

Дмитрий Иванович Степанов

кандидат юридических наук

Вадим Андреевич Фогель

член Палаты адвокатов г. Мюнхена,
адвокат, магистр частного права,
кандидат юридических наук

Ханс-Иоахим Шрамм

Dr. habil., Бременский университет,
Германия

В статье проведено обширное сравнительно-правовое исследование нового для российского гражданского права института корпоративного договора. Авторы рассматривают подходы российского и германского права относительно природы, содержания, последствий заключения и несоблюдения его условий, формы корпоративного договора и многих других вопросов.

Ключевые слова: корпоративный договор, акционерное соглашение, корпоративные отношения

Корпоративный договор: подходы российского и немецкого права к отдельным вопросам регулирования

Корпоративные договоры (акционерные соглашения, договоры об осуществлении прав участников ООО) сравнительно недавно получили закрепление в российском законодательстве. Этот институт, как и любой другой новый институт в праве, нуждается в глубинном осмыслении и наполнении его практическим содержанием как на уровне практики заключения таких соглашений участниками оборота, так и на уровне судебной-арбитражной практики. Для этих целей крайне полезно обращаться к зарубежному опыту правового регулирования сходных институтов.

Нередко можно услышать, что корпоративные договоры заимствованы российским правопорядком из английского права, однако это утверждение, мягко го-

вора, не соответствует действительности. Подобный институт известен не только немецкому праву, на которое так любят ориентироваться российские цивилисты в поисках ответа на тот или иной частный вопрос, но и другим европейским правовым порядкам¹. Именно поэтому авторы, обладающие исследовательской компетенцией и имеющие возможность работать напрямую с самыми широкими доктринальными источниками, а также с наиболее актуальной судебной практикой в России и Германии, в рамках настоящей статьи предлагают читателю самому сделать вывод, насколько правовые порядки двух государств близки по наиболее острым вопросам, связанным с заключением и исполнением таких договоров.

1. Правовая природа соглашения участников хозяйственного общества

- 1.1. Корпоративный договор (акционерное соглашение, договор участников ООО об осуществлении их прав) для российского права институт сравнительно новый, поэтому говорить о каком-либо устоявшемся или принимаемом, поддерживаемом большинством (или значительной частью) российского юридического истеблишмента едином понимании этого правового феномена пока не приходится. Но, вероятно, никто будет не спорить с признанием корпоративного договора разновидностью гражданско-правовой сделки, соглашения двух и более лиц, что предполагает применение к такому договору общих положений о договоре и (договорных) обязательствах. Однако далее начинается дискуссия о сущности этого договора применительно к корпоративно-правовой специфике, причем, если суммировать высказываемые в разных источниках позиции, то выяснится, что все споры ведутся вокруг следующих смысловых антиномий. Во-первых, является ли корпоративный договор сугубо гражданско-правовым договором, а потому порождающим исключительно договорные обязательства, принципиально ничем не отличающиеся от любых иных договорных обязательств, либо корпоративный договор может так или иначе вторгаться в сферу корпоративных отношений, а потому затрагивать вопросы корпоративного управления, структуры органов управления корпорации, по поводу акций (долей) которой он заключен? Во-вторых, насколько такой договор может быть обязательным для иных участников корпорации или самой корпорации или хотя бы влиять на права таких третьих лиц: вообще никогда и никак или в отдельных случаях правовой эффект от такого договора может наступать в отношении корпорации или иных лиц (тут же обнажается проблема разных подходов к корпоративным договорам, в которых участвуют все или часть членов корпоративного образования)? Наконец, в-третьих, как условия корпоративного договора соотносятся с положениями устава конкретной корпорации и нормами действующего законодательства, особенно императивными нормами корпоративного законодательства (ответ на последний вопрос, по мысли отдельных юристов, может различаться в зависимости от подхода к квалификации этого договора — как сугубо гражданско-правового или также корпоративно-правового)? В зависимости от позиции, которую разделяет тот или иной правовед, можно прийти к совершенно разным выводам по вопросу о сущности корпоративного договора в российском праве.

¹ *Rechtsvergleichend in deutscher Sprache: Rodemann, Stimmbindungsvereinbarungen in den Aktien- und GmbH-Rechten Deutschland, Frankreich, Englands und Belgiens, 1998.*

В отсутствие устоявшейся судебно-арбитражной практики по указанным проблемам попробуем реконструировать точку зрения, наиболее близко отражающую сущность этого института исходя из буквального толкования действующего законодательства и политико-правовых движений, тем более что проводимая сейчас реформа Гражданского кодекса РФ (далее — ГК РФ)² позволяет отчасти снять некоторые из указанных смысловых противоречий.

Если оставить в стороне наивный аргумент «корпоративный договор затрагивает или порождает корпоративные отношения, потому что называется корпоративным», то вопрос, имеет ли такой договор корпоративную составляющую, приобретает практическое значение: если такой договор существует наряду или параллельно с корпоративными отношениями, то для чего вообще он нужен, есть ли в нем практическая надобность, коль скоро он не имеет «выхода» на корпорацию, по поводу участия в которой заключается? С этой точки зрения уже неважно, кто может быть стороной такого договора — участники корпорации, сама корпорация, третьи лица (еще или уже), не являющиеся участниками корпорации: если корпоративный договор востребован практически, то его юридическое значение определяется тем, что он так или иначе (напрямую или опосредованно) порождает правовые последствия для корпорации и (или) ее участников. Соответственно, корпоративный договор востребован жизнью и практикой не столько потому, что он заключается в связи или по поводу участия в конкретной корпорации, сколько потому, что участие в делах корпорации зачастую подталкивает ее участников урегулировать отдельные вопросы, связанные с участием в ней, в договоре; как только такой договор появляется, он в меньшей или большей степени вбирает в себя вопросы, имеющие отношение к корпоративной сфере. Следовательно, участие в корпорации обычно и подвигает к заключению корпоративного договора, который необходим для того, чтобы детально урегулировать взаимоотношения двух и более лиц в связи с делами такой корпорации. Таким образом, корпоративный договор есть не просто ординарный гражданско-правовой договор, но также договор, осложненный корпоративным элементом. Вопрос здесь не в том, является ли такой договор «чистым» институтом договорного права или также институтом корпоративного права, а в том, насколько в нем велик элемент корпоративного, как далеко его стороны могут пойти в формулировании условий договора, имеющих значение для корпорации, по поводу участия в которой он был заключен. Очевидно, что даже в действующем регулировании корпоративный элемент присутствует в сущности такого договора, пусть и незначительно.

Так, действующее корпоративное законодательство (ст. 32.1 Федерального закона от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (далее — Закон об АО) и п. 3 ст. 8 Федерального закона от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее — Закон об ООО)) допускает установление в корпоративном договоре не только условий, связанных с отчуждением акций (долей) другим участникам корпораций или третьим лицам, но и отражение порядка реализации сторонами прав из акции (доли), в том числе обязанность

² *Гражданский кодекс Российской Федерации в редакции проекта Федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации», 03.04.2012 внесенного в Государственную Думу РФ (далее также — Проект) (см.: www.duma.gov.ru).*

голосовать определенным образом на общем собрании акционеров, заранее согласовывать вариант голосования с другими акционерами, а равно осуществлять согласованно иные действия, «связанные с *управлением* (здесь и далее в цитатах выделено нами. — *Д.С., В.Ф., Х.-И.Ш.*) обществом, с деятельностью, реорганизацией и ликвидацией общества» (абзац первый п. 1 ст. 32.1 Закона об АО). Тем самым законодатель прямо не предусматривает, что корпоративный договор так или иначе заменяет устав или нормы позитивного права, но, допуская юридически защищаемые договоренности участников корпорации, реализуемые в ходе голосования на общем собрании акционеров (участников), законодательство сообщает такому договору правовые последствия, напрямую связанные со сферой корпоративных отношений. Соответственно, при текущем правовом регулировании корпоративный договор формально не может заместить то регулирование корпоративных отношений внутри конкретной корпорации, которое задается законом или уставом, в том числе предусматривать внутреннюю структуру органов управления корпорацией и порядок участия в управлении, а равно иные вопросы, иначе, чем это предусмотрено императивными нормами закона или положениями устава, но через определение в таком договоре порядка реализации прав участника корпорации корпоративный договор фактически вторгается в сферу корпоративных отношений. Более того, поскольку корпоративный договор задает рамки реализации права голоса участника корпорации, т. е. того, в чем главным образом и реализуется корпоративный контроль, такой договор, конечно, если он заключен внутри конкретной корпорации, на деле приобретает принципиальнейшее значение для корпоративных отношений, во многом определяя их суть и содержание. Таким образом, позиция, в силу которой такой договор предлагается рассматривать за рамками корпоративных отношений или как ординарный гражданско-правовой договор, лишенный корпоративного элемента для российского права, как минимум отдает лукавством, а как максимум совершенно не учитывает, игнорирует практические реалии.

Вопрос в том, насколько сильно такой договор может влиять на развитие корпоративных отношений применительно к конкретной корпорации, какие юридически значимые и защищаемые правом обязательства он может порождать, наконец, как эти обязательства могут порождать права и обязанности для самой корпорации и ее прочих участников. Очевидно, чем больший эффект оказывает такой договор на корпорацию и ее участников, тем выше его корпоративно-правовое значение.

Между тем в принятом в первом чтении Проекте, существенно модернизирующем ГК РФ, элемент корпоративной природы договора не просто усиливается, а артикулируется уже в связи с указанием на свободу усмотрения сторон корпоративных отношений и взаимоувязыванием договора с положениями устава — документа, выступающего в роли своеобразной конституции для отдельной корпорации.

Несмотря на то, что общее правило, сформулированное в абзаце четвертом п. 1 ст. 67.2 ГК РФ в редакции Проекта, как может показаться, говорит о том, что корпоративным договором не могут определяться структура органов хозяйственного общества и их компетенция, однако далее оговаривается: «...за исключением случаев, когда правила настоящего Кодекса или законов о хозяйственных обществах

допускают их изменение уставом общества». Подобные исключения встречаются в п. 4 ст. 66.3 ГК РФ в редакции Проекта: когда положения, предусмотренные п. 3 ст. 66.3, не относятся к числу положений, подлежащих в соответствии с ГК РФ обязательному включению в устав (такие обязательные положения перечисляются в п. 5 ст. 52 Кодекса), они могут быть предусмотрены корпоративным договором, сторонами которого являются все участники непубличного хозяйственного общества. Обращение к п. 3 ст. 66.3 ГК РФ в редакции Проекта³ уже без каких-либо сомнений подтверждает позицию, что корпоративный договор может конституировать внутреннюю структуру корпорации — непубличного хозяйственного общества. Понятно, что для публичного АО значение корпоративного договора много меньше, чем для непубличного общества, однако в любом случае, даже если ограничиться непубличными обществами, корпоративный договор с подачи Проекта становится документом, сравнимым по значимости с уставом. Таким образом, Проект, усиливая элемент свободы договора в корпоративном праве, вольно или невольно одновременно усиливает значимость корпоративного договора именно как источника нормирования (договорного регулирования) отношений, возникающих по поводу участия в корпорации. Грань между традиционным договорным правом и корпоративно-правовой спецификой в Проекте становится еще менее различимой и призрачной, но при этом корпоративный договор, точнее договор, соглашение участников корпорации, становится ключевым институтом корпоративного права, одним из главных источников регулирования — пусть ненормативных, но все равно задающих правила поведения, рассчитанные на неоднократное применение в будущем участниками корпоративного образования.

Резюмируя, можно вести речь о двух пластах правового регулирования как самого корпоративного договора, так и правоотношений, возникающих в связи с его заключением и исполнением: с одной стороны, корпоративный договор находится в рамках общих положений обязательственного и договорного права с точки зрения требований, предъявляемых к порядку его заключения и исполнения, а потому порождает гражданско-правовые договорные обязательства для лиц, его заключивших, с другой стороны, обязательства, возникающие из такого договора, имеют в большей или меньшей степени корпоративную окраску, зачастую порождают корпоративные отношения, более того, могут затрагивать права и обязанности самой корпорации или иных участников, соответственно, корпоративно-правовая специфика, заложенная в таком договоре, предполагает применение к его условиям не только норм общегражданского (договорного) права, но также норм кор-

³ Так, для непубличных хозяйственных обществ через принятие единогласного решения всеми участниками п. 3 ст. 66.3 ГК РФ открывает возможности предусмотреть в уставе (а значит, и в договоре, если то или иное положение не обязательно к отражению в уставе) иное по широкому кругу вопросов, включая вопросы о передаче на рассмотрение наблюдательного совета или коллегиального исполнительного органа вопросов, отнесенных законом к компетенции общего собрания участников хозяйственного общества, за исключением указанных в подп. 1 п. 3 ст. 66.3 вопросов (изменение устава, реорганизация и ликвидация и т. п.), об изменении установленного законами и иными правовыми актами порядка созыва, подготовки и проведения общих собраний участников хозяйственного общества, принятия ими решений при условии, что такие изменения не лишают участников права на участие в общем собрании и на получение информации о нем, об отличных от установленных законами и иными правовыми актами требованиях к количественному составу, порядку формирования и проведения заседаний наблюдательного совета и (или) коллегиального исполнительного органа общества и другие положения в случаях, предусмотренных законами о хозяйственных обществах.

поративного законодательства. Тем самым данный договор как по порядку его заключения и исполнения, так и по содержанию порожаемых им правоотношений является институтом общегражданского договорного права, а также институтом права корпоративного.

В сравнительно-правовом плане можно говорить о том, что грань различения корпоративно-правовой составляющей и сугубо договорного обязательства в российском корпоративном договоре весьма условна, размыта, недостаточно артикулирована, чего, видимо, нельзя сказать о немецком праве.

- 1.2. В немецком праве различают два уровня правоотношений участников общества между собой и с хозяйственным обществом⁴. На одном уровне выделяют отношения, возникающие в связи с участием в обществе, корпоративные правоотношения, главным источником правового регулирования которых служат закон и устав. На другом уровне находятся отношения участников, регулируемые общими положениями обязательственного (договорного) права. Важнейшее отличие одного уровня от другого заключается в том, что корпоративные правоотношения непосредственно определяют статус участника для всех, в то время как обязательственно-правовые договоренности касаются только сторон такого соглашения и являются основанием для возникновения обязанности к совершению определенного действия или к воздержанию от его совершения.

В основе такого различия лежит следующий критерий: является конкретное правило частью устава и тем самым подчиняется особым правилам публичности и процесса внесения в него изменений или же правило сформулировано участниками хозяйственного общества без включения его в устав. Стороны, решая вопрос о включении дополнительного (к тому, что обязательно включается именно в устав) регулирования в устав или оформлении его в качестве соглашения участников общества, обладают свободой собственного усмотрения⁵, поскольку речь идет не о правиле, подлежащем включению исключительно в устав⁶. Необходимо отличать подобное дополнительное регулирование от правил, содержащихся в положениях об органах общества: последние не являются сугубо договоренностями сторон, а потому подлежат включению в устав.

В связи с тем, что положения германского законодательства об акционерных обществах зачастую являются императивными, а положения об обществах

⁴ *Положения, изложенные ниже, были развиты по отношению к акционерным обществам. Это связано с тем, что положения акционерного законодательства более императивны, в связи с чем нарушения прав в этой области отношений случаются чаще (ср. абзац пятый § 23 германского Закона об АО, абзац второй § 45 Закона об ООО). Вместе с тем они во многом могут быть применены к обществам с ограниченной ответственностью. Например, § 136 германского Закона об АО применяется в законодательстве об обществах с ограниченной ответственностью.*

⁵ *Trölitzsch in: Ziemons/Jäger, Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, Gesellschaftervereinbarungen, Rz. 1, Stand 1.6.2012.*

⁶ *§ 23 AktG, § 3 GmbHG. При этом существует устоявшееся в литературе понимание, что перечень положений, обязательных для включения в устав обществ с ограниченной ответственностью, благодаря абзацу второму § 3 германского Закона об ООО может быть расширен. Hueck/Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 3, Rn. 25, 19 Aufl. (2010).*

с ограниченной ответственностью, напротив, диспозитивными, правила, дополняющие регулирование из устава, а также условия корпоративных договоров, выходящие в дозволенных случаях за рамки устава, чаще встречаются применительно к обществам с ограниченной ответственностью. Нижеследующие положения данного раздела настоящей статьи касаются соглашений участников за рамками устава.

В немецком праве отсутствует целостное правовое регулирование обязательств-правовых отношений, возникающих в связи с заключением договора об установлении и реализации прав и обязанностей участников определенного общества. Скорее существует регулирование отдельных вопросов в форме абзаца второго § 136 германского Закона об АО. В части, не покрываемой указанной нормой, суды, разрешая споры, обычно опираются при вынесении решений на общие принципы гражданского права и общетеоретические конструкции. Суды проверяют действительность подобных соглашений и допустимость тех или иных отдельных их условий через обращение к общим принципам, балансируя между свободой договора с одной стороны и запретом нарушения императивных, или так называемых вышестоящих, норм с другой⁷.

Возможность заключения таких соглашений в Германии в настоящее время не подвергается какому-либо сомнению⁸. В случае с акционерными обществами соглашения об осуществлении права голоса в соответствии с указаниями другого лица (*Stimmbindungsverträge*) нашли свое пускай несовершенно, но все же основополагающее регулирование⁹. Фундаментом для этого служит принцип свободы договора¹⁰.

В немецкой литературе превалирует мнение, что соглашения участников представляют собой следствие развития логики гражданско-правового соглашения участников о создании общества частного права (как оно понимается § 705 Германского гражданского уложения (далее — ГГУ), очень схожего с российской конструкцией договора простого товарищества (договора о совместной деятельности). Однако в отличие от российского законодательства в Германии для вышеуказанного соглашения не требуется внесения вкладов (ср.: п. 1 ст. 1041 ГК РФ). Помимо этого, положения об обществе частного права подлежат применению даже тогда,

⁷ Trölitzsch in: *Ziemons/Jäger, Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, Gesellschaftervereinbarungen*, Rz. 12, Stand 1.6.2012.

