**Состав совета директоров: актуальные вопросы**

Барейша Илья - Юрист компании "Линия права", Калинина Елена - Юрист компании "Линия права"

Внимание, которое уделяется на законодательном и практическом уровнях составу совета директоров (наблюдательного совета) хозяйственного общества, обусловлено значимостью вопросов, входящих в его компетенцию. Состав совета должен быть сбалансирован таким образом, чтобы он мог решать поставленные задачи в интересах всех акционеров (участников) и общества в целом.

В настоящей статье рассматриваются последние изменения законодательства, направленные на повышение уровня защиты прав инвесторов, в том числе миноритарных акционеров, и касающиеся состава совета (изменения в закон "Об акционерных обществах" и новые требования к составу совета обществ, ценные бумаги которых допущены к листингу на фондовом рынке), а также отдельные практические проблемы.

**Порядок избрания совета директоров**

В соответствии с последними изменениями закона "Об акционерных обществах", вступившими в силу 17 марта 2004 г.1, в настоящее время при избрании членов совета во всех акционерных обществах обязательным является применение кумулятивного голосования2.

При кумулятивном голосовании число голосов, принадлежащих каждому акционеру, умножается на число лиц, которые должны быть избраны в совет, и акционер вправе отдать полученные таким образом голоса за одного кандидата или распределить их между двумя и более кандидатами. Избранными в состав совета считаются кандидаты, набравшие наибольшее число голосов3.

Такой способ голосования лучше защищает права миноритариев. Например, мелкие акционеры, имеющие в совокупности около 20% голосующих акций общества, могут избрать в совет по крайней мере одного члена из пяти. Если бы голосование проходило в обычном порядке, интересы этих акционеров в совете не были бы представлены, поскольку голосование за каждого кандидата одним и тем же незначительным количеством акций неизбежно привело бы к избранию кандидатов, поддерживаемых мажоритарными акционерами.

В настоящее время требование об избрании совета кумулятивным голосованием содержится также в новых правилах листинга ценных бумаг, утвержденных ФКЦБ России4.

Так, для включения ценных бумаг в котировальные списки "А" и "Б" на момент обращения с заявлением эмитентом должен быть сформирован совет, избираемый кумулятивным голосованием, либо эмитентом должно быть принято обязательство по соблюдению указанного требования по истечении года со дня включения ценных бумаг в котировальный лист5.

При этом правила листинга не предусматривают никаких различий для акционерных обществ и обществ с ограниченной ответственностью, указанное требование применяется к любым эмитентам. Представляется, что необходимость применения кумулятивного голосования при избрании совета в обществах с ограниченной ответственностью может быть подвергнута сомнению - с учетом того, что кумулятивное голосование в данном случае нельзя использовать как способ защиты прав инвесторов, которые приобретают ценные бумаги эмитента на организованном рынке (владельцы облигаций не становятся участниками общества, они не избирают совет). Кроме того, законом вообще не предусмотрено формирование совета в качестве обязанности обществ с ограниченной ответственностью - вопросы его формирования и состава оставлены в основном на усмотрение самого общества.

**Количественный состав совета директоров**

В настоящее время законом установлен минимальный количественный состав совета: не менее 5 членов6. Кроме того, сохранились действовавшие ранее требования о численности cовета для различных категорий акционерных обществ в зависимости от количества акционеров7.

Как отмечается в Кодексе корпоративного поведения (далее - Кодекс), рекомендованном к применению акционерным обществам8, количественный состав совета должен обеспечивать возможность вести плодотворную, конструктивную дискуссию, принимать быстрые и взвешенные решения, а также организовывать эффективную деятельность комитетов.

Чрезмерно большая численность совета может "размыть" индивидуальную ответственность директоров или затруднить управление обществом, а недостаточная численность грозит совету снижением эффективности выполнения его функций. Таким образом, при определении количественного состава совета необходимо найти оптимальную численность в соответствии с принципом "разумной достаточности" и требованиями закона.

Совет институциональных инвесторов (США) выработал следующую формулу оптимальной величины совета: "Совет не должен быть ни слишком маленьким, чтобы сохранять независимость и экспертный потенциал, ни слишком большим, чтобы не утратить эффективности. В обычных ситуациях совет должен включать от 5 до 15 членов"9. На наш взгляд, аналогичный подход к вопросу о количественном составе совета заложен и в требованиях закона "Об акционерных обществах". Этот подход соблюдается и на практике: статистика свидетельствует, что средний размер совета в России составляет 9 человек10.

