

О некоторых вопросах корпоративных отношений¹

Несмотря на диспозитивный характер, казахстанское корпоративное законодательство (далее собирательно – «закон») оставляет открытым ряд вопросов, которые практика пытается решать тем или иным образом при урегулировании внутрикорпоративных взаимоотношений. В частности, в последнее время все чаще возникают вопросы о том, насколько широко можно (или следует узко) трактовать регуляции, относящиеся к полномочиям и функциям корпоративных органов и их членов, включая вопросы делегирования голосов и прочего «замещения» должностей. Кроме того, актуальными становятся вопросы о допустимости включения в учредительные документы (или иные «акционерные» соглашения) казахстанских компаний отдельных механизмов (call/put option, tag/drag along и т.п.) с точки зрения их исполнимости. Ниже мы приводим свои взгляды и суждения по поводу того, как это может работать на примере товариществ с ограниченной ответственностью (далее – компании).

1. Коллегиальный исполнительный орган (директорат²)

Как показывает практика, интересы оперативного управления бизнесом требуют большей гибкости в вопросах наделения членов директората дополнительными полномочиями и функциями.

Например, все чаще возникают ситуации, когда компании и их акционеры / участники (далее – «акционеры») хотят иметь директорат, в котором все или отдельные директора могли бы иметь право без доверенности представлять компанию, а также иметь другие полномочия и функции, которыми по закону наделен руководитель директората. В связи с этим возникает вопрос, как понимать соответствующую норму закона о наделении руководителя определенным объемом функций и полномочий - как «категорический императив» либо как «подсказку» о мере возможного поведения, допускающую альтернативные модели организации управления?

[Хотя закон не содержит четких критериев того, что следует относить к *функциям*, а что относить к *полномочиям* той или иной корпоративной фигуры, тем не менее, если и насколько возможно условно отделить *функции* и *полномочия*, то следует, вероятно, отнести возможность принятия того или иного решения к *полномочиям*, а необходимость совершения действий на основе такого решения (подписание документов, ведение переговоров и иное представление компании без доверенности) - к *функциям*. Отсюда можно сделать некий общий вывод о том, что полномочия коллегиального органа не могут быть переданы в компетенцию отдельного директора, тогда как отправление функций без доверенности может быть поручено любому директору на основании устава. Вопрос о критериях разделения понятий «полномочия» и «функции» не является предметом настоящей статьи, поэтому в тексте эти понятия будут использоваться без учета предполагаемой специфики. Также не рассматриваются вопросы трудового права, которое обязательно к применению в той или иной ситуации.]

Среди коллег-юристов нередко бытует мнение о том, что только руководитель директората может иметь те функции, которые предписаны ему законом, и что наделение аналогичными функциями других членов директората недопустимо. Считаем такой подход неоправданным по следующим соображениям.

2. Cui bono

Назначение нормы закона заключается в установлении определенных правил поведения с целью охраны прав и интересов субъектов права. Чьи права и интересы могут быть затронуты при том или ином способе организации корпоративного управления? Очевидно, что в первую очередь необходимо рассматривать две группы заинтересованных сторон: акционеров компании и третьих лиц, которые могут вступать в отношения с компанией (для «чистоты эксперимента» не будем рассматривать персональные интересы самих директоров).

¹ Статья опубликована в журнале «Эксперт Казахстан», 2016, № 3. с. 20-21.

² Формат журнальной публикации вынуждает прибегать к использованию обобщенных терминов, условному характеру отдельных понятий и известной степени тезисности изложения. Надеемся, что это не вредит целям освещения поднимаемых вопросов.

Что касается интересов акционеров, то они очевидны – они хотят сделать управление более гибким, чтобы в отсутствие или недоступности по иным причинам руководителя директората его функции мог осуществлять любой другой [рядовой] директор. Иными словами, если акционеры хотят этого, то такое желание есть суть их интереса; и до той степени, до которой это прямо не запрещено законом, порядок организации управления компанией является «внутренним делом» и субъективным правом акционеров и компании.