⁸ Для акционерных обществ: Zöllner in: *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 3/3, § 136, Rn. 83, 3 Aufl. (2010)*; Hüffer, *Aktiengesetz*, § 133, Rn. 25, 10 Aufl. 2012; BGH NJW 1983, 1910 (1911). Для ООО: Hueck/Fastrich in: *Baumbach/Hueck, GmbHG, § 3, Rn. 56, 19 Aufl. (2010)*; Zöllner in: *Baumbach/Hueck, GmbHG, § 47, Rn. 113, 19 Aufl. (2010)*; Trölitzsch in: *Ziemons/Jäger, Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, Gesellschaftervereinbarungen, Stand 1.6.2012*; zum Ganzen: Lutter/Wiedemann, *Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht: Deutschland, Europa und USA, 1997*; Büssemaker, *Stimmbindungsverträge bei Kapitalgesellschaften in Europa, 1999*; Groß-Bölting, *Gesellschaftervereinbarungen in der Aktiengesellschaft, 2011*.

⁹ Абзац второй § 136 германского Закона об АО предусматривает ничтожность соглашения, на основании которого акционер обязуется осуществить право голоса по указанию общества, правления или наблюдательного совета. Таким образом, можно сделать вывод *a contrario*, что такие соглашения в иных случаях допустимы законодательством.

¹⁰ Для акционерных обществ: Hüffer, *Aktiengesetz*, § 23, Rn. 45, 10 Aufl. (2012).

когда участники такого общества, имеющего общую цель, не поставили в известность третьих лиц о заключении соглашения о его создании, что они в принципе не обязаны делать (так называемое внутреннее общество). Вместе с тем немецкими юристами отмечается, что не всегда соглашение участников корпоративного образования может быть подчинено правилам о совместной деятельности. Например, если один из участников при осуществлении права голоса подчиняется указаниям другого участника, отсутствуют признаки простого товарищества, поскольку участники не преследуют общей цели¹¹.

Очевидно, что участники корпоративного образования посредством заключения таких соглашений могут влиять на другие органы общества в отношении как их персонального состава, так и предметной детальности, а следовательно, иметь корпоративную составляющую, требующую, коль скоро немецкое право различает сугубо обязательственные и корпоративные отношения, выявления соотношения корпоративного законодательства и соглашения участников.

В практике немецкого корпоративного управления применение таких соглашений встречается довольно часто. Так, акционерные соглашения применяются с целью сохранения учредителем и членами его семьи контроля и влияния при проведении общего собрания. Другая сфера применения таких соглашений — создание совместных предприятий и избежание возникновения патовых ситуаций (дэдлоков), с тем чтобы общество имело возможность продолжать свою дальнейшую деятельность¹². Наконец, эти соглашения применяются инвесторами как для обеспечения своих миноритарных прав участников общества, так и для защиты от того, чтобы отдельный участник общества обеспечивал свои интересы за счет общества¹³.

По общему правилу соглашения участников корпоративного образования в немецком праве должны соответствовать «вышестоящему праву», в частности законодательству об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью. При этом под «вышестоящим правом» понимается не только закон, но и устав и специальные положения общества, от которых нельзя отступить, заключив простое соглашение. Устав всегда является вышестоящим по отношению к обязательственно-правовому соглашению, так как представляет собой основополагающий документ, регулирующий отношения между участниками.

Однако это требование ведет к возникновению новых проблем. Так, ранее в практике немецкого корпоративного права ставился вопрос, является ли любое соглашение участников, не соответствующее закону, недействительным, а также могут ли положения устава быть перекрыты положениями обязательственно-правового соглашения, заключенного между всеми его участниками?

¹¹ Schramm, *Die rechtliche Erfassung von Aktionärsvereinbarungen (mit weiteren Nachweisen)* // www.cac-civillaw.org/.../schramm.aktionarsvereinbarung.de.rtf. S. 3.

¹² Mayer, *Grenzen von Aktionärsvereinbarungen*, MittBay 2006, S. 281 (283).

¹³ Maidl, *Kreifels, Beteiligungsverträge und ergänzende Vereinbarungen* NZG 2003, 1091.

Ответ на эти вопросы зависит от того, идет ли речь в каждом конкретном случае об императивной или диспозитивной норме, а также от организационно-правовой формы юридического лица.

К числу императивных норм относятся правила, касающиеся, например, созыва и проведения собрания участников акционерного общества, в частности нормы об определении большинства, поскольку их функцией является защита меньшинства. В связи с этим договорный отказ от сроков созыва или требований большинства в случае с акционерным обществом был бы недействителен¹⁴. В случае с обществом с ограниченной ответственностью, напротив, изменяющие правила допустимы. Однако они должны быть закреплены в уставе¹⁵. Согласно абзацу второму § 136 германского Закона об АО договор, на основании которого акционер обязуется осуществить право голоса по указанию общества, правления или наблюдательного совета либо по указанию зависимого предприятия, является ничтожным. Это правило подлежит применению в порядке аналогии к немецким обществам с ограниченной ответственностью. Также является ничтожным договор, по которому акционер обязуется проголосовать за соответствующие предложения правления или наблюдательного совета общества.

Согласно № 6 абзаца третьего § 405 германского Закона об АО *административное правонарушение совершает тот, кто требует встречного предоставления, позволяет третьему лицу брать на себя обязательство или принимает особые выгоды как вознаграждение за то, что он при голосовании на общем или специальном собрании не будет голосовать или будет голосовать определенным образом*. Иными словами, продажа права голоса представляет собой нарушение правопорядка и ведет к признанию недействительным соответствующего соглашения.

Помимо этого, к числу императивных норм относятся правила, регулирующие порядок деятельности органов акционерного общества. Так, недействительным является соглашение, в соответствии с которым участники акционерного общества обязаны провести определенные мероприятия, относящиеся к управлению текущей деятельностью общества. В соответствии с германским законодательством это прерогатива правления¹⁶. Такой же вывод о невозможности определения вопросов управления текущей деятельностью акционерного общества в соглашении можно сделать и применительно к соглашению, в котором будут участвовать все участники корпоративного образования: тот факт, что все участники общества договорились о чем-то, не позволяет им по-своему определять порядок управления текущей хозяйственной деятельностью, коль скоро этот вопрос по закону должен быть отнесен к компетенции специального органа (правления) и порядок осуществления такой деятельности специально урегулирован в законе. Иной подход не согласуется с немецкой структурой управления акционерным

¹⁴ *Что касается вопроса созыва общего собрания, абзац шестой § 121 германского Закона об АО допускает возможность отказа участника от соблюдения правил созыва при явке всех участников. Вместе с тем это правило не разрешает заранее отказываться от сроков созыва.*

¹⁵ § 45 GmbHG.

¹⁶ *Schramm, Die rechtliche Erfassung von Aktionärsvereinbarungen // www.cac-civillaw.org/.../schramm. aktionarsvereinbarung.de.rtf. S. 7.*

обществом¹⁷. В случае нарушения указанных принципов генеральный директор может оспорить решение общего собрания.

Вместе с тем в обществе с ограниченной ответственностью соглашения участников об организационной структуре были бы допустимы, но они должны быть отражены в уставе¹⁸.

Кроме того, нельзя в порядке заключения гражданско-правового соглашения участников установить правило, которое в силу требований законодательства должно содержаться именно в уставе¹⁹. К примеру, в абзаце третьем § 23 германского Закона об АО и § 3 германского Закона об ООО установлено, какие положения должны содержаться в уставе. Если эти положения отсутствуют, как, например, место нахождения общества или предмет его деятельности, то устав соответствующего общества ничтожен, даже если эти вопросы нашли отражение в соглашении участников.

В тех случаях, когда речь идет о диспозитивных нормах корпоративного законодательства Германии или вообще отсутствует законодательное регулирование того или иного вопроса, соглашение участников может быть признано недействительным, только если оно противоречит общим принципам гражданского права, таким как злоупотребление правом и недопустимость противоречия добрым нравам. Особое значение в связи с рассмотрением этой проблемы (что в принципе дозволено для корпоративного договора, когда нет жесткого законодательного регулирования по специальному вопросу) приобретает концепция «верности» участников общества, в соответствии с которой участники обязуются при осуществлении своих прав учитывать интересы общества и других участников²⁰. Так, в немецком праве соглашение участников было бы недействительным из-за нарушения концепции «верности», если единственной целью соглашения является выдавливание меньшинства. Иными словами, участник общества не должен, по меньшей мере умышленно, нарушать интересы общества и других участников. Судебный контроль за соответствующими договоренностями осуществляется в рамках процесса, в котором сторона соглашения предъявляет требования, основанные на таком соглашении. При этом суд в ходе разбирательства проверяет действительность соглашения, поскольку нарушение вышестоящего права или общих принципов влечет признание соглашения ничтожным²¹.

Соотношение диспозитивных и императивных норм в законодательстве Германии не всегда легко установить, для этого нет однозначного критерия. Суды не-

¹⁷ *Gemäß § 76 AktG, hat der Vorstand die Geschäfte der Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten.*

¹⁸ *Hueck/Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 3, Rn. 25, 19 Aufl. (2010).*

¹⁹ *Mayer, Grenzen von Aktionärsvereinbarungen, MittBay 2006, S. 281 (283).*

²⁰ *Holzborn in: Bürgers/Körber, Heidelberger, Kommentar zum Aktiengesetz, § 136, Rz. 23, 2 Aufl.*

²¹ *Основанием для признания сделки ничтожной в данном случае является § 138 ГГУ, который предусматривает ничтожность при нарушении принципа «добрых нравов». Zöllner in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 47, Rz. 113, 19 Aufl. (2010).*

редко вынуждены при решении конкретного казуса исходить из цели, предмета и метода законодательного регулирования конкретных отношений сторон. Важно при этом понимать, что вещно-правовой (распорядительный) запрет на корпоративном уровне не обязательно влечет за собой признание обязательственно-правового соглашения недействительным. Однако обязательственно-правовые соглашения не должны использоваться для обхода законодательных запретов, например установленных законом ограничений на голосование при наличии конфликта интересов²².

В качестве примера подобного основания можно привести положения германского Закона об АО, который не ограничивает возможность передачи акций, за исключением положений абзаца второго § 68²³. На сегодня понятно, что обязательственное соглашение о предоставлении преимущественного права покупки акций является действительным, хотя формально такое соглашение ограничивает обращение акций АО²⁴. Запрету на ограничение передачи акций придается правовое значение благодаря тому, что в случае нарушения преимущественного права покупки продажа третьему лицу является действительной, так как возможность отчуждения акций, строго говоря, не может быть ограничена. Право на распоряжение акциями не может быть действительным образом ограничено, но акционер может в договорном порядке обязаться этого не делать²⁵. Если такой акционер отчуждает свои акции в нарушение акционерного соглашения, право собственности на них переходит к приобретателю, вместе с тем продавец обязан возместить ущерб сторонам акционерного соглашения, потому что он нарушил обязанность, вытекающую из акционерного соглашения.

Применительно к обществам с ограниченной ответственностью передача доли, которая бы порождала действительный вещно-правовой эффект, напротив, может быть исключена (абзац пятый § 15 германского Закона об ООО), если об этом договорятся участники, но только посредством отражения соответствующих положений об ограничении обращения долей в уставе. От этого требования возможно уклониться, если заключить исключительно обязательственно-правовое соглашение (тогда вещно-правовые ограничения не работают)²⁶. Договор будет иметь только обязательственно-правовые последствия в отношении заключивших его лиц.

²² Trölitersch in: *Ziemons/Jäger, Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, Gesellschaftervereinbarungen*, Rz. 13, Stand 1.6.2012.

²³ *В немецком праве допускается ограничение передачи только именных, зарегистрированных акций согласно § 68 Закона об АО. Вместе с тем большинство акций являются бумагами на предъявителя, ограничение передачи которых не допускается.*

²⁴ *BGH NJW 1994, S. 2536. В конкретной ситуации акционеры обязались в случае выхода из АО предложить свои акции в порядке реализации преимущественного права другим участникам соглашения. Верховный суд признал это условие действительным. Проблема заключалась в том, что цена, предусмотренная в соглашении, была значительно меньше рыночной. При этом Верховный суд посчитал необходимым изменение цены в тех случаях, когда существует значительное расхождение между действительной и установленной в соглашении ценой.*

²⁵ *Mayer, Grenzen von Aktionärsvereinbarungen MittBayNot 2006, S. 281.*

²⁶ *Hueck/Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 15, Rz. 37, 19 Aufl. (2010).*

Средствами только договорного права указанной цели (ограничение вещного эффекта передачи) можно достичь, если акции и доли передаются управляющему (*Treuhänder*), который наделяется полномочиями единоличного собственника, в том числе полномочием по распоряжению ценными бумагами в рамках заключенного с учредителем управления договором²⁷.

Таким образом, в немецком праве существуют довольно широкие возможности для заключения корпоративного договора, при этом такой договор квалифицируется как разновидность гражданско-правового договора, а потому по общему правилу не вторгается в сферу корпоративного права. Правовые последствия, вытекающие из указанного договора, могут иметь то или иное значение для корпорации или ее участников, но немецкие юристы склонны в данном случае применять общие положения обязательственно-правовой доктрины, отработанные на примерах иных (некорпоративных) институтов гражданского права Германии.

2. Условия соглашения и положения устава

- 2.1. В российской доктрине гражданского права, а тем более в судебно-арбитражной практике вопросу о том, как соотносятся условия корпоративного договора с иными нормативными установлениями, до недавних пор уделялось не слишком много внимания. Общим местом стала позиция, установившаяся в судебной практике еще до законодательного закрепления этого института (лето 2009 г.), в силу которой корпоративный договор, противоречащий требованиям закона, может быть признан недействительным полностью или в части как сделка, противоречащая требованиям закона (ст. 168 ГК РФ)²⁸. Однако после получения этим институтом законодательной «прописки» на уровне двух корпоративных законов проблема

²⁷ *О правовой природе Treuhänder в немецком праве см.: Фогель В.А., Шмидт С.Г. Управление способами обеспечения исполнения обязательства в Германии в связи с заключением синдицированного кредитного договора // Закон. 2012. № 2.*

²⁸ *Из новейшей практики применения ст. 168 ГК РФ к акционерным соглашениям можно указать на постановление Федерального арбитражного суда (далее — ФАС) Поволжского округа от 25.05.2011 по делу № А57-7487/2010: ничтожность акционерного соглашения, подписанного в 2010 г., со ссылкой на ст. 168 ГК РФ «как противоречащее ст. 183 ГК РФ» и противоречие Закону об АО, выразившееся якобы в направленности акционерного соглашения на изменение установленного «законодательством РФ порядка и способов управления акционерным обществом», противоречии ст. 48 Закона об АО, п. 4 ст. 32.1 Закона об АО, поскольку стороны распространили действие акционерного соглашения как на ЗАО, так и на его дочерние и зависимые лица; Высший Арбитражный Суд РФ (далее — ВАС РФ) не стал пересматривать это дело, однако по совершенно иному основанию, лишенному какой-либо корпоративной специфики, указав лишь на подписание соглашения неуполномоченным лицом (см. определение ВАС РФ от 04.10.2011 № ВАС-12320/11). См. также решение Арбитражного суда г. Москвы от 24.11.2010 по делу № А40-140918/09-132-894, а также постановления Девятого арбитражного апелляционного суда от 17.02.2011, ФАС Московского округа от 30.05.2011 и определение ВАС РФ от 12.09.2011 № ВАС-10364/11 по тому же делу (так называемое дело ООО «Верный знак»): соглашение участников ООО было признано ничтожным (ст. 168 ГК РФ) по иску одного из участников соглашения, намеревавшегося таким образом создать судебную практику применения новейшего законодательства, при этом суд указал на противоречие соглашения целому ряду императивных норм, включая правила ст. 22, 165, 209, 422 ГК РФ и ст. 8, 9, 21, 28, 33, 34, 35 Закона об ООО. Как видно из текста определения ВАС РФ, именно из-за искусственности и известной постановочности этого дела ВАС РФ не стал углубляться в анализ затронутой в нем корпоративно-правовой проблематики, отказав в передаче дела по формальным мотивам.*

приобрела новые нюансы, при этом внятной позиции, разделяемой большинством правоведов и судами, по поводу более тонких вопросов иерархии норм и положений устава, внутренних документов и корпоративного договора пока не выработано. Сейчас можно вести речь лишь о постановке проблемы в рамках российского правопорядка и ее предварительном решении, предлагаемом в проекте поправок в ГК РФ в рамках проводимой реформы.

Прежде чем подходить к решению вопроса, что может быть отражено в корпоративном договоре, т. е. какие условия в принципе могут содержаться в таком соглашении и не затрагивать положения устава таким образом, что положения соглашения будут признаваться недействующими (недействительными или не порождающими юридически признаваемых обязательств), следует провести «отсечение» на двух уровнях.

Во-первых, подразделение норм корпоративного законодательства на императивные и диспозитивные характерно не только для проблематики корпоративных соглашений, точно так же это подразделение наблюдается применительно к регламентации уставов хозяйственных обществ. Следовательно, в уставе (1) *должны быть* отражены положения, предписанные императивными нормами закона (например, наименование, место нахождения, деление уставного капитала на акции или доли и т. п. — см. минимальный набор требований в п. 3 ст. 11 Закона об АО и п. 2 ст. 12 Закона об ООО, а равно иные положения, в частности об объявленных акциях (п. 3 ст. 28 Закона об АО), о совете директоров ООО, если он создается в ООО (п. 2 ст. 32 Закона об ООО) и др.), и (2) *могут* содержаться положения, в принципе допускаемые корпоративным законодательством, т. е. такие, по которым императивной нормой закона не установлено четкого правила поведения, которые не противоречат общим принципам гражданского права и в известной степени являются реализацией принципа автономии воли сторон, в данном случае воли участников корпоративного образования, согласившихся примерить на себя специальные правила поведения, закрепленные в уставе корпоративного образования.

Соответственно, на этом уровне вопрос соотношения положений устава с одной стороны и условий корпоративного договора с другой стороны — это преимущественно вопрос соотношения императивных и диспозитивных норм корпоративного законодательства. Иными словами, вопрос о том, насколько закон допускает участникам корпоративного образования о чем-то свободно договариваться, не обращая внимания на форматы отношений, предписанные законодателем.

