быть предусмотрены правила, регулирующие порядок осуществления права участников ООО на информацию. По всей видимости, законодателем это не имелось в виду, однако любое иное прочтение лишает норму подп. 13 п. 2 ст. 50 Закона об ООО смысла.

Возможность запрашивать информацию, касающуюся деятельности подконтрольных организаций³, законами о хозяйственных обществах

¹ Впрочем, некоторые суды таким вопросом не задаются и относят к подп. 13 п. 2 ст. 50 Закона об ООО документы, прямо не перечисленные в п. 2, но и не предусмотренные нормативными правовыми актами и документами общества. Например, в постановлении Тринадцатого ААС от 08.10.2018 № 13АП-21059/2018 по делу № А56-79018/2017 указано, что требование участника о предоставлении сведений обо всем имуществе ООО, находившемся у него в определенный период, соответствует подп. 13 п. 2 ст. 50 Закона об ООО (см. также постановление Тринадцатого ААС от 20.08.2018 № 13АП-18139/2018 по делу № А56-79021/2017). Несмотря на то что такой подход вызывает вопросы с формальной точки зрения, он тем не менее способствует эффективной реализации права на информацию, в связи с чем может быть поддержан.

² В постановлении от 09.10.2018 № Ф07-10296/2018 по делу № А56-71426/2017 АС Северо-Западного округа отметил, что подп. 10 и 13 п. 2 ст. 50 Закона об ООО позволяют сделать вывод о том, что у ответчика имеется обязанность по предоставлению истцу копий судебных решений по спорам, связанным с созданием общества, управлением им или участием в нем (корпоративным спорам), в то время как вывод апелляционного суда о том, что общество обязано предоставить его участнику сведения обо всех судебных спорах с участием общества, основан на неправильном применении норм права (см. также постановление АС Северо-Западного округа от 11.10.2018 № Ф07-10477/2018 по делу № А56-71424/2017).

³ Понятие подконтрольной организации используется в значении, предусмотренном ст. 2 Федерального закона «О рынке ценных бумаг», а также ст. 81 Закона об АО

сегодня прямо не предусмотрена. Соответствующие положения были предусмотрены в законопроекте № 558976-5 в редакции, внесенной в Правительство РФ и принятой в первом чтении (см. об этом пояснительную записку к законопроекту), однако были исключены из редакции, подготовленной ко второму чтению с учетом поправок.

Примечательно, что в проекте Информационного письма № 144¹ содержался п. 21 следующего содержания: «21. По смыслу статьи 67 ГК РФ, статьи 50 Закона об обществах с ограниченной ответственностью и статьи 91 Закона об акционерных обществах участник хозяйственного общества имеет право на получение информации об участии общества в деятельности других организаций. В связи с этим участник вправе требовать от общества совершения действий с целью получения информации об этих организациях в рамках закона, регулирующего их деятельность, например, требовать от общества обратиться к дочернему обществу с требованием о предоставлении копий документов. При этом все расходы общества на совершение действий по получению информации (оплата изготовления копий дочернего общества, обращение в суд в случае отказа в предоставлении документов и т.д.) возмещаются таким участником». Данный пункт в итоговый текст Информационного письма № 144 не вошел. Однако, как отмечается некоторыми авторами, это само по себе не свидетельствует, что Президиум ВАС РФ высказался отрицательно по данному вопросу, в связи с чем аналогичная позиция вполне может быть сформулирована арбитражными судами при рассмотрении конкретных дел².

Изложенная в проекте Информационного письма № 144 позиция в части необходимости предоставления участнику общества права доступа к документам организаций, в которых состоит общество, заслуживает внимания. Принимая во внимание описанный выше опыт США и Германии, право участника хозяйственного общества на информацию, по нашему мнению, должно распространяться на информацию о подконтрольных организациях. При этом, имея в виду

и ст. 45 Закона об ООО для целей сделок с заинтересованностью. Представляется, что в терминологии российского законодательства данное понятие наиболее близко по своему содержанию к понятию «связанное предприятие», используемому в AktG, и понятию «дочерняя компания», используемому в Законе о корпорациях Делавэра.

¹ Проект информационного письма Президиума ВАС РФ «О некоторых вопросах практики рассмотрения арбитражными судами споров о предоставлении информации участникам хозяйственных обществ» (http://www.arbitr.ru/_upimg/BCA9001188F7EA4579543E17DB3BED25_ИП.pdf).

² См.: Кузнецов А.А. Комментарий к Информационному письму № 144. С. 567.

наличие в праве штата Делавэр и Германии таких условий доступа к рассматриваемой категории информации, как возможность получить запрашиваемые документы в рамках осуществления контроля над «дочерней» компанией и уровень значимости дел «связанных предприятий» соответственно, обсуждения может потребовать вопрос о введении дополнительных критериев, оправдывающих предоставление такой информации.

Критерии ограничения доступа к информации

Штаты Делавэр и Нью-Йорк (США). В большинстве законов штатов право на изучение документов предоставляется только при условии, что требование сделано с «надлежащей целью» (*proper purpose*)¹. Именно этот критерий выступает в качестве основного ограничителя при определении объема доступа акционера к информации в американской модели регулирования права на информацию.

В § 220(b) Закона о корпорациях Делавэра «надлежащая цель» запроса определяется как цель, разумно связанная с интересами лица как акционера.

В доктрине отмечается, несмотря на то, что по общему правилу цель не должна противоречить интересам корпорации, это не обязательно означает, что интересы акционера и интересы корпорации должны полностью совпадать. Например, в деле *Compag Computer v. Horton* (631 A.2d 1 (Del. 1993) акционер хотел получить список акционеров, чтобы привлечь других акционеров к участию в процессе по делу о корпоративном нарушении. Канцлерский суд штата Делавэр разрешил доступ к списку акционеров, отметив, несмотря на то что разбирательство по своей природе не косвенное (не в интересах компании), этот процесс касается предполагаемого нарушения, которое оказывает влияние на стоимость акций. Таким образом, цель акционера была признана разумно связанной с его интересами как акционера. В апелляционной жалобе, поданной в Верховный суд штата Делавэр, корпорация ссылалась на то, что цель акционера противоречит законным интересам компании и ее акционеров, но этот довод был отклонен как спекулятивный и поверхностный. Согласившись с тем, что привлечение других лиц к судебному разбирательству может привести к значительным расходам для корпорации, суд тем не менее указал, что компания не может подтвердить со ссылкой на какой-ли-

¹ *Eisenhofer Jay W., Barry Michael J.* Op. cit. P. 6–15.

бо источник свое предположение о том, что цель требования должна быть выгодна корпорации. Суд пришел к выводу, что судебное разбирательство не представляет угрозы законным интересам компании: поскольку корпорации и их агенты должны отвечать за нарушение своих обязанностей перед акционерами, у компании нет законного интереса в том, чтобы избежать выплаты компенсационных убытков; даже если с компании будут взысканы такие убытки, она может потребовать возмещения таких убытков с руководства и консультантов как соотечественников или в рамках самостоятельного иска¹.

Вопрос о том, насколько заявленная акционером цель соответствует его интересу как акционера, является вопросом факта и в каждом случае требует отдельного анализа, т.е. судебная оценка этого критерия всегда будет зависеть от конкретных обстоятельств рассматриваемого дела. По свидетельству отдельных авторов, данное требование судебная практика и доктрина рассматривают через призму таких оценочных категорий, как добросовестность, уважительность мотивов, правомерность и соответствие интересам корпорации, принципам справедливости и т.д.²

Если акционер имеет больше одной цели, суд удовлетворит требование, если основная цель является надлежащей, даже если другая второстепенная цель ненадлежащая³.

Как следует из § 220(c) Закона о корпорациях Делавэра, если акционер хочет получить доступ к реестру акционеров или списку акционеров, надлежащая цель презюмируется и бремя доказывания ненадлежащей цели лежит на корпорации. Однако если акционеру требуются иные документы, бремя доказывания надлежащей цели лежит на нем⁴.

Если акционер запрашивает документы с целью расследования предполагаемого нарушения, простых подозрений в его совершении недостаточно. В судебной практике сформировалось дополнительное требование, которое отсутствует в законе. Акционер должен представить убедительные доказательства (*credible basis*) для такого требования. Убедительные доказательства подразумевают доказательства возможности существования нарушения, оправдывающие расследование соответствующих обстоятельств. Это требование может быть выполнено с помощью документов, логики, свидетельских показаний

¹ *Eisenhofer Jay W., Barry Michael J.* Op. cit. P. 6-26-6-27.

² *Ibid.* P. 6-15-6-16 (note 61).

³ *Ibid.* P. 6-25.

⁴ См. также: *McIntyre Megan D.* Op. cit. P. 2-3.

или иным образом, дающим основание предположить, что имеются обоснованные вопросы в отношении нарушения. Другими словами, не требуется представить прямые доказательства нарушения, однако должно быть показано с наибольшей вероятностью, что корпоративное нарушение возможно имеет место^{1,2}.

¹ См.: *Gabrielle Palmer*. Stockholder inspection rights and an «incredible» basis: seeking disclosure related to corporate social responsibility // 92 *Denver University Law Review Online* 125 (2015). P. 129.

² Американскими юристами отмечается, несмотря на то что стандарт доказывания «на заслуживающей доверия основе» (credible basis) «устанавливает предельно низкое бремя доказывания» (*Mun Louisiana. Police Employees' Ret. Sys. v. Countrywide Fin. Corp.*, 2007 WL 2896540, *11 (Del. Ch. Oct. 2, 2007)), суды не всегда удовлетворяют ему даже в сравнительно вопиющих для обычного акционера обстоятельствах. В качестве примера, указывающего на необходимость представить самые убедительные доказательства, свидетельствующие о возможном нарушении, при запросе информации с целью расследования такого нарушения, приводится дело *City of Westland Police & Fire Retirement System v. Axcelis Technologies, Inc.* (2009 WL 3086537 (Del. Ch. Sept. 28, 2009)), в котором Канцлерский суд штата Делавэр отказал в удовлетворении требования о предоставлении информации, поскольку акционер не представил достаточных доказательств нарушения. В этом деле совет директоров пытался предотвратить попытку конкурента поглотить компанию. Пока совет директоров предпринимал соответствующие действия, пришло время переизбрания трех директоров, и акционеры Axcelis, недовольные тем, как решается этот вопрос, проголосовали против этих директоров. В результате директора не получили большинства голосов. Поскольку Axcelis придерживалось политики «Pfizer-style» (также именуемой «мажоритарным голосованием»), в силу которой директора, которые не получили поддержки большинства акционеров, должны подать заявления об отставке, три директора, как и требовалось, сделали это. Однако оставшиеся директора приняли решение отклонить их заявления, что допускалось политикой, со ссылкой на то, что совет директоров с выгодой для себя воспользуется опытом этих директоров при ведении переговоров по поводу поглощения. Вскоре после этого лицо, сделавшее предложение о поглощении, прекратило переговоры. Спустя месяц, столкнувшись с проблемой ликвидности, совет директоров Axcelis продал самый ценный актив тому же лицу, но по цене ниже первоначального предложения. Будучи озадаченным таким ходом событий и желая провести расследование, один из акционеров подал иск об осуществлении своего права на информацию в соответствии с § 220. Однако Канцлерский суд посчитал, что акционер представил недостаточно доказательств в поддержку подозрения в нарушении. Напротив, по мнению суда, совет директоров, отклоняя заявления об отставке, надлежащим образом осуществил свои дискреционные полномочия, предусмотренные политикой компании «Pfizer-style». Суд также согласился с тем, что директора, отклоняя предложение о поглощении, принимали деловое решение, и указал, что у него не было иного выбора, кроме как уступить деловому суждению, отказав в требовании акционера о предоставлении информации. Таким образом демонстрируется, что суды не всегда применяют стандарт наибольшей вероятности так, как этого могут ожидать акционеры (см.: *McIntyre Megan D.* Op. cit. P. 3). Таким образом, стандарт доказывания обстоятельств, свидетельствующих о возможном нарушении, при запросе информации с целью расследования такого нарушения, является довольно высоким. Доказательства возможного существования нарушения должны быть самыми убедительными.

В целом суды рассматривают в качестве «надлежащих» следующие цели¹:

1) расследование случаев предполагаемого ненадлежащего управления, если имеются убедительные основания для подозрений акционера (например, *Khanna v. Covad Communications Group, Inc.*, 2004 WL 187274, at *6 (Del. Ch. Jan. 23, 2004); *Thomas & Betts Corp. v. Leviton Mfg. Co.*, 681 A.2d 1026, 1031 (Del. 1996)). Именно желание расследовать случаи ненадлежащего управления (злоупотребление, растрата или иное правонарушение) является наиболее распространенной «надлежащей целью» запроса информации. Как упомянуто выше, такое расследование принимается в качестве надлежащей цели, если акционер демонстрирует «при помощи документов, логики, свидетельских показаний или иным образом, что существуют обоснованные подозрения в наличии правонарушения» (*Security First Corp.*, 687 A.2d at 567–568), а не просто ссылается на необходимость собрать факты, подтверждающие нарушение^{2,3};

2) взаимодействие с другими акционерами в борьбе за их голоса (*General Time Corp. v. Talley Indus., Inc.*, 240 A.2d 755, 756 (Del. 1968));

3) взаимодействие с другими акционерами по поводу группового иска против корпорации (*Compaq Computer Corp. v. Horton*, 631 A.2d 1, 3-5 (Del. 1993));

¹ См: *Eisenhofer Jay W.*, *Barry Michael J.* Op. cit. P. 6-17–6-18; *McIntyre Megan D.* Op. cit. P. 3–4.

² Приводится по: *McIntyre Megan D.* Op. cit. P. 3.

³ При этом суды штата Делавэр настоятельно рекомендуют акционерам пользоваться правом на изучение документов для того, чтобы разобраться в своих подозрениях относительно корпоративных нарушений, до подачи косвенного иска в интересах компании или против совета директоров. Например, в деле *Brehm v. Eisner* (746 A.2d 244 (Del. 2000) Верховный суд штата Делавэр согласился с позицией Канцлерского суда, который отказал в косвенном иске акционера против Майкла Айснера и его коллег, директоров компании Уолт Дисней, о нарушении фидуциарной обязанности в связи с одобрением условий оплаты труда руководства компании, отвергнув довод акционера о том, что недоступность процедуры досудебного представления доказательств не позволила ему заявить свои претензии с той степенью обстоятельности, которая требуется суду. Суд признал, что это была распространенная жалоба среди истцов, однако указал, что процедура изучения документов, предусмотренная § 220 Закона о корпорациях Делавэра, вполне может обеспечить истца средствами для выяснения необходимых фактов для заявления оснований иска. Как пояснил Канцлерский суд, после неоднократных указаний Верховного суда об использовании имеющихся под рукой средств, т.е. § 220, юристы, которые не пользуются такими средствами для составления своих заявлений, делают это на свой риск (*Mizel v. Connelly*, 1999 WL 550369, *5 (Del. Ch. Aug. 2, 1999) (*Jay W. Eisenhofer, Michael J. Barry.* Op. cit. P. 6-18 – 6-19. См. также: *McIntyre Megan D.* Op. cit. P. 2; *Lowenthal Mitchell A.*, *MacKinnon Ari D.* Op. cit. P. 1–2).

4) взаимодействие с другими акционерами с целью повлиять на политику руководства (*Conservative Caucus Research, Analysis & Educ. Found., Inc. v. Chevron Corp.*, 525 A.2d 569, 571–573 (Del. Ch. 1987); *Food & Allied Serv. Trades Dep't, AFL-CIO v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 1992 WL 111285, *4 (Del. Ch. May 20, 1992));

5) взаимодействие с другими акционерами по вопросам, касающимся предложений о слиянии или приобретении акций;

6) оценка чьей-либо доли участия в акционерном капитале (*Helmsman Mgmt. Servs. v. A&S Consultants, Inc.*, 525 A.2d 160, 165 (Del. Ch. 1987));

7) определение обоснованности выплаты дивидендов;

8) оценка пригодности директоров для работы в совете директоров и др.¹

Среди целей, которые рассматриваются судами штата Делавэр как «ненадлежащие», например, следующие²:

1) продвижение предложения о поглощении, если ранее суд запретил это делать;

2) оценка компании в целом для решения вопроса о необходимости увеличения цены предложения о поглощении;

3) воздействие на третье лицо в связи с профсоюзной забастовкой;

4) усовершенствование акционером собственной методологии ведения бухгалтерского учета;

5) удовлетворение праздного любопытства акционера;

6) сугубо личная цель, не связанная со взаимоотношениями акционера и корпорации (например, связанная с личным трудовым иском против корпорации);

7) сбор доказательств для использования в другом текущем судебном разбирательстве по делу о мошенничестве с ценными бумагами с единственной целью обойти императивные требования Закона о реформе судопроизводства по частным ценным бумагам (*Private Securities Litigation Reform Act, PSLRA*), о приостановлении процедуры представления доказательств до разрешения ходатайства о прекращении производства по такому делу³ и др.⁴

¹ См., например: *Welch Edward P., Turezyn Andrew J., Saunders Robert S.* Op. cit. P. 568–570.

² См.: *McIntyre Megan D.* Op. cit. P. 4.

³ Подробнее о соотношении норм § 220 и Закона о реформе судопроизводства по частным ценным бумагам см.: *Ibidem.*

⁴ См., например: *Welch Edward P., Turezyn, Andrew J., Saunders Robert S.* Op. cit. P. 570–572.

Суды штата Делавэр всегда обращают внимание на то, что право на изучение документов ограничивается документами, которые существенны и достаточны для надлежащих целей. Поэтому, например, если акционер запрашивает документы для расследования предполагаемого ненадлежащего управления и планирует подать иск, требование должно запрашивать только те книги и записи, «которые необходимы для подготовки обоснованной жалобы» (*Kaufman v. CA, Inc.*, 905 A.2d 749, 753 (Del. Ch. 2006))¹.

Кроме того, суд может по своему усмотрению установить любые ограничения или условия изучения документов или присудить иное подобное или другое средство защиты, которое сочтет справедливым и надлежащим (§ 220(c) Закона о корпорациях Делавэра).

Поэтому на практике объем документов и информации, доступ к которым разрешит суд, может оказаться даже меньше, чем тот, который действительно считается существенным и достаточным, особенно когда запрашиваются документы, защищенные адвокатской тайной или доктриной результата работы адвоката (*work product doctrine*). Противопоставив ценность предоставления информации и вред, который это может причинить корпорации, суд может еще больше ограничить доступ к ним. Кроме того, суд обычно требует, чтобы стороны заключили соглашение о конфиденциальности для защиты коммерческой тайны, предварительных и неофициальных обсуждений директоров и должностных лиц, конфиденциальной переписки или соглашений о вознаграждении отдельных лиц².

В штате Нью-Йорк в целом складывается похожая ситуация.

В соответствии с общим правом и законом штата Нью-Йорк акционер может воспользоваться своим правом на изучение документов, только если он действует добросовестно и с надлежащей целью (см., например, дело *Liaros v. Ted's Jumbo Red Hots, Inc.*, 96 A.D.3d at 1465 (4th Dep't 2012); *Niggli v. Richlin Mach. Inc.*, 257 A.D.2d 623, 623 (2d Dep't 1999))³.

Объем прецедентного права по вопросу, касающемуся значения понятия добросовестности в контексте осуществления прав на изучение документов, ограничен⁴, поскольку в большинстве случаев судебная

¹ См.: *McIntyre Megan D.* Op. cit. P. 4; *Eisenhofer Jay W. Barry Michael J.* Op. cit. P. 6-29-6-31.

² См.: *McIntyre Megan D.* Op. cit. P. 4.

³ Приводится по: *Lowenthal Mitchell A., MacKinnon Ari D.* Op. cit. P. 4.

⁴ Как утверждается в литературе, добросовестность в контексте изучения книг и записей согласно ведущему труду является неосознаваемым и абстрактным качеством, которое не имеет формального содержания и законодательного определения и охватыва-

практика концентрирует внимание на требовании «надлежащей цели». В этом смысле право на информацию по общему праву и в соответствии с законом существует прежде всего для защиты финансовых вложений в корпорацию. Поэтому вопрос о наличии у конкретного акционера «надлежащей цели» зависит от того, насколько он разумен в своем желании защитить свои вложения¹.

Примечательно, что когда акционер предъявляет иск в целях реализации права доступа к информации по общему праву, он несет бремя доказывания надлежащей цели. Если же акционер реализует право на доступ к информации, предоставленное ему законом, бремя доказывания «ненадлежащей цели» или недобросовестности лежит на корпорации².

Надлежащие цели могут включать среди прочего следующие:

- оценка финансового положения корпорации;
- подтверждение правомерности выплаты дивидендов;
- определение стоимости акций;
- расследование действий руководства и получение информации для обоснованного судебного разбирательства. Суды Нью-Йорка не требуют представления прямых доказательств нарушения, однако они не разрешают использовать право на изучение документов для сбора компрометирующих материалов (*fishin expedition*) (см. дело *Wells v. League of Am. Theatres & Producers Inc.*, 183 Misc. 2d 915, 921 (1st Dep't 2000)). Также не обеспечивают достаточного обоснования права на изучение документов голословные утверждения о ненадлежащем управлении (см., например, дело *Lapsley v. Sorfin Int'l Ltd.*, 43 A.D.3d 1113, 1114 (2d Dep't 2007)). Таким образом, суды Нью-Йорка, так же как суды Делавэра, обычно требуют предоставления определенных доказательств, свидетельствующих о том, что имело место нарушение³;

ет, помимо прочего, честное намерение, отсутствие злого умысла и отсутствие намерения обмануть или получить необоснованное преимущество (14 N.Y. Jur. 2d Business Relationships § 397 n. 52) (приводится по: *Lowenthal Mitchell A., MacKinnon Ari D. Op. cit. P. 4, note 27.*

¹ *Lowenthal Mitchell A., MacKinnon Ari D. Op. cit. P. 4.*

² *Ibidem.*

³ *Ibid. P. 3.* В отличие от сложившегося в Делавэре подхода, в силу которого права акционеров на изучение документов не могут осуществляться одновременно с возбуждением косвенного иска, суды Нью-Йорка по этому вопросу прямо не высказывались (в некоторых случаях допускались иски о принудительном осуществлении прав акционеров на изучение документов наряду с косвенными исками, однако при этом не рассматривался вопрос о том, является ли это мудрой и хорошей политикой). Однако в литературе такой подход судов штата Делавэра поддерживается (см. там же).

– оценка стоимости пакетов акций;
– получение списков акционеров для подготовки предложений о приобретении акций или предоставлении доверенностей на голосование¹.

Ненадлежащие цели в штате Нью-Йорк включают такие цели, которые враждебны корпорации, например, раскрытие коммерческой тайны с целью помочь конкуренту корпорации, обеспечение перспектив собственного бизнеса, поиск технических недостатков сделок корпорации в целях предъявления иска о признании сделки недействительной, поиск информации для достижения своих собственных социальных или политических целей (см. дело *Tatko v. Tatko Bros. Slate Co.*, 173 A.D.2d 917-18 (3d Dep't 1991)².

В соответствии с правом штата Нью-Йорк все запрашиваемые документы должны быть связаны с целью, с которой они запрашиваются. Надлежащая цель оправдывает доступ только к тем документам, с помощью которых она может быть достигнута.

Как и в штате Делавэр, корпорация вправе отказать в предоставлении документов исходя из правил доступа к адвокатской тайне или результату работы юриста (*work-product privileges*). Более того, если документы содержат материалы, которые потенциально могут быть засекречены, корпорация может рассчитывать на судебный приказ, ограничивающий распространение таких материалов³.

Для КОО в штате Делавэр критерием ограничения доступа также является требование надлежащей цели запроса, а именно цели, разумно связанной с интересом лица как участника КОО⁴. Такая цель не может быть надлежащей лишь абстрактно и должна быть разумно связана с определенным интересом участника. Лицо, которое хочет получить информацию, должно привести факты, достаточные для того, чтобы установить наличие надлежащей цели, и должно доказать наличие такой цели с наибольшей вероятностью. Если основная цель – надлежащая, наличие второстепенной, пусть даже ненадлежащей, не имеет значения. Например, цель является надлежащей, когда

¹ *Lowenthal Mitchell A., MacKinnon Ari D.* Op. cit. P. 4–5.

² Приводится по: *Ibid.* P. 4.

³ *Ibid.* P. 5–6.

⁴ В доктрине высказывается мнение, что ввиду сходства правил § 220 Закона о корпорациях Делавэра и § 18-305 Закона о КОО Делавэра, при толковании последних суды могут ориентироваться на судебную практику в отношении указанного § 220 (*Symonds Robert L., O'Toole Jr. & Matthew J.* Op. cit. P. 12-15, note 80).

информация запрашивается для расследования предполагаемого нарушения и ненадлежащего управления, оценки доли участника в КОО, решения вопроса о том, нужно ли назначать на должность члена совета директоров компании, если нужно, то кого, или для целей взаимодействия с другими участниками по вопросам, связанным с компанией. Участник также должен показать, что запрашиваемые документы существенны и достаточны для его надлежащей цели. Примечательно, что требование надлежащей цели может подразумеваться в отношении договорного права на информацию¹.

Как мы указывали ранее, согласно закону права на получение информации могут быть ограничены в первоначальном соглашении участников КОО или при его последующем изменении по единогласному решению всех участников или в соответствии с любыми применимыми требованиями соглашения участников КОО. Соглашением участников ООО или другим договором участникам могут быть предоставлены права доступа к информации в дополнение, взамен или независимо от прав, которые предоставляются по умолчанию § 18-305 Закона о КОО Делавэра. Такие договорные права могут быть шире или уже, чем законные права. Параграф 18-305 может задавать направление для толкования договорных положений, которые представляют такие права. В то же время в соответствии с принципом свободы договора, который лежит в основе Закона о КОО Делавэра, право доступа к информации по соглашению участников КОО или другому договору может отличаться от законного права, действующего по умолчанию, как по содержанию, так и по процедуре². Тем не менее в доктрине обращается внимание на то, что закон предоставляет возможность ограничивать права, предоставленные законом, но при этом не предоставляет права исключить такие права³.

Кроме того, соглашением участников КОО или менеджером могут быть установлены разумные стандарты в отношении того, какая информация и документы должны быть предоставлены (аналогичные стандарты могут быть установлены в отношении информационных прав, предусмотренных соглашением). Такие стандарты должны быть обоснованными. Например, обоснованным при определенных обстоятельствах признается ограничение доступа к информации,

¹ *Symonds Robert L., O'Toole Jr. & Matthew J.* Op. cit. P. 12-24–12-27, 12-33.

² *Ibid.* P. 12-18.

³ *Ibid.* P. 12-29.

не относящейся к информации ограниченного доступа, запрет на ксерокопирование и требование о заключении соглашения о конфиденциальности¹.

