

Андрей Глушецкий

профессор Высшей школы финансов и менеджмента Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ,
генеральный директор Центра корпоративных стратегий,
зам. главного редактора еженедельника «Экономика и жизнь».

ПОНЯТИЕ КОЛИЧЕСТВЕННЫЙ СОСТАВ КОЛЛЕГИАЛЬНОГО ОРГАНА ХОЗЯЙСТВЕННОГО ОБЩЕСТВА И ИЗБРАНИЕ ЕГО ЧЛЕНОВ

Законодательные требования к количественному составу совета директоров

С кумулятивным голосованием как способом восполнения недостатка корпоративных инвестиционных прав при формировании коллегиальных органов хозяйственного общества связано законодательное требование о минимальном количественном составе совета директоров. Установлено, что «количественный состав совета директоров (наблюдательного совета) общества определяется уставом общества или решением общего собрания акционеров, но не может быть менее чем пять членов» (п.3 ст.66 ФЗ «Об АО»).

Данная норма имеет следующий регулятивный смысл. При кумулятивном голосовании имеется обратная пропорциональная зависимость между количеством избираемых членов органа общества и количеством голосов необходимым для избрания одного члена этого органа: чем больше количественный состав органа, тем меньше голосов необходимо для избрания одного члена этого органа (см. таблицу № 3).

До введения выше указанной нормы имелись злоупотребления со стороны доминирующих акционеров. Под их влиянием устанавливался незначительный количественный состав совет директоров, и неконтролирующие акционеры лишались фактической возможности провести своего кандидата.

В настоящее время количественный состав совета директоров акционерного общества, независимо от способа его определения (уставом или решением общего собрания акционеров) не может составлять менее пяти членов. Это означает, что участники собрания, консолидировано распоряжающиеся не менее 16,7% голосов, проведут одного кандидата.

Законодательное определение минимального количественного состава коллегиального органа хозяйственного общества, избираемого кумулятивным голосованием, создает гарантии для неконтролирующих участников реализации их права на избрание своих кандидатов в этот орган.

Это повышает вероятность того, что они «проведут» своего кандидата.

Иногда эту норму закона трактуют как обязанность общества сформировать совет директоров в количественном составе не менее пяти членов. На наш взгляд, это не верно.

Определение количественного состава совета директоров и избрание членов совета директоров – два самостоятельных вопроса компетенции общего собрания акционеров. Решения по ним могут приниматься на разных общих собраниях акционеров.

Анализируемая норма закона *содержит требования к решению общего собрания акционеров, которым определяется количественный состав совета директоров, либо вносятся изменения в устав, устанавливающие количественный состав этого органа.* Уставом или решением общего собрания акционеров нельзя установить количественный состав совета директоров менее, чем пять членов.

Однако, данная норма не относится к иному вопросу компетенции общего собрания акционеров – избрание членов совета директоров. Закон не содержит требования, согласно которому, совет директоров должен быть избран в количестве не менее пяти членов.

Избрание совета директоров не в полном количественном составе

Какие последствия порождает избрание совета директоров в составе меньшем, чем количественный состав этого органа, определенный уставом или решением общего собрания акционеров?

Распространено мнение, что в этом случае не принято решение об избрании совета директоров. Приведем типичные суждения такого рода: «при избрании совета директоров кумулятивным голосованием акционеры свои голоса могут распределить так, что в итоге не наберется должного количество голосов, необходимых для формирования полного состава совета директоров. При таком голосовании решение об избрании совета директоров будет считаться непринятым. Соответственно новый состав совета на текущий год не будет избран»¹. Далее автор рассуждает о серьезных негативных последствиях не избрания совета директоров вплоть до «приостановления деятельности компании». По нашему мнению нельзя согласиться с данными утверждениями.

Как уже отмечалось выше, к компетенции общего собрания акционеров относится избрание *членов совета директоров*, а не совета директоров в целом (подп.4 п.1 ст.48 ФЗ «Об АО»). Общее собрание акционеров принимает решение по каждому из кандидатов, внесенных в бюллетень для голосования о его избрании в совет директоров. При кумулятивном голосовании по выборам членов совета директоров акционер вправе отдать свои голоса полностью за одного кандидата или распределить их между

¹ Очаковская К. Неизбрание совета директоров как препятствие нормальному функционированию общества // Слияния и поглощения. 2010. № 10. С.57.

двумя и более кандидатами. Акционеры выражают свое мнение по каждому из кандидатов, включенных в бюллетень для голосования.

Общее собрание принимает не одно решение об избрании совета директоров, а несколько самостоятельных решений по каждому из кандидатов в орган общества.

Кейс. Число избранных членов совета директоров меньше, чем его количественный состав, определенный в уставе.

Уставом общества количественный состав совета директоров определен в пять членов.

В бюллетень для голосования включено шесть кандидатов. Они получили следующее количество голосов:

- кандидат «А» – 20 голосов,
- кандидат «Б» – 19 голосов,
- кандидат «В» – 18 голосов,
- кандидат «Г» – 10 голосов,
- кандидат «Д» – 10 голосов,
- кандидат «Е» – 10 голосов.

«Избранными в состав совета директоров (наблюдательного совета) общества считаются кандидаты, набравшие наибольшее число голосов» (п.4 ст.66 ФЗ «Об АО»).

Решения, принятые общим собранием акционеров:

- избрать в совет директоров общества кандидата «А»,
- избрать в совет директоров общества кандидата «Б»,
- избрать в совет директоров общества кандидата «В».

Правомочны ли эти решения общего собрания акционеров?
Правомочны.

Решения приняты по вопросам, отнесенным законом и уставом общества к компетенции общего собрания акционеров.

На собрании имелся кворум.

Избранные кандидаты получили наибольшее в отношении остальных кандидатов число голосов.