Во-вторых, необходимо различать ситуации, когда отдельные положения в любом случае могут быть отражены только в уставе и нигде больше (притом что закон может допускать конкретное регулирование того или иного вопроса образом, отличным от того, как это вопрос непосредственно описан в законе: например, количество членов совета директоров или коллегиального органа должно быть отражено в уставе, но сколько именно членов будет входить в соответствующий орган — это, за исключением численного состава советов директоров крупных АО, полная дискреция участников корпорации), и ситуации, когда участники могут о чем-то договариваться и вводить для себя правила поведения, отличные от предписаний закона, при этом неважно, где и как эти правила получают от-

ражение²⁹. Примером второй ситуации могут служить положения Закона об АО, допускающие указание количественного состава совета директоров не только в уставе, но и просто в решении общего собрания акционеров (абзац первый п. 3 ст. 66 Закона об АО), а равно положения, допускающие принятие решения об увеличении уставного капитала АО одновременно с внесением изменений в устав по количеству объявленных акций, тем самым увеличение уставного капитала в таком случае начинается в рамках количества объявленных акций, отраженных в решении собрания акционеров, а не в уставе (абзац второй п. 3 ст. 28 Закона об АО).

Здесь соотношение положений устава и условий корпоративного договора заставляет задуматься, может ли в принципе тот или иной вопрос быть отражен только в уставе, только в корпоративном договоре, наконец, что случается при отражении конкретного вопроса в договоре (если он там в принципе может быть урегулирован), когда договор начинает противоречить уставу.

Таким образом, проведя разграничение смысловых пластов, можно подойти к предварительному решению.

Устав корпоративного образования не должен содержать положений, противоречащих императивным нормам закона, а при наличии таких противоречий соответствующие положения устава не должны порождать правовых последствий *ab initio*, за исключением тех, что связаны с их недействительностью (в качестве формального основания такой позиции можно использовать ссылку на п. 1 ст. 167 ГК РФ, если исходить из понимания, что устав есть письменная форма сделки, совершенной учредителями или последующими участниками корпорации). Напротив, за рамками нормативных ограничений, установленных императивными нормами закона, устав может содержать какие угодно положения, не противоречащие общим принципам гражданского права.

Вопрос о непротиворечии корпоративного соглашения императивным нормам корпоративного и общегражданского законодательства оказывается уже не таким однозначным. Казалось бы, можно ограничиться крайне формальным подходом и утверждать, что, коль скоро договор как любая иная сделка не должен противоречить требованиям закона, под страхом ничтожности (ст. 168 ГК РФ) корпоративный договор не может противоречить императивным нормам закона. Но одно дело, когда такой договор противоречит фундаментальным общегражданским принципам (существенный порок воли, нарушение норм охранительных отраслей законодательства), и другое — когда в договор участников включаются положения хотя бы и противоречащие нормам исключительно корпоративного законодательства, но при этом не нарушающие права других участников корпорации и предполагающие лишь уплату оговоренной в соглашении денежной суммы. Должно ли в последнем случае такое соглашение признаваться недействительным (полно-

29

Эта проблема имеет продолжение и не ограничивается только парой «устав — корпоративный договор». Она намного шире и может быть сформулирована как проблема соотношения четырех уровней регулирования внутрикорпоративного образования: устав — внутренний регламент (внутренние положения или внутренние документы АО) — корпоративный договор — решения участников, имеющие «нормативное» значение.

стью или в части)?³⁰ Если корпоративному договору отказывать (как это нередко делают отдельные ученые в России) в каком-либо корпоративном эффекте, т. е. в возможности конституировать внутреннюю структуру корпорации, состав и компетенцию ее органов через такое соглашение, то почему бы не допускать *действительных* гражданско-правовых обязательств из такого договора?

Если сделка, договор участников корпорации, обязательна только для ее сторон, а права других лиц (внутри корпорации — ее иных участников, а также самой корпорации) не нарушаются корпоративным договором, содержащим самые причудливые положения, то почему такой договор должен быть недействительным, даже если он противоречит тем или иным императивным нормам корпоративного законодательства? Высокая императивность корпоративного законодательства — следствие повышенной заботы законодателя о правах и законных интересах множества лиц, вовлеченных в деятельность корпорации, главным образом участников корпорации и ее кредиторов. Между тем если корпоративный договор, заключенный всеми или частью участников корпорации, формально противоречащий императивной норме корпоративного закона, тем не менее не нарушает прав других участников, не участвующих в таком договоре, или прав кредиторов корпорации, то должен ли он все равно признаваться недействительным? К сожалению, российская доктрина и судебно-арбитражная практика пока не дали четкого ответа на этот вопрос. Однако даже если со временем российский правопорядок придет к безусловной ничтожности корпоративных договоров, противоречащих любым императивным (а не только так называемым сверхимперативным) нормам закона, то останется нерешенным последний вопрос. Может ли корпоративный договор, противоречащий императивным нормам корпоративного закона, а оттого изначально недействительный, хотя бы и в соответствующей части, порождать тем не менее натуральное обязательство, т. е. быть не обеспеченным судебной защитой, но допускать возможность существования до той поры, пока стороны добровольно исполняют принятые на себя обязательства? К сожалению, на этот вопрос однозначного ответа также пока не выработано.

В отсутствие устоявшейся судебно-арбитражной практики по затронутому вопросу можно предположить, что не всякое формальное противоречие императивной норме корпоративного закона будет означать недействительность соответствующей

³⁰ В этой связи чрезвычайно сложно понять логику судов, которые в конкретном деле (постановление ФАС Поволжского округа от 25.05.2011 по делу № А57-7487/2010) указали на ничтожность акционерного соглашения, заключенного двумя акционерами ЗАО, которым в совокупности принадлежало 100% голосующих акций, когда суды среди прочего указали на то, что такое соглашение «направлено на изменение установленного законодательством Российской Федерации порядка и способов управления акционерным обществом. Соглашение... не является договором акционеров об осуществлении прав, удостоверенных акциями, и (или) об особенностях осуществления акционерами прав на акции. Соглашение направлено на принятие акционерами решений, отнесенных статьей 48 Закона об акционерных обществах к компетенции высшего органа управления акционерным обществом — собрания акционеров, без соблюдения установленного главой VII Закона об акционерных обществах порядка принятия таких решений и на создание не предусмотренного уставом органа управления общества — временной администрации, чьи функции передаются органу управления акционера — АО». Да, формально в указанном деле акционеры договорились о чем-то, что нарушает нормы корпоративного законодательства о компетенции общего собрания акционеров, точнее о процедуре созыва и проведения собраний. Однако с учетом того, что это была закрытая корпорация (ЗАО), а никаких иных акционеров внутри ЗАО, кроме лиц, участвующих в акционерном соглашении, там не было, сложно понять, чьи же законные интересы были нарушены таким формальным нарушением корпоративной законности.

шего положения корпоративного договора, совершенного по российскому праву. Вероятно, со временем практика судов или законодатель придут к тому, что лишь противоречие наиболее фундаментальным основам корпоративного законодательства, нашедшим отражение в конкретных императивных нормах закона (например, об учете интересов кредиторов при реорганизации или ликвидации), образует ничтожность корпоративного договора, в остальном такой договор порождает только денежное обязательство, связывающее его стороны.

В части соотношения положений устава и корпоративного договора, когда не стоит проблема соотношения императивных и диспозитивных норм, регулирующих содержание конкретных корпоративных отношений, уже сейчас, видимо, можно попытаться найти решение исходя из системного толкования законодательства.

Поскольку корпоративное законодательство в обязательном порядке предписывает, что минимальный набор сведений, конструирующих корпоративное образование, должен быть отражен именно в уставе корпоративного образования (п. 3 ст. 11 Закона об АО и п. 2 ст. 12 Закона об ООО), из этого следует ряд очевидных практических выводов применительно к российскому правопорядку:

- 1) положения, перечисленные в названных нормах закона, должны быть отражены в уставе; если этого не сделано, то отражение таких положений в любом ином документе (корпоративном договоре, внутреннем регламенте, решении участников корпорации) не восполняет пробел, а потому не должно стимулировать неисполнение требований закона по содержанию устава и допускать перенос их из устава в иные документы³¹;
- 2) любые иные положения, императивным образом не предписанные к отражению исключительно в уставе корпорации, видимо, могут как включаться в устав, так и не быть отраженными в нем, но при этом могут найти закрепление в иных документах, принимаемых в связи с деятельностью корпорации, в том числе в корпоративном договоре;
- 3) по тем позициям, где отражение их в уставе не обязательно в силу требований закона, они могут быть отражены только в корпоративном договоре (это, впрочем, не исключает отражение их в уставе; другой вопрос, что в уставе их в таком случае можно отражать только тогда, когда нет противоречия с корпоративным договором, иначе подобное разночтение может иметь негативные практические последствия);

³¹ Более того, включение таких положений, в обязательном порядке подлежащих включению именно в устав в силу требований закона, только в акционерное соглашение, а равно включение в соглашение положений, противоречащих уставу, если они должны быть отражены именно в уставе, может привести к тому, что корпорация не только не будет иметь надлежащего устава, но и действительность корпоративного соглашения также будет поставлена под сомнение (см. постановление Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 16.11.2010 по делу № А57-7487/2010: «...акционерное соглашение не может изменять (дополнять) положения Устава ЗАО и противоречить нормам права, регулирующим правоотношения в области создания, управления акционерных обществ, в том числе и Федерального закона «Об акционерных обществах», и решение Арбитражного суда Саратовской области от 07.09.2010 по тому же делу, а также процитированное выше постановление ФАС Поволжского округа от 25.05.2011 по этому делу, которым судебные акты оставлены в силе. Схожая позиция представлена в решении Арбитражного суда г. Москвы от 24.11.2010 по делу № А40-140918/09-132-894).

- 4) в случае наличия в уставе и корпоративном договоре положений, противоречащих друг другу, когда такое положение в принципе не обязательно к отражению именно в уставе, приоритет, видимо, должен определяться исходя из совокупности двух условий приоритета. По времени: приоритет должны иметь положения более актуальные (недавние договоренности должны превалировать над более ранними). По доле корпоративного контроля: для тех лиц, на кого простирается действие устава, и лиц, являющихся стороной корпоративного договора, приоритет должны иметь положения, принятые (согласованные) бóльшим количеством участников в сравнении с меньшим (договоренности всех участников должны превалировать над тем, что решило простое или квалифицированное большинство);
- 5) о недействительности сделки, совершенной корпоративным образованием в лице органа, полномочия которого ограничены участниками, о возврате от приобретателя в натуре доли в уставном капитале ООО, отчужденной с нарушением ограничений на обращение, согласованных участниками, наконец, о недействительности сделок с акциями или долями, совершенных в нарушение ограничений, согласованных участниками, по общему правилу можно ставить вопрос лишь тогда, когда такие ограничения находят отражение в уставе (хотя бы в общем виде, а затем развиваются в корпоративном договоре); закрепление перечисленных ограничений исключительно в корпоративном договоре по общему правилу делает невозможным применение указанных средств защиты, кроме вопроса о недействительности сделки, когда будет доказано, что приобретатель знал или должен был знать о наличии ограничений (ст. 174 ГК РФ), что в случае с корпоративным договором, обычно имеющим конфиденциальный характер, на практике означает полную неприменимость правил ст. 174 ГК РФ.

Таким образом, корпоративный договор по общему правилу должен соответствовать уставу или хотя бы не противоречить ему по тем позициям, которые в силу закона должны быть отражены в обязательном порядке. В остальной части корпоративный договор подчиняется общему принципу свободы договора. Вопрос, порождает ли какие-либо обязательства такой договор в случае противоречия императивным нормам корпоративного законодательства, остается открытым. Во многом схожая картина наблюдается и в проекте поправок, предлагаемых к принятию в ГК РФ.

Так, предлагается указать в п. 4 ст. 66.3 ГК РФ в редакции Проекта, что для *непубличных* хозяйственных обществ путем принятия единогласного решения всеми участниками (для договора — путем заключения корпоративного договора всеми участниками такого общества) в договор могут быть включены положения, не обязательные к отражению в уставе (список см. в п. 5 ст. 52 ГК РФ, п. 3 ст. 11 Закона об АО и п. 2 ст. 12 Закона об ООО). Видимо, если по этим же положениям иное регулирование будет отражено в уставе, то договор в данном случае как соглашение, совершенное всеми участниками единогласно, должен иметь приоритет над уставом.

Более того, в силу п. 6 ст. 67.2 ГК РФ в редакции Проекта стороны корпоративного договора не вправе ссылаться на его недействительность в связи с его противоречием положениям устава хозяйственного общества. Это вполне логично, если Проект декларирует в качестве принципа, что «корпоративный договор не созда-

ет обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон (статья 308)» (п. 4 ст. 67.2).

Наконец, Проект лишь развивает логику ст. 174 ГК РФ, которая была отмечена выше, поскольку в абзаце втором п. 5 ст. 67.2 предусматривает, что сделка, заключенная стороной корпоративного договора в нарушение этого договора, может быть признана судом недействительной по иску участника корпоративного договора, если другая сторона сделки знала или должна была знать об ограничениях, закрепленных в корпоративном договоре. Проект даже делает шаг вперед по сравнению с действующим регулированием (абзац второй п. 4 ст. 32.1 Закона об АО)³² в части последствий нарушения договора, распространяя по сути ту же логику и на решения собраний участников корпорации: нарушение корпоративного договора может быть согласно Проекту основанием для признания недействительным решений органов хозяйственного общества по иску стороны данного договора при условии, что (1) на момент принятия органом хозяйственного общества соответствующего решения сторонами корпоративного договора являлись все участники хозяйственного общества, а (2) признание решения органа недействительным не нарушает права и охраняемые законом интересы третьих лиц (абзац первый п. 5 ст. 67.2 Проекта). Тем самым, не смещая акцентов в вопросах доказывания, законодатель продолжает системно развивать ту логику, которая уже прослеживается в правовом регулировании.

Резюмируя, можно сказать, что российский правопорядок ориентирует участников оборота на включение в устав минимального набора сведений и положений, которые конструируют как «лицо корпорации» (ее наименование, место нахождения, наименование органов), так и ее внутреннюю структуру (состав и компетенция органов управления), наиболее принципиальные ограничения по обращению акций. Устав в силу требования публичности превращается в конституцию, по которой надлежит жить конкретной корпорации, а также документ, в принципе доступный для каждого. Любое третье лицо, вступающее в отношения с корпорацией (как контрагент по хозяйственной операции, так и лицо, вступающее в число участников корпорации), по общему правилу не может ссылаться на незнание устава, если в нем содержатся те или иные ограничения полномочий органа корпорации или ограничения на обращение акций (долей). Тем самым устав может иметь правовое значение для всех третьих лиц. Напротив, корпоративному договору отводится вторичная роль по отношению к уставу, во многом его функция — развивать и дополнять положения устава, а в силу известной секретности такого договора, его сокрытия от взоров третьих лиц ограничения,

32

Указанная норма Закона об АО в действующей редакции прямо предусматривает, что нарушение акционерного соглашения не может являться основанием для признания недействительным решений органов АО. Между тем в судебной-арбитражной практике есть дело, где ставился вопрос о признании недействительным решения общего собрания акционеров АО в связи с якобы имевшим место нарушением акционерного соглашения. Однако в иске было отказано не столько потому, что истец не обратил внимания на абзац второй п. 4 ст. 32.1 Закона об АО, сколько по причине того, что акционерное соглашение было заключено после проведения соответствующего собрания, а потому, как указал арбитражный суд, такое соглашение не распространяется на ранее совершенные корпоративные акты (см. постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 17.06.2011 № 15АП-4773/2011 и решение Арбитражного суда Краснодарского края от 10.03.2011 по делу № А32-26592/2010). По сути, это дело прекрасно иллюстрирует ограничения, заложенные в Проекте, в части оспаривания корпоративных актов, противоречащих акционерным соглашениям.

проистекающие из такого договора, обычно обязательны для его сторон, но не порождают (пока не доказано иное по правилам ст. 174 ГК РФ) правовых последствий для иных лиц (других участников, в нем не участвующих, и контрагентов корпорации).

С практической точки зрения наиболее оптимальной представляется структура корпоративных документов хозяйственного общества, при которой между уставом и корпоративным договором не будет явных противоречий, при этом в устав будут включаться положения самого общего свойства по перечню, требуемому законом, и имеющие «выход на третьих лиц», а уже на уровне корпоративного договора они бы развивались самым детальным образом и обставлялись конкретными имущественными санкциями за нарушение обязательств, принятых тем или иным участником корпорации.

- 2.2. В немецком праве вопрос о соотношении положений устава и условий соглашений участников в первую очередь определяется по содержанию достигнутых договоренностей. Выделяют правила, которые могут быть отражены только в уставе, и правила, которые могут быть закреплены в уставе без признания за ними статуса положения устава в материальном смысле, но которые также могут быть закреплены в соглашении участников за рамками устава. К первой группе принадлежат положения, которые в силу закона обязательно или факультативно закрепляются в уставе³³. Ко второй группе относятся все другие договоренности участников³⁴. При наличии такого четкого разделения условий на две группы проблема возникновения противоречий между уставом и соглашением участников за рамками устава встает на практике редко, так как по большинству вопросов о том, допустимо ли иное регулирование за рамками устава или нет, уже есть четкие решения. Недопустимость соглашения участников следует в первую очередь из того, что конкретное правило должно содержаться в уставе. Поэтому участники посредством заключения соглашения не могут в последующем изменить положения устава, которые подлежат обязательному закреплению именно в уставе.

Из этого различия с одной стороны положений устава, а с другой стороны соглашений участников следует, что нарушение участниками их соглашения не имеет принципиального значения для корпоративного правоотношения. Вместе с тем Верховный суд Германии допустил исключения из этого правила, когда все участники одновременно подписали соглашение³⁵. Правда, в литературе оспаривается предложенный судебной практикой подход и отмечается, что через частное (контрактное по своей сути) взаимодействие отдельных или всех участников хозяй-

³³ В случае ООО обязательное содержание устава определяется в абзаце первом § 3 Закона об ООО, факультативное в том числе в абзаце втором § 3, абзаце четвертом § 5, абзаце пятом § 15, абзаце первом § 26, абзаце первом § 34, абзаце первом § 52 GmbHG. Hueck/Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 3, Rz. 25, 19 Aufl. (2010).