В доктрине подчеркивается, что, несмотря на то, что ограничения информационных прав могут быть особенно полезными в некоторых ситуациях (например, в определенных аспектах отношений участников совместного предприятия или инвестирования с участием несвязанных пассивных лиц, когда конфиденциальность определенных вопросов имеет особое значение), они должны устанавливаться с определенной степенью осторожности. Доступ к информации имеет решающее значение для принятия правильных решений в отношении инвестирования, управления и других вопросов. Он также играет ключевую роль в достижении эффективности и прозрачности в вопросах организации управления. По этим и другим причинам любое ограничение права на информацию и его последствия должны подвергаться тщательной оценке как с точки зрения их потенциальной выгоды, так и с точки зрения возможных трудностей².

Независимо от наличия у запрашивающего лица надлежащей цели право на информацию участника КОО в соответствии с Законом о КОО Делавэра может быть ограничено менеджером в целях сохранения конфиденциальности определенной информации, которую менеджер обоснованно считает относящейся к коммерческой тайне, или другой информации, раскрытие которой, по добросовестному предположению менеджера, не отвечает интересам КОО или может причинить ущерб КОО или ее деятельности, или в отношении которой КОО в соответствии с законом или соглашением с третьим лицом обязан сохранять конфиденциальность³.

Гораздо более лаконичное регулирование права на информацию содержится в Законе о КОО Нью-Йорка. Однако ключевые критерии ограничения доступа к информации в целом совпадают с описанными выше критериями, действующими в штате Делавэр. Так, по-прежнему ключевым здесь является требование о наличии цели, разумно связанной с интересом участника как участника. Дополнительным огра-

¹ *Symonds Robert L., O'Toole Jr. & Matthew J.* Op. cit. P. 12-27 (note 160).

² Ibid. P. 12-30. См. также, например: *Walsh Peter J. Jr.; Gattuso Dominick T.* Delaware LLCs: The Wave of the Future and Advising Your Clients about What to Expect, 19 Bus. L. Today 11 (2009). P. 15.

³ Параграф 18-305(с) Закона о КОО Делавэра. См. также: *Symonds Robert L., O'Toole Jr. & Matthew J.* Op. cit. P. 12-27–12-28.

ничителем, как и в штате Делавэр, может послужить критерий конфиденциальности информации: как следует из § 1102(с), если это предусмотрено учредительным договором, определенные участники или менеджеры имеют право сохранять конфиденциальность от других участников в течение такого периода времени, который, по мнению участника или менеджера, является разумным, любой информации, которую участник или менеджер обоснованно считают относящейся к коммерческой тайне или другой информации, раскрытие которой по добросовестному предположению участника или менеджера не отвечает интересам КОО или ее деятельности или в отношении которой КОО в соответствии с законом или соглашением с третьим лицом обязана сохранять конфиденциальность.

Германия. В Германии акционеру не нужно раскрывать цель и мотивы своих вопросов. Главным критерием ограничения объема права акционера на информацию здесь выступает критерий «необходимости» информации для надлежащей оценки и формирования позиции по вопросу, включенному в повестку дня собрания акционеров.

Такой подход не удивителен, имея в виду, что право на информацию в Германии реализуется во время собрания акционеров. Поскольку сфера компетенции собрания акционеров ограничивается законом, то и вопросы, включаемые в повестку дня собрания акционеров, не выходят за рамки такой компетенции. Следовательно, задавая вопросы по пунктам повестки дня, акционеру нет никакой необходимости показывать, что информация запрашивается в надлежащих целях. Вероятно, этим же объясняется и недопустимость ограничения права задавать вопросы во время собрания в уставе АГ¹.

В доктрине отмечается, что рассматриваемое право может быть использовано с целью получения информации по вопросу, который полностью не раскрыт, но лежит в рамках надлежащего интереса акционера, например, дополнительных сведений о вознаграждении руководителей или сведений о квалификации руководителей, пояснений по вопросам финансовой отчетности, отношений со связанными компаниями или направлений использования средств от предполагаемого увеличения капитала².

По свидетельству О.В. Михалевой, при оценке «необходимости» информации для формирования акционером своей позиции по вопросу повестки дня за основу берется не субъективный интерес от-

¹ Baums Theodor, Schmitz Rainer. Op. cit. P. 16.

² См.: Cahn Andreas, David C. Donald. Op. cit. P. 512.

дельного акционера, а позиция объективно анализирующего ситуацию акционера, располагающего лишь общеизвестными сведениями и по этой причине нуждающегося в получении каких-то деталей для формирования своей позиции¹.

В свете изложенного выше нельзя не обратить внимание на наличие определенного сходства с американской моделью регулирования права на информацию, где доступ к информации предоставляется лишь в целях, разумно связанных с интересами лица как акционера (Делавэр), или целях, связанных с защитой финансовых вложений в корпорацию (Нью-Йорк), с тем исключением, что интерес акционера не может выходить за рамки вопросов, относящихся к компетенции общего собрания. По этой причине, в отличие от штатов Нью-Йорк и Делавэр, в Германии миноритарные акционеры не могут рассчитывать на получение информации относительно стоимости принадлежащих им акций². Если же у акционеров имеются подозрения в ненадлежащем управлении, вместо получения соответствующей информации в качестве замещающего механизма они могут инициировать процедуру назначения специальных аудиторов для расследования нарушений в соответствии с § 142(1) AktG.

Дополнительные критерии ограничения объема доступа к информации в AG можно усмотреть из предусмотренных законом оснований для отказа в предоставлении информации.

Так, в соответствии с § 131(3) AktG правление общества может отказать в предоставлении информации:

1) если ее предоставление, исходя из здравого делового суждения³, может причинить значительный ущерб компании или связанному

¹ Hoffmann-Becking in: Hoffmann-Becking M. (Hrsg.). Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Bd. 4. § 38. Rn. 17 (приводится по: Мухалева О.В. Указ. соч. С. 59).

² См.: *Baums Theodor, Schmitz Rainer*. Op. cit. P. 18.

³ Критерий «здроваго делового суждения» отсутствовал в ранее действующем Законе об акционерных обществах Германии 1937 г. и был впервые введен в AktG 1965 г. В законе 1937 г. право отказать в предоставлении информации по причине возможного ущерба компании осуществлялось по усмотрению руководства. Такой подход был подвергнут критике, поскольку, несмотря на возможность проверки правомерности отказа в судебном порядке, судебный контроль за реализацией данного дискреционного полномочия ограничивался исследованием вопроса о наличии в действиях руководства злоупотребления правом. Другая сложность заключалась в том, что на акционера-истца было возложено бремя доказывания нарушения его права на информацию, в то время как руководство должно было лишь объяснить причины отказа. От руководства не требовалось объяснить, почему предоставление информации может причинить ущерб компании (это привело бы к раскрытию информации). Таким образом, судья должен был рассмотреть вопрос о злоупотреблении правом в отсутствие

предприятию. Причиняемый ущерб необязательно должен быть материальным, он может выражаться в причинении ущерба деловой репутации или ухудшении перспектив развития на рынке вследствие утечки информации; например, по данному основанию может быть отказано, если это негативно повлияет на текущий процесс переговоров, на сферу научных исследований, освоение и внедрение новой техники или новых процессов на предприятии или как-то иначе делает его уязвимым для конкурентов на рынке¹. Несмотря на то что в соответствии с законом правление вправе отказать в предоставлении информации, это обязанность правления, поскольку недопущение причинения ущерба компании входит в его обязанности². Отказывая в предоставлении информации, правление не обязательно должно доказать, что будет причинен ущерб, но должно обосновать его, т.е. дать

каких-либо доказательств (за исключением редких случаев, когда акционер мог обосновать неправоту отказа со стороны руководства). Даже если акционеру удалось выиграть иск, практическая польза его победы была сомнительной, поскольку запрошенную информацию он мог получить только на следующем собрании акционеров. Чтобы исключить подобную практику, действующий AktG использует критерий «здорового делового суждения». Предполагается, что суд должен выяснить все фактические обстоятельства, чтобы определить, является ли отказ в раскрытии информации акционерам обоснованным. Между тем американские исследователи подвергают сомнению способность нового критерия смягчить трудности, с которыми сталкивается суд при решении вопроса о том, перевешивает ли выгода от реализации акционером права на информацию возможный ущерб компании. Отмечается, что соответствующий вопрос может быть решен только путем принуждения правления раскрыть информацию, которая, как утверждается, может нанести ущерб корпорации. Во избежание такого ущерба в новом законе (§ 132(3) AktG) предусматривается применение специальной (непубличной) процедуры, исключающей возможность использования раскрытой информации третьими лицами. Однако информация всегда будет раскрыта для самого истца, который обладает конституционным правом принимать участие в судебном разбирательстве, когда противная сторона представляет свои доказательства. Таким образом, даже если суд подтвердит правомерность отказа правления предоставить информацию, акционер все равно ее получит. При таких обстоятельствах на практике излишне законодательное положение о том, что решение, принятое в пользу акционера, дает ему право немедленного доступа к информации (не дожидаясь следующего собрания акционеров). С учетом изложенного подчеркивается, что новый (действующий) AktG хотя и обеспечивает большую защиту акционера, тем не менее не обеспечивает достаточной защиты правомерного корпоративного интереса в сохранении конфиденциальности коммерческой информации (см.: *Berger. Don. Op. cit. P. 737–739*).

¹ Hoffmann-Becking in: Hoffmann-Becking M. (Hrsg.). Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Bd. 4. § 38. Rn. 43 (приводится по: *Muxaleeva O.B.* Указ. соч. С. 59).

² *Hüffer U. Beck'sche Kurzkommentare. Aktiengesetz. 11. Auflage, 2014, § 131, Rn. 23* (приводится по: *Vutt Andres and Vutt Margit. Op. cit. P. 65*).

объяснение, достаточное для того, чтобы такое утверждение было убедительным¹;

2) если она относится к оценке размера налоговых обязательств или сумме определенных налогов;

3) в отношении разницы между стоимостью имущества, отраженной в годовом балансе, и его более высокой рыночной стоимостью (за исключением случая, когда на собрании акционеров должна быть утверждена годовая финансовая отчетность);

4) в отношении методов классификации и оценки, если в пояснениях к финансовой отчетности такие методы раскрыты в достаточной степени, чтобы дать четкое представление о фактическом состоянии активов компании, финансовом положении и прибыльности компании в значении § 264(2) Торгового кодекса Германии (за исключением случая, когда на собрании акционеров должна быть утверждена годовая финансовая отчетность);

5) если предоставление информации повлечет уголовную ответственность членов правления. В данном случае речь идет не о защите членов правления, которые путем раскрытия информации могут самообличить себя в противоправном поведении, а о защите государственной тайны, раскрытие которой приводит к уголовной ответственности²;

6) в случае с кредитными или финансовыми учреждениями — если сведения о балансе и методах оценки или расчетах, произведенных в годовой финансовой отчетности, отчете руководства, консолидированной годовой финансовой отчетности или отчете руководства группы, не должны включаться в соответствующую отчетность (отчеты);

7) если информация была постоянно доступна на сайте компании в течение 7 или более дней до собрания акционеров, а также во время собрания³.

Несмотря на то, что § 131(3) AktG прямо устанавливает, что в предоставлении информации не может быть отказано по каким-либо иным

¹ *Mense C., Klie M.* HV-Saison 2015: Aktuelle Trends und rechtliche Entwicklungen für die Vorbereitung und Durchführung von Hauptversammlungen. — Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht 2015, 45, S 49 (приводится по: *Vutt Andres and Vutt Margit.* Op. cit. P. 65).

² См.: *Berger Don.* Op. cit. P. 739.

³ Данное основание было введено с тем, чтобы корпорации ввиду злоупотреблений со стороны акционеров правом на информацию, которые пользовались им, оспаривая решения собраний, могли значительно снизить объем усилий, направленных на предоставление ответов на вопросы акционеров на собрании, путем исправного раскрытия информации на своем сайте на протяжении всего года (см.: *Noack Ulrich., Zetzsche. Dirk A.* Corporate Governance Reform in Germany: The Second Decade // *European Business Law Review.* Vol. 16. No. 5. 2004. P. 1044).

основаниям, кроме перечисленных выше, высказываются сомнения относительно соблюдения указанного положения в буквальном смысле.

В литературе отмечается, что аналогичное положение в Законе 1937 г. знало два исключения, выработанных судебной практикой и доктриной: первое исключение следовало из § 226 Германского гражданского уложения (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*), запрещающего злоупотребление правом (на этом основании допускался отказ в предоставлении информации, когда акционер пытался просто измотать правление или преследовал «исключительно эгоистичные интересы»); второе исключение распространялось на случаи, когда необходимые документы на момент проведения собрания акционеров были недоступны и могли быть получены только с чрезмерными расходами (однако если правление было уведомлено о том, что определенная информация будет запрошена, еще до собрания, это обязывало его иметь под рукой необходимые книги и записи). Автор высказывает уверенность в том, что такая практика продолжится¹.

Другие авторы также отмечают, что в предоставлении информации может быть отказано по причине злоупотребления правом, однако оговариваются, что данный вопрос является спорным².

В GmbH, участники которого вправе получать информацию вне зависимости от общих собраний участника, формальное требование об указании цели запроса информации отсутствует. Единственный формальный критерий ограничения доступа можно вывести из разд. 51a(2) GmbHG, который предоставляет директорам право отказать в предоставлении информации и разрешении изучить документы, если имеются опасения, что акционер может использовать их в целях, не связанных с компанией, и, таким образом, поставить компанию или связанную компанию в значительно невыгодное положение (такой отказ требует решения участников)³.

В литературе высказываются сомнения относительно эффективности подобного регулирования. Например, обсуждается, что нечеткое

¹ Об этом см.: *Berger Don*. Op. cit. P. 739–740.

² См.: *Baums Theodor, Schmitz Rainer*. Op. cit. P. 17.

³ В доктрине признается, что такое основание для отказа в предоставлении информации не является единственным. В качестве примеров возможных оснований приводятся случаи, когда предоставление информации влечет за собой нарушение законодательного запрета, или случаи фактической невозможности получить запрашиваемые сведения (*Schmiegelt/Schmidt* in: *Prinz/Winkeljohann* (Hrsg.). *Beck'sches Handbuch der GmbH*. 5. Auflage 2014. § 3. Rn. 85 (приводится по: *Мухалева О.В.* Указ. соч. С. 63 (прим. 43)).

регулирование пределов информационных прав может предоставить участникам КОО достаточно обширные права на изучение всех документов компании, что с точки зрения компании является не лучшим решением, и что немецкие компании могут нуждаться в более детальном регулировании¹.

В доктрине также отмечается, что простое любопытство не может рассматриваться как надлежащее основание для запроса информации², более того, у участников общества не может возникнуть право на получение той информации, которая им нужна не в качестве участника, а в качестве третьего лица (например, если речь идет о получении информации о контрагенте общества по какой-либо сделке, которая нужна участнику общества лишь потому, что данный контрагент является его конкурентом на рынке в других, не связанных с обществом правоотношениях)³.

Таким образом, несмотря на формальное отсутствие в GmbHG требования об указании цели запроса, нельзя сказать, что участник КОО обладает абсолютным правом на получение любых документов и информации о делах компании по первому требованию. Подразумевается, что его интерес в получении документов должен лежать в рамках его интереса как участника КОО.

Россия. Возвращаясь к отечественному опыту, вновь напомним, что до вступления в силу Закона № 233-ФЗ в законах о хозяйственных обществах отсутствовало требование, обязывающее участника обосновывать наличие у него надлежащей цели запроса или просто раскрывать ее⁴. Единственным ограничением в Законе об АО были минимальные пороги владения акциями для доступа к некоторым документам: не менее 1% для доступа акционера к списку лиц, имеющих право на участие в общем собрании акционеров⁵, и не менее 25% для

¹ *Fleischer H., Goette W.* (Herausg.). Münchener Kommentar zum GmbH Gesetz. 1. Auflage 2012, §51a, Rn. 4 (приводится по: *Vutt Andres and Vutt Margit.* Op. cit. P. 63).

² *Kiethe K.* Das Informationsrecht des ausscheidenden GmbH-Gesellschafters. – Deutsches Steuerrecht 1993. S. 1709 (приводится по: *Vutt Andres and Vutt Margit.* Op. cit. P. 63).

³ См., например: *Schmiegelt/Schmidt* in: *Prinz/Winkeljohann* (Hrsg.). Beck'sches Handbuch der GmbH. 5. Auflage 2014. § 3. Rn. 69 (приводится по: *Михалева О.В.* Указ. соч. С. 61).

⁴ В п. 1 Информационного письма № 144 разъяснялось, что при реализации своего права на получение информации участники хозяйственных обществ не обязаны раскрывать цели и мотивы, которыми они руководствуются, требуя предоставления информации об обществе, а также иным образом обосновывать наличие интереса в получении соответствующей информации, за исключением случаев, вытекающих из закона.

⁵ Ранее п. 1 ст. 89 Закона об АО к числу документов, которые должно хранить общество и к которым в силу п. 1 ст. 91 Закона об АО должен был быть обеспечен до-

доступа акционера к документам бухгалтерского учета и протоколам заседаний коллегиального исполнительного органа.

В то же время необходимость пересмотра объема рассматриваемого права довольно четко осознавалась в отечественном праве¹. В доктрине отмечалось, что «доступ к документам по конкретным операциям и сделкам, а также к информации о конкретных контрагентах и клиентах акционерного общества его добросовестным акционерам попросту не нужен. Достаточно, чтобы доступ к такой информации и документации имел менеджмент компании»². Отдельные авторы, опасаясь необоснованной, ничем не верифицируемой информационной открытости публичных корпораций или даже полной парализации работы крупных компаний со значительным числом акционеров, призывали не допускать «ситуацию, немислимую в любом другом правовом порядке, при которой наличие микроскопической доли в уставном капитале дает акционеру практически

ступ, прямо относил списки лиц, имеющих право на участие в общем собрании акционеров. При этом п. 4 ст. 51 Закона об АО предусматривалось (и предусматривается сегодня), что список лиц, имеющих право на участие в общем собрании акционеров, за исключением информации о волеизъявлении таких лиц, предоставляется обществом для ознакомления по требованию лиц, включенных в этот список и обладающих не менее чем 1% голосов. В связи с этим Президиум ВАС РФ в п. 19 Информационного письма № 144 разъяснил, что правило п. 4 ст. 51 Закона об АО является специальным по отношению к ст. 91 указанного Закона, в связи с чем акционеры, не включенные в список или не обладающие в совокупности не менее чем 1% голосов, не вправе требовать предоставления им такого списка, ссылаясь на ст. 91 Закона об АО, в том числе после проведения общего собрания акционеров. Таким образом, Президиум ВАС РФ подтвердил необоснованность занимаемой некоторыми судами позиции, согласно которой положения п. 4 ст. 51 Закона об АО регулируют правоотношения АО и акционера при подготовке и проведении общего собрания акционеров и не распространяются на общий порядок предоставления информации в порядке ст. 91 Закона об АО (см.: *Кузнецов А.А.* Комментарий к Информационному письму № 144. С. 566–567). Такой вывод является правильным с той точки зрения, что условия доступа участника общества к одному и тому же документу не могут различаться в зависимости от того, запрашиваются ли они в связи с общим собранием акционеров или вне связи с ним.

¹ См., например: Пояснительная записка к законопроекту Минюста России; О совершенствовании корпоративного управления в публичных акционерных обществах: доклад для общественных консультаций (Банк России). М., 2015. С. 32–44; Отчет Банка России об итогах общественных консультаций по вопросам Доклада о совершенствовании корпоративного управления в публичных акционерных обществах (https://www.cbr.ru/analytics/ppc/report_160525.pdf).

² *Белов В.А.* Самое сокровенное знание (заметки о содержании и пределах права участников хозяйственных обществ на получение информации об их деятельности и на ознакомление с их документацией) // Закон. 2012. № 8 (СПС «КонсультантПлюс»).

безграничные права на доступ к любому коммерческому контракту компании»¹.

С принятием же Закона № 233-ФЗ в Законе об АО помимо количественного критерия, предполагающего наличие у акционера определенного количества акций для доступа к конкретным видам документов, который был распространен на другие документы общества, появился также качественный критерий, требующий наличия у акционера деловой цели запроса.

Рассмотрим оба критерия более подробно.

Как описывалось выше, в ст. 91 Закона об АО на сегодняшний день выделяется три категории акционеров: акционеры – владельцы хотя бы одной акции, но менее 1% акций; акционеры – владельцы не менее 1% акций, но менее 25% акций; акционеры – владельцы не менее 25% акций².

Первой категории акционеров доступен базовый перечень документов, включающий в себя устав общества, документы, подтверждающие его государственную регистрацию, годовые отчеты, внутренние документы, регулирующие деятельность его органов, годовую бухгалтерскую (финансовую) отчетность, протоколы общих собраний акционеров и некоторые другие. Акционеры данной категории не обязаны указывать деловую цель запроса, поскольку законодатель, очевидно, исходит из неопровержимой презумпции наличия у них такой цели, не требующей предоставления запрашивающим лицом каких-либо дополнительных подтверждений.

Второй категории акционеров дополнительно к базовым документам потенциально доступен небольшой перечень документов (инфор-

¹ Кузнецов В.А., Степанов Д.И. Указ. соч. С. 101.

² Для целей выполнения указанных требований к минимальному количеству акций допускается совокупный учет акций нескольких акционеров, что прямо следует из п. 2 и 5 ст. 91 Закона об АО. См. также, например: Определение ВС РФ от 16 апреля 2018 г. № 305-АД18-2773 по делу № А40-162324/2016 («Учитывая, что в статье 91 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» не конкретизировано, как именно должны быть объединены требования акционеров в целях реализации прав, следующих из указанной статьи закона, соответственно, совместное истребование информации акционерами в рассматриваемом случае являлось допустимым»), постановление АС Дальневосточного округа от 27.07.2018 № Ф03-3014/2018 по делу № А51-22982/2017 («Мнение ответчика о том, что из указанной правовой нормы не следует возможность совокупного учета акций нескольких акционеров, обратившихся за получением документации акционерного общества, ошибочно, поскольку данная норма права [п. 5 ст. 91 Закона об АО] не предусматривает разграничений 25-процентного порога по объему акций для одного или нескольких акционеров, обратившихся с соответствующим требованием»).

мация, касающаяся крупных сделок и сделок с заинтересованностью, протоколы заседаний совета директоров (наблюдательного совета), отчеты оценщиков об оценке имущества, в отношении которого совершались крупные сделки и сделки с заинтересованностью), но только при условии наличия у запрашивающего лица разумной деловой цели. Кроме того, согласно п. 4 ст. 51 Закона об АО, который не был затронут Законом № 233-ФЗ, такие акционеры без указания деловой цели (в силу специального характера нормы указанного п. 4 ст. 51 по отношению к ст. 91) могут получить доступ к списку лиц, имеющих право на участие в общем собрании акционеров.

И наконец, третья категория акционеров, во-первых, дополнительно к базовым документам без указания деловой цели может получить доступ к информации, касающейся крупных сделок и сделок с заинтересованностью, протоколам заседаний совета директоров (наблюдательного совета), отчетам оценщиков об оценке имущества, в отношении которого совершались крупные сделки и сделки с заинтересованностью, и, во-вторых, точно так же без указания деловой цели может получить еще доступ к документам бухгалтерского учета^{1,2} и протоколам заседаний коллегиального исполнительного органа. Как

¹ Согласно позиции Верховного Суда РФ к документам бухгалтерского учета относятся гражданско-правовые договоры. Об этом см. п. 30 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 3 (2017), утвержденного Президиумом ВС РФ 12 июля 2017 г., а также определения ВС РФ от 25 апреля 2017 г. № 306-АД16-17822, от 1 июня 2017 г. № 305-КГ17-1288, от 21 июля 2017 г. № 305-АД17-5106, от 11 октября 2017 г. № 305-АД17-7626, от 13 июня 2018 г. № 310-АД18-6930 («суды пришли к выводу о том, что истребованные копии, в том числе трудовых договоров, заключенных обществом с единоличным исполнительным органом общества, с членами совета директоров общества, с членами ревизионной комиссии общества, с главным бухгалтером общества; договоров, заключенных обществом с аудитором общества, с реестродержателем общества; договоров, заключенных обществом за период с 01.01.2015 по 25.07.2016, признаваемых сделками, в совершении которых имеется заинтересованность, признаваемых крупными сделками, и об оказании благотворительной помощи относятся к документам бухгалтерского учета, к которым компания не имеет права доступа в силу статьи 89 и статьи 91 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах»). Ранее преобладающим в судебной практике был противоположный подход, в соответствии с которым договоры не относятся к документам бухгалтерского учета (см., например: постановление АС Поволжского округа от 28.05.2015 № Ф06-23899/2015). Кроме того, к документам бухгалтерского учета суды относят акты налоговых проверок (например: Определения ВС РФ от 30 июля 2018 г. № 305-АД18-10027 и от 8 августа 2018 г. № 305-АД18-10844), свидетельства о государственной регистрации права на основные средства (Определение ВС РФ от 10 июля 2018 г. № 307-АД18-976).

² Рассматриваемое ограничение не распространяется на документы бухгалтерской (финансовой) отчетности. На важность разграничения соответствующих понятий указал Президиум ВАС РФ в п. 17 Информационного письма № 144.

мы полагаем, в данном случае законодателем также создается неопровержимая презумпция наличия деловой цели.

Таким образом, законодатель, с одной стороны, ввел критерий разумной деловой цели (в одних случаях создавая неопровержимую презумпцию наличия такой цели, а в других – требуя ее указания) и, с другой стороны, развил в Законе об АО идею о том, что общий объем прав акционера определяется количеством принадлежащих ему акций¹.

Поддерживая в целом введение в Законе об АО критерия разумной деловой цели, который, на наш взгляд, является универсальным, а потому единственно необходимым ограничителем объема доступа к информации, мы не можем согласиться с предусмотренным законодателем одновременным сочетанием данного критерия с размером участия в уставном капитале общества.

