

## Ответственность органов управления

В соответствии со статьей 97 Гражданского Кодекса Украины органами управления обществом являются общее собрание участников и исполнительный орган, если иное не установлено законом.

Статья 89 Хозяйственного Кодекса Украины предусматривает, что управление деятельностью хозяйственного общества осуществляют его органы и должностные лица. Должностные лица включают в себя помимо главы и членов исполнительного органа, главу ревизионной комиссии, а также главу и членов наблюдательного совета.

Должностные лица общества должны осуществлять свою деятельность добросовестно и в интересах компании. Компетенция должностных лиц определена законодательством Украины, уставом и внутренними положениями общества. За причинение должностными лицами ущерба обществу, должностные лица несут ответственность, предусмотренную законом и учредительными документами общества. Ответственность должностных лиц может быть уголовной, административной и гражданско-правовой. В настоящей статье я остановлюсь на гражданско-правовой ответственности должностных лиц перед обществом. В соответствии с ч.3 ст.63 Закона Украины «Об акционерных обществах» (далее – **Закон об АО**) если несколько должностных лиц несут ответственность перед обществом, то их ответственность является солидарной.

Рассмотрим ситуацию, когда лицо, исполняющее функции единоличный исполнительного органа (далее – **Генеральный директор**) акционерного общества (далее – **Общество**), воспользовавшись своими полномочиями, без получения согласия наблюдательного совета Общества, заключил сделку от имени Общества с лицом, связанным с Генеральным директором, по ценам, выше рыночных (далее – **Сделка**) и тем самым причинил Обществу материальный ущерб. Как Общество может защитить себя в подобной ситуации? Прежде всего, наблюдательный совет Общества может прекратить полномочия Генерального директора, или если такое полномочие уставом Общества отнесено к компетенции общего собрания акционеров, то наблюдательный совет может отстранить Генерального директора до вынесения решения общего собрания о прекращении полномочий Генерального директора.

Если другая сторона Сделки является аффилированным лицом по отношению к Генеральному директору (например, Генеральный директор владеет 100% долей в юридическом лице, которое является стороной Сделки), то в соответствии со статьей 71 Закона об АО, такая Сделка считается сделкой с заинтересованностью и наблюдательный совет Общества должен дать разрешение на заключение Сделки. Если же, как в указанном примере, согласие наблюдательного совета не было получено, то Генеральный директор несет перед Обществом ответственность в размере причиненного ущерба. Также суд может признать Сделку недействительной, если лицо, совершившее Сделку, знало или должно было знать о несоблюдении указанных требований. Учитывая тот факт, что в нашем примере Сделка совершается между Обществом и лицом, которое контролируется Генеральным директором, обе стороны сделки должны были знать о том, что требуется согласие наблюдательного совета Общества и соответственно сделка может быть признана судом недействительной.

В соответствии с ч.2 ст.72 Закона об АО, в случае совершения Сделки, как описано выше, Общество само либо любой из его акционеров имеет право требовать признание Сделки недействительной и возмещение убытков и/или морального ущерба. Интересным является тот факт, что законодатель дает любому акционеру возможность признавать сделку

недействительной и требовать возмещения убытков. Таким образом, Закон об АО пытается защитить права миноритарных акционеров.

Для сравнения, по праву Англии в случае, когда ущерб причинен компании, по общему правилу только компания является надлежащим истцом. В соответствии с правилом, сформулированным в деле *Foss v Harbottle (1843)* миноритарные акционеры не могут быть истцами в случае, если ущерб причинен компании, даже если сама компания отказывается принимать какие-либо действия.