³⁴ Так называемые обязательно-правовые дополнительные соглашения могут касаться осуществления права голоса, права выкупа, гарантийных заявлений, обязательств о дополнительных вкладах, соглашений об определении состава управляющих органов. Roth in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 3, Rz. 55 ff; Trölitzsch in: Ziemons/Jäger, Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, Gesellschaftervereinbarungen, Rz. 4, Stand 1.6.2012.

³⁵ BGH NJW 1983, 1910; Zöllner in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 47, Rz. 118, 19 Aufl. (2010).

.....

ственного общества существует политико-правовая опасность возникновения своего рода второго правопорядка, который может перекрыть существующий порядок, установленный уставом³⁶.

Устав немецкого хозяйственного общества принципиально может быть изменен только при соблюдении определенного процесса, который обеспечивает раскрытие его изменений. Поэтому так называемые фактические изменения устава, т. е. изменения, не доведенные до сведения третьих лиц в рамках предписанной законом процедуры, как правило, недействительны. Следовательно, недействительны также соответствующие договоренности участников. Вместе с тем судебная практика допускает исключения из этого правила, но только тогда, когда, несмотря на нарушение устава, участник, права которого так или иначе затронуты фактическим изменением, не вправе ссылаться по отношению к другим участникам на недействительность, так как в противном случае такой участник вел бы себя противоречиво, поскольку ранее выразил согласие с фактически произведенным изменением, нашедшим отражение в соглашении, а затем сам же сослался на его недействительность из-за формального несоблюдения процедуры изменения устава³⁷.

Проблема соотношения соглашений участников и устава возникает также в связи с вопросом о том, насколько положения законодательства или положения устава могут быть обойдены посредством заключения соглашения участников.

Так, в конкретном деле речь шла о том, что участники, которые в совокупности владели больше чем $\frac{3}{4}$ долей, прежде чем провести собрание между собой, согласовали свое поведение при голосовании. Однако при проведении общего собрания один из участников не стал придерживаться достигнутых договоренностей и проголосовал против решения, ранее принятого участниками (контрактным путем). Участники в ходе искового производства потребовали возмещение убытков от участника, который нарушил договоренности сторон.

Ответчик возражал, ссылаясь на то, что принятое простым большинством голосов решение является недействительным и поэтому недействительным является ранее достигнутое соглашение участников, так как в соответствии с Законом об АО для принятия такого решения необходимо квалифицированное большинство — $\frac{3}{4}$ голосов.

Верховный суд Германии посчитал такое голосование на общем собрании действительным, так как участник в своем поведении на собрании не был связан соглашением, но вместе с тем указал, что соглашение об осуществлении права голоса также являлось действительным, а потому участник, проголосовавший на собрании иным образом, фактически нарушил свои обязанности. В связи с этим в порядке проверки судебных актов нижестоящих судов Верховный суд Германии не удовлетворил требование о признании недействительным решения общего собрания, но вместе с тем предписал нижестоящему суду проверить, не нарушало ли поведение боль-

³⁶ Ulmer, *Verletzung schuldrechtlicher Nebenabreden als Anfechtungsgrund im GmbH-Recht NJW 1987, 1849.*

³⁷ *OLG Hamm GmbHR 1994, 256.*

шинства участников концепцию «верности»³⁸. Тем самым Верховный суд Германии подтвердил, что нарушение обязательно-правовых соглашений в отношениях между участниками не влияет на корпоративные отношения. Следовательно, когда участник не придерживается ранее достигнутого соглашения, заключенного между участниками, и свое право голоса осуществляет иначе, такое нарушение не влияет на действительность голосования по отношению к обществу³⁹.

Главным аргументом в защиту этого мнения в немецком праве является тезис о том, что при ином подходе место и значение устава в системе корпоративного права будет разрушено. Иными словами, устав можно было бы изменить без того, чтобы были выполнены необходимые предпосылки. Соответственно, только нарушение устава или закона способно привести к оспоримости решений участников. При таком подходе могут эффективно защищаться третьи лица, так как устав доступен общественности. Участникам не возбраняется закрепить важные для них правила в уставе. Если они этого не делают, поскольку считают, что его известность навредит сторонам, они должны нести все невыгодные последствия, в том числе и то, что они не вправе обжаловать решения, вступившие в силу в результате нарушения участниками своих обязательств в рамках их соглашения.

Вместе с тем, по мнению Верховного суда Германии, существует исключение, закрепленное в одном из его ранних решений, когда *все участники общества* связаны посредством заключения соглашения⁴⁰. Исходя из этого лишение или ограничение отдельных прав участников общества по соглашению между ними допускается только в отношении решений общества, не затрагивающих правовой статус совершившего правонарушение участника⁴¹.

В основу решения суда были положены следующие обстоятельства дела⁴². *А, В и С* являлись участниками «*X-общества с ограниченной ответственностью*». Каждый из участников был вправе самостоятельно действовать от имени общества. В уставе общества не было положений об отзыве такого полномочия. Вместе с тем *А, В и С* при создании общества совместно приняли несколько решений (договоренностей), которые не были включены в устав. В том числе была договоренность, что для отзыва полномочия у участника действовать от имени общества ввне необходимо единогласное решение. В начале 2000 г. *А, В и С* окончательно рассорились. Без указания на какое-либо конкретное важное основание *А и В* решили (несмотря на противоположное мнение *С*) отозвать у *С* указанное полномочие, что в соответствии с законом было правомерно. *С* оспорил это решение других участников.

В комментарии к решению отмечается, что собрание участников выполнило положения устава. Соглашения участников имеют чисто обязательно-правовой,

³⁸ BGH NJW 2009, 669 — ‚Schutzgemeinschaft II‘, dazu Schäfer, *Mehrheitserfordernisse bei Stimmrechtskonsortien*, ZGR 2009, 768.

³⁹ Hüffer, *Aktiengesetz*, § 133, Rn. 26, RGZ 116, 386; BGH NJW 1983, 1910.

⁴⁰ BGH NJW 1987, S. 1890.

⁴¹ BGHZ 20, 263.

⁴² BGH, NJW 1983, 1910; 1987, 1890.

а не организационно-правовой характер. Отданные с нарушением соглашения участников, по сути не нашедшего отражения в уставе, голоса являются действительными⁴³. Следовательно, основания для оспаривания решения нет.

Несмотря на это, Верховный суд Германии разрешил оспаривание этого решения участников. В мотивировочной части суд отмечает, что при дословном толковании соглашения получалось, что каждый участник / генеральный директор мог воспрепятствовать своему снятию с должности. Поскольку такое толкование не может иметь место, Верховный суд Германии придал иное содержание этому соглашению, опираясь на законодательную конструкцию абзаца второго § 38 Закона об ООО, согласно которой снятие с должности возможно при наличии важной причины. Рассуждая строго формально, суду следовало бы сказать, что указанное соглашение не имеет юридического эффекта, коль скоро данное условие в нарушение абзаца второго § 38 Закона об ООО не было включено в устав. Однако Верховный суд Германии разрешил спор по-другому. Он посчитал, что в данном деле имела место иная ситуация, поскольку все участники подписали соглашение. И в этом случае участники должны придерживаться достигнутых между собой договоренностей. К тому же снятие с должности касается только внутренних правоотношений. Во внешних отношениях значение имеет только то, кто зарегистрирован в реестре в качестве генерального директора. Таким образом, Верховный суд Германии придал обязательственно-правовому соглашению правовой эффект уже на корпоративном уровне со всеми связанными с этим процессуальными последствиями.

Помимо этого, суд указал, что экономически целесообразнее признать решение оспоримым, чем возлагать на участников обязанность принять отменяющее решение в соответствии с их соглашением. В обоснование суд указал на то, что подача голоса представляет собой волеизъявление, принудительное исполнение возможно в соответствии с § 894 Гражданского процессуального кодекса Германии (далее — ГПК Германии)⁴⁴, т. е. посредством замены волеизъявления судебным решением.

В немецкой юридической литературе, однако, нет единства мнений по вопросу о том, следует ли придерживаться правовой позиции, нашедшей отражение в названном решении Верховного суда Германии⁴⁵. Так, отмечается, что подобная судебная практика как бы поворачивает в обратную сторону основополагающее значение законодательства об обществах с ограниченной ответственностью: не устав, а обязательственно-правовые соглашения становятся значимыми для правоотношений в рамках общества. Указанное решение суда по сути открывает возможность изменять устав без соблюдения предусмотренных законом предпосылок и процедур. Догматически более последовательным в рамках немецкого права представляется придавать соглашениям участников только обязательственно-правовое значение и в случае их виновного нарушения предоставлять другим участникам право на возмещение убытков вместо исполнения обязательства в натуре, т. е. го-

⁴³ *Zöllner in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 47, Rn. 118, 19 Aufl.*

⁴⁴ *BGH, NJW 1967, 1963 (1965).*

⁴⁵ *Одобряющее мнение: Roth in: Altmeppen/Roth, GmbHG, § 3, Rz. 53, 7 Aufl. (2012).*

лосования, как это предусмотрено в соглашении⁴⁶. Оспоримость решений собраний участников должна быть возможна только в самом крайнем случае при грубом злоупотреблении.

Следует отметить, что указанное решение остается на сегодня единственным. Однако в его пользу говорит то, что вопрос о снятии генерального директора касается внутренних правоотношений и не затрагивает отношения с участием третьих лиц.

В случае с акционерным обществом при прочих равных обстоятельствах следует прийти к тому же выводу, так как и здесь предусмотрены положения в уставе, которые дополняют закон и не входят с ним в противоречие⁴⁷. Вместе с тем необходимо отличать такие дополнения к уставу от собственно соглашения акционеров, которые, как и в случае с ООО, как правило, действительны⁴⁸.

При сравнении российского и немецкого права следует признать, что немецкие суды в большей мере признают юридически действительными соглашения участников акционерного общества и общества с ограниченной ответственностью в сравнении с российским правопорядком. Причиной этого служит четкое различие правоотношений, складывающихся между сторонами корпоративного соглашения с одной стороны и правами и обязанностями данных лиц в качестве участника общества с другой стороны. Если ограничивать действие соглашения участников только в отношении лиц, их заключивших, избегается проблема вторжения (соотношения) соглашения с нормами законодательства и положениями устава. Вместе с тем граница подобного соотношения пролегает там, где закон или устав содержит императивные предписания для защиты участников или третьих лиц. Это означает, что правовые последствия нарушения соглашения участников состоят, как правило, в обязательстве по возмещению убытков другим участникам соглашения и не влияют на корпоративно-правовые отношения.

От своего законного права на оспаривание решения общего собрания участник не вправе отказаться. В связи с этим соглашения об установлении договорной неустойки в размере, фактически исключающем реализацию участником данного права, не допускаются.

Что касается регулирования внутренней структуры общества, то следует отметить, что структура акционерного общества в Германии в значительной степени установлена императивными нормами. Изменение их в уставе невозможно⁴⁹. Иначе обстоит дело с обществом с ограниченной ответственностью: здесь участники

⁴⁶ *Ulmer, Verletzung schuldrechtlicher Nebenabreden als Anfechtungsgrund, NJW 1987, 1849. Основанием для требования о возмещении убытков вместо исполнения обязательства ввиду наступившей невозможности его исполнения после заключения договора по вине должника являются положения § 281, 283, 275 ГГУ.*

⁴⁷ *Согласно абзацу пятому § 23 германского Закона об АО устав может содержать иные правила, чем настоящий закон постольку, поскольку это прямо предусмотрено. Дополняющие положения устава допустимы, за исключением случаев, когда закон содержит окончательное регулирование.*

⁴⁸ *Hüffer, AktG, § 23, Rz. 45, 9 Aufl. (2010).*

⁴⁹ *Немецкое право, в отличие от российского, признает возможность предусмотреть в уставе право назначения членов совета директоров вне зависимости от доли участия (§ 101 германского Закона об АО).*

в большей мере самостоятельно определяют структуру общества⁵⁰. Соответствующие положения должны отражаться в уставе для того, чтобы быть доступными публике.

3. Стороны договора, положение хозяйственного общества в связи с заключением соглашения

3.1. Действующее российское законодательное регулирование корпоративных договоров стало в известной мере компромиссом двух противоположных позиций, которые были обозначены в ходе разработки и принятия поправок в 2009 г. Разногласия по поводу того, кто может быть стороной корпоративного договора, относились тогда к числу наиболее острых противоречий, однако в конце концов была принята версия, при которой только акционеры (участники) корпоративного образования могут быть стороной такого договора. Хотя корпоративные законы прямо не говорят, что само общество или третьи лица, не являющиеся участниками корпорации, не могут быть стороной такого договора, но памятуя о тех концептуальных спорах, которые шли при принятии поправок в оба закона, а также, принимая во внимание, буквальный текст закона (ср. п. 2—4 ст. 32.1 Закона об АО и первое предложение п. 3 ст. 8 Закона об ООО), нужно признать, что в настоящее время само хозяйственное общество не может быть полноправной стороной такой договора (может ли оно быть лишь управомоченным, но не обязанным лицом — тоже вопрос), равно как и третьи лица, не являющиеся участниками корпорации. В акционерном законодательстве также содержится еще более странное, если не сказать удивительное по своей топорности ограничение: акционер, заключающий акционерное соглашение, должен заключить его в отношении всего пакета акций, принадлежащих такому лицу.

Соответственно, по действующему российскому законодательству лицо, не обладающее ни одной акцией или долей в уставном капитале ООО, а равно само корпоративное образование, по поводу участия в котором заключается такое соглашение, не могут быть стороной корпоративного договора.

Между тем практические потребности коммерческого оборота нередко предполагают, что хозяйственное общество должно выступать стороной такого соглашения. Например, для того, чтобы органы, производные от общего собрания акционеров (участников) через общество, участвующее в таком соглашении, были обязаны исполнять принятые акционерами (участниками) решения. Как правило, общество может быть стороной или договора, в котором участвуют все участники корпорации (тогда не возникает проблемы притеснения иных участников, не участвующих в договоре, их просто нет в такой модели), или договора, в котором участвуют хотя бы и не все участники, но по которому общество получает лишь права и не несет обязанностей перед иными сторонами договора (в противном случае права иных участников корпорации, не участвующих в договоре, могли бы быть нарушены в пользу сторон договора).

⁵⁰

§ 45 германского Закона об ООО: (1) права, предоставляемые участникам в делах общества, в частности в отношении заключения сделок, а также их реализации, определяются в соответствии с учредительным договором (уставом), поскольку иное не установлено законодательными положениями; (2) в отсутствие специальных положений учредительного договора (устава) применяются положения § 46 bis 51 Закона об ООО.

Другим примером востребованности на практике того, чтобы в корпоративном договоре участвовали иные лица, не являющиеся участниками корпорации, служат ситуации, когда общество привлекает существенные кредитные ресурсы, сравнимые со стоимостью всего его бизнеса: у кредитора (как правило, коммерческого банка) есть вполне легитимный интерес обеспечить свои интересы среди прочего получением права вето при принятии участниками ряда ключевых решений, влияющих на судьбу корпорации, например права блокировать принятие решения о реорганизации, ликвидации корпорации, совершении одной или нескольких сделок, направленных на отчуждение всех или основной части активов корпорации. Причем это может быть как стандартный коммерческий кредит, так и совместное предприятие или проектное финансирование — во всех подобного рода институтах может быть востребован корпоративный договор, дающий право голосования по отдельным вопросам неучастникам корпорации или допускающий непропорциональное (пакетам акций или долям в уставном капитале) распределение голосов между существующими участниками.

К сожалению, и в том и в другом случае российский закон не дает в настоящее время гибких инструментов, которые бы отвечали запросам коммерческой практики. В очередной раз отечественный законодатель, не делая никаких различий между гражданами и коммерсантами, вместо того, чтобы развивать строгое законодательное регулирование несправедливых контрактных условий, проводит предельно жесткую патерналистскую политику, не позволяя коммерсантам самим решать, каким образом вести бизнес в рамках корпоративного образования.

По поводу статуса хозяйственного общества, в связи с участием в котором заключается корпоративный договор, следует упомянуть еще об одном ограничении. В российском Законе об АО (п. 2 ст. 32.1) можно обнаружить ограничение, известное германскому законодательству: предметом акционерного соглашения не могут быть обязательства голосовать в соответствии с указаниями органов управления общества, в отношении акций которого заключено акционерное соглашение. Для ООО такого ограничения не предусмотрено действующим законодательством.

В готовящихся в настоящее время поправках в ГК РФ делается небольшой шаг в сторону некоторой либерализации по вопросу о том, кто может быть стороной корпоративного договора. Так, для лиц, не являющихся участниками корпоративного образования, т. е. не имеющих акций или долей в уставном капитале, предлагается предоставить возможность участвовать в корпоративном договоре, но при условии, что у таких лиц имеется охраняемый законом интерес, для защиты которого лицо присоединяется к договору, например кредитор, который таким образом пытается усилить свою позицию⁵¹.

⁵¹ Пункт 8 ст. 67.2 ГК РФ в редакции Проекта гласит следующее: «Кредиторы общества и иные третьи лица могут заключить договор с участниками хозяйственного общества, по которому последние в целях обеспечения охраняемого законом интереса таких третьих лиц обязуются осуществлять свои корпоративные права определенным образом или воздерживаться (отказаться) от их осуществления, в том числе голосовать определенным образом на общем собрании участников общества, осуществлять иные действия по управлению обществом, приобретать или отчуждать доли в его уставном капитале (акции) по определенной цене и (или) при наступлении определенных обстоятельств либо воздерживаться от отчуждения доли (акций) до наступления определенных обстоятельств. К такому договору соответственно применяются правила о корпоративном договоре».

В Проекте однозначно решается вопрос, могут ли заключать корпоративный договор учредители корпорации до момента ее государственной регистрации, ведь, строго говоря, пока нет зарегистрированного корпоративного образования, нет и того, по поводу чего необходимо заключать такой договор⁵². В соответствии с п. 9 ст. 67.2 ГК РФ в редакции Проекта правила ГК РФ о корпоративном договоре будут применяться к соглашению о создании хозяйственного общества, если иное не установлено законом или не вытекает из существа отношений, что на деле означает возможность заключать корпоративный договор и до формального возникновения корпорации.

По вопросу участия самой корпорации в корпоративном договоре Проект не дает каких-либо послаблений или изменений, даже в отношении непубличных корпораций или корпоративных договоров, в которых участвуют все участники корпорации.