Что касается третьих лиц, то если они видят, что любой директор вправе представлять компанию без доверенности на основании устава, то такие третьи лица также должны иметь необходимый «комфорт» - нет причин полагать, что их права и интересы могут как-то страдать от того, как акционеры организовали систему корпоративного управления компанией в условиях диспозитивного характера регулирования. Основным интерес в данной ситуации представляет вопрос о юридической действительности обязательств, принятых компанией. Очевидно, что обязательства, принятые посредством хотя и нестандартного, но прямо предусмотренного уставом способа организации управления, должны считаться юридически действительными. Состоятельность данного утверждения обеспечивается, на наш взгляд, нормой статьи 44 Гражданского кодекса РК, признающей действительность даже тех обязательств, которые приняты компанией не предусмотренным либо прямо ограниченным уставом образом: *«Юридическое лицо несет ответственность перед третьими лицами по обязательствам, принятым органом юридического лица с превышением его полномочий, установленных учредительными документами...»*.

Веским доводом в пользу того, что отправление функций руководителя может быть возложено уставом также и на другого директора, служит норма статьи 53 Закона «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» (далее – Закон о ТОО) о допустимости назначения нескольких директоров, не объединенных в коллегиальный орган – налицо множественность директоров, наделенных полномочиями и функциями руководителя без какой-либо доверенности. Данное обстоятельство опровергает постулат о том, что только одно единственное лицо в компании может обладать функциями и полномочиями руководителя.

И наконец, еще одним аргументом в пользу допустимости наделения членов директората функциями, аналогичными функциям руководителя, является норма статьи 167 Гражданского кодекса РК: *«Доверенность от имени юридического лица выдается за подписью его руководителя или иного лица, уполномоченного на это его учредительными документами...»*. Здесь, конечно, необходимо сделать некоторые допущения, а именно - приравнять выражение в Гражданском кодексе РК *«доверенность выдается за подписью»* к выражению в Законе о ТОО *«выдает доверенность»* по их юридическому смыслу. Считая такое уравнение допустимым и корректным, мы полагаем, что любое лицо, которому такое право предоставлено учредительными документами компании, вправе выдавать доверенность от имени компании. Применяя базовую формулу «никто не может передавать прав больше чем имеет», приходим к выводу о том, что любое лицо, уполномоченное выдавать доверенности от имени компании, в принципе должно само иметь полномочия представлять компанию без доверенности. Иными словами, учредительные документы компании могут наделять любого члена директората функциями, которые предусмотрены законом в отношении его руководителя.

3. Письменная фиксация решений

Одним из вопросов, о котором законодатель «предусмотрительно» умолчал, является вопрос о протоколах или ином способе фиксации хода обсуждения и факта принятия решений директоратом.

Легитимность решения коллегиального органа зависит (среди прочего) от таких процедурных аспектов как наличие кворума, необходимого большинства голосов, сроков и т.п., соблюдение которых может подтверждаться соответствующей фиксацией. В противном случае атрибут коллегиальности органа может превратиться в фикцию. По крайней мере, имеются две причины, по которым фиксация хода обсуждения и факта принятия решения может оказаться востребованной. Во-первых, контрагенты компании, проявляя должную осмотрительность, могут запросить подтверждение легитимности решения директората о вступлении в сделку. Во-вторых, с учетом установленной ответственности директоров за ненадлежащее управление, такая письменная фиксация может послужить доказательством в целях привлечения или освобождения от ответственности конкретного директора.

Конечно, директорат может собираться и принимать решения по множеству вопросов в течение дня, в связи с чем, ведение традиционного письменного протокола по каждому вопросу может оказаться обременительным (вероятно, это обстоятельство и заставило законодателя воздержаться здесь от более детальных регуляций). Отчасти проблема может быть решена ведением сводного протокола по итогам дня (или иного промежутка времени), либо ведением видеозаписи таких заседаний. Кроме того, для компаний с небольшим директоратом мы предлагаем альтернативные решения. Например, включаем в устав оговорку о необязательности протокола или иного отдельного подтверждения легитимности решения директората, если на документе, по которому шло обсуждение (например, на контракте), будут поставлены подписи необходимого большинства директоров. Конечно, такой подход не решает вопроса о персональной ответственности отдельно взятого директора.