Как видится, в силу присущего закону формализма невозможно заранее исчерпывающим образом определить перечни видов документов, в получении которых может иметь обоснованный интерес акционер,

¹ Различия в доступе к информации, при которых объем информационных прав акционеров, имеющих не менее 25% голосующих акций, существенно выше по сравнению с иными акционерами, признано допустимым в проекте Концепции развития законодательства о юридических лицах (см. п. 2.12 подразд. 2 разд. 1 проекта Концепции развития законодательства о юридических лицах). Подобной логики придерживаются и другие авторы (см., например: *Макарова О.А.* Право акционеров на информацию (СПС «КонсультантПлюс») («необходимо дифференцировать объем получаемой акционерами информации в зависимости от пакета принадлежащих им акций»), в том числе Д.И. Степанов и В.А. Кузнецов, которые в качестве универсального и в целом справедливого, по их мнению, критерия ограничения доступа к информации предлагают сопоставлять объем информационных прав акционера с размером его участия в уставном капитале общества, объясняя это тем, что «если в принципе может реализовать то или иное право (например, обеспечить принятие управленческого решения на уровне собрания акционеров или участников, обеспечить избрание того или иного кандидата в органы управления и т.п.), то и право на информацию, реализуемое участником, объективно связано с реализацией того «неинформационного» права, которое участник вправе осуществить в силу принадлежащей ему доли в уставном капитале». Авторы, таким образом, предлагают руководствоваться подходом, в силу которого: а) для акционеров, владеющих не менее чем 25% акций общества, не должно существовать ограничений для получения информации; б) для владельцев менее 25% (но не менее 1%) информационный барьер должен определяться с учетом существующих положений закона о праве акционеров на участие в определенных корпоративных процедурах; в) для микроминоритариев, владеющих менее чем 1% акций, целесообразно установить исчерпывающий перечень минимально необходимых сведений об обществе, представления которых они вправе потребовать в целях защиты своих интересов (например, решения общих собраний, данные бухгалтерской отчетности, сведения о корпоративных спорах, участником которых является общество) (см.: *Кузнецов В.А., Степанов Д.И.* Указ. соч. С. 98–99).

обладающий тем или иным количеством акций. Следовательно, данный подход допускает ситуации, когда даже при наличии обоснованного интереса акционер, владеющий, скажем, 20% акций, ни при каких обстоятельствах не получит документы, доступ к которым предусмотрен только для акционеров — владельцев не менее 25% акций. Более того, в отсутствие в обществе акционеров — владельцев не менее 25% акций — доступ к соответствующим документам акционеры не смогут получить в принципе¹.

По этой причине не может быть поддержано введение количественного критерия как самостоятельного ограничителя доступа к информации, что, однако, не исключает возможность использования (в целях повышения правовой определенности) этого критерия наряду с выделением различных перечней документов (как это сделал законодатель), но для целей перераспределения бремени доказывания наличия разумной деловой цели². Так, в отношении сформированных законодателем перечней документов наличие разумной деловой цели может предполагаться, если документы из соответствующего перечня запрашивает акционер, обладающий необходимым для данного перечня пакетом акций, однако общество должно иметь возможность доказывать обратное. И наоборот, если акционер, не обладающий необходимым для данного конкретного перечня документов количеством акций, тем не менее хочет получить документ из этого перечня, бремя доказывания разумной деловой цели должно лежать на таком акционере, но в любом случае последний не должен быть полностью лишен потенциальной возможности получить такой документ. Другими словами, ситуации, в которых даже при наличии разумной деловой цели акционер не может получить доступ к каким-либо документам лишь по причине отсутствия у него необходимого количества акций, должны быть полностью исключены. При таком подходе критерий на-

¹ Аналогичная критика может быть высказана и в отношении законопроекта Минюста России, в рамках которого: 1) сформулирован базовый перечень документов, доступ к которым имеют все акционеры; 2) выделены три категории документов (договоры (односторонние сделки), являющиеся крупными сделками и (или) сделками, в совершении которых имеется заинтересованность; протоколы заседаний совета директоров (наблюдательного совета) общества; документы, подтверждающие права общества на имущество, находящееся на его балансе), доступ к которым имеют только акционеры, владеющие не менее чем 2% акций, при этом те из них, которые владеют менее 25%, должны иметь разумную деловую цель; 3) акционерам, имеющим не менее 25% акций, предоставлен доступ ко всем документам.

² См. выше, как это сделано в штате Делавэр в отношении реестра акционеров и списка акционеров.

личия определенного пакета акций будет использован не параллельно с критерием разумной деловой цели, а лишь как одно из обстоятельств, свидетельствующих в пользу наличия такой цели¹.

Далее мы хотели бы сделать ряд замечаний в отношении установленных законодателем требований к минимальному количеству акций, необходимому для доступа к определенным документам.

Применительно к списку лиц, имеющих право на участие в общем собрании, полагаем необходимым обратить внимание на следующее. Как представляется, указанный документ может быть необходим акционеру для установления контактов с другими акционерами с целью, например, выработки согласованных позиций по вопросам, которые представляют для них общий интерес. Однако нам не ясна логика требования об аккумулировании в руках акционера не менее 1% акций для получения такого доступа. Как можно было заметить, право доступа к такого рода документам (реестр акционеров, список акционеров) в штатах Нью-Йорк и Делавэр не зависит от наличия у акционера определенного количества акций. Кроме того, в случае запроса таких документов бремя доказывания ненадлежащей цели лежит на корпорации. Проще говоря, указанные документы рассматриваются в качестве базовых, надлежащая цель доступа к которым предполагается. В связи с этим, по нашему мнению, законодателью следует пересмотреть соответствующее правило и переместить обсуждаемый документ в перечень документов, доступ к которым предоставляется каждому акционеру, обладающему по крайней мере одной акцией.

Также вызывает вопросы предусмотренный законодателем порог в 25% акций в отношении документов бухгалтерского учета и протоколов заседаний коллегиального исполнительного органа².

Следует заметить, что до внесения изменений в ст. 91 Закона об АО Федеральным законом от 7 августа 2001 г. № 120-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об акционерных обществах» (вступил в силу 1 января 2002 г.) доступ к документам

¹ В условиях реализации предложенного решения, предполагающего отказ от количественного критерия как самостоятельного ограничителя объема доступа к информации, в законе потребуются специальная оговорка о всеобъемлющем информационном праве контролирующего лица в отношении подконтрольного лица, исключающем в том числе необходимость доказывания наличия разумной деловой цели запроса информации.

² Для сравнения: в законопроекте Минюста России данный порог предлагалось снизить до 10%.

бухгалтерского учета и протоколам заседаний коллегиального исполнительного органа был полностью исключен для всех акционеров, в том числе для акционеров, имеющих в совокупности не менее 25% голосующих акций общества¹. По свидетельству некоторых специалистов по акционерному праву, основанием для этого явилась необходимость введения разумных рамок для доступа акционеров к документам общества и обеспечения гарантий от их некомпетентного вмешательства в исполнительно-распорядительную деятельность общества. Они отмечают, что в практике деятельности акционерных обществ могут возникнуть проблемы, связанные с тем, что один или несколько «излишне любопытных» и обладающих избытком свободного времени акционеров «закидают» акционерное общество запросами о предоставлении множества бухгалтерских документов, что только приведет к дезорганизации работы бухгалтерии и потере рабочего времени ее сотрудников². Эта логика схожа с обоснованием требований к минимальному количеству акций и сроку владения ими, которые ранее содержались в Законе о корпорациях Нью-Йорка, которое также сводилось к недопустимости злоупотребления правом со стороны тех, кто проявляет излишнее любопытство. Однако, как отмечено, в настоящее время такое требование в Законе о корпорациях Нью-Йорка отсутствует, кроме того, общее правило поведения не может формулироваться исходя из презумпции недобросовестного поведения участника.

В пояснительной записке к проекту федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об акционерных обществах»» (Федеральный закон от 7 августа 2001 г. № 120-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об акционерных обществах»») причины введения минимального порога для доступа к документам бухгалтерского учета и протоколам за-

¹ На ошибочность такого положения указывал, в частности, Е.А. Суханов (приводится по: Сыродоева О.Н. Акционерное право США и России (сравнительный анализ). М.: Спарк, 1996. С. 41).

² Блэк Б., Крэкман Р., Тарасова А. Комментарий федерального закона об акционерных обществах. 1999. С. 513–514 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=246670). По мнению авторов, из числа документов, предоставляемых акционерам, следовало исключить не только документы коллегиального исполнительного органа общества, но и приказы и распоряжения единоличного исполнительного органа. В то же время предлагалось предоставить право доступа к документам, включая документы бухгалтерского учета, имеющим отношение к сделкам, в совершении которых имеется заинтересованность, с тем, чтобы акционеры могли определить для себя, действительно ли сделка заключена добросовестно.

седаний коллегиального исполнительного органа не раскрывались. Законопроект в целом согласно пояснительной записке был обусловлен необходимостью приведения положений Закона об АО в соответствие с иными федеральными законами, а также практикой его применения. При этом в первоначальной редакции законопроекта минимальный порог был установлен в 10%, а порог в 25% появился уже в федеральном законе, принятом Государственной Думой в редакции согласительной комиссии 12 июля 2011 г., что свидетельствует о том, что установление данного порога для доступа к обсуждаемым документам, как, впрочем, и любого другого количественного ограничения в праве, не имеет под собой догматического обоснования и скорее является результатом политико-правовых предпочтений законодателя.

Не вносит ясности в вопрос обоснования данного ограничения и обращение к Определению КС РФ от 18 июня 2004 г. № 263-О, в котором суд пришел к выводу, что норма абз. 1 п. 1 ст. 91 Закона об АО (в редакции, действующей до вступления в силу Закона № 233-ФЗ), устанавливающая, что право доступа к документам бухгалтерского учета¹ имеют акционеры (акционер), владеющие в совокупности не менее 25% голосующих акций общества, не может рассматриваться как нарушающая конституционный принцип равенства, поскольку это обусловлено спецификой соответствующих правовых отношений и поскольку вступление в акционерное общество в качестве акционера является добровольным, т.е. предполагающим свободное волеизъявление заранее осведомленного обо всех ограничениях лица. При этом КС РФ обратил внимание, во-первых, на особенность акционерной формы предпринимательства, которая заключается в неограниченном количестве акционеров, в том числе имеющих мелкие пакеты акций, что, по мнению суда, предопределяет наличие специальных мер охраны и правил доступа к сведениям, не являющимся общедоступными, и, во-вторых, на то, что содержание регистров бухгалтерского учета и внутренней бухгалтерской отчетности, которые относятся к документам бухгалтерского учета, является коммерческой тайной.

Соглашаясь в целом с логикой КС РФ в части необходимости учета особенностей акционерной формы предпринимательства, нужно за-

¹ Конституционность абз. 1 п. 1 ст. 91 Закона об АО оспаривалась акционером, которому было отказано в удовлетворении заявления об ознакомлении с документами бухгалтерского учета (вопрос об ограничении доступа к протоколам заседаний коллегиального исполнительного органа в данном определении прямо не рассматривался).

метить, что такая аргументация сама по себе не обосновывает правомерность рассматриваемого нами ограничения, в силу которого доступ к сведениям, не являющимся общедоступными, зависит от количества принадлежащих акционеру акций. Кроме того, нельзя не обратить внимание, что действующий на тот момент Федеральный закон от 21 ноября 1996 г. № 129-ФЗ «О бухгалтерском учете», в силу прямого указания которого содержание регистров бухгалтерского учета и внутренней бухгалтерской отчетности являлось коммерческой тайной, утратил силу в связи с принятием Федерального закона от 6 декабря 2011 г. № 402-ФЗ «О бухгалтерском учете», в котором соответствующее указание отсутствует.

Не дает удовлетворительного обоснования и Определение № 8-О-П, в котором указывается, что в делах, связанных с предоставлением информации, эффективный судебный контроль подразумевает в том числе оценку правильности определения режима доступности информации по вопросам, отнесенным законом и корпоративными нормативными актами к компетенции совета директоров и исполнительного органа акционерного общества¹ (с точки зрения наличия в них конфиденциальной информации, касающейся текущей хозяйственной деятельности). То есть в данном случае КС РФ в качестве критерия ограничения доступа к документам исполнительного органа АО опять же рассматривает конфиденциальность содержащейся в них информации.

Таким образом, по смыслу, придаваемому абз. 1 п. 1 ст. 91 Закона об АО (в ранее действующей редакции) КС РФ, введение 25%-ного порога для доступа к документам бухгалтерского учета и протоколам заседаний коллегиального исполнительного органа обусловлено необходимостью защиты интересов АО, заинтересованного в данном случае в сохранении конфиденциальности информации. В то же время критерий конфиденциальности информации не объясняет, почему под рассматриваемое ограничение подпадают указанные две категории документов и почему устанавливается порог в 25%. По этой причине мы лишь подтверждаем вывод о недопустимости введения количественного критерия как самостоятельного ограничителя доступа к информации.

¹ См. в этом же Определении: «акционерное общество вправе установить адекватный режим доступности информации по вопросам, отнесенным законом и корпоративными нормативными актами к компетенции совета директоров и исполнительного органа акционерного общества (с точки зрения наличия в них конфиденциальной информации, касающейся текущей хозяйственной деятельности)».

Теперь вернемся к критерию разумной деловой цели.

В силу п. 7 ст. 91 Закона об АО под деловой целью понимается законный интерес акционера в получении сведений и документов, которые объективно необходимы и достаточны для надлежащей реализации прав акционера, предусмотренных Законом об АО. В поисках примеров такого интереса можно обратиться к Информационному письму № 144, в п. 1 которого указывается, что о наличии у участника правомерного интереса в получении информации могут свидетельствовать, например, планирование истцом продажи своих акций¹ или доли в уставном капитале (в том числе в ходе процедур банкротства истца), подготовка к обращению в суд с требованием об оспаривании решения органа или договора хозяйственного общества либо о привлечении к ответственности органов общества, а также подготовка к участию в общем собрании акционеров².

Явное несоответствие состава и содержания запрошенных документов указанной в запросе цели является одним из оснований для отказа общества в доступе к документам (подп. 4 п. 8 ст. 91 Закона об АО). Таким образом, требование разумной деловой цели сопровождается необходимостью адаптирования запрашиваемых документов к этой цели. Такой подход совпадает с подходом штатов Нью-Йорк и Делавэр и заслуживает поддержки. Если достижение обозначенной цели с помощью определенного документа невозможно, в доступе к нему должно быть отказано, поскольку документы общества не должны запрашиваться просто так.

В то же время анализ законодательных положений показывает, что отказать в доступе к документу по рассматриваемому основанию можно только в тех случаях, когда в отношении запрашиваемого документа в соответствии с Законом об АО обязательно указание деловой цели.

¹ В постановлении Пятого ААС от 20.04.2018 по делу № А51-22982/2017 разумной и обоснованной признана деловая цель, которая заключается в необходимости оценки акций общества в связи с наличием между истцами спора о разделе имущества.

² См. также проект поправок Минэкономразвития России, согласно которому деловая цель считается разумной, в частности, если она состоит: 1) в подготовке участника (акционера) к обращению или в выявлении обстоятельств, подтверждающих наличие оснований для обращения в суд с требованием об обжаловании решения органа или оспаривании сделки общества либо о возмещении причиненных обществу или участнику (акционеру) убытков, и при этом в требовании указаны известные участнику (акционеру) обстоятельства, свидетельствующие о возможном наличии оснований для предъявления таких требований; 2) в подготовке участника (акционера) к предстоящему общему собранию участников (акционеров) и при этом в требовании указан вопрос повестки дня общего собрания, в связи с которым запрашивается документ.

То есть, по сути, доступ всех акционеров ко всем базовым документам общества и доступ акционеров, имеющих не менее 25% акций, к информации, касающейся крупных сделок и сделок с заинтересованностью, протоколам заседаний совета директоров (наблюдательного совета), отчетам оценщиков об оценке имущества, в отношении которого совершались крупные сделки и сделки с заинтересованностью, к документам бухгалтерского учета и протоколам заседаний коллегиального исполнительного органа с этой точки зрения является безусловным. При таких условиях, например, акционеры, владеющие одной акцией, могут запрашивать весь перечень базовых документов разом, несмотря на то, что большинство из этих документов не будут иметь никакого отношения к имеющейся у них на самом деле цели (или даже последняя может вовсе отсутствовать), в то время как общество обязано будет такой запрос выполнить. Такое положение дел следует признать неудовлетворительным, однако оно может быть исправлено с распространением критерия разумной деловой цели на все документы общества и выделением различных перечней документов для целей перераспределения бремени доказывания наличия разумной деловой цели, как это было описано выше.

Далее Закон об АО устанавливает, что деловая цель должна быть разумной, и приводит три примера¹ неразумной деловой цели, а именно, когда: 1) общество обладает сведениями о фактических обстоятельствах, свидетельствующих о недобросовестности акционера; 2) имеет место необоснованный интерес в получении акционером документов или информации; 3) акционер является конкурентом общества либо аффилированным лицом конкурента и запрашиваемый им документ содержит конфиденциальную информацию, относящуюся к конкурентной сфере, и ее распространение может причинить вред коммерческим интересам общества². Примечательно, что указанные примеры (являющиеся основанием для отказа в предоставлении доступа к информации и документам) распространяются только на акционеров — владельцев не менее 1% акций, но менее 25% акций, поскольку только для них предусмотрено требование

¹ Из буквального прочтения Закона об АО следует, что перечень неразумных деловых целей является открытым.

² Неудачной видится юридическая техника, используемая законодателем при определении понятия «деловая цель» и формулировании перечня случаев неразумной деловой цели, поскольку под деловым интересом в Законе об АО понимается законный интерес, а примеры неразумной деловой цели допускают существование, например, законного, но необоснованного интереса.

об указании деловой цели. Следуя логике законодателя, либо акционеры, владеющие менее чем 1% акций, и акционеры, владеющие не менее чем 25% акций, всегда являются добросовестными, имеют обоснованный интерес в получении информации и не могут причинить вред коммерческим интересам корпорации, либо сам факт наличия у них определенного пакета акций рассматривается как перевешивающий необходимость защиты интересов общества в описанных примерах (т.е. законодатель из двух критериев, количественного и качественного, отдает предпочтение количественному). Однако вне зависимости от того, какими мотивами руководствовался законодатель, подобный подход, на наш взгляд, ставит под сомнение возможность достижения справедливого баланса интересов общества и его акционеров и искажает регулирование института права на информацию, оправдывающего предоставление информации в целях, разумно связанных с интересами лица как акционера.

Применительно к третьему примеру следует отметить, что в п. 1 Информационного письма № 144 соответствующая ситуация была квалифицирована как злоупотребление правом. В отличие от Информационного письма № 144 в Определении № 8-О-П в качестве примера злоупотребления правом приводилась ситуация, когда акционер, запрашивающий информацию, является представителем конкурента. Пример злоупотребления, который был приведен в Информационном письме № 144 и который сегодня перенесен в Закон об АО, бесспорно, является гораздо более продуманным. Следует понимать, что сам по себе факт того, что участник является представителем конкурента, не может свидетельствовать о злоупотреблении правом и должен оцениваться в совокупности с другими обстоятельствами. В американской доктрине, например, отмечается, что, когда речь идет о запросе информации конкурентом компании, прежде всего необходимо различать, какие документы запрашиваются. Если, например, запрашивается только книга регистрации владельцев акций, статус лица как конкурента не имеет значения, поскольку имена и адреса акционеров, как правило, не окажут ему большой помощи. Совсем другой вопрос, если запрашиваются документы, касающиеся основной деятельности компании. Однако даже в этом случае суды разрешают изучение таких документов постольку, поскольку это не поможет участнику как конкуренту. В судебной практике есть случаи, когда акционеру, владеющему существенной долей акций, разрешалось изучить документы, чтобы выявить причины прогрессирующего ухудшения состояния бизнеса корпорации и, таким образом,

защитить себя от существенных потерь; в другом случае акционеру-конкуренту было позволено изучить документы, кроме тех, которые содержали коммерческую тайну корпорации или имена и адреса клиентов; также известны случаи, когда изучение документов допускалось под контролем уполномоченного лица; еще в одном деле было разрешено изучение документов, необходимое для прекращения причинения вреда компании в результате ненадлежащего управления, с учетом возможности сформулировать приказ таким образом, чтобы предотвратить предполагаемые нарушения без предоставления информации, которая может быть использована для конкурентных целей. Таким образом, тот факт, что заявитель является конкурентом, не должен в обязательном порядке исключать возможность изучения документов. Однако, если основная или единственная цель конкурента состоит в том, чтобы получить доступ к коммерческой тайне, в таком доступе должно быть отказано¹.

Некоторые дополнительные критерии ограничения объема доступа акционеров АО можно вывести из п. 8 ст. 91 Закона об АО, предусматривающего условия для отказа в доступе к информации.

Так, в соответствии с данной нормой одним из условий для отказа в доступе к документам и информации является повторный в течение трех лет запрос документа, если первое требование было надлежащим образом исполнено². Возражений такое условие не вызывает, однако можно было бы, на наш взгляд, уточнить, что речь идет об одном и том же документе, содержащем одни и те же сведения за один и тот же период.

Следующее условие для отказа в доступе к информации – когда запрашиваемый документ относится к прошлым периодам деятельности общества (более трех лет до момента обращения с требованием), за исключением информации о сделках, исполнение по которым осуществляется на момент обращения акционера с требованием. Для сравнения: в п. 1 Информационного письма в качестве аналогичного условия рассматривается ситуация, когда заявлено требование о предоставлении информации и документов, относящихся к прошлым периодам деятельности хозяйственного общества и явно не представляющих

¹ *Bartels John R., Eugene J. T.* Op. cit. P. 299–301.

² Для сравнения: в п. 1 Информационного письма № 144 в качестве обстоятельства, допускающего отказ в предоставлении информации, указывается неоднократное заявление требований о предоставлении одних и тех же документов и (или) их копий при условии, что первое из таких требований было надлежащим образом удовлетворено обществом.

ценности с точки зрения их анализа (экономического, юридического (в том числе по причине истечения сроков исковой давности) и т.д.). Данное разъяснение Президиума ВАС РФ было критически оценено в доктрине с той точки зрения, что сами по себе дата составления документов и срок для обжалования определенных действий (решений) не должны выступать критериями ценности информации^{1,2}. Аналогичным образом, по нашему мнению, следует подойти и к оценке действующей нормы, принимая во внимание, в частности, что предусмотренное законом исключение для случаев, когда запрашивается информация о сделках, исполнение по которым осуществляется на момент обращения акционера с требованием, не является единственно возможным примером наличия у акционера обоснованного интереса в получении документа, относящегося к прошлым периодам. При этом в любом случае данное ограничение не должно распространяться на действующие на момент запроса внутренние документы общества (предоставление таких документов должно осуществляться независимо от даты их утверждения).

В качестве возможного решения допустимо было бы ввести презумпцию отсутствия у акционера разумной деловой цели при запросе рассматриваемых документов, возложив на него бремя доказывания обратного, но не исключая полностью возможность их получения.

Однако наиболее серьезные возражения вызывает такое условие для отказа в доступе к информации, как запрос документа за период,

¹ См.: Кузнецов В.А., Степанов Д.И. Указ. соч. С. 102. Авторы предлагали сузить сферу применения данного разъяснения в части запроса документов, относящихся к прошлым периодам и не представляющих ценности с точки зрения их анализа, допустив его действие только в отношении акционеров, владеющих менее чем 25% акций.

² В постановлении от 17.07.2012 по делу № А03-13957/2011 ФАС Западно-Сибирского округа указал следующее: «Суд обоснованно не принял во внимание довод заявителя жалобы о необходимости отказа в иске в связи с тем, что затребованная [25.08.2011] от общества информация за прошлые периоды деятельности (2006–2007 годы) не представляет для истца экономическую или юридическую ценность по причине истечения срока исковой давности. Суд отметил, что относимость документов к прошлым периодам деятельности общества сама по себе не свидетельствует об отсутствии заинтересованности истца в их получении». См. также: постановления АС Московского округа от 01.06.2016 № А40-152601/2015 («участники общества могут запросить информацию за любой интересующий их период в необходимом объеме, относимость документов к прошлым периодам сама по себе не свидетельствует об отсутствии заинтересованности акционеров в их получении»); от 04.07.2018 № Ф05-9425/2018 по делу № А40-128518/2017. Несмотря на то, что в указанных делах суды исходили в том числе из того, что отсутствовало общее требование о раскрытии участником своих целей и мотивов, соответствующие позиции в рассматриваемой части заслуживают одобрения.

не относящийся к периоду владения акционером акциями общества, за исключением информации о сделках, исполнение по которым осуществляется в период владения акциями общества. Заметим, что позиция законодателя по данному вопросу разошлась с позицией Президиума ВАС РФ, изложенной в Информационном письме № 144¹. Вопрос о правомерности требований участника о предоставлении документов за период, когда лицо не являлось участником общества, возник в судебной практике по предположению А.А. Кузнецова в результате перенесения устоявшихся представлений о невозможности обжаловать сделки общества лицом, которое не являлось его участником в период их заключения. Однако, как он справедливо отмечает, право требовать предоставления документов не обусловлено нарушением прав и интересов акционера (что является одним из основных условий для удовлетворения иска об оспаривании сделок); запрос документов вовсе не означает, что акционер считает их содержание нарушающим его права². Таким образом, рассматриваемое условие для отказа в предоставлении информации неправомерно ограничивает право акционера на получение информации о положении дел в обществе, в котором он участвует, с момента его учреждения, в связи с чем должно быть исключено из Закона об АО.

Следующий вопрос, требующий внимания, — условия доступа к конфиденциальной информации. В ООО и АО действует одинаковое правило о том, что срок исполнения обязанности по предоставлению документов, содержащих конфиденциальную информацию, исчисляется не ранее чем с момента подписания между обществом и обратившимся с требованием о предоставлении доступа к документам акционером договора о нераспространении информации (соглашения о конфиденциальности) (п. 12 ст. 91 Закона об АО; п. 5 ст. 50 Закона об ООО). Если в отношении АО устанавливается, что условия соглашения о конфиденциальности могут определяться обществом в формуляре или в иной стандартной форме и должны быть едиными для всех акционеров общества, то в отношении ООО предусматри-

¹ В п. 5 Информационного письма № 144 разъяснялось, ни Закон об АО, ни Закон ООО не содержат положений, ограничивающих право участника требовать предоставления информации и документов за период деятельности хозяйственного общества, в течение которого данное лицо не являлось участником этого общества; с момента приобретения статуса участника хозяйственного общества лицо может требовать предоставления документов общества независимо от даты составления этих документов.

² Об этом см.: *Кузнецов А.А.* Комментарий к Информационному письму № 144. С. 554.

вається лише те, що таке угода заключається по формі, прийнятій в ООО. Таким образом, законодавець допускає можливість отримання конфіденційної інформації при умові укладення угоди про конфіденційність¹.