Однако с момента формулирования правила *Foss v Harbottle* прошло более ста лет и суд счел, что далеко не всегда ситуация, в которой миноритарные акционеры не могут подать в суд для защиты прав компании, является справедливой. Поэтому в судебной практике Англии были сформулированы случаи, в которых правило *Foss v Harbottle* не применяется:

1. Когда акционеры, владеющие большинством акций в компании, голосуют таким образом, что действия против миноритариев являются по сути мошенническими – как правило, в такой ситуации крупные акционеры сами же являются директорами и если миноритариев лишить права обращаться в суд, то это будет несправедливо.
2. Когда директора виновны в нарушении своих обязательств перед компанией и такие нарушения не подлежат ратифицированию акционерами - например, дело *Pavlides v Jensen (1965)*.
3. Когда компания совершает противоправные действия – например, дело *North-West Transportation Co v Beatty (1887)*.
4. Когда компания пытается принять обыкновенную резолюцию, в случаях, когда требуется специальная резолюция или иная специальная процедура – дело *Edwards v Halliwell (1950)*.
5. Когда компания действует на основании резолюции, которая не имеет силы, так как не было отправлено надлежащее уведомление о собрании, на котором она была принята – дело *Kaye v Croydon Tramways (1898)*.

В случаях, перечисленных выше, суд допускает, что миноритарные акционеры могут быть истцами. Однако значение указанных исключений заметно уменьшилось вследствие нормативного закрепления в Законе о Компаниях 2006 года (в статье 260, которая вступила в силу 1 октября 2007 года) права акционеров на подачу деривативного иска. Деривативный иск определен как иск, инициированный акционером компании, при этом основания для предъявления иска имеет сама компания и предметом иска является защита интересов компании. Деривативный иск может быть подан против директора или иного лица, однако основанием для деривативного иска может быть только действие либо бездействие директора компании.

Право на подачу деривативного иска является важным инструментом защиты прав миноритарных акционеров. В Украине судебная практика идет таким образом, что акционеры не вправе обращаться в суд за защитой прав и интересов других акционеров и самого общего, если они не уполномочены на это самим обществом или если это право не предоставлено им уставом общества. Такую позицию выразил Верховный Суд Украины в Постановлении «О практике рассмотрения судами корпоративных споров» от 24.10.2008 года №13 и Высший Хозяйственный Суд Украины в Рекомендации от 28.12.2007 года N 04-5/14 «О практике применения законодательства при рассмотрении дел, которые

возникают из корпоративных отношений». Интересно будет наблюдать, изменится ли практика рассмотрения подобных споров в свете статьи 72 Закона об АО.

Как указано выше в соответствии со статьей 72 Закона об АО лицо, заинтересованное в совершении сделки, несет ответственность перед Обществом в размере причиненного Обществу ущерба. В нашем примере заинтересованным лицом является Генеральный директор. Следует помнить, что Генеральный директор является работником Общества и на него распространяются нормы трудового права, в частности нормы о материальной ответственности работников перед обществом. По общему правилу, работники, по вине которых обществу причинен ущерб, несут материальную ответственность в размере прямого действительного ущерба, но не более своего среднего месячного заработка. Однако с Генеральным директором может быть заключен контракт, условиями которого может быть предусмотрена иная ответственность (в том числе материальная). Более того, контракт с Генеральным директором может содержать условия о гарантировании Обществом возмещения Генеральному директору расходов, понесенных Генеральным директором в связи с претензиями, предъявляемыми к нему третьими лицами либо расследованиями в отношении его деятельности (далее - **Расходы**). Законодательство Украины не содержит ни разрешения, ни запрета обществам гарантировать своим должностным лицам компенсацию таких Расходов, однако практика включения таких положений в трудовые контракты растет, особенно в связи с выходом украинских компаний на международные рынки капитала и ростом интеграции украинской экономики в мировую экономическую систему.

Отсутствие какого-либо законодательного регулирования возможности либо невозможности гарантировать должностным лицам возмещение Расходов, скорее всего, связано с недостаточно развитой практикой применения подобных положений в Украине. В то же время например в Англии существует общий запрет о том, что компания не может гарантировать директорам возмещение Расходов, которые возникли в результате нарушения директором своих обязанностей или доверия компании, директором которой он является (статья 232 Закона о Компаниях 2006 года). Такой запрет направлен на защиту компаний от ущерба, причиненного их директорами, однако эта защита должна быть сбалансирована с необходимостью поощрения лиц, которые занимают позицию директоров и привлечению к руководству компаниями наиболее опытных и способных руководителей. Этой цели служит покупка и поддержание компанией страховки ответственности директора, а также гарантирование возмещения разрешенных расходов (см. ниже). Такие разрешенные расходы включают в себя расходы, связанные с ответственностью директора перед третьими лицами (не компанией или связанными компаниями), при условии, что такие расходы не включают:

1. расходы директора в отношении уплаты штрафа, присужденного ему за совершение уголовного преступления, или суммы штрафа, назначенного регуляторными органами за какие-либо нарушения регуляторного характера;
2. расходы директора, понесенные при защите его интересов в уголовном производстве;
3. расходы директора, понесенные при защите его интересов в гражданском производстве, инициированном компанией или связанными компаниями;
4. расходы, связанные с подачей ходатайства (которое было отклонено) о получении освобождения от ответственности, предусмотренного Законом о Компаниях 2006 года.