При избрании каждого из них не было допущено нарушений закона и устава общества.

По каким основаниям можно обжаловать решение общего собрания акционеров об избрании указанных кандидатов в совет директоров?

Таких оснований нет.

Иногда используются термины, отсутствующие в корпоративном законодательстве, в частности *«несформированный состав совета директоров»* или *«несостоявшиеся выборы совета директоров»*. По существу такие понятия означают отсутствие положительного решения об избрании хотя бы одного кандидата в совет директоров.

Допустим, в совет директоров избран один кандидат. Совет директоров сформирован, но его компетенция ограничивается обязанностью принятия решения только по одному вопросу: «обязан принять решение о проведении внеочередного общего собрания акционеров для избрания нового состава совета директоров (наблюдательного совета) общества» (п.2 ст.68 ФЗ «Об АО»). Нельзя избрать новый состав совета директоров, не прекратив полномочия ранее избранного члена совета директоров.

Требование закона о том, что количественный состав совета директоров должен быть определен не ниже установленного уровня, направлено на то, чтобы предоставить возможность акционерам, распоряжающимся определенным количеством голосов в общем собрании акционеров, провести своих кандидатов. Но закон не содержит норм обязывающих избрать совет в данном количественном составе.

Эта норма не накладывает обязанности на участников хозяйственного общества голосовать определенным образом. Участники могут не воспользоваться предоставленной им возможностью и не провести своих кандидатов в коллегиальный орган общества. Участник может вообще не принять участия в голосовании.

Идея о том, что коллегиальный орган хозяйственного общества, в частности совет директоров, должен непременно формироваться в количественном составе, который определен в уставе или решении общего собрания порождает достаточно неконструктивные выводы для гражданского оборота.

Согласно Кодекса корпоративного поведения, рекомендованного к применению Распоряжением ФСФР РФ от 04.04.2002. № 421/р, «*совет директоров должен пользоваться доверием акционеров, в противном случае он не сможет эффективно выполнять свои функции*».

Корпоративное законодательство исходит из того, что совет директоров – ключевой орган в системе корпоративного управления. Акционеры определяют персональный состав членов совета директоров, которым они доверяют управление своими инвестициями. Если они считают возможным доверить управление своими инвестициями трем подготовленным квалифицированным менеджерам (иных квалифицированных специалистов, пользующихся их доверием, нет), может ли закон требовать привлечения любых «завалящих» кандидатов, лишь бы количество членов совета директоров соответствовало идеальной цифре? Именно поэтому в законе нет нормы, обязывающей избрать совет директоров в каком-либо конкретном количественном составе.

Закон обеспечивает возможность неконтролирующим участникам хозяйственного общества избрать своих кандидатов в коллегиальный орган общества. Но закон не накладывает обязанности на участников хозяйственного общества сформировать этот орган в строго определенном количестве.

Функционирование коллегиального органа общества не в полном составе

Закон допускает возможность функционирования коллегиального органа хозяйственного общества, в том числе и совета директоров, в меньшем количественном составе, по сравнению с тем, который определен в уставе или решении общего собрания.

Во – первых, корпоративное законодательство использует конструкцию «*выбывших членов совета директоров*», что предполагает функционирование совета директоров в неполном составе².

Во – вторых, имеется понятие «кворум» для заседания (принятия решений) органами юридического лица.

Кворум – это минимально допустимое число членов органа хозяйственного общества, при котором он правомочен рассматривать и принимать решения по вопросам своей компетенции.

По общему правилу, не требуется, чтобы коллегиальный орган хозяйственного общества функционировал в составе, определенном учредительными документами или решением общего собрания. Для принятия решений достаточно наличия кворума.

Вернемся к рассмотренному выше примеру, когда число избранных членов совета директоров меньше, чем его количественный состав, определенный в уставе. В совет директоров избрано три члена. Согласно уставу кворум составляет не менее половины от количественного состава, предусмотренного уставом общества (пять членов). Совет директоров в составе трех членов может принимать решения по вопросам своей компетенции.

В случаях, когда требуется единогласное решение, то оно принимается всеми членами совета директоров, под которыми понимаются все лица, избранные в его состав (за исключением выбывших). При этом единогласие должно иметься между действующими членами коллегиального органа, а не между идеальным количественным составом, определенным уставом или решением общего собрания акционеров.

Допустим, общее собрание акционеров приняло решение об избрании в совет директоров пяти кандидатов. Спустя час после завершения собрания двое из них выбыли (несчастный случай). Учитывая, что уставом кворум для

² В силу п.2 ст.79 ФЗ «Об АО» «решение об одобрении крупной сделки, предметом которой является имущество, стоимость которого составляет от 25 до 50 процентов балансовой стоимости активов общества, принимается всеми членами совета директоров (наблюдательного совета) общества единогласно, при этом не учитываются голоса **выбывших членов совета директоров** (наблюдательного совета) общества».

Согласно п.2 ст. 28 ФЗ «Об АО» «решение совета директоров (наблюдательного совета) общества об увеличении уставного капитала общества путем размещения дополнительных акций принимается советом директоров (наблюдательным советом) общества единогласно всеми членами совета директоров (наблюдательного совета) общества, при этом не учитываются голоса **выбывших членов совета директоров** (наблюдательного совета) общества».

проведения заседаний (принятия решений) совета директоров определен в три члена, совет директоров может продолжить полноценное функционирование.

Рассмотрим другую ситуацию. Общее собрание приняло решение об избрании в совет директоров трех членов. По мнению некоторых комментаторов, такой состав совета директоров якобы «нелегитимен». Этот подход является исключительно формальным и абсолютно оторванным от потребностей корпоративной практики. Почему выбытие членов совета директоров не делает его «нелегитимным», а избрание его в таком же составе – трактуется как «нелегитимность»?