Дійсно, само по собі отнесення запитаної інформації до конфіденційної не повинно служити безумовним підставою для відмови в її наданні при наявності розумної ділової мети. Данне обставина, як і в разі, коли акціонер, запитуючий інформацію, є конкурентом товариства, повинен отримувати свою оцінку виходячи з сукупності обставин справи. Однак зауважимо, що Президіум ВАС РФ в п. 15 Інформаційного листа № 144, а також Банк Росії в п. 21 Указання № 3388-У при вирішенні аналогічного питання в якості механізму захисту інтересів товариства замість угоди про конфіденційність передбачили видачу учасником расписки, в якій він підтверджує, що попереджений про конфіденційність отриманої інформації і об зобов'язанні її зберігати². Данне рішення представляється більш обґрунтованим, маючи

¹ В судовій практиці відзначається, що угода про нерозголошенні конфіденційної інформації може бути підписана акціонерами і при виконанні судового акту. Таким образом, відсутність такого документа к моменту розгляду справи в суді само по собі не може вважатися підставою для відмови в задоволенні позову, а впливає лише на визначення початку істотного строку виконання зобов'язань по наданню документів, що містять конфіденційну інформацію, який істотний не раніше ніж з моменту підписання угоди між товариством і звернувшись з вимогою про надання доступу до документів акціонером такого угоди про конфіденційності (см. постановлення Першого ААС від 21.05.2018 по справі № А79-13021/2017; Одиннадцятого ААС від 17.10.2018 по справі № А55-477/2018).

² Однак, незважаючи на те, що п. 12 ст. 91 Закону про АО в діючій редакції передбачає укладення угоди про конфіденційності, відомі випадки, коли суди з посиланням на вказану норму Закону про АО, п. 15 Інформаційного листа № 144 і п. 21 Указання № 3388-У визнають достаточною для цілей реалізації прав на інформацію видачу акціонером расписки про нерозголошенні конфіденційної інформації. Так, наприклад, в постановленні Першого ААС від 20.04.2018 по справі № А43-48497/2017 підписання підготовленого АО угоди про конфіденційності з протоколом розголосів в частині розміру неустойки було розцінено як расписка.

В постановленні від 04.10.2018 по справі № А41-89787/2018 АС Московського округу суд зазначив, що істотним товариству була надана расписка про нерозголошенні конфіденційної інформації, при цьому невиконання даної расписки по формі зразку відповіді не впливає на її зміст і не є обставиною, що виключає зобов'язання відповіді про надання інформації акціонеру. Аналогічна практика складається і в стосунку до ООО. Так, в постановленні АС Северо-Западного округу від 19.10.2018 по справі № А56-71428/2017 вказано наступне: в касаційній скаргі ООО вказано, що примусове відповіді к видачі істотним документів при відмові істота від підписання угоди про конфіденційності по формі, прийнятій в ООО,

в виду, что в обществе, в том числе непубличном, могут быть утверждены условия соглашения о конфиденциальности, необоснованно ограничивающие право участников на информацию¹, в то время как последние в силу проблем ограниченной рациональности, некачественности и незаинтересованности в защите собственных прав²

противоречит п. 5 ст. 50 Закона об ООО; однако неподписание истцом предложенного ответчиком соглашения о конфиденциальности с учетом получения ООО повторного требования о предоставлении документов, содержащего обязательство не разглашать полученную информацию, не может являться препятствием для получения истребуемых документов, поскольку из повторного требования истца следует, что истец обязуется соблюдать в отношении представленных документов режим конфиденциальности и не представлять их третьим лицам и конкурентам ООО, за исключением предоставления информации аудиторам и адвокатам для защиты его прав как участника ООО (ссылка на возможность ознакомления с документами аудиторов и адвокатов не может рассматриваться в качестве отступления от режима конфиденциальности, поскольку указанные лица в силу их профессиональных обязанностей не вправе разглашать информацию, которая стала им известна при осуществлении профессиональной деятельности), а возмещение убытков является универсальной мерой гражданско-правовой ответственности, которая может быть применена независимо от того, предусмотрена ли она договором. См. также постановление АС Северо-Западного округа от 09.10.2018 № Ф07-10296/2018 по делу № А56-71426/2017.

¹ В постановлении от 04.12.2017 по делу № А17-8673/2016 Второй ААС со ссылкой в том числе на нормы ст. 91 Закона об АО в редакции Закона № 233-ФЗ, Указания № 3388-У признал необоснованными ограничения во внутреннем документе АО в виде предоставления документов, содержащих конфиденциальную информацию, только путем их получения лично акционером (поскольку такое «ограничение в конечном счете приводит к чинению неоправданных препятствий акционерам в связи с невозможностью получения указанных документов посредством почтовой, курьерской, электронной связи, либо путем получения документов через представителя») и условия соглашения о конфиденциальности о наложении на акционера штрафа за разглашение такого рода информации, подлежащего оплате одновременно с взысканием убытков и потерь, в размере 100 млн руб. Суд указал, что из положений законодательства об участии в управлении делами хозяйственного общества не следует обязанность акционера принимать любые условия для получения истребуемой информации о деятельности общества; наложение подобного штрафа сверх обязательства по возмещению возникших для общества имущественных потерь и упущенной материальной выгоды ставит акционера, несущего обязанность по неразглашению конфиденциальной информации и несению убытков, причиненных своими действиями обществу, в ущемляющее его права положение; обществом не приведено аргументов в обоснование размера установленного штрафа, его разумности и необходимости в случае разглашения третьим лицам конфиденциальной информации. Как справедливо указал суд, локальные документы общества не должны создавать препятствий в осуществлении указанными лицами их прав, фактически затруднять и ограничивать их в принятии решений и получении необходимой информации. См. также постановление Первого ААС от 20.04.2018 по делу № А43-48497/2017.

² Об этом подробнее см.: Кузнецов А.А. Пределы автономии воли в корпоративном праве: краткий очерк. М.: Статут, 2017. С. 26–28, 35–38.

не способны будут противостоять этому. По крайней мере вопрос определения условий соглашения о конфиденциальности, заключение которого является условием реализации права на информацию, которое, напомним, является по своему характеру императивным, не должен быть полностью оставлен правопорядком на усмотрение хозяйственных обществ. По этой же причине неудовлетворительным видится решение законодателя включить требование о единых для всех участников условий соглашения о конфиденциальности лишь в Закон об АО, допустив тем самым возможность установления дифференцированных условий доступа для участников ООО.

Далее, нельзя забывать, что отсутствие в законодательстве конкретных запретов и ограничений призвана восполнять ст. 10 ГК РФ, следовательно, в предоставлении информации, помимо предусмотренных законом оснований, может быть также отказано по причине злоупотребления правом¹. На необходимость исследования и оценки

¹ См., например: постановление АС Московского округа от 29.03.2018 по делу № А40-119359/2017 («Банк России по Тамбовской области в постановлении правомерно пришел к выводу о том, что, учитывая статус потерпевшего, как миноритарного акционера и его деятельность по направлению в адрес общества запросов о предоставлении информации, принимая во внимание аналогичность периодически направляемых запросов; необращение в суд о понуждении общества в представлении информации, отсутствие иной деятельности, связанной с реализацией прав акционера, отсутствие доказательств объективной необходимости в ряде запрашиваемой информации, повторяемость поведения потерпевшего, как миноритарного акционера, возможно сделать вывод о наличии в действиях акционера признаков злоупотребления правом в виде необоснованного интереса в получении соответствующей информации. Действия акционера могут быть направлены не на добросовестную защиту собственных интересов, а на инициирование возбуждения в отношении общества новых дел об административных правонарушениях и дестабилизацию работы общества. Суды отметили, что о наличии признаков злоупотребления правом в действиях акционера свидетельствуют конкретные обстоятельства, в частности, за период с 03.03.2016 по настоящее время в общество направлено 13 запросов. В ответ на запросы в отсканированном виде представлена информация и документы на страницах в количестве ориентировочно 5000 штук. Полученные копии документов не оплачиваются акционером, несмотря на то, что на странице раскрытия информации обществом по адресу <http://www.edisclosure.ru/portal/company.aspx?id=1154> размещена информация о стоимости изготовления копии и банковские реквизиты для оплаты копий. Акционером заявлено требование от 24.11.2016 о проведении внеочередной проверки (ревизии) финансово-хозяйственной деятельности общества с постановкой перед ревизионной комиссией вопроса о проверке всех сделок общества за 3 (три) года. В результате было проведено 8 (восемь) заседаний ревизионной комиссии, сформировано заключение, соответствующие материалы направлены акционеру. Акционером подано в Банк России по Орловской области более 25 жалоб на непредставление документов, представление документов с нарушением сроков, ненадлежащее раскрытие информации. По итогам рассмотрения жалоб отделениями Банка России либо не установлено на-

обстоятельств конкретного дела, позволяющих выявить в действиях акционера злоупотребление правом, указывалось как в п. 1 Информационного письма № 144, так и в Определении № 8-О-П¹. Указанное основание для отказа в предоставлении информации в равной степени применимо как к АО, так и к ООО.

личие нарушений, либо допущенные нарушения признаны малозначительными. В постановлении от 31.03.2017 обоснованно указано, что действия акционера могут быть направлены не на добросовестную защиту, а на инициирование возбуждения в отношении общества новых дел об административных правонарушениях и дестабилизацию работы общества, что, в свою очередь, противоречит принципу добросовестности поведения в гражданско-правовых отношениях (статья 10 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Таким образом, суды пришли к выводу о том, что совокупность вышеуказанных обстоятельств свидетельствует о злоупотреблении правом третьим лицом; ПАО «Пигмент», воспользовавшись правом, предоставленным статьями 12, 14 Гражданского кодекса Российской Федерации, правомерно отказало акционеру в предоставлении запрошенных документов». См. также постановление АС Центрального округа от 30.06.2015 № Ф10-1836/2015 по делу № А62-6896/2014, постановление АС Московского округа от 29.03.2016 по делу № А41-69463/2014 («принимая во внимание, что в рамках дела истец просит обязать ответчика предоставить ему фактически те же документы, которые истец после освобождения от должности генерального директора ООО «Софитектс» не передал новому руководителю и которые решением АС г. Москвы от 14.07.2015 по делу № А40-44897/15 были затребованы у истца в пользу ООО «Софитектс», арбитражный апелляционный суд пришел к обоснованному выводу о том, что обращение истца с рассматриваемым иском не направлено на защиту прав истца на получение документов, касающихся деятельности ООО «Софитектс», что свидетельствует о злоупотреблении истцом правом на получение информации о деятельности ООО «Софитектс», что влечет отказ в удовлетворении исковых требований истца»), решение АС Курской области от 21.07.2016 № А35-7629/2014 («суд считает необходимым обратить внимание на наличие конкурентных отношений между акционером и обществом. Так, ЗАО «Железногорский хлебозавод» занимается той же деятельностью, что и ОАО «Курскхлеб». По мнению суда, истребуемая истцом информация представляет коммерческий интерес для прямых конкурентов общества, занимающихся аналогичной хозяйственной деятельностью. Кроме того, объем документов, периодичность запрашиваемой истцом информации свидетельствуют о злоупотреблении ЗАО «Железногорский хлебозавод» своим правом акционера в силу положений статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации»).

¹ Согласно Определению № 8-О-П о злоупотреблении правом может свидетельствовать наличие признаков, которые указывают на намеренное создание объективных трудностей, способных отрицательно влиять на хозяйственную деятельность конкретного акционерного общества в целом и на интересы его акционеров, например, если акционер специально запрашивает большой объем копий документов, с тем чтобы затруднить деятельность общества. По этой причине нельзя согласиться с безусловностью встретившегося нам в судебной практике суждения о том, что «большой объем запрашиваемых документов... не может подтверждать злоупотребление акционером своим правом на получение информации, так как законодательство таких ограничений не содержит» (см. постановление Девятого ААС от 14.08.2018 № 09АП-25499/2018).

Дополнительно отметим, что в Законе об АО отсутствует такое общее основание для отказа в предоставлении информации (даже при наличии у акционера деловой цели), как возможность причинения обществу значительного ущерба в результате ее предоставления, которое предусмотрено как в Германии, так и в штатах Нью-Йорк и Делавэр. Подобный критерий, как описывалось выше, позволяет отказывать в том числе в предоставлении документов, содержащих конфиденциальную информацию, в тех случаях, когда ущерб, который может быть причинен обществу их предоставлением, будет перевешивать выгоду от их предоставления участнику. В то же время мы также упомянули о том, что в Законе об АО имеется такой пример неразумной деловой цели (когда акционер является конкурентом общества либо аффилированным лицом конкурента и запрашиваемый им документ содержит конфиденциальную информацию, относящуюся к конкурентной сфере, и ее распространение может причинить вред коммерческим интересам общества), который по своему описанию как раз может подпадать под данное основание. Исходя из того, что описанная в законе ситуация не является единственно возможным примером причинения обществу значительного ущерба в результате предоставления запрашиваемой информации, законодателю следовало бы рассмотреть вопрос о необходимости введения в Закон об АО соответствующего общего основания для отказа вместо описания частных ситуаций. Дополнительно отметим, что в Законе об ООО обсуждаемое основание отсутствует даже в виде описанного примера неразумной деловой цели, что, на наш взгляд, не имеет под собой разумного обоснования и не позволяет обеспечить справедливый баланс прав и законных интересов ООО и его участников.

Особенности регулирования права на информацию в ООО и непубличных АО. В силу п. 3 ст. 91 Закона об АО если акционер непубличного АО владеет не менее чем 1% акций, то по умолчанию общество обязано обеспечить такому акционеру при условии наличия разумной деловой цели дополнительный (помимо доступа к базовым документам) доступ не только к информации, касающейся крупных сделок и сделок с заинтересованностью, протоколам заседаний совета директоров (наблюдательного совета), отчетам оценщиков об оценке имущества, в отношении которого совершались крупные сделки и сделки с заинтересованностью, но и к иным документам общества, которые последнее обязано хранить, за исключением документов бухгалтерского учета и протоколов заседаний коллегиального исполнительного органа.

Идея законодателя, которая заключается в увеличении объема права на информацию в непубличных АО за счет расширения видов доступной информации, в данном случае может быть поддержана.

Однако Закон об АО идет дальше и, как неоднократно упоминалось, говорит о том, что уставом непубличного общества по единогласному решению всех акционеров могут быть установлены иные условия доступа к информации, чем предусмотрены законом, в том числе минимальное количество акций, необходимое для получения всех или определенной категории документов.

Нельзя не признать, что отечественный законодатель неодинок в своем диспозитивном настрое по данному вопросу, поскольку аналогичная по существу норма содержится в Законе о КОО Делавэра. Однако, как мы отмечали, рассматривая вопрос о допустимых пределах ограничения рассматриваемого права, американские авторы призывают к осторожности, рекомендуя подвергать любое ограничение оценке на предмет возможных трудностей в реализации участником КОО своих прав в отсутствие доступа к информации.

С этой точки зрения диспозитивность законодательного регулирования обсуждаемых отношений, не ограниченная какими-либо пределами, вызывает у нас возражения. Имея в виду в том числе риск искажения акционерами непубличного АО подлинного *ratio iuris* права на информацию даже в том случае, если предусмотренные уставом общества ограничения пройдут судебный контроль, мы по-прежнему придерживаемся позиции о необходимости обеспечения императивности законодательных положений, регулирующих право на информацию в том числе в непубличных обществах, и недопущении снижения предусмотренных законом минимальных гарантий указанного права, в том числе путем исключения или замены критерия надлежащей цели какими-либо иными критериями.

Таким образом, подход законодателя, полагающегося на усмотрение непубличного общества в вопросе определения условий доступа к информации, видится нам ошибочным.

Переходя к ООО, первое, на что следует обратить внимание, — это отсутствие в Законе об ООО и после принятия Закона № 233-ФЗ каких-либо критериев ограничения доступа к информации, в том числе количественного и качественного¹, как это обсуждалось выше.

¹ Для сравнения: требование разумной деловой цели при запросе участником ООО определенных документов было предусмотрено законопроектом Минюста России; в проекте поправок Минэкономразвития России соответствующее требование в качестве общего условия доступа к информации не предъявлялось, однако было предусмо-

По мотивам, описанным выше, критерий надлежащей цели запроса, по нашему мнению, следовало бы распространить и на ООО. Как мы указывали, аналогичное требование предъявляется к участникам КОО в штатах Делавэр и Нью-Йорк. В поддержку данного решения может свидетельствовать также опыт Германии, где, как мы опять же описывали, регулирование права на информацию участников GmbHG критикуется за чрезмерную обширность соответствующего права и признается, что информация не может запрашиваться из простого любопытства и должна быть связана с интересом запрашивающего лица как участника GmbH.

При этом на сегодняшний день в условиях отсутствия каких-либо ограничительных критериев в Законе об ООО следует лишь поприветствовать подход судов, которые продолжают применять положения Информационного письма № 144, исследуя вопрос о злоупотреблении правом, в том числе о наличии у участника правомерного интереса в получении информации¹.

Завершая анализ положений Закона об ООО, нужно сказать, что сужение объема доступа участника к информации общества достигается лишь путем ограничения видов доступной информации и документов (об этом подробнее см. выше), а также за счет трех оснований для отказа в предоставлении документов, которые представляют собой лишь частные примеры возможных ситуаций и не могут претендовать на место универсального критерия ограничения доступа к информации.

Предусмотренные Законом об ООО основания для отказа в предоставлении информации в целом схожи с теми, что предусмотрены для АО. Интерес вызывают два из них.

Первое — повторный в течение трех лет запрос при условии надлежащего исполнения первого требования. Здесь, как и в случае с АО, на наш взгляд, следовало бы уточнить, что речь идет об одном и том же документе, содержащем одни и те же сведения за один и тот же период.

требования довольно интересное правило о том, что независимо от положений устава ООО, ограничивающих доступ к определенным документам, суд вправе удовлетворить требование участника о предоставлении доступа к таким документам, если будет доказано наличие разумной деловой цели в их получении.

¹ Например, правомерными признаются такие интересы, как планируемое получение действительной стоимости доли в уставном капитале ООО (постановление АС Северо-Западного округа от 09.10.2018 № Ф07-10296/2018 по делу № А56-71426/2017), проведение аудиторской проверки ООО и определение размера своих долей в уставном капитале с последующим решением вопроса о выходе из состава ООО (постановление АС Центрального округа от 22.10.2018 № Ф10-4469/2018 по делу № А64-9574/2017).

И второе основание — запрос документа за прошлые периоды деятельности общества (более трех лет до момента обращения с требованием), за исключением документов, перечисленных в подп. 1–9 п. 2 ст. 50 Закона об ООО. Здесь нужно, во-первых, обратить внимание на исключение, сделанное в отношении документов, перечисленных в подп. 1–9 п. 2 ст. 50 Закона об ООО (это, например, договор об учреждении общества, устав, документ, подтверждающий государственную регистрацию общества, внутренние документы общества, положения о филиалах и представительствах, протоколы общих собраний участников). А точнее, на то, что соответствующее исключение по неизвестным причинам не предусмотрено в Законе об АО¹. Несмотря на то что здравый смысл подсказывает, что доступ акционеров к таким базовым документам не должен быть ни в коем случае ограничен, даже если они были созданы более трех лет назад до момента обращения с требованием, системное толкование может дать именно такой крайне нежелательный вывод. И, во-вторых, в рассматриваемом положении по неясным причинам не сделано исключение, как в Законе об АО, для информации о сделках, исполнение по которым осуществляется на момент обращения участника с требованием, что едва ли может иметь разумное обоснование. Между тем положительно следует оценить отсутствие в Законе об ООО такого основания для отказа в предоставлении информации, как запрос документа за период, когда лицо не являлось участником ООО (об этом см. выше).

Наконец, последнее немаловажное замечание следует сделать в отношении дифференцированного подхода к регулированию права на информацию в непубличных АО и ООО (например, в ООО отсутствует требование разумной деловой цели, которое применяется по умолчанию в непубличных АО; непубличные АО могут полностью исключить применение правил Закона об АО о праве на информацию, в то время как в отношении ООО такая оговорка отсутствует). С таким решением крайне сложно согласиться, имея в виду, что вносимые в законодательство в последние годы изменения практически размывают границу между ООО и непубличными АО. Не дает оснований для вывода о существовании сколько-нибудь серьезных отличий в их правовом положении в том числе ст. 66.3 ГК РФ. Поэтому, имея в виду, что одно лишь формальное различие организационно-правовых форм не может

¹ Напротив, соответствующие оговорки в части недопустимости ограничения доступа к базовым документам АО по причине их относимости к прошлым периодам деятельности общества были предусмотрены в законопроекте Минюста России и проекте поправок Минэкономразвития России.

служить достаточным обоснованием различного регулирования права на информацию в ООО и непубличных АО, законодателю, по нашему мнению, следует стремиться к унифицированному регулированию в соответствующем вопросе.

Краткие выводы

1. В основе права участника хозяйственного общества на информацию лежит идея о необходимости защиты его вложений в общество, которыми управляют другие лица. Данное право находится в неразрывной связи с иными правами участника и выполняет по отношению к ним служебную функцию, гарантируя их нормальное осуществление.

2. Право участника хозяйственного общества на информацию не может быть абсолютным. Оно должно быть уравновешено интересами обеспечения и поддержания деловой активности общества (выполнение требований участников о предоставлении информации не должно быть чрезмерно обременительным и приводить к приостановлению или существенному затруднению деятельности общества) и сохранения конфиденциальности сведений, распространение которых может причинить вред интересам общества.

3. Положительной оценки заслуживает введение законодателем в Закон об АО критерия разумной деловой цели запроса как наиболее справедливого и универсального критерия ограничения доступа к информации. Указанный критерий должен быть распространен на все документы общества. В то же время не может быть поддержано введение количественного критерия, предполагающего наличие у акционера определенного количества акций для доступа к конкретным видам документов как самостоятельного ограничителя доступа к информации, что, однако, не исключает возможность использования (в целях повышения правовой определенности) этого критерия наряду с выделением различных перечней документов для целей перераспределения бремени доказывания наличия разумной деловой цели. Ситуации, в которых даже при наличии разумной деловой цели акционер не может получить доступ к каким-либо документам лишь по причине отсутствия у него необходимого количества акций, должны быть исключены. При предложенном подходе критерий наличия определенного пакета акций будет использован не параллельно с критерием разумной деловой цели, а лишь как одно из обстоятельств, свидетельствующих в пользу наличия такой цели.

4. В отсутствие в отечественном праве сколько-нибудь серьезных отличий в правовом положении непубличных АО и ООО нельзя согласиться с дифференцированным подходом к регулированию права на информацию в соответствующих обществах. Поскольку одно лишь формальное различие организационно-правовых форм не может служить достаточным обоснованием различного регулирования права на информацию в непубличных АО и ООО, законодателю необходимо стремиться к унифицированному регулированию в соответствующем вопросе. В частности, на ООО должен быть распространен критерий разумной деловой цели.

5. Регулирование права на информацию и в публичных, и в непубличных хозяйственных обществах следует рассматривать как императивное, предусматривающее неснижаемые гарантии указанного права, принадлежащего каждому участнику общества и составляющего неотъемлемую часть его правового статуса. Иной подход создает риск искажения участниками хозяйственного общества подлинного *ratio iuris* права на информацию и будет приводить к необоснованному ущемлению других прав участников, «обслуживаемых» данным правом. По этой причине ошибочным видится подход законодателя, предусмотревшего диспозитивное регулирование права на информацию в отношении непубличных АО. В то же время в уставе (внутренних документах) хозяйственного общества могут быть урегулированы процедурные вопросы реализации права на информацию, а также предусмотрены положения, расширяющие право участников на информацию, если только это не нарушает интересы общества.

6. Обосновано предоставление законодателем расширенного объема доступа к информации участникам непубличных АО и ООО. Однако и в этом случае законодательное регулирование должно осуществляться с помощью императивных правил, не допускающих ограничения права на информацию каким-либо образом в уставах (в том числе путем замены или изменения критериев ограничения доступа).

7. Во избежание ситуаций несправедливого отказа со стороны АО в предоставлении информации, имеющей значение для целей защиты прав и законных интересов акционера, перечень доступной акционеру информации не следует строго ограничивать теми документами, которые прямо названы в законе или уставе (внутреннем документе) общества или в отношении которых предусмотрена обязанность общества по их хранению.

8. В законах о хозяйственных обществах необходимо прямо указать, что право участника хозяйственного общества на информацию рас-

пространяется на информацию о подконтрольных организациях. При этом обсуждения требует вопрос о введении дополнительных критериев, оправдывающих предоставление доступа к такой информации и учитывающих, например, возможность получения запрашиваемых документов в рамках осуществления контроля за подконтрольной организацией.

9. Дополнительной проработки требуют предусмотренные законами о хозяйственных обществах условия для отказа в доступе к информации. В частности, из Закона об АО должно быть исключено такое условие, как запрос документа за период, не относящийся к периоду владения акционером акциями общества, поскольку оно неправомерно ограничивает право акционера на получение информации о положении дел в обществе, в котором он участвует, с момента его учреждения. В то же время в целях обеспечения справедливого баланса прав и законных интересов хозяйственного общества и его участников в качестве дополнительного основания для отказа в предоставлении доступа к документам (даже при наличии надлежащей цели) может быть предусмотрено такое основание, как возможность причинения обществу значительного ущерба в результате предоставления такой информации.

А.И. Шаматов,
магистр юриспруденции (РШЧП),
партнер юридического бюро
«Мозго и партнеры»

ПРИНУДИТЕЛЬНАЯ ЛИКВИДАЦИЯ ООО И НЕПУБЛИЧНОГО АО ПО ЗАЯВЛЕНИЮ УЧАСТНИКА (ПОДП. 5 П. 3 СТ. 61 ГК РФ): РОССИЙСКИЙ И ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ¹

Введение

В ходе исследования, которое приведено ниже, будут затронуты следующие основные вопросы, касающиеся принудительной ликвидации по иску участника:

1. Ликвидация «парализованной» компании — это благо, влекущее очищение рынка? Нужна ли такая юридическая «эвтаназия» для парализованной, но не «умершей» компании?

2. Должны ли при принятии решения о ликвидации компании учитываться интересы общества и государства в сохранении компании?

3. Каковы признаки «паралича» компании? Как их отличить от обычного делового риска участия в бизнесе, в котором решения принимаются исходя из принципа большинства?

4. Какие альтернативы ликвидации может предложить право? В каких случаях суд должен применять их *ex officio* при рассмотрении иска о ликвидации, а в каких *ex voluntate partium*?

5. Если альтернативы существуют, то каков должен быть алгоритм их применения?

¹ Автор благодарит Центр международных и сравнительно-правовых исследований (iclr.ru) и его руководство за возможность использования его ресурсов при подготовке настоящей публикации.

6. Наконец, если ликвидация судом применяется, то какова должна быть процедура и какова ее специфика по сравнению с обычной ликвидацией, например, по решению участников?

В поиске ответов на эти вопросы мы проанализируем российское законодательство, российскую судебную практику, подходы ряда зарубежных правовых систем, открытый научный дискурс в России и, наконец, постараемся если не ответить на обозначенные выше вопросы, то сделать шаг на пути к ответам на них.

1. Российское законодательство

В 2014 г. в Гражданский кодекс РФ были внесены изменения. Статья 61 ГК РФ («Ликвидация юридического лица») была существенно переработана.