Проект (п. 1 ст. 67.2 ГК РФ в редакции Проекта) также повторяет норму, ранее заимствованную из немецкого права, что такой договор не может обязывать его участников голосовать в соответствии с указаниями органов общества, по поводу акций (долей в уставном капитале) которого он заключен.

Таким образом, можно резюмировать, что текущее состояние российского корпоративного законодательства в части того, кто может быть стороной корпоративного договора, отличается половинчатостью и излишней зарегулированностью. При этом хозяйственному обществу, по поводу акций или долей которого заключается соответствующий договор, отказывается в возможности выступать его стороной во всех случаях, даже когда в договоре участвуют все участники корпорации или когда общество получает лишь права, но не обременяется какими-либо обязательствами по отношению ко всем или части участникам.

- 3.2. Немецкое право исходит из того, что соглашение участников корпоративного образования зачастую направлено или предопределяет процесс формирования воли хозяйственного общества. Поэтому сторонами такого соглашения являются, как правило, участники общества. Однако в Германии признана возможность заключения подобных договоров с участием третьих лиц, даже когда эти договоры призваны создать для последних возможность оказывать влияние на деятельность общества⁵³. Побудительным мотивом для закрепления такой конструкции служит стремление участников к обеспечению равновесия их интересов, связанных с деятельностью общества. В связи с этим круг лиц, которые могут выступать в качестве возможных сторон соглашения, в немецком праве в общем виде не ограничен. Практическое значение придается таким соглашениям при принятии в общество финансовых инвесторов, которые при помощи соответствующих договорных правил хотят обезопасить свои инвестиции⁵⁴.

⁵² Действующая редакция Закона об ООО (первое предложение п. 3 ст. 8) однозначно указывает на то, что учредители ООО, а не только его последующие участники могут заключать такой договор; в акционерном законе этот вопрос сейчас не урегулирован, буквально Закон об АО говорит только об акционерах.

⁵³ BGH NJW 1983, 1910, 1911, 1987, 1890, 1892; OLG Köln WM 1988, 974, 976; OLG Koblenz NJW 1986, 1692. Zöllner in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 47, Rz. 113, 19 Aufl. (2010).

⁵⁴ Weitnauer, Der Beteiligungsvertrag, NZG 2001, 1065; Maidl/Kreifels, Beteiligungsverträge und ergänzende Vereinbarungen NZG 2003, 1091.

Отдельные ограничения для заключения соглашений участников с третьими лицами устанавливаются там, где третьему лицу предоставляется всеобъемлемое, ничем не ограниченное право определять поведение участников общества⁵⁵. Недействительность такого соглашения основывается на принципе запрета самоустранения от участия в делах общества⁵⁶, а также на принципе взаимосвязанности права голоса с долей участия в имуществе общества § 717 ГГУ.

В литературе, правда, существует устойчивое мнение о недействительности таких соглашений. Его сторонники считают, что признание Верховным судом Германии допустимости принудительного исполнения соглашения участников в соответствии с § 894 ГПК Германии открывает для третьих лиц ничем не обусловленную возможность влиять на принятие решений в хозяйственном обществе, что противоречит принципу самодостаточности органов управления общества⁵⁷.

Участие самого общества в корпоративном договоре в немецком праве вовсе не исключено. При этом речь идет по сути о договорах между обществом и его участниками и (или) третьими лицами, для которых действуют общие правила. Однако следует учитывать запрет на прямое *или* косвенное влияние органов управления на решения участников (§ 136 Закона об АО). В частности, эти ситуации встречаются в сделках *private equity*⁵⁸. Такой тип договора по американскому аналогу нашел распространение в Германии при финансировании только что созданных предприятий и применяется часто в связи с принятием в общество финансирующей организации. Эти договоры содержат конкретные обязательства общества, менеджмента и участников общества. Как правило, в договор включаются положения, в которых оговариваются конкретные экономические цели, обязательства и права правления по получению и предоставлению информации, а также положения о порядке голосования и распоряжении долями.

При этом на практике обычно выбирается организационно-правовая форма ООО, поскольку она предоставляет сторонам больше возможностей для формирования их правоотношений.

Таким образом, немецкое право, в отличие от российского, довольно либерально подходит к вопросу о том, кто может участвовать в корпоративном договоре: и третьи лица, и само общество по общему правилу могут быть стороной такого договора. Любые ограничения на участие носят очень узкий характер и базируются на фундаментальных принципах гражданского права.

⁵⁵ BGH DSr 1991, 1290.

⁵⁶ Tröllitzsch in: Ziemons/Jäger, Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, Gesellschaftervereinbarungen, Rz. 4.1, Stand 1.6.2012. Суды ссылаются в этом отношении на общее правило о запрете сделок, противоречащих добрым нравам (противонравственные сделки) § 138 ГГУ. Altmeppen in: Altmeppen/Roth, GmbHG, § 47, Rz. 39, 7 Aufl. (2010). За этой бланкетной нормой скрывается полномочие судов контролировать такое соглашение по существу, если есть злоупотребление правом или неправомерное ущемление прав одной из сторон соглашения.

⁵⁷ Soergl/Hadding, BGB, § 709, Rn. 36.

⁵⁸ Weitnauer (Hrsg.), Handbuch Venture Capital, 2011.

4. Принудительное исполнение обязательств из корпоративного договора

4.1. Вопросы принудительного исполнения обязательств из договоров, включая исполнение предусмотренных договором обязательств в натуре, вряд ли можно отнести к темам, глубоко разработанным в российской доктрине права или имеющим богатую судебную практику. В ситуации, когда сложно говорить о наличии эффективно работающих механизмов понуждения к исполнению договорных обязательств, понятно, что наложение на это корпоративно-правовой специфики, предполагающей учет интересов юридического лица, по поводу участия в котором заключен корпоративный договор, а также иных участников, не участвующих в нем (при наличии таковых), и кредиторов юридического лица, делает проблематику принудительного исполнения корпоративных договоров крайне сложной. При этом подобная проблематика может быть разделена на две группы вопросов сообразно тому, является ли принуждение к исполнению обязательств *проактивным* (*ex ante*) или имеет дело уже со свершившимся фактом нарушения обязательств и соответствующая сторона ставит вопрос о реагировании *ex post*, пока еще не затрагивая вопросов имущественной ответственности нарушившей договор стороны.

Поскольку российскому праву неизвестен механизм обеспечительных мер, (безусловно) выдаваемых по приказу суда на основании ранее заключенного соглашения (механизм таких *injunctio*ns доступен во многих англо-американских правовых порядках), то из числа мер, которые стороны могут задействовать *ex ante* для целей недопущения еще большего нарушения своих прав, когда налицо предполагаемое или уже происходящее (совершенное) нарушение договорных обязательств, можно выделить лишь обеспечительные меры, принимаемые арбитражным судом по заявлению соответствующего лица (глава 8 Арбитражного процессуального кодекса РФ (далее — АПК РФ) с учетом специфики, характерной для корпоративных споров, — ст. 225.3, 225.6 АПК РФ). Такие обеспечительные меры могут сводиться главным образом к запрещению ответчику или иному лицу совершать определенные действия либо, напротив, возложению на указанных лиц обязанности совершить определенные действия в целях предотвращения порчи или ухудшения состояния спорного имущества (п. 2–3 ч. 1 ст. 91 АПК РФ).

Принципиальной позицией российских арбитражных судов, видимо, следует признать точку зрения, что обеспечительные меры по общему правилу не должны предрешать разрешение спора по существу. При этом, несмотря на то что в специальных разъяснениях по порядку применения обеспечительных мер высшая судебная буквально не акцентирует внимание на данном вопросе, ориентируя нижестоящие суды скорее на исследование обоснованности и соразмерности обеспечительных мер⁵⁹, суды в ежедневной практике крайне осторожны во введении мер, которые бы «предрешали» рассмотрение дела по существу⁶⁰. Так, гипотетиче-

⁵⁹ См. п. 9–10 постановления Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 № 55 «О применении арбитражными судами обеспечительных мер» // Вестник ВАС РФ. 2006. № 12.

⁶⁰ Анализ доступной судебной-арбитражной практики кассационных судов по этому вопросу (конечно, здесь не претендующий на глубокое исследование) позволяет сделать несколько наблюдений. Во-первых, на уровне окружных судов количество дел, рассмотренных начиная с 2006 г. по настоящее время, где суды исходят из недопустимости принятия обеспечительных мер, предрешающих разрешение спора по

ски ничто не мешает российскому суду принять обеспечительные меры, направленные, например, на приостановку исполнения решения коллегиального органа корпорации (по иску о признании такого решения недействительным), или на включение кандидата в список кандидатов, подлежащих избранию при голосовании на общем собрании акционеров (участников) (по иску о понуждении включения кандидата в список), или на запрещение акционеру (участнику) осуществлять право голоса на общем собрании акционеров (участников) (по иску о понуждении исполнить обязательства из корпоративного договора в части согласованного голосования на общем собрании)⁶¹. Однако на практике крайне маловероятно, что какой-либо арбитражный суд, особенно относящийся к юрисдикции федерально-

существу, и количество дел, где суды не видят препятствий для принятия подобных мер, примерно одинаковое; ВАС РФ свою позицию пока однозначно не определил. В поддержку принятия таких мер можно привести правовые позиции, нашедшие отражение в постановлениях ФАС Дальневосточного округа от 25.12.2006 № Ф03-А59/06-1/4980 (здесь и далее № указывается как номер дела); ФАС Западно-Сибирского округа от 26.04.2007 № Ф04-1973/2007(33070-А46-9), от 03.07.2006 № Ф04-4000/2006(24037-А46-22), от 03.07.2006 № Ф04-4000/2006(24038-А46-22); ФАС Московского округа от 06.02.2012 № А40-122729/10-30-874, от 19.01.2012 № А40-29694/11-46-255, от 14.08.2009 № А40-83571/08-68-755, от 21.05.2009 № А40-82882/08-11-428, от 13.10.2008 № А40-32115/08-32-323, от 14.04.2008 № А40-50812/07-27-443; ФАС Северо-Западного округа от 16.02.2011 № А56-80455/2009, от 13.03.2009 № А56-27417/2008; ФАС Северо-Кавказского округа от 15.11.2011 № А32-10365/2011, от 23.07.2010 № А15-2673/2009, от 10.07.2009 № А61-477/2009, от 04.03.2009 № А63-8143/2008-С2-31, от 02.12.2008 № А32-11783/2008-3/122, от 06.11.2008 № А32-2468/2008-65/53, от 12.03.2008 № А20-3724/2007, от 22.01.2007 № А32-16707/2007-65/70, от 29.06.2006 № А32-64581/2005-26/1612; ФАС Уральского округа от 19.09.2011 № А50-2366/2011, от 15.01.2008 № А76-22835/2007-24-716, от 22.06.2006 № А76-53461/2005. Противоположная позиция, предполагающая недопустимость принятия обеспечительных мер, предприняющих рассмотрение спора по существу путем введения той или иной меры, нашла отражение в постановлениях ФАС Восточно-Сибирского округа от 29.03.2010 № А58-10364/2009, от 27.03.2007 № А33-13598/06-Ф02-1427/07; ФАС Западно-Сибирского округа от 08.10.2009 № А75-5357/2008; ФАС Московского округа от 08.12.2011 № А40-84719/11-5-543, от 09.06.2011 № А40-124194/10-67-168, от 30.09.2010 № А40-37707/10-155-321; ФАС Северо-Западного округа от 14.12.2009 № А56-50654/2009, от 05.09.2007 № А56-10899/2007, от 26.04.2007 № А56-44080/2006, от 14.02.2007 № А56-26849/2006, от 07.11.2006 № А56-23052/2005, от 27.04.2006 № А21-2679/2005-С2; ФАС Северо-Кавказского округа от 12.10.2010 № А32-16388/2010, от 06.03.2007 № А63-15506/2006-С2, от 25.10.2006 № А63-10839/2006-С7, от 26.10.2006 № А32-15753/2006-21/301; ФАС Уральского округа от 15.04.2011 № А76-15082/2010-24-568, от 09.12.2009 № А47-6646/2009, от 24.12.2007 № А76-12168/2007, от 13.08.2007 № А47-2336/2007; ФАС Центрального округа от 19.12.2011 № А48-3171/2010, от 05.03.2008 № А09-7124/07-14, от 07.11.2006 № А23-738/05Г-4-41, от 06.10.2006 № А54-2472/06-С15. Справедливости ради следует говорить о том, что позиция о недопустимости принятия таких мер, предприняющих разрешение спора по существу, не является однозначной.

Во-вторых, анализ той же практики окружных судов в хронологическом срезе показывает, что начиная с 2008 г. количество дел, в которых суды указывали бы на недопустимость принятия мер со ссылкой на то, что конкретная мера предвещает рассмотрение спора по существу, стало сокращаться. Напротив, в течение 2006–2007 гг. больший процент составляли дела, где суды отказывали в принятии обеспечительных мер именно со ссылкой на то, что испрашиваемая мера фактически предвещает рассмотрение спора по существу. Тем самым можно вести речь о тенденции в судебной-арбитражной практике по данному вопросу: арбитражные суды реже прибегают к аргументации, указывающей на недопустимость принятия обеспечительных мер, по сути предвещающих разрешение дела по существу. Это может говорить как об увеличении количества случаев, при которых допускается введение таких мер, так и о том, что фундаментально ничего не меняется, просто суды реже задействуют аргументацию о «предрешенности».

⁶¹ *Примеры подобных мер в последнее время встречаются крайне редко. Из приведенного выше списка постановлений окружных судов, где обсуждался вопрос предрешенности рассмотрения спора обеспечительными мерами, только в одном деле шла речь о подобных мерах, когда арбитражным судом по корпоративному спору (не связанному с исполнением обязательств из корпоративного договора) было запрещено общему собранию акционеров и совету директоров вносить в повестку дня и принимать решения по ряду вопросов, изменять устав АО и принимать внутренние документы общества (см. постановление ФАС Уральского округа от 15.01.2008 № А76-22835/2007-24-716).*

го арбитражного суда округа, где не допускается введение мер, «предрешающих» разрешение спора, примет указанные меры в названных ситуациях, поскольку их принятие может, как нередко считают суды, фактически предрешишь рассмотрение спора по существу. Подобному предельно осторожному отношению российских судов к принятию обеспечительных мер есть множество объяснений, главным образом имеющих историческую основу.

Между тем из-за крайне ограниченного применения обеспечительных мер эффективность превентивной судебной защиты и принудительного исполнения договорных обязательств снижается. Во многом такое ограниченное применение обеспечительных мер обусловлено жесткими временными рамками, в которых зажат судья, рассматривающий заявление о принятии мер: решение о принятии мер или об отказе в удовлетворении соответствующего заявления рассматривается не позднее следующего дня после его поступления в суд (ч. 1.1 ст. 93 АПК РФ). С одной стороны, подобная оперативность позволяет обеспечить быстрое принятие обеспечительных мер и не допустить совершения должником действий (бездействия), ради чего, собственно, и вводятся такие меры. С другой стороны, любой судья, коль скоро заявление об обеспечении должно быть рассмотрено быстро и без вызова сторон, *ex parte*, естественно, в силу нехватки информации обо всех обстоятельствах дела ограничен в принятии взвешенного и достаточно обоснованного решения по этому вопросу, а потому в данном случае столь сжатый срок для принятия обеспечительной меры начинает играть контрпродуктивное значение для оборота. Более того, судья, понимая риск возможной отмены судом вышестоящей инстанции определения об обеспечении иска, в большинстве случаев скорее предпочтет отказать в принятии меры, чем возьмет на себя смелость принять меру, которая впоследствии может быть отменена. Подобная психологическая дилемма (на самом деле не психологическая, а основанная на судебной статистике, на которую ориентируется любой судья) вкупе с указанным сроком рассмотрения заявления о принятии мер превращает институт обеспечительных мер в довольно тривиальный процессуальный механизм, который не реализует весь его потенциал. В итоге суд, вовремя не вмешавшийся в развитие корпоративного спора (возможно, не только корпоративного, а любого иного спора, в котором участвует множество лиц) путем введения жесткой обеспечительной меры, по факту пресекающей развитие конфликта до разрешения дела судом, через некоторое время возвращается к рассмотрению дела по существу. Однако нередко суд, разрешая спор по существу, сталкивается с ситуацией, при которой эффективно защитить нарушенные права истца, т. е. восстановить положение, которое существовало до нарушения, оказывается невозможно: условно говоря, суду приходится иметь дело с терминальной ситуацией, когда остается лишь констатировать сложившееся положение вещей и в лучшем случае присуждать пострадавшему лицу монетарную компенсацию.

Соответственно, если бы обеспечительные меры сработали ранее, суду не пришлось бы наблюдать столь печальную картину, но ранее, при введении обеспечительной меры, пришлось бы брать на себя колоссальную ответственность за последующее развитие спорных имущественных отношений, которые суд на время фактически замораживает. Видимо, подобное переключение ответственности (с констатации факта запущенности ситуации на более проактивную роль суда) предполагает существенную перестройку арбитражного процесса как минимум в части обеспечительных мер (разработки механизма введения обеспечительных

мер, так или иначе предрешающих рассмотрение спора по существу, а потому предполагающих более глубокую проработку вопроса об обоснованности их принятия). Более того, при нынешней нагрузке на судей арбитражного суда подобного переключения матрицы принятия обеспечительных мер не представить, в противном случае без вдумчивого и внимательного отношения судьи никакой новый процессуальный механизм не заработает.

Таким образом, в части принудительного исполнения обязательств из корпоративных договоров *ex ante* в российском праве есть, строго говоря, инструментарий, направленный на такое исполнение, однако на деле подобные механизмы не применяются и вряд ли получат широкое распространение в скором будущем.

С точки зрения средств правовой защиты, направленных на исполнение *ex post* обязательств из корпоративных договоров, в российском праве — если оставить в стороне вопросы имущественной ответственности за нарушение договора — можно выделить институты признания сделок и решений общих собраний недействительными, когда аннулирование правового эффекта от ранее совершенных юридических фактов позволяет так или иначе обеспечить исполнение обязательств из таких договоров.