В законе вообще отсутствует конструкция «нелегитимного» совета директоров, в том числе ввиду сокращения его состава.

Закон содержит понятие компетенция – это совокупность прав и обязанностей органа юридического лица. Если количественный состав совета директоров становится менее, чем кворум, то его компетенция ограничивается обязанностью принятия решения только по одному вопросу. *«В случае, когда количество членов совета директоров (наблюдательного совета) общества становится менее количества, составляющего ... кворум, совет директоров (наблюдательный совет) общества обязан принять решение о проведении внеочередного общего собрания акционеров для избрания нового состава совета директоров (наблюдательного совета) общества»* (п. 2 ст. 68 ФЗ «Об АО»).

Понятие «количественный состав органа общества» и его функции

Корпоративное законодательство использует понятие «количественный состав» коллегиального органа хозяйственного общества, в частности – совета директоров. Для каких целей оно применяется?

1. *Законодательное определение минимального количественного состава коллегиального органа хозяйственного общества, избираемого кумулятивным голосованием, создает гарантии для неконтролирующих участников реализации их права на избрание своих кандидатов в этот орган.*

2. *Количественный состав коллегиального органа хозяйственного общества определяет максимально допустимое число его членов.*

В учредительных документах общества или решением общего собрания устанавливается количественный состав соответствующего коллегиального органа общества (совета директоров, правления, ревизионной комиссии). Это максимальная граница, в пределах которой может быть сформирован данный орган. Если его состав определен в семь членов, то это означает, что не может быть избрано более семи его членов. Но нет запрета на то, что участники могут доверить управление своими инвестициями меньшему числу профессиональных менеджеров.

В законе нет требования о том, что коллегиальный орган хозяйственного общества должен быть сформирован именно в том количественном составе, который предусмотрен учредительными документами или решением общего

собрания. Он может быть сформирован в составе, не превышающем установленный количественный состав.

3. *Количественный состав коллегиального органа хозяйственного общества, зафиксированный решением общего собрания или уставом общества, необходим для определения кворума этого органа.*

По общему правилу, кворум определяется от количественного состава коллегиального органа хозяйственного общества, предусмотренного учредительными документами или решениями уполномоченных органов.

4. *Количественный состав коллегиального органа хозяйственного общества, зафиксированный решением общего собрания акционеров или уставом общества, устанавливает максимальное число кандидатов, которое может содержать предложение о выдвижении кандидатов в данный орган.*

«Акционеры (акционер), являющиеся в совокупности владельцами не менее чем 2 процентов голосующих акций общества, вправе ... выдвинуть кандидатов в совет директоров (наблюдательный совет) общества, коллегиальный исполнительный орган, ревизионную комиссию (ревизоры) и счетную комиссию общества, число которых не может превышать **количественный состав** соответствующего органа» (п. 1 ст. 53 ФЗ «Об АО»).

5. *Количественный состав коллегиального органа, зафиксированный решением общего собрания акционеров или уставом общества, определяет количество голосов, которыми обладает акционер при кумулятивном голосовании по выборам членов этого органа.*

Согласно п.4 ст.66 ФЗ «Об АО» «*при кумулятивном голосовании число голосов, принадлежащих каждому акционеру, умножается на **число лиц, которые должны быть избраны в совет директоров (наблюдательный совет) общества, и акционер вправе отдать полученные таким образом голоса полностью за одного кандидата или распределить их между двумя и более кандидатами***».

Особенности определения количественного состава коллегиального органа решением общего собрания

«Количественный состав совета директоров определяется уставом общества или решением общего собрания акционеров» (п.4 ст.66 ФЗ «Об АО»). Закон предоставил выбор: определить количественный состав совета директоров акционерного общества в уставе общества, либо – решением общего собрания акционеров.

Если количественный состав совета директоров определен в уставе общества, то для его пересмотра необходимо большинство в три четверти голосов, владельцев голосующих акций, участвующих с собрания. Именно таким количеством голосов вносятся изменения и дополнения в устав акционерного общества.

Для определения количественного состава совета директоров решением общего собрания акционеров, необходимо простое большинство голосов участников собрания. Последний вариант привлекает возможностью более легкого изменения численного состава этого органа. Однако порождает организационные трудности.

В какой момент времени должен быть определен количественный состав совета директоров, подлежащий избранию на общем собрании акционеров? Можно ли в рамках повестки дня одного общего собрания сначала определить количественный состав совета директоров, а потом, исходя из принятого решения, провести его выборы?

На наш взгляд, такая конструкция неправомерна в силу следующих причин.

1. В принципе не допустима конструкция подведения итогов голосования по отдельным вопросам повестки дня в ходе собрания, до окончания регистрации его участников. Нельзя, обсудив первый вопрос повестки дня, – определение количественного состава совета директоров, подвести итоги голосования по нему, а затем перейти к обсуждению других вопросов повестки дня – избрание членов совета директоров.

Пока не закончилась регистрация участников собрания нельзя подводить итоги голосования ни по одному из вопросов повестки дня. *«Решение общего собрания акционеров по вопросу, поставленному на голосование, принимается большинством голосов акционеров – владельцев голосующих акций общества, принимающих участие в собрании, если для принятия решения настоящим Федеральным законом не установлено иное»* (п.2 ст.49 ФЗ «Об АО»).

Для того чтобы подводить итоги голосования, следует иметь сведения о количестве голосующих акций, представленных в собрании. Эта цифра может быть определена только по завершению регистрации участников собрания.

Регистрация участников собрания заканчивается после завершения обсуждения последнего вопроса повестки дня общего собрания (последнего вопроса повестки дня общего собрания, по которому имеется кворум)³.

Итоги голосования подводятся по всем вопросам повестки дня после завершения регистрации участников собрания.