Немецкий закон об акционерных обществах устанавливает, что наблюдательный совет состоит минимум из 3 членов. Большая численность может быть определена уставом общества, однако число должно быть в любом случае кратно 3 и не может превышать максимального значения, указанного в законе в зависимости от величины уставного капитала. Максимально возможно включить в совет (для компаний с уставным капиталом более 10 млн евро) 21 человека11.

На практике возникает вопрос о легитимности совета директоров, если в ходе голосования было избрано меньшее количество членов совета, чем предусмотрено уставом общества (например, при выставлении недостаточного количества кандидатур, удовлетворяющих соответствующим требованиям общества). Есть ли необходимость в данном случае проводить повторное голосование и переизбирать уже избранных членов? Может создаться видимость легитимности решений такого "урезанного" состава совета, если они были приняты с соблюдением установленного законом или уставом кворума: при необходимости единогласного одобрения какого-либо решения всеми членами совета будет достаточно получить одобрение такого решения всеми избранными членами.

Количество членов совета должно соответствовать уставу, однако последующее "доизбрание" недостающего члена приведет к существенному нарушению прав миноритариев: избрать своего кандидата на это место они не смогут, поскольку голосование будет проводиться только по одному кандидату и механизм защиты прав миноритарных акционеров в виде кумулятивного голосования в данном случае не будет применяться. Разумным выходом станет внесение в устав общества положения, предусматривающего, что совет считается избранным, только если избран его полный состав. В случае если избрание полного состава по объективным причинам невозможно, общее собрание может принять решение об уменьшении численного состава до приемлемой величины, однако не меньшей минимального размера, установленного законодательством.

Еще одна практическая проблема связана с уменьшением числа членов совета в процессе его деятельности. Если один или несколько членов совета акционерного общества подают заявление о добровольном выходе, в соответствии с п. 1 ст. 66 закона "Об акционерных обществах" их полномочия прекращаются в момент принятия соответствующего решения общим собранием акционеров. Следовательно, до принятия такого решения подавшие заявление о выходе члены совета считаются исполняющими свои обязанности, несмотря на фактическое прекращение деятельности в качестве членов совета. В такой ситуации совет директоров не может принимать решения, требующие единогласного одобрения.

Кодекс отмечает, что в практике российских обществ в состав совета, как правило, входят 3 категории директоров: исполнительные, неисполнительные и независимые.

В законе "Об акционерных обществах" понятие "выбывшие члены совета директоров", голоса которых можно не учитывать при принятии решений, используется, но не определяется. Президиум ВАС разъяснил, что "выбывшими являются члены совета директоров, полномочия которых прекращены досрочно решением общего собрания акционеров, и умершие"12. Таким образом, российское право не признает директоров, подавших заявление об отставке, выбывшими вплоть до принятия общим собранием решения о прекращении их полномочий. Возникает проблема: поскольку в соответствии с п. 1 ст. 76 закона "Об акционерных обществах" общее собрание акционеров вправе досрочно прекратить полномочия только всего состава совета, а не его отдельного члена, добровольный выход одного директора приводит к переизбранию всего состава.

Между тем корпоративное законодательство американских штатов связывает момент прекращения полномочий члена совета директоров не с моментом принятия соответствующего решения общим собранием, а с моментом уведомления, отправляемого таким лицом в письменной форме, в том числе в виде электронного послания13. Немецкому праву известен интересный институт заместителя члена Наблюдательного совета (Ersatzmitglied), который может избираться только одновременно с соответствующим членом Наблюдательного совета и в случае выбытия последнего замещает его до окончания срока полномочий14.

Таким образом, зарубежное законодательство предусматривает порядок, при котором члены совета могут досрочно оставить свой пост независимо от утверждения такой отставки обществом. Полагаем, что российское законодательство также должно различать досрочное прекращение полномочий члена совета по решению общего собрания и выбытие из числа членов совета по иным причинам, а также предусматривать последствия обоих случаев сокращения численности совета. Основания, по которым член совета считается выбывшим (добровольный выход, смерть, признание недееспособным или безвестно отсутствующим, другие случаи), в отсутствие на сегодняшний день нормативного регулирования целесообразно указывать в уставе или положении о совете директоров.