К великому сожалению, российскому правопорядку пока что неизвестен механизм принятия судебных решений, восполняющих или замещающих волю стороны, не исполнившей того, что с нее причиталось в силу договора. Если в иных правопорядках суд в некоторых ситуациях может принять решение, фактически восполняющее то, что должна была бы сделать сторона по договору, то в российских условиях подобная конструкция пока невозможна как на уровне общих положений обязательственного права (а значит, она лишена соответствующих процессуальных форм), так и применительно к обязательствам, возникающим из корпоративных договоров. При таком положении вещей все, что остается участникам оборота, сталкивающимся с неисполнением обязательств из договора контрагентом, в плане принуждения *ex post* к исполнению обязательств, это заявлять требования, направленные на аннулирование правового эффекта от действий (сделок, включая решения собраний акционеров или участников), совершенных в нарушение ранее достигнутых договоренностей. При таком подходе суд, если будет установлен факт нарушения обязательств, может дезавуировать правовой эффект от юридического факта, совершенного в нарушение ограничений, наложенных на то или иное лицо в связи с заключением корпоративного договора.

Однако и здесь, как уже было отмечено выше, в действующем законодательстве возможности подобного оспаривания, защиты ранее достигнутых договоренностей через аннулирование правового эффекта от совершенных действий крайне ограничены:

- в законодательстве об АО: требовать признания недействительным решения общего собрания акционеров, принятого с нарушением акционерного соглашения, вообще нельзя (абзац второй п. 4 ст. 32.1 Закона об АО); оспаривать сделки, совершенные как самим АО (в лице его органов, производных от собрания акционеров) — обычно это сделки с имуществом АО свыше определенной суммы, так и стороной соглашения, в нарушение ограничений, предусмотренных акционерным соглашением,

акционерный закон вроде бы не запрещает, но и не позволяет *expressis verbis*. Соответственно, для оспаривания указанных сделок остается доступным лишь состав ст. 174 ГК РФ, предполагающий доказывание истцом обстоятельств того, что противоположная сторона знала или заведомо должна была знать о наличии соответствующих ограничений⁶², что чрезвычайно сложно осуществить на практике;

- в законодательстве об ООО: противоречие договору об осуществлении прав участника ООО конкретного решения общего собрания участников или сделок не рассматривается Законом об ООО как основание признания таких юридических фактов недействительными. Правда, Закон об ООО, в отличие от Закона об АО, крайне лапидарен в этой части, а потому не содержит и запрета, аналогичного абзацу второму п. 4 ст. 32.1 Закона об АО, что с учетом априори закрытой природы ООО позволяет допускать возможность оспаривания решений собраний участников ООО, противоречащих корпоративному договору, как минимум тогда, когда в таком договоре участвовали все участники. Однако до настоящего времени подобных примеров в судебно-арбитражной практике не встречается, а сам Закон об ООО формально-юридически не указывает противоречие корпоративному договору в качестве оснований для признания решений общего собрания участников недействительным (п. 1 ст. 43 Закона об ООО). В части оспаривания сделок (общества и участников общества, являющихся стороной корпоративного договора) все ранее сказанное в отношении АО будет применимо и к ООО. Наконец, в качестве еще одного средства защиты, направленного на принудительное исполнение обязательств, Закон об ООО допускает возврат доли (части доли) в уставном капитале ООО от приобретателя по договору, в том числе от добросовестного приобретателя (п. 17 ст. 21). Поскольку до настоящего времени судебно-арбитражной практики применения правил п. 17 ст. 21 Закона об ООО к сделкам, совершенным с долями в нарушение корпоративного договора, не сложилось, а изначально указанная норма вводилась в Закон по большей части для обеспечения работоспособности ограничений на обращение долей, указанных в уставе ООО, участникам оборота можно рекомендовать дублировать (хотя бы и в общем виде) положения об ограничении оборота долей из корпоративного договора в уставе ООО — в таком случае участники договора получают действенный механизм принудительного исполнения договора об осуществлении прав участника ООО хотя бы в части ограничений, вводимых на обращение долей.

В рамках готовящихся поправок в ГК РФ, как указывалось выше, можно ожидать расширения применения средств защиты, направленных на принудительное исполнение обязательств из корпоративных договоров, и восстановления положения, существовавшего до нарушения договора. Так, в общем виде может быть закреплена норма о праве оспаривать решение общего собрания корпоративного образования по иску одной из сторон корпоративного договора, когда в нем участвовали все участники корпорации, а признание решения недействительным не нарушает права и охраняемые законом интересы третьих лиц; кроме того, сделка, заключенная стороной корпоративного договора в нарушение этого договора, может быть признана недействительной, если другая сторона сделки знала или долж-

⁶²

Более того, при обосновании иска ссылкой на ст. 174 ГК РФ потенциальный истец, оспаривающий сделку АО, может столкнуться с риском довольно узкого толкования ст. 174 ГК РФ, в силу которого ограничение полномочий органа юридического лица должно быть зафиксировано в уставе, а применение ст. 174 ГК РФ к случаям ограничения полномочий органа в акционерном соглашении невозможно.

на была знать об ограничениях, предусмотренных корпоративным договором (п. 5 ст. 67.2 ГК РФ в редакции Проекта).

Таким образом, правовые средства, направленные на принудительное исполнение обязательств из корпоративного договора, в российском правопорядке пока что остаются в зачаточном виде.

- 4.2. В отношении соглашений участников, в частности соглашений о реализации права голоса, дискуссионным в немецком праве остается вопрос, обладают ли участники корпоративного образования, заключившие договор, правом требования исполнения обязательства и может ли это право требования быть принудительно реализовано в рамках исполнительного производства. Если исходить из того, что корпоративное соглашение образует лишь обязательство между участниками, это приводит к выводу, что права потребовать исполнения обязательства не существует, можно лишь потребовать возмещения убытков в случае его нарушения. Несмотря на это, в немецкой судебной практике сформировался подход, в соответствии с которым требование об исполнении соглашения участников может подлежать судебной защите, поскольку подача голоса представляет собой волеизъявление⁶³. Помимо этого, ссылаются на то, что соответствующий договор согласован всеми участниками общества и его содержание однозначно определено, так что иное поведение при голосовании исключалось⁶⁴.

Для принудительного исполнения условия о совершении волеизъявления действует конструкция, закрепленная в § 894 ГПК Германии⁶⁵. Согласно этой норме волеизъявление считается совершенным с момента вступления в силу судебного решения. Вынесенное решение заменяет необходимость совершения волеизъявления, однако не отменяет необходимость принятия решения участниками⁶⁶.

Выбор такой процессуальной конструкции определен содержанием обязательства участника. Если речь идет о действии, подлежавшем совершению участником, то на этапе исполнения судебного акта включаются положения законодательства о принудительном совершении этого действия, в данном случае незаменимом, которое может быть совершено только должником. В такой ситуации в качестве меры воздействия на должника применяется денежное взыскание, по сути штраф, который подлежит уплате должником за неисполнение судебного акта, предписывающего совершить определенное действие.

Однако немецкие суды зачастую предпочитают говорить, что здесь речь идет о совершении волеизъявления. Поэтому принудительное исполнение того, что предписано должнику договорным соглашением, возможно посредством принятия самого судебного акта, который фингирует волеизъявление (вводит фикцию валидного волеизъявления). В таком случае волеизъявление считается совершенным (§ 894 ГПК Германии).

⁶³ BGHZ 48, 170, BGH GmbHR 1990, 68.

⁶⁴ Zöllner in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 47, Rz. 120, 19 Aufl. (2010).

⁶⁵ BGH, NJW 1967, 1963 (1965).

⁶⁶ Судебное решение заменяет подачу голоса. При проведении собрания судебное решение должно быть приложено к протоколу, которое тем самым как бы занимает место голоса соответствующего участника.

Указанный случай необходимо отличать от ситуации, когда участники требуют воздержаться от совершения волеизъявления. Для него предусмотрено принудительное исполнение судебного решения в порядке, закрепленном в § 890 ГПК Германии.

Согласно § 890 ГПК Германии суд может вынести решение о присуждении должника к выплате денежного штрафа или в случае невозможности его взыскания к лишению свободы сроком до шести месяцев при нарушении возложенной на субъекта обязанности. При этом угроза наступления невыгодных (негативных) для должника последствий от принятия такого решения должна быть указана в судебном решении, однако может быть наложена на обязанное лицо и на основе отдельного заявления, поданного в суд участником.

Иск, вытекающий из соглашения участников, предъявляется только против остальных участников. Следовательно, он невозможен как иск, по которому ответчиком выступали бы общество и правление. При этом, поскольку участники общества не являются сособственниками, нет необходимости предъявления иска против всех участников одновременно: сторона корпоративного договора, полагающая, что ее права нарушены, может предъявить иск к нарушителю, не обращая внимания на остальных участников соглашения. Вынесенное судебное решение подлежит, однако, передаче каждому участнику соглашения.

На практике принятие решение по спору, вытекающему из нарушения корпоративного договора, в порядке, предусмотренном § 894, 890 ГПК Германии, почти всегда будет несвоевременным. В связи с этим решающим является вопрос о допустимости предварительного обеспечения указанных исков.

В настоящее время практика нижестоящих судебных инстанций склоняется в сторону допустимости предварительного обеспечения, если велика вероятность принадлежности материального права заявителю и защита участника не может быть осуществлена другим способом⁶⁷.

Так, Верховный земельный суд Гамбурга в конкретном деле разрешил предварительное обеспечение иска, в котором речь шла о назначении генерального директора. Заявитель утверждал, что предложенный кандидат в соответствии с положениями договора не может стать генеральным директором, при этом суд решил, что у заявителя, возможно, возникнут убытки, которые не смогут быть устранены позже, если лицо формально законно будет назначено генеральным директором, а затем через некоторое время по итогам длительного судебного процесса будет снято⁶⁸.

⁶⁷ Недопустимо: *OLG Koblenz ZIP 1986, 563f.* В исключительных случаях допустимо: *OLG Hamburg NJW 1992, 186, 187; OLG Stuttgart NJW 1987, 2449.*

⁶⁸ *OLG Hamburg NJW 1992, 186.* Для понимания этого решения важны три аспекта. Генеральный директор по немецкому праву регистрируется в торговом реестре. Поэтому для истца уже было важным воспрепятствовать регистрации лица в качестве генерального директора в торговом реестре, поскольку по немецкому праву вопрос действительности назначения генерального директора не влияет на решение вопроса о действительности заключенных им договоров с третьими лицами, если данное лицо было зарегистрировано как генеральный директор в торговом реестре, даже если позже решение о его назначении будет признано недействительным. Кроме того, в пользу ответчика необходимо принять во внимание, что оспаривание решения участников ведет к приостановлению его исполнения. Пока решение оспаривается, запрещено вносить новые данные о новом генеральном директоре в торговый реестр. В связи с этим суду необходимо было наряду с проверкой правомерности решения оценить риск, возникающий в связи с регистрацией генерального директора.

Следует, однако, отметить, что в немецком праве на уровне доктрины и судебной практики какого-либо теста с четкими критериями введения таких предварительных мер не имеется. Все зависит от обстоятельств конкретного дела и оценки судом аргументов за и против введения предварительных мер в конкретном случае. При этом суд, принимающий обеспечительные меры, должен проверить:

- а) насколько вероятно, что заявителю принадлежит материальное право, на котором он основывает свои требования. Если принадлежность права не является чем-то высоко вероятным, то обеспечительные меры не применяются;
- б) является ли необходимым предоставление защиты заявителю в рамках обеспечения иска или достаточно того, что заявитель сможет оспорить (корпоративное) решение в дальнейшем. При ответе на этот вопрос суд должен оценить как невыгодные последствия, которые могут наступить для заявителя, если ему откажут в обеспечении иска, однако позже будет установлено, что он является обладателем спорного материального права, так и невыгодные последствия, которые наступят для ответчика, если удовлетворят заявление об обеспечительных мерах, но позже выяснится, что заявитель не является обладателем материального права.

Кроме того, посредством реализации обеспечительной меры не должен достигаться заранее результат основного процесса. В немецком праве суды обращают внимание на то, чтобы заявленная мера не предполагала полного удовлетворения искового требования заявителя: получением обеспечительной меры истец не должен достигать того, что он получает удовлетворением его иска.

В немецкой юридической литературе нередко отмечается, что принятие предварительных мер по обеспечению подлежащего рассмотрению по существу иска участника не согласуется с основополагающим принципом рассмотрения такого рода заявлений — запрета на предрешение исхода дела по такому иску⁶⁹. По мнению некоторых ученых, разрешаемые судебной практикой исключения из принципа запрета на предрешение исхода дела по будущему иску не могут быть перенесены на эту категорию споров⁷⁰.

Вместе с тем сторонники запрета предварительных мер по обеспечению исков в рамках § 894 ГПК Германии не видят проблем их применения в случае, когда без запрета суда на осуществление права голоса возникли бы обстоятельства, которые не могли бы быть устранены позднее. В связи с этим предварительные меры по обеспечению прав заявителя допускаются только в тех случаях, когда они необходимы, чтобы защитить участника (заявителя) от неустранимых негативных последствий⁷¹.

Кроме того, следует отметить, что в соответствии с § 945 ГПК Германии предусмотрена обязанность по возмещению убытков независимо от вины лица, явившегося инициатором производства по предварительному обеспечению иска, в случае уста-

⁶⁹ *Erman/Westermann, BGB, § 709, Rn. 21; Zöllner in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Anh § 47, Rn. 202 ff.*

⁷⁰ *Заявления о предварительном обеспечении иска о взыскании алиментов допустимы, поскольку иначе кредиторы данного требования остались бы без средств к существованию, что привело бы к возникновению неустранимых последствий.*

⁷¹ *Altmeppen in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 47, Rn. 52, 9 Aufl. (2010).*

новления отсутствия его права требования в рамках рассмотрения иска (основного разбирательства). Эта норма снижает побудительные мотивы для подачи заявлений о принятии мер по предварительному обеспечению иска.

Можно резюмировать, что немецкое право предоставляет участникам оборота эффективные средства, направленные на принудительное исполнение обязательств из корпоративного договора, главным образом за счет конструкции судебного решения, восполняющего акт волеизъявления стороны, нарушившей договор.

5. Ответственность за нарушение соглашения участников

- 5.1. Поскольку договор участников корпоративного образования порождает договорное обязательство, подобное обязательство, во-первых, в части его исполнения может быть обеспечено общегражданскими способами обеспечения (глава 23 ГК РФ), включая неустойку, залог (например, долей или акций) и поручительство (например, физического лица — бенефициара или головной компании корпоративного холдинга), а во-вторых, при неисполнении (ненадлежащем исполнении) обязательства опять-таки применяются общегражданские средства ответственности, включая возмещение убытков (ст. 15, 393 ГК РФ) и уплату неустойки (ст. 330, 394 ГК РФ).

Указанные механизмы ответственности принципиально ничем не отличаются от того, как они понимаются и применяются на практике в связи с любыми иными гражданско-правовыми договорами. Однако тут можно привести лишь два комментария.

Убытки. В части взыскания убытков в настоящее время высшая судебная инстанция делает попытки кардинальной перестройки исчисления (порядка определения) и взыскания убытков. Так, в конкретном деле⁷², поистине уже получившем прецедентное значение, Президиум ВАС РФ, не дожидаясь принятия поправок в ГК РФ⁷³, указал на то, что объективная сложность доказывания убытков и их размера, равно как и причинно-следственной связи между причиненными убытками и нарушением прав истца, не должна снижать уровень правовой защищенности

⁷² *Постановление Президиума ВАС РФ от 06.09.2011 № 2929/11 по делу № А56-44387/2006. В названном деле суды нижестоящих инстанций отказали акционерам АО в удовлетворении иска о взыскании убытков, причиненных арестами акций в ходе продолжавшегося не один год корпоративного конфликта. При этом суды исходили из того, что акционерам не удалось доказать наличие убытков, их размер и причинно-следственную связь между убытками и действиями ответчика. Президиум ВАС РФ поддержал позицию истца — преваляющего акционера. Отменяя состоявшиеся по делу судебные акты и направляя дело на новое рассмотрение, Президиум ВАС РФ сформулировал ряд правовых позиций, которые имеют фундаментальное значение для практики взыскания убытков.*

⁷³ *В ст. 393 ГК РФ в редакции Проекта получила отражение позиция, аналогичная той, что занял Президиум ВАС РФ в указанном деле: Проектом предлагается дополнить ст. 393 ГК РФ новым п. 5, предусматривающим, что «размер подлежащих возмещению убытков должен быть установлен с разумной степенью достоверности. Суд не может отказать в удовлетворении требования кредитора о возмещении убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства, только на том основании, что размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности. В этом случае размер подлежащих возмещению убытков определяется судом с учетом всех обстоятельств дела, исходя из принципа справедливости и соразмерности ответственности допущенному нарушению обязательства».*

участников оборота; суд не может полностью отказать в удовлетворении требования о возмещении убытков только на том основании, что размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности, в этом случае размер подлежащих возмещению убытков определяется судом с учетом всех обстоятельств дела исходя из принципа справедливости и соразмерности ответственности. Как видно из текста судебного акта ВАС РФ, высшая судебная инстанция, по сути, повторила те же слова, что нашли отражение в п. 5 ст. 393 ГК РФ в редакции Проекта, что указывает на стремление ВАС РФ ввести принципиально новую практику взыскания убытков. В частности, отныне даже если истец не смог обосновать всю сумму заявляемых им убытков, однако налицо факт нарушения его прав и причинения имущественного ущерба, то суд не может отказать в иске по мотиву недоказанности заявленной суммы, при этом сам суд, рассматривающий дело, должен определить размер подлежащих ко взысканию убытков, конечно, с учетом всех обстоятельств дела и руководствуясь принципом справедливости и соразмерности ответственности. Подобный подход, реализуемый уже применительно к корпоративным договорам, позволит повысить договорную дисциплину и сделать для неисправных должников более «опасным», имущественно более обременительным неисполнение ранее принятых на себя обязательств.

