

ОБЪЕДИНЕНИЕ КОРПОРАТИВНЫХ ЮРИСТОВ
«ПРАКТИКА ПРИМЕНЕНИЯ СОГЛАШЕНИЙ АКЦИОНЕРОВ
И ПРОБЛЕМЫ ОТВЕТСТВЕННОСТИ
ОРГАНОВ УПРАВЛЕНИЯ, АКЦИОНЕРОВ И УЧАСТНИКОВ АО И ООО»

17 июня 2010 года

«Монастырский, Зюба, Степанов & Партнеры»

Дмитрий Ловырев

ПРАВОВЫЕ ОСОБЕННОСТИ КОРПОРАТИВНЫХ СОГЛАШЕНИЙ

Продолжая тему, начатую моим коллегой Ю.Э.Монастырским, я хотел бы кратко остановиться на ряде практических вопросов, с которыми придется столкнуться сторонам соглашения акционеров, и поделиться соображениями о том, какие дополнительные механизмы позволят усилить защиту сторон акционерного соглашения и обеспечить исполнение его условий.

1. Возможность замены соглашения по праву РФ на соглашение по иностранному праву

Несмотря на активное лоббирование соглашения акционеров, включение соответствующих статей в ФЗ об ООО и АО, на настоящий момент акционеры часто стремятся вывести соглашения акционеров из-под российского регулирования за счет стандартных схем:

- а) создания холдинговой структуры с заключением соглашения акционеров в отношении компании, переведенной в иностранную юрисдикцию, по иностранному праву;
- б) применения иностранного права напрямую к соглашению акционеров, заключаемому применительно к российской компании, в том случае, когда создание холдинговой структуры невозможно.

Это желание хорошо понятно, так как нормы иностранного права, регулирующие соглашения, хорошо разработаны и предсказуемы, в судах сложилась устойчивая практика их применения. Остается ли место соглашению акционеров по российскому праву? Полагаем что «да». стандартные схемы с использованием иностранного законодательства могут оказаться во многих случаях неприемлемыми или обременительными.

Первый способ является обременительным для российских обществ, которые являются стратегическими по смыслу ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющих стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства», поскольку сделки, направленные на передачу иностранному юридическому лицу контроля над таким обществом будут требовать согласования с Правительственной комиссией. При этом, поскольку указанные в ст. 6 ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций» виды деятельности, определяющие отнесение общества к стратегическим, охватывают очень широкий круг экономической

деятельности, для большого количества российских юридических лиц холдинговая схема является затруднительной и практически неприемлемой.

Что касается второго способа, то сразу следует отметить, что мы категорически не рекомендуем нашим клиентам его использовать в свете существующей судебной практики (дела «Мегафон» и «Русский стандарт страхование», которые оба вела наша фирма) и позиции, высказанной Председателем ВАС РФ А.Ивановым в интервью журналу «Закон» (№ 12, декабрь 2008), о том, что подчинение соглашений акционеров в отношении российских компаний российскому праву противоречит публичному порядку и является недопустимым.

В свете судебной практики и изменений в законодательстве в настоящий момент сторонам часто придется использовать предложенный в ст. 32.1 механизм заключения соглашений акционеров по российскому праву.

Что необходимо при этом учитывать?

2. Предварительное согласование заключения соглашения акционеров в отношении российской компании

Подписывая соглашение акционеров в отношении акций российской компании, необходимо учитывать, что для его заключения потребуется соблюсти ряд формальностей, без которых существуют риски оспаривания сделки.

1.1. Необходимость согласования соглашения акционеров с ФАС РФ

В тех случаях, когда соглашение акционеров дает одному из акционеров возможность фактически определять условия осуществления обществом предпринимательской деятельности, его заключение будет требовать предварительного согласия ФАС РФ на заключение сделки в соответствии со ст. 28-30 ФЗ «О защите конкуренции».

1.2. Необходимость получения согласия Правительственной комиссии на заключение соглашения акционеров

Заключая соглашение акционеров, необходимо иметь в виду и тот факт, что к нему будут в полной мере применимы правила ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющих стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства».

Таким образом, если общество является стратегическим по смыслу данного закона, а сторона соглашения является иностранным инвестором, то механизмы, которые обычно используются в рамках соглашения акционеров, потенциально будут влечь возникновение контроля иностранного инвестора над обществом и в соответствии со ст. 7 Закона требовать получения предварительного согласия Правительственной комиссии на заключение сделки. Нарушение данных правил будет влечь ничтожность заключенного соглашения.

3. Возможность применения к соглашениям акционеров правил главы XI.1 Закона «Об акционерных обществах» (в частности, о направлении обязательного предложения)

К обязанностям сторон акционерного соглашения по отношению к третьим лицам ст. 32.1 относит только формальное уведомление общества о приобретении права распоряжаться более чем 5, 10, 15, 20, 25, 30, 50 или 75 процентами голосов по размещенным обыкновенным акциям общества в связи с заключением акционерного соглашения.

Несмотря на то, что ст. 32.1 не указывает на иные последствия заключения соглашения акционеров, необходимо учитывать, что к сторонам соглашения акционеров могут быть применены правила гл. XI.1 ФЗ «Об акционерных обществах» об обязательном предложении.