На практике это означает, что компания может гарантировать директору возмещение всех его расходов, связанных с ответственностью перед третьими лицами (кроме тех, которые прямо запрещены), но директор продолжает нести полную ответственность перед самой компанией за свои действия, и компания не может гарантировать директору возмещения его расходов в связи с такой ответственностью.

В практике иных государств ответственность директоров как перед третьими лицами так и перед обществом ограничивается несколькими основными способами, среди которых хотелось бы отметить положения об ответственности членов Совета Директоров и высших должностных лиц закрепленные в трудовых контрактах (“indemnification provisions”) с такими лицами и страхование ответственности таких лиц (о которой было упомянуто выше). Причем, что касается страхования ответственности, то тут страхуются два основных типа рисков – риски общества возникающие из ненадлежащего исполнения Директорами и высшими должностными лицами («Руководители») своих обязанностей перед обществом и их ответственность за ущерб причиненный обществом третьим лицам. В отдельных странах существуют иные способы ограничения ответственности генеральных директоров и иных Руководителей, такие как институт нематериально ответственного генерального директора (или главного бухгалтера) в России или законодательно установленные соглашения о персональной ответственности Руководителей кредитно-финансовых организаций в Литве. Такие меры вытекают из особенностей законодательства этих стран и не имеют «универсального» применения.

Практика договорного ограничения ответственности Руководителей общества особенно широко распространена в странах, где Руководителей можно привлечь к административной, гражданской и/или уголовной ответственности третьими лицами за ущерб причиненных обществом в ходе его хозяйственной деятельности. Такие нормы содержатся в законодательстве Англии (напр. Ст.397 Закона о Финансовых Услугах 2000 г.) в России (напр. Ст.ст.7.3, 7.12-7.20, 8.21 КоАП РФ), в США (напр.с.11 Закона о Ценных Бумагах США 1933 г.). На практике, в основном, в силу принципов коллегиальности руководства и разграничения между юридическим лицом и личности его Руководителей, общество освобождает их (в пределах допустимом законодательством) от персональной ответственности за действия общества, закрепляя в трудовых соглашениях норму о возмещении Руководителям Расходов. Такие нормы содержатся в трудовых контрактах с Руководителями практически всех публичных компаний. В соответствие с правилами раскрытия биржевой информации в ЕС и США основные условия (включая положения об ограничении ответственности) таких контрактов подлежат раскрытию в отчетности публичных компаний.

Страхование ответственности директоров имеет две цели – гарантировать им возмещение Расходов в случае привлечения к ответственности за ущерб третьим лицам и возмещение обществу убытков причиненных их деяниями обществу особенно в ситуации когда их действия нанесли значительный материальный ущерб (например дело Энрон в США или авария на Саяно-Шушенской ГЭС в России).

Особенно распространено страхование ответственности Руководителей за неправильное и/или неполное раскрытие информации в проспекте первичного размещения ценных бумаг. Получения такой страховки является обязательным условием получения котировок на биржах ЕС и США.

Набирает силу и страхование других видов ответственности Руководителей как перед обществом, так и перед третьими лицами. О введении таких страховых программ только за последнее время было объявлено в ОАО «Лукойл», ОАО «Полюс Золото», ОАО «ОМЗ

Уралмаш – Ижора», ЗАО «Гражданские самолеты Сухого» в России, ТОО «Казахмыс», АО «ТенгизШевройл» в Казахстане, RioTinto, RTZ, AngloGold в ЮАР и Австралии.