В прежней редакции ликвидация¹ юридического лица допускалась в следующих общих случаях:

а) по решению его учредителей или участников (либо органа юридического лица, уполномоченного на то учредительными документами);

б) по решению суда в случае грубых или систематических нарушений закона;

в) в результате признания его несостоятельным (банкротом).

В редакции 2014 г.² список случаев, когда юридическое лицо ликвидируется по решению суда (п. «б» выше) был изменен: случаи, когда юридическое лицо может быть ликвидировано в связи с теми или иными нарушениями, были подробно и детально раскрыты в четырех отдельных подпунктах этой статьи; в закон была включена бланкетная норма о том, что законом могут быть предусмотрены иные случаи ликвидации по решению суда; наконец, подп. 5 п. 3 ст. 61 ГК РФ установил, что по решению суда юридическое лицо ликвидируется также *«по иску учредителя (участника) юридического лица в случае невозможности достижения целей, ради которых оно создано, в том числе в случае, если осуществление деятельности юридического лица становится невозможным или существенно затрудняется»*.

¹ Обратим внимание на то, что ликвидация и исключение юридического лица из Единого государственного реестра юридических лиц – не тождественные понятия. Основания для исключения из ЕГРЮЛ подробно раскрываются в Федеральном законе от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей».

² Вступила в силу 1 сентября 2014 г.

Таким образом, в законе появилась норма, позволяющая в определенных случаях требовать ликвидации организации по иску ее участника. Именно эту норму мы и будем подробно рассматривать в статье.

Концепция развития гражданского законодательства РФ (одобренная решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 г.) не содержала на этот счет никаких положений. Каких-либо иных «мотивов» или пояснительных записок, которые могли бы пролить свет на обстоятельства появления этой нормы в проекте и в законе, также не имеется.

Исторический российский опыт ликвидации компании по заявлению участника, насколько нам известно, также отсутствует. Например, проект Гражданского уложения Российской империи содержал в своей ст. 112 всего три случая «прекращения действия частного общества»: 1) в связи с заявлением последних участников общества о том, что число оставшихся участников недостаточно для законного состава общества; 2) в связи с заявлением управления общества об истечении срока общества; 3) в связи с заявлением управления общества о том, что общее собрание членов общества проголосовало за прекращение его действия.

Таким образом, если не принимать во внимание зарубежный опыт, по всей видимости, появившаяся в законе норма не имеет серьезных исторических корней или теоретического обоснования.

Менее чем через год после вступления в силу норма оказалась под пристальным вниманием Верховного Суда РФ. В п. 29 постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» Верховный Суд РФ привел примеры случаев, когда требование участников юридического лица о ликвидации может быть удовлетворено.

Он указал, что это возможно, если иные участники уклоняются от участия в обществе, делая невозможным принятие решений в связи с отсутствием кворума, в результате чего становится невозможным достижение целей, ради которых создано юридическое лицо, в том числе ввиду длительной невозможности сформировать органы юридического лица. Помимо этого, суд указал, что ликвидация также допускается в случае длительного корпоративного конфликта, в ходе которого существенные злоупотребления допускались всеми участниками хозяйственного товарищества или общества, вследствие чего существенно затрудняется его деятельность.

При этом Верховный Суд РФ уточнил, что ликвидация в качестве способа разрешения корпоративного конфликта возможна только

в том случае, когда все иные меры (исключение участника юридического лица, добровольный выход из состава участников, избрание нового лица, осуществляющего полномочия единоличного исполнительного органа, и т.д.) исчерпаны или их применение невозможно.

Как видно из сказанного выше, ВС РФ отнесся к институту принудительной ликвидации по иску участника *«объяснимо осторожно»*, по выражению В.В. Витрянского¹. Как мы убедимся позднее, эти осторожность и расплывчатость формулировок не повлияли, как нам представляется, позитивно на судебную практику: ссылаясь на одни и те же формулировки из Пленума ВС РФ, суды выносят прямо противоположные решения в абсолютно аналогичных случаях.

Например, что означает невозможность сформировать органы юридического лица: если истек срок полномочий директора, а нового выбрать не удастся из-за дедлока на голосованиях общего собрания, означает ли это, что орган не сформирован, ведь прежний директор внесен в ЕГРЮЛ? Что означает длительный корпоративный конфликт, в ходе которого существенные злоупотребления допускались всеми участниками: требуются ли для его подтверждения вступившие в законную силу судебные акты? И как применять это разъяснение, если существенные злоупотребления могут быть основанием для исключения участника из общества, в таком случае следует отказать в ликвидации и предложить исключить участника? Если же понимать разъяснение буквально — то такие злоупотребления должны быть допущены именно *всеми* участниками: но разве будет истец-участник, подавая иск, ссылаться на то, что и он злоупотреблял своими правами, в связи с чем нужно ликвидировать общество? Наконец, что означает исчерпание или невозможность применения иных мер разрешения корпоративного конфликта, если возможность продажи доли или выхода участника из общества присутствует всегда? Следует ли из этого опять-таки, что раз такая возможность существует, то ликвидация в связи с корпоративным конфликтом просто не будет работать?

Все эти вопросы всплыли в судебной практике и привели к тому, что в подавляющем большинстве случаев суды отказывают в ликвидации.

На этом нормативный (в самом широком смысле слова) материал по тематике принудительной ликвидации корпорации по иску ее участника в рамках российской правовой системы исчерпывается.

Перейдем к анализу российской судебной практики.

¹ Витрянский В.В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. М.: Статут, 2016 (СПС «КонсультантПлюс»).

II. Российская судебная практика

2.1. Общие замечания и статистика

Юристам-практикам, вероятно, будет любопытно увидеть количественные характеристики того, как норма о принудительной ликвидации работает в судах. Первый иск по подп. 5 п. 3 ст. 61 ГК РФ появился уже 1 сентября 2014 г. Таблица ниже актуальна по состоянию на 20 июня 2019 г.

Таблица

Дела по п. 5 ч. 1 ст. 61 ГК РФ, рассмотренные кассационными судами и ВС РФ за период с 1 сентября 2014 г. по 20 июня 2019 г.

		В пользу ликвидации, %		Против ликвидации, %		Всего рассмотрено
ВС РФ	ВСЕГО	2	22	7	78	9
	Президиум	0	—	0	—	0
	Коллегия ВС РФ	0	—	0	—	0
	Судьи ВС РФ	2	22	7	78	9
	Золотова Е.Н.	1	25	3	75	4
	Чучунова Н.С.			3	100	3
	Маненков А.Н.	1	50	1	50	2
Кассационные суды (суды округов)	ВСЕГО	7	24	22	76	29
	ФАС ПО	2	50	2	50	4
	ФАС ЗСО	2	50	2	50	4
	ФАС ВВО		0	2	100	2
	ФАС СЗО	1	17	5	83	6
	ФАС ДВО		0	1	100	1
	ФАС МО	1	12	7	88	8
	ФАС СКО		0	2	100	2
	ФАС УО		0	1	100	1
	ФАС ЦО	1	100		0	1

По нашим расчетам¹ за более чем четыре года судами рассмотрено около 250–300 дел по искам по подп. 5 п. 3 ст. 61 ГК РФ, что явно немного при общем числе непубличных корпораций в России. Всего 26 дел мы обнаружили в судах кассационной инстанции, из них 8 дел рассматривалось судьями ВС РФ для решения вопроса о передаче на рассмотрение коллегии ВС РФ. Ни по одному из дел экономическая коллегия еще не высказывалась. Все это явно демонстрирует осторожное отношение юридического сообщества к этому институту. Осторожность явно обоснованная, ведь вероятность удовлетворения иска о принудительной ликвидации, как видно из таблицы выше, составляет порядка 25%, а в Московском и Северо-Западном судебном округе уже начинает формироваться устойчивая негативная практика (из 13 дел в 11 случаях суды принимали решение не в пользу ликвидации); кроме того, судебная практика содержит решения с прямо противоположными правовыми позициями.

Отметим также, что (ожидаемо) в большинстве случаев иски о ликвидации подаются в отношении ООО, хотя нельзя не отметить, что такая возможность существует и для непубличных акционерных обществ, есть даже одно положительное дело, дошедшее до ВС РФ². Сама ликвидируемая компания в делах подобной категории выступает ответчиком. В качестве третьих лиц суды привлекают других участников общества.

Еще один примечательный факт: из 7 положительных дел в 4 случаях³ конфликт возникал между участниками с равными долями (50%), еще в 2 — между участником, имеющим долю 50%, и двумя наследниками участника, который также владел 50% доли, владеющими по 25% долей каждый. Иначе говоря, практически вся положительная практика сформировалась в ситуации равенства долей заинтересованных лиц. Это связано с тем, что суды в каких-то случаях интуитивно ощущают несбалансированность возможного решения о ликвидации, если оно принимается в пользу участника-миноритария, а в каких-то случаях

¹ Наш подробный анализ включал практику ВС РФ и судов округов. Количество дел по первой инстанции достоверно и точно определить можно лишь путем их сплошного анализа, поскольку ни система «Кейслук» (Caselook), ни система «КонсультантПлюс» не позволяют машинным способом выявить дела по искам по подп. 5 п. 3 ст. 61 ГК РФ. Сплошной анализ массива дел по первой инстанции не проводился, поэтому цифра приблизительная.

² Дело № А46-12003/2014. В этом деле истец подал заявление о ликвидации уже 01.09.2014.

³ Дела № А46-12003/2014, А45-7338/2016, А57-30921/15, А09-10232/16.

суды об этом пишут прямо: ликвидация компании не будет направлена на соблюдение баланса интересов сторон корпоративного конфликта, как указал ФАС СЗО¹.

2.2. Доводы российских судов при решении вопроса о допустимости ликвидации

2.2.1. Право на выход

Одним из наиболее популярных доводов, которые российские суды² используют для обоснования отказа в ликвидации общества, заключается в следующем: истец — участник общества имеет право на выход из общества. В случае же выхода из общества последствия для истца будут тождественны последствиям иницилируемой им процедуре принудительной ликвидации общества³. Следовательно, если он не реализовал свое право на выход, то не все возможности для урегулирования конфликта исчерпаны. Раз не все возможности исчерпаны, то, следуя логике Пленума ВС РФ, в удовлетворении иска следует отказать. В некоторых случаях суды также указывают на то, что у истца есть и право продать долю.

Представляется, что этот довод несостоятелен. Право на выход должно быть предусмотрено уставом общества (ст. 26 Закона об ООО). Хотя в 99% случаев на практике в компаниях право на выход существует (в том числе и потому, что ранее Закон об ООО предусматривал его в качестве опции по умолчанию), теоретически возможна и обратная ситуация. Однако логика Закона об ООО построена таким образом, что у участника всегда должна быть либо возможность продать долю, либо возможность выйти из общества. Одновременно запретить и то, и другое (в том числе путем отказа других участников в даче согласия на продажу доли), по всей видимости, невозможно.

Таким образом, если принять логику судов, сводящуюся к тому, что ликвидация применяется тогда, когда у истца нет ни права на выход, ни права и возможности продать долю, то принудительная ликвидация по подп. 5 п. 3 ст. 61 ГК РФ законодателем была заведомо сотворена как мертворожденная. Суды, однако, должны избегать такого толкования нормы, при котором она фактически никогда не применяется.

¹ Дело № А56-69413/2015.

² Дела № А55-16429/2015, А60-49329/16, А41-998/17, А24-2913/2015.

³ См., например, дело А24-2913/2015.

Подобное толкование уже напоминает отказ в правосудии в ситуации, когда закон прямо позволяет лицу обратиться в суд с соответствующим иском.

К счастью, некоторые суды¹ это, по всей видимости, интуитивно почувствовали и указали на то, что доводы ответчика (третьего лица — другого участника) о том, что у истца есть право на выход, несостоятельны. ФАС ЦО², отклоняя такой довод, сослался на то, что никто правом на выход не воспользовался, а понудить выйти из общества нельзя. ФАС ЗСО указал³, что доводы заявителя о возможности разрешения конфликта путем исключения или выхода участника отклонены, так как это повлечет новые судебные споры, а добровольные заявления о выходе никто не подавал; при этом позиция ответчика и третьего лица, состоящая в том, что другая сторона может подать заявление о выходе, лишь свидетельствует об отсутствии возможности совместно осуществлять деятельность в обществе.

Вероятно, также суды могли бы указать и на то, что право на выход означает в конечном счете уступку одного участника в пользу другого, ведь такой другой участник сохраняет бизнес и источник дохода. Выходящий из бизнеса в такой ситуации участник по сути капитулирует в борьбе с другим партнером. После выхода из общества ему предстоит добиться получения действительной стоимости его доли в ситуации полной утраты контроля над обществом (ведь выход считается состоявшимся в момент получения обществом соответствующего заявления). Ликвидация же общества в ситуации конфликта означает возможность решения конфликта на паритетных началах. Кроме того, при условии назначения независимого ликвидатора процедура ликвидации еще и более транспарентна и справедлива с точки зрения распределения ликвидационной квоты.

Наконец, еще один довод в пользу несостоятельности отсылки к праву на выход или возможности исключения участника заключается и в буквальном текстуальном толковании Пленума ВС РФ. Пленум указал, что ликвидация допускается лишь в том случае, когда иные меры исчерпаны или их применение невозможно. Ключевым здесь является последняя часть — «применение невозможно». Даже если участник не подавал заявление на выход (т.е. не исчерпал все меры), это не оз-

¹ Дела № А09-10232/16, А57-30921/15, А45-7338/2016.

² Здесь и далее мы будем использовать прежнюю аббревиатуру «ФАС» для обозначения судов округов.

³ Дело № А45-7338/2016.

начает, что применение нормы о выходе из общества *возможно с точки зрения соблюдения баланса интересов участников* по уже указанным выше соображениям. Суды, цитирующие разъяснение ВС РФ, обычно игнорируют эту последнюю часть предложения, останавливаясь лишь на «неисчерпании» всех других способов разрешения конфликта, что явно противоречит идее Пленума.

Что же касается продажи доли третьим лицам, то следует понимать, что, хотя продажа своей доли в корпорации и должна, возможно, по общему правилу рассматриваться как обычный способ прекращения корпоративных отношений, нужно понимать, что в непубличных корпорациях участник находится в менее выгодном положении, поскольку доли в непубличных корпорациях чаще всего неликвидны¹. Более того, они тем более неликвидны, чем более очевиден конфликт между участниками для потенциального покупателя².

2.2.2. Наличие у общества прибыли

В большинстве случаев суды также анализируют, имеет ли компания прибыль или несет убытки. В русле этой же логики доводы об уплате (неуплате) налогов, заработной платы, платы контрагентам и пр.

Преобладающей является позиция судов³ о том, что наличие прибыли у общества свидетельствует об отсутствии оснований для принудительной ликвидации. Есть случаи⁴, когда наличие убытков рассматривалось как не свидетельствующее о том, что такие основания имеются.

В меньшинстве остаются суды, считающие, что наличие прибыли само по себе еще не свидетельствует о том, что отсутствует корпоративный конфликт и нет оснований для ликвидации⁵, а также суды, считающие, что наличие убытков — один из доводов в пользу ликвидации⁶.

Представляется, что такой подход недостаточно глубок. Анализировать следует не столько текущий финансовый результат в виде при-

¹ См. *F. O'Neal*. Close Corporations § 1.07 (1958).

² См.: *McDonald Diane K.* Deadlock and Dissolution in the Close Corporation: Has the Sacred Cow Been Butchered, 58 Neb. L. Rev. P. 796 (1979).

³ Дела № А55-16429/2015, А40-249753/15, А17-1457/2017, А24/2913/2015, А41-998/17.

⁴ См., например, дело № А60-49329/16.

⁵ См., например, дело № А57-30921/15.

⁶ См., например, дело № А09-10232/16.

быльности или убыточности компании, сколько последствия дефолта в динамике. Судам следовало сопоставить, ухудшились ли финансовые показатели из-за конфликта, либо проверить, должны ли они ухудшиться в связи с конфликтом и неприятием какого-либо конкретного решения (несовершения какого-либо действия). При необходимости для ответа на эти вопросы может быть назначена судебная экспертиза. Конечно же, у этого подхода тоже есть границы применения, примерно обозначенные так называемым правилом делового суждения (*business judgment rule*): суд не должен углубляться в дебри экономики фирмы, вместо руководства компании определяя прибыльность или убыточность того или иного действия или стратегии.

Однако приведенная здесь аргументация не должна вводить в заблуждение относительно того, что российские суды именно по *этой* причине в большинстве случаев и отказывают в применении ликвидации: правильнее было бы сказать, доводы, касающиеся финансового состояния общества, в судебных актах в абсолютном большинстве случаев являются довеском — они столь скупы и ничем не обоснованы, что вряд ли в реальности влияли на принятие решения.

2.2.3. Невозможность избрать единоличный исполнительный орган

Пленум ВС РФ указал, что невозможность избрать органы управления юридического лица является одним из случаев, свидетельствующих о допустимости принудительной ликвидации. В проанализированной нами практике стороны ссылались исключительно на сложности при назначении нового генерального директора, поэтому остановимся только на этом основном органе управления.

На практике ситуации, когда единоличный исполнительный орган — директор не избран, довольно редки. Обычно это связано с тем, что прежний директор умер. Однако бывают и другие ситуации. Например, директор уволился по собственному желанию и добился исключения сведений о нем в ЕГРЮЛ без внесения сведений о новом директоре (что постепенно входит в практику налоговых органов). Можно помыслить и такие случаи, как утрата дееспособности, исключение директора из ЕГРЮЛ по решению суда и др. Мы делаем акцент именно на ЕГРЮЛ по той причине, что многие суды расценивают наличие записи в ЕГРЮЛ о директоре как абсолютное доказательство отсутствия «невозможности избрать органы управления» и отказывают в ликвидации.

Гораздо чаще встречаются случаи, когда истек срок действия его полномочий или один из участников полагает необходимым его сменить.

Относительно первого случая ряд судов полагает, что неспособность общего собрания избрать нового директора после истечения срока полномочий предыдущего не является основанием для ликвидации компании. Суды считают, что истечение срока не названо в законе как основание для прекращения полномочий¹, а также то, что раз в ЕГРЮЛ запись о директоре присутствует, то он продолжает осуществлять свою функцию².

Ситуация еще более удивительная, если учесть, что в большинстве случаев директором, чьи полномочия истекли, является как раз второй участник общества, против которого, по сути, и подается иск.

Например, если при создании общества два учредителя предусмотрели в уставе, что директор назначается на неопределенный срок³, то они не могут не осознавать, что если первоначальный директор назначен в пользу одного из участников, то другой участник, по сути, лишает себя возможности сменить такого директора без согласия такого первого участника. В этом случае, вероятно, еще можно говорить о том, что предприниматели сами несут риск того, что они не предусмотрели необходимость «ротации» в органах управления. Иначе говоря, при создании компании стороны договорились, что они могут не договориться (*agreed to disagree*⁴) в будущем и что сохранится *status quo*, пусть и не выгодный для одной из сторон.

¹ Дело № А60-49329/16.

² Дело № А17-1457/2017.

³ Мы опускаем вопрос о допустимости такой опции с точки зрения Закона об ООО, в п. 1 ст. 40 которого указано, что единоличный исполнительный орган избирается на срок, определенный уставом общества. Допустимо ли установить, что директор назначается на неопределенный срок, если учесть, что участники в любом случае не ограничены в принятии решения о прекращении его полномочий досрочно? Представляется, что по общему правилу это не запрещено. В противном случае учредители для обхода запрета могли бы указывать срок в 49 лет, 99 лет, 999 лет и так далее, что приводит *de facto* к бессрочному характеру полномочий.

⁴ Из зарубежной практики. В деле суда штата Делавэр *Paulman v. Kritzer Radiant Coils, Inc.* (1958) в семейной компании, где доли были распределены 50 на 50, одной из фракций не удалось изменить состав совета директоров, где из трех позиций были заняты две, причем обе — директорами, представлявшими другую сторону. В отсутствие доказательств того, что менеджмент действовал неэффективно или в пользу лишь одного из участников (а не корпорации), суд сказал, что, разбивая доли в компании 50 на 50, стороны договорились, что могут не договориться (*agreed to disagree*), и отказал в ликвидации на этом основании.

Однако если в уставе предусмотрен конкретный срок полномочий, то он как раз и направлен на то, чтобы обеспечить сменяемость единоличного исполнительного органа, т.е. выступает в качестве определенной гарантии для одного из участников, что через некоторое время собранию участников предстоит прийти либо к консенсусу, либо к компромиссному варианту. Разумеется, нельзя понудить другого участника проголосовать за невыгодного ему кандидата¹, однако этот другой участник должен понимать, что если он не пойдет на компромисс и не будет следовать договоренностям о сменяемости директора, закрепленным в уставе, то первый участник получит право обратиться в суд с требованием о ликвидации компании. Причем очевидно, что если общество функционирует успешно, приносит прибыль, то первый участник, которому не удастся сменить директора, не будет резать курицу, несущую золотые яйца, и откажется от ликвидации. Если же его права действительно нарушены, то он получает рычаг давления на другого участника, не исполняющего договоренности. В подобной ситуации право на принудительную ликвидацию выступает балансиром и уравнивает временный перекос в органах управления общества в пользу одного из участников. Такой перекос в случае срочности полномочий директора по уставу корпорации противоречит изначальной договоренности сторон, а значит, нарушает баланс их интересов.

Ряд судов все же прислушивается к доводу о том, что сложности с переназначением директора являются основанием для ликвидации². Так, в одном из дел суд указал, что у общества отсутствует единоличный исполнительный орган³. В этом деле проверка данных ЕГРЮЛ показывает, что запись о директоре в ЕГРЮЛ имеется с 2009 г., однако это не помешало суду все же установить отсутствие единоличного исполнительного органа (ср. позицию судов выше о том, что записи в ЕГРЮЛ достаточно). Причина тому — смерть лица, внесенного

¹ Эту фразу не стоит понимать расширительно. Понудить голосовать определенным образом можно, если стороны ранее пришли к такому соглашению. Например, если они в уставе закрепили, что в первый год собрание принимает решение в пользу кандидата, предложенного первым участником, а во второй год — в пользу кандидата, предложенного вторым, и т.д. В случае рассмотрения судом соответствующего иска он может выносить решение о признании фикции волеизъявления, т.е. судебное решение замещает собой отсутствующий голос участника. См. подробнее: *Сирота А.Н., Шаматов А.И.* Договор о согласованном голосовании не исполняется. Можно ли требовать его исполнения в натуре // Арбитражная практика. 2014. № 8.

² Дело № А56-46816/2016.

³ Постановление ФАС ПО по делу от 29.08.2017 № А55-29738/2016 (по «первому кругу»).

в ЕГРЮЛ в качестве директора. Но опять-таки, следуя (*ad absurdum!*) логике судов, приведенной выше, о том, что в законе не указаны основания для прекращения полномочий директора в связи с истечением их срока¹, можно сказать, что и смерть директора там в качестве таких оснований не указана.

В другом деле² суд также встал на сторону истца. Суд указал, что уставом установлен трехлетний срок полномочий единоличного исполнительного органа (директора), который уже истек. До момента рассмотрения дела новый единоличный исполнительный орган не избран, поскольку в связи с равенством долей участников общества ни по одному из вопросов повестки дня решение принято не было. Каждый из участников предложил свою кандидатуру.

Мы описываем эти детали столь подробно с тем, чтобы продемонстрировать несостоятельность доводов судов о том, что наличие в ЕГРЮЛ записи о директоре имеет хотя бы какое-то значение для отказа в удовлетворении иска о принудительной ликвидации. На наш взгляд, не имеет. И если срок полномочий директора истек, а участники «в клинче» в связи с избранием нового директора, это весомый довод в пользу принудительной ликвидации.

2.2.4. Многочисленные судебные споры

Еще один частый довод, который заявляют истцы³, — это довод о многочисленных судебных спорах между участниками, а также между

¹ Отметим, что мы не хотим здесь вступать в дискуссию о том, что происходит с полномочиями директора после истечения их срока, если их не успели продлить или не сочли это необходимым в ситуации согласия участников с кандидатурой директора. Существует позиция, согласно которой общество не может остаться без директора в связи с такой формальностью и он продолжает осуществлять свои функции до принятия решения общим собранием участников. Эта позиция усилилась с включением в Закон об АО соответствующей прямой нормы (абз. 4 п. 3 ст. 69). Это логично с точки зрения возможности оспаривания сделок, заключенных директором с третьими лицами: если в ЕГРЮЛ срок полномочий не указан (а он не указывается), третьи лица были вправе полагаться на их действие. Однако с точки зрения внутренних корпоративных отношений это представляется спорным, ведь их участники осведомлены об истечении срока полномочий директора.

Довод о том, что общество не может остаться без директора, пусть даже и временно, противоречит природе: в ряде случаев смерть приводит к тому, что общество на какое-то время все же обезглавлено.

² Дело № А09-10232/16.

³ См., например, дела № А24/2913/2015, А40-249753/15, в которых, несмотря на наличие множества судебных споров, суды отказали в ликвидации, и дела № А57-30921/15,

участниками и обществом. Это могут быть споры, связанные с защитой информационных прав участников, о признании сделок недействительными (в частности, если их совершил директор – участник общества), о признании недействительными решений общего собрания, об исключении участника из общества, о принадлежности прав на долю (акции) и пр. Например, в одном деле число корпоративных споров достигло 177¹, что суды учли при удовлетворении иска.

В каких-то случаях суды просто называют количество споров, номера дел. В некоторых же делах они довольно подробно анализируют вынесенные по таким спорам решения судов, выясняя, кто из участников подавал иски, кто победил, кто действовал недобросовестно и (или) незаконно².

2.3. Отдельные процедурные вопросы

Кратко остановимся на ряде процедурных вопросов, которые могут возникать в практике применения института принудительной ликвидации по заявлению участника.

2.3.1. На кого возлагаются обязанности по ликвидации?

Чаще всего обязанности по ликвидации возлагаются на арбитражных управляющих³. Теоретически допустимо было бы возложить их и на одного из участников (в том числе генерального директора), однако по вполне разумным причинам суды этого не делают: возложение на участников общества обязанности по ликвидации общества было бы заведомо неэффективно и нецелесообразно, и в сложившейся корпоративной ситуации любые действия самих участников общества по исполнению решения суда неизбежно повлекут возникновение новых судебных споров⁴.

Вознаграждение арбитражного управляющего определяется судом в решении далеко не всегда⁵. Однако это не препятствует суду

А09-10232/16, А46-12003/2014, в которых суды указали наличие множества судебных споров в числе доводов в ее пользу.

¹ Дело № А46-12003/2014.

² См., например, дело № А40-249753/15.

³ Дела № А57-30921/15, А45-7338/2016.

⁴ Дело № А09-10232/16.

⁵ Дело № А45-7338/2016.