2. Количественный состав совета директоров должен быть определен заблаговременно, до начала выдвижения акционерами кандидатов в этот орган общества.

«Акционеры (акционер), являющиеся в совокупности владельцами не менее чем 2 процентов голосующих акций общества, вправе ... выдвинуть кандидатов в совет директоров (наблюдательный совет) общества, ... число

³ Положение о дополнительных требованиях к порядку подготовки, созыву и проведению общего собрания акционеров. Утверждено приказом ФСФР от 02.02.2012. № 12-6/пз-н. П.4.10.

которых не может превышать количественный состав соответствующего органа, ... Такие предложения должны поступить в общество не позднее чем через 30 дней после окончания финансового года, если уставом общества не установлен более поздний срок» (п.1 ст.53 ФЗ «Об АО»).

В момент выдвижения кандидатов в совет директоров акционеры должны знать его количественный состав, для того чтобы не предложить большее числа кандидатов в этот орган, ибо в этом случае их заявки будут признаны недействительными. Поскольку акционеры вправе выдвигать кандидатов в органы общества в течение всего года и плюс 30 дней по его завершению, если уставом общества не установлен более длительный срок, то акционеры должны владеть информацией о количественном составе совета директоров сразу после завершения годового собрания по итогам предыдущего года. Из этого следует, что годовое собрание по итогам текущего года определяет количественный состав совета директоров на следующий год (годы).

В подтверждение этого вывода, можно привести следующие аргументы. В течение года могут проводиться внеочередные общие собрания акционеров с вопросом повестки дня об избрании членов совета директоров.

«В случае, если предлагаемая повестка дня внеочередного общего собрания акционеров содержит вопрос об избрании членов совета директоров (наблюдательного совета) общества, акционеры (акционер) общества, являющиеся в совокупности владельцами не менее чем 2 процентов голосующих акций общества, вправе предложить кандидатов для избрания в совет директоров (наблюдательный совет) общества, число которых не может превышать количественный состав совета директоров (наблюдательного совета) общества. Такие предложения должны поступить в общество не менее чем за 30 дней до даты проведения внеочередного общего собрания акционеров, если уставом общества не установлен более поздний срок» (п.2 ст.53 ФЗ «Об АО»). В этом случае акционеры заранее должны знать количественный состав совета директоров.

3. Закон устанавливает ряд случаев, когда бюллетени для голосования направляются акционерам заблаговременно (не позднее, чем за 20 дней до даты собрания). Акционеры вправе проголосовать, вернув бюллетени в общество за два дня до даты проведения собрания. Естественно, что количественный состав избираемого совета директоров, должен быть известен голосующим - заблаговременно.

4. Участник собрания имеет право голосовать по всем вопросам повестки дня с момента открытия собрания⁴. Он должен знать количественный состав избираемого совета директоров уже к моменту открытия собрания.

⁴ Положение о дополнительных требованиях к порядку подготовки, созыва и проведения общего собрания акционеров. Утверждено приказом ФСФР от 02.02.2012. № 12-6/пз-н. П.4.13.

Из вышеизложенного следует следующий порядок определения количественного состава совета директоров решением общего собрания акционеров.

При избрании членов совета директоров внеочередным или годовым общим собранием акционеры должны руководствоваться решением предыдущего собрания, которое определило количественный состав этого органа.

Не обязательно определять количественный состав совета директоров ежегодно. Годовое или внеочередное общее собрание может определить количественный состав данного органа, и акционеры будут руководствоваться этим решением в течение нескольких лет.

Избрание и назначение кандидатов в органы хозяйственного общества

Как отмечалось выше, члены органов хозяйственного общества могут избираться или назначаться.

Актуальным является вопрос, в каких случаях происходит избрание, а в каких назначение членов органов общества?

Существует следующий вариант ответа на него. «Попытаемся на основе анализа различных терминов, связанных по своему корню с термином «избрание» определить этот термин применительно к исследуемому предмету. Избрать – это выбрать кого – ни будь, наиболее нужного, оказывая ему предпочтение в отличие от остальных, также предложенных для выбора⁵... Таким образом, избрание возникает только тогда когда есть выбор»⁶.

Можно привести схожую позицию. «*Назначение* — это возможность какого-либо органа или должностного лица поставить другое лицо на должность; в этом случае имеет место безальтернативность, кандидатуры для выбора отсутствуют. Напротив, *при избрании* должен происходить выбор уполномоченными лицами одной кандидатуры из нескольких предложенных»⁷.

В связи с таким пониманием избрания делается следующий вывод. Если число кандидатов, включенных в список кандидатур для голосования, соответствует количественному составу этого органа, то избрание членов органа фактически подменяется их назначением. По мнению сторонников этой точки зрения, для легитимного избрания членов коллегиального органа

⁵ Ожогов С.И. Словарь русского языка. - М.:1961. - С.98,1213.

⁶ Могилевский С. Д., Самойлов А.И. Корпорации в России. Правовой статус и основы деятельности. – М.: 2006. - С.70–71.

⁷ Корпоративное право: учебный курс / отв. ред. И.С. Шиткина. — М.: КНОРУС, 2011. – С. 597.

число кандидатов, включенных в список кандидатур для голосования, должно превышать количественный состав этого органа.

«На практике нормы закона и уставов о порядке образования органов довольно часто не соблюдаются. Хотя законом предусмотрена процедура избрания совета директоров, в его состав выдвигается число кандидатов, равное численному составу этого органа. При кумулятивном голосовании все выдвинутые в совет директоров кандидатуры станут его членами. Таким образом, в этой ситуации фактически происходит назначение членов совета директоров. Это же касается и единоличного исполнительного органа в случае, если баллотируется только один кандидат, а уставом предусмотрен порядок избрания единоличного исполнительного органа»⁸.