Неустойка. Для современной российской практики взыскания неустойки одним из наиболее острых вопросов являлось безусловное право суда по собственному дискреционному усмотрению снижать размер неустойки. Такое право предоставлено суду ст. 333 ГК РФ, и в ситуации, когда стороны при заключении договора обладают неравными переговорными возможностями, указанная статья ГК РФ выполняет полезную балансирующую функцию, механизм восстановления справедливости *ex post*. Однако нередко та же самая норма позволяла недобросовестным участникам договорных отношений, что самое прискорбное — коммерсантам, уходить от имущественной ответственности за нарушение договорных обязательств, когда суды снижали подлежащую взысканию неустойку. Между тем и по этому вопросу Президиум ВАС РФ, не дожидаясь принятия поправок в ГК РФ⁷⁴, при рассмотрении конкретного дела указал⁷⁵, что судам не следует допускать широкое применение права снижать заявленную неустойку, в противном случае интересы добросовестных кредиторов не будут эффективно защищены. При этом в качестве ориентира

⁷⁴ В ст. 333 ГК РФ в редакции Проекта предлагается указать, что снижение неустойки возможно судом только по заявлению должника, при этом снижение договорной неустойки, подлежащей уплате лицом, осуществляющим **предпринимательскую** деятельность, допускается в исключительных случаях, когда будет доказано, что взыскание неустойки в предусмотренном договором размере может привести к получению кредитором необоснованной выгоды. Тем самым при решении вопроса о снижении неустойки в отношении коммерсанта суд должен взвесить экономические блага, получаемые кредитором от должника через уплату неустойки, и если неустойка не предполагает какого-либо за пределами обогащения кредитора за счет должника, то она не может быть снижена в принципе.

⁷⁵ См. постановление Президиума ВАС РФ от 13.01.2011 № 11680/10 по делу № А41-13284/09. ВАС РФ подробно обосновал, что, учитывая компенсационный характер гражданско-правовой ответственности, под соразмерностью суммы неустойки последствиям нарушения обязательства ГК РФ предполагает выплату кредитором такой компенсации его потерь, которая будет адекватна и соизмерима с нарушенным интересом, а снижение неустойки судом возможно только в одном случае — явной несоразмерности неустойки последствиям нарушения права. Явная несоразмерность неустойки должна быть очевидной, уменьшение неустойки ниже ставки рефинансирования возможно только в чрезвычайных случаях, а по общему правилу не должно допускаться, поскольку такой размер неустойки не может быть явно несоразмерным последствиям просрочки уплаты денежных средств. Необоснованное уменьшение неустойки судами с экономической точки зрения позволяет должнику получить доступ к финансированию за счет другого лица

для обоснования некой средней величины, применяемой по умолчанию, Пленум ВАС РФ предлагает исходить из двукратной учетной ставки (ставок) Банка России, существовавшей в период соответствующего нарушения: неустойка, находящаяся в рамках двукратной учетной ставки Банка России, должна рассматриваться как вполне справедливая, а потому по общему правилу не подлежащая снижению⁷⁶. Тем самым неустойка, особенно в отношениях, связанных с осуществлением сторонами предпринимательской деятельности, постепенно начинает приобретать характер ответственности, призванной компенсировать потери, понесенные кредитором. Соответственно, изменения в судебной-арбитражной практике, инициированные высшей судебной инстанцией, можно лишь приветствовать, коль скоро они призваны дисциплинировать участников оборота.

В случае с обязательствами из корпоративного договора не все они изначально являются денежными или не всегда могут быть трансформированы в денежные обязательства, эквивалентные по своей экономической сути тому, что ожидалось от должника в связи с совершением того или иного заранее оговоренного действия (воздержания от действия). Естественно, для таких обязательств, которые не могут быть автоматически переведены в денежный эквивалент, принципиальное значение имеют механизмы ответственности, предполагающие уплату должником при неисполнении обязательства по совершению действий или воздержанию от действия денежной суммы, имеющей скорее не компенсационное, а штрафное, карательное значение для должника. В таком случае чем более обременительной для должника будет такая санкция, тем выше вероятность, что должник, движимый страхом чрезмерной имущественной ответственности, будет стимулирован к добровольному исполнению обязательства; напротив, при неисполнении должником принятого на себя обязательства, особенно должником-коммерсантом, приведение такой меры ответственности к некоему среднеарифметическому знаменателю, обеспечивающему компенсаторный характер ответственности, снижение бремени ответственности должника будет иметь дестимулирующее для него значение и способствовать необязательности в части исполнения принятых на себя договоренностей.

на нерыночных условиях, что в целом может стимулировать недобросовестных должников к неплатежам и вызывать крайне негативные макроэкономические последствия. Неисполнение должником денежного обязательства позволяет ему пользоваться чужими денежными средствами, хотя никто не вправе извлекать преимущества из своего незаконного поведения. Наконец, снижение неустойки судом в рамках своих полномочий не должно допускаться, так как это вступает в противоречие с принципом осуществления гражданских прав своей волей и в своем интересе (ст. 1 ГК РФ), а также с принципом состязательности (ст. 9 АПК РФ). Эта же позиция была впоследствии поддержана в другом деле (см. постановление Президиума ВАС РФ от 14.02.2012 № 12035/11 по делу № А64-4929/2010). Наконец, по данной проблематике было принято постановление Пленума ВАС РФ от 22.12.2011 № 81 «О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации» // Вестник ВАС РФ. 2012. № 2.

76

В п. 2 постановления Пленума ВАС РФ от 22.12.2011 № 81 «О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации» указывается, что, разрешая вопрос о соразмерности неустойки последствиям нарушения денежного обязательства и с этой целью определяя величину, достаточную для компенсации потерь кредитора, суды могут исходить из указанной величины, хотя стороны могут обосновывать и иной размер — выше или ниже двукратной учетной ставки Банка России, существовавшей в тот же период. Снижение судом неустойки ниже указанного уровня допускается в исключительных случаях, при этом присужденная денежная сумма не может быть меньше той, которая была бы начислена на сумму долга исходя из однократной учетной ставки Банка России, а снижение неустойки ниже однократной учетной ставки Банка России допускается лишь в экстраординарных случаях, когда убытки кредитора по условиям денежного обязательства (заем, кредит, коммерческий кредит) компенсируются за счет иных механизмов.

Во многом именно для решения указанных целей в абзац второй п. 7 ст. 32.1 Закона об АО (Закона об ООО такой механизм ответственности неизвестен) было включено указание на денежную компенсацию (твердую денежную сумму или сумму, подлежащую определению по правилам, указанным в акционерном соглашении) как самостоятельную меру ответственности, отличную от убытков и неустойки, — по аналогии со схожим институтом, встречаемым в иных законодательных актах (ср.: ст. 98 АПК РФ, п. 3 ст. 1252 ГК РФ), когда лицо, право которого нарушено, не обязано доказывать размер убытков, ограничившись лишь доказыванием факта нарушения, при этом размер компенсации может вообще не коррелировать с размером ущерба от нарушения. К сожалению, механизм ответственности за нарушение акционерного соглашения, именуемый «денежная компенсация», до настоящего времени не прошел апробирования на уровне судебной практики, поэтому в настоящее время можно лишь предполагать, какие подходы будут применяться к нему. В частности, если суды будут квалифицировать денежную компенсацию, названную в абзаце втором п. 7 ст. 32.1 Закона об АО, как разновидность убытков или (штрафной) неустойки, то будут видеть в ней компенсационную составляющую (в отличие от денежной компенсации, названной в п. 3 ст. 1252 ГК РФ), а потому будут либо требовать у истцов обоснования размера ущерба, либо применять к ней ст. 333 ГК РФ, снижая такую компенсацию до некоторых конвенциональных значений. Напротив, если суды будут квалифицировать данную компенсацию как самостоятельную меру ответственности, вполне возможно, она будет иметь в перспективе упреждающий и дисциплинирующий эффект для участников акционерных соглашений, обязанных совершать определенные действия или воздерживаться от определенного поведения.

Наконец, также неразрешенным в российском правовом порядке остается вопрос, допустимо ли в качестве меры ответственности за неисполнение обязательств из корпоративного договора лишение соответствующего участника корпорации, являющегося стороной договора, принадлежащих ему акций (доли в уставном капитале) — всех или части, или хотя бы поражение в праве голоса по акциям (доле в уставном капитале), например (последующее) лишение права голоса на какое-то время за неисполнение такого обязательства. Законодательство четкого ответа на этот вопрос не дает, в доктрине он тоже какого-либо ясного решения не получил, хоть сколько-нибудь существенная судебная практика по этой проблеме отсутствует. Так, лишь в одном деле, рассмотренном арбитражным судом в связи с корпоративным договором, заключенным участниками ООО уже в период действия п. 3 ст. 8 Закона об ООО, обсуждался вопрос допустимости лишения участника права голоса за нарушение положений договора на срок до пяти месяцев за каждое такое нарушение, а также возможности утраты участником прав на долю в уставном капитале ООО за нарушения отдельных положений договора⁷⁷. Однако обе эти ситуации были признаны недопустимыми, а сам договор — ничтожной сделкой по правилам ст. 168 ГК РФ. В настоящее время сложно ориентироваться на это дело как на отражающее сложившийся в судебно-арбитражной практике подход, поскольку оно в известном смысле носило постановочный характер⁷⁸. До настоящего времени этот вопрос остается открытым, возможно, со временем он будет решен на уровне закона или разъяснений высших судов.

⁷⁷ См. решение Арбитражного суда г. Москвы от 24.11.2010 по делу № А40-140918/09-132-894 (так называемое дело ООО «Верный знак»).

⁷⁸ См. определение ВАС РФ от 12.09.2011 № ВАС-10364/11 по тому же делу.

Таким образом, в вопросах имущественной ответственности нарушение обязательств из корпоративных договоров подчиняется общегражданским конструкциям, средства защиты, отражающие корпоративно-правовую специфику, остаются в российском праве неразработанными.

- 5.2. В немецком праве, как и в случае с любым иным гражданско-правовым договором, в случае нарушения или неисполнения обязательств, возникших из соглашения участников, соответствующая сторона вправе требовать возмещения убытков (§ 280 ГГУ) или уплаты неустойки, если она предусмотрена соглашением сторон (§ 339–345 ГГУ).

Кредитор должен доказать возникновение убытков. Если это невозможно, суд вправе оценить размер убытков согласно § 287 ГПК Германии.

Что касается неустойки, то стороны вправе самостоятельно определить ее размер. Немецкий законодатель закрепляет за судом право по заявлению должника уменьшить ее размер до разумной суммы (§ 343 ГГУ). Этот параграф не применяется к отношениям с участием предпринимателей, которые могут исключить уменьшение неустойки. Между тем уменьшение штрафа все равно возможно в соответствии с § 242 ГГУ либо в связи существенными изменениями обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении договора. Кроме того, в случае заключения договора присоединения согласно § 307 ГГУ условие о неустойки является недействительным, если ее размер является несоразмерным⁷⁹.

Возложение ответственности за нарушение корпоративного договора на его участника в форме утраты или ограничения права участника по немецкому праву, как правило, недействительно⁸⁰.

6. Форма договора и раскрытие информации о нем третьим лицам

- 6.1. В российском правовом поле корпоративный договор вне зависимости от организационно-правовой формы корпорации заключается в письменном виде путем составления одного документа (абзац второй п. 1 ст. 32.1 Закона об АО, п. 3 ст. 8 Закона об ООО). Подобные требования к форме и порядку заключения договора, видимо, объясняются стремлением законодателя подчеркнуть, что данный дого-

⁷⁹ *Grüneberg in: Palandt, BGB, § 343, Rn. 8, 71 Aufl. (2012). Немецкое законодательство допускает в развитие принципа свободы договора установление заранее исчисленных убытков (BGH NJW 70, 32 und 2017). Вместе с тем предусматривает жесткие условия их правомерности для случаев заключения договоров присоединения. В частности, необходимо, чтобы размер таких убытков не превышал типично возникающие в этой области отношений негативные последствия, вызванные противоправными действиями участника, а также указание на то, что правонарушитель вправе доказывать обстоятельства, свидетельствующие, что убытки вообще не возникли или установленный размер убытков существенно превышает обычно возникающие в таких случаях негативные последствия (§ 309 Nr. 5; если контрагент — предприниматель, эта конструкция применяется в рамках § 307 ГГУ (см. § 310 ГГУ)). При этом общепризнано, что последний критерий действует во всех случаях, т. е. за рамками конструкции договора присоединения. Отклонение существенно, если превышает границу 10%. Grüneberg in: Palandt, BGB, § 276, Rn. 26, § 309, Rn. 30–31, 71 Aufl. (2012).*

⁸⁰ *BGHZ 20, 263. Для акционерных обществ: Hüffer, AktG, § 23, Rz. 24, 9 Aufl. (2010).*

вор связывает только лиц, в нем участвующих, а также обеспечить отсутствие впоследствии споров о согласованности тех или иных условий.

Корпоративный договор, однажды заключенный, в соответствии с подходом, поддерживаемым российским законодательством, по общему правилу не подлежит раскрытию другим лицам и фактически приобретает конфиденциальный характер. В этом заключается коммерческая суть этого института и его востребованность оборотом, поскольку именно конфиденциальный характер договоренностей, достигнутых по поводу управления конкретной корпорацией и развития ее бизнеса, и привлекает коммерсантов в этом институте. Правда, из общего правила есть одно исключение: согласно п. 5 ст. 32.1 Закона об АО в акционерных обществах, выпуск эмиссионных ценных бумаг которых сопровождался регистрацией их проспекта, акционерные соглашения подлежат раскрытию, однако не путем представления полного текста такого соглашения, а в форме направления в общество, по поводу акций которого оно заключено, специального уведомления⁸¹, содержащего сведения о наиболее ключевых положениях такого соглашения. Более того, даже в указанных обществах раскрываются не любые акционерные соглашения, а лишь те, посредством которых отдельный акционер совместно со своими аффилированными лицами приобретает право определять порядок голосования на общем собрании акционеров по акциям общества — прямо или косвенно получает возможность распоряжаться более чем 5, 10, 15, 20, 25, 30, 50 или 75% голосов по размещенным обыкновенным акциям общества. Назначение такого раскрытия — сделать доступным вовне информацию о консолидации корпоративного контроля лицом или несколькими лицами свыше указанных пороговых значений. За несоблюдение обязанности по раскрытию акционерных соглашений предусмотрены специальные гражданско-правовые последствия (поражение в праве голоса по акциям: согласно п. 6 ст. 32.1 Закона об АО до даты направления указанного акционер вправе голосовать только по акциям, количество которых не превышает количество акций, принадлежавших ему до возникновения у него обязанности направить такое уведомление, при этом все акции, принадлежащие акционеру и его связанным лицам, учитываются при определении кворума общего собрания акционеров; нормы о недействительности сделок к соглашению акционеров в таком случае неприменимы), а также административная ответственность (ст. 15.19 Кодекса РФ об административных правонарушениях).

В рамках проводимой в настоящее время реформы ГК РФ предлагается ввести в качестве общего правила обязанность сообщать обществу, по поводу акций (долей) которого заключен корпоративный договор, о факте заключения корпоративного договора (п. 3 ст. 67.2 ГК РФ в редакции Проекта). При этом проводится довольно странная логика: с одной стороны, участники такого договора обязаны уведомить корпоративное образование о факте заключения корпоративного договора, с другой стороны, если иное не установлено законом, информация о содержании корпоративного договора, заключенного участниками непубличного общества, не подлежит раскрытию и является конфиденциальной. Непонятно, зачем раскрывать факт наличия договора, фактически декларируя при этом секретность того, что в этом договоре записано, ведь если содержание договора конфиденциально, то ни одна из сторон такого договора по общему правилу не сможет раскрыть его содержание

⁸¹ Эмитент ценных бумаг, АО, в свою очередь далее раскрывает подобную информацию уже для всех третьих лиц в порядке, предусмотренном ценно-бумажным законодательством, в форме сообщения о существенном факте (подп. 25 п. 14 ст. 30 Федерального закона от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»).

третьему лицу (например, потенциальному приобретателю акций или долей) без нарушения договора (напротив, при согласии всех сторон такого договора на раскрытие его содержания третьему лицу нет нужды вводить обязанность по раскрытию факта заключения договора). Если же быть последовательным и пойти дальше, закрепив обязанность сторон раскрывать не только факт заключения договора, но и его содержание (полностью или в части), то подобный институт, особенно для непубличных компаний, теряет какую-либо практическую значимость: мало найдется коммерсантов, желающих заключать корпоративные договоры, содержащие ключевые бизнес-планы, которые будут доступны третьим лицам.

В качестве санкции за неисполнение обязанности по раскрытию факта заключения корпоративного договора в Проекте предлагается тоже довольно абстрактная формула: в случае неисполнения указанной обязанности участники общества, не являющиеся сторонами корпоративного договора, вправе требовать возмещения причиненных им убытков. Об этом, видимо, можно было и не говорить, коль скоро есть ст. 15 ГК РФ, иных же санкций за неисполнения указанной обязанности Проект не содержит, что наводит на мысль о том, что, несмотря на появление подобных требований, корпоративные договоры будут скрываться и даже о факте их заключения внутри непубличных компаний сообщать не будут.

Наконец, для публичных АО в Проекте сохраняется, по сути, тот же режим, который описан выше (информация о корпоративном договоре, заключенном акционерами публичного АО, подлежит раскрытию в пределах, порядке и на условиях, предусмотренных законом).

Таким образом, действующее правовое регулирование по общему правилу делает недоступным для третьих лиц как сам факт заключения корпоративного договора, так и его содержание. При этом для инвесторов публичных корпораций должна раскрываться информация о консолидации корпоративного контроля, достигаемой посредством заключения такого договора, но опять же без предъявления текста самого договора.

- 6.2. В немецком праве для соглашения участников не существует специальных предписаний о форме такого договора⁸². Вместе с тем устав общества требует нотариального удостоверения, из чего вытекает интересный практический вопрос.

Соглашения участников могут быть включены в устав (так называемые обязательно-правовые дополнительные соглашения) или могут быть установлены за рамками устава. Это обстоятельство играет важную роль для определения круга обязанных лиц. Если речь идет о положении устава, то оно распространяет свое действие для всех настоящих и будущих участников общества. В случае с дополнительными обязательно-правовыми соглашениями за рамками устава обязанными являются подписанты дополнительного соглашения. При передаче доли обязательство продавца в рамках соглашения участников, как правило, не переходит на покупателя доли. Оно должно быть передано отдельно⁸³.

⁸² Hueck/Fastrich in: *Baumbach/Hueck, GmbHG, § 23, Rz. 56, 19 Aufl. (2010); Hüffer, AktG, § 23, Rz. 46, 9 Aufl. (2010)*.