разрешить заявление арбитражного управляющего о назначении ему вознаграждения в отдельном судебном заседании по тому же делу¹.

Срок ликвидации также либо не указывается судом², либо указывается³. В случае, если он судом указывается, но ликвидатор не успевает по тем или иным причинам завершить ликвидацию в указанный срок, он может обратиться с заявлением об отсрочке исполнения судебного акта. Правильность применения норм именно об отсрочке исполнения может вызывать некоторые сомнения, но сама возможность продления процедуры по аналогии с делами о банкротстве представляется вполне логичной.

2.3.2. Ликвидационный баланс

В одном из дел (ЗАО «Фирма «Резерв») суд возложил на арбитражного управляющего обязанность по представлению в суд ликвидационного баланса⁴. Однако когда арбитражный управляющий направил ликвидационный баланс для утверждения судом, суд прекратил производство⁵ по заявлению в связи с тем, что утверждение баланса не входит в компетенцию арбитражного суда (п. 1 ч. 1 ст. 150 АПК РФ). Казалось бы, логика вполне очевидна. Действительно, суды обычно не занимаются утверждением балансов обществ, да и не обладают соответствующей компетенцией и ресурсами для проверки правильности его составления. Однако здесь есть подводные камни.

Утверждение ликвидационного баланса (как промежуточного, так и «окончательного») находится в исключительной компетенции общего собрания (акционеров — п. 4, 7 ст. 21 Закона об АО, участников ООО — подп. 12 п. 2 ст. 33 Закона об ООО). Достаточно очевидно, что одним из проявлений дедлока может стать невозможность утвердить ликвидационный баланс. Следует также отметить, что каждый этап ликвидации сопровождается уведомлением об этом налогового органа, и составление и утверждение общим собранием промежуточного и «окончательного» ликвидационного баланса относятся к таким этапам. Иначе говоря, неутверждение ликвидационного баланса — это

¹ Дело № А46-12003/2014.

² Дело № А45-7338/2016.

³ Дело № А46-12003/2014, А57-30921/15 — срок шесть месяцев.

⁴ Дело № А46-12003/2014.

⁵ Определение АС Омской области от 03.09.15 по делу № А46-12003/2014.

не просто формальное нарушение закона, предписывающего его утвердить, но и вполне реальная практическая проблема, не позволяющая провести регистрацию ликвидации.

Осознав это, суд апелляционной инстанции в деле фирмы «Резерв» отменил определение суда первой инстанции о прекращении производства по заявлению арбитражного управляющего об утверждении ликвидационного баланса. Примечательны некоторые высказывания апелляционного суда: «...суд отмечает, что правоприменительная практика процедуры принудительной ликвидации юридического лица при наличии глубокого внутрикорпоративного конфликта (в частности, если утверждение промежуточного ликвидационного баланса становится невозможным) отсутствует», «...прекращение производства по заявлению ликвидатора ЗАО «Фирма «Резерв» в данной процедуре принудительной ликвидации фактически приостанавливает исполнение решения арбитражного суда о ликвидации общества на неопределенный срок, при отсутствии к тому законных оснований, что недопустимо. Возникшая спорная ситуация должна быть разрешена судом, иначе принятие судом решения о принудительной ликвидации общества теряет смысл и не соответствует критерию исполнимости, при этом заинтересованные лица лишены возможности судебной защиты»¹.

Можно лишь представить себе замешательство суда первой инстанции, которому было предписано по существу рассмотреть вопрос об утверждении ликвидационного баланса. Со второго раза, после отложения судебного заседания, суд удовлетворил заявление ликвидатора об утверждении баланса и непосредственно в определении указал на основные сведения, которые подлежат учету в ликвидационном балансе, и их показатели².

Несмотря на неординарность ситуации и поддержку позиции, в соответствии с которой по общему правилу суд не должен углубляться в коммерческие вопросы организации, следует поддержать позицию суда апелляционной инстанции и порадоваться тому факту, что в отличие от многих других случаев суд не стал по надуманным формальным основаниям отказывать в правосудии и не опустил руки перед лицом трудностей, а погрузился в проблему и проинструктировал суд первой инстанции полноценно рассматривать спор.

¹ Определение Восьмого ААС от 06.11.2015 по делу № А46-12003/2014.

² Определение АС Омской области от 21.01.2016 по делу № А46-12003/2014.

2.4. Некоторые процессуальные вопросы

2.4.1. Приостановление ликвидации

Юристам-практикам может быть полезно иметь в виду, что на время рассмотрения дела в суде кассационной инстанции исполнение судебного акта о ликвидации может быть приостановлено, так как начало процедуры ликвидации может затруднить или сделать невозможным поворот исполнения судебного акта¹. С теоретической точки зрения эта позиция не вызывает вопросов.

2.4.2. Признание иска

Как минимум в двух делах² нами были обнаружены попытки заявить о признании иска со стороны общества.

Как уже говорилось, по делам данной категории ответчиками выступают сами компании, ликвидацию которых пытается инициировать истец. По всей видимости, не во всех случаях такая компания контролируется директором, действующим в интересах другого участника. Вероятно, существуют случаи, когда директор действительно независим и осознает наличие неразрешимых противоречий между участниками, препятствующими работе компании, либо когда директор действует в интересах участника-истца. В подобной ситуации он как представитель общества и может заявить о признании иска. В одном из двух таких дел о признании иска заявил не директор, а его заместитель. Можно предположить, хотя это и не отражено в судебных актах, что заместитель директора имел «генеральную» доверенность и действовал в интересах истца (тогда как директор, вероятно, поддерживал позицию другого участника).

В обоих случаях суды отклонили признание иска, ссылаясь на возможное нарушение прав третьих лиц — других участников. Эта позиция представляется правильной. Аналогию можно провести с косвенными исками, при рассмотрении которых компания в лице своих исполнительных органов лишена ряда процессуальных прав (отказаться от иска, заключить мировое соглашение и др.)³. В косвенных исках компания выступает истцом, а участник — ее представитель, как и ее

¹ Дело № А57-30921/15.

² Дела № А40-47577/2015, А55-16429/2015.

³ Пункт 32 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25.

органы. Однако, поскольку органы компании могут быть скомпрометированы своей аффилированностью с одной из сторон корпоративного конфликта, их действия не должны определять исход судебного спора. В случае с ликвидацией компания выступает в роли ответчика, но это не отменяет того факта, что волеизъявление одного из ее органов не должно подменять ни общее требование закона об единогласии при принятии решения о ликвидации, ни необходимость судебного рассмотрения оснований для ликвидации, если такого единогласия нет. В противном случае любой участник корпорации, располагая процессуальной доверенностью от имени компании, мог бы признать иск и таким образом обойти требование закона о единогласном характере решения о ликвидации.

2.4.3. Применение новой редакции ГК РФ к отношениям, возникшим до 1 сентября 2014 г.

Этот вопрос не является процессуальным, но мы его рассмотрим здесь.

Иски о принудительной ликвидации обществ стали появляться сразу же после 1 сентября 2014 г. В связи с этим перед судами возникли вопросы о том, применима ли новая редакция к ситуациям корпоративных конфликтов, которые возникли и развивались до 1 сентября 2014 г. В одном из дел этот довод достаточно подробно анализировался и суды пришли к выводу о том, что такое применение допустимо¹.

Не имеет значения, когда возник корпоративный конфликт, если он сохраняется на дату подачи иска и имеются основания для принудительной ликвидации.

В настоящее время этот вопрос явно утратил актуальность.

2.4.4. Распределение судебных расходов по делу о судебной ликвидации по иску участника

В проанализированной судебной практике нам не встретились судебные решения о возмещении судебных расходов. Поскольку корпорация в таких делах выступает в качестве ответчика, а участник-оппо-

¹ Дело № А40-47577/2015. Несмотря на то что суд применил новую редакцию ст. 61 ГК РФ в деле, он все же отказал в удовлетворении иска.

нент — в качестве третьего лица¹, некоторая сложность в определении того, кто должен оплачивать расходы, все же возникает, хотя согласно разъяснениям высших судов взыскание возможно и с третьего лица.

Если, например, участник-оппонент реализует стратегию защиты через подконтрольного директора — т.е. через ответчика (само общество), у суда может возникнуть иллюзия, что третье лицо вело себя пассивно, а вот корпорация сопротивлялась. Разумеется, в деле о взыскании судебных издержек необходимо будет этот вопрос исследовать, чаще всего ответ на него лежит на поверхности, и суд может узнать, кем был назначен директор и чью волю он выполнял. Исходить при этом надо из того, что всякие расходы, взысканные с корпорации, при ликвидации частично ложатся на плечи участника-истца. При этом в споре ведь победил именно участник-истец, а участник-оппонент сопротивлялся ликвидации, и его сопротивление было в итоге с точки зрения суда некорректным, необоснованным, ведь суд ликвидацию присудил.

С другой стороны, возложение издержек на корпорацию может быть и справедливым: ведь если суд не исключил участника-оппонента, то, видимо, нет и виновного поведения с его стороны, которое могло бы означать взыскание всех расходов только с него. Значит, есть именно дедлок, бизнес-конфликт, в котором по сути никто не неправ (или неправы оба, что равнозначно). Взыскание с корпорации всех судебных издержек будет означать в этом случае компромиссное решение (как и сама ликвидация) — такие издержки будут пропорционально разделены между участниками.

В общем, этот вопрос еще требует анализа и почвы для него — определений о взыскании расходов по таким делам.

III. Зарубежный опыт

Ниже мы проанализируем зарубежный опыт ряда правопорядков, выбор которых связан в большей степени с доступностью информа-

¹ Видимо, возможна и сама по себе постановка вопроса о том, кто должен выступать ответчиком в случае, если ликвидация вызвана спором с другим участником. Корпорация, видимо, должна быть ответчиком, поскольку иск направлен на ее ликвидацию. Им мог бы быть и такой участник в качестве соответчика по отношению к корпорации. Однако российская практика пошла именно по пути привлечения участника-оппонента в качестве третьего лица. В США, по всей видимости, допускается и такая ситуация, когда другой участник вообще не участвует в процессе. Во всяком случае, это не является обязательным (§14.31 (b) Модельного закона о корпорациях).

ции о соответствующем регулировании и практике. Например, в США весьма обширная научная дискуссия и многочисленная судебная практика по рассматриваемой теме, но необходимо при этом понимать, что там, по сути, отсутствует институт исключения участников, поэтому ликвидация используется намного чаще. Однако это не исключает возможности анализа тех или иных элементов регулирования, которые используются в США. Наиболее приближенным к российской правовой системе в этом вопросе, вероятно, является французский. С него и начнем.

3.1. Франция

В ФГК закреплено, что общество прекращается посредством судебной ликвидации по иску одного из участников при наличии справедливых оснований, в частности, в случае неисполнения своих обязательств одним из участников, или из-за противоречий между участниками, которые парализуют деятельность общества (п. 5 ст. 1844-7 ФГК).

Кроме того, на уровне судебной практики признается, что общество создается при наличии *societatis affectio* (дословно — *духа партнерства*). Отсутствие *societatis affectio* упоминается судами в качестве дополнительного довода ликвидации компании, хотя непонятно, что этот довод сам по себе может добавить к аргументации, например, о параличе общества из-за разногласий между участниками, разве что красивый латинизм в мотивировочной части.

Однако, даже несмотря на то, что, как мы понимаем, французский закон не предусматривает процедуру судебного исключения участника из общества¹ (обратим внимание на фразу: «*в случае неисполнения своих обязательств одним из участников*» в формулировке п. 5 ст. 1844-7 ФГК), поверхностный анализ судебной практики показывает, что французские суды довольно осторожно относятся

¹ Мы упоминаем об исключении участника из общества в данном контексте по той причине, что именно исключение из общества — одна из альтернатив для целого ряда ситуаций корпоративного конфликта. Кроме того, насколько мы понимаем, и возможность выхода из общества во Франции серьезным образом ограничена. Тем более распространенным, казалось бы, должно быть применение именно ликвидации — однако, как будет видно из изложенного ниже, в действительности это не так. Возможно, французский правопорядок смягчает жесткость в отношении ликвидации, выхода и исключения из общества путем использования конструкций временного управляющего и исков о взыскании убытков с провинившихся участников — это требует отдельного глубокого исследования.

к ликвидации. Когда речь идет об экономически жизнеспособном обществе, суды склонны использовать другие средства: назначение временного администратора или присуждение к возмещению убытков и процентов участником-нарушителем. Судебная ликвидация рассматривается как последнее оружие против конфликта между участниками, поэтому судьи особенно требовательны к обоснованию условий роспуска компании.

Если лишь один из участников является ответственным за конфликт в обществе, это не рассматривается как справедливый мотив для ликвидации¹. В подобной ситуации речь даже может пойти скорее о возмещении участником убытков и процентов в связи с злоупотреблением правом на инициацию судебной ликвидации компании². Нам как сторонним наблюдателям представляется, что здесь суды толкуют упомянутую выше норму ст. 1844-7 ФГК (как допускающую ликвидацию «*в частности, в случае неисполнения своих обязательств одним из участников*») *contra legem*.

Даже если конфликт действительно имеет место и в нем не виновен исключительно один из участников, для ликвидации требуется доказать, что конфликт действительно серьезный — настолько, чтобы **полностью воспрепятствовать нормальному функционированию общества**³. Установление того, имеет ли место паралич деятельности компании или же она лишь в некоторой степени затруднена (что не влечет ликвидацию), относится к суверенному и дискреционному полномочию судьи — иначе говоря, остается на его внутреннее усмотрение⁴.

Казалось, что в серии решений 2011–2013 гг. кассационный суд Франции отходит от своих жестких подходов к условиям ликвидации.

Например, в одном из дел кассационный суд поддержал ликвидацию компании в ситуации, когда общество не могло принимать вообще какие-либо решения в связи с конфликтом между двумя паритетными группами участников⁵. В другом деле две группы участ-

¹ Cass. Civ. I, 25 avril 1990, 87-18675.

² Cass. Com., 14 décembre 2004, 02-14749.

³ Cass. Com., 19 mars 2013, 12-15283.

⁴ Ср. подход российских судов, также не поддерживающих введение открытого стандарта доказывания в процессе и опирающихся на свободу судейского усмотрения; сходство на этом не заканчивается: решения французского кассационного суда по своему наполнению и стилистике недалеки от постановлений Верховного Суда РФ.

⁵ Cass. Civ. III, 6 septembre 2011, 10-23511.

ников-родственников (семейного предприятия) имели каждая по 50% голосов. Суд указал на то, что поскольку судебная процедура примирения (медиации) провалилась, между сторонами возникают споры по вопросам корпоративного управления, а решения по вопросам деятельности общества не принимаются, поскольку каждая из групп пытается получить монополию на управление в обществе, ликвидация применима. Причем ликвидация коснулась как материнской холдинговой компании, так и ее дочерней компании¹. Наконец, еще в одном деле суд ликвидировал такую форму корпорации, как SCP (*société civile professionnelle* – дословно – *гражданская профессиональная компания*), участниками которой были три нотариуса. Суд указал, что, хотя по уставу сложившийся конфликт все же оставляет простор для минимальной работы компании, тем не менее оплата ряда счетов, требующая $\frac{3}{4}$ голосов, а также принятие других решений, требующих единогласного решения, заблокированы, что свидетельствует о параличе нормального функционирования общества, проявляется в уменьшении оборотов, увольнении сотрудников и ухудшении имиджа нотариальной конторы из-за негативной рекламы, размещенной одним из участников². По всей видимости, однако, это последнее решение слишком специфично, чтобы его логику можно было распространять на все виды корпораций, в меньшей степени пропитанные духом личного партнерства (*societatis affectio*).

Однако примерно в тот же период (2013 г.) суд отказался признать наличие паралича общества в ситуации, когда конфликт поставил под угрозу продолжение деятельности общества как таковой³, а также в случае, когда сельскохозяйственное общество не могло достигнуть согласия по принятию решений, подчиненных правилу единогласного принятия решений, повлекших неутверждение годовых отчетов общества в течение более 10 лет⁴.

Из сказанного выше, по всей видимости, можно заключить, что практика в отношении ликвидации по иску участника во Франции как минимум довольно сумбурна и вряд ли может служить хорошим ориентиром для российских судов или законодателей.

¹ Cass.com. 11-21.761.

² Cass.1ère civ., 12-26.729.

³ Cass.com., 19 mars 2013, n° 12-15.283.

⁴ Cass.com, 28 mai 2013, n° 12-20.287.

3.2. США

Исторически в США сформировалось представление о том, что высшей ценностью в рассматриваемой проблематике является принцип продления существования корпорации, который связывали с тем, что правоспособность юридического лица предоставлялась ему государством. Еще в 1952 г. в юридической литературе его называли «священной коровой»¹ корпоративного права. Следовательно, опять же исторически сложилось так, что ликвидация рассматривалась как применение недопустимо острого инструмента для решения проблемы дедлока² — ликвидация означала бы, что «священную корову» надо зарезать. Кроме того, суды отказывались помогать пострадавшим участникам из-за общего нежелания вторгаться в коммерческие дела корпорации³. Ссылались суды при этом на правило делового суждения (*business judgment rule*) и (или) на принцип большинства в вопросах корпоративного управления.

Однако как минимум с 1940-х гг. началось обсуждение проблемы, а в 1952 г. Карлос Израэльс⁴ призвал провести реформу корпоративного права, чтобы в большей степени обеспечить интересы непубличных корпораций⁵. Суды слишком редко соглашались на роспуск корпо-

¹ *Israels K. The Sacred Cow of Corporate Existence: Problems of Deadlock and Dissolution*, 19 U. Chi. L. Rev. 778, 793 (1952).

² Ср. мнение Д.В. Новака о том, что исторически разрешение дедлоков начиналось именно с ликвидации. *Vide infra*.

³ *F. O'Neal. Oppression of Minority Shareholders § 9.04* (1975).

⁴ К. Израэльс входил в комиссию по разработке Единого торгового кодекса США (УСС).

⁵ Мы ставим условный знак равенства между американским понятием *closely held corporation* («закрытая корпорация», или «корпорация тесного участия») и российской непубличной корпорацией. Хотя, по всей видимости, более классическим определением в американской литературе является указание на отсутствие торговли акциями непубличной корпорации на бирже (*F. O'Neal. Close Corporations § 1.02–1.03* (1958)), в литературе по дедлокам *closely held corporation* определяют так: «*корпорация, в которой управление и права участия слились до такой степени, что независимое принятие решений директорами является фикцией*» (*The Validity of Stockholders' Voting Agreements in Illinois*, 3 Univ. Chi. L. Rev. P. 647 (1936); *Israels K. Op. cit. P. 778*). В большинстве случаев следует признать, что в России в непубличных корпорациях участники полностью контролируют менеджмент компании; независимость управленческих решений, независимость директоров — большое исключение для непубличных АО и ООО. Поэтому для целей данной статьи мы соглашаемся и с таким метким определением *closely held corporation* и с отождествлением его с российским понятием непубличной корпорации, хотя и осознаем, что множество ООО в России создаются для ведения бизнеса совер-

рации, созданной в соответствии с законом. «Эта священная корова слишком часто стала быть преградой в случаях, когда в целом интересы собственников бизнеса заключались бы в его закрытии»¹.

В итоге к 1980-м гг. сложилась судебная практика, в соответствии с которой этот общий запрет был существенным образом поколеблен, и суды, основываясь на принципе справедливости, все же выносили решения о ликвидации состоятельных корпораций по искам миноритариев². В дополнение к судебной практике практически каждый штат принял законодательство, которое допускало недобровольную (судебную) ликвидацию корпораций по искам участников³.

Так, **Модельный закон о корпорациях** предусматривает, что суд вправе принять решение о ликвидации корпорации по иску участника, если будет установлено, что:

1) директора находятся в тупиковой ситуации (дедлоке) при управлении делами корпорации, участники не в состоянии разрешить дедлок, и корпорация несет невозместимые убытки или таковые ей угрожают или дела корпорации не могут более вестись к выгоде участников в целом из-за дедлока;

2) директора или иные должностные лица, контролирующие корпорацию, действовали, действуют или будут действовать такими способами, которые являются незаконными, ущемляющими чьи-либо права или мошенническими;

3) участники находятся в тупиковой ситуации (дедлоке) при голосовании и не смогли в течение периода, включающего минимум два

шенно независимыми партнерами, не участвующими в жизни компании, кроме как путем инвестиций в ее деятельность.

¹ *Israels K. Op. cit. P. 778*

² Следует отметить, что в американской литературе значительная, если не большая часть публикаций посвящена именно праву миноритариев на иск о ликвидации. Можем предположить, что это связано с тем, что мажоритарий обычно обладает возможностью добиться ликвидации на решениях общих собраний, для чего требуется, как правило, простое большинство. Например, принцип простого большинства закреплен в § 14.02 (e) Модельного закона о корпорациях (Model Business Corporation Act, ред. 2002), который в виде закона принят в примерно половине штатов. Следовательно, по общему правилу мажоритарий в случае дедлока и желания ликвидировать корпорацию сможет этого добиться и без обращения в суд.

В России Закон об ООО требует единогласного решения о ликвидации (абз. 2 п. 8 ст. 37), а Закон об АО — $\frac{3}{4}$ голосующих акций (п. 4 ст. 49). В обоих случаях решение о ликвидации является исключительной компетенцией ОСУ или ОСА.

³ *McDonald Diane K. Op. cit. P. 793.*

последовательных годовых собрания, выбрать преемников директорам, чьи полномочия истекли; или

4) корпоративные активы применяются ненадлежащим образом или расточаются¹.

На время рассмотрения дела о ликвидации суд может выдавать судебные запреты (*injunctions*), назначать ликвидатора (*receiver*) или временного управляющего (*custodian pendente lite* (т.е. до вынесения решения))². Хотя суд обязан провести заседание по вопросу о назначении ликвидатора или временного управляющего, он обладает исключительными полномочиями по применению этой меры.

В течение 10 дней с момента начала процедуры ликвидации по иску участника непубличная корпорация обязана разослать всем ее участникам (кроме истца) уведомление о праве участников приобрести долю истца³. Правилам о приобретении доли такого участника посвящен отдельный параграф — § 14.34.

В процедуре ликвидации сама корпорация или, если она такое решение не приняла, один или несколько участников вправе сделать выбор в пользу приобретения доли участника-истца, испрашивающего ликвидацию, по справедливой цене. На уведомление суда о намерении приобрести такую долю у заинтересованных лиц есть 90 дней. Если хотя бы один из участников изъявил желание приобрести доли, корпорация в течение 10 дней уведомляет других участников об этом. Другие участники вправе уведомить общество о своем желании участвовать в покупке в течение 30 дней. Все такие (изъявившие намерение купить) участники становятся участниками судебного процесса по ликвидации и претендуют на приобретение у истца-участника части его доли пропорциональной их долям.

Далее у всех сторон процедуры выкупа: у истца-продавца и у участников — потенциальных покупателей — есть 60 дней на поиск компромисса относительно справедливой цены доли. Если они приходят к соглашению⁴, суд выносит решение о такой покупке на соответствующих условиях, ликвидационный процесс завершается.

¹ Модельный закон о корпорациях (Model Business Corporation Act, ред. 2002). § 14.30.

² Там же. § 14.31 (c).

³ Там же. § 14.31 (d).

⁴ Нам неизвестно, требуется ли для этого согласие продавца со всеми потенциальными покупателями или же хотя бы с одним из них (с кем договорились, тот и покупает).

Если стороны не смогли договориться, суд самостоятельно определяет справедливую стоимость доли, если об этом заявила хотя бы одна из сторон конфликта.

Таким образом, участник, который испрашивает ликвидацию, по сути, делает открытое обязательное для него предложение о покупке его доли. Механизм в дальнейшем устроен таким образом, что от него самого уже не зависит, будет ли в итоге доля продана. Если другие участники видят перспективы бизнеса и располагают средствами для приобретения доли, они могут заявить о намерении ее выкупить. Для этого им дается два шанса: даже если поначалу они не изъявили желание, то, увидев, что другой участник такое желание изъявил, они вправе вступить с ним в конкуренцию.

Только если сделка по продаже доли не состоялась, суд приступит к анализу наличия достаточных причин для ликвидации. Этот момент очень важен – в этом смысле суд экономит свои ресурсы, позволяя сторонам разобраться со спором самостоятельно, хотя и под его контролем. И это не значит, что все время, пока идет процедура обмена предложениями и поиска справедливой цены, общество парализовано – ведь суд вправе назначить управляющего, который на профессиональной основе и в интересах общества будет им управлять независимо от участников.

Если же основания для ликвидации действительно существенны, компания будет ликвидирована. Теперь осталось определить, какие признаки свидетельствуют о существенности, а это значит, что от процессуальных методов выхода из тупиковой ситуации с целью спасения корпорации даже после заявления иска о ликвидации мы вновь должны вернуться к анализу случаев, когда такая ликвидация все же допускается.

Диана Макдоналд рассматривает два варианта дедлока. Один – когда стороны не могут принять решение в силу паритета голосов в совете директоров. Другой – когда в совете директоров у одной из фракций, представляющих какого-либо участника общества, есть большинство, однако в силу равенства голосов участников изменить состав такого совета директоров становится невозможно, что ведет к его бессрочным полномочиям, во время которых, очевидно, такая фракция определяет политику общества в пользу своего участника¹. Эта ситуация абсолютно аналогична случаям в российской практике, которые были рассмотре-

¹ *McDonald Diane K. Op. cit. P. 795.*

ны выше, когда один из двух участников, обладающий 50% голосов, не имеет возможности повлиять на фактически бессрочный характер полномочий генерального директора, будь они даже по уставу ограничены по сроку¹.