Среди сторонников этого подхода разворачивается дискуссия о правовых последствиях для хозяйственного общества, если орган общества, «который должен быть избран, по сути, является назначенным».

Некоторые специалисты делают вывод, что при отсутствии легальной процедуры формирования органа юридического лица его члены не могут осуществлять свои полномочия⁹.

Следует признать, что эти достаточно формальные рассуждения не соответствуют корпоративным реалиям. При таком подходе значительная часть корпораций с высокой степенью концентрации корпоративного контроля была бы лишена возможности легитимно формировать свои органы.

Компания «ИнтерБрю» в свое время принадлежало 97% акций соответственно в ОАО «Клинский пивокомбинат» (г. Клин) и ОАО «Росар» (г. Омск). Этот акционер вправе выдвинуть кандидатов в совет директоров, число которых не может превышать количественный состав этого органа (п.3 ст.53 ФЗ «Об АО»). Оставшиеся миноритарии – это преимущественно «мертвые души» и они не могут консолидировано выдвинуть своих кандидатов.

Аналогичная ситуация имела место в предприятиях «КНАУФ», где доминирующий акционер владел 96 – 98% акций. Этот список можно продолжить. В него можно включить дочки большинства вертикально интегрированных холдингов.

Очевидно, что в таких обществах число кандидатов, включенных в список кандидатур для голосования по выборам членов коллегиальных органов, объективно не может превысить количественный состав этих

⁸ *Шиткина И.С.* Соотношение корпоративного и трудового законодательства при регулировании правового положения единоличного и членов коллегиального исполнительных органов // *Хозяйство и право.* 2007. № 2. С.53.

⁹ *Могилевский С. Д., Самойлов А.И.* Корпорации в России. Правовой статус и основы деятельности. – М.: 2006. - С.70–71.

органов. Было бы странно, если закон понуждал контролирующего акционера предложить не только пять кандидатов, которым он доверяет, но и каким либо образом еще выдвинуть шестого, не проходящего «лузера», исключительно ради соблюдения формальной процедуры.

Очевидно, что закон не может понуждать участников корпоративных отношений совершать искусственные и бессодержательные манипуляции лишённые практического смысла.

Не уместна аналогия выборов в политической системе и избрания членов органов коммерческих организаций. Для политики жизненно необходима конкуренция соискателей и наличие критической оппозиции. В то время как в сфере имущественных отношений критическая оппозиция не актуальна, важно доверие участников хозяйственного общества единой команде привлечённых ими профессионалов.

На наш взгляд, суть избрания членов органов хозяйственного общества состоит в том, что проявляется воля участников хозяйственного общества, достаточная для вхождения данного кандидата в этот орган. Что быть избранным необходимо, получить необходимое количество голосов членов хозяйственного общества.

Избрание – это волеизъявление участников хозяйственного общества в поддержку конкретных кандидатур (оно проявляется посредством голосования), даже если их число соответствует количественному составу органа.

Если участник хозяйственного общества заранее определился, кому он доверяет управление своими инвестициями, то он поддержит только тех кандидатов, которых предложил. Для него не актуален выбор между кандидатурами, которым он доверяет и кандидатурами, которым он не доверяет. Избрание означает не выбор из конкурирующих кандидатов, а целенаправленное волеизъявление в поддержку тех профессионалов, которым участник хозяйственного общества доверяет управление своими инвестициями.

Избрание имеется в том случае, когда реализуются процедуры волеизъявления членов хозяйственного общества по выдвижению и поддержке кандидатов в органы общества.

Отличие избрания от назначения членов органов состоит не возможности выбора из большего числа кандидатов по сравнению с имеющимися вакансиями, а в наличие или отсутствие специальных процедур по выдвижению и поддержки участниками хозяйственных обществ кандидатов в органы этих обществ. Даже если число предложенных ими кандидатов будет равно количественному составу органа хозяйственного общества, это будет их избрание путем целенаправленного волеизъявления в поддержку этих кандидатов.

Назначение означает отсутствие процедуры выдвижения кандидатов в органы участниками хозяйственного общества участниками хозяйственного общества и процедуры голосования участниками

хозяйственного общества в поддержку или против выдвинутых ими кандидатов.

Избирает только общее собрание акционеров (участников), а назначать может совет директоров членов коллегиального или единоличного исполнительного органа.

Избрание членов органов хозяйственного общества – это функция корпоративного контроля участников хозяйственного общества.

Назначение членов органов хозяйственного общества – это функция контроля над обществом со стороны его менеджмента.

В этом отношении очевидно различие избрания единоличного исполнительного органа общим собранием участников, когда имеют место соответствующие процедуры (выдвижение и голосование участников общества) и назначение его советом директоров.

Даже если совет директоров выбирает из нескольких кандидатов одного, то это все равно будет назначение, так как отсутствуют процедуры волеизъявления членов хозяйственного общества по выдвижению и поддержке кандидатов.

Если на рассмотрение общего собрания будет предложен единственный кандидат на должность единоличного исполнительного органа, то это будет его избрание общим собранием, как процедуры волеизъявления участников хозяйственного общества, в поддержку выдвинутого ими кандидата.

Избрание и выбор – это разные явления. Выбор кандидата из множества претендентов может быть и при его назначении на должность.

Что касается возможности выбора при избрании членов коллективных органов, то она имеется даже в том случае, когда число кандидатов, включенных в список кандидатур для голосования, не превышает количественный состав этого органа.

У участника хозяйственного общества есть выбор. Он не обязан голосовать за каждого выдвинутого кандидата, а может поддержать только тех кандидатов, которым доверяет. Допустима ситуация, при которой только часть выдвинутых кандидатов будет избрана

ОПРЕДЕЛЕНИЕ КОЛИЧЕСТВЕННОГО СОСТАВА СОВЕТА ДИРЕКТОРОВ И ЕГО ИЗБРАНИЕ

Уставом акционерного общества количественный состав совета директоров определен в пять членов. На общем собрании акционеров избрано четыре члена совета директоров. Каковы юридические последствия такого решения общего собрания акционеров?