Другая практическая проблема, связанная с количественным составом совета, может возникнуть в случае, если устав общества определяет минимальную численность (например, не менее 7 членов), а при избрании совета два кандидата или более набрали одинаковое количество голосов, в связи с чем общее количество членов совета превышает минимальное значение. Считать ли в этом случае, что избрано 8 или 9 членов совета? Думается, что во избежание подобных ситуаций перед голосованием по кандидатурам общее собрание должно зафиксировать численный состав совета. Решить данную проблему поможет определение в уставе точного количества членов совета.

**Субъектный состав совета директоров**

В соответствии с п. 2 ст. 66 закона "Об акционерных обществах" членом совета может быть только физическое лицо. Указывается также, что член совета может не быть акционером общества. Закон ограничивает количество членов коллегиального исполнительного органа общества, которые могут одновременно быть членами совета: их численность не может превышать 1/4 состава совета.

Приведенные требования закона "Об акционерных обществах" существенно дополняются Кодексом. Предпосылкой эффективной работы совета согласно Кодексу является доверие акционеров к каждому из его членов. Для соблюдения этого условия члены совета должны обладать безупречной репутацией, а также знаниями, навыками и опытом, необходимыми для принятия решений, обычно относящихся к компетенции совета, и эффективного осуществления функций совета определенного общества. Важно также отсутствие конфликта интересов, поэтому Кодекс не рекомендует избирать в совет лицо, являющееся участником, генеральным директором (управляющим), членом органа управления или работником юридического лица, конкурирующего с обществом.

Эти и другие требования следует закреплять в уставе или внутреннем документе общества, регулирующем деятельность совета. Положением о совете могут устанавливаться рекомендации об обязательном экономическом, юридическом и другом образовании членов совета.

Кодекс отмечает, что в практике российских обществ в состав совета, как правило, входят 3 категории директоров: исполнительные, неисполнительные и независимые. В соответствии с законодательством исполнительные директора - это члены правления, которые не могут составлять более 1/4 от числа членов совета. Неисполнительные директора в одних случаях являются представителями портфельных инвесторов, владеющих пакетами от 5 до 15% акций, в других - представителями крупных акционеров, которые, например, решили использовать их как доказательство соблюдения компанией рекомендаций зарубежных экспертов и организаций в области корпоративного управления. Независимость неисполнительного директора в целом относительна: он самостоятелен лишь по отношению к компании, в совет которой входит. Очевидно, что включение в состав совета лиц, не являющихся членами правления, не защитит интересы акционеров в достаточной степени. Эффективность осуществления функций совета требует включения в его состав полностью независимых директоров, что будет способствовать укреплению доверия инвесторов к обществу.

Требования к независимым директорам установлены ст. 83 закона "Об акционерных обществах" об одобрении сделок, в совершении которых имеется заинтересованность. В основном эти требования сводятся к необходимости отсутствия аффилированности между членом совета и обществом на момент принятия директором решения об одобрении сделки, а также в течение 1 года, предшествующего принятию решения.

В отличие от закона "Об акционерных обществах", Кодекс рекомендует предъявлять более высокие требования к независимым директорам. Так, независимыми директорами не рекомендуется признавать членов совета, которые являлись должностными лицами или работниками общества (в течение последних 3 лет), аффилированными лицами общества, а также аффилированными лицами таких аффилированных лиц, крупными контрагентами общества и представителями государства. Кодекс содержит и иные ограничения. При этом критерии, указанные в Кодексе, не должны рассматриваться как исчерпывающие.

Подход Кодекса состоит в том, что при выборе независимых директоров должны исключаться любые возможные основания для зависимости члена совета, которые могут возникнуть с учетом различных факторов и помешать директору выносить независимые суждения.

Кроме того, Кодекс устанавливает, что по истечении 7-летнего срока исполнения обязанностей члена совета независимый директор уже не может рассматриваться как независимый. Но и до истечения этого срока директор по ряду причин может перестать отвечать критериям независимого директора. Указывается также, что независимые директора могут реально влиять на решения, принимаемые советом, если они составляют не менее 1/4 его состава. В любом случае в уставе общества рекомендуется предусмотреть, чтобы в совете было не менее 3 независимых директоров.