В обоих случаях дедлок в непубличной корпорации, где менеджмент и инвесторы — это чаще всего одни и те же лица, особенно разрушителен. Инвесторы часто вкладывают в такой бизнес значительную часть своего состояния; кроме того, их интерес обычно состоит и в занятии определенной оплачиваемой должности в компании. Столь тесные связи и контакты, в свою очередь, означают, что у участников между собой должно быть достаточно доверия друг к другу. В ситуации, когда такое доверие утрачено, стороны, вынужденные постоянно контактировать друг с другом, чтобы продвигать бизнес и защищать свои инвестиции, конфликтуют особенно жестко. Следовательно, необходимость продления существования корпорации становится явно обременительной — должны быть выработаны какие-то пути выхода. Основным способом в американском праве обычно считается продажа доли. Однако именно в непубличных корпорациях задача продажи доли становится трудновыполнимой. Продать долю в столь «тесной» корпорации, да еще и при наличии корпоративного конфликта, тем более долю миноритарного акционера, становится просто невозможно. И, по всей видимости, выход

¹ Не стоит недооценивать актуальность проблемы непубличных корпораций, полагая, что это незначимый сегмент бизнеса. Напротив, как известно, в США подобные корпорации всегда были основой экономики и прочного среднего класса, который обеспечивал стабильность даже во времена серьезных финансовых потрясений, уносящих корпорации-колоссы одну за другой. Российский малый и средний бизнес только зарождается, но тем важнее предоставить ему эффективные механизмы разрешения типичных конфликтов, чтобы не убить его в зачатке. Если российский правопорядок ответит на вопрос о дедлоке в непубличной корпорации словами «сами наворили — сами убирайте», то формы совместного ведения бизнеса будут подавлены. Они будут вынуждены оставаться в рамках конструкции компании с единственным учредителем, поскольку для перехода на качественно иной уровень управления с приглашением независимых директоров и плюрализмом на собраниях участников нужен количественно совершенно иной объем инвестиций, недоступный малому и среднему бизнесу. Правопорядку необходимо разработать механизмы разрешения ситуаций дедлока участников, имеющих равное количество голосов. Сейчас, если два партнера создают корпорацию 50 на 50, они понимают, что решающее значение для контроля над корпорацией будет иметь тот, чей директор в настоящий момент назначен, поскольку сменить его при необходимости не будет решительно никакой возможности, а суды в такой момент разводят руками и предлагают одному из двух паритетных участников выйти из общества, если ему не нравится. Иначе говоря, суды сохраняют дисбаланс прав в пользу конкретного участника.

из общества по аналогии с российским правом в американском праве не используется. Здесь надо отметить, что отечественный «выход» — это, по сути, обяание общества выкупить долю по цене соответствующей доли чистых активов общества.

При этом дело не только в частных правах и элементарных принципах договорного права, но и в интересе общества в оздоровлении экономики, избавлении от нестабильно работающего бизнеса, т.е. в публичном интересе в ликвидации корпорации в ситуации, когда это справедливо. То есть, возможно, поддержание на плаву компании, у которой возникли сложности, с целью дать ей возможность вернуться к нормальной работе вовсе и не является задачей правопорядка. «Если так, то, возможно, задачей правопорядка является не продление, а сокращение жизни терпящих бедствие компаний в стиле «падающего — толкни». Иначе говоря, дестимуляция попыток спасения гибнущих компаний и тем самым интенсификация здорового естественного отбора»¹.

До конца XIX в. суды отказывали в ликвидации компании, ссылаясь на то, что у суда нет права прекращать деятельность состоятельной корпорации². В 1892 г. Верховный суд Мичигана в прецедентном деле *Miner v. Belle Isle Ice Co.* изменил этот подход. Суд указал на сформировавшийся к тому времени подход, согласно которому мажоритарные участники имеют фидуциарную обязанность³ по отношению к миноритарным участникам прекратить деятельность корпорации, если ее уставные цели не могут быть достигнуты. Суд уточнил эту позицию и сказал, что такая обязанность существует и в том случае, если мажоритарный участник (или мажоритарная фракция) делает невозможным

¹ Тезисы С.Л. Будылина к научно-практическому круглому столу 27.04.2018 (http://m-logos.ru/img/M-Logos_Budilin_27042018.pdf (дата обращения: 03.05.2018)).

² *Barkin Marvin E.* Deadlock and Dissolution in Florida Closed Corporations: Litigating and Planning, 13 U. Miami L. Rev. (1959). P. 399.

³ Наличие фидуциарных обязанностей участников общества по отношению к корпорации, а также по отношению друг к другу признают многие правопорядки, включая российский. Подтверждением следует считать недавнее дело АФК «Система» против «Башнефти» и «Роснефти». Обоснование и обзор немецкого и австрийского подхода см.: Заключение ИЦЧП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ от 7 июля 2017 г. № 494-Ц по упомянутому делу (авторы — А.В. Егоров, Р.С. Бевзенко). С. 7 и далее (http://www.sistema.ru/fileadmin/user_upload/securities_info/zakljuchenie_egorova.pdf (дата доступа: 03.05.2018)). По мнению авторов заключения и исходя из позиции суда по указанному делу, в российском праве у акционера имеется обязанность действовать добросовестно и разумно в интересах общества. Убытки, причиненные обществу недобросовестными действиями акционера, подлежат возмещению.

достижение изначальной цели корпорации. Неисполнение такой обязанности представляет собой нарушение мажоритарным участником договора об учреждении общества¹.

Большая часть судебной практики, которая анализируется в американской литературе, может быть разбита на два вида: ситуации равенства голосов в совете директоров и ситуации злоупотреблений со стороны мажоритарных участников. Остальная судебная практика в основном складывается не в пользу истцов по искам о ликвидации.

Первый из двух названных случаев для России малоприменим по той причине, что советы директоров в России не получили столь широкого распространения. В абсолютном большинстве случаев управление в обществе сконцентрировано в руках единоличного исполнительного органа. Однако, возможно, в скором времени мы увидим и судебные иски, мотивированные тем, что один из генеральных директоров компании, выполняя волю назначившего его участника, принимает решение о совершении сделки, а другой генеральный директор, назначенный в пользу другого участника, препятствует этой сделке. Такая ситуация возможна, если в компании предусмотрена множественность директоров. Эта опция появилась не так давно, поэтому, возможно, еще не набралась критическая масса случаев конфликтов и ни один из них не выплеснулся в судебную плоскость, но наверняка такие дела не за горами.

¹ Обратим внимание на то, что раз речь идет о нарушении договора, то не исключение стороны договора из договора, а его расторжение является нормальным последствием такого нарушения, а значит в контексте корпоративного права — ликвидация. (При этом, однако, есть и точка зрения, согласно которой исключение участника — это и есть расторжение договора, см., например: *Кузнецов А.А.* Исключение участника из общества с ограниченной ответственностью. М.: Статут, 2014. § 1 гл. II). В связи с этим по догматическим соображениям может быть поставлена под сомнение логика некоторых ученых, которые, с одной стороны, поддерживают договорную природу корпорации, а с другой стороны, ратуют за исключение участника из корпорации вместо ее ликвидации. Не потому ли они опасаются ликвидации, что в первую очередь думают о последствиях для общества и государства, что является для договорного права внешним элементом? Не избегают ли они таким образом ответственности за принятие решения об «эвтаназии», обрекая компанию на мучительную и обременительную для всех аффилированных лиц и кредиторов смерть? И не означает ли это, что хотя создание корпорации и предполагает наличие договора между его учредителями, в то же время корпорация — продукт во многом и публичного интереса, сочетающий в себе столь значительное число договорных связей, что они попросту не могут функционировать лишь по нормам договорного права, а требуют в значительной степени публично-правового регулирования и вмешательства публичной власти? Мы не готовы сейчас дать однозначные ответы на эти вопросы.

Второй из двух названных выше случаев – ситуация злоупотреблений со стороны мажоритарных участников – в России разрешался бы путем иска об исключении такого участника, что в США, как мы понимаем, не используется.

Роберт Томпсон приводит¹ свою классификацию оснований для применения принудительной ликвидации по иску участника: а) в связи с дедлоком; б) в связи с неправомерными действиями контролирующей корпорации лиц; в) по более общим основаниям. Мы уже подробно рассмотрели вариант ликвидации в связи с дедлоком. Второй вариант – неправомерные действия контролирующей корпорации лиц – в США, насколько мы можем судить, в большей степени применяется в таких ситуациях, в которых российское право применяет институт исключения участника из общества.

Примечателен третий вариант, примеры которого можно найти в законодательстве штатов Луизиана и Коннектикут. Законы последнего допускали ликвидацию «по любой обоснованной и достаточной причине»²; однако позднее были внесены изменения, и эта норма была заменена положениями³, близкими по своей сути к положениям Модельного закона о корпорациях.

Право штата Луизиана, находящееся исторически под сильным влиянием континентального, прежде всего французского, права предусматривает в числе оснований для принудительной ликвидации (помимо несостоятельности) следующие случаи⁴:

- цели корпорации не могут быть достигнуты или их достижение нецелесообразно (*impracticable*);
- в интересах участников корпорации произвести ликвидацию компании;
- директора находятся в состоянии дедлока в вопросах управления обществом, а участники не в состоянии его разрешить;
- участники общества находятся в дедлоке при голосовании и не смогли в течение минимум двух ежегодных собраний выбрать новых директоров, чьи полномочия истекли или истекли бы в случае из-

¹ *Thompson Robert D. Corporate Dissolution and Shareholders' Reasonable Expectations*, 66 Wash. U. L. Q. 193.

² Conn. Gen. Stat. Ann. § 33–382 (по состоянию на 1987 г.), см.: *Thompson Robert D. Corporate Dissolution and Shareholders' Reasonable Expectations*, 66 Wash. U. L. Q. 211).

³ Conn. Gen. Stat. Ann. § 33–382 (по состоянию на 2018 г.).

⁴ LA Rev Stat § 12:143 (A) (<https://law.justia.com/codes/louisiana/2011/rs/title12/rs12-143/> (дата доступа: 09.09.2019)).

бразия новых директоров, однако лишь в случае, если корпорация несет невосполнимые потери (irreparable injury) или существует угроза этого, или участники несут невосполнимые потери или существует угроза этого – и при этом суд при вынесении решения принимает во внимание интересы других участников, работников и общества (the public).

Полагаем, что влияние французского права проявляется в первом из приведенных выше случаев ликвидации в связи с недостижением цели корпорации, а также в прямом указании на необходимость анализа интересов работников и общества при принятии решения о ликвидации в ситуации дедлока участников. В других штатах, как мы понимаем, подобных положений нет.

Иск может быть заявлен владельцами минимум 25% долей в уставном капитале или большинством директоров корпорации¹.

Специальное правило установлено для корпорации, состоящей из двух участников с равными долями, ведущих совместное предприятие. В подобной ситуации любой участник вправе подать заявление о ликвидации, если только устав общества прямо не запрещает ликвидацию со ссылкой на соответствующую норму закона². При этом закон устанавливает определенный «период охлаждения» в три месяца и в один год, в течение которых (соответственно) участники могут договориться о добровольной ликвидации и утвердить ее план, а также завершить ее. И лишь если добровольная ликвидация в эти сроки не была согласована или не завершилась, суд приступает к принудительной ликвидации.

Таким образом, относительно широкое распространение судебной ликвидации в США во многом специфично и не сильно применимо к российским условиям.

3.3. Германия, Австрия, Нидерланды, Испания

В Германии законодательство развивалось таким образом, что сначала в законе появилась норма о возможности ликвидации корпорации по иску участника. Исключение участника или принудительный выкуп доли как альтернативные инструменты разрешения корпоративного

¹ LA Rev Stat § 12:143 (B) (<https://law.justia.com/codes/louisiana/2011/rs/title12/rs12-143/> (дата доступа: 09.09.2019)).

² LA Rev Stat § 12:143 (C). Текст доступен по ссылке: <https://law.justia.com/codes/louisiana/2011/rs/title12/rs12-143/> (дата доступа: 09.09.2019).

конфликта в законе отсутствовали. Позднее суды стали осознавать, что только лишь ликвидации недостаточно, поскольку она приводит к слишком серьезным последствиям; необходима диверсификация методов разрешения конфликтов для соответствующих различных ситуаций. Так, в 1953 г. Верховный суд высказался о том, что исключение участника для определенных случаев допустимо¹. Немецкие суды при этом аргументировали свою позицию тем, что ликвидация приводит к потере бизнеса и работы². Однако § 61 немецкого Закона об ООО³ по сути не менялся вплоть до сегодняшнего дня. Согласно этой норме общество может быть прекращено⁴ по решению суда, если (1) достижение цели общества невозможно или (2) имеются иные важные причины для прекращения, связанные с делами общества. Иск о прекращении (*Auflösung*) предъявляется к обществу. Он может быть подан только участниками, доли которых в совокупности достигают 10% уставного капитала.

Как видно, норма закона является каучуковой, границы ее применения определяются судебной практикой.

Австрийский Закон об ООО (*GmbH-Gesetz*), напротив, не содержит каких-либо конкретных положений об основаниях ликвидации общества по иску участника, хотя общая норма о том, что общество может быть ликвидировано по решению коммерческого суда (*Handelsgericht*), существует (§ 88).

В Нидерландах основания ликвидации юридического лица закреплены в ст. 2:21 книги второй ГК Нидерландов. Возможность ликвидации компании по иску ее участника для случаев дедлока прямо

¹ Кузнецов А.А. Исключение участника из общества с ограниченной ответственностью. § 2 гл. I (СПС «КонсультантПлюс»).

² *Scogin H.T.* Withdrawal and Expulsion in Germany: A Comparative Perspective on the «Close Corporation Problem» // *Michigan Journal of International Law*. 1993–1994. Vol. 15. P. 134 (цит. по: Кузнецов А.А. Указ. соч. (СПС «КонсультантПлюс»).

³ Закон об обществах с ограниченной ответственностью (*GmbHGesetz*) 1892 г. Торговое уложение Германии. Закон об акционерных обществах. Закон об обществах с ограниченной ответственностью. Закон о производственных и хозяйственных кооперативах = *Deutsches Handelsgesetzbuch, Aktiengesetz, GmbHGesetz, Genossenschaftsgesetz*: пер. с нем.; 2-е изд., перераб. М.: Волтерс Клувер, 2009. С. 513.

⁴ В Германии (как и в некоторых других странах) проводится разделение между «прекращением» общества (*Auflösung*) и дальнейшей процедурой его ликвидации с расчетами с кредиторами и распределением активов между участниками (*Liquidation*). Собственно говоря, термин «ликвидация» этимологически и происходит от лат. *liquare* — делать жидким, разжижать.

законом не предусмотрена. Однако в ч. 3 ст. 2:21 нормы указано, что суд может ликвидировать юридическое лицо, если оно нарушает законоположения, приведенные в книге второй ГК Нидерландов для соответствующего типа юридического лица или если оно действует в значительной степени в нарушение своего устава (учредительного договора). Правом запросить ликвидацию обладает прокурорская служба и любое заинтересованное лицо.

Можно лишь предположить, что теоретически дедлок может приводить к нарушениям законодательства или устава компании, в результате которых участник сможет затребовать ликвидацию. Однако, во-первых, такие ситуация неочевидны, да и в таком случае дедлок трансформируется, по сути, в нарушение норм публичного права, а во-вторых, поверхностный анализ публикаций по дедлокам не обнаруживает факта использования ликвидации для разрешения дедлока.

Зато в ГК Нидерландов есть отдельный титул, посвященный именно правилам разрешения споров между участниками корпорации (разд. 2.8.1 титула 2.8 книги второй ГК Нидерландов¹). Из него можно судить, что в качестве основного способа разрешения спорных ситуаций законодатель рассматривал именно выкуп доли под надзором суда. Причем голландский законодатель не испугался доверить задачу оценки стоимости доли эксперту (ст. 2:339).

В Испании с 1 сентября 2010 г. в Законе о компаниях имеется норма о возможности принудительной ликвидации общества в случае «парализации органов общества до такой степени, что она делает невозможным его функционирование» (ст. 363.1 (с), после 2011 г. норма содержится в п. «d» указанной статьи).

IV. Критика института принудительной ликвидации в России. Анализ de lege ferenda

4.1. Критика института принудительной ликвидации в России

Проблеме принудительной ликвидации в качестве способа разрешения дедлока в российской литературе в последние годы посвящено несколько публикаций.

¹ Текст ГК Нидерландов на английском языке доступен по ссылке: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook022.htm> (дата обращения: 09.09.2019).

В 2015 г. в Москве состоялся научный круглый стол, посвященный проблематике дедлоков¹. Среди спикеров присутствовали А.В. Габов, О.Р. Зайцев, А.А. Кузнецов, Д.В. Новак, М.С. Распутин, Д.И. Степанов, а также А.Г. Карапетов в качестве модератора дискуссии. Обсуждая даже первый вопрос об исключении участника, все спикеры неизбежно затрагивали тему ликвидации.

Д.В. Новак указал на то, что исторически методы разрешения конфликтов в обществах развивались таким образом, что, как только случался дедлок, общество ликвидировали. Однако затем почему-то, видимо, в том числе в связи с социальными соображениями (рабочие места, налоги и пр.), начали поиск способов менее радикальных, и число способов выхода из дедлоков стало увеличиваться. Д.В. Новак делает вывод о том, что ликвидация должна быть последним радикальным способом, когда вообще больше ничего не подходит. Суды должны принимать меры к примирению сторон. Дальше можно рассматривать варианты примирения: суд спрашивает – ликвидация или «русская рулетка», а стороны выбирают и т.д.

Д.И. Степанов говорил о том, что ликвидация должна выступать правилом по умолчанию вроде penalty default rule, устрашающим фактором, чтобы стимулировать участников договариваться. Однако это не означает, по его мнению, что мера должна применяться часто. Напротив, он полагает, что на уровне закона, во-первых, должны быть установлены хотя бы несколько признаков дедлока, при котором возможно использование ликвидации; во-вторых, должен быть некий фильтр – минимальный порок участия в корпорации, при котором участник вправе испрашивать ликвидацию (10% или выше); в-третьих, у суда должна быть гибкость при применении такой меры. Даже при наличии дедлока суд должен предоставить сторонам срок один-два месяца на переговоры; плюс ко всему суд должен иметь право применять и другие средства: принудительная реорганизация, запуск исключения одного из участников, выкуп доли под надзором суда. Норма о ликвидации, по мнению Д.И. Степанова, должна быть базисом, до которого можно дойти, если другие способы не сработали. Д.И. Степанов затронул также и возможность использо-

¹ Научный круглый стол «Исключение участника из АО или ООО и альтернативные способы разрешения тупиков в управлении и конфликтов акционеров в непубличных корпорациях» 16 марта 2015 г., организованный юридическим институтом «М-Логос» (http://m-logos.ru/publications/nauchnyi_kruglyi_stol_iskluchenie_uchastnika_iz_ao_ili_ooo_i_alternativnye_sposoby_razresheniya_tupikov_v_upravlenii_i_konfliktov_akcionerov_v_nepublichnyh_korporatsiyah/ (дата обращения: 09.09.2019)).

вания механизмов принудительного выкупа – «русской рулетки», «техасской перестрелки» и пр. как альтернативы и ликвидации, и исключению.

Однако спикеры не обсуждали, что делать, если у одной из или у обеих сторон конфликта нет денег для выкупа доли или их изымание из бюджета (компании-участника или физического лица-участника) приведет к негативным последствиям для покупателя, принужденного к покупке.

Примечательно, что хотя Д.В. Новак и Д.И. Степанов, казалось бы, оппонируют друг другу, поскольку один называет ликвидацию последним радикальным способом, а другой – базисом, на самом же деле оба говорят по сути об одном и том же: ликвидация должна применяться только тогда, когда другие способы разрешения конфликта использовать невозможно.

Оппонентом ученых выступил А.В. Габов, который предложил рассматривать в качестве наиболее радикального, ультимативного средства именно исключение участника. Ликвидация, по его мнению, не самое последнее средство, потому что исключение лишает права собственности. Ликвидация справедливее, исключение – последний институт.

Комментируя опасения некоторых спикеров, связанные с тем, что ликвидация может быть некорректно использована судами, А.А. Кузнецов упомянул, что, скорее всего, мысль о том, что этот метод должен применяться, только если другие способы недоступны (на тот момент присущая судебным актам об исключении участника), перекочует в судебные акты по ликвидации. Как показали последующие четыре года работы нормы о ликвидации в судах, он оказался совершенно прав.

Круглый стол 16 марта 2015 г., по всей видимости, подтолкнул ряд исследователей глубже заняться тематикой дедлоков и принудительной ликвидации. В сентябре 2015 г. Д.И. Степанов опубликовал статью¹, в которой подробнейшим образом рассмотрел возможные сценарии развития дедлоков, применимость каждого из способов разрешения конфликта к соответствующему сценарию. За ней последовали и другие исследования, тем или иным образом касающиеся ликвидации.

¹ *Степанов Д.И.* Дедлоки в непубличных корпорациях: возможные варианты развития законодательства и судебной практики // Вестник экономического правосудия РФ. 2015. № 9. С. 60–113; № 10. С. 62–115.

Представляется, что в общем сформировавшиеся на сегодня подходы российских ученых к ликвидации можно условно категоризовать следующим образом.

Положительный подход, при котором ликвидация рассматривается как более справедливый способ (по сравнению с исключением участника) разрешения корпоративных конфликтов с известными ограничениями (по всей видимости, к этой группе ученых можно было бы отнести А.В. Габова). Более точно указать границы применения ликвидации кратко невозможно. По сути, вся настоящая статья посвящена поиску этих границ.

Осторожный подход, при котором ликвидация рассматривается как неизбежное зло, инструмент, который следует применять субсидиарно по отношению к другим способам разрешения корпоративных конфликтов и лишь в исключительных случаях (Т.С. Бойко, А.А. Кузнецов¹, Д.В. Новак², Д.И. Степанов³).

Так, анализируя способы защиты именно миноритариев, Т.С. Бойко отмечает, что «принудительная ликвидация является наиболее нежелательным способом защиты, поскольку может стать слишком сильным оружием в руках миноритариев и привести к деструктивному результату для экономики в целом. Однако в случае, когда принудительный выкуп невозможен в силу отсутствия финансовых средств у мажоритарного участника или самой компании, а иные способы защиты по каким-то причинам не позволяют восстановить нарушенное право миноритария, ликвидация компании все же должна выступать в качестве последнего возможного механизма защиты интересов миноритария, позволяющего ему получить хоть какую-то компенсацию»⁴. Таким образом, Т.С. Бойко справедливо отметила еще один случай, в котором ликвидация остается незаменимой – при отсутствии у покупателя денег для выкупа. В своей статье Д.И. Степанов также отметил, что при выкупе существует проблема

¹ Помимо прочего, см.: Кузнецов А.А. Пределы автономии воли в корпоративном праве: краткий очерк. М.: Статут, 2017 (§ 7 гл. IV).

² См. описанную выше позицию.

³ Степанов Д.И. Дедлоки в непубличных корпорациях: возможные варианты развития законодательства и судебной практики // Вестник экономического правосудия РФ. 2015. № 9. С. 60–113; № 10. С. 62–115.

⁴ См.: Бойко Т.С. Защита миноритариев от притеснения со стороны мажоритария в непубличных обществах // Вестник экономического правосудия РФ. 2017. № 7. С. 112–156.

возможного отсутствия средств как минимум у одной из сторон конфликта¹.

Негативный подход, согласно которому ликвидация является не просто злом, но злом, которого можно избежать, применяя во всех случаях иные методы. Сторонники этой концепции считают, что норма подп. 5 п. 3 ст. 61 ГК РФ должна быть исключена из Кодекса (А.С. Власова, Н.М. Удалова²).

Проанализируем доводы А.С. Власовой и Н.М. Удаловой более подробно, ведь до сих пор мы в основном исследовали тему с точки зрения допустимости принудительной ликвидации в России, т.е. через призму первых двух подходов. По сути, авторы обосновывают свою позицию следующими тезисами:

1) положение подп. 5 п. 3 ст. 61 ГК РФ недостаточно четко и определено;

2) аналогии между ликвидацией и расторжением договора или разводом супругов с разделом собственности неприемлемы;

3) иностранный опыт неприменим в российской действительности.

Остановимся на каждом доводе более подробно. Первое. Положения ГК РФ о ликвидации недостаточно четкие и определенные. Безусловно, это верно. Однако если следовать подобной логике, то в первую очередь следовало бы отменить положения ст. 1 (о добросовестности), ст. 10 (о злоупотреблении правом) и т.д. Только суды могут наполнить эти нормы содержанием, разумеется, при поддержке юридической науки. Несовершенство судебной практики, о котором говорят авторы, существует. Однако суды оказались в ситуации правового вакуума, научной пустыни — им пришлось применять норму, о которой российская наука ничего не знала, поэтому их колебания и сомнения вполне естественны. По этой причине мы полагаем первый довод авторов признанием бессилия российской юридической науки, с чем мы согласиться не можем.

Второе. Неприменимость аналогий между ликвидацией и расторжением договора или разводом супругов. Не соглашаясь с аналогией между ликвидацией и расторжением договора, авторы абстрактно рассуждают на тему о том, что договорная теория юридического лица

¹ Степанов Д.И. Дедлоки в непубличных корпорациях: возможные варианты развития законодательства и судебной практики // Вестник экономического правосудия РФ. 2015. № 9. С. 111.

² Власова А.С., Удалова Н.М. Право учредителя (участника) на ликвидацию юридического лица в судебном порядке // Закон. 2017. № 10. С. 154–166.

неприемлема, поскольку она устанавливает приоритет договора и выгоды участников организации перед интересами корпорации и общества (государства) в целом. Однако авторы умалчивают о том, каковы интересы корпорации и в какой степени они отличаются от интересов ее участников – вопрос в особенности важный тогда, когда мы говорим о непубличных (закрытых) корпорациях, семейном бизнесе, корпорациях двух участников и пр. Они также умалчивают о том, в чем заключается интерес общества и государства и почему именно он должен превалировать перед интересами лиц, которые создали корпорацию, инвестировали в нее свои деньги, свой труд и время¹. В целом же догматические, удаленные от реальности рассуждения о том, что принудительная ликвидация не нужна российскому правопорядку в связи с тем, что она якобы отрицает правосубъектность корпорации, рассматривая ее исключительно как объект (совокупность имущества), представляются малопродуктивными.

Третье. Авторы также указывают, что в США существует такая мера, как ликвидация лица по иску участника, и утверждают, что из этого не следует, что подобный подход применим и в российской действительности. В отсутствие какой-либо аргументации (а ее авторы не приводят), почему в российской действительности такой подход неприменим, вряд ли можно положить этот довод в основу вывода о нежелательности принудительной ликвидации в России. Хотя мы уже писали о глубине различий в корпоративном праве России и США и невозможности прямого бездумного переноса нормативного массива последних в отечественное законодательство, представляется, что опыт других правопорядков, где принудительная ликвидация существует, также является значимым.

Критикуя аналогию с разводом супругов, авторы вполне серьезно анализируют различия между режимами имущества супругов и имуществом корпорации, в то время как И.А. Сенцов², чью позицию они подвергают критике, не проводил теоретических аналогий и не предлагал использовать механизмы семейного законодательства в корпоративном праве, а лишь указывал на общее сходство между

¹ Что как будто подталкивает нас к идее о противостоянии интересов бизнесменов и мнимых интересов общества и экономики, как в антиутопии А. Рэнд «Атлант расправил плечи». Однако по общему правилу интерес общества совпадает с интересами общества, поэтому нет смысла противопоставлять их.

² Сенцов И.А. Ликвидация юридического лица как способ разрешения корпоративного конфликта // Журнал гражданского и уголовного права. 2015. № 4. С. 52, 53 (http://ejournal22.com/journals_n/1443011922.pdf. (дата обращения: 09.09.2019)).

конфликтами и необходимость фактического разрешения как того, так и другого.