Определение количественного состава совета директоров

Требует четкого понимания норма закона, согласно которой «количественный состав совета директоров (наблюдательного совета) общества определяется уставом общества или решением общего собрания

акционеров, но не может быть менее чем пять членов» (п. 3 ст. 66 ФЗ «Об АО»).

Определение количественного состава совета директоров и избрание членов совета директоров – два самостоятельных вопроса компетенции общего собрания акционеров. Решения по ним могут приниматься на разных общих собраниях акционеров.

Анализируемая норма закона содержит требования к решению общего собрания акционеров, которым определяется количественный состав совета директоров, либо вносятся изменения в устав, определяющие указанный состав.

Согласно закону, уставом или решением общего собрания акционеров нельзя установить количественный состав совета директоров менее, чем пять членов. Однако, данная норма не относится к иному самостоятельному вопросу компетенции общего собрания акционеров - избрание членов совета директоров. Закон не содержит требования, согласно которой, совет директоров не может быть избран в количестве менее пяти членов.

Избрание членов совета директоров

К компетенции общего собрания акционеров относится избрание **членов** совета директоров, а не совета директоров в целом (подп. 4 п. 1 ст. 48 ФЗ «Об АО»). Общее собрание акционеров принимает решение по каждому из кандидатов, внесенных в бюллетень для голосования о его избрании (не избрании) в совет директоров. Согласно п. 4 ст. 66 ФЗ «Об АО» при кумулятивном голосовании по выборам членов совета директоров акционер вправе отдать свои голоса «полностью за одного кандидата или распределить их между двумя и более кандидатами». Акционеры выражают свое мнение по каждому из выдвинутых кандидатов.

Рассмотрим пример. Уставом общества количественный состав совета директоров определен в пять членов. В бюллетень для голосования включено шесть кандидатов.

Кандидат «А» получил 20 голосов.

Кандидат «Б» получил 19 голосов.

Кандидат «В» получил 18 голосов.

Кандидат «Г» получил 17 голосов.

Кандидат «Д» получил 10 голосов.

Кандидат «Е» получил 10 голосов.

«Избранными в состав совета директоров (наблюдательного совета) общества считаются кандидаты, набравшие наибольшее число голосов» (п. 4 ст. 66 ФЗ «Об АО»).

Решение, принятое общим собранием акционеров:

Избрать в совет директоров общества кандидата «А».

Избрать в совет директоров общества кандидата «Б».

Избрать в совет директоров общества кандидата «В».

Избрать в совет директоров общества кандидата «Г».

Правомочны ли эти решения общего собрания акционеров? Абсолютно правомочны.

Решения приняты по вопросам, отнесенным законом и уставом общества к компетенции общего собрания акционеров. На собрании имелся кворум. Избранные кандидаты получили наибольшее в отношении остальных кандидатов число голосов. По каким основаниям возможно обжаловать решение общего собрания акционеров об избрании любого из кандидатов в совет директоров? При избрании каждого из указанных кандидатов каких-либо нарушений закона и устава общества не было допущено.

В популизаторской литературе иногда используются термины, отсутствующие в корпоративном законодательстве, в частности **«несформированный состав совета директоров»** или **«несостоявшиеся выборы совета директоров»**. По существу такие понятия означают отсутствие положительного решения об избрании хотя бы одного кандидата в совет директоров.

Допустим, в совет директоров был избран один кандидат. Совет директоров сформирован, но его компетенция ограничивается обязанностью принятия решения только по одному вопросу - *«обязан принять решение о проведении внеочередного общего собрания акционеров для избрания нового состава совета директоров (наблюдательного совета) общества»* (п. 2 ст. 68 ФЗ «Об АО»). Нельзя избрать новый состав совета директоров, не прекратив полномочия ранее избранного члена совета директоров.

Функционирование совета директоров

Закон допускает возможность функционирования органа акционерного общества (совета директоров) в меньшем составе, по сравнению с тем, который определен в уставе или решением общего собрания акционеров.

Во-первых, корпоративное законодательство использует конструкцию **«выбывших членов совета директоров»**, что предполагает функционирование совета директоров в неполном составе.

В силу п. 2 ст. 79 ФЗ «Об АО» *«решение об одобрении крупной сделки, предметом которой является имущество, стоимость которого составляет от 25 до 50 процентов балансовой стоимости активов общества, принимается всеми членами совета директоров (наблюдательного совета) общества единогласно, при этом не учитываются голоса **выбывших членов совета директоров (наблюдательного совета) общества»**.*

Согласно п. 2 ст. 28 ФЗ «Об АО» *«решение совета директоров (наблюдательного совета) общества об увеличении уставного капитала общества путем размещения дополнительных акций принимается советом директоров (наблюдательным советом) общества единогласно всеми членами совета директоров (наблюдательного совета) общества, при этом не учитываются голоса **выбывших членов совета директоров (наблюдательного совета) общества»**.*

Во-вторых, закон содержит понятие «кворум» для заседания (принятия решений) органа юридического лица. Кворум – это минимально допустимое количество членов органа юридического лица, при котором он правомочен рассматривать и принимать решения по вопросам своей компетенции.

Закон, по общему правилу, не требует, чтобы орган юридического лица всегда функционировал в составе, определенном учредительными документами. Для принятия решений достаточно наличия кворума.

Вернемся к рассмотренному выше примеру. В совет директоров избрано четыре члена. Согласно уставу кворум составляет не менее половины от состава, предусмотренного уставом общества (пять членов). Совет директоров в составе трех или четырех членов может принимать решения по вопросам своей компетенции.