Применение правил об обязательном предложении возможно в силу того, что закрепление в соглашении акционеров права одного акционера давать обязательные указания другому акционеру по вопросам голосования будет порождать установление между ними отношений группы лиц по смыслу 9 ФЗ «О защите конкуренции», а, следовательно, признание данных лиц аффилированными в соответствии со ст. 4 ФЗ «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности».

Наличие аффилированности между акционерами приведет к совокупному учету их пакетов акций для целей ст. 84.2 ФЗ «Об акционерных обществах», то есть может повлечь обязанность по направлению в общество обязательного предложения, в случае неисполнения которой, пакет акций аффилированных лиц свыше 30% будет недоступен для голосования.

При этом неясно, на ком конкретно будет лежать обязанность по направлению обязательного предложения в том случае, если по акционерному соглашению обязательные указания будут вправе давать несколько субъектов соглашения.

В отсутствие судебной практики по данному вопросу на настоящий момент невозможно определить, как будут работать нормы ст. 32.1 в соотношении со ст. 84.2, но однозначно можно сказать, что вероятность применения правил об обязательном предложении к сторонам соглашения акционеров значительна.

Также следует принять во внимание и тот факт, что обязанность направить обязательное предложение может вступать в противоречие с условиями, которые обычно закрепляются в соглашении акционеров, такими как:

- 1) условие о невозможности приобретения дополнительных акций;
- 2) условие о заранее определенных акционерным соглашением ценах покупки и продажи акций (будет вступать в противоречие с порядком определения цены при направлении обязательного предложения)

В силу обозначенной проблемы при заключении соглашения акционеров целесообразно прописывать механизмы взаимодействия акционеров на случай возникновения обязанности направить обязательное предложение, которые будут работать при той схеме распределения прав и обязанностей акционеров, которую желают увидеть в соглашении стороны.

4. Одобрение сделок с заинтересованностью

Учитывая, что заключение соглашения акционеров будет в ряде случаев порождать возникновение отношений аффилированности и создавать на стороне лица право давать обязательные указания, признание одной из сторон соглашения лицом, заинтересованным в совершении сделки, будет влечь признание заинтересованными лицами также и других сторон соглашения с вытекающим отсюда последствием в виде лишения права голоса по вопросу об одобрении сделки. [Один из путей решения проблемы – оговорка о том, что у акционера нет права давать указания в отношении голосования при одобрении сделки с заинтересованностью].

5. Дополнительный механизм защиты прав сторон соглашения акционеров и обеспечение выполнения условий соглашения

Критериями привлекательности соглашений акционеров по российскому праву во многом будут являться способность обеспечить выполнение акционерами его условий и недопустимость выхода из соглашения акционеров путем самовольной продажи акций (в том числе в нарушение условий соглашения). До тех пор, пока система санкций за нарушение акционерного соглашения не разработана и не ясно, как будет применяться судами предусмотренная законом компенсация, полагаем, что стороны могут обратиться к дополнительным механизмам, которые работали бы на стадии исполнения соглашения (таким как, например, безотзывные доверенности в рамках английского права).

В этой связи предлагаем следующее практическое решение, которое могли бы использовать стороны при заключении соглашения акционеров.

Акции сторон передаются в залог авторитетному третьему лицу, который будет контролировать исполнение ключевых условий соглашения. При этом договором залога может обеспечиваться исполнение обязательств из акционерного соглашения, как то обязанностей голосовать надлежащим образом, не отчуждать акции.

Залогодержатель мог бы:

- а) контролировать, чтобы продажа акций осуществлялась сторонами в полном соответствии с заключенным соглашением;
- б) реализовывать права по акциям, руководствуясь условиями акционерного соглашения. При этом в соответствии с существующей практикой судов для реализации права голоса на собрании залогодержателю будет достаточно факта закрепления данного правомочия в договоре залога и фиксации передачи голоса в залоговом распоряжении, при этом выдача доверенности требоваться не будет.

Отношения с залогодержателем потенциально могут строиться на основании закрепленной в соглашении с ним системы инструкций от акционеров. Тем самым, держа в залоге пакет акций одного лица, залогодержатель мог бы осуществлять права, предоставляемые данным пакетом, в соответствии с заранее достигнутыми договоренностями сторон, и не допускать недобросовестного неисполнения сторонами условий акционерного соглашения. Учитывая, что экономически стороне акционерного соглашения иногда более выгодно нарушить условия соглашения, несмотря на взыскание компенсации, тем более что истребуемую сумму могут и не взыскать, появление лица, которое заинтересовано в том, чтобы акционерное соглашение соблюдалось и действовало на практике, могло бы существенно

снизить риск недобросовестного поведения сторон и повысить привлекательность института акционерных соглашений.

В силу невозможности включения в качестве стороны акционерного соглашения не акционера, предлагаем, чтобы залогодержателем выступало лицо, которое бы обладало хотя бы минимальным пакетом акций компании. Учитывая, что данное лицо будет приобретать большой комплекс прав, целесообразно, чтобы залогодержателем выступала коммерческая организация, обладающая серьезной репутацией на рынке.

При использовании данной схемы на российском рынке могла бы сложиться стабильная система гарантированности заключенных соглашений акционеров, система, которая позволяла бы сторонам за счет обращения к авторитетному третьему лицу избежать основных рисков, связанных с неисполнением соглашения в части голосования и запрета передачи акций.