Таким образом, представляется, что приверженцы негативного подхода не только оказались в меньшинстве, что ни в коем случае не означает их неправоту, но и не привели сколько-нибудь значимых доводов в пользу отмены рассматриваемой нормы. Напротив, у сторонников двух других подходов за плечами и иностранный опыт, и в значительно большей степени проработанные доводы в пользу ликвидации.

4.2. Анализ de lege ferenda

Значительная часть анализа нормативного регулирования и судебной практики в России была приведена выше, и нет смысла ее здесь повторять. Основные тезисы по итогам этого анализа будут приведены в заключении. В этом параграфе хотелось бы остановиться на нескольких аспектах, которые не были освещены ранее.

4.2.1. Дедлок: понятие и виды

Может показаться, что обсуждение понятия и видов дедлока — пустое занятие, не способное принести науке и практике значимого результата. Мы не готовы с этим согласиться по двум причинам. Во-первых, уточняя понятие дедлока (тупиковой ситуации), мы приближаемся к тому, чтобы сформировать границы применения различных методов разрешения корпоративных конфликтов, в том числе ликвидации. Не понимая, действительно ли в тупике находится корпорация, или это всего лишь конфликт между участниками, который разрешается по принципу большинства (нет большинства — нет решения), невозможно решить, следует ли эти механизмы вообще применять. Во-вторых, разграничивая виды дедлоков, мы достигаем одновременно двух полезных целей: мысленно упрощаем работу с множеством однотипных ситуаций корпоративного конфликта (что в рассматриваемой тематике является одной из практических трудностей), а также отграничиваем применение одного из методов разрешения конфликтов от другого.

Под дедлоком можно понимать такое *положение в коллегиальном органе управления компанией, при котором ни одна из сторон не может добиться принятия решения по какому-либо вопросу.*

Следовательно, не является тупиковой ситуацией (дедлоком) случай, когда миноритарный участник не может добиться, напри-

мер, назначения нового генерального директора, а мажоритарный участник сделать это может. Напротив, является дедлоком ситуация, при которой мажоритарный участник не может назначить генерального директора в силу закрепленного в уставе требования о наличии квалифицированного большинства. Разумеется, является дедлоком и самая очевидная ситуация, когда у сторон голоса разделены поровну (по $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{3}$, $\frac{1}{4}$ и тд.), но каждая голосует за свой вариант. Такая последняя ситуация – это «**паритетный дедлок**». Упомянутая выше ситуация с невозможностью принятия решения в силу требования о квалифицированном большинстве (в том числе о консенсусе) – «**квазипаритетный дедлок**», поскольку у одной из сторон появляется право вето, которое уравнивает разницу в объеме голосов.

В американской литературе дедлоки также делят на «полные» и «неполные».

Первая группа представляет собой ситуацию, когда у участников (групп участников, или фракций) одинаковое число голосов как на общем собрании участников, так и в совете директоров.

Вторая группа – когда число голосов на общем собрании равно, но в совете директоров число директоров нечетное, следовательно, один из участников (фракция) захватил управление обществом и не позволяет произвести смену директоров.

Это деление тоже имеет практический смысл, ведь именно директора в конечном счете обеспечивают текущее руководство компанией, от которого зависит, может ли она функционировать. В абсолютном большинстве случаев функционировать без решений общих собраний корпорация может, а вот без решений совета директоров нет. Кроме того, следует провести аналогию между «неполным» (incomplete) дедлоком, когда один из участников не допускает смены директоров, с частой для России ситуацией, когда один из участников не допускает смены единственного директора, в том числе и тогда, когда его полномочия истекли.

4.2.2. Отдельные элементы экономического анализа в тематике принудительной ликвидации по иску участника

Представляется полезным рассмотреть механизм принудительной ликвидации с точки зрения экономического анализа права, применить его к отдельным элементам этого механизма.

А. Проблема шантажа со стороны миноритариев

Первое, что здесь следует отметить, — это проблема *holdout*¹. Иначе говоря, это проблема возможного шантажа со стороны миноритария. Например, если мажоритарный участник планирует провести через общее собрание вопрос, требующий некоего квалифицированного большинства, у одного или нескольких миноритариев может быть право вето. Даже если мажоритарий скупит ряд голосов у других миноритариев или приобретет их долю, может сохраняться риск того, что последний миноритарий, осознавая уже затраченные мажоритарием ресурсы на подготовку к принятию решения, будет завышать цену. При этом все миноритарии получают стимул придерживать свое согласие на продажу доли или голоса, чтобы оказаться тем самым последним, чей голос будет выкупаться по самой высокой цене. В результате возрастают трансакционные издержки, связанные с принятием такого решения, потенциально выгодного всем и экономике в целом, из-за попытки миноритарных акционеров, по сути, оппортунистически воспользоваться своим положением. Стоит, конечно же, отметить, что сами по себе условия приведенной выше ситуации — желание мажоритарного участника принять некое решение — свидетельствуют не о параличе компании, а скорее о нормальном процессе принятия решений по принципу большинства, пусть и квалифицированного. Однако можно помыслить и ситуацию, когда непринятие такого решения (например, о реорганизации компании) приведет в дальнейшем к ее банкротству. Тем более оппортунистически будут вести себя миноритарные участники, чем меньше их доля, ведь рискуют меньше, чем мажоритарии, когда принимают риск банкротства.

Близко к описанной выше гипотетической ситуации стоит и другая, по всей видимости, для практики в рамках тематики ликвидации гораздо более актуальная. Речь идет об использовании миноритарным участником института ликвидации как средства шантажа против мажоритарного участника. Здесь уже миноритарный участник может инициировать принятие собранием некоего решения, мажоритарный участник его будет многократно блокировать, после чего миноритарный участник обратится в суд с иском о ликвидации, ссылаясь на то, что без этого решения деятельность компании невозможна. Таким образом миноритарный участник может пытаться повысить стоимость

¹ Подробнее о проблеме *holdout* см.: Каранетов А.Г. Экономический анализ права. М.: Статут, 2016. С. 234–235.

своей доли, которую мажоритарий будет стараться выкупить, дабы погасить конфликт. Опять-таки это приведет к завышению ее стоимости, отклонению такой стоимости от рыночной и рыночными потерями. Противоядием этому, видимо, должны стать четкие критерии различения ситуации, когда компания парализована, а когда речь идет об обычном конфликте, который должен разрешаться по принципу большинства.

Б. Определение выкупной цены и Парето-эффективность

Следующий вопрос лишь отчасти связан с ликвидацией. Это вопрос возможного отклонения цены выкупаемой доли (акций) на стадии до принятия судом решения о ликвидации. Как мы видели из анализа американского подхода к решению проблемы, процедурно после подачи иска о ликвидации одним из участников, любой другой участник вправе заявить о своем желании выкупить долю истца. В случае отсутствия согласия между покупателем и продавцом о цене ее определяет суд. По нашему мнению, следует поставить вопрос о включении процедуры принудительного выкупа доли при обращении одного из участников в суд с требованием о ликвидации аналогично американскому подходу.

Однако при этом существует проблема определения рыночной стоимости доли. Эта проблема по большому счету является одной из причин, почему ликвидация на практике рассматривается некоторыми как более эффективное и справедливое средство разрешения конфликта.

Из-за отсутствия добровольности при принудительном выкупе возникает риск отклонения цены от рыночной и нарушения критерия Парето-эффективности¹. В связи с этим, возможно, более эффективным было бы предоставить рынку определить стоимость доли. Однако рыночный оборот долей в непубличных корпорациях может быть существенно затруднен, единственным покупателем может оказаться другой участник – оппонент, который в условиях монополизма со стороны спроса сможет пытаться диктовать свои условия сделки. Для преодоления этой проблемы могут быть использованы инструменты, устраняющие такую «монополию»: «русская рулетка», «техасская перестрелка» и прочие модификации аукциона, в котором

¹ Подробнее о Парето-эффективности см.: *Одинцова М.И.* Экономика права. М.: ГУ-ВШЭ, 2007. С. 10; *Каранетов А.Г.* Указ. соч. С. 122 и далее.

стороны направляют друг другу ценовые предложения, которые при некотором стечении обстоятельств могут связать не другую сторону, а самого продавца, который станет покупателем по назначенной им же самой цене, что дестимулирует его завышать такую цену (или, наоборот, покупатель, предложивший цену, может оказаться продавцом, поэтому не будет занижать цену)¹.

Кроме того, даже при рыночном (добровольном) механизме определения цены доли возникает проблема информационной асимметрии: участник, контролирующий общество в конкретный момент времени (например, имеющий своего директора, из-за смены которого и возник корпоративный конфликт), имеет гораздо больше информации о том, будет ли компания убыточна или принесет сверхприбыль, а значит, лучше может оценивать стоимость доли – своей и своего оппонента.

В. Эффект обладания и неприятие потерь

Одними из слагаемых корпоративного конфликта, в котором никто не хочет расставаться со своей долей путем ее продажи, являются с точки зрения поведенческой экономической теории *эффект обладания* (endowment effect, т.е. более высокая оценка своей доли в компании, чем цена, которую участник готов был бы за нее отдать, если бы она принадлежала другому), а также *неприятие потерь* (loss aversion, т.е. использование стратегии избегания риска в ситуации, когда речь идет о риске возникновения ущерба, и одновременно устойчивая склонность к риску при наличии вероятности получения выгоды). И то и другое – устойчивые когнитивные ошибки, влияющие на принятие решения участниками при решении вопроса о том, готовы ли они выйти из общества или продать долю вместо того, чтобы требовать ликвидации компании.

Г. Ошибка ретроспективного взгляда и предпочтение бездействия

Суды же часто допускают другую типичную ошибку – ошибку ретроспективного взгляда (hindsight bias), т.е. преувеличивают вероятность уже произошедшего события (что проще всего иллюстрируется поговоркой «сильны задним умом»). Предвидимость возникновения корпоративного конфликта может по-разному оцениваться в зави-

¹ Подробнее можно прочитать здесь: *Степанов Д.И.* Деятели в непубличных корпорациях: возможные варианты развития законодательства и судебной практики // Вестник экономического правосудия РФ. 2015. № 9. С. 107.

симости от того, произошел он уже или нет. Суды, которые видят ситуацию только после возникновения конфликта, будут изначально склонны в большей степени перекладывать на стороны (или одну из сторон) конфликта ответственность за принятие ex ante мер на случай конфликта, например, за отсутствие в уставе компании положений, регулирующих пути выхода из него. В такой же степени, по всей видимости, суды будут под влиянием и такой когнитивной ошибки, как предпочтение бездействия (omission bias): в ситуации, когда трудно оценить, что принесет больший вред — ликвидация или сохранение status quo (т.е. неразрешение дедлока), — суды будут склонны скорее отказывать в иске.

Приведенные выше рассуждения не направлены на полноценный разбор принудительной ликвидации с применением методов экономического анализа права, это скорее лишь предложение начать дискуссию с применением таких методов.

4.2.3. Разграничение существенного конфликта от несущественного для целей принудительной ликвидации по иску участника

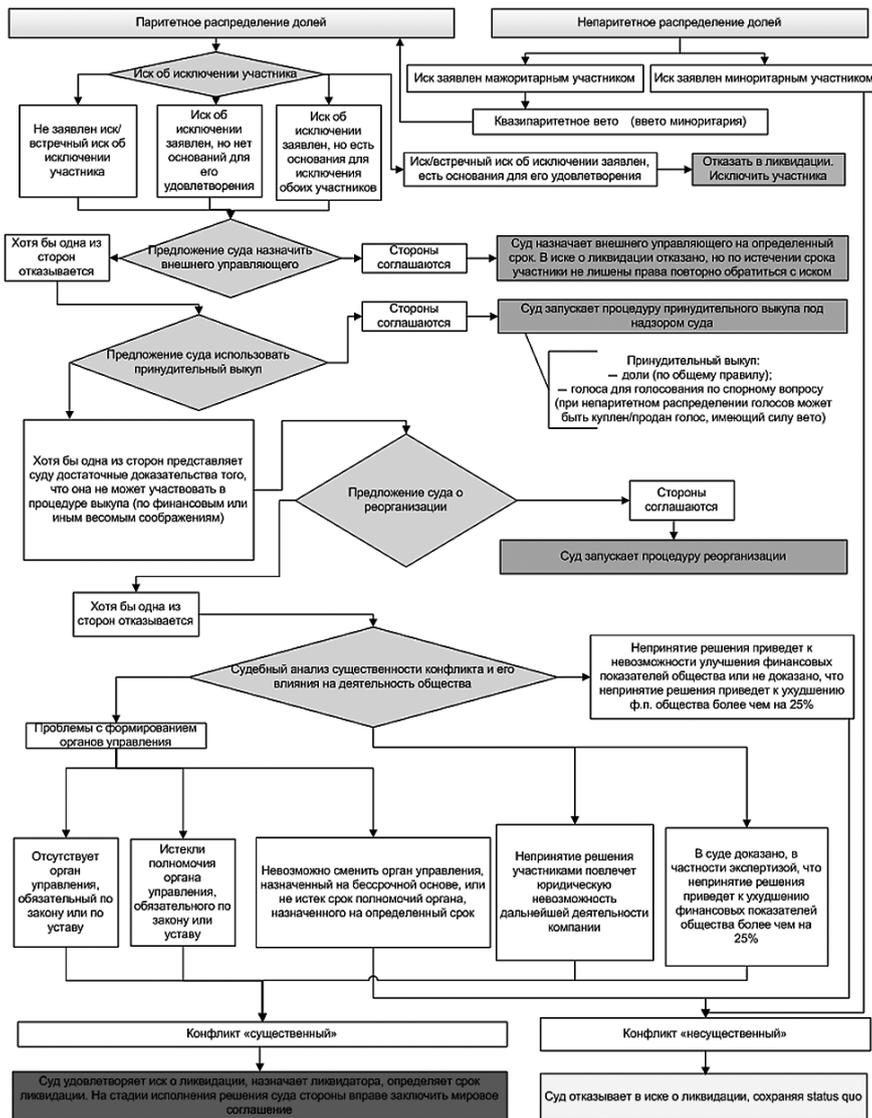
Один из выводов, сделанных в ходе проведенного выше анализа, — это констатация разнообразия возможных ситуаций, методов решения корпоративного конфликта, а также того факта, что суд может в любом случае столкнуться с проблемой определения того, является ли конфликт существенным или нет.

В попытке помочь науке разобраться в этом, возможно, следует попытаться алгоритмизировать процесс, настолько, насколько это возможно. В качестве проекта подобного решения предлагаем алгоритм, отраженный на схеме).

А. Паритетное распределение долей

1-й этап. Проверка возможности исключения другого участника

В случае паритетного распределения долей суд анализирует, был ли подан иск (встречный иск) об исключении участника и есть ли основания для его удовлетворения. Если такой иск был подан и есть основания для его удовлетворения, суд отказывает в ликвидации, исключает участника. Если иск не заявлен либо заявлен, но оснований для его удовлетворения нет, либо есть основания для исключения обоих участников, то суд переходит к следующему этапу.



2-й этап. Проверка возможности назначения внешнего управляющего

Мы в настоящий момент не готовы описать случаи, когда суд мог бы без согласия сторон назначить временного управляющего, поэтому для упрощения конструкции исходим из того, что подобная инициатива требует обоюдного согласия сторон. Если такое согласие имеется, то суд назначает внешнего управляющего на определенный срок. В иске о ликвидации отказано, но по истечении срока участники не лишены права повторно обратиться с иском в связи с новыми обстоятельствами и новыми основаниями такого иска. Если же хотя бы одна из сторон отказывается от назначения внешнего управляющего, то суд предлагает другой вариант – принудительный выкуп.

3-й этап. Процедура принудительного выкупа

Принудительный выкуп, по нашей гипотезе, должен быть обязательным, т.е. стороны не могут от него отказаться без весомых на то причин. При этом принудительный выкуп возможен как в отношении доли (по общему правилу), так и в отношении голоса для голосования по какому-либо конкретному спорному вопросу (при непаритетном распределении голосов может быть куплен голос, имеющий силу вето). Однако если хотя бы одна из сторон представит суду достаточные доказательства того, что она не может участвовать в процедуре выкупа, то суд переходит к следующему этапу. При этом основанием для отказа могут быть как отсутствие денег – в первую очередь, так и чисто гипотетически иные соображения, перечень которых сейчас представить сложно. При использовании этого механизма можно было бы отчасти ориентироваться на американский опыт.

4-й этап. Проверка возможности реорганизации

Если все же случилось так, что выкуп невозможен по указанным выше причинам, то следующим вариантом является реорганизация. Суд предлагает ее также на основании диспозитивности. Это может быть полезно, если бизнес можно разделить между партнерами.

5-й этап. Проверка существенного конфликта между сторонами

Если хотя бы одна из сторон отказывается и от реорганизации, то суд переходит к наиболее сложной стадии – анализу существенности конфликта и его влияния на деятельность компании. Важно отметить, что, как видно из схемы, эта стадия наступает уже после того, как использованы все другие возможные методы разрешения конфликта.

Если конфликт приводит к проблемам с **формированием органов управления**, то возможны три варианта:

– если орган управления, обязательный по закону или уставу, отсутствует (не избран или не назначен из-за отсутствия необходимого количества голосов), то конфликт является существенным. Суд удовлетворяет иск о ликвидации;

– если полномочия такого органа управления, обязательного по закону или уставу, истекли, и, соответственно, новое решение по этому вопросу не принято (по всей видимости, на день вынесения судом решения), – конфликт является существенным. Суд удовлетворяет иск о ликвидации;

– если невозможно сменить орган управления, назначенный на бессрочной основе, или не истек срок полномочий органа, назначенного на определенный срок (но один из участников хочет его сменить), – конфликт существенным не является, суд отказывает в иске о ликвидации, сохраняя статус-кво.

Если непринятие решения участниками, по поводу которого возник спор, повлечет *юридическую невозможность дальнейшей деятельности* компании, то конфликт является существенным, суд удовлетворяет иск о ликвидации.

Наконец, наиболее тонкий вариант касается случая, когда суд вынужден вникать в бизнес-процессы общества. Если непринятие решения приведет к **ухудшению финансовых показателей** общества более чем на 25%, например, доказано экспертизой, то конфликт является существенным и компанию необходимо ликвидировать. Если же это не доказано, либо речь идет о том, что непринятие решения приведет лишь к *невозможности улучшения* финансовых показателей общества, то в иске следует отказать исходя из принципа сохранения статус-кво между равноправными участниками общества.

Б. Случаи непаритетного распределения долей

В случае непаритетного распределения долей в компании возможно два сценария.

Б 1. Если иск заявлен мажоритарным участником, то речь идет о **квази-паритетном состоянии** (т.е. сам мажоритарий в силу наличия вето миноритария не может принять необходимое решение). Для квазипаритетных состояний в качестве проектного решения предлагается использовать алгоритм для паритетного распределения долей, хотя не исключено, что отдельные его этапы могут быть модифицированы для данной ситуации. Это требует отдельного анализа.

Б 2. Если же иск заявлен миноритарным участником при непаритетном распределении долей, то предлагается **сохранять статус-кво** и не

разрешать миноритариям таким образом шантажировать мажоритариев. В подобном случае у них имеется право выхода и право требовать исключения другого участника.

V. Выводы и заключение

Вернемся теперь к вопросам, которые были поставлены в самом начале этой статьи, и постараемся тезисно ответить на них с учетом проанализированного выше.

1. Ликвидация «парализованной» компании — это благо, влекущее очищение рынка? Нужна ли такая юридическая «эвтаназия» для «парализованной», но не «умершей» компании?

Мы полагаем, что ликвидация по иску участника необходима российскому правопорядку. Существуют случаи, когда альтернативные методы разрешения корпоративных конфликтов просто не в состоянии обеспечить справедливое и эффективное решение. Опыт иностранных правопорядков подтверждает это.

2. Должны ли при принятии решения о ликвидации компании учитываться интересы общества и государства в сохранении компании?

Мы полагаем, что этот вопрос не предрешен. Его следует серьезно обсуждать, и даже если в итоге ответ будет таким, каков он сейчас есть для большинства судов и российских ученых, в ходе обсуждения необходимо определить тонкую грань, где социальные и государственные интересы уступают частным интересам участников (акционеров), инвестировавших в бизнес свой капитал и человеческие ресурсы — зачастую все, что они имеют.

3. Каковы признаки «паралича» компании? Как их отличить от обычного делового риска участия в бизнесе, в котором решения принимаются исходя из принципа большинства?

Эта статья не дала точного перечня или точных критериев «паралича» компании. Иностранный опыт (США, Германия) показывает, что в законодательстве чаще всего присутствуют «каучуковые» нормы, дающие судам широкую степень дискреции. Однако это не означает, что наука права не должна искать границы этой дискреции.

4. Какую альтернативу ликвидации может предложить право? В каких случаях суд должен применять их *ex officio* при рассмотрении иска о ликвидации, а в каких *ex voluntate partium*?

Альтернатива ликвидации *de lege ferenda*: исключение участника, назначение внешнего управляющего, принудительный выкуп, реорганизация.

В качестве гипотезы, требующей дальнейшего исследования, мы бы предложили рассматривать назначение внешнего управляющего как возможную обеспечительную меру для целей, когда на время судебного процесса корпоративный конфликт может угрожать дальнейшему существованию компании или серьезными убытками.

Кроме того, нам представляется, что независимо от воли сторон суд должен запустить механизм принудительного выкупа доли. При этом механизм принудительного выкупа должен основываться на рыночном механизме, т.е. сами стороны должны определить цену выкупа. Механизм выкупа может быть остановлен лишь в случае, если суду будут представлены весомые доказательства того, что его применение либо невозможно, либо нарушит баланс интересов сторон, либо будет противоречить основам правопорядка. Отсутствие у одного из участников средств для участия в «аукционе» является одним из таких примеров.

5. Если альтернативы существуют, то каков должен быть алгоритм их применения?

Ликвидацию следует рассматривать как универсальное субсидиарное по отношению ко всем остальным методам средство разрешения конфликта. Предлагаемый механизм алгоритмизации применения различных средств разрешения конфликта представлен на схеме.

6. Наконец, если ликвидация судом применяется, то какова должна быть процедура и какова ее специфика по сравнению с обычной ликвидацией, например, по решению участников?

В своем решении о ликвидации компании суд должен указать ликвидатора (которым не может быть одна из сторон конфликта), сроки ликвидации, вознаграждение ликвидатора.

Сама ликвидация должна проходить под надзором суда. В случае возникновения между участниками общества разногласий в ходе ликвидации, которые препятствуют завершению ликвидации, суд не должен уклоняться от разрешения таких разногласий. В частности, суд обязан рассмотреть вопрос об утверждении ликвидационного баланса (при необходимости с привлечением экспертов), если общее собрание участников не способно его утвердить.

Как было видно из описания научного дискурса как в России, так и за рубежом, проблематика принудительной ликвидации связана в самом общем смысле с необходимостью выбора парадигмы корпоративного права: должны ли мы мыслить сообразно принципу продления жизни корпорации и видеть в этом социальную функцию корпоративного права – или мы должны искать наиболее быстрый и радикальный способ решения сложившейся тупиковой ситуации,

а значит, по всей видимости, смещать фокус в сторону частноправового интереса и разрешить «эвтаназию» «парализованной» компании. В первом случае ликвидация – это последнее средство, применение которого не соответствует цели сохранения компании; во втором – это самый эффективный способ решения частноправового конфликта.

С другой стороны, это и проявление различий в правовой культуре. Должны ли мы вмешиваться в договор между участниками корпорации и использовать механизмы назначения внешнего управляющего, принудительного выкупа или исключения участника, которые модифицируют этот договор¹ – или договор в подобной ситуации следует расторгнуть в судебном порядке, не пытаясь его изменить, т.е. использовать механизм ликвидации.

Эта статья содержит в себе ряд гипотез, которые сам автор не готов признать доказанными теоремами (например, о том, что при решении вопроса о допустимости принудительной ликвидации не должны учитываться интересы общества и государства). Однако хочется надеяться, они позволят сделать еще один шаг к пониманию этого института.

Французские юристы занимаются проблематикой принудительной ликвидации по иску участника по меньшей мере 30 лет, немецкие – более 120², американские – более 140³. В России серьезное обсуждение этой тематики началось примерно пять лет назад. Разумеется, мы пытаемся воспользоваться наработанным иностранным опытом (для чего в том числе и написана эта статья), но правовые системы зарубежных стран слишком отличны от российской, чтобы можно было машинально на практике внедрить все те концепции, которые используются за рубежом. Например, в США, где ликвидация весьма распространена, по сути, отсутствует институт исключения

¹ В этом смысле, если уж и проводить аналогию с обязательственным правом, мы бы скорее согласились с тем, что промежуточные меры, включая исключение участника из общества, – это изменение договора по требованию одной из сторон (п. 2 ст. 450 ГК РФ), а не его расторжение (см.: Суханов Е.А. Закон об обществах с ограниченной ответственностью // *Хозяйство и право*. 1998. № 5. С 47). Е.А. Суханов отмечает, что такая аналогия подчеркивает лишь искусственность «договорного подхода»; ср.: Кузнецов А.А. Исключение участника из общества с ограниченной ответственностью. § 1 гл. II). Разумеется, остается за скобками случай, когда в обществе всего два участника и один из них исключается.

² Немецкий Закон об ООО 1892 г. уже предусматривал возможность ликвидации по иску участника.

³ Уже в 1876 г. в штате Нью-Йорк был принят закон, допускавший судебную ликвидацию в случае дефолта (Laws of the State of New York Passed at the Ninety-Ninth Session of the Legislature. 1876. Vol. I. Chap. 442. P. 474 (сервис Google Books)).

участника из общества, поэтому значительная часть дел основана на злоупотреблениях мажоритарных участников и действующих в их интересах директоров.

Нам потребуются десятилетия анализа в теории и апробации на конкретных делах в судебной практике, чтобы создать скульптуру под названием «ликвидация по иску участника». Сейчас вопрос состоит скорее в следующем: должны ли мы при создании этой скульптуры сначала взять большой кусок мрамора и отрезать от него лишнее (использовать ликвидацию как изначально универсальное средство и затем отбрасывать случаи неудачного применения этого института) или, напротив, начиная с небольших форм, лепить нужную форму из кусочков материала (т.е. начав с абсолютно понятных, пусть и на данный момент немногочисленных, ситуаций, когда ликвидация должна применяться, увеличивать их число после тщательного анализа такой необходимости в каждом конкретном случае). Как нам представляется, в настоящий момент большинство ученых и судей склоняются ко второму варианту.

Научное издание

**КОРПОРАТИВНОЕ ПРАВО
В ОЖИДАНИИ ПЕРЕМЕН:
Сборник статей к 20-летию Закона об ООО**

Ответственный редактор *А.А. Кузнецов*

ISBN 978-5-6043338-0-8