В случаях, когда требуется единогласное решение, то оно принимается всеми членами совета директоров, под которыми понимаются все лица, избранные в его состав (за исключением выбывших). При этом единогласие должно иметься между действующими членами совета директоров, а не между идеальным количественным составом, определенным уставом или решением общего собрания акционеров.

Реальные потребности гражданского оборота и формально-юридические «измышлизмы»

Юридические конструкции предусматриваются законодательством не ради самих себя, а для эффективного регулирования гражданско-правовых отношений.

Допустим, общее собрание акционеров приняло решение об избрании в совет директоров пяти кандидатов. Спустя час после завершения собрания двое из них выбыло (несчастный случай). Учитывая, что уставом кворум для проведения заседаний (принятия решений) совета директоров определен в три члена, совет директоров может продолжить полноценное функционирование.

Рассмотрим другую ситуацию. Общее собрание приняло решение об избрании в совет директоров трех кандидатов. По мнению некоторых комментаторов, такой состав совета директоров якобы «нелегитимен». Такой подход носит исключительно формальный характер, абсолютно оторванный от потребностей реального гражданского оборота. Непонятно, почему выбытие членов совета директоров не делает его «нелегитимным», а избрание его в таком же со-ставе – трактуется как некая «нелегитимность». В законе вообще отсутствует конструкция «нелегитимного» совета директоров, в том числе ввиду сокращения его состава.

Закон содержит понятие «компетенция совета директоров». Компетенция – это совокупность прав и обязанностей органа юридического лица. Если количественный состав совета директоров становится менее, чем кворум, то его компетенция ограничивается обязанностью принятия решения только по одному вопросу. *«В случае, когда количество членов совета*

директоров (наблюдательного совета) общества становится менее количества, составляющего ... кворум, совет директоров (наблюдательный совет) общества обязан принять решение о проведении внеочередного общего собрания акционеров для избрания нового состава совета директоров (наблюдательного совета) общества» (п. 2 ст. 68 ФЗ «Об АО»).

Понятие «количественного состава» совета директоров

Корпоративное законодательство использует понятие «количественный состав» органа юридического лица, в частности – совета директоров. Для каких целей оно применяется?

1. Эта конструкция необходима для определения максимального количества членов соответствующего органа общества (совета директоров, правления, ревизионной комиссии). Если инвесторы определили состав совета директоров в семь членов, то это означает, что не может быть избрано более семи членов совета директоров. Но в законе нет запрета на то, что инвесторы могут доверить в отдельные периоды времени управление своими инвестициями меньшему количеству профессиональных менеджеров.

Существует широко распространенное заблуждение, что количественный состав определяет не максимально допустимое количество членов органа общества, а минимально допустимое.

2. Количественный состав необходим для определения кворума. Кворум – это минимально допустимое количество членов органа юридического лица, при котором он правомочен рассматривать и принимать решения по вопросам своей компетенции.

По общему правилу, кворум определяется от количественного состава органа юридического лица, предусмотренного учредительными документами.

3. Количественный состав органа юридического лица, зафиксированный решением общего собрания акционеров или уставом общества устанавливает максимальное число кандидатов, которое может содержать одно предложение о выдвижении кандидатов в данный орган. *«Акционеры (акционер), являющиеся в совокупности владельцами не менее чем 2 процентов голосующих акций общества, вправе ... выдвинуть кандидатов в совет директоров (наблюдательный совет) общества, коллегиальный исполнительный орган, ревизионную комиссию (ревизоры) и счетную комиссию общества, число которых не может превышать количественный состав соответствующего органа» (п. 1 ст. 53 ФЗ «Об АО»).*

4. Количественный состав совета директоров, зафиксированный решением общего собрания акционеров или уставом общества, определяет количество голосов, которыми обладает акционер при кумулятивном голосовании по выборам членов совета директоров. Согласно п. 4 ст. 66 ФЗ «Об АО» *«при кумулятивном голосовании число голосов, принадлежащих каждому акционеру, умножается на число лиц, которые должны быть избраны в совет директоров (наблюдательный совет) общества, и*

акционер вправе отдать полученные таким образом голоса полностью за одного кандидата или распределить их между двумя и более кандидатами».

В законе нет требования о том, что орган юридического лица всегда должен быть сформирован именно в том количественном составе, который предусмотрен учредительными документами или решением общего собрания.

Следует помнить, что главная задача акционерного законодательства – есть защита прав и законных интересов акционеров (инвесторов) (п. 1 ст. 1 ФЗ «Об АО»). Согласно п. 2.1.1 Кодекса корпоративного поведения, рекомендованного к применению Распоряжением ФКЦБ РФ от 04.04.2002 г. № 421/р, *«совет директоров должен пользоваться доверием акционеров, в противном случае он не сможет эффективно выполнять свои функции».*

Корпоративное законодательство исходит из того, что совет директоров – ключевой орган в системе корпоративного управления. Именно инвесторы определяют персональный и количественный состав членов совета директоров, которым они доверяют управление своими инвестициями. Если они считают возможным доверить управление своими инвестициями трем подготовленным квалифицированным менеджерам (иных квалифицированных специалистов, пользующихся их доверием, нет), может ли закон требовать формального при-влечения любых «завалющихся» кандидатов, лишь бы количество членов совета директоров соответствовало какой-либо идеальной цифре? Именно поэтому в законе нет нормы, обязывающей фактически избрать совет директоров в каком-либо конкретном количественном составе.

Определение количественного состава совета директоров решением общего собрания акционеров

«Количественный состав совета директоров определяется уставом общества или решением общего собрания акционеров...» (п. 4 ст. 66 ФЗ «Об АО»). Законом предоставлено право выбора: определить количественный состав совета директоров в уставе общества, либо - решением общего собрания.