⁸³ В данном случае необходима замена стороны договора при содействии всех участников. *Hüffer, AktG, § 23, Rz. 46, 9 Aufl. (2010)*.

В ряде случаев решение о форме корпоративного соглашения не столь однозначное. В связи с этим решение вопроса о форме соглашения часто ориентируется на сложившуюся судебную практику. Так, согласно решению Верховного земельного суда Кельна соглашение участников о порядке их совместного голосования не нуждается в нотариальном удостоверении даже в том случае, если оно возлагает обязанности по внесению изменений в устав общества. Это решение соответствует господствующему мнению в немецкой юридической литературе⁸⁴.

Напротив, нотариальному удостоверению подлежат соглашения, содержащие права по преимущественному выкупу, приобретению и соотчуждению долей участников общества с ограниченной ответственностью, поскольку передача доли в соответствии с немецким законодательством может быть совершена при соблюдении нотариальной формы (абзац четвертый § 15 германского Закона об ООО). Однако соответствующие соглашения для передачи акций не требуют нотариального удостоверения, а потому могут быть заключены в любой форме.

Одной из важнейших практических причин, по которой корпоративные соглашения популярны у участников коммерческого оборота, является то, что они по отношению к третьим лицам могут оставаться неизвестными, т. е. позволяют участникам корпорации держать в тайне свои взаимоотношения. Но отсюда же проистекает высокая степень риска подобных соглашений для третьих лиц. В связи с этим законодательство устанавливает определенные обязанности по их раскрытию.

Обязанность разглашения акционерного соглашения, которое в качестве предмета имеет осуществление управления посредством объединения голосов, вытекает из положений немецкого законодательства о конкуренции и бухучете.

Если речь идет об акционерном обществе, чьи акции допущены к обращению на бирже, то подобное соглашение в соответствии с законодательством Европейского союза может приниматься во внимание при установлении такого признака, как «приобретение значимого участия» над подобным обществом. Такое значимое участие имеет место тогда, когда один из акционеров владеет более 5% акций общества⁸⁵. При этом решающим является то, что в соответствии со ст. 92 Европейской директивы⁸⁶ этот пятипроцентный уровень считается достигнутым не только, когда один из акционеров прямо или косвенно сам владеет 5%, но и тогда, когда одному из акционеров подконтрольны акции, находящиеся во владении других акционеров, с которыми такой акционер заключил письменное соглашение о том, что они обязуются в долгосрочной перспективе следовать общей политике в отношении деятельности общества посредством единогласного осуществления принадлежащих им голосов.

Независимо от того, обращаются акции общества на бирже или нет, акционер обязан раскрыть акционерное соглашение в соответствии с положениями о консолидированном бухучете. Согласно ст. 1 (1) (d) (bb) Европейской директивы о консолидированном отчете⁸⁷ концерны обязаны по итогам года составить кон-

⁸⁴ OLG Köln GmbHR 2003, 416 (LS); zustimmend Frey, EWiR 2003, 121 f.; Maidl/Kreifels, NZG 2003, 1091, 1092 f.

⁸⁵ Art. 85, 89 EU Richtlinie 2001/34 vom 28.5.2001.

⁸⁶ EU Directive 2001/34 vom 28.05.2001.

⁸⁷ Richtlinie 83/349 vom 13.6.1983 über den konsolidierten Abschluss.

солидированный отчет, если акционеры общества самостоятельно или на основе акционерного соглашения осуществляют права большинства.

Соглашения участников имеют важное значение в законодательстве о концернах, которое, однако, распространяет свое ограниченное действие лишь на акционерные общества, являющиеся зависимыми обществами по отношению к головной компании концерна. В частности, при решении вопроса об ответственности материнского общества по долгам дочернего общества. В немецком праве материнское общество отвечает за потери дочернего общества в случае наличия соглашения о влиянии, а в соответствии с § 302 Закона об АО — за убытки, когда материнское общество осуществляет «всеобъемлющее влияние». При этом несколько компаний могут признаваться материнским обществом через заключение ими акционерного соглашения. Это означает, что по немецкому праву заключение акционерного соглашения, которое позволяет оказывать всеобъемлющее влияние на общество, может иметь своим следствием то, что акционер, использующий эту возможность, отвечает по долгам дочернего общества.

Наконец, соглашения участников играют важную роль при установлении контроля над акционерным обществом, акции которого обращаются на бирже. Под контролем в этом случае понимается приобретение 30% голосующих акций. Решающим здесь является то, что акционеру могут быть вменены акции, формально принадлежащие третьему лицу, но только если акционер свое поведение в отношении общества определяет в соответствии с заключенным акционерным соглашением⁸⁸. Следовательно, наличие или отсутствие соглашения, а равно раскрытие информации о нем могут затрагивать вопросы направления обязательного предложения акционерам поглощаемого акционерного общества.

Таким образом, в немецком праве по общему правилу корпоративные договоры не подлежат раскрытию третьим лицам, однако для компаний, акции которых торгуются на бирже, а также для целей составления консолидированной отчетности внутри холдингов, минимизации рисков привлечения к ответственности по долгам дочерней компании и направления обязательной оферты акционерные соглашения раскрываются в объеме и по форме, предписанной специальным законодательством.

7. Применимое материальное право, арбитрабельность споров из соглашения

- 7.1. Зачастую на практике вопрос о допустимости применения к корпоративным договорам норм иностранного права сопровождается обсуждением того, допустимо ли в принципе передавать на рассмотрение третейского института (негосударственного коммерческого арбитража) споры, вытекающие из такого договора. Несмотря на взаимосвязанность этих вопросов, они могут рассматриваться также по отдельности, поскольку проблема арбитрабельности споров из таких договоров возникает и тогда, когда эти договоры подчиняются нормам сугубо национального корпоративного права.

⁸⁸ Art. 2 (d), 5 (1) Richtlinie 2004/25 vom 21.04.2004.

Ключевым для решения вопроса о допустимости подчинения корпоративных договоров *в какой-либо части* (о полном подчинении таких договоров иностранному праву в российском правовом порядке говорить не приходится) нормам иностранного материального права является проблема того, что следует понимать под внутренними отношениями юридического лица в смысле подп. 7 п. 2 ст. 1202 ГК РФ. Согласно названной норме такие отношения регламентируются личным статутом юридического лица, который, в свою очередь, в российской правовой традиции определяется местом инкорпорации юридического лица (п. 1 ст. 1202 ГК РФ).

Соответственно, если любые отношения, связанные с участием в делах корпорации или с реализацией в любом смысле прав по акции (доле в уставном капитале), покрываются понятием «внутренние отношения» в контексте подп. 7 п. 2 ст. 1202 ГК РФ, то ни один вопрос, находящийся отражение в корпоративном договоре, заключенном по поводу акций (долей) российской корпорации, не может в принципе регулироваться иностранным материальным правом, применимым статутом в таком случае может быть исключительно российский закон.

Напротив, если внутренние отношения включают в себя преимущественно отношения «корпорация — ее участник» (на это, возможно, указывает подп. 7 п. 2 ст. 1202 ГК РФ, поскольку дословно он называет «внутренние отношения, в том числе отношения юридического лица с его участниками») либо также отношения «участник корпорации — лица, входящие в органы корпорации», то отношения, строящиеся по модели «участник корпорации — другой участник корпорации», возможно, вовсе не покрываются указанным понятием внутренних отношений как они квалифицируются для целей международного частного права. При подобном дифференцированном подходе участники корпоративного образования вправе заключать корпоративные договоры по поводу участия в российских корпорациях, подчиняя их нормам иностранного права, когда такие соглашения будут затрагивать отдельные вопросы голосования акциями (долями), но при условии, что соответствующие обязательства не будут иметь выхода на отношения «корпорация — ее участник», в частности не будут нарушать фундаментальные условия участия в управлении корпорацией ее участников. К сожалению, каких-либо формальных критериев или системы тестов, позволяющих разграничить эти две области регулирования, в российском праве до настоящего времени не выработано.

Судебно-арбитражная практика по этому вопросу крайне незначительная, а потому вряд ли можно говорить о сформировавшейся позиции российских судов. Существует несколько дел, рассмотренных судами, когда акционерные соглашения еще не имели законодательной «прописки», однако в них ставился вопрос о допустимости применения норм иностранного материального права: во всех этих делах такие соглашения признавались недействительными по целому ряду оснований⁸⁹.

⁸⁹ См. постановление ФАС Западно-Сибирского 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) (дело ОАО «Мегафон», сторонами избрано право Швеции, соглашение признано судом недействительным по ст. 168 ГК РФ как противоречащее императивным нормам Конституции РФ, ГК РФ, Закону об АО, применение иностранного права невозможно в силу правил о личном статуте юридического лица (ст. 161 Основ гражданского законодательства Союза ССР и Республик от 31.05.1991 № 2211-1, ст. 1202 ГК РФ)); решение Арбитражного суда г. Москвы от 26.12.2006 по делу № А40-62048/06-81-343 (дело ЗАО «Русский Стандарт Страхование», сторонами избрано право Англии, соглашение признано судом недействительным по ст. 168 ГК РФ как противоречащее императивным нормам Закона об АО, применение иностранного права невозможно в силу ст. 1202 ГК РФ).

Позиция судов о противоречии таких соглашений подп. 7 п. 2 ст. 1202 ГК РФ, даже несмотря на последующее закрепление соглашений в корпоративном законодательстве, видимо, остается в силе, ведь каких-либо изменений в понимании внутренних отношений с того времени не произошло. В одном из недавних дел, рассмотренных уже по правилам новейшего корпоративного законодательства, арбитражный суд, невзирая на выбор сторонами акционерного соглашения иностранного материального права, применил при рассмотрении спора российский закон к рассматриваемым отношениям⁹⁰.

Наконец, в рамках проводимой сейчас реформы гражданского законодательства понятие «внутренние отношения» не только не дифференцируется, а напротив, предлагаемые изменения в ГК РФ фактически расширяют сферу применения личного статута, особенно если речь идет о личном статуте российского юридического лица. Так, норма подп. 7 п. 2 ст. 1202 ГК РФ не детализируется, но при этом предлагается распространить сферу действия *lex societatis* на вопросы ответственности учредителей (участников) юридического лица по его обязательствам (подп. 9 п. 2 ст. 1202 ГК РФ в редакции Проекта), а также дополнить специальным уточнением, что выбор права, подлежащего применению к договору, связанному с осуществлением прав участника юридического лица, не может затрагивать действие императивных норм права страны — места учреждения юридического лица по вопросам, указанным в п. 2 ст. 1202 ГК РФ (п. 1 ст. 1214 ГК РФ в редакции Проекта). Соответственно, если поправки в ГК РФ будут приняты в таком виде, вероятнее всего, в перспективе произойдет поглощение понятием «внутренние отношения» в смысле подп. 7 п. 2 ст. 1202 ГК РФ всех вопросов, так или иначе связанных с участием в управлении российскими корпорациями, а потому российское материальное право будет применяться непосредственно к вопросам, иным образом урегулированным в корпоративных договорах, подчиненных нормам иностранного права, но заключенных по поводу участия в российских корпоративных образованиях.

Вне зависимости от того, подчинили стороны положения корпоративного договора нормам иностранного права или находятся сугубо в рамках национального правового поля, нередко участники таких договоров включают в числе прочих положений арбитражную оговорку, предполагающую передачу споров из такого договора на рассмотрение негосударственного коммерческого арбитража. Причем если до недавних пор вопрос арбитрабельности корпоративных споров обсуждался исключительно в доктрине (при этом нельзя сказать, что он получил широкое освещение в российской литературе вопроса⁹¹), то совсем недавно он всколыхнул широкую юридическую общественность⁹² в связи с рядом судебных актов высших

⁹⁰ См. постановление ФАС Поволжского округа от 25.05.2011 по делу № А57-7487/2010 (дело ЗАО «Агро», сторонами избрано право Швеции, соглашение признано судом недействительным по ст. 168 ГК РФ как противоречащее императивным нормам Закона об АО и заключенное неуполномоченным представителем, применение иностранного права невозможно в силу п. 1, подп. 7 п. 2 ст. 1202 ГК РФ).

⁹¹ См.: Сковрцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: Проблемы. Тенденции. Перспективы. М., 2005, С. 408–409; Пашкова Е.Ю. Подведомственность арбитражным судам споров, возникающих из корпоративных правоотношений: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006, С. 173–186; Бурачевский Д. Третейская форма защиты прав по делам, связанным с участием в акционерном обществе // Арбитражный и гражданский процесс. 2008. № 8. С. 37–40.

⁹² См.: Арбитрабельность корпоративных споров // Закон. 2012. № 3. С. 15–31; Лисицын-Светланов А.Г. Арбитрабельность корпоративных споров по российскому праву: *pro et contra* // Закон. 2012. № 5. С. 192–196.

судов⁹³. Видимо, в дискуссии по этому вопросу пока что рано ставить точку⁹⁴. Однако до появления каких-либо позитивных разъяснений со стороны высших судов или принятия соответствующих поправок в законодательство общим для российского правопорядка будет подход, не допускающий арбитрабельность корпоративных споров, в том числе проистекающих из ранее заключенных корпоративных договоров.

Итак, как по вопросам применения иностранного материального права к корпоративным договорам, заключаемым по поводу участия в российских корпорациях, так и по вопросам арбитрабельности корпоративных споров, вытекающих из корпоративных договоров, даже если эти договоры подчиняются законодательству РФ, отечественный правопорядок занимает крайне консервативную позицию, не допуская выхода таких соглашений за рамки российского правового поля и российских (государственных) арбитражных судов.

- 7.2. Как уже отмечалось, в немецкой литературе превалирует мнение, что соглашения участников выполняют предпосылки гражданско-правового соглашения о совместной деятельности, которые, однако, могут влиять на другие органы общества, причем как на их персональный состав, так и на предметную детальность, а потому такие соглашения имеют корпоративную составляющую. Такие общества частного права рассматриваются в качестве правоспособных образований, если они участвуют в гражданском обороте. В этом случае к ним применяются положения о юридических лицах.

Вопрос о применимом праве решается согласно личному статусу хозяйственного общества. Как определить этот статус, законодательно на сегодня не урегулировано. Долгое время в немецком праве господствовала теория, в соответствии с которой применимое к корпорации право определялось по месту нахождения эффективного органа управления обществом. Однако другие европейские государства от этой теории отказались в пользу теории места создания (инкорпорации) общества. В связи с этим при заключении соглашений с лицами из государств, не входя-

⁹³ См. постановление ФАС Московского округа от 10.10.2011 № А40-35844/11-69-311 и определение ВАС РФ от 30.01.2012 № ВАС-15384/11 по тому же делу (дело не передано на рассмотрение Президиума ВАС РФ, при этом ВАС РФ поддержал позицию нижестоящих судов, что рассмотренный МКАС при ТПП РФ корпоративный спор является неарбитрабельным в соответствии с нормами ст. 33 и 225.1 АПК РФ, а также п. 29 информационного письма Президиума ВАС РФ от 22.12.2005 № 96 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов, об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов» (противоречие публичному порядку РФ)), а также определение Конституционного Суда РФ от 21.12.2011 № 1804-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Максимова Николая Викторовича на нарушение его конституционных прав пунктом 2 части 1 статьи 33 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» (отказано в принятии жалобы заявителя, вопрос арбитрабельности по существу не обсуждался). Однако и ранее в судебной-арбитражной практике можно было встретить позицию о неарбитрабельности таких споров (см. постановление ФАС Московского округа от 11.10.2006 № КГ-А40/8672-06 по делу № А40-27193/06-30-160 (спор по поводу долей в уставном капитале ООО неарбитрабелен)).

⁹⁴ В настоящее время, как следует из сообщений в СМИ, на рассмотрении Конституционного Суда РФ находится повторная жалоба по указанному делу № А40-35844/11-69-311, в которой заявитель ставит вопрос о неконституционности ограничений по разрешению третейскими судами корпоративных споров (см.: www.pravo.ru).

щих в Европейский союз, к данной группе отношений в Германии применяется личный статут юридического лица, определяемого по месту нахождения органов управления обществом⁹⁵. Если признаки юридического лица отсутствуют, то применимое право определяется по статуту договора⁹⁶.

В рамках других отношений участников корпоративного образования, в частности купля-продажа акций или долей общества, совместная деятельность без создания собственной организационной структуры, стороны соглашения вправе, в том числе конклюдентно, избрать иное материальное право, применимое к их отношениям. В иных случаях применимое право определяется правом той страны, с которой договор имеет наиболее тесную связь.

Споры, возникающие в связи с соглашением участников, могут быть переданы на рассмотрение третейского суда. Такую возможность в одном из своих ранних решений подтвердил Верховный суд Германии⁹⁷.

В соответствии с решением Верховного суда Германии арбитражная оговорка является действительной, если имеет следующие предпосылки:

«Арбитражная оговорка должна быть включена в устав по соглашению всех участников; альтернативно достаточно заключения всеми участниками и обществом соглашения за рамками устава»;

«Каждый участник, наряду с органами общества, должен быть проинформирован о возбуждении и ходе рассмотрения дела в том объеме, который позволил бы ему вступить в процесс в качестве третьего лица»;

«Каждый участник должен иметь возможность участвовать в выборе и назначении судьи, если он не назначается нейтральной организацией (лицом); в рамках участия нескольких участников общества на одной стороне спорного правоотношения может быть применен принцип большинства...»;

«Наконец, должно быть гарантировано, что все споры, касающиеся предмета разбирательства, подлежат рассмотрению в данном суде».

Таким образом, немецкое право по общему правилу распространяет на корпоративные договоры личный статут юридического лица, хотя бы и определяемый по критерию, отличному от принципа инкорпорации, однако в части арбитрабельности споров, вытекающих из корпоративного договора, позволяет участникам договора передавать такие споры на рассмотрение третейских трибуналов.

⁹⁵ BGH NJW 2009, 289.

⁹⁶ Thorn in: Palandt, BGB, (IPR) Rom I, 1 Rz. 12, 71 Aufl. (2012); Trölitzsch in: Ziemons/Jäger, Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, Gesellschaftervereinbarungen, Rz. 10, Stand 1.6.2012. Решающим является в связи с этим выбор сторон, а затем место, определяющее характер обязательства.

⁹⁷ BGH NJW 2009, 1962.