Однако необходимо учитывать, что общество не может гарантировать себе полное возмещение причиненных убытков с помощью страхования гражданско-правовой ответственности директоров. Механизм страхования ответственности работает по традиционной схеме: при наступлении страхового случая у застрахованного лица (установлении судом ответственности директора) страховая компания выплачивает обществу сумму страхового возмещения (установленный объем ответственности директора перед обществом), которая может существенно отличаться от размера причиненного ущерба. Во-первых, зачастую (особенно при наличии злого умысла) сложно доказать причинно-следственную связь между ущербом причиненным обществу и деяниями Руководителя. Во-вторых, несение обществом затрат по страхованию риска ненадлежащей деятельности своих директоров, на мой взгляд, неверно. Получается, что директора страхуют свои риски за счет средств общества, против которого и совершаются злоупотребления. Это, навряд ли является дополнительным стимулом к добросовестной работе.

На мой взгляд укреплению института ответственности Руководителей будет способствовать максимально полное определение прав и обязанностей директоров. В частности, Закон об АО следует дополнить статьей "Права и обязанности члена совета директоров (наблюдательного совета)":

"1. Член совета директоров (наблюдательного совета) обязан:

- добросовестно и всестороннее изучать вопросы, подлежащие рассмотрению советом директоров общества;
- сообщать обществу о наличии конфликта его интересов и интересов общества при голосовании по конкретному вопросу повестки дня заседания совета директоров.

2. Член совета директоров (наблюдательного совета) вправе:

- принимать участие в заседании совета директоров;
- требовать проведения ревизионной проверки финансово-хозяйственной деятельности общества и работы лиц, составляющих органы общества;
- осуществлять полномочия члена совета директоров свободно и под свою ответственность, без вмешательства третьих лиц в свою деятельность;
- получать вознаграждение в размеры и в сроки, установленные решением общего собрания акционеров о порядке выплаты такого вознаграждения;
- получать любую информацию о деятельности общества от единоличного исполнительного органа общества, работников общества, а также самостоятельно.

3. Члену совета директоров (наблюдательного совета) запрещается:

- извлекать какие-либо доходы в связи с деятельностью в совете директоров общества, отличные от тех, которые определены для него решением общего собрания акционеров общества;
- прямо или косвенно осуществлять деятельность, конкурирующую с деятельностью общества, в том числе являться лицом, выполняющим функции единоличного исполнительного органа такой конкурирующей организации, акционером (участником), владеющим совместно со своими аффилированными лицами количеством акций (долей), достаточной для назначения единоличного исполнительного органа и(или) большинства состава совета директоров;

- занимать должности или состоять в трудовых отношениях с лицами, которые ведут деятельность, конкурирующую с деятельностью общества, оказывать услуги (выполнять работы), вести деятельность, конкурирующую с основной хозяйственной деятельности общества;
- совершать какие-либо действия, которые приведут к конфликту интересов члена совета директоров и интересов общества и(или) акционера (акционеров) общества;
- совершать сделки с акционерным обществом, организациями, которые в силу преобладающей доли участия акционерного общества в ее капитале или по иным причинам, позволяющим акционерному обществу определять содержание решений, принимаемых органами такой организации, за исключением трудового договора, а также мелких сделок, при этом стоимость имущества, являющегося предметом таких сделок, не может быть более (одного десяти миллионов гривен) в течение года;
- использовать информацию, полученную в связи с исполнением своих функций, для достижения собственной выгоды или в ущерб обществу".

На сегодняшний день в Украине положения об ответственности должностных лиц перед обществом, о порядке привлечения к такой ответственности, а также возможности ограничения такой ответственности, являются недостаточно урегулированными. Законодательное закрепление четкого объема прав и обязанностей должностных лиц и оснований и пределов ограничения их ответственности а также механизмов компенсации расходов, понесенных в связи с такой ответственностью, схожих с правилами, закрепленными в Законе о Компаниях 2006 года Великобритании, Законом о Ценных Бумагах США 1933 года и Правилами ЕС способствовало бы выработке единой практики ограничения ответственности должностных лиц посредством различных договорных и страховых инструментов, а также повышению стандартов корпоративного управления в Украине.

Плющ Алина

Ведущий юрист АО «ЮФ Василь Кисиль и Партнёры»