4. И.О.

Также остро стоит вопрос об исполнении функций руководителя или иного члена директората в случае их временного отсутствия, когда вопрос не урегулирован уставом.

Нередко приходилось сталкиваться с такими ситуациями, когда в отсутствие регуляций в уставе, ставится вопрос о передаче функций и полномочий / делегировании голоса отсутствующего члена (по его выбору) другому лицу на основании доверенности. В компаниях с единоличным директором имеют место случаи назначения приказом какого-либо лица (по усмотрению самого единоличного директора) «временно исполняющим обязанности». Насколько юридически корректны такие способы передачи?

Полагаем, что такая передача недопустима, если только не предусмотрена уставом. Во-первых, осуществление деятельности директором должно расцениваться как обязательство, неразрывно связанное с личностью: при выборе директора принимаются во внимание личные качества кандидата (опыт, образование, управленческие навыки). Во-вторых, определение персонального состава органа компании относится к компетенции вышестоящего органа. Поэтому непредусмотренная уставом самостоятельная передача директором своих функций и полномочий другому лицу по доверенности будет нарушением двух приведенных выше условий. Наличие такой возможности в уставе отчасти решает вопрос о легитимности передачи, поскольку имеет место волеизъявление акционеров, избравших такой способ организации управления.

5. Наблюдательный орган

Еще одним открытым вопросом, по которому мнения расходятся, является вопрос о том, можно ли в компетенцию наблюдательного органа отнести вопрос об утверждении определенных категорий сделок и некоторых других решений, принятых исполнительным органом. На одном из семинаров, посвященных данной тематике, коллегами-организаторами из другой юридической фирмы было высказано мнение о том, что наблюдательный орган не может выступать в качестве одобряющей или утверждающей инстанции для исполнительного органа. Обосновывалось это тем, что наблюдательный совет может занимать только «наблюдательную» позицию, а функция контроля может реализовываться только в форме проверок.

Представляется, что нет достаточных оснований считать такой подход единственно возможным и правильным. Очевидно, что контроль за деятельностью исполнительного органа может иметь и превентивный (т.е. не только постфактум) характер. Деятельность компании реализуется через действия, прежде всего, ее исполнительного органа. Поэтому вменение исполнительному органу обязанности согласовывать определенные вопросы с наблюдательным органом является тем самым осуществлением контроля за деятельностью исполнительного органа. Такое вменение относится к способу организации управления компанией, и, как было сказано выше, является «внутренним делом» акционеров и самой компании и не может нарушать интересы третьих лиц или государства.

6. Tag/drag along, call/put options

Часто приходится сталкиваться с вопросами о допустимости включения в учредительные договоры (и иные акционерные соглашения) и, соответственно, исполнимости таких механизмов, как *tag/drag along, call/put options*, закрепляющих дополнительные права и обязанности по отчуждению долей по сравнению со стандартным набором, упоминаемым законом.

Полагаем, что такие условия могут включаться в учредительные документы и могут исполняться с учетом соблюдения преимущественного права покупки и прочих требований казахстанского законодательства. Указанные условия, будучи включенными в договор, подпадают под принцип *pacta sunt servanda*, признаваемый казахстанским гражданским законодательством в качестве одного из основополагающих принципов.

Тем не менее, презюмируемая свободу собственника распоряжаться своим имуществом по своему усмотрению, а также все ещё не вполне ясная концепция «отказа от прав» в казахстанском законодательстве оставляют вероятность того, что при не исполнении условий *tag/drag along, call/put options*, нарушившая сторона может преследоваться только за факт нарушения договора. Сохраняется риск того, что суд может отказать в принудительном исполнении обязательства в натуре, ограничившись только наложением штрафных санкций за нарушение обязательства.

Заключение

Корпоративное законодательство носит в целом диспозитивный характер. Поэтому, там, где нет прямого или иного явно подразумеваемого запрета компании и их акционеры вправе расширительно толковать установленные нормы. При этом не должны нарушаться права и интересы третьих лиц (включая государство) – основной тест на легитимность поведения в условиях дефицита регуляций.