Если количественный состав совета директоров определен в уставе общества, то для его пересмотра необходимо большинство в три четверти голосов, владельцев голосующих акций. Именно таким количеством голосов вносятся изменения и дополнения в устав общества.

Для определения количественного состава совета директоров решением общего собрания, необходимо простое большинство голосов участников собрания. Последний вариант привлекает возможностью более легкого изменения численного состава этого органа. Однако порождает организационные трудности. В какой момент времени должен быть определен количественный состав совета директоров, подлежащий избранию на общем собрании акционеров? Можно ли в рамках повестки дня одного общего собрания сначала определить количественный состав совета директоров, а потом, исходя из принятого решения, провести его выборы?

На наш взгляд, такая конструкция неправомерна.

Следует обратить внимание на то, что в принципе не допустима конструкция подведения итогов голосования по отдельным вопросам повестки дня в ходе собрания, до окончания регистрации его участников. Нельзя, обсудив первый вопрос повестки дня, - определение количественного состава совета директоров, подвести итоги голосования по нему, а затем перейти к обсуждению других вопросов повестки дня.

Пока не закончилась регистрация участников собрания нельзя подводить итоги голосования ни по одному из вопросов повестки. *«Решение общего собрания акционеров по вопросу, поставленному на голосование, принимается большинством голосов акционеров - владельцев голосующих акций общества, принимающих участие в собрании, если для принятия решения настоящим Федеральным законом не установлено иное»* (п. 2 ст. 49 ФЗ «Об АО»).

Чтобы подводить итоги голосования, следует иметь сведения о том владельцы какого количества голосующих акций, приняло участие в нем. Эта цифра может быть определена только по завершению регистрации участников собрания. Регистрация участников собрания не может быть завершена ранее завершения обсуждения последнего вопроса повестки дня. *«Регистрация лиц, имеющих право на участие в общем собрании, не зарегистрировавшихся для участия в общем собрании до его открытия, оканчивается не ранее завершения обсуждения последнего вопроса повестки дня общего собрания, по которому имеется кворум»* (п. 4.9 Положения о дополнительных требованиях к порядку подготовки, созыву и проведению общего собрания акционеров от 31.05.2002 г. № 17/пс). Итоги голосования подводятся по всем вопросам повестки дня после завершения регистрации участников собрания.

Количественный состав совета директоров должен быть определен заблаговременно, еще до начала выдвижения акционерами кандидатов в этот орган общества.

«Акционеры (акционер), являющиеся в совокупности владельцами не менее чем 2 процентов голосующих акций общества, вправе ... выдвинуть кандидатов в совет директоров (наблюдательный совет) общества, ... число которых не может превышать количественный состав соответствующего органа, ... Такие предложения должны поступить в общество не позднее чем через 30 дней после окончания финансового года, если уставом общества не установлен более поздний срок» (п. 1 ст. 53 ФЗ «Об АО»).

В момент выдвижения кандидатов в совет директоров акционеры должны знать его количественный состав, для того чтобы не предложить большего числа кандидатов в этот орган, ибо в этом случае их заявки будут признаны недействительными. Поскольку акционеры вправе выдвигать кандидатов в органы общества в течение всего года и плюс 30 дней по его завершению, если уставом общества не установлен более поздний срок, то

акционеры должны владеть информацией о количественном составе совета директоров сразу после завершения годового собрания по итогам предыдущего года. Из этого следует, что годовое собрание по итогам текущего года определяет количественный состав совета директоров на следующий год (годы).

В подтверждение этого вывода, можно привести следующие аргументы. В течение года могут проводиться внеочередные общие собрания акционеров с вопросом повестки дня об избрании совета директоров.

«В случае, если предлагаемая повестка дня внеочередного общего собрания акционеров содержит вопрос об избрании членов совета директоров (наблюдательного совета) общества, акционеры (акционер) общества, являющиеся в совокупности владельцами не менее чем 2 процентов голосующих акций общества, вправе предложить кандидатов для избрания в совет директоров (наблюдательный совет) общества, число которых не может превышать количественный состав совета директоров (наблюдательного совета) общества. Такие предложения должны поступить в общество не менее чем за 30 дней до даты проведения внеочередного общего собрания акционеров, если уставом общества не установлен более поздний срок» (п.2 ст. 53 ФЗ «Об АО»). В этом случае акционеры также заранее должны знать количественный состав совета директоров.

Закон устанавливает ряд случаев, когда бюллетени для голосования направляются акционерам заблаговременно (не позднее чем за 20 дней до даты собрания). Акционеры вправе проголосовать, вернув бюллетени в общество за два дня до даты проведения собрания, естественно, количественный состав избираемого совета директоров, должен быть известен голосующим - заблаговременно.

«Лица, зарегистрировавшиеся для участия в общем собрании, проводимом в форме собрания, вправе голосовать по всем вопросам повестки дня с момента открытия общего собрания и до его закрытия...» (п. 4.10 Положения о дополнительных требованиях к порядку подготовки, созыва и проведения общего собрания акционеров, утв. Постановлением ФКЦБ от 31 мая 2002 г. №17/пс). Так как участник собрания имеет право голосовать по всем вопросам повестки дня с момента открытия собрания, он должен уже к моменту открытия собрания знать количественный состав избираемого совета директоров.

Из вышеизложенного следует следующий порядок определения количественного состава совета директоров решением общего собрания акционеров. При избрании совета директоров внеочередным или годовым общим собранием акционеры руководствуются решением предыдущего собрания, определившим количественный состав совета директоров.

Не обязательно определять количественный состав совета директоров ежегодно. Годовое или внеочередное общее собрание может определить

количественный состав данного органа и акционеры будут руководствоваться этим решением в течение нескольких лет.

А. Глушецкий
Генеральный директор «Центра корпоративных стратегий»