В настоящее время положения Кодекса о независимых директорах приобретают особую актуальность в связи с принятием нового Положения о деятельности по организации торговли на рынке ценных бумаг, которое в качестве одного из условий включения ценных бумаг в котировальные списки "А" и "Б" предусматривает наличие у эмитента соответственно не менее 3 или 1 независимых директоров, отвечающих требованиям Кодекса, которые повторяются в Положении. При этом нормы Положения сформулированы таким образом, что они распространяются на всех эмитентов, а не только на акционерные общества. Эмитенты должны либо соблюдать данные требования на момент подачи заявления о листинге, либо принять обязательство по соблюдению указанных требований по истечении года со дня включения ценных бумаг в котировальный лист15.

Представляется, что приведенные требования являются достаточно жесткими, прежде всего для обществ с ограниченной ответственностью и небольших открытых акционерных обществ, в которых лица, обладающие необходимыми знаниями для эффективного выполнения функций члена совета и при этом отвечающие всем критериям независимости, могут просто отсутствовать. Однако выводы о последствиях применения данной нормы, в том числе о том, не ограничит ли она существенным образом объем листинга ценных бумаг и окажет ли положительный эффект на уровень защиты прав инвесторов, можно будет сделать на основе практики, для формирования которой потребуется время. Возможно, что появление требований о наличии независимых директоров в условиях листинга, в дополнение к рекомендательным нормам Кодекса, приведет к большему распространению данного механизма совершенствования корпоративной структуры обществ, нацеленного на дополнительную защиту прав акционеров.

В заключение хотелось бы отметить, что вопросы, рассмотренные в настоящей статье, не исчерпывают всей проблематики, связанной с составом совета. Например, актуальной остается тема персональной ответственности членов совета за осуществление действий, причинивших убытки обществу. Для решения этих и многих других проблем необходимо дальнейшее совершенствование корпоративного законодательства, в том числе с учетом практики, которая будет складываться при применении новых норм, описанных в настоящей статье.

Примечание

Федеральный закон "О внесении изменений в федеральный закон "Об акционерных обществах"" № 5-ФЗ от 24.02.2004 г.

Ранее проведение кумулятивного голосования было обязательным только для акционерных обществ с числом акционеров - владельцев голосующих акций общества более 1000. Остальные акционерные общества могли предусмотреть такую обязанность в уставе (ст. 66 федерального закона "Об акционерных обществах" в редакции от 27.02.2003 г.).

Пункт 4 ст. 66 закона "Об акционерных обществах".

Положение о деятельности по организации торговли на рынке ценных бумаг, утвержденное Постановлением ФКЦБ России № 03-54/пс от 26.12.2003 г., вступило в силу 29.03.2004 г.

Пункты 4.7.2, 4.8.1 Положения о деятельности по организации торговли на рынке ценных бумаг.

Статья 1 федерального закона "О внесении изменений в федеральный закон "Об акционерных обществах"".

Согласно п. 3 ст. 66 закона "Об акционерных обществах" для общества с числом акционеров владельцев голосующих акций общества более 1000 количественный состав совета не может быть менее 7 членов, а для общества с числом акционеров владельцев голосующих акций общества более 10000 - менее 9 членов.

Распоряжение ФКЦБ России № 421/р от 4.04.2002 г.

Беликов И. Кодекс корпоративного управления: зарубежный опыт // Журнал для акционеров. 2000. № 9.

О структуре и организации деятельности советов директоров российских ОАО, детальные результаты исследования Российского института директоров. Подробнее см.: http://www.ricd.ru/db.php?db\_id=304&l=ru.

Акционерный закон ФРГ (Aktiongesetz, AktG), § 95.

Пункт 9 Информационного письма Президиума ВАС РФ № 62 от 13.03.2001 г.

Кодекс о корпорациях (Corporation Code) штата Калифорния, п. 305 d; Общий закон о корпорациях (General Corporation Law) штата Делавэр, § 141 b.

Акционерный закон ФРГ, § 101 (3).

Пункты 4.7.2, 4.8.1 Положения о деятельности по организации торговли на рынке ценных